

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

ANDRÉ KARAM TRINDADE

A FILOSOFIA NO DIREITO: COM GADAMER, CONTRA HABERMAS,
À PROCURA DE UM PARADIGMA DE RACIONALIDADE A PARTIR
DO QUAL SEJA POSSÍVEL PENSAR PÓS-METAFISICAMENTE
A TEORIA DO DIREITO CONTEMPORÂNEO

PROF. DR. LENIO LUIZ STRECK
ORIENTADOR

SÃO LEOPOLDO
2006

ANDRÉ KARAM TRINDADE

A FILOSOFIA NO DIREITO: COM GADAMER, CONTRA HABERMAS,
À PROCURA DE UM PARADIGMA DE RACIONALIDADE A PARTIR
DO QUAL SEJA POSSÍVEL PENSAR PÓS-METAFISICAMENTE
A TEORIA DO DIREITO CONTEMPORÂNEO

Dissertação de Mestrado apresentada
junto ao Programa de Pós-Graduação
em Direito da Universidade do Vale
do Rio dos Sinos (UNISINOS), para
obtenção do título de Mestre em
Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

São Leopoldo, 5 de dezembro de 2006.

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca da
Universidade do Vale do Rio dos Sinos

T833f Trindade, André Karam

A filosofia no direito : com Gadamer, contra Habermas, à procura de um paradigma de racionalidade a partir do qual seja possível pensar pós-metafisicamente a teoria do direito contemporâneo. / por André Karam Trindade. - 2006.
351 f. ; 30cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2006.

“Orientação: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck, Ciências Jurídicas”.

1. Direito - Teoria. 2. Direito - Filosofia. 3. Direito -

Catálogo na Publicação:
Bibliotecário Vladimir Luciano Pinto - CRB 10/1112

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “A filosofia *no* direito: com Gadamer, contra Habermas, à procura de um paradigma de racionalidade através do qual seja possível pensar pós - metafisicamente a teoria do direito contemporâneo”, elaborada pelo aluno **André Karam Trindade**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de **MESTRE EM DIREITO**.

São Leopoldo, 05 de dezembro de 2006.



Prof. Dr. Leonel Severo Rocha,
Coordenador Executivo

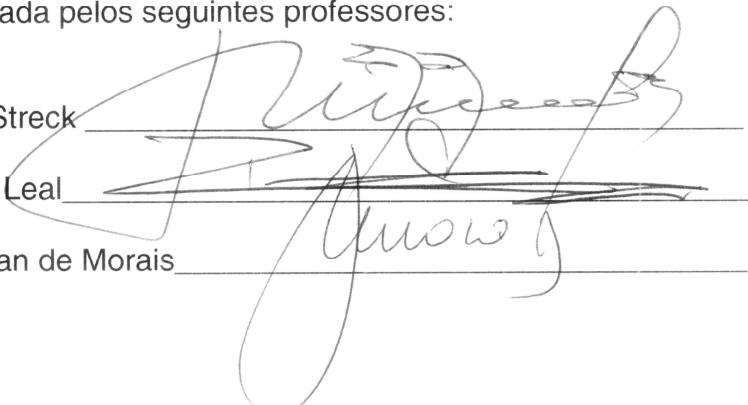
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck

Membro: Dr. Rogério Gesta Leal

Membro: Dr. José Luis Bolzan de Moraes



Ao meu pai, que logo no início me alertou das angústias que o direito me traria, por deixar que eu percorresse os mesmos desafios, porém através do meu próprio caminho;

À minha mãe, pelo apoio incondicional ao longo deste difícil semestre, mas, sobretudo, por proporcionar as condições de possibilidade para o desenvolvimento do trabalho;

À Elise, Laetitia e Luísa, minhas irmãs, na esperança de que, um dia, compreendam e perdoem mais uma ausência; afinal de contas, em alguma medida, somos como nossos pais;

À Betiuska, róia transcendental;

Àqueles que acreditam ser possível pensar – e fazer – o direito de um modo diferente e lutam por isso, todos os dias, incansavelmente, nas salas de aula e nos tribunais.

Meus mais sinceros agradecimentos:

Ao Prof. Dr. Lenio Luiz Streck, orientador dessa dissertação, pela adoção e confiança sempre depositada em mim;

Aos Professores deste PPGD, em especial ao Prof. Dr. José Luis Bolzan de Moraes, pela inestimável amizade e constante aprendizado;

Ao Prof. Dr. Ernildo Stein, pai filosófico de todos nós, por nos cuidar nos caminhos e armadilhas da floresta;

Aos Membros do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ), em especial ao Conselheiro Alfredo Copetti Neto, pela diária convivência;

À Débora Fanton, pesquisadora do Instituto de Hermenêutica Jurídica, pelo apoio logístico e pela atenção sempre dispensada;

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), pelo auxílio sem o qual isso tudo não seria possível.

Yo soy yo y mis circunstancias
(Ortega y Gasset)

RESUMO

O presente estudo trata dos problemas filosóficos conexos à teoria direito contemporânea. Para tanto, apresenta a filosofia *no* direito, e não *do* direito, como o *locus* privilegiado em que se coloca e se pensa a tríplice questão – como se interpreta, como se aplica e como se fundamenta –, inerente a qualquer teoria do direito que pretenda ser contemporânea e/ou pós-metafísica. Analisa, em seguida, a decadência do positivismo jurídico e a premente necessidade de teorização do neoconstitucionalismo. Foca-se, então, na pretensão habermasiana de construir uma teoria discursiva do direito capaz de superar as insuficiências atreladas ao paradigma da filosofia da consciência. Procura, por fim, desenvolver algumas das críticas hermenêuticas à teoria procedimental, com base sobretudo em Gadamer, na tentativa de resgatar as condições de possibilidade para a elaboração de uma teoria jurídica contemporânea, isto é, uma teoria do direito pós-positivista e pós-metafísica.

PALAVRAS-CHAVES: filosofia no direito – teoria do direito – positivismo jurídico – metafísica – interpretação – aplicação – fundamentação – pós-positivismo – Pós-metafísica – teoria do discurso – argumentação – Habermas – hermenêutica filosófica – compreensão – Gadamer – validade do direito.

RIASSUNTO

Questo studio tratta dei problemi filosofici connessi alla teoria del diritto contemporanea. Per tanto, presenta la filosofia *nel* diritto, e non *del* diritto, come il locus privilegiato in che si mette e si e si pensa la triplice questione – come si interpreta, come si applica, come si fonda – inerente a qualche teoria del diritto che pretende essere contemporanea oppure postmetafisica. Analizza, in seguita, la decadenza del positivismo giuridico e la incalzante necessita della teorizzazione del neocostituzionalismo. Focalizza, doppo, la pretesione habermasiana di costruire una teoria discorsiva del diritto capace di superare le insufficienze collegate al paradigma della filosofia della coscienza. Cerca, per fine, sviluppare alcuni critiche ermeneutiche alla teoria procedimentale, con base soprattutto in Gadamer, nel tentativo di riscattare le condizione di possibilit  per le elaborazione di una teoria giuridica contemporanea, cio , una teoria del diritto postpositivista e postmetafisica.

PAROLE CHIAVI: filosofia nel diritto – teoria del diritto – positivismo giuridico – metafisica – interpretazione – applicazione – fondamentazione – postpositivismo postmetafisica – teoria del discorso – argomentazione – Habermas – ermeneutica filosofica – comprensione – Gadamer – validit  del diritto.

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	11
CAPÍTULO 1 - A FILOSOFIA NO DIREITO OU O LOCUS DA TRÍPLICE QUESTÃO: ENTRE A DECADÊNCIA DO POSITIVISMO JURÍDICO E A TEORIZAÇÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO INTRODUÇÃO	17
1.1 POR QUE A FILOSOFIA NO DIREITO?	18
1.2 O POSITIVISMO JURÍDICO E O MODO METAFÍSICO DE PENSAR O DIREITO E LIDAR COM A TRÍPLICE QUESTÃO DA TEORIA DO DIREITO CONTEMPORÂNEO	27
1.2.1 A questão da interpretação: o <i>modus interpretandi</i> no interior do paradigma epistemológico da filosofia da consciência	47
1.2.1.1 O processo de (re)produção do sentido jurídico entre a <i>voluntas legis</i> e a <i>voluntas legislatoris</i>	49
1.2.1.2 A teoria geral da interpretação de Betti	51
1.2.1.3 A hermenêutica como método(logia)	57
1.2.2 A questão da aplicação: entre o mecanismo e o decisionismo judicial	60
1.2.2.1 Entre a subsunção das regras nos casos fáceis e a ponderação dos princípios dos casos difíceis	61
1.2.2.2 A irresponsabilidade judicial como resultado da subsunção	66
1.2.2.3 A discricionariedade judicial como resultado da ponderação	68
1.2.3 A questão da fundamentação: de onde vem e/ou até onde vai a validade do direito	73
1.2.3.1 Kelsen e a norma fundamental	74
1.2.3.2 Bobbio e o poder constituinte	78
1.2.3.3 Hart e a regra de reconhecimento	82
1.3 O NEOCONSTITUCIONALISMO: ENTRE A NECESSIDADE DE UMA NOVA TEORIA DO DIREITO E A BUSCA DAQUILO QUE SE TEM DENOMINADO PARADIGMA PÓS-POSITIVISTA	86
1.3.1 “Ontem, os códigos; hoje, as Constituições”	88
1.3.2 A necessidade de uma nova teoria do direito	96
1.3.3 Em busca daquilo que se tem denominado paradigma pós-positivista	100
CAPÍTULO 2 - HABERMAS E O PARADIGMA PROCEDIMENTAL: A TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO EM BUSCA DE UMA LEGITIMAÇÃO PÓS-METAFÍSICA PARA OS SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÂNEOS	110
2.1 UMA APROXIMAÇÃO AO PENSAMENTO HABERMASIANO	110
2.1.1 Habermas e as influências da Escola de Frankfurt	111

2.1.2	O projeto epistemológico inacabado da modernidade	115
2.1.3	A primeira fase: esboço de uma proposta emancipatória	119
2.1.4	A segunda fase: breves notas sobre a teoria da ação comunicativa	123
2.1.5	A terceira fase: a teoria discursiva do direito	137
2.2	A QUESTÃO DA INTERPRETAÇÃO: EM BUSCA DE UMA HERMENÊUTICA PROCEDIMENTAL	141
2.2.1	O debate entre Habermas e Gadamer	141
2.2.2	O papel da linguagem sob a ótica da hermenêutica crítica habermasiana ..	155
2.2.3	A interpretação na teoria discursiva do direito	158
2.3	A QUESTÃO DA FUNDAMENTAÇÃO: DE QUE MODO A LEGITIMIDADE PODE SER RETIRADA DA LEGALIDADE	164
2.3.1	Os sistemas jurídicos contemporâneos: o direito entre faticidade e validade.....	165
2.3.2	O princípio do discurso a partir da relação de co-originaridade entre direito e moral	175
2.3.3	Os discursos jurídicos de fundamentação prévia	189
2.4	A QUESTÃO DA APLICAÇÃO: A RESPOSTA CORRETA ATRAVÉS DO JUÍZO DE ADEQUABILIDADE	197
2.4.1	Os discursos jurídicos de aplicação	198
2.4.2	O princípio da adequabilidade e a tese habermasiana da resposta correta	204
2.4.3	A teoria habermasiana da verdade consensual	215
2.5	O PENSAMENTO HABERMASIANO CONSTITUI EFETIVAMENTE UM PARADIGMA DE RACIONALIDADE PÓS-METAFÍSICO?	219
CAPÍTULO 3 - GADAMER E O PARADIGMA HERMENÊUTICO: AS CRÍTICAS À TEORIA DISCURSIVA E AS CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE PARA SE PENSAR PÓS-METAFISICAMENTE O DIREITO		221
3.1	UMA APROXIMAÇÃO À(S) HERMENÊUTICA(S)	222
3.1.1	A filosofia hermenêutica	222
3.1.2	A hermenêutica filosófica	233
3.1.3	A hermenêutica jurídica	241
3.2	AS CRÍTICAS HERMENÊUTICAS AO PARADIGMA PROCEDIMENTAL E À TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO	255
3.2.1	O problema do papel desempenhado pela interpretação	256
3.2.2	O problema da cisão entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação	260
3.2.3	O problema da dupla estrutura da linguagem	269
3.2.4	O problema do conceito de mundo vivido	273
3.2.5	O problema do afastamento do mundo prático	275
3.2.6	O problema da verdade consensual	284

3.2.7	O problema da resposta correta procedimental	293
3.2.8	O problema da pretensão de universalidade da teoria habermasiana	306
CONSIDERAÇÕES FINAIS		310
BIBLIOGRAFIA		317

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Sempre que se pensa que não há nada para se dizer, a literatura aparece como um bom começo¹. Melhor ainda quando compreendida não como expressão de seu tempo, como se costuma dizer, mas, sim, como processo de criação de um novo tempo. Segundo Oscar Wilde, “o século XIX, como o conhecemos, é em boa parte invenção de Balzac”².

Partindo dessa premissa, pode-se dizer que, junto de Kafka e Sartre, Camus contribuiu sobremodo para a criação de boa parte do século XX, a partir daquilo que, em certa medida, denominou-se *literatura do absurdo*, principalmente com a publicação de sua principal obra, *O estrangeiro*, marcada pela seguinte passagem:

Era o mesmo sol do dia em que enterrara mamãe, e, como então, doía-me sobretudo a testa, e todas as suas veias batiam juntas debaixo da pele. Por causa dessa queimadura, que já não consegui suportar, fiz um movimento para a frente. Sabia que era estupidez, que não me livraria do sol se desse um passo. Mas dei um passo, um só à frente. E, dessa vez, sem se levantar, o árabe tirou a faca, que me exibiu ao sol. A luz brilhou no aço e era como se uma longa lâmina fulgurante me atingisse na testa. No mesmo momento, o suor acumulado nas sobrancelhas correu de repente pelas pálpebras, recobrando-as com um véu morno e espesso, meus olhos ficaram cegos por trás daquela cortina de lágrimas e de sal. Sentia apenas os címbalos do sol na testa e, de modo difuso, a lâmina brilhante da faca sempre diante de mim. Aquela espada incandescente corroía as pestanas e penetrava meus olhos doloridos. Foi então que tudo vacilou. O mar trouxe um sopro espesso e ardente. Pareceu-me que o céu se abria em toda a sua extensão, deixando chover fogo. Todo o meu ser se retesou e crispei a mão sobre o revólver. O gatilho cedeu, toquei i ventre polido da coronha e foi aí, com um barulho ao mesmo tempo seco e ensurdecedor, que tudo começou. Sacudi o suor e o sol. Compreendi que destruía o equilíbrio do dia, o silêncio excepcional de uma praia onde havia sido feliz. Então, atirei quatro vezes ainda no corpo já inerte, em que as balas se enterravam sem que se desse por isso. E era como se desse quatro batidas secas na porta da desgraça³.

¹ Cf. BARTHES, Roland. *Aula*. São Paulo: Cultrix, 1980, p. 18, para quem “se, por não sei que excesso de socialismo ou de barbárie, todas as nossas disciplinas devessem ser expulsas do ensino, exceto numa, é a disciplina literária que deveria ser salva, pois todas as ciências estão presentes no monumento literário”.

² Cf. WILDE, Oscar. *The Decay of Lying*. In: WILDE, Oscar. *Intentions*. London: Methuen & Co., 1913, p. 33, segundo quem a literatura sempre antecipa a vida; não a copia, mas a amolda ao seu desígnio.

³ Cf. CAMUS, Albert. *O estrangeiro*. 10. ed. São Paulo: Círculo do Livro, 1985, p. 59-60.

O absurdo – destacado por Camus, especialmente em *O mito de Sísifo*⁴ – decorre da sensação, reforçada após a Segunda Guerra Mundial, da total falta de sentido da existência humana, o que implica reconhecer, em larga medida, os fracassos da racionalidade cartesiana, as arbitrariedades do positivismo, as inconsistências das ciências e das epistemologias, as superficialidades das inúmeras tentativas metafísicas de explicar e conhecer o mundo.

*O século XVII foi o século das matemáticas, o século XVIII o das ciências e o século XIX o da biologia. O nosso século XX é o século do medo... o que mais efectivamente nos chama a atenção neste mundo em que vivemos é, em geral e em primeiro lugar, que a maioria dos homens [...] não tem futuro algum. Nenhuma vida é válida sem projecção no futuro*⁵.

Com efeito, a grande descoberta ocorrida nesta mudança de século é que a ciência não é mais o reino das certezas, de modo que tudo se comporta como se estivesse em luto permanente, (re)vivendo-se o *mal-estar da cultura*, agora em sua versão pós-moderna⁶.

*A velha aliança se quebrou. O homem sabe finalmente que está só, na imensidão indiferente do universo, onde ele apareceu por acaso. Sabe agora que, como um cigano, está à margem de um universo onde tem de viver, universo surdo à sua música, indiferente às suas esperanças, bem como aos seus sofrimentos ou seus crimes*⁷.

Enfim, pode-se dizer que a ciência começa a despertar de um sono profundo – a *era da técnica* – e acordar para a finitude inerente ao ser humano, isto é, começa a reconhecer as suas próprias limitações cognitivas, algo para o que, de há muito, a literatura, como se viu, e sobretudo a filosofia já vinham apontando.

⁴ Id. *O mito de Sísifo*. São Paulo: Record, 2004.

⁵ Id. *Actuais*. Lisboa: Livros do Brasil, [s. d.], p. 163-164.

⁶ Ver, para tanto, MORIN, Edgar. Complexidade e liberdade. In: MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya et al. *A sociedade em busca de valores*. Lisboa: Piaget, [s.d.], p. 239-254; PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. São Paulo: Unesp, 1996; FREUD, Sigmund. El mal-estar en la cultura. In: _____. *Obras completas de Sigmund Freud*. Madrid: Biblioteca Nueva, 1981. p. 3017-3067; e, ainda, BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2001.

⁷ Cf. MONOD apud PRIGOGINE, Ilya. O reencantamento do mundo. In: MORIN, Edgar; PRIGOGINE et al. *A sociedade em busca de valores. Para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo*. Lisboa: Piaget, [s.d.], p. 229.

Atingiu-se um estágio em que os dogmas próprios do pensamento moderno – certeza, razão, verdade, método, técnica, lógica e, entre outros, a própria dicotomia entre sujeito e objeto – perdem sua consistência, desmanchando-se no ar, visto que, atualmente, tudo é efêmero e leva o selo da provisoriedade.

Contudo, é preciso evitar radicalismos: se, de um lado, a literatura do absurdo mostra-se fundamental para o rompimento com a tradição metafísica; de outro, surge a necessidade de se construir uma nova maneira de pensar, um novo modo de filosofar, um novo paradigma, matriz ou *standard* de racionalidade, sob pena de se substituir o saudável espírito da revolta – através do qual o homem diz *não*, porém o faz porque antes afirma algo que lhe é negado – pelo niilismo, isto é, pela simples negação absoluta de tudo⁸.

Mas o que isso tudo tem a ver com o direito? – é a pergunta que, aqui, parece a mais natural⁹.

Muito – para não dizer tudo – na medida em que pensar o direito no século XXI implica pensar a teoria do direito, mas, antes dela, a filosofia *no* direito, que sempre a subjaz. Trata-se, com efeito, de um exercício que pressupõe, obrigatoriamente, a escolha de um novo *standard* de racionalidade, capaz de refletir a respeito da necessidade de suplantar o positivismo jurídico; um exercício que exige, invariavelmente, uma matriz filosófica apta a questionar os tradicionais e metafísicos modos de interpretar, aplicar e fundamentar o direito; um exercício através do qual se possa buscar a libertação da teoria jurídica do paradigma epistemológico da filosofia da consciência e, ao fim e ao cabo, desenvolver um novo modelo teórico de produção do direito, cujo suporte seja oferecido a partir de um paradigma pós-metafísico.

Nesse contexto, a teoria discursiva desenvolvida por Jürgen Habermas é uma daquelas que atualmente adquire grande importância¹⁰ – e, por isso, merece

⁸ Ver, para tanto, CAMUS, Albert. *O homem revoltado*. 2. ed. Lisboa: Livros do Brasil, 1988.

⁹ A respeito da contribuição da literatura para o direito, consultar, obrigatoriamente, OST, François. *Contar a lei. As fontes do imaginário jurídico*. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

maior estudo e aprofundamento –, tendo em vista a sua manifesta pretensão de apresentar uma legitimação pós-metafísica para os sistemas jurídicos contemporâneos.

Entretanto, questionar os pressupostos e a própria validade da construção teórica habermasiana – sobretudo em face da notoriedade, espaço e força que esta vem ganhando no Brasil e demais países da América Latina, cuja realidade mostra-se sem precedentes – é tarefa que vem sendo muito pouco praticada na cultura jurídica brasileira.

Assim sendo, parece pertinente, profícua e, acima de tudo, salutar a tentativa de esboçar algumas reflexões críticas – de viés nitidamente hermenêutico, a partir sobretudo da filosofia de Gadamer – acerca das insuficiências da teoria discursiva do direito elaborada por Habermas, especialmente a partir da publicação de sua obra *Facticidad y validez*¹¹, no que diz respeito à fundamentação pós-metafísica do direito.

Para tanto, uma vez delimitado o objeto do presente e ambicioso estudo, cumpre referir que a dissertação estrutura-se sobre três capítulos, a seguir apresentados.

No *primeiro capítulo*, após situar o *locus* da discussão, destacando a importância do estudo da filosofia *no* direito, procurar-se-á demonstrar a decadência do positivismo jurídico, a partir da insuficiência das respostas por ele dadas à tríplice questão – como se interpreta, *subtilitas intelligendi, explicandi e applicandi*; como se aplica, entre o mecanicismo e o decisionismo judicial; como se fundamenta, de onde vem e/ou até onde vai a validade do direito –, e o surgimento do neonconstitucionalismo, como modelo de Estado constitucional de direito e reação teórico-filosófica ao tradicional modo de (re)produção do direito, denunciando a necessidade de uma nova teoria do direito para o direito contemporâneo, mas cujas bases exigem, obrigatoriamente, um paradigma pós-

¹⁰ Não se desconsidera, aqui, evidentemente, a importância dos estudos levados a cabo por Alexy, voltado à teoria da argumentação, e dos trabalhos desenvolvidos por Luhmann e Teubner, no que se refere à teoria autopoietica do direito.

¹¹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2005.

positivista e pós-metafísico, a partir do qual seja possível repensar o direito do século XXI.

No *segundo capítulo*, apresentar-se-á a posição de Habermas e o seu o projeto (epistemológico) inacabado da modernidade, em que se desenvolvem, primeiro, a teoria do agir comunicativo e, depois, a teoria discursiva do direito, através da qual se pretende apresentar uma fundamentação pós-metafísica para os sistemas jurídicos complexos. Em seguida, abordar-se-á a tríplice questão da teoria do direito contemporânea – objeto de estudo da filosofia *no* direito – sob a perspectiva habermasiana: a *questão da interpretação*, ligada à leitura do giro ontológico, ao papel da linguagem e à importância da interpretação na teoria discursiva; a *questão da fundamentação*, vinculada à tensão entre faticidade e validade, ao princípio do discurso e à idéia de discursos de justificação prévia; e, por fim, a *questão da aplicação*, atrelada à idéia de discursos de aplicação, à tese da resposta correta e à verdade consensual. Ao final, colocar-se-ão ainda algumas indagações a respeito do suporte que o paradigma procedimental pode fornecer à teoria (discursiva) do direito.

No *terceiro capítulo*, introduzir-se-á a posição de Gadamer – cuja hermenêutica filosófica é herdeira da filosofia hermenêutica de Heidegger –, tendo em vista a importante contribuição do seu pensamento para o campo do direito, para, com base nos aportes trazidos pela hermenêutica, desenvolver uma análise crítica da teoria discursiva do direito, a fim de verificar em que medida o paradigma que lhe dá suporte mostra-se adequado a difícil tarefa de pensar a teoria do direito contemporâneo.

Destaque-se, por fim, que este trabalho não possui nenhum caráter inovador – e tampouco original –, sendo apenas um resultado – evidentemente que parcial – dos estudos e pesquisas que, de há muito, vêm sendo desenvolvidos junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, mais especificamente à linha de pesquisa intitulada “Hermenêutica Constituição, e Concretização de Direitos”.

Trata-se, com efeito, do retrato de mais uma batalha na cruzada contra o positivismo jurídico e as teorias discursivas do direito, cujos créditos devem ser, desde o início, compartilhados em sua totalidade com o orientador dessa dissertação. Isso porque, se, de um lado, há considerável número de professores - sobretudo em Minas Gerais, onde está se fazendo escola -, que defende a postura habermasiana, subscrevendo a teoria discursiva do direito, dentre os quais se destacam Menelick de Carvalho Netto, Marcelo Campos Galuppo, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Luiz Moreira, Lucio Antônio Chamon Junior e, especialmente, Rogério Gesta Leal - em face da importante e inédita discussão que vem propondo tanto nas salas de aula, quanto nas sessões da câmara em que atua junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul -; de outro, a crítica vem sendo feita, quase que exclusivamente, por Lenio Luiz Streck, que, como uma espécie de integrante de um poderoso exército de um homem só - agora acompanhado por seu fiel escudeiro - tem se dedicado incansavelmente à hermenêutica filosófica e, com ela, combatido os discípulos e seguidores habermasianos de forma contundente, sofisticada e, filosoficamente, consistente.

CAPÍTULO 1

A FILOSOFIA NO DIREITO OU O *LOCUS* DA TRÍPLICE QUESTÃO: ENTRE A DECADÊNCIA DO POSITIVISMO JURÍDICO E A TEORIZAÇÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

O presente capítulo tem como objetivo contextualizar e colocar a tríplice questão – como se interpreta, como se aplica e como se fundamenta –, relativa à necessidade de uma nova teoria do direito, tema este que assume especial relevância para o pensamento jurídico contemporâneo, sobretudo neste início de século XXI.

Para isso, parte-se do pressuposto de que a filosofia *no* direito (1.1), e não *do* direito, é o *locus* privilegiado em que exsurge o objeto deste estudo, tendo em vista que nele é onde se pensa e reflete a respeito dos paradigmas de racionalidade que subjazem a todo e qualquer discurso jurídico.

Em seguida, denunciar-se-á a decadência do positivismo jurídico, demonstrando como ele ainda pensa metafisicamente o direito (1.2), a partir da *questão da interpretação* (1.2.1), marcada pelo processo de reprodução do sentido jurídico através da busca da *voluntas legis* e da *voluntas legislatoris* (1.2.1.1), que encontra embasamento teórico pela teoria geral da interpretação de Betti (1.2.1.2) e redonda na idéia de hermenêutica como metodologia (1.2.1.3); da *questão da aplicação* (1.2.2), entre a subsunção das regras nos casos fáceis e a ponderação dos princípios nos casos difíceis (1.2.2.1), bem como a problemática da irresponsabilidade judicial decorrente da subsunção (1.2.2.2) e a problemática da discricionariedade judicial decorrente da ponderação (1.2.2.3); e, finalmente, da *questão da fundamentação* (1.2.3), problema atrelado à validade do direito, sobre o qual merecem destaque as preocupações de Kelsen, com a criação da norma fundamental (1.2.3.1), de Bobbio, com o deslocamento para a legitimação do

poder constituinte (1.2.3.2), e de Hart, com a formulação da regra de reconhecimento (1.2.3.3).

Feito isso, em reação teórico e filosófica ao positivismo jurídico e ao tradicional modo de (re)produção do direito, apresentar-se-á o neoconstitucionalismo (1.3), movimento que pode ser identificado, em certa medida, com o constitucionalismo oriundo do segundo pós-guerra (1.3.1), que evidencia a premente necessidade de uma nova teoria do direito (1.3.2), mas cujas bases dependem do surgimento daquilo que, na falta de uma denominação melhor, tem se chamado paradigma pós-positivista (1.3.3), através do qual é possível um pensar autêntico e pós-metafísico do direito contemporâneo, superando as limitações atreladas ao positivismo jurídico e, sobretudo, à filosofia da consciência.

1.1. POR QUE A FILOSOFIA NO DIREITO?

As perguntas feitas pelos filósofos freqüentemente se assemelham àquelas feitas pelas crianças: *o que é aquela coisa?* (ontologia), *como é que sabes?* (epistemologia) e – a mais atrevida de todas elas – *mas por que é assim?* (fundamento).

Essa aproximação simplesmente acontece porque a pergunta filosófica resgata a indagação inerente àqueles que chegam ao mundo, isto é, àqueles que ainda não foram subjugados pelo mundo, ou seja, as crianças¹². Entretanto, com o passar dos anos e o natural desenvolvimento mental, o ser humano perde gradualmente essa curiosidade indagadora e, na medida em que se torna adulto, passa a se conformar com as respostas que lhe são fornecidas.

A pergunta *o que é o direito?*, por exemplo, é uma pergunta, até certo ponto, infantil, à qual um adulto normalmente responderia *o direito é o direito, ora, e, quem sabe, passasse a descrevê-lo*. O filósofo faz também essa mesma

pergunta, mas quando alguém lhe dá essa mesma resposta ele não se satisfaz. E quando alguém lhe responde *o direito é um conjunto de normas válidas*, ele pergunta *o que são as normas? como é que se faz para saber quando se está diante de normas válidas?* e, finalmente, *por que é assim?*

Ocorre que, quando questões desse tipo transformam-se em conteúdo programático de um currículo oficial, cria-se um grande problema no ensino jurídico, na medida em que isso irrita a quase totalidade dos alunos, que, inevitavelmente, se perguntam *para que estou estudando isso?*¹³

Isso fica muito evidente quando se percebe, nas salas de aula, o desprezo aliado ao cinismo latente em relação às disciplinas propedêuticas por parte dos estudantes, para os quais, enquanto o importante é ganhar dinheiro, as questões ligadas, por exemplo, à justiça são algo meramente literário, sem nenhuma aplicação prática¹⁴.

Ademais, os operadores do direito acreditam, freqüentemente, que os filósofos do direito escrevem e produzem apenas para colegas de *métier*, como se fossem meros observadores do sistema jurídico ao invés de seus participantes¹⁵. O resultado desse enclausuramento jurídico é conhecido de todos: o profissional do direito rejeita o saber filosófico, rotulando-o de conhecimento inútil, ou, na melhor das hipóteses, de cultura geral¹⁶.

Não é de se estranhar, nesse contexto, que sejam cada vez mais raros os chamados *juristas cultos*. Desde a sua formação e depois no exercício de sua profissão, o jurista percebe as disciplinas de base – introdução ao direito,

¹² Cf. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Filosofia do direito: do perguntador infantil ao neurótico filosofante. In: ALVES, Alôr Caffé et al. *O que é a filosofia do direito?* Barueri: Manole, 2004. p. 110-111.

¹³ Id., *ibid.*, p. 112-113.

¹⁴ Nesse sentido, ver COMPARATO, Fábio Konder. O direito como parte da ética. In: ALVES, Alôr Caffé et al. *O que é a filosofia do direito?* Barueri: Manole, 2004, p. 8.

¹⁵ Cf. HIERRO, Liborio. ¿Por qué ser positivista? *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 25, p. 263-302, 2002, p. 274-275.

¹⁶ Para tanto, consultar PEPE, Albano Marcos Bastos; WARAT, Luis Alberto. Filosofia do direito: uma introdução crítica. In: WARAT, Luis Alberto. *Epistemología e ensino do direito*. Florianópolis: Boiteux, 2004, v. 2, p. 49.

história do direito, filosofia do direito, sociologia do direito, etc. – como um *luxo* para o qual não dispõe de tempo¹⁷.

Ora, observa-se, assim, que existe uma nítida má compreensão acerca do que seja a filosofia – problemática que evidentemente transcende os limites desse trabalho – e, sobretudo, qual a sua importância para o direito – ponto este sobre o qual se dedicará maior atenção.

Entretanto, não se pretende, aqui, responder às perguntas *o que é o direito?*¹⁸, *qual o seu sentido hoje?*¹⁹, *por que o direito?*²⁰, *o que é a filosofia do direito?*²¹, *para que a filosofia do direito?*²²; e, tampouco, tratar das questões tradicionalmente ligadas à filosofia do direito – como as teorias da justiça e as principais correntes do pensamento jurídico ao longo dos séculos, por exemplo –, através das quais se fazem, diariamente, inúmeras análises metodológicas e descrições históricas do direito na sociedade, demarcando-se as mudanças significativas dos modelos existentes, sem que se apresentem quaisquer procedimentos reflexivos quanto aos temas abordados²³.

É necessário, ao contrário, reconhecer a necessidade de ultrapassar a simples filosofia *do* direito – que objetifica/entifica o direito, a partir de um pensamento já instituído e alheio à dinâmica da história que nega a reflexão da incompletude e impossibilita o desvelar do fenômeno jurídico – e pensar a

¹⁷ Cf. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Gulbenkian, 2004, p. 1. De outra banda, merece destaque especial a crítica de CALSAMIGLIA, Albert. Problemas abiertos em la filosofía del derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 1, p. 43-47, 1984, p. 47, para quem uma filosofia jurídica – tal e como ele a entende – abriria o campo dos problemas jurídicos para além dos estritos limites da técnica jurídica. Colaboraria na dinamização dos estudos do direito e intentaria estabelecer canais de comunicação com outras áreas desenvolvidas do pensamento social. Estou convencido de que à maioria dos cientistas sociais interessam os problemas que delineiam o direito. Quicá o que não os interessa seja a forma como os tratam os juristas.

¹⁸ Cf. GRAU, Eros Roberto. Direito. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 225-229.

¹⁹ Cf. CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido*. Lisboa: Piaget, 2002.

²⁰ Cf. COTTA, Sergio. *Perchè il diritto*. 2. ed. Brescia: La Scuola, 1983.

²¹ Cf. ALVES, Alaôr Caffé et al. *O que é a filosofia do direito?* Barueri: Manole, 2004. p. 77-106.

²² Cf. TROPER, Michel. *Cos'è la filosofia del diritto*. Milano: Giuffrè, 2003.

²³ Ver, nesse sentido, PEPE; WARAT, *op. cit.*; e, ainda, GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 376-377, para quem existem “setores da filosofia do direito”.

filosofia *no* direito, nos termos propostos de modo absolutamente inédito por Lenio Streck²⁴.

Isso, contudo, requer alguns cuidados, conforme alerta Stein²⁵, haja vista que as aplicações da filosofia no direito são ora consideradas um corpo estranho, ora assimiladas como algo que é próprio do direito e que pouco, ou quase nada, tem a ver com a filosofia propriamente²⁶.

Destaque-se, aqui, em face da pertinência para o presente estudo, a divisão proposta por Stein²⁷, segundo a qual há três tipos de filosofia: a *filosofia de ornamentação*, ou cosmética, predominante no mundo, através da qual se produz um conjunto de texto, que podem ser impressos, cuja utilidade, normalmente, encontra-se ligada à citação daquilo que interessa, seja num sermão, num discurso de paraninfo, ou num arrazoado jurídico; a *filosofia de orientação*²⁸, através da qual se produz um trabalho filosófico, um pequeno texto sobre a moral, a estética, a metafísica, etc., sem que haja compromisso com um método ou com um paradigma determinados, mas que se mostra de maior utilidade, principalmente aos pedagogos, antropólogos, economistas, juristas e outros tantos, que procuram uma orientação para certas questões fundamentais, isto é, serve àqueles que precisam se apoiar numa passagem filosófica interessante; e, por fim, a *filosofia que apresenta paradigmas de racionalidade*, que é a verdadeira filosofia, através da qual cada filósofo trilha não apenas o seu

²⁴ Ver, para tanto, STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teoria discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

²⁵ Cf. STEIN, Ernildo, *Exercícios de fenomenologia*. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 153-154: “Para podermos encontrar um caminho que não leve a esses impasses repetidos temos que rever o modo como é pensada a Filosofia como um corretivo para o positivismo e o dogmatismo no Direito. Em qualquer época usaram-se recursos estranhos para a orientação no universo da positividade. É privilégio de nosso tempo termos chegado a uma exacerbação do positivismo e a um superfatualismo nas tentativas de fundamentação. É por isso que estamos postos diante da alternativa: ou encontramos um modo de pensar a relação entre Filosofia e Direito em uma nova dimensão, ou permanecemos na corrida interminável de um Direito que se especializa para esconder o impasse de seu vazio”.

²⁶ Id. *ibid.*, p. 153-154: “Em geral pedimos à Filosofia que nos venha socorrer mediante uma discussão epistemológica. Assim, escolhemos uma Filosofia para nos orientar na discussão de método no Direito. Esperamos, então, dessa Filosofia, que nos oriente no que se refere aos limites e ao fundamento. Em grande parte das discussões jurídicas o recurso a uma Filosofia terminou sendo incorporado ao próprio edifício jurídico, absolutizando, desse modo, uma Filosofia”.

²⁷ Id. *ibid.*, p. 135 e 155-157.

²⁸ Sobre a filosofia de orientação, bom exemplo pode ser encontrado em GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 370-376, que apresenta e se filia à “filosofia jurídica de orientação analítica”.

projeto, mas também trilha os filósofos da história da filosofia, na medida em que está voltada, especialmente, para a inauguração de certos *standards* de racionalidade, ou melhor, para a produção de algo que, antes, na filosofia, não aparecia desta maneira, isto é, para a produção de um elemento que se torna uma espécie de uma matriz de inteligibilidade específica, que representa um determinado método, um modo de filosofar, um projeto filosófico, uma teoria da verdade, uma matriz de inteligibilidade, enfim, um paradigma de racionalidade²⁹.

Nesse contexto, o problema aparece na medida em que, diferentemente do suposto pelo sentido (demasiado) comum dos juristas, a filosofia não serve de ornamento para o discurso jurídico e, muito menos, de orientação, ou refúgio, para as perplexidades decorrentes dos limites e tentativas de fundamentação do direito³⁰. Da mesma forma, tampouco se pode compactuar com o pensamento jurídico de que é possível encontrar na lógica da argumentação de caráter puramente axiomático-dedutivo a principal função da filosofia³¹.

Isso porque existe uma diferença fundamental – descoberta apenas quando da revolução kantiana, com o surgimento da teoria do conhecimento e superação e inversão da relação objetivística – entre o discurso ordinário, em que se encontram as linguagens naturais e as linguagens científicas, e o discurso filosófico, que tem uma linguagem própria e especial – a linguagem filosófica –, vinculada justamente a partir de uma matriz de inteligibilidade, isto é, de um determinado método filosófico.

²⁹ Sobre o já clássico conceito kuhniano de *paradigma*, constituído na década de 1960 e ora adotado, ver KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1994, para quem paradigmas são realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.

³⁰ Ver, para tanto, STEIN, *Exercício de fenomenologia*, *op. cit.*, p. 156: “Quando se espera, no Direito, que a Filosofia lhe preste serviços no que se refere ao limite e à fundamentação, o que se quer é encontrar elementos de racionalidade que garantem orientação e espaços de validade intersubjetiva. O estado de coisas que designamos como uma espécie de encontro entre Direito e Filosofia pode ser descrito como um vetor ou um *standard* de racionalidade. Este não pode ser produzido pelo discurso jurídico, nem mesmo pode-se pressupor que esse discurso seja capaz da melhor escolha de um *standard* de racionalidade. Em todo caso, o Direito irá encontrar a partir desse *standard* uma teoria filosófica capaz de orientar o levantamento de problemas e o conjunto de problemas a serem resolvidos”.

³¹ Id., *ibid.*, p. 157.

Conforme aduz Stein, é preciso de uma espécie de núcleo paradigmático, ou *standard* de racionalidade, para que se possa aplicar, adequadamente, a filosofia. Isso se mostra importante, sobretudo, quando se fala da aplicação da filosofia aos campos do direito, da psicologia, da antropologia, da economia, da psicanálise, etc., de modo que, enquanto predominar a aplicação das filosofias de ornamentação e de orientação nos campos das ciências humanas, nada se estará fazendo além de apenas complicar os textos das ciências humanas, visto que, assim sendo, não há nenhum tipo de articulação filosófica propriamente válida: é, justamente, por isso que não existe filosofia do direito ou filosofia da psicologia, por exemplo, simplesmente porque se utiliza um filósofo³².

Dito de outro modo, sempre que se quiser aplicar a filosofia a um determinado campo – por exemplo, no direito, na psicanálise, na política – é necessária a utilização daqueles autores que inauguraram certos paradigmas filosóficos, isto é, autores que fundaram *standards* de racionalidade ou matrizes de inteligibilidade³³.

Com efeito, pode-se dizer que o grande problema relativo a filosofia *no* direito decorre, ao fim e ao cabo, do fato de que o jurista se move, geralmente, no raso da filosofia, que é a linguagem comum, natural, científica – positivista como se verá logo em seguida –, enquanto, na verdade, a filosofia resulta de uma dobra da linguagem, cujas conseqüências são determinantes para se pensar e fazer o direito.

Nessa linha, Stein³⁴ ensina que a filosofia possui um papel exclusivo no nível do discurso jurídico, uma vez que apenas ela é que pode trazer os

³² Id., *ibid.*, p. 158: “Se assim fosse, então a Filosofia apenas viria confirmar o caráter de positividade que é apresentado pelo Direito. Poderíamos até dizer que a filosofia, em lugar de apresentar os limites do Direito, antes confirmaria o positivismo jurídico”.

³³ Nesse sentido, Stein (*Exercícios de fenomenologia, op. cit.*, p. 159) afirma que tal *standard* – que também poderia ser chamado de dimensão transcendental –, encontra-se situado para além da lógica formal e suas aplicações. Com esse transcendental não-clássico, estar-se-ia, então, dispondo de uma dimensão organizadora e estruturante com que sempre se opera quando se lida com processo de argumentação e até de validação do discurso jurídico. Esse *standard* seria, portanto, constituído por um modo de ser que é condição de possibilidade de qualquer discurso e que, portanto, sempre está presente operativamente na produção de uma fixação de limites ou de fundamentação.

³⁴ Id., *ibid.*, p. 161: “Essas formas de *standards* de racionalidade apresentados como transcendentais não-clássicos [...] são as condições de possibilidade de qualquer conhecimento empírico ou de caráter não-filosófico. Ao escolhermos, portanto, uma Filosofia para pensar o fundamento do discurso jurídico, temos

elementos que constituem não só o campo conceitual e argumentativo do direito, mas, sobretudo, o espaço em que ele se move, que é sustentado, ao fim e ao cabo, pelo modo como se realiza a filosofia.

É preciso entender, portanto, que é inadmissível, atualmente, continuar acreditando que seja possível fazer direito sem filosofia. O direito é, inevitavelmente, filosofia aplicada; e a filosofia, por sua vez, não é mero ornamento ou orientação, mas, sim, condição de possibilidade. Ou melhor: poder-se-ia até mesmo dizer que, para o estudo do direito, a filosofia, mais especificamente no que diz respeito aos paradigmas de racionalidade atrelados ao fenômeno jurídico, é tão importante como, para o estudo da física ou da engenharia, é a matemática³⁵.

Dito de outro modo, apenas através da filosofia *no* direito é que se torna possível pensar pós-metafisicamente o direito, superando a afirmação – baseada na diferença entre uma semântica jurídica, que trata dos objetos jurídicos no mundo, e a uma semântica filosófica, que não trata de objetos – de que *no direito não se pensa*, uma vez que o direito não se move no mesmo nível lingüístico da filosofia³⁶.

Assim sendo, a filosofia *no* direito deve ser entendida, antes de tudo, como a disciplina filosófica – e não da ciência jurídica³⁷ – que permite ao jurista pensar as questões filosóficas mais caras e fundamentais *ao* direito, e não *do*

de ter presente a natureza do *standard* de racionalidade que elegemos. Explicitá-lo significa descobrir, no Direito, um discurso que subjaz, como dimensão hermenêutica profunda, ao processo lógico-discursivo do sistema jurídico. Em geral, verificaremos que o Direito carrega consigo uma espécie de *standard* de racionalidade ingênuo. Isso quer dizer que a dogmática jurídica tende a reproduzir a diferença entre a racionalidade I e a racionalidade II, ou entre a racionalidade de caráter entificador quando busca a validação do discurso jurídico”.

³⁵ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Pós-modernismo, pós-positivismo e o Direito como Filosofia. In: OLIVERIA JUNIOR, José Alcebíades (Org.). *O poder das metáforas. Homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 63. Na mesma linha, Kaufmann vai sustentar que “a filosofia – diferentemente da dogmática – deve, pelo menos, tentar indagar aquilo que está *por detrás* dos problemas e pressupostos fundamentais das ciências e dos sistemas. Por outras palavras, a filosofia tem de adotar uma atitude que transcenda os sistemas. Esta atitude não é, porém, a da tábua rasa. Foi justamente a hermenêutica mais recente que mostrou que o *preconceito* ou a *pré-compreensão* é uma condição transcendental para o entendimento de conteúdos de significado, donde resulta o seu particular significado, sobretudo para as ciências do direito, já que esta se debruça, essencialmente, sobre textos lingüísticos” (cf. KAUFMANN; HASSEMER, *op. cit.*, p. 26-27).

³⁶ Ver, para tanto, HEIDEGGER, Martin. *¿Qué significa pensar?* Buenos Aires: Editorial Nova, 1964; e, na mesma linha, STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí: Unijuí, 2002.

³⁷ Cf. KAUFMANN, *op. cit.*, p. 12.

direito. A filosofia *no* direito deve ser entendida como o *locus* privilegiado que permite ao jurista dar conta do fato de que o direito é muito mais complexo do que parece num primeiro momento – visto que ele opera normativa e objetificadamente com todas as dimensões ligadas aos existenciais humanos³⁸, isto é, com todas as questões atreladas às condições humanas – e, sobretudo, que possibilita fazer com que o jurista perceba que é preciso lidar, filosoficamente, com isso, na medida em que, no campo jurídico, ele sempre se move de acordo com um determinado paradigma ou *standard* de racionalidade³⁹.

Sem concorrer com a filosofia do direito, cujo objeto de estudo é o pensamento filosófico acerca de questões ético-jurídicas pensadas desde a Antigüidade⁴⁰, e tampouco com a dogmática jurídica, cujo objeto de estudo é o arcabouço técnico-instrumental do direito⁴¹, a filosofia *no* direito exsurge como elemento central – e intransponível – para a elaboração das contemporâneas teorias do direito, na contramão da proposta de Michel Troper, para quem é necessária uma *filosofia do direito de juristas*, e não uma *filosofia do direito de filósofos*⁴².

Segundo Kaufmann⁴³, a teoria do direito – denominação bastante antiga⁴⁴, mas cuja utilização é recente para designar um campo específico, mas ainda

³⁸ Cf. COTTA, *Perché il diritto*, *op. cit.*, p. 23-36.

³⁹ Cf. KAUFMANN, *op. cit.*, p. 12.

⁴⁰ Cf. SALDANHA, Nelson. Filosofia do direito na contemporaneidade. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 343-347.

⁴¹ Cf. KAUFMANN, *op. cit.*, p. 12-19.

⁴² Cf. TROPER, *op. cit.*, p. 7-10; e, ainda, GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 368-370, para quem a filosofia do direito dos filósofos resume-se a uma concepção do mundo, aplicada mecanicamente ao direito, por parte de quem dispõe apenas de noções muito elementares de direito, na esteira do que diz Bobbio, além de suscitar uma certa hostilidade nos juristas, que não a compreendem e não reconhecem a sua utilidade prática. Já a filosofia do direito dos juristas, ao contrário, estaria ligada à concepção da filosofia que é própria do empirismo e das correntes analíticas modernistas, segundo as quais a filosofia não é uma “teoria de alguma coisa”, mas simplesmente um método ligado à análise lógica da linguagem: a filosofia é a lógica das ciências, e seu objeto é a linguagem das ciências. De outra banda, Habermas faz uma advertência pertinente, logo no início sua obra *Direito e democracia* (*op. cit.*, p. 9), no sentido de que se, de um lado, atualmente, na Alemanha, a filosofia do direito não é mais tarefa exclusiva dos filósofos, o que resultou na sugestiva migração da disciplina da filosofia do direito para as faculdades de direito, em face da necessidade de contato com a realidade social; de outro, não se pode incorrer no equívoco de que a filosofia do direito deve limitar-se àquela especializada juridicamente, que, por exemplo, como ponto forte da discussão dos fundamentos do direito penal.

⁴³ Cf. KAUFMANN, *op. cit.*, p. 19-20; KAUFMANN; HASSEMER, *op. cit.*, p. 32-36. A respeito daquilo que se entende por “teoria (geral) do direito”, consultar LARIGUET, Guillermo. Acerca de las llamadas “Teorías ‘Generales’ del Derecho”. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (Orgs.). *Analisi e diritto 2002-2003*. Torino: Giappichelli, 2004. p. 141-182. Sobre a mobilidade das fronteiras entre a filosofia

impreciso, da ciência jurídica – caracteriza-se fundamentalmente por pretender a emancipação da filosofia geral, isto é, por buscar a construção autonomamente do saber jurídico, estabelecendo suas próprias formas, estruturas e categorias.

Ocorre que, não obstante a tentativa de descolar-se da filosofia, as teorias do direito contemporâneo que não se alicerçarem sobre sólidos e consistentes aportes filosóficos estão inevitavelmente fadadas ao insucesso: não há teoria do direito sem que haja filosofia *no* direito, isso porque, como já referido, a filosofia habita o direito.

Dito de outro modo, a filosofia *no* direito assume, portanto, especial relevância neste início de século XXI, na medida em que é ela que vai preocupar-se em pensar os problemas filosóficos implícitos e inerentes à tríplice questão pós-positivista que move as teorias direito contemporâneas: *como se interpreta, como se aplica e como se fundamenta*, em busca do alcance das condições interpretativas capazes de garantir uma resposta correta diante da indeterminabilidade do direito⁴⁵.

Nesse contexto é que se tornam evidentes as insuficiências do positivismo jurídico e, portanto, exsurge o denominado neoconstitucionalismo, momento a

do direito e a teoria do direito e, ainda, os possíveis sentidos expressão da teoria “geral” do direito, consultar GUASTINI, *Das fontes às normas, op. cit.*, p. 367-368 e 378-379, respectivamente.

⁴⁴ A respeito do surgimento e das implicações daquilo que se denominou *Teoria Geral do Direito*, ver CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Estudo prévio: em que sentido haveria hoje uma Teoria Geral do Direito? Por uma reconstrução crítica do direito e do Estado democrático de direito na alta modernidade. In: CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno. Por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. XXI-XXII, para quem a clássica noção positivista de *Teoria Geral do Direito* encontra-se ligada, inicialmente, à chamada *jurisprudência – pandectista – dos conceitos*, à medida que se apresentaria como um sistema de conceitos fundamentais subjacentes à dogmática jurídica, assumindo um papel de uma espécie de *dogmática geral do direito positivo*, seja do direito público, seja do direito privado. No entanto, contra essa matriz positivista da *Teoria Geral do Direito*, exsurge o enfoque marcadamente analítico da chamada *Enciclopédia Jurídica*, cujo objetivo era apresentar as especificidades dos diversos ramos, áreas ou classes do direito. Desse modo, enquanto a *Teoria Geral do Direito* buscava construir um sistema de conceitos comuns a todo o direito, a *Enciclopédia Jurídica* tentava classificar, estabelecer distinções e identificar diferenças no interior do direito. Em suma: a *Teoria Geral do Direito* operava por *condensação*; a *Enciclopédia Jurídica*, por *deslocamento*.

⁴⁵ Ver, para tanto, STRECK, *Verdade e consenso, op. cit.* No mesmo sentido, porém a partir de outra matriz teórica, ver a aproximação de CATTONI DE OLIVEIRA, *Estudo prévio..., op. cit.*, p. XXV, para quem: “Num contexto pós-positivista, pode-se reflexiva e reconstrutivamente afirmar que as teorias do direito movem-se sobre o pano de fundo de concepções paradigmático-jurídicas acerca das distinções, finalidades e perspectivas de interpretação e aplicação do direito e, assim, podem ser compreendidas como reconstruções paradigmáticas do direito, como a problematização de paradigmas do direito (Habermas) que pressupõem um modelo de sociedade contemporânea (Wieacher), a fim de se descrever/prescrever

partir do qual se mostra necessário pensar em uma teoria pós-metafísica para o direito contemporâneo.

Contudo, não sendo tarefa simples nem mesmo localizar o problema, colocá-lo requer cuidado especial, sobretudo se levado em consideração que um emaranhado de conhecimentos acerca de opiniões doutrinárias sobre a filosofia não são filosofia, mas representam, *quando muito, ciência da filosofia*, na feliz expressão de Heidegger⁴⁶.

1.2. O POSITIVISMO JURÍDICO E O MODO METAFÍSICO DE PENSAR O DIREITO E LIDAR COM A TRÍPLICE QUESTÃO DA TEORIA DO DIREITO CONTEMPORÂNEA

Discorrer, mesmo que brevemente, sobre o positivismo jurídico – suas origens, diferentes momentos, principais características, aspectos e variações, etc. – não se trata, com certeza, de uma tarefa simples, como outrora se pôde imaginar.

Para tanto, impõe-se mergulhar na história; e isto não é possível fazer sem recorrer inevitavelmente à obra *Sul positivismo giuridico*⁴⁷ – lançada por Bobbio, em 1961, logo após a realização de um encontro, na cidade de Bellagio, na Itália, do qual participaram Hart e Ross, entre outros tantos –, texto que pode ser considerado o balanço daquele grande evento e, conseqüentemente, referência obrigatória para qualquer estudo sobre o tema.

Cumpre referir, preliminarmente, conforme alerta Bobbio⁴⁸, que o termo *positivismo jurídico*, utilizado apenas a partir do final do século XVIII, não deriva da expressão *positivismo* em sentido filosófico, muito embora tenha havido forte ligação entre os dois movimentos e alguns positivistas jurídicos fossem também

de que modo esse direito deve ser compreendido de modo a cumprir, num dado contexto, as funções a ele normativamente atribuídas no processo de integração social”.

⁴⁶ Cf. HEIDEGGER *apud* KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Gulbenkian, 2002, p. 32.

⁴⁷ Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico* São Paulo: Ícone, 1995.

positivistas no sentido filosófico, mas, antes, origina-se do termo *direito positivo*, que se contrapõe à clássica expressão *direito natural*.

Não é à toa, pois, que se diz serem dois os grandes paradigmas hegemônicos que marcaram profundamente a teoria e a filosofia do direito ao longo da história⁴⁹: o jusnaturalismo, voltado para o direito natural⁵⁰; e o juspositivismo, voltado para o direito positivo⁵¹.

Entretanto, convém destacar que a distinção conceitual entre *direito natural* e *direito positivo* não é recente – como se pode pensar, em face da freqüente associação ao positivismo jurídico –, mas, ao contrário, já se apresentava no início da civilização ocidental, na longínqua Grécia clássica, em especial nas discussões entre Platão e Aristóteles.

Com efeito, desde a Antigüidade, passando por toda a Idade Média e pela Modernidade, até o início do século XIX, o direito sempre foi definido a partir da individualização dessas duas acepções: o *direito natural* e o *direito positivo*. Elas não eram, contudo, consideradas diferentes em relação à sua qualificação. Se havia uma diferença entre ambas, esta se referia apenas à sua graduação, no sentido de saber qual delas era considerada superior, isto é, saber qual delas se encontrava em um plano superior⁵².

Para o jusnaturalismo – doutrina calcada na idéia de direito natural e sustentada desde a Grécia antiga até os idos do século XIX⁵³ –, o direito positivo

⁴⁸ Id., *ibid.*, p. 15.

⁴⁹ Segundo Kaufmann (*Filosofia do direito, op. cit.*, p. 31), há interrogações que surgem em todos os tempos e em todas as culturas ainda que sejam respondidas de modos diferentes ao longo do tempo. Uma das mais importantes e recorrentes dessas interrogações – muito bem ilustrada através da tragédia *Antígona*, de Sófocles – é a de saber se o homem pode dispor livremente do direito, ou melhor: como se dão a sua interpretação, aplicação e fundamentação.

⁵⁰ Sobre o tema, consultar BEDIN, Gilmar Antonio. Direito natural. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 240-243.

⁵¹ Sobre o tema, consultar BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo jurídico. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 642-647.

⁵² Cf. BOBBIO, *O positivismo jurídico, op. cit.*, p. 25.

⁵³ Tendo em vista a impossibilidade do desenvolvimento de maiores considerações a respeito do jusnaturalismo, em razão dos limites e objetivos do presente trabalho, remete-se o leitor a GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1988; ELLSCHEID, Günter. O problema do direito natural. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Gulbenkian, 2002. p. 211-280; e, ainda, LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história. Lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 29-212.

deve ser objeto de uma valoração que tem como referência um sistema superior de normas e princípios que lhe conferem validade, o que implica reconhecer a existência de um direito natural superior àquele estabelecido pela vontade do soberano⁵⁴.

Tal concepção se encontra, evidentemente, atrelada à idéia de que a justiça é o valor fundante do direito – de modo que *não se considera lei o que não for justo* – e pode ser resumida através das seguintes premissas jusnaturalistas: (a) o direito positivo deve ser analisado a partir de conteúdos superiores; (b) esses conteúdos possuem como fonte uma determinada categoria universal, eterna e imutável; (c) o ideal de justiça deve sempre prevalecer sobre as disposições formalmente positivadas⁵⁵.

Segundo Bedin, as concepções de justiça utilizadas pelos defensores do jusnaturalismo podem ser diferentemente apresentadas de acordo com os momentos históricos pelos quais passou a doutrina do direito natural: no mundo antigo, a referência de justiça era imanente à própria natureza (direito natural cosmológico); no mundo medieval, a referência de justiça era indissociável da figura de Deus (direito natural teológico); no mundo moderno, a referência de justiça era ligada à natureza humana (direito natural antropológico)⁵⁶.

Todavia, é a evolução das concepções de justiça no interior das doutrinas do direito natural, em especial a última delas, a responsável pelo próprio esgotamento da doutrina do direito natural e, paradoxalmente, pelo escoamento naquilo que se denominará, mais tarde, *positivismo jurídico*.

Pode-se dizer, inclusive, que o jusnaturalismo moderno – doutrina do direito natural baseada em um modelo de racionalidade caracterizado pela excessiva confiança no poder da razão – representa a doutrina que antecede e possibilita o paradigma positivista do direito, o que se dá em face, fundamentalmente, de duas razões.

⁵⁴ Cf. BEDIN, *op. cit.*, p. 240.

⁵⁵ Id., *ibid.*, p. 241.

⁵⁶ Id., *ibid.*, p. 241-242.

De um lado, com a passagem do *mythos* para o *logos*⁵⁷ e, conseqüentemente, o desenvolvimento e aperfeiçoamento das ciências – o que marca, em certa medida, o advento da modernidade –, inicia-se uma nova ordem científica, baseada em um modelo de racionalidade que possibilita apenas uma forma de conhecimento, aquele fundamentado em verdades científicas.

As descobertas da teoria heliocêntrica de Copérnico, das leis sobre as órbitas planetárias de Kepler e das leis sobre a queda dos corpos de Galileu transformam, de maneira radical, a visão que o homem tem do mundo⁵⁸.

Mais: com o auxílio de uma razão técnico-instrumental, o homem volta-se para o domínio da natureza, isto é, da condição de assujeitado passa à de assujeitador das coisas. O universo que se abre, muito embora infinito, pode ser então apreendido – através do método – e dominado – através da técnica – pelas ciências.

É entre o renascimento (séc. XVI) e o iluminismo (séc. XVII) que se dá o nascimento do “indivíduo soberano”, cuja autonomia é a grande promessa da modernidade⁵⁹. A clivagem entre o mundo da natureza e o mundo da cultura e a hipostasia de valores essencialmente humanos, ou seja, daquilo que possibilita ao homem a existência diferenciada dos demais seres, têm como conseqüência a supervalorização da razão.

A questão da natureza humana e das formas de relação do homem com o mundo, fundadas pelas concepções platônicas de mundo sensível e mundo inteligível, é reproduzida nos conceitos cartesianos de *res cogitans* e *res extensa*, perpetuando-se nas formulações desenvolvidas na modernidade.

Com base na crença de que o uso da razão conduz à verdade, a ciência busca certezas, estruturando-se a partir dos seguintes fundamentos: a *ordem*, que, concebida, ou não, como produto da perfeição divina, configura-se como determinismo; a *separabilidade*, que corresponde tanto à decomposição do objeto,

⁵⁷ Cf. KAUFMANN, *op. cit.*, p. 32.

⁵⁸ Ver, para tanto, SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 8. ed. Porto: Afrontamentos, 1996, p. 11.

como também à anulação da subjetividade do sujeito cognoscente; e a *lógica*, fundada nos princípios aristotélicos e nos processos silogísticos de indução e de dedução⁶⁰.

Se conhecer significa quantificar e o rigor científico encontra-se relacionado ao rigor das medições, não é de se estranhar o lugar central da matemática na ciência moderna. Tudo que não é quantificável é, por óbvio, cientificamente irrelevante. *Conhecer significa dividir e classificar para depois poder determinar relações sistemáticas entre o que se separou*⁶¹.

As garantias de verdade e de certeza, asseguradas pela precisão inerente ao campo da matemática, provocaram a transposição dos princípios e fundamentos racionalistas das ciências da natureza para o plano das ciências humanas e sociais, isto é, causaram aquilo que se pode denominar *endurecimento das ciências do espírito*⁶².

Nesse sentido, não se pode olvidar que Descartes, Spinoza e Leibniz, representantes do paradigma científico, são alguns dos principais responsáveis pela construção de um método cujo principal objetivo é produzir e tornar manifesta a unidade da ciência⁶³.

Nesse contexto é que se desenvolve a concepção de um direito natural laico e racionalista, fundando-se, conseqüentemente, a Escola de Direito Natural,

⁵⁹ Cf. ROMAN, Joël. Autonomia e vulnerabilidade do indivíduo moderno. In: MORIN, Edgar; PRIGONINE, Ilya et al. *A sociedade em busca de valores*. Lisboa: Piaget, [s.d.], p. 40.

⁶⁰ Nesse sentido, ver MORIN, Edgar. Complexidade e liberdade. In: MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya et al. *A sociedade em busca de valores*. Lisboa: Piaget, [s.d.], p. 240-247.

⁶¹ Cf. SANTOS, *op. cit.*, p. 15.

⁶² Destaque-se, aqui, as influências do cartesianismo no desenvolvimento da hermenêutica tradicional, que teve de compatibilizar-se com os limites da teoria da decisão jurídica. Para tanto, mostrou-se necessário estabelecer regras e métodos – nos termos inaugurados por Schleiermacher – capazes de permitir uma compreensão objetiva de quaisquer pensamentos e textos que se manifestassem por meio de palavras, conforme se verá mais adiante (cf. SOUZA CRUZ, *Jurisdição constitucional democrática, op. cit.*, p. 74-80).

⁶³ Ver, para tanto, HUPFFER, Haide Maria. *Educação jurídica e hermenêutica filosófica*. 2006. 380f. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2006, p. 35-37. A respeito, especificamente, da influência de Descartes no direito moderno, consultar MAIA, Alexandre da. O embasamento epistemológico como legitimação do conhecimento e da formação da lei na modernidade: uma leitura a partir de Descartes. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - Direito, Estado e Democracia*, Porto Alegre, n. 4, p. 13-37, 2006. Sobre o paradigma científico, o racionalismo jurídico e as origens do positivismo jurídico, ver, ainda, SOUZA CRUZ, *Jurisdição constitucional democrática, op. cit.*, p. 55-65.

cujos pensamento jurídico passa a dominar a ciência jurídica nos séculos XVII e XVIII⁶⁴.

De outro lado, paralelamente à nova ordem científica, cumpre referir que as raízes do positivismo jurídico também se encontram, inevitavelmente, vinculadas à formação do Estado moderno⁶⁵, que, com a dissolução da sociedade medieval, concentra em si todos os poderes, dentre eles o da criação exclusiva do direito, isto é, o monopólio da produção normativa, o que redundará no princípio da legalidade, inerente ao Estado de Direito⁶⁶.

Se antes do Estado moderno, o juiz tinha liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar, podendo deduzi-la do costume, recorrer às elaboradas pelos juristas, basear-se em critérios equitativos; com a sua formação e desenvolvimento, ele fica vinculado unicamente à aplicação das normas emanadas do órgão legiferante⁶⁷.

Dito de outro modo, com a formação do Estado moderno, é subtraída do juiz a faculdade de dispor sobre as normas a aplicar na resolução das controvérsias, sendo-lhe imposta a obrigação de aplicar apenas as normas postas pelo Estado, o único criador do direito⁶⁸.

Nesse sentido, como um dos precursores do positivismo jurídico, Hobbes destaca-se por combater a *common law*, defendendo o poder exclusivo do soberano de pôr o direito, uma vez que isto seria indispensável para assegurar o poder absoluto do Estado⁶⁹.

Segundo o fundador da primeira teoria do Estado moderno, a polêmica poderia ser resumida do seguinte modo: de um lado, existem as leis do direito natural, porém não há nada que as tornem obrigatórias; de outro, o Estado, que

⁶⁴ Cf. HUPFFER, *op. cit.*, p. 30.

⁶⁵ Ver, para tanto, STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 24-45; BONAVIDES, Paulo. Do absolutismo ao constitucionalismo. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 5, p. 553-595, 2004, p. 557-563; e, também, CAPELLA, Juan Ramon. *Fruto proibido. Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

⁶⁶ Cf. BOBBIO, *O positivismo jurídico, op. cit.*, p. 26-27.

⁶⁷ Id., *ibid.*, p. 28.

⁶⁸ Id., *ibid.*, p. 29.

⁶⁹ Id., *ibid.*, p. 34.

surgiu com a finalidade de estabelecer padrões de conduta e regulamentar as relações sociais, produz normas jurídicas que são respeitadas em face da coação estatal.

Muito embora não possa deixar de ser considerado jusnaturalista, na linha dos escritores políticos e jurídicos do século XVII, Hobbes termina por coloca em xeque a subsistência do direito natural na medida em que nega a legitimidade da *common law*, isto é, a legitimidade de um direito preexistente ao Estado e independente deste⁷⁰.

Tal problemática é objeto de uma das suas últimas obras – *Diálogo entre um filósofo e um jurista*⁷¹, na qual um filósofo, que o representa, combate a *common law*, enquanto um estudioso do direito, que representa um discípulo de Sir Edward Coke, a defende –, onde aparece, então, uma concepção jurídica típica do positivismo: *uma lei é a ordem daquele ou daqueles que têm o poder soberano, dada àqueles que são seus súditos, declarando publicamente e de modo claro o que todos podem fazer e o que devem se abster de fazer*⁷².

Segundo Bobbio⁷³, a definição hobbesiana contém duas características inerentes à concepção positivista do direito: o *formalismo*, manifesto no fato de a definição proposta não fazer qualquer referência ao conteúdo e tampouco ao fim do direito, mas decorrer apenas da autoridade daquele que põe as normas; e o *imperativismo*, explícito na idéia de comando, uma vez que o direito seria o conjunto de normas com as quais o soberano ordena ou proíbe determinados comportamentos aos seus súditos.

Assim sendo, ao examinar a tradição – as doutrinas de Aristóteles, Grotius e Pufendorf, o surgimento do Estado moderno, a revolução científica, o racionalismo e o projeto iluminista para a humanidade –, observa-se nitidamente que o direito natural caminhava para a construção do positivismo jurídico, na medida em que assumia o caráter de um saber científico, universalmente válido,

⁷⁰ Id., *ibid.*, p. 34-35.

⁷¹ Cf. HOBBS, Thomas. *Diálogo entre um filósofo e um jurista*. São Paulo: Landy, 2001.

⁷² Id., *ibid.*, p. 36.

⁷³ Cf. BOBBIO, *O positivismo jurídico, op. cit.*, p. 36.

tendo na lei a expressão da vontade do Estado, baseada em uma racionalidade prático-dedutiva⁷⁴.

Ademais, não se pode olvidar que o próprio iluminismo foi, fortemente, influenciado pelo jusnaturalismo do século XVII, que propunha uma sociedade constituída a partir de bases naturais e racionais. Segundo o jusnaturalismo moderno, ou iluminista, os homens eram todos iguais, ideal esse que, anos mais tarde, será resgatado e registrado expressamente na *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*⁷⁵.

No entanto, após a Revolução Francesa, antecipando a eventual tensão entre juízes e legisladores, o Estado liberal acolhe a solução absolutista dada ao problema – eliminar poderes intermediários e concentrar o poder pleno e ilimitado –, lançando mão do dogma da onipotência do legislador⁷⁶, cujas codificações elaboradas representam o triunfo celebrado pelo iluminismo e pelo liberalismo⁷⁷.

Desse modo, o deslocamento para o legislador da tarefa de pôr normas iguais para todos, operado pelo Estado liberal, representa uma garantia dos cidadãos contra as arbitrariedades decorrentes da liberdade do juiz de aplicar as normas que bem entender na solução dos conflitos⁷⁸.

Nessa mesma linha, com o advento da clássica teoria da separação de poderes, desenvolvida por Montesquieu, surge a tese segundo a qual não se

⁷⁴ Ver, para tanto, HUPFFER, *op. cit.*, p. 52. A respeito do tema, ver, também, SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia. O paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 5-87.

⁷⁵ Destaque-se, por oportuno, que a Revolução Francesa representa, para muitos autores, o ápice do jusnaturalismo revolucionário: um sistema racional e ideal de valores atuando contra a legalidade absolutista estabelecida.

⁷⁶ Nesse sentido, ver ZAGREBELSKY, Gustav. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 6. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 33: “La concepción del derecho propia del Estado de derecho, del principio de legalidad y del concepto de ley del que hemos hablado era el *positivismo jurídico* como *ciencia de la legislación positiva*. La idea expresada por esta fórmula presupone una situación histórico-concreta: la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. Su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho – esto es, los derechos y la justicia – a lo dispuesto por la ley. Esta simplificación lleva a concebir la actividad e los juristas como in mero servicio a la ley, si no incluso como su simple exégesis, es decir, conduce a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador”.

⁷⁷ Cf. BOBBIO, *O positivismo jurídico, op. cit.*, p. 38; e, ainda, SILVA, *Processo e ideologia, op. cit.*, p. 5-87.

⁷⁸ Ver, por todos, MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad. História del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998; e, também, DUSO, Giuseppe (Org.). *O poder. História da filosofia política moderna*. Petrópolis: Vozes, 2005.

deve deixar ao juiz qualquer liberdade para que ele exerça a sua fantasia legislativa: a decisão do juiz deve ser uma reprodução fiel da lei⁷⁹.

Com efeito, a subordinação dos juízes à lei tende unicamente a garantir aquilo que é o mais valioso para o liberalismo: a segurança jurídica, para que o cidadão tenha certeza a respeito da legalidade de seus comportamentos⁸⁰.

Para Bobbio, em que pese os escritores racionalistas do século XVIII terem teorizado sobre a onipotência do legislador, ainda não se pode falar em positivismo jurídico propriamente dito, haja vista que o pensamento liberal mantém conceitos ligados à filosofia jusnaturalista, tais como o estado de natureza, a lei natural, o contrato social, etc., e que o direito natural cumpre a função de colmatar as lacunas do direito positivo⁸¹.

Apenas com a idéia de codificação é que desaparece o direito natural, solidificando-se o positivismo jurídico. Entretanto, observa Bobbio⁸², o fenômeno da codificação se dá de um modo muito curioso: na Alemanha, os homens cultos, dentre eles Savigny, conseguiram retardá-la por quase um século porque acreditavam que as condições não lhe eram favoráveis; na França, houve codificação, porém sem que tenha ocorrido, de fato, a sua teorização; na Inglaterra, ao contrário, não houve a codificação, mas foi elaborada ampla teoria a partir dos aportes de Bentham e Austin.

Nesse contexto, sendo a França o palco onde se dá o fenômeno da codificação, merece destaque especial o papel desempenhado pelo Código de Napoleão (1804), obra do pensamento iluminista da segunda metade do século XVIII, originária de idéia que adquire consistência política durante a Revolução Francesa, mais especificamente com a Constituição de 1791, na qual resta consagrado o princípio da codificação⁸³, segundo o qual *será feito um código de leis civis comuns a todo o reino*⁸⁴.

⁷⁹ Cf. BOBBIO, *O positivismo jurídico, op. cit.*, p. 40.

⁸⁰ Id., *ibid.*, p. 40.

⁸¹ Id., *ibid.*, p. 91.

⁸² Id., *ibid.*, p. 42-43.

⁸³ "La proclamación francesa de los derechos operaba así como legitimación de una potestad legislativa que, en el ámbito de la dirección renovadora que tenía confiada, era soberana, es decir, capaz de vencer

Contudo, quaisquer que pudessem ter sido as intenções dos constituintes franceses (1789-1791), a promissora idéia da lei como codificação do direito não podia mais do que se revelar inimiga do valor jurídico da própria *Déclaration*⁸⁵.

Mais: se o Código de Napoleão é considerado o marco de uma nova tradição jurídica, que sepulta de vez aquela que a precede, isto decorre dos seus primeiros intérpretes, e não dos redatores do texto legal, dentre os quais se destacou Portalis⁸⁶.

A emblemática discussão – cujos efeitos se reproduzem até os dias de hoje – gira em torno do significado atribuído ao famoso art. 4º do Código napoleônico: *o juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada*.

O referido dispositivo legal institui aquilo que se conhece por *princípio do non liquet*, segundo o qual o juiz deve em cada caso resolver a controvérsia que lhe é submetida, estando excluída a possibilidade de abster-se de decidir sob o argumento de que a lei não oferece *regula decidendi*⁸⁷.

O grande problema se dá nos casos de insuficiência e silêncio da lei, em que o juiz deve supri-la, deduzindo de qualquer modo a regra para resolver a controvérsia que lhe foi submetida. A pretensão dos redatores do art. 4º do Código era deixar aberta a possibilidade da livre criação do direito por parte do juiz. No entanto, a solução adotada pelo positivismo jurídico em sentido estrito foi a de que o dogma da onipotência do legislador está ligado ao dogma da completude do ordenamento jurídico, isto é, de que o juiz deve sempre encontrar as respostas no interior da própria lei, tendo em vista que nela estão

todos los obstáculos del pasado que hubieran podido impedir o ralentizar su obra innovadora. La idea – o mejor, la ideología – de la codificación, esto es, la idea de la fundamentación *ex novo* de todo el derecho en un único sistema positivo de normas precisas y completas, condicionado solamente por la coherencia con sus principios inspiradores, es la primera y más importante consecuencia de la *Déclaration*” (cf. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, *op. cit.*, p. 52).

⁸⁴ Cf. BOBBIO, *O positivismo jurídico*, *op. cit.*, p. 65-66.

⁸⁵ Ver, nesse sentido, ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, *op. cit.*, p. 53, para quem “No tuvo lugar, pues, el sometimiento de la ley al control de los derechos sino que, al contrario, se produjo el control de legalidad de los derechos, cuya verdadera *Constitución* jurídicamente operante no fue la *Déclaration*, sino el *Code Civil*, no en vano denominado con frecuencia la *Constitución de la burguesía liberal*”.

⁸⁶ Cf. BOBBIO, *O positivismo jurídico*, *op. cit.*, p. 73.

⁸⁷ Id., *ibid.*, p. 74.

contidos os princípios que permitem individualizar uma disciplina jurídica para cada caso através da interpretação⁸⁸.

Nesse sentido, a leitura do art. 4º do Código de Napoleão é fator determinante na fundação da escola dos intérpretes do Código Civil, denominada *Escola da Exegese*, no transcorrer do século XIX, movimento doutrinário marcado por assumir um tratamento científico do código e reduzi-lo a comentários, artigo por artigo, de forma sistemática e metodológica⁸⁹.

Além disso, tal escola não só desconsiderava todo o direito precedente, mas também acreditava que o código contivesse, em si, as normas para todos os casos futuros, recorrendo à intenção do legislador quando necessário, e limitava-se a uma interpretação passiva e mecânica da lei⁹⁰.

As causas que concorrem para o seu advento, cujos reflexos no desenvolvimento do positivismo jurídico são ser facilmente percebidos, podem ser resumidas da seguinte forma: (a) o próprio fenômeno da codificação, que simplifica a resolução dos conflitos na medida em que reduz as fontes do direito à lei; (b) o fato de, à época, a mentalidade dos juristas estar absolutamente dominada pelo princípio da autoridade; (c) a idéia de fidelidade ao código, mormente em face da recente doutrina da separação de poderes; (d) o princípio da certeza do direito, decorrente da revolução científica levada a cabo pelo racionalismo, mediante a utilização de métodos e critérios capazes de garantir exatidão e segurança às análises do direito; e, por fim, (e) as pressões exercidas pelo regime napoleônico sobre os estabelecimentos de ensino superior no sentido de que fossem abandonadas as teorias e concepções jusnaturalistas, devendo ser lecionado apenas o direito positivo⁹¹.

⁸⁸ Id., *ibid.*, p. 74-75.

⁸⁹ A respeito das origens do positivismo jurídico e das influências da Escola da Exegese na cultura jurídica atual, ver BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado democrático de direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 303-307.

⁹⁰ Cf. BOBBIO, *O positivismo jurídico*, *op. cit.*, p. 77-78.

⁹¹ Id., *ibid.*, p. 78-83.

Suas principais características eram (a) a inversão das relações tradicionais entre direito natural e direito positivo, através da qual os juristas, timidamente, desvalorizam a importância e o significado prático do jusnaturalismo; (b) a concepção rigidamente estatal do direito, segundo a qual jurídicas são exclusivamente as normas postas pelo Estado; (c) a interpretação fundada na vontade da lei, a partir da intenção do legislador, como já referido anteriormente; (d) o culto do texto da lei, a partir da identificação do direito com o direito positivo, mediante o qual o intérprete deve ser rigorosamente subordinado às disposições do código; e (e) o respeito ao princípio de autoridade⁹².

Observa-se, desse modo, que o positivismo jurídico nasce justamente do impulso histórico para a legislação⁹³ – que exsurge para pôr ordem ao caos do direito primitivo e para fornecer ao Estado um instrumento eficaz para a intervenção na vida social, sobretudo ao assimilar postulado antimetafísico, positivo-dogmático, estruturalmente formal e científico –, isto é, no momento em que a lei torna-se a fonte exclusiva do direito, e seu resultado último é representado pela codificação⁹⁴.

Dito de outro modo, pode-se afirmar que a concepção de *positivismo jurídico* nasce tão-somente quando direito positivo e direito natural deixam de ser considerados direito no mesmo sentido, e o direito positivo passa a ser entendido como direito em sentido único e próprio⁹⁵.

Com o positivismo jurídico, portanto, ocorre a exclusão do direito natural da categoria conceitual do direito⁹⁶ e, conseqüentemente, a redução de todo o

⁹² Id., *ibid.*, p. 83-89.

⁹³ Cf. HUPFFER, *op. cit.*, p. 47: “A excessiva confiança no poder da razão foi transportada para o direito quando da criação dos primeiros códigos. O dogma do racionalismo – o valor da certeza no direito, sua universalidade e sua verdade – está na tecnicidade, no formalismo e na exegese normativista assumida pelo positivismo jurídico”.

⁹⁴ BOBBIO, *O positivismo jurídico, op. cit.*, p. 119.

⁹⁵ Sobre o fenômeno da positivação do direito, ver FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 72-81.

⁹⁶ Dentre as acusações direcionadas ao jusnaturalismo destacam-se (a) a de que falta clareza na sua proposta, visto que um de seus elementos centrais – a natureza – é plurívoco, não possuindo densidade semântica suficiente para ser objetivamente analisado e estudado; (b) a de que a expressão *direito* não remete aos três elementos definidores do fenômeno jurídico: caráter positivo de coação, determinabilidade semântica de suas prescrições e suporte político estatal para sua efetividade; e,

direito ao direito positivo, o que resulta na seguinte fórmula: o positivismo jurídico é a doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo⁹⁷.

Contudo, é necessário atentar para o fato de que, muito embora o germe do positivismo jurídico tenha sido plantado com a positivação, ele significa muito mais do que ela, consistindo em uma verdadeira epistemologia e/ou ideologia de leitura do direito positivo – essencialmente metafísica –, segundo a qual o conhecimento jurídico deve ser convertido em ciência, a partir da crença na autosuficiência da lei⁹⁸.

Cumprido referir, aqui, que a expressão *positivismo* serve para designar aquelas correntes filosóficas que se caracterizam pela adesão à realidade e pela rejeição de especulações não justificáveis por uma referência ao dado empírico, tendo em vista que o termo *positivo* pretende afirmar o valor do mundo objetivo, dado, posto, real, em relação àquele meramente pensado, desejado ou valorizado por um sujeito qualquer⁹⁹.

Assim sendo, ao contrário do jusnaturalismo, que pretendia poder afirmar a natureza racional de algumas normas, o positivismo afirmará que o direito é o resultado dos atos de vontade identificados socialmente, repudiando a idéia de que ele possa derivar da razão¹⁰⁰, haja vista que não há uma ordem no mundo que dê sustentação a essas normas, não há uma *natureza humana* ou *natureza das coisas* que possa ser assumida como fonte de normas¹⁰¹.

sobretudo, (c) a de que o seu ideal de justiça é relativo e subjetivo, não sendo passível de demonstração o fato de que a mesma concepção possa ser aplicada a todos os povos e em todas as épocas (cf. BEDIN, *op. cit.*, p. 242).

⁹⁷ Cf. BOBBIO, *O positivismo jurídico, op. cit.*, p. 26.

⁹⁸ Nesse sentido, ver GALUPPO, Marcelo Campos. A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Crítica à dogmática*, Porto Alegre, n. 3, p. 195-206, 2005, p. 198.

⁹⁹ Ver, para tanto, BARZOTTO, *op. cit.*, p. 642.

¹⁰⁰ Cf. HUPFFER, *op. cit.*, p. 54: “Bobbio é um dos autores que melhor resume essa posição dizendo que o direito natural não é direito como o é o direito positivo e, em segundo lugar, diz que o direito natural é um equívoco; portanto, não serve para fundamentar um acordo unânime sobre o que se entender por justo ou injusto. Seu fundamento está em que não há unanimidade sobre o que se conceitua como natural. Enfatizar essa questão significa, para Bobbio, uma forma de mostrar a impossibilidade de a sociedade ser regida por um sistema de legitimidade natural, ou seja, por um direito natural que tem como dogma valores naturais e imutáveis no tempo. Essa característica, para ele, não garante nem segurança, nem paz, principalmente porque carece do atributo da eficácia”. Na mesma linha, ver, ainda, KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. Coimbra: Armênio Amado, 1963.

¹⁰¹ Cf. BARZOTTO, *op. cit.*, p. 644.

Tendo em vista tal contexto, no qual se verifica a preocupação do positivismo com a necessidade de superar a metafísica a partir da realidade, entendida como tudo o que estivesse ao alcance da razão e, ao mesmo tempo, pudesse ser evidenciado através da experiência e da demonstração analítica, o direito passa a ser concebido como um conjunto de normas, de conteúdo arbitrário, promulgadas de modo formalmente correto¹⁰².

Em outras palavras, em contraste com o jusnaturalismo, segundo o qual o direito é objetivamente cognoscível e preexistente, na natureza, na lei divina, na razão, o positivismo jurídico considera que o direito não está predeterminado, ou pelo menos os conteúdos jurídicos preexistentes não são cognoscíveis, mas sim produtos dos atos de vontade socialmente identificados¹⁰³.

Assim, considerando o caos, a incerteza e a insegurança jurídicas, todas atribuídas ao jusnaturalismo – que suscitava inevitavelmente o fantasma do subjetivismo –, aliados às acusações de que o direito natural mostrar-se-ia viável apenas em sociedades como as pré-modernas, nas quais o fundamento de validade do direito positivo depende de uma determinada concepção de justiça, de modo que a maior parte do direito é costumeiro – o que remete à idéia de que o direito e a moral tenham a sociedade como fonte comum¹⁰⁴ –, consolida, definitivamente, aquilo que se conhece por *positivismo jurídico*, movimento (pré-)dominante na teoria e filosofia do direito desde a segunda metade do século XIX até os dias de hoje¹⁰⁵.

¹⁰² Cf. KAUFMANN, *op. cit.*, p. 64-65.

¹⁰³ Id., *ibid.*, p. 61-62.

¹⁰⁴ Cf. BARZOTTO, *op. cit.*, p. 646.

¹⁰⁵ Nesse sentido, ver SOUZA CRUZ, *Jurisdição constitucional democrática, op. cit.*, p. 193: “O pensamento positivista, a despeito de sua longevidade, uma vez surgido nos fins do século XVIII, permanece, ainda nos dias de hoje, como forma predominante de produção da ciência jurídica. Seus dogmas metodológicos, importados das ciências exatas e naturais, tais como o empirismo experimental, o raciocínio dedutivo/demonstrativo arquimediano e a universalização mecanicista das coisas, reproduziram um paradigma fundado na neutralidade e objetividade, como padrão geral da ciência. O século XX assistiu à ruína desse substrato epistemológico. Noções ligadas à particularidade, à historicidade e à intersubjetividade dos fenômenos naturais e das relações sociais subverteram a exigência de um rigor matemático tanto nas ciências sociais quanto nas ciências naturais. Contudo, o positivismo jurídico sobreviveu e reproduziu-se. Por paradoxal que possa parecer, apesar de apresentar seus últimos estertores nas obras de Kelsen, Hart e do realismo jurídico, o positivismo alcançou o século XXI, através de um modo de produção acrítico e automático, não apenas por parte de juizes, promotores e advogados, mas especialmente, por parcela significativa da cátedra acadêmica”.

Isso porque o positivismo jurídico, em suas diversas formas de manifestação, conseguiu reduzir o conhecimento jurídico ao conhecimento objetivo das ciências naturais, ou duras, na medida em que passou a adotar um raciocínio lógico e sistemático, que parte da lei (geral) em direção ao caso (concreto), amparado em verdades e certezas, impostas pela necessidade de segurança. O positivismo jurídico, ao fim e ao cabo, identifica o direito com o ordenamento jurídico, concebendo-o como um conjunto de normas gerais e abstratas, objetivamente determinadas, vigentes em um determinado período e local, cuja preensão é de regular toda a vida humana¹⁰⁶.

Segundo Bobbio¹⁰⁷, sete seriam as premissas fundamentais, típicas do direito moderno, sobre as quais se pautou o positivismo jurídico:

(I) *O direito deve ser encarado como um fato, e não como um valor.* O positivismo jurídico é resultado do esforço de transformar o estudo do direito em ciência, nos mesmos termos dos estatutos da física, da matemática e demais ciências naturais, cuja principal característica consiste na avaloratividade, isto é, na preocupação com os juízos de fato e na exclusão dos juízos de valor, enfim na busca empírica pelo conhecimento puramente objetivo da realidade. Assim sendo, o positivismo jurídico assume uma atitude científica frente ao direito, estudando-o apenas tal como ele é (fato), e não tal qual deveria ser (valor). Disso deriva, evidentemente, a *teoria da validade do direito*, segundo a qual esta – a validade – é determinada unicamente pela estrutura formal, prescindindo do conteúdo das normas – preocupação jusnaturalista – e, da mesma forma, de sua eficácia – preocupação realista¹⁰⁸.

(II) *A coação é elemento essencial à definição do direito.* O positivismo caracteriza-se pelo fato de definir constantemente o direito em função da coação, o que se gerou a conhecida *teoria da coatividade do direito*. Contudo, tal teoria se desenvolvem dois momentos diversos: para a concepção clássica, sustentada por Jhering, a coerção seria o *meio* pelo qual se fazem valer as normas jurídicas, ou

¹⁰⁶ Ver, para tanto, HUPFFER, *op. cit.*, p. 94.

¹⁰⁷ Id., *ibid.*, p. 130-232.

¹⁰⁸ Id., *ibid.*, p. 135-146.

seja, o direito seria um conjunto de normas que se fazem valer coativamente; para a concepção moderna, sustentada por Kelsen e Ross, diferentemente, a coerção seria o *objeto* das normas jurídicas ou, em outras palavras, o direito seria um conjunto de normas que regulam o uso da força coativa¹⁰⁹.

(III) *A lei como única fonte de qualificação.* O problema da *teoria das fontes do direito* está diretamente vinculado à validade das normas jurídicas, visto que uma norma jurídica só é válida se for produzida por uma fonte autorizada. Isso remete ao fato de que a doutrina positivista adota uma teoria das fontes alicerçada no princípio de que uma determinada fonte do direito – a lei – predomina sobre quaisquer outras – costume, equidade, natureza das coisas, etc.¹¹⁰.

(IV) *A norma jurídica é um comando.* A *teoria imperativista da norma jurídica*, sobre a qual Austin dedicou-se exaustivamente, está estreitamente ligada à concepção segundo a qual o Estado é que detém o monopólio da produção do direito, e a lei é a única expressão do seu poder normativo¹¹¹.

(V) *O sistema jurídico é considerado o conjunto de normas vigentes em uma sociedade, dotado de coerência, unidade e completude.* A *teoria do ordenamento jurídico*, introduzida pelo próprio positivismo jurídico, é a responsável pela consolidação do pensamento jurídico, cujo objeto é o estudo do direito não como norma singular, ou como um acervo de normas singulares, mas, sim, como entidade unitária constituída pelo conjunto sistemático de todas as normas. Suas bases estão em três atributos fundamentais – a *unidade*, concebida a partir de uma perspectiva formal, em que a norma fundamental assume especial importância; a *coerência*, entendida a partir da negação de antinomias no interior do ordenamento; e a *completude*, fundada na idéia de que não há lacunas no sistema – que fazem com que o direito no seu conjunto seja um ordenamento e, portanto, uma nova entidade, distinta das normas isoladas que o constituem¹¹².

¹⁰⁹ Id., *ibid.*, p. 147-159.

¹¹⁰ Id., *ibid.*, p. 161-179.

¹¹¹ Id., *ibid.*, p. 181-195.

¹¹² Id., *ibid.*, p. 197-210. A respeito do tema, ver, mais especificamente, id. *Teoria do ordenamento jurídico*. 7. ed. Brasília: UnB, 1996.

(VI) *A interpretação do direito é uma atividade mecanicista.* A atividade relativa ao direito pode ser entendida em dois momentos: o primeiro, ativo e criativo, encontraria sua manifestação típica na legislação; o segundo, teórico e cognoscitivo, seria a manifestação ligada à ciência jurídica, ou mais especificamente à jurisprudência. Dito de outro modo, o jurista deve limitar-se a uma atividade puramente declarativa e reprodutiva do direito preexistente: a explicitação do conteúdo das normas jurídicas decorre de processos lógicos-dedutivos-rationais e meios de interpretação textual – léxico, teleológico, sistemático e histórico – que possibilitam alcançar a vontade do legislador¹¹³.

(VII) *O dever de obedecer às leis é absoluto e incondicionado.* A teoria da *obediência absoluta da lei enquanto tal* reflete apenas uma das posições presentes no âmbito do positivismo em relação à obediência. Ao invés de positivismo jurídico, seria mais adequado falar-se em positivismo ético, na medida em que se trata de uma afirmação de ordem moral ou ideológica, e não científica¹¹⁴.

Entretanto, ressalta Bobbio que para ser um positivista jurídico não é necessário, evidentemente acolher as premissas acima descritas em sua totalidade, como se demonstrará mais adiante.

Além disso, o positivismo jurídico pode ser compreendido sob três planos diferentes, segundo a proposta de Bobbio¹¹⁵: (a) o positivismo jurídico como *método* para o estudo do direito – projeto epistemológico e irrenunciável –, na medida em que o método científico é necessário para que se possa fazer ciência jurídica ou teoria do direito; (b) o positivismo jurídico como *teoria* do direito – projeto ontológico e discutível –, na medida em que ele é composto de diversas subteorias, dentre as quais aquelas referentes à coatividade, às fontes e à imperatividade assumem um papel central em relação às da coerência, completude e interpretação; (c) o positivismo jurídico como *ideologia* do direito – projeto axiológico e inaceitável –, na medida em que, de um lado, há uma versão

¹¹³ Id., *O positivismo jurídico, op. cit.*, p. 211-222.

¹¹⁴ Id., *ibid.*, p. 223-232.

¹¹⁵ Id., *ibid.*, p. 233-238. Necessário destacar, entretanto, que, para Bobbio, o primeiro destes planos é acolhido em sua totalidade; o segundo, aceito apenas em sentido amplo; e, por fim, o terceiro, admitido somente na sua versão fraca, isto é, moderada. Sobre o tema, ver, também, HIERRO, *op. cit.*, p. 289.

extremada ou forte, segundo a qual existe um dever incondicional de obedecer à lei enquanto tal; e, de outro, há uma versão moderada ou fraca, segundo a qual a ordem é considerada um valor positivista, mas esse valor é instrumental, e não final, nem supremo.

De outra banda, não se pode olvidar que a distinção desses três planos assume relevância sobretudo nas críticas ao positivismo jurídico, de modo que, segundo Bobbio¹¹⁶, não se pode conduzir uma crítica genericamente antipositivista, sendo preciso distinguir os autores e correntes de acordo com os aspectos positivistas por eles adotados.

Isso se dá porque, contemporaneamente, o positivismo jurídico adquiriu uma quantidade enorme de formas, muitas delas divergentes entre si¹¹⁷, dentre as quais se destaca o normativismo, doutrina associada ao positivismo lógico e à filosofia analítica¹¹⁸, que ganha espaço na primeira metade do século XX, segundo a qual haveria apenas duas classes de asserções com significado, asserções empíricas ou falseáveis, por um lado, e juízos analíticos sobre o significado das palavras, por outro¹¹⁹.

Não é à toa, portanto, que a teoria do positivismo jurídico é freqüentemente considerada analítica, descritiva e explicativa. O sentido do positivismo jurídico, desde este ponto de vista, é proporcionar uma precisa caracterização do direito tal como ele é na realidade, ao invés de uma descrição sobre como ele deveria ser¹²⁰.

¹¹⁶ Id., *ibid.*, p. 233.

¹¹⁷ Sobre o tema, consultar, obrigatoriamente, SCHIAVELLO, Aldo; VELLUZI, Vito. *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*. Torino: Giappichelli, 2005.

¹¹⁸ Ver, para tanto, NAVARRO Pablo. Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 24, p. 133-163, 2001, p. 133, para quem o positivismo desempenhou um papel dominante na filosofia contemporânea. Nos últimos séculos, produziu um impressionante conjunto de doutrina acerca da linguagem, da mente, do conhecimento e de muito outros temas filosóficos tradicionais. Enquanto que o empirismo esteve sempre associado ao desenvolvimento das doutrinas positivistas, o último século foi prova de um forte vínculo entre a consolidação do positivismo e o desenvolvimento da lógica. A melhor expressão desta aliança foi o surgimento do positivismo lógico no horizonte filosófico, cuja influência dificilmente pode ser negada, sendo muito provável que sua contribuição à filosofia ainda perdure no tempo.

¹¹⁹ Nesse sentido, ver CAMPBELL, Tom. El sentido del positivismo jurídico. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 25, p. 303-331, 2002, p. 312.

¹²⁰ Id., *ibid.*, p. 303-304, para quem o positivismo descreve mal o direito como um conjunto de regras discretas que são identificadas, compreendidas e aplicadas mediante o conhecimento técnico dos aplicadores do direito, cujo trabalho está à margem dos desacordos morais e políticos da vida diária..

Entretanto, da mesma forma como ocorreu com o positivismo lógico, o positivismo jurídico foi modelado e defendido por filósofos brilhantes, sendo sua contribuição à compreensão da natureza do direito muito significativa. Ainda que alguns positivistas jurídicos tenham sido positivistas lógicos, esta é apenas uma conexão contingente, sendo necessário distinguir cuidadosamente os diversos tipos de positivismo. Mas, ainda que eles possam ser claramente diferentes, é interessante destacar que, em ambos os casos, a mudança e evolução de suas teses foram, em grande medida, o resultado de discussões internas ao projeto positivista. Estas discussões mostram claramente que as teses centrais enunciadas por algum positivista são, com certa frequência, rejeitadas ou consideradas incoerentes por outros positivistas¹²¹.

Segundo Navarro¹²², existiria uma tensão interna ao programa positivista que pode ser resumida da seguinte forma: as teses centrais do positivismo jurídico clássico, *e.g.* Austin e Bentham, são inadequadas para dar conta da complexidade das práticas jurídicas contemporâneas, porém o intento de superar essas dificuldades conduz a adotar, inevitavelmente, teses incompatíveis com a doutrina positivista.

Nesse sentido, não se pode olvidar que o debate entre as diferentes concepções de positivismo jurídico é tão antigo como as reflexões teóricas acerca de suas linhas centrais. Não é à toa que seja freqüente distinguir os positivismos positivo e negativo, presuntivo e formalismo, simples e sofisticado, brando e duro, includente e excludente, o que não significa, contudo, que haja qualquer tipo de refinamento maior do que confusão conceitual¹²³.

Não obstante as possíveis divergências, assumindo os riscos inerentes a tal pretensão, Hierro¹²⁴ apresenta aquelas que, segundo ele, seriam as três teses fundamentais que integrariam o núcleo do positivismo jurídico: (a) a denominada *tese das fontes sociais*, de caráter ontológico, segundo a qual é positivista toda concepção de direito que aceita que o direito é um fenômeno de

¹²¹ Cf. NAVARRO, *op. cit.*, p. 134.

¹²² Id., *ibid.*, p. 135.

¹²³ Id., *Ibid.*, p. 136.

origem social ou, em outras palavras, que as fontes do direito são meramente convencionais; (b) a denominada *tese da identificação objetiva*, de caráter epistemológico, segundo a qual é positivista toda concepção de direito que aceita que a existência de um sistema jurídico é um fato observável e que a existência das normas em um sistema jurídico, ainda não sendo um fato, pode enunciar-se objetivamente; e (c) a denominada *tese da separação*, de caráter axiológico, segundo a qual não haveria nenhuma conexão conceitual necessária entre o direito e a moral.

Observa-se, assim, que o positivismo jurídico se encontra, ao fim e ao cabo, firmemente alicerçado em duas tradições filosóficas diferentes: de um lado, o positivismo está ligado a uma tradição racionalista e empirista, que conecta a ciência jurídica a um programa descritivo e valorativamente neutro; e, de outro, o positivismo está vinculado a uma tradição política que enfatiza que o direito está sempre aberto a questionamentos morais¹²⁵.

Ocorre que, se a filosofia jurídica contemporânea, na maioria das vezes, parece estar interessada exclusivamente nesta segunda tradição, é importante destacar que a primeira tradição requer uma cuidadosa análise, que só pode ser feita através da filosofia *no* direito, visto que está diretamente atrelada ao próprio modo de pensar o direito, isto é, às condições de possibilidade de se produzir o direito.

Mais: é justamente neste contexto que os problemas filosóficos ligados à tríplice questão – *como se interpreta, como se aplica e como se fundamenta* – aparecem como os elementos centrais de qualquer teoria do direito, cujo estudo mostra-se imprescindível, sobretudo àqueles que pretendem criticar o positivismo jurídico de maneira minimamente consistente, como se propõe o presente trabalho.

¹²⁴ Cf. HIERRO, *op. cit.*, p. 279.

¹²⁵ Cf. NAVARRO, *op. cit.*, p. 162.

1.2.1. A questão da interpretação: o *modus interpretandi* no interior do paradigma epistemológico da filosofia da consciência

No universo positivista, a questão da interpretação encontra-se eminentemente ligada aos estudos daquilo que se entende por *hermenêutica tradicional*, sobretudo àqueles desenvolvidos a partir do racionalismo e consolidados através dos dogmas da metafísica moderna, mais especificamente no interior do paradigma epistemológico da filosofia da consciência¹²⁶.

Isso porque, com o surgimento do direito moderno, sobretudo a partir das codificações, ocorre a (con)fusão dos horizontes dos paradigmas do positivismo jurídico, conforme já analisado, e da filosofia da consciência, baseada na lógica de um sujeito isolado – ou da consciência do indivíduo – que tem diante de si o mundo dos objetos e dos outros sujeitos¹²⁷.

Para a filosofia da subjetividade, fundada no esquema sujeito-objeto, a partir da revolução copernicana levada a cabo por Kant, a linguagem é uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito cognoscente e o objeto a ser conhecido, isto é, uma espécie de instrumento ou veículo condutor de essências e corretas exegeses dos textos legais¹²⁸.

Observa-se, assim, que, segundo tal perspectiva, três são os elementos – (a) um sujeito cognoscente, (b) uma linguagem que sirva de ferramenta interpretativa e (c) um objeto a ser conhecido – necessários para que a interpretação se dê dentro dos limites daquilo que configura a denominada *relação sujeito-objeto (S-O)*.

¹²⁶ A respeito da perpetuação, de ambos os paradigmas no campo jurídico, Gadamer (*Verdad y método I*. 10. ed. Salamanca: Sígueme, 2003, p. 613), assumindo um postura extremamente otimista, acredita que o positivismo legalista, cuja pretensão era poder reduzir toda a realidade jurídica ao direito positivo e à sua correta aplicação, parece não ter, atualmente, nem um único partidário. Isso porque a distância entre a generalidade da lei e a situação jurídica concreta que estabelece cada caso particular é essencialmente insuperável.

¹²⁷ Ver, para tanto, GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método II*. 5. ed. Salamanca: Sígueme, 2002, p. 109-110; e, ainda, STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 61-62 e 96, para quem não se pode olvidar que uma das marcas da doutrina positivista é a vigência do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, regido pelo esquema sujeito-objeto, segundo o qual um sujeito observador encontra-se situado em frente a um mundo que, por ele, será objetificado e descrito, a partir de seu *cogito*.

Dessa forma, evidencia-se que a aliança entre os paradigmas do positivismo jurídico e da filosofia da consciência tem como conseqüência direta a crença na existência de um sujeito cognoscente que estabelece, de modo objetificante, as condições de interpretação e aplicação do direito.

Pode-se dizer, assim, que o jurista, de certo modo, se perde ao percorrer a antiga estrada do historicismo: ele não se considera desde sempre no mundo, mas, ao contrário, considera-se como se estivesse em frente a esse mundo, que por ele pode ser conhecido e regulado mediante a utilização do instrumento que seria a linguagem jurídica¹²⁹.

Com efeito, para a velha tradição hermenêutica – que ainda permanece presente no campo jurídico, muito embora tenha se perdido completamente na autoconsciência histórica da teoria pós-romântica da ciência – o processo de compreensão é dividido em etapas: primeiro, se conhece (*subtilitas intelligendi*); depois, se interpreta (*subtilitas explicandi*); por fim, se aplica (*subtilitas applicandi*)¹³⁰.

Nesse contexto, a interpretação é entendida, sempre, como o produto de um processo de reprodução¹³¹ – cuja principal função é assegurar a objetividade e a precisão dos resultados –, que deve observar, obrigatoriamente, todo o aparato metodológico disponibilizado ao intérprete, a fim de que se possa aferir o *unívoco sentido da norma*, seja a partir da *vontade da lei*, seja a partir da *vontade do legislador*, dependendo, para tanto, apenas da posição teórica adotada.

¹²⁸ Cf. STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 62.

¹²⁹ Id. Ibid., p. 96-97.

¹³⁰ Cf. GADAMER, *Verdad y método I*, op. cit., p. 378.

¹³¹ Para tanto, basta que se abra qualquer um dos manuais jurídicos mais vendidos sobre *Introdução ao Estudo do Direito*, para que se encontrem definições como as seguintes: “interpretar a lei é penetrar-lhe o verdadeiro e exclusivo sentido” (sic); “interpretar a lei é fixar o sentido de uma norma e descobrir a sua finalidade, pondo a descoberto os valores consagrados pelo legislador” (sic); “interpretar é a busca do esclarecimento, do significado verdadeiro em uma expressão; é extrair de uma frase, de uma sentença, de uma norma, tudo o que na mesma se contém” (sic); “interpretar é descobrir o sentido e o alcance da norma, procurando a significação dos conceitos jurídicos; é explicar, esclarecer, dar o verdadeiro significado do vocábulo; extrair, da norma, tudo que nela se contém, revelando seu sentido apropriado para a vida real e conducente com a decisão” (sic); “pelo processo interpretativo se estabelece o exato sentido da norma, o seu alcance, as suas conseqüências e os elementos constitutivos do caso previsto pela norma” (sic) – as referências bibliográficas foram suprimidas, tendo em vista que, conforme recomenda Streck, a crítica aqui proposta é voltada apenas para o sentido comum teórico e o dogmatismo jurídico, em que pese alguns autores e obras merecessem, de fato, ser denunciados!

1.2.1.1. O processo de (re)produção do sentido jurídico: entre a *voluntas legis* e a *voluntas legislatoris*

Com efeito, é justamente em face da consolidação da doutrina positivista que se vincula a interpretação do direito aos dogmas da *voluntas legis* (vontade ou espírito da lei) e da *voluntas legislatoris* (vontade ou espírito do legislador), cuja discussão atravessa os séculos XIX e XX, de modo que, ainda hoje, freqüentemente ainda se percebem seus reflexos¹³².

De um lado, a *voluntas legis* reflete os anseios da doutrina objetivista – ligada à *Escola da Exegese*¹³³ e à *Jurisprudência dos Conceitos*¹³⁴ –, na medida em que a norma conteria um sentido próprio, determinado por fatores objetivos, independente até certo ponto do sentido que lhe tenha pretendido o legislador. Nesse caso, a interpretação seria *ex nunc*, destacando-se o papel preponderante dos aspectos estruturais em que a norma se estabelece e as técnicas apropriadas à sua captação, como, por exemplo, os métodos gramatical e lógico.

Contudo, tal posição implica uma verdadeira *fetichização do discurso jurídico*, através do qual a dogmática passa a considerar a lei como uma lei em si, abstraída das condições de produção que a engendraram, como se a sua condição de lei fosse uma espécie de propriedade natural¹³⁵.

¹³² Ver, para tanto, STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 100-104; FERRAZ JUNIOR, *Introdução ao estudo do direito*, op. cit., p. 264-268; e, ainda, SOUZA CRUZ, *Jurisdição constitucional democrática*, op. cit., p. 74-79.

¹³³ Como já referido no ponto anterior, a *Escola da Exegese* é caracterizada por (a) identificar o direito com a lei, (b) reduzir a interpretação à procura pela vontade da lei, recorrendo, quando necessário, à intenção do legislador, e (c) negar a existência de lacunas no sistema jurídico.

¹³⁴ A *Jurisprudência dos Conceitos*, cujos principais expoentes são Puchta e Windscheid, surge em oposição à *Escola Histórica do Direito*. Trata-se, com efeito da expressão – marcada pelo racionalismo normativo – mais acabada do estilo formalista e logicista que pensa e constrói o direito como um sistema de conceitos. As premissas sobre as quais se funda tal corrente são as seguintes: (a) o direito é considerado um sistema de conceitos, (b) a lei é a base e o ponto de partida da atividade que passa sucessivamente pela interpretação e construção de conceitos, (c) o sistema lógico-conceitual não contém lacunas.

¹³⁵ Nesse sentido, sobre a fetichização do discurso e o discurso da fetichização, ver STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 93-114, para quem, no fundo, o discurso jurídico transforma-se em um *texto sem sujeito*, usando a terminologia de Pierre Legendre.

De outro lado, a *voluntas legislatoris* espelha os ideais da doutrina subjetivista – ligada à *Escola Histórica do Direito*¹³⁶ e à *Jurisprudência dos Interesses*¹³⁷ –, medida em que insiste no fato de que, sendo a ciência jurídica um saber dogmático, a interpretação da lei exige, basicamente, a compreensão do pensamento do legislador. Nesse caso, a interpretação seria *ex tunc*, destacando-se o papel preponderante do aspecto genético e das técnicas que lhe são apropriadas, como, por exemplo, os métodos histórico e axiológico¹³⁸.

Nesse sentido, merece destaque a análise de Nino¹³⁹, em que o legislador racional é descrito como figura (a) *singular*, na medida que é marcada por uma identidade, muito embora sua multiplicidade concreta, (b) *permanente*, haja vista que não desaparece com o passar do tempo; (c) *único*, uma vez que todo o ordenamento obedece apenas a uma vontade; (d) *consciente*, porque conhece todas as normas que produz; (e) *finalista*, tendo em vista que sempre possui uma intenção; (f) *onisciente*, uma vez que nada lhe escapa; (g) *onipotente*, porque suas normas vigem até que ele mesmo as revogue ou substitua; (h) *coerente*, ainda que se contradiga na prática; (i) *justo*, uma vez que rechaça a injustiça; (j)

¹³⁶ A *Escola Histórica do Direito*, cujo maior expoente é Savigny, considera que cada povo tem o seu direito e, portanto, encontra nos costumes a sua fonte, opondo-se frontalmente ao racionalismo legalista do positivismo exegético. Contudo, houve um desvio – decorrente da influência da epistemologia kantiana na elaboração dos conceitos e da substituição do estudo do direito germânico pelo romano – que a descaracterizou, abrindo caminho para a *Jurisprudência dos Conceitos*. Na mesma linha, Kaufmann (*op. cit.*, p. 45) afirma: “No decurso do século XIX desenvolveu-se também a *metodologia positivista* originária de Savigny, de acordo com a qual o juiz apenas tem de *subsumir*, isto é, articular duas grandezas objetivas, a lei e o caso, devendo ele próprio manter-se totalmente à margem de tal processo. Eis o conceito objetivista do conhecimento na sua máxima pureza. O pressuposto lógico da proibição de criação judicial do direito foi o dogma da ausência de lacunas a ordem jurídica. De fato, foram no século XIX promulgadas proibições de interpretação. No entanto, esta doutrina não logrou manter-se por muito tempo. É hoje um lugar-comum a idéia de que o direito tem lacunas que o juiz deverá preencher através de um ato jurídico criador”.

¹³⁷ A *Jurisprudência dos Interesses*, dominada por uma intenção prático-teleológica e inspirada na doutrina de Ihering, substituiu, de plano, o primado da lógica pela primazia da investigação e valoração da vida. Suas principais características, portanto, são: (a) o juiz deve obediência (inteligente) à lei, que é expressão do legislador, legítimo representante da comunidade jurídica; (b) a lei oferece a resolução de um conflito de interesses; e (c) o direito legal é lacunoso, porque é impossível ao legislador prever e valorar todos os conflitos de interesses. Ao contrário das concepções teóricas que a antecederam, a *Jurisprudência dos interesses* atribuiu ao juiz o dever de realizar uma interpretação corretiva, quando por alteração temporal das circunstâncias ou por colisão de diferentes juízos de valores legais, a decisão judicial tiver de afastar-se da solução legal. A aplicação da lei, desse modo, não é mais uma dedução, mas a repetição da ponderação que a lei oferece, mediante a comparação de duas situações: o conflito de interesses previstos e resolvidos na lei e o conflito de interesses que reclamam solução jurídica. Em última análise, compete ao juiz realizar, no caso concreto, a valoração de interesses que o legislador impôs em geral.

¹³⁸ Ver, para tanto, GARCÍA, Manuel Calvo. *La voluntad del legislador: genealogía de una ficción hermenéutica*. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 3, p. 113-127, 1986.

¹³⁹ Cf. NINO, Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1980, p. 331.

onicompreensivo, haja vista que o ordenamento regula tudo, explícita ou implicitamente; (k) *econômico*, de modo que nunca incorre em redundâncias; (l) *operativo*, tendo em vista que todas as suas normas têm aplicabilidade; (m) *preciso*, porque confere sempre um sentido rigorosamente técnico às suas normas, em que pese empregar uma linguagem natural, marcada por expressões vagas e ambíguas; entre outras tantas.

Todavia, a questão nevrálgica é que, de uma maneira ou de outra, independentemente da posição adotada, o resultado disso tudo é o aparecimento de um *arbitrário juridicamente prevalecente*, mascarado através da busca do correto e fiel sentido da lei, mas que, ao fim e ao cabo, reflete o modo como as “correntes dominantes”, os “entendimentos pacíficos” e as “jurisprudências majoritárias” determinam ao seu bel prazer *o que é que a lei diz*, o que evidencia, mais uma vez, a força do paradigma epistemológico da subjetividade, ou, então, da filosofia da consciência¹⁴⁰.

Nesse contexto, entre o subjetivismo e o objetivismo extremados, exsurge Betti, jusfilósofo italiano, que desenvolve uma teoria geral da interpretação, voltada à “objetividade da mente”, no intuito de estabelecer os critérios necessários para que a hermenêutica pudesse ser estudada e praticada cientificamente¹⁴¹.

1.2.1.2. A teoria geral da interpretação de Betti

Com efeito, Betti pode ser considerado tanto um representante tardio da hermenêutica romântica de Schleiermacher a Dilthey, como também seu maior

¹⁴⁰ Cf. STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 90. A respeito da discussão com Gadamer, iniciada nos anos 60, após a publicação de dois manifestos, através dos quais Betti opõe firme resistência às mais recentes hermenêuticas existenciais “subjetivistas” e “relativistas”, ver GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 209; e, também, PETRILLO, Francesco. *La decisione giuridica*. Torino: Giappichelli, 2005, p. 124-131.

¹⁴¹ Ver, para tanto, BETTI, Emilio. *Diritto metodo ermeneutica*. Milano: Giuffrè, 1991; id. *Teoria generale della interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1990; id. *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1971; e, ainda, PETRILLO, op. cit. Sobre tal autor, especificamente, consultar PESSOA, Leonel Cesarino. Betti, Emilio. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 99-101.

sistematizador, o que faz com que a ele se atribua a realização mais completa do projeto de diltheyano de usar a hermenêutica para um fundação epistemológica das ciências do espírito¹⁴².

Em seu projeto, Betti sustenta uma teoria universal, no sentido epistemológico, de modo que todas as formas de interpretação científica, como as encontradas na Filologia, na História, na Teologia e no Direito, têm como base uma estrutura gnoseológica comum, cujos critérios de objetividade devem ser elaborados por uma hermenêutica, como fundamentação metodológica de todas as ciências do espírito¹⁴³.

Dito de outro modo, Betti procura apresentar uma teoria geral da interpretação, considerando a relação problemática entre a mente que apreende e o objeto¹⁴⁴. Ao fim e ao cabo, a interpretação, cuja teoria é a hermenêutica, aparece como meio – como método – para resolver o problema epistemológico da compreensão¹⁴⁵.

Observa-se, assim, que a metaciência desenvolvida por Betti não escapa a uma certa forma de cientificismo. Muito embora a estreita afinidade com o

¹⁴² Ver, para tanto, GRONDIN, *op. cit.*, p. 209-214, para quem “a hermenêutica de Betti comprova ser filha temporã do historicismo. A fim de navegar contra o perigo da relativização histórica, ela construiu o *desideratum* de uma metodologia das ciências do espírito, com fundamentação última, que obedeceu a rígidas regras e procedimentos. Por fim, ele não realiza, todavia, o que ela mesma prometera, a saber, uma hermenêutica positiva que garanta objetividade”. Na mesma linha, Bleicher (*Hermenêutica contemporânea*. Lisboa: Edições 70, 2002, p. 45) refere que “Betti propôs-se, conscientemente, a tarefa de colher a riqueza do pensamento hermenêutico que entretanto se acumulara. Mantém-se dentro da tradição romântico-idealista que caracterizou até agora esta esfera de atividade. Espera superar os resíduos psicológicos da obra de Dilthey, que mesmo nas suas últimas obras constituiu uma base de sua teorização, recorrendo a temas hegelianos, mas aproximando-se também de Husserl e do pensamento neokantiano, em especial de N. Hartmann”.

¹⁴³ Cf. GRONDIN, *op. cit.*, p. 210.

¹⁴⁴ Cf. BLEICHER, *op. cit.*, p. 46.

¹⁴⁵ Id., *ibid.*, p. 51-52, segundo quem não se pode olvidar o fato de que, para Betti, “compreender é sempre mais do que conhecer o sentido ou significado das palavras usadas no discurso – o ouvinte, ou leitor, tem de participar, idealmente, na mesma *forma de vida* que o falante ou o escritor, a fim de conseguir compreender não só as palavras utilizadas, mas *partilhar a comunhão de pensamento que se lhe oferece*. A compreensão é canalizada como um todo e pressupõe um empenhamento total – intelectual, emocional, moral – por parte do sujeito”. Na mesma linha, Grondin (*op. cit.*, p. 210-211) destaca que “Betti dirige-se especificamente contra a doutrina gadameriana da aplicação. Compreensão não teria absolutamente nada a ver com aplicação, caso se quisesse saber preservada a objetividade e controlabilidade do processo de interpretação. A aplicação ocorreria exclusivamente em formas específicas de interpretação, como as da Teologia e da Jurisprudência, cujo fundamento deve constituir uma compreensão epistemológica”.

idealismo alemão e as raízes na tradição humanista, Betti mantém-se na órbita do modo de adquirir conhecimento característico das ciências naturais¹⁴⁶.

Segundo Bleicher¹⁴⁷, Betti nunca pretendeu explorar qualquer dimensão ontológica da compreensão. O trabalho ao qual se propôs foi sempre no sentido de esclarecer o problema da compreensão, investigando o processo interpretativo, e de formular uma metodologia capaz de evitar as influências de caráter subjetivista na interpretação objetiva das objetivações da mente.

Gadamer¹⁴⁸, por sua vez, refere que Betti oferece uma visão panorâmica – que seduz tanto pela amplitude de seu horizonte, como por seu lúcido conhecimento dos detalhes e clara sistemática de sua realização – do estado da questão, através da qual busca um termo médio entre o elemento objetivo e subjetivo de toda compreensão, formulando um cânone de princípios hermenêuticos, em cujo vértice está a autonomia do sentido do texto, segundo a qual se trata de obter do texto mesmo o seu sentido, isto é, extrair a intenção do autor.

Em vista disso, Betti afirma que existem três tipos de interpretação: a *recognitiva*, que é uma compreensão que tem um fim em si mesma; a *reprodutiva*, que visa a comunicação de uma experiência; a *normativa*, que se destina a indicar orientação para a ação, especialmente nos campos da jurisdição e da teologia¹⁴⁹.

Em tal contexto, portanto, é que se pode afirmar que a doutrina positivista encontra, nitidamente, fundamento na teoria hermenêutica de cunho normativista e objetivista desenvolvida por Betti, adotando-a em larga

¹⁴⁶ Cf. BLEICHER, *op. cit.*, p. 60.

¹⁴⁷ Id., *ibid.*, p. 61.

¹⁴⁸ Cf. GADAMER, *Verdad y método I*, *op. cit.*, p. 605-606. Entretanto, Gadamer refere que, em seus confrontos e também em diversas ocasiões na Alemanha, Betti aduz não perceber mais do que equívocos e confusões conceituais na hermenêutica filosófica. Ocorre que, paradoxalmente, de acordo com a regra geral bettiana, isto costuma ser um indício de que o crítico está julgando o autor por referência a um projeto que não estava em sua mente.

¹⁴⁹ Cf. BLEICHER, *op. cit.*, p. 62 e 70; e, ainda, PESSOA, *op. cit.*, p. 100-101. A respeito dos diferentes tipos de interpretação, Gadamer (*Verdad y método I*, *op. cit.*, p. 381) afirma que a hermenêutica baseou-se até agora em distinções que ela mesma não é capaz de sustentar, o que se evidencia, por exemplo, através da intenção de formular uma teoria geral da interpretação, em que se distinguem, por exemplo, interpretação cognitiva, reprodutiva e normativa, sem que haja como inscrever os fenômenos nesta divisão.

medida¹⁵⁰, uma vez que ela possibilita o estabelecimento de regras capazes de disciplinar a interpretação, conciliando, de um lado, a objetividade do texto e, de outro, a subjetividade do intérprete¹⁵¹.

Adentrando mais especificamente do que diz respeito à hermenêutica bettina, cumpre referir que, com a noção de interpretação objetiva, Betti pretende auxiliar a transpor os obstáculos à compreensão e facilitar a reapropriação da mente objetiva por outro sujeito. Contudo, a necessidade de um conhecimento *relativamente objetivo* requer que o agente da interpretação entre em uma relação sujeito-objeto com um texto, mesmo que o objeto represente a expressão de outro sujeito¹⁵². Assim sendo, pode-se afirmar que, segundo Betti, qualquer ato interpretativo é um processo triplo, em que as formas significativas estabelecem a articulação entre a mente nelas objetivada e a mente do intérprete¹⁵³.

¹⁵⁰ Em sentido contrário, Pessoa (*op. cit.*, p. 99) afirma que, “no âmbito da interpretação da lei e dos atos jurídicos, as preocupações de Betti são bastante determinadas. Opunha-se a Kelsen e à teoria positivista, que identificava na lei a única fonte do direito e que, segundo ele, concebia a interpretação como uma repetição mecânica e tradução literal das normas abstratas. O professor de Camerino qualificava essa teoria como estática e anti-histórica. Por outro lado, Emilio Betti via a Escola do Direito Livre como uma alternativa a ser evitada, na medida em que ela atribuía ao intérprete uma liberdade excessiva, desrespeitando a subordinação necessária do intérprete à norma”.

¹⁵¹ Ver, para tanto, STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, *op. cit.*, p. 97-98 e 110-112, para quem isso se dá porque, segundo defende Betti, apenas a separação entre *atribuição de sentido* e *interpretação* é capaz de garantir a objetividade dos resultados interpretativos. Destaque-se, ainda, por oportuno, que a teoria bettiana influenciou de modo determinante a tradição hermenêutica inaugurada no Brasil, sobretudo a partir do lançamento da obra de Carlos Maximiliano (*Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000), cujos reflexos ainda são fortemente presentes nas salas de aula e de audiência dos quatro cantos de nosso país.

¹⁵² Destaque-se, aqui, o fato de que Betti reprovou fortemente a mistura proposta por Dilthey entre *compreensão* e *experiência vivida*, afirmando que tal concepção implicava a transformação da relação sujeito-objeto, em que o primeiro põe em causa o segundo, através de uma só relação, relativa a dois sujeitos de uma interação comunicativa (cf. BLEICHER, *op. cit.*, p. 60-61).

¹⁵³ Cf. BLEICHER, *op. cit.*, p. 71 e 84, para quem “o fenômeno da compreensão é um processo triplo, em cujos extremos encontramos o intérprete como mente ativa e pensante e a mente objetivada em formas significativas. Não entram em contato, em comunicação, imediatamente, mas apenas através destas formas significativas, em que uma mente objetivada se confronta com a do intérprete, que aparece invariavelmente, como um outro ser. Sujeito e objeto do processo de interpretação, i. e., intérprete e formas significativas, são os mesmos que se podem encontrar em qualquer processo de conhecimento; só que aqui se caracterizam por aspectos específicos, provenientes do fato de não estarmos a tratar apenas de qualquer objeto, mas de objetivações da mente, de modo que a função do sujeito do conhecimento consiste na identificação do pensamento inspirador e criativo, no seio dessas objetivações, repensando a concepção ou recuperando a intuição nelas revelada. Segue-se que a compreensão é aqui o reconhecimento e a reconstituição de um sentido que se dirige a uma mente pensante que lhe é afim, na base de uma humanidade partilhada: estabelece-se um elo de ligação, uma congregação, uma reunião destas formas, com a totalidade interior que lhes deu origem e das quais se separaram; é logicamente, uma interiorização destas formas, na qual o seu conteúdo é transposto para a subjetividade de um Outro”.

Para tanto, Betti parte da idéia de que a atividade interpretativa começa quando um sujeito se depara com formas perceptíveis, através das quais uma outra mente, que se objetivou nelas, se dirige à compreensão daquele que as interpreta. O objetivo da interpretação é, portanto, compreender o significado dessas formas, isto é, descobrir a mensagem que se quis transmitir. A interpretação, desse modo, seria uma atividade que tem por objetivo chegar à compreensão¹⁵⁴.

Evidencia-se, desse modo, nítida inversão do processo criativo: no processo hermenêutico, o intérprete reconstitui os passos na direção inversa, repensando-os no seu íntimo. Com efeito, a dificuldade inerente a tal inversão reside na transposição para outra subjetividade que difere da original. Se, por um lado, há uma necessidade de objetividade na reconstituição, pelo intérprete, do significado contido nas formas significativas, que deve corresponder o máximo possível ao conteúdo do sentido; por outro, há uma necessidade de objetividade que só pode concretizar-se mediante a subjetividade do intérprete e o seu conhecimento das condições prévias da sua capacidade de compreensão, de um método adequado ao conteúdo. Isso significa dizer, em outras palavras, que o intérprete é convocado a reconstituir um pensamento e recriá-lo a partir de si mesmo, tornando-o seu, na medida em que o objetiva; de um lado, o elemento subjetivo, que não pode ser separado da compreensão; de outro, o elemento objetivo, como alteridade do sentido a que se pretende alcançar. Tal antinomia gera a dialética do processo de interpretação, servindo de ponto de partida para a teoria geral da interpretação, nos termos propostos por Betti¹⁵⁵.

A fim de viabilizar o processo de reconstrução interpretante da arbitrariedade, a hermenêutica de Betti se empenha na fixação de cânones da interpretação, cuja função é tornar verificável a sua objetividade: (a) o *cânone da*

¹⁵⁴ Id., *ibid.*, p. 48-49, para quem, por outro lado, observa-se que tal concepção de interpretação recorre ao uso de um procedimento reconhecido, que permite que os seus resultados possam ser testados intersubjetivamente, no que diz respeito à sua exatidão. Isso porque Betti considera a interpretação objetiva (*Auslegung*) como a única forma válida de interpretação.

¹⁵⁵ Id., *ibid.*, p. 84-86. Conforme Grondin (*op. cit.*, p. 213), o problema relativo à adoção dos cânones interpretativos exsurge quando se dá por conta que não existem cânones para a adoção de regras, caso se queira verificar se uma determinada interpretação foi adequada, ou não, ao seu objeto, como se verá no terceiro capítulo.

autonomia hermenêutica, ou da imanência da norma hermenêutica, segundo o qual o sentido a ser interpretado deve ser o sentido originário e imanente do texto, e não a projeção do intérprete; (b) o *cânone da totalidade e da conexão significativa intrínseca da contemplação hermenêutica*, segundo o qual se deve tomar o texto como um sentido em si afinado e coerente; (c) o *cânone da compreensão efetiva*, ou o mais subjetivista da atualidade da compreensão, segundo o qual o intérprete é movido a perseguir retroativamente, em sua interioridade, o processo criador, reconstruí-lo a partir de dentro, traduzir de volta para a própria atualidade vital um pensamento estranho, um pedaço do passado, uma vivência relembrada; (d) o *cânone da correspondência hermenêutica de sentido*, segundo o qual o intérprete deve estar disposto a trazer a própria atualidade vivencial na mais íntima consonância e harmonia com a estimulação que ele experimenta como oriunda do objeto, de tal modo que uma e outra vibram juntas de forma uníssona, isto é, reciprocamente afinadas¹⁵⁶.

Ademais, o ato interpretativo seria composto por quatro momentos teóricos bem distintos: (1º) o *momento filológico*, ligado ao esforço geral de compreensão de símbolos permanentemente fixos, isto é, à reconstrução da coerência gramatical e lógica do discurso falado ou escrito; (2º) o *momento crítico*, invocado nos casos que requerem uma atitude inquiridora em relação ao aparecimento de incongruências, afirmações ilógicas, ou lacunas, no decurso de um argumento; (3º) o *momento psicológico*, na medida em que é necessário se colocar no lugar do autor, a fim de reconhecer e recriar a sua posição pessoal e intelectual; (4º) o *momento técnico-morfológico*, através do qual se procura compreender o conteúdo do significado do mundo objetivo-mental em relação à sua lógica específica e princípio formador¹⁵⁷.

Assim sendo, evidencia-se que a teoria geral da interpretação bettiana volta-se, ao fim e ao cabo, para a reprodução da *mens auctoris*, isto é, do significado conforme ele foi pensado pelo autor, demonstrando as profundas

¹⁵⁶ Ver, para tanto, GRONDIN, *op. cit.*, p. 212-213; e, na mesma linha, BLEICHER, *op. cit.*, p. 58-59 e 86-94.

¹⁵⁷ Cf. BLEICHER, *op. cit.*, p. 61-62.

raízes que tem com o paradigma epistemológico da filosofia da consciência¹⁵⁸. Ocorre que, para tanto, Betti passa a entender a hermenêutica como método(logia), o que provoca uma gama de reflexos no que diz respeito à aplicação do direito¹⁵⁹, conforme se verá mais adiante.

1.2.1.3. A hermenêutica como método(logia)

Com base no pressuposto característico do paradigma epistemológico da filosofia da consciência – de que a linguagem é uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito cognoscente e o objeto a ser conhecido –, aliado à teoria da interpretação normativa bettiana, de caráter nitidamente reprodutivo, poder-se-ia afirmar que a hermenêutica passa a ser entendida como método(logia), na medida em que o intérprete dispõe de um leque de métodos e técnicas interpretativas – legado cartesiano da modernidade, oferecido pela dogmática jurídica –, que representam a crença na busca pelo unívoco sentido da norma como ainda hoje se faz nas universidades sempre que freqüentemente se retorna à discussão *voluntas legis* – vontade, propósito ou intenção da lei – e *voluntas legislatoris* – desejo, espírito ou pensamento do legislador –, travada entre as escolas objetivistas e subjetivistas, respectivamente, nos idos do século XIX¹⁶⁰.

Isso porque, no âmbito da dogmática jurídica, os métodos ou técnicas interpretativas são, freqüentemente, definidos como instrumentos ou mecanismos rigorosos, eficientes e necessários para o conhecimento e

¹⁵⁸ Cf. GRONDIN, *op. cit.*, p. 211.

¹⁵⁹ Nesse sentido, cumpre referir que tais reflexos foram agravados, sobretudo, nos países que adeririam ao império da lei, principalmente França e Itália, onde a história simplesmente deixou de ser considerada fonte de compreensão dos juristas. Para os olhos dos juristas da *Common Law*, o pensamento jurídico da *Civil Law* é a-histórico, na medida em que a grande maioria dos manuais e tratados jurídicos despreza os componentes históricos que são habitualmente reconhecidos na literatura ou, quando os compara, o faz de modo absolutamente abstrato e desprovido de vida. Isso está seguramente vinculado à idéia da completude do código e de que os elementos estranhos a ele devem, eventualmente, auxiliar na interpretação. A respeito das diferenças – vantagens e desvantagens – decorrentes do fato de os países da *common law* terem buscado segurança no direito, na tradição, no costume; enquanto os países da *civil law* buscaram segurança na lei, ver MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1971.

interpretação científicas do direito, como por exemplo: (a) *método gramatical*, segundo o qual se remete aos usos acadêmicos da linguagem; (b) *método exegetico*, segundo o qual se apela ao espírito do legislador; (c) *método histórico*, segundo o qual se apela ao espírito do povo e à sua necessidade; (d) *método dogmático*, segundo o qual se explicitam os componentes sistemáticos e lógicos do direito positivo; (e) *método comparativo*, segundo o qual se analisam os outros sistemas jurídicos; (f) *método da escola científica francesa*, segundo o qual se idealiza sistemicamente o real em busca da adaptabilidade social; (g) *método do positivismo sociológico*, segundo o qual se analisa sistematicamente os fatos; (h) *método da escola livre de direito*, segundo o qual se interpreta a partir da busca da certeza decisória; (i) *método teleológico*, segundo o qual se interpreta a partir dos fins; (j) *método do positivismo fático*, segundo o qual se opera a análise lingüística a partir dos contextos de uso; (k) *método egológico*, segundo o qual se faz a compreensão valorativa da conduta através da análise empírico-dialética; (l) *método tópico-retórico*, segundo o qual se objetiva a produção de conclusões dialéticas a partir de determinados *topois*¹⁶¹.

Nessa mesma linha, todavia, Warat¹⁶² afirma que o repertório dos métodos interpretativos sempre ocultou o compromisso ideológico do intérprete com as soluções reclamadas pela prática social, de modo que pode, inclusive, ser considerado uma espécie de *álibi teórico para emergência das crenças que orientam a aplicação do direito*, uma vez que, sob a aparência de reflexão crítica, suas fórmulas permitem (a) a veiculação de uma representação imaginária sobre o papel do direito na sociedade, (b) o ocultamento das relações entre as decisões jurisprudenciais e a problemática dominante, (c) a apresentação das diretrizes éticas que condicionam o pensamento jurídico como verdades derivadas dos fatos, ou mesmo das normas jurídicas e (d) a legitimação do mito da

¹⁶⁰ Cf. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 61-62; e, na mesma linha, SOUZA CRUZ, *Jurisdição constitucional democrática*, op. cit., p. 74-79.

¹⁶¹ Ver, para tanto, STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 113; e, também, WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito I*. Porto Alegre: Safe, 1994, p. 65-92.

¹⁶² Ver, para tanto, STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 114; e, também, WARAT, *Introdução geral ao direito I*, op. cit., p. 88.

neutralidade do jurista, na medida em que lhe confere um estatuto de cientista¹⁶³.

Dito de outro modo, sob a aparência de uma reflexão científica, os métodos e técnicas adquirem a função de legitimar os resultados que o intérprete pretende alcançar, sendo a linguagem, para tal fim, uma mera instrumentalidade¹⁶⁴. Isso porque a utilização dos cânones interpretativos, agravada pela inexistência de regras que ordenem, hierarquicamente, o seu uso, implica que sua aplicação resulte arbitrária¹⁶⁵.

Observa-se, assim, e aqui reside o principal problema, que os métodos e técnicas interpretativas, ao funcionarem como verdadeiros álibis teóricos para a emergência das crenças que orientam a aplicação do direito, terminam por fazer com que o intérprete da lei sinta-se exonerado de qualquer responsabilidade e, conseqüentemente, possa transferir ao legislador as injustiças decorrentes de suas sentenças¹⁶⁶.

Some-se a isso, por outro lado, o fato de que, com a identificação da hermenêutica com a metodologia, fortalece-se a tese positivista de que existem inúmeras respostas corretas, na medida em que compete ao intérprete escolher subjetivamente os métodos a serem empregados, o que possibilita alcançar soluções diferentes – ou, até mesmo, antagônicas – para o mesmo caso¹⁶⁷.

¹⁶³ Nesse mesmo sentido, Cossio diz que, na realidade, a questão dos métodos de interpretação não é mais do que uma invenção da burguesia, tendo em vista que, quando os burgueses fazem sua revolução, tomam a Bastilha e começam a tarefa de transformar a sociedade estamental, devem conviver por largo tempo com os juízes do Ancien Regime. Como o poder político da burguesia revolucionária se condensa no Parlamento e os juízes não são ideologicamente confiáveis, inventa-se a exegese através da qual o sentido correto da norma deve se buscar na vontade do legislador (cf. CÁRCOVA, Carlos María. ¿Qué hacen los jueces cuando juzgan? *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 35, p. 7-17, 2001, p. 9).

¹⁶⁴ Cf. GRAU, *Ensaio e discurso...*, op. cit., p. 39.

¹⁶⁵ Id., ibid., p. 39 e 104; STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 113-114; e, na mesma linha, KAUFMANN; HASSEMER, op. cit., p. 295, para quem “um primeiro olhar sobre estes métodos de interpretação mostra, desde logo, que os próprios métodos precisam de ser interpretados”.

¹⁶⁶ Cf. GRAU, *Ensaio e discurso...*, p. 104.

¹⁶⁷ Ver, para tanto, KELSEN, *A teoria pura do direito*, op. cit., cap. 8, p. 387-397, onde o autor reconhece a pluralidade de significações de uma palavra, ou de uma seqüência de palavras, em que a norma se exprime: *o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis*. Segundo Kelsen, considerando a plurisignificação das normas, a interpretação da lei não pode conduzir a uma única solução correta, mas, possivelmente, a várias soluções que têm igual valor, muito embora apenas uma delas se torne, efetivamente, direito positivo quando da aplicação pelo órgão competente. Para ele, “a interpretação deveria desenvolver um método que tornasse possível preencher ajustadamente a moldura prefixada. A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas *uma única* solução correta

Ocorre que, com a necessidade de superação dos paradigmas do Estado liberal e do positivismo jurídico, não há mais espaço, nesta quadra da história, para as crenças de que o direito seja produzido pelo Poder Legislativo e de que os juízes sejam *la bouche de la loi*, como pretendia Montesquieu¹⁶⁸, sob pena de, assim sendo, apenas se aumentar a discricionariedade quando da aplicação do direito, coisa com a qual não se pode compactuar caso se queira construir uma teoria do direito contemporâneo, a partir de um paradigma de racionalidade pós-metafísico.

1.2.2. A questão da aplicação: entre o mecanicismo e o decisionismo judicial

No interior do positivismo jurídico, a questão relativa à aplicação do direito remete, inevitavelmente, à oscilação entre o mecanicismo e o decisionismo, o que se evidencia, respectivamente, através das práticas ligadas às noções de subsunção e de ponderação.

Isso implica, de um lado, a absoluta irresponsabilidade dos juízes, na medida em que, nos casos fáceis, o aplicador decidiria sempre mecanicamente; e, de outro, a concordância com a tese da discricionariedade judicial, uma vez que, nos casos difíceis, o aplicador decidira, livremente, de acordo com a sua própria consciência.

(ajustada), e que a *justeza* (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei". Dito de outro modo, Kelsen admite que não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do direito a aplicar possa ser preferida à outra; não há qualquer método segundo o qual apenas uma, dentre as várias significações verbais de uma norma, possa ser destacada como *correta*: "a interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a *interpretação correta*". Sobre a interpretação do direito segundo a teoria kelseniana, ver CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Interpretação como ato de conhecimento e interpretação como ato de vontade: a tese kelseniana da interpretação autêntica. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 121-149; BAHIA, *op. cit.*, p. 307-311; e, ainda, CHAMON JUNIOR, *Teoria geral do direito moderno, op. cit.*, p. 44-46.

¹⁶⁸ Ver, para tanto, SILVA, *Processo, op. cit.*, p. 2, 16 e 89. A respeito das influências do caráter antijudiciário da Revolução Francesa, em face da submissão sem reservas do juiz à lei, legitimado pelo dogma francês da vontade geral, consultar AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 43; e, em relação às razões históricas e ideológicas do controle meramente político de constitucionalidade realizado pelo Conselho Constitucional, ver CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Safe, 1984, p. 27-29 e 94-100.

Tal paradoxo, contudo, encontra fundamento no imaginário positivista de que a aplicação é auto-suficiente, isto é, de que a aplicação ocorre em um momento separado da interpretação e, também, da fundamentação: depois da primeira e antes da segunda.

No seio do positivismo jurídico, o ato de aplicação do direito ainda ocorre à revelia das lições decorrentes do giro, ou guinada, lingüístico, levado a cabo com a invasão da filosofia pela linguagem: os juízes costumam se vangloriar do fato de que, primeiro, *decidem/aplicam* e, somente depois, *fundamentam/justificam* aquilo que foi decidido/aplicado¹⁶⁹.

Contudo, isso se dá simplesmente em razão do fato de que, ainda refém do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, o positivismo acredita que *compreendemos porque interpretamos* e, uma vez compreendido, aplicamos o direito, de modo que a fundamentação, ou justificação, ocorreria apenas *a posteriori*, visto que sua função seria tão-somente a de justificar, livre e arbitrariamente, a decisão que foi tomada¹⁷⁰.

1.2.2.1. *Entre a subsunção das regras nos casos fáceis e a ponderação dos princípios nos casos difíceis*

Com a consolidação do império da lei, em face das codificações ocorridas a partir do final do século XVIII, consagra-se dogmaticamente a identificação do direito com os textos legais, cujo estudo da interpretação inicia-se através da Escola da Exegese, marcada pela doutrina da separação dos poderes, mediante a qual se diminui, significativamente, o papel dos juízes, como já referido anteriormente.

¹⁶⁹ Ver, para tanto, STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do "Ontological Turn"*. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos* (2003). São Leopoldo, p. 223-271, 2004, p. 223.

¹⁷⁰ Destaque-se, aqui, a postura defendida por Streck (*Hermenêutica (jurídica)...*, *op. cit.*, p. 223-224), para quem tal entendimento implica, necessariamente, acreditar que o juiz, quando aplica o direito, faz como que uma espécie de atalho no processo cognitivo, através do qual é possível ultrapassar o abismo gnosiológico que angustia a humanidade desde que o *logos* suplantou o *mito*, como se verá mais adiante.

Do mesmo modo como ocorria com a interpretação – em que cabia ao intérprete apenas revelar a vontade da lei ou do legislador –, a participação dos juízes também podia ser considerada acessória quando da aplicação do direito, haja vista que ela se mostrava supletiva da atividade legislativa.

Com efeito, uma vez identificado o texto legal mais adequado ao caso concreto, com base nos cânones da hermenêutica tradicional, passava-se, imediatamente, à aplicação do direito, que se dava através de um silogismo lógico-dedutivo¹⁷¹.

Ocorre que, passados mais de dois séculos, poucas foram, de fato, as alterações substanciais no modo como o positivismo jurídico encara a questão da aplicação do direito – sobretudo no caso fáceis, resolvidos pelas regras –, que continua a ser tratada como um processo lógico, operado de maneira mecanicista.

Segundo Moreso¹⁷², a aplicação do direito ainda costuma ser entendida como uma atividade subsuntiva, consistente na determinação da norma individual que estabelece certa conseqüência normativa para o caso específico. Para tanto, é necessário apenas demonstrar que o referido caso individual é uma instância do caso genérico ao qual uma norma jurídica aplicável correlaciona-se com a conseqüência normativa.

Entretanto, com o aumento da complexidade das relações sociais, o surgimento daqueles que passam a ser denominados *casos difíceis* e, conseqüentemente, o início da *era dos princípios*, especialmente a partir do

¹⁷¹ Nesse sentido, cumpre referir, por oportuno, que a conhecida *teoria do silogismo* já era defendida por BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Livraria Exposição do Livro, [s. d.], p. 17: “O juiz deve fazer um *silogismo* perfeito. A *maior* deve ser a lei geral; a *menor*, a ação conforme ou não à lei; a *conseqüência*, a liberdade ou a pena. Se o juiz for obrigado a elaborar um raciocínio a mais, ou se o fizer por sua conta, tudo se torna incerto e obscuro”. No mesmo sentido, ver GRAU, Eros Roberto. O direito posto, o direito pressuposto e a doutrina efetiva do direito. In: ALVES, Alaôr Caffé et al. *O que é a filosofia do direito?* Barueri: Manole, 2004, p. 47-48, para quem tal modo de aplicar e fundamentar o direito também se encontra vinculado, historicamente, à criação do Tribunal de Cassação francês, ocasião em que Robespierre pronunciou um lindo discurso na Assembléia Nacional, através do qual se percebe, nitidamente, a distinção entre a interpretação, que é exercida apenas pelo Legislativo, e aplicação do direito, exercida pelos juízes, com base no denominado *silogismo subsuntivo*, em consonância com o previsto, anos mais tarde, nos arts. 4º e 5º do Código napoleônico, que obrigava os juízes a decidir, mas os impedia de interpretar, respectivamente.

¹⁷² Cf. MORESO, José Juan. Conflictos entre princípios constitucionales. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 99-100.

segundo pós-guerra¹⁷³, evidenciam-se as insuficiências do império da lei e, do mesmo modo, as limitações da subsunção como a única forma de aplicação do direito.

Isso não significa, porém, que a subsunção deixe de desempenhar seu papel na aplicação judicial. Não se pode olvidar, nesse sentido, que o positivismo jurídico a considera um elemento de racionalidade irrenunciável em qualquer caso, especialmente nos chamados *casos fáceis*¹⁷⁴.

Ocorre que, nesse contexto, passou-se a entender que o raciocínio lógico-formal diz muito pouco a respeito dos princípios – invocados para solucionar *casos difíceis* –, cuja aplicação implica recorrer à operação argumentativa da ponderação¹⁷⁵.

Assim sendo, pode-se afirmar que, se o positivismo postulava a tese da subsunção, segundo a qual toda solução jurídica é direta e logicamente deduzível de premissas que oferecem os fatos, de uma parte, e da norma jurídica a ser aplicada, de outra, agora ele tem que se adaptar à substituição da clássica forma de aplicar o direito pela noção de ponderação, haja vista que os textos constitucionais mais modernos alicerçam-se em princípios, e não em regras¹⁷⁶.

¹⁷³ Cf. ARIZA, *La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo*, op. cit., p. 241-242.

¹⁷⁴ Destaque-se, aqui, que a racionalidade subsuntiva, para Moreso (op. cit., p. 104.), é um pressuposto necessário para a justificação de todas os tipos de decisões. Mais: para ele, se a aplicação do direito consiste em resolver casos individuais – através de razões conceituais –, não há aplicação do direito sem subsunção. Desse modo, em que pese ligada às teorias da argumentação jurídica, merece atenção a postura adotada por Moreso (op. cit., p. 100), para quem a noção de ponderação não se contrapõe à de subsunção, mas é apenas um passo conceitualmente prévio, que não só a faz possível como também a torna inevitável. De outra banda, Sanchís (*Constitucionalismo y positivismo*, op. cit., p. 38-41) afirma que, atualmente, se aceita que as decisões judiciais têm sempre um componente valorativo, enquanto, para o positivismo, como consequência óbvia da tese da subsunção, o juiz não fazia mais do que aplicar automaticamente a lei. Para ele, a subsunção revela-se como um modelo de aplicação do direito absolutamente superado, uma vez que o que se exige, nesta quadra da história, é a ponderação e a razoabilidade, isto é, o modelo paleopositivista de interpretação e aplicação do direito mostra-se incapaz de dar conta das exigências trazidas pelo neoconstitucionalismo, como se verá mais adiante. Na mesma linha, Kaufmann (op. cit., p. 26) refere que “a concepção de que a determinação do direito não seria mais do que uma *subsunção* do caso à lei, dificilmente será ainda defendida de forma séria por algum metódico”.

¹⁷⁵ Cf. ARIZA, *La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo*, op. cit., p. 241-242. A respeito da insuficiência da aplicação do direito através de processos silogísticos lógicos-dedutivos no paradigma do neoconstitucionalismo, ver POZZOLO, *Un constitucionalismo ambiguo*, op. cit., p. 193.

¹⁷⁶ Ver, para tanto, ZAGREBELSKY, op. cit., p. 117: “Según el punto de vista tradicional del positivismo jurídico, los principios del derecho desempeñan una importante función supletoria, integradora o correctiva de las reglas jurídicas. Los principios operarían para *perfeccionar* el ordenamiento y entrarían en juego cuando las otras normas no estuvieran en condición de desarrollar plena o satisfactoriamente la función reguladora que tienen atribuida [...] Esto deriva del persistente prejuicio de pensar que, en realidad, las verdaderas normas son las reglas,

Dito de outro modo, ao se falar da aplicação dos princípios, argumenta-se, freqüentemente, que a operação da *subsunção* não se mostra adequada, devendo ser substituída por uma operação denominada *ponderação* – modo de aplicação do direito que é considerado um dos elementos centrais na cultura do neoconstitucionalismo, como se verá mais adiante –, através da qual se dá uma espécie de sopesamento dos princípios incidentes ao caso concreto¹⁷⁷.

Segundo Guastini¹⁷⁸, a ponderação pode ser caracterizada, resumidamente, por (a) ocorrer somente entre princípios em conflito, não se aplicando a ela nenhum dos três critérios gerais para a resolução de antinomias: *lex superior derogat lex inferiori*, *lex posterior derogat lex priori* e *lex specialis derogat lex generali*; (b) consistir no estabelecimento de uma hierarquia axiológica entre os princípios em conflito, resultante da atividade subjetiva do intérprete; (c) não poder ser realizada em abstrato, mas apenas perante um determinado caso concreto, o que configura a chamada *hierarquia móvil*¹⁷⁹.

Entretanto, alerta Moreso¹⁸⁰, é necessário levar em conta o fato de que a ponderação, nos termos apresentados por Guastini, entre muitos outros positivistas, significa o resultado de uma atividade subjetiva e particularista, que, ao fim e ao cabo, não pode ser justificado, isto é, os conflitos entre princípios não podem ser solucionados de uma forma capaz de ser controlada racionalmente, tendo em vista que sua motivação não se encontra sujeita a qualquer tipo de controle.

mientras que los principios son un *plus*, algo que sólo es necesario como *válvula de seguridad* del ordenamiento. Una vez más, el positivismo se revela como una ideología distorsionadora en el campo del derecho”.

¹⁷⁷ Nesse sentido, Sanchís (*Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, *op. cit.*, p. 142-143) afirma que a ponderação pretende ser um método para a fundamentação do enunciado de preferência referido ao caso concreto; um auxílio para resolver conflitos entre princípios do mesmo valor ou hierarquia, cuja regra constitutiva pode ser resumida a partir da fórmula alexyana: quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.

¹⁷⁸ Ver, para tanto, GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo. Estudios de teoría e metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2000. Destaque-se, contudo, que o referido autor defende uma concepção cética da interpretação jurídica, segundo a qual a atribuição de sentido é fruto da vontade, e não do conhecimento.

¹⁷⁹ Sobre as diferentes concepções de *princípios* e de ponderação adotadas no âmbito da teoria da argumentação, consultar ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005; ATIENZA, Manuel. *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003; BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdiccional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

¹⁸⁰ Cf. MORESO, *op. cit.*, p. 103-105.

Isso porque a ponderação termina por adotar a idéia inerente à subsunção de que o processo aplicativo pode ser dar logicamente e por meio de uma série de regras, porém com uma agravante: compete ao aplicador escolher, livremente, o que deve preponderar quando do sopesamento dos princípios, durante a análise do caso concreto, o que demonstra, nitidamente, como a ponderação também pode permanecer atrelada à filosofia da subjetividade, mantendo-se, assim, refém de um modo metafísico de pensar e (re)produzir o direito¹⁸¹.

Aliás, nesse mesmo sentido, adverte Sanchís¹⁸², na esteira do que diz Comanducci, que não se pode negar o caráter valorativo e a margem de discricionariedade que comporta tal juízo de ponderação. Não são à toa, portanto, as inúmeras críticas formuladas à ponderação como abertura ao decisionismo e à subjetividade judicial em detrimento das prerrogativas do legislador¹⁸³.

Levando em consideração os reflexos causados pelos dualismos, ou cisões metafísicas – entre regras e princípios, casos fáceis e casos difíceis, subsunção e ponderação –, imanentes ao positivismo jurídico e ao paradigma epistemológico da filosofia da consciência é que exsurge a problemática ligada à

¹⁸¹ Cumpre referir, aqui, no entanto, que a ponderação, ao contrário do sustentado por Guastini e outros tantos, não pode ser entendida como o resultado de uma atividade radicalmente subjetiva que pressupõe um juízo de valor absolutamente irrestrito, caso se pretenda pensar pós-metafisicamente a teoria do direito contemporâneo. Isso porque os juízos de valor aplicados pelo intérprete estão sempre compelidos, isto é, apresentam uma série de limites, de modo que não é possível e acessível qualquer solução, ao bel prazer do seu aplicador, como se não houvesse um âmbito de elegibilidade da solução nos casos difíceis, sob pena de, assim não sendo, a ponderação legitimar formalmente aquilo que, na verdade, é uma prática decisionista, como se verá mais adiante.

¹⁸² Cf. SANCHÍS, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, *op. cit.*, p. 151-153, para quem, no entanto, a ponderação não estimula o subjetivismo e, tampouco, é um método vazio ou que conduza a qualquer consequência, pois, em que pese não tenha o condão de garantir uma e somente uma resposta para todo caso prático, indica aquilo no que há de se fundamentar para resolver um conflito constitucional, isto é, até onde tem de mover-se a argumentação.

¹⁸³ Nesse exato sentido, Souza Cruz (*Jurisdição constitucional democrática*, *op. cit.*, p. 195) refere que, a partir do final da década de 80, a ponderação passa a sofrer inúmeras críticas, dentre as quais se destacam: (a) a desnaturação do princípio da separação de poderes; (b) a limitação da supremacia constitucional pela transformação dos tribunais constitucionais em assembleias constituintes; (c) a desnaturação dos direitos fundamentais e da unidade normativa da Constituição; (d) a politização do judiciário, por meio de decisões utilitaristas de custo/benefício sociais; (e) o deslocamento da decisão para o campo do arbítrio puro, em que manifestam-se as preferências pessoais dos juízes; (f) a irracionalidade metodológica. Tais críticas, contudo, decorrem, evidentemente, da leitura – equivocada, como se verá mais adiante – no sentido de que os princípios não diminuem a indeterminação do direito, ao menos a indeterminação *ex ante*, mas, ao contrário, a incrementam.

irresponsabilidade e à discricionariedade judicial, associada freqüentemente à doutrina da *Jurisprudência de valores*¹⁸⁴.

Muito embora, gramaticalmente, os termos *irresponsabilidade* e *discricionariedade* signifiquem coisas distintas, pode-se dizer tranqüilamente que existe uma aproximação semântica entre ambos, na medida em que, no plano jurídico, de uma maneira ou de outra, remetem ao descompromisso dos juízes quando da aplicação do direito.

1.2.2.2. A irresponsabilidade judicial como resultado da subsunção

Com efeito, a problemática da irresponsabilidade pode ser facilmente vinculada à questão da aplicação do direito através da subsunção: o juiz estaria imune ao decidir os casos fáceis mediante a aplicação das regras existentes no ordenamento jurídico e a utilização do instrumentário disponibilizado pela dogmática jurídica¹⁸⁵.

¹⁸⁴ A respeito das implicações da adoção da *Jurisprudência de valores* – que infelizmente não poderá, aqui, ser analisada, em razão dos limites do presente trabalho –, ver as fortes críticas de SOUZA CRUZ, *Jurisdição constitucional democrática, op. cit.*, p. 196-209 e 232-244; id., *Habermas e o direito brasileiro, op. cit.*, p. 197-198; A respeito dos riscos de uma jurisdição constitucional ativa, ver, também, a posição de LEAL, Rogério Gesta. As potencialidades lesivas à democracia de uma jurisdição constitucional interventiva. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Direito, Estado e Democracia*, Porto Alegre, n. 4, p. 353-410, 2006; e, especialmente, de MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE*, Recife, n. 11, p. 125-156, 2000, para quem a diluição da separação de poderes, provocada pela *Jurisprudência de valores*, coloca em xeque a democracia. Partindo da obra de Marcuse, relativa aos efeitos da perda da figura paterna na formação da identidade pessoal e na capacidade de socialização da criança, Maus entende que o Tribunal Constitucional alemão vem substituindo a função do pai – de tutor – em face da orfandade da sociedade germânica, sentimento cuja intensidade aumenta, sobretudo, com os resultados na Segunda Guerra Mundial. Em síntese, Maus afirma que, desde o início de seu funcionamento, o tribunal de Karlsruhe assumiu uma posição de guardião da lei e da autoridade, em uma nação derrotada, humilhada e destruída pela guerra.

¹⁸⁵ A respeito do tema, ver, obrigatoriamente, CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Porto Alegre: Safe, 1989, obra em que se apresentam os inúmeros significados que pode adquirir a responsabilidade judicial, destacando a existência de uma relação diretamente proporcional entre *poder* e *responsabilidade* em um sistema democrático: (a) responsabilidade política, (b) responsabilidade social, (c) responsabilidade jurídica do Estado e (d) responsabilidade jurídica do juiz. Em seu estudo, Cappelletti destaca a responsabilidade social – cuja principal diferença com a responsabilidade política se dá em razão da “prestação de contas” ocorrer perante a sociedade, e não os órgãos políticos –, tendo em vista o crescimento sem precedentes pelo qual passa o Poder Judiciário, especialmente a partir da Segunda Guerra Mundial, e, sobretudo, o reconhecimento do papel criativo dos juízes, que assumem a destacada função de assegurar o cumprimento os direitos fundamentais, em consonância com o advento daquilo que se entende por Estado Democrático de Direito.

Destaque-se, aqui, o papel exercido pelos verbetes e ementas jurisprudenciais, pelas súmulas vinculantes, ou não, e, inclusive, pelo próprio texto da lei¹⁸⁶, utilizados todos como elementos que reforçam sobretudo o descomprometimento dos juízes no exercício das suas funções, na medida em que substituem – quando não dispensam – a fundamentação das decisões e, assim, possibilitam que todos os casos concretos possam ser tratados uniformemente e enquadrados em padrões e modelos pré-determinados.

É de notório conhecimento que, munidos de uma quantidade interminável de *standards jurídicos*, os juízes prolatam seus despachos, sentenças e acórdãos, transferindo a responsabilidade de decidir para os instrumento colocados à disposição pela dogmática jurídica¹⁸⁷.

Nesse sentido, não se pode olvidar que boa parte da magistratura brasileira ainda sustenta que, ao aplicar o que diz a lei, o juiz não teria qualquer responsabilidade, ou mesmo *culpa* – não obstante todas as implicações psicanalíticas que tal expressão possa conter –, no que diz respeito ao conteúdo e aos efeitos das decisões por ele prolatadas.

Trata-se, com efeito, de consequência daquilo que Warat denominou, com a propriedade que lhe é inerente, “sentido comum teórico dos juristas”, isto é, *um sistema de produção da subjetividade que coloca os juristas na posição de meros consumidores dos modos instituídos da semiotização jurídica*¹⁸⁸.

Assim, ao estabelecer um conjunto de pré-conceitos, crenças, ficções, fetiches, hábitos, estereótipos, representações que, por intermédio da dogmática jurídica, disciplinam, anonimamente, a produção social da subjetividade dos operadores da lei e do saber do direito¹⁸⁹, o sentido comum teórico amputa as possibilidades de interpretação e de aplicação, uma vez que *nenhum homem*

¹⁸⁶ Ver, para tanto, STRECK, *Hermenêutica jurídica, op. cit.*, sobretudo o cap. 5.

¹⁸⁷ Ver, para tanto, RAMOS FILHO, Wilson. Direito pós-moderno: caos criativo e neoliberalismo. In: MARQUES FILHO, Agostinho Ramalho et al. *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: Edibej, 1996.

¹⁸⁸ Cf. WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito II. A epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Safe, 1995, p. 69.

¹⁸⁹ Id., *ibid.*, p. 96.

*pronuncia legitimamente palavras de verdade se não é (reconhecido) de uma comunidade "científica", de um monastério de sábios*¹⁹⁰.

1.2.2.3. A discricionariiedade judicial como resultado da ponderação

A problemática da discricionariiedade, por sua vez, encontra-se diretamente atrelada à questão da aplicação do direito através da ponderação: o juiz poderia fazer uso de sua discricionariiedade ao deparar-se com casos difíceis, ocasião em que deveria invocar e sopesar os princípios que entender mais adequados ao caso¹⁹¹.

Nessa linha, mostra-se bastante didática e elucidativa a divisão analítica apresentada por Guastini¹⁹², para quem existem (a) casos particulares que seguramente caem no campo da aplicação da norma, (b) casos particulares que seguramente ficam de fora do campo de aplicação da norma e, por fim, (c) casos particulares em relação aos quais a aplicabilidade da norma é dúbia, incerta, discutível, contestável.

Tendo como referência tal distinção, pode-se dizer que é justamente sobre essa terceira hipótese, cujos casos são adjetivados de *difíceis* ou *complexos*, que se funda a tese da discricionariiedade judicial – presente tanto em Kelsen¹⁹³, como

¹⁹⁰ Id., *ibid.*, p. 68.

¹⁹¹ Nesse sentido, ver, por todas, a clássica formulação do art. 1º do Código Civil suíço: "I. A lei é aplicável a todas as questões jurídicas, para as quais contenha, segundo sua letra e interpretação, uma regra. II. Se não puder ser retirada qualquer prescrição da lei, o juiz deve decidir de acordo com o costume e, na falta também deste, segundo a regra que ele próprio estabeleceria se fosse legislador. III. Neste último caso, o juiz segue a doutrina consagrada e a tradição" (cf. KAUFMANN; HASSEMER, *op. cit.*, p. 284, n. 10).

¹⁹² Cf. GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 129-144.

¹⁹³ Segundo Kelsen (*A teoria pura do direito, op. cit.*, p. 388), existe uma relativa indeterminação do ato de aplicação do direito, na medida em que a norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções o ato através do qual é aplicada: "tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato". Ainda na mesma linha, prossegue Kelsen (*A teoria pura do direito, op. cit.*, p. 393): "A questão de saber qual é, dentre 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. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica às únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através da interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as

em Hart¹⁹⁴, e, ainda, aprofundada por seus discípulos Raz¹⁹⁵ e Carrió¹⁹⁶ – isso porque um positivista não pode e não deve limitar-se a fazer juízos mecânicos quando se depara com normas vagas e ambíguas ou com situações para as quais não haja normas previstas¹⁹⁷.

únicas sentenças corretas”. Na mesma linha, Cárcova (*op. cit.*, p. 10) refere que Kelsen, o grande jurista do século XX, criticou as teses que se inspiraram na doutrina de Montesquieu e defendeu a atividade interpretativa do juiz como um ato complexo em que se conjugam conhecimento e vontade, criação e aplicação da lei, isto é, pensou a norma como um marco aberto de possibilidades: o juiz conhece a multiplicidade de opções que ela lhe oferece para, então, dar conteúdo a sua sentença e cria uma solução *ad hoc*, na medida em que escolhe uma de tais opções.

¹⁹⁴ Hart, por sua vez, posiciona-se contra a *aplicação mecânica das normas* e entende que a textura aberta do direito é responsável pela necessidade de interpretação, ao menos, nos casos difíceis. A textura aberta dos conceitos é uma consequência de duas incapacidades dos seres humanos: o relativo desconhecimento do futuro e a relativa indeterminação de propósitos, de modo que um ser onisciente não enfrentaria, portanto, problemas de textura aberta. Assim sendo, aponta Hart, entre normas gerais e casos individuais existe um *abismo conceitual* que apenas a interpretação pode salvar. A razão disso é bastante clara: se a necessidade de interpretar os textos jurídicos é uma consequência de que os fatos não são etiquetados quando da aplicação das normas, então é necessário assinalar que, tanto nos casos fáceis como também nos casos difíceis, os fatos não oferecem etiquetas que possam servir para evitar o processo interpretativo. Não é necessário repetir os argumentos que os cépticos formularam para demonstrar que o direito está radicalmente indeterminado, isto é, que a aplicação de normas seria, no dizer de Kripke, um *salto às cegas* (cf. NAVARRO, *op. cit.*, p. 150-153). Nesse contexto, a tarefa do juiz é vista como constitutiva, posto que existe sempre uma margem de discricionariedade na eleição de uma determinada solução, não cabendo por em dúvida a natureza criativa de dita tarefa. Como as palavras são ambíguas e vagas, quando os juízes lêem as normas têm que estabelecer o adequado sentido com que elas têm sido empregadas, o que supõe descartar certas significações possíveis e acolher outras. Esta operação não é puramente mecânica ou intelectualiva; implica vontade, decisão, juízo de valor, preferência, construção do caso e de sua solução (cf. CÁRCOVA, *op. cit.*, p. 12).

¹⁹⁵ Segundo Raz, representante mais qualificado do positivismo excludente, o sistema jurídico autoriza os juízes a decidir discricionariamente – nos casos de lacuna e nos casos cuja aplicação das normas enfrente-se com uma razão moral relevante – de acordo com um raciocínio moral alheio ao direito. Desse modo, Raz não faz outra coisa senão manter radicalmente a tese da discricção judicial que Hart considerou que constituía também uma tese tipicamente positivista. A peculiaridade da posição de Raz está em sustentar que, em tais casos, o juiz não aplica o direito, mas sim a moral, e que, ao fazê-lo, o juiz não vai contra o direito, porque o próprio direito assim o autoriza. De acordo com essa interpretação, a tese das fontes sociais, a tese da identificação objetiva e a tese da separação não são afetadas, pois, nesses casos, em que o sistema jurídico autoriza o juiz a decidir sobre bases morais – o que ocorre com mero caráter contingente –, o juiz decide *saindo* do direito, que primeiro foi identificado objetivamente por referência às suas fontes sociais, utilizando um raciocínio moral porque o direito (socialmente estabelecido e objetivamente identificado) o autoriza a fazê-lo, o que não converte esse raciocínio moral em parte do direito (cf. HIERRO, *op. cit.*, p. 291).

¹⁹⁶ Carrió, ao fundar sua teoria da discricionariedade judicial, baseia-se em dois tipos de controvérsias: de um lado, existem as controvérsias cuja solução é óbvia e, portanto, automática, visto que ingressaram no campo de aplicação de determinada norma, ou a ele escapam; de outro, existem controvérsias cuja solução não é óbvia e, portanto, não podem ser automáticas, porque caem na zona da penumbra, devendo ser decididas discricionariamente. No entanto – e tal objeção parte do próprio Carrió –, a questão pode ser resumida, ao fim e ao cabo, da seguinte maneira: quem decide se um caso cai na *zona de luz* ou na *zona de penumbra*? Quem traça a fronteira entre as duas áreas? Os juízes, obviamente! Eles são quem usam a discricionariedade não apenas para decidir a solução de controvérsia que cai na *zona da penumbra*, mas também para decidir se uma controvérsia cai, ou não, na *zona de luz*, o que significa dizer que a própria penumbra é o resultado da discricionariedade dos juízes (cf. GUASTINI, *Das fontes às normas*, *op. cit.*, p. 147-148) – o que, sem dúvida alguma, evidencia, nitidamente, o quanto tal modo de aplicar ainda continua refém da filosofia da subjetividade.

¹⁹⁷ Segundo Campbell (*op. cit.*, p. 318), todos os positivistas defendem, em alguma medida, juízos discricionais, ao menos como soluções do tipo *segundo melhor*, que podem ser a melhor prática quando o aplicador se depara com normas formalmente más. As regras bastante arbitrarias da interpretação do direito legislado podem ser vistas como mecanismos artificiais para limitar tal discricção de uma forma em

Nesse contexto, reforçando a tese da discricionariedade judicial, pode-se apontar, a título meramente exemplificativo, dois fatores ainda muito presentes em pleno século XXI que procuraram conservar a idéia liberal de segurança jurídica, escondendo a arbitrariedade dos juízes, na medida em que terminam por contribuir para que estes não se sintam responsáveis por seus atos e suas decisões.

O primeiro exemplo, legado do racionalismo cartesiano, é o *princípio da neutralidade* – equivocadamente confundido, por muitos, com o princípio da imparcialidade¹⁹⁸ –, segundo o qual o juiz, da mesma forma que o cientista moderno, deve afastar-se do objeto a ser observado, a fim de que não interfira ideologicamente no processo de análise.

Ocorre que, segundo Cappelletti¹⁹⁹, todo o elemento do ato (humano, em geral; e jurídico, em especial) reporta-se sempre e necessariamente a um valor, que é precisamente o que põe em movimento; é causa (origem) e fim (meta) da vontade humana, o que significa dizer que a pretendida neutralidade radica em uma ideologia bastante clara: a aceitação e a conservação.

Ademais, merece destaque o fato de que, ainda que as normas jurídicas o vinculem, a neutralidade política do intérprete – no caso, do juiz – só existe nos livros e nos discursos jurídicos. Na práxis do direito, ela inevitavelmente se dissolve, eis que todas as decisões jurídicas – porque jurídicas – são decisões políticas²⁰⁰.

Nesse sentido, radicalizando contra o mito da neutralidade, Faria²⁰¹ sustenta que, sob certo ponto de vista, os cidadãos estariam melhor informados

que se comprometem menos os ideais, tais como a certeza e a conclusividade, em que o positivismo jurídico descansa.

¹⁹⁸ Sobre a diferença entre o mito da neutralidade e o princípio da imparcialidade, que diz respeito, entre outras coisas, à oferta de iguais oportunidades às partes, ver, por todos, PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

¹⁹⁹ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologias, sociedad*. Buenos Aires, EJEJA, [s.d.], p. 396.

²⁰⁰ Cf. GRAU, *op. cit.*, p. 51 e 204-205.

²⁰¹ Ver, para tanto, SILVA, *Proceso e ideologia, op. cit.*, p. 79.

das razões de decidir de cada magistrado, caso suas inclinações ideológicas fossem conhecidas, e não encobertas pelo véu da neutralidade²⁰².

Em suma, pode-se afirmar que o legado racionalista tem participação especial na consolidação do mito da neutralidade dos juristas, que, com base em tal crença, acabam permeáveis às ideologias dominantes, sustentáculos do sistema, a que eles servem, apesar de convencidos de estarem a fazer ciência pura.

O segundo exemplo, de caráter indiscutivelmente simbólico, é o *milenar uso da toga*, que exsurge dentro do “espaço sagrado” do Judiciário. Observe-se, nesse caso, que, não obstante os professores universitários terem abandonado a toga, os médicos vestirem cada vez menos a bata e, depois do Concílio Vaticano II, os padres terem sido dispensados do uso permanente da sotaina, os magistrados e os restantes membros da profissão judiciária continuam, contra tudo e todos, a vestir a toga, que se constitui, hoje, o mais antigo uso civil ainda em vigor²⁰³.

Na realidade, a toga comumente usada pelos juízes nos tribunais tem, a toda evidência, importante participação no ritual que reclama uma purificação, (en)cobrindo um duplo corpo: o corpo da personagem que a veste e o corpo invisível do social²⁰⁴.

Assim sendo, pode-se dizer, na esteira de Garapon²⁰⁵, que a toga exerce não só a função de pôr, temporariamente, fim às imperfeições do juiz, subtraindo-o da sua condição de mortal, mas, também, de transformar-se em uma espécie de escudo protetor, que permite o uso de uma violência legítima,

²⁰² Cf. FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989, p. 163.

²⁰³ Nesse sentido, assim como em relação ao fato de os juízes norte-americanos permanecerem dispostos de um pequeno martelo para impor o respeito pelo silêncio, e os juízes ingleses continuarem ostentando suas perucas, ver GARAPON, Antoine. *Bem julgar. Ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Piaget, 1997, p. 73-82.

²⁰⁴ Id., *ibid.*, p. 85.

²⁰⁵ Id., *ibid.*, p. 85. Nessa mesma linha, cumpre referir a forte crítica de Tocquville (apud GARAPON, *op. cit.*, p. 85-86): “Quando vejo, entre nós, certos magistrados a tratarem bruscamente as partes ou a dirigirem-se às mesmas com bons modos, a encolherem os ombros perante os meios da defesa ou a sorrirem com complacência face à enumeração das acusações, gostaria que alguém se dispusesse a retirar-lhes a toga, para saber se, uma vez vestidos como simples cidadãos, isso não lhes traria à memória a dignidade natural da espécie humana”.

isto é, uma violência que não suja as mãos de quem a exerce, tendo em vista que esse uso é autorizado pelo ritual²⁰⁶.

O significado da toga, contudo, não se esgota nas funções purificadora e protetora. Ela marca também a prevalência do *parecer* sobre o *ser*, na medida em que se trata de uma veste institucional que cobre quem a usa, isto é, na medida em que o homem que a veste exterioriza – evidencia, explicita, manifesta – a superioridade da instituição sobre o homem, tendo em vista que já não é ele quem habita sua veste, mas sim esta que o habita²⁰⁷.

Ao contrário do que diz o provérbio – *não é o hábito que faz o monge* –, no processo, refere Garapon²⁰⁸, é o hábito que faz o juiz. O homem convocado para decidir refugia-se na generalidade da função: é ele a sua vestimenta e, assim sendo, está apto a assumir o seu papel, de modo que possa *endossar* subjetivamente a responsabilidade pelos seus atos decisórios e, conseqüentemente, não possa receber qualquer tipo de represália²⁰⁹.

Dito de outro modo, ao (in)vestir (n)o poder da toga, o juiz se esconde e, simultaneamente, liberta-se dele próprio, isto é, despersonaliza-se como se estivesse a usar uma máscara, cuja finalidade é, posteriormente, impedir que venha a ser reconhecido ao retornar à vida mundana²¹⁰. Em suma, a toga não apenas transmite segurança àquele que a veste, mas, sobretudo, autoriza e socializa a violência – simbólica, ou não – que se pratica. Da boca do juiz togado e de sua caneta é que sairá um discurso convencionalmente tido como verdadeiro: à vestimenta institucional corresponde a verdade institucional. Ou melhor: a toga é, em si mesma, discurso; é, portanto, uma vestimenta que diz

²⁰⁶ Nesse sentido, destaca-se a lição de CALAMANDREI, Piero. *Eles, ou juízes, vistos por nós, os advogados*. 6. ed. Lisboa: Livraria Clássica, [s.d.], para quem: “A justiça é coisa muito séria; mas precisamente por isso, senhor juiz, não é preciso que o senhor, da sua mesa me faça essa cara feia. Essa máscara feroz com que o senhor me olha intimida-me e leva-me a ser prolixo, enquanto espero ler um sinal de compreensão nesse rosto de pedra. Para nos entendermos como pessoas sensatas, é preciso estarmos dispostos a sorrir também: com um sorriso poupamo-nos tantos discursos inúteis! A cara feia é uma parede, o sorriso é uma janela. Senhor juiz, estou aqui embaixo, esgoelando-me para falar de assuntos importantíssimos, como são os da liberdade e da honra de um homem. Seja gentil, senhor juiz: de vez em quando, para que eu perceba que o senhor está em casa, apareça à janela”.

²⁰⁷ Cf. GARAPON, *op. cit.*, p. 86.

²⁰⁸ Id., *ibid.*, p. 86-88.

²⁰⁹ Id., *ibid.*, p. 86-88.

²¹⁰ Id., *ibid.*, p. 86.

muito, pois dá forma ao discurso, sustentando-o. O discurso da toga, enfim, é o que representa a linguagem da lei, imunizando o juiz que faz uso da primeira ao aplicar a segunda²¹¹.

Desta forma, levando em consideração os exemplos apresentados, observa-se que a tese da discricionariedade judicial permanece como que oculta, encoberta, escondida pelos dogmas do positivismo jurídico, em que pese se mostre absolutamente inadequada se confrontada com as transformações que vêm ocorrendo, especialmente nesta mudança de século, tanto no campo do direito, do Estado e da sociedade, como, também, no campo da filosofia, a partir do qual se busca sustentar tais construções teóricas.

Em síntese, o problema reside no fato de que, não havendo regras capazes de determinar o modo como deva se dar a ponderação e não havendo critérios determinados para controlar tal discricionariedade, incorre-se, inevitavelmente, em um decisionismo com o qual nenhuma teoria do direito que pretenda ser, de fato, contemporânea possa compactuar, sobretudo, nessa quadra da história.

1.2.3. A questão da fundamentação: de onde vem e/ou até onde vai a validade do direito

A teoria do direito, através de suas mais variadas matrizes, procura resolver, entre muitas outras coisas, o problema relativo ao fundamento do direito, isto é, a validade do direito, sobretudo nos sistemas jurídicos contemporâneos, marcados por seu crescente nível de complexidade.

Com efeito, na medida em que a teoria jusnaturalista fracassa na sua tentativa de encontrar a fonte legitimadora do direito moderno, o positivismo jurídico herda a difícil tarefa de desenvolver novas formas capazes de dar conta da fundamentação do direito no século XX, em harmonia com as radicais transformações ocorridas na sociedade e, sobretudo, no universo das ciências.

²¹¹ Id., *ibid.*, p. 90-92.

No entanto, considerando a amplitude da referida problemática, é preciso reconhecer a necessidade de delimitar a abordagem a ser desenvolvida, tendo em vista que o presente ponto tem como objetivo somente a realização de breves apontamentos acerca das soluções apresentadas à questão do fundamento de validade do direito por aqueles que podem ser considerados os principais expoentes do positivismo jurídico.

Assim sendo, apresentar-se-ão as linhas gerais das teorias jurídicas desenvolvidas por Kelsen, Bobbio e Hart – positivistas que se voltaram à questão da fundamentação das normas e dos sistemas jurídicos –, de modo que se possa, ao final, avaliar a (in)capacidade de suas formulações acerca da fundamentação de validade para sustentar, filosoficamente, a construção de uma teoria do direito contemporâneo que não incorra nas aporias do famoso *trilema de Münchhausen*²¹².

1.2.3.1. Kelsen e a norma fundamental

Kelsen, um dos juristas mais importantes do século XX²¹³, ao desenvolver a *teoria pura do direito*²¹⁴ – obra que representa um verdadeiro marco na história

²¹² Ver, para tanto, ALBERT, Hans. *Tratado da razão crítica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976, p. 24-28, onde é apresentado o problema – denominado *trilema de Münchhausen* – que o famoso barão da mentira teve que solucionar. Segundo o referido trilema, a busca pelo fundamento último leva a três alternativas: (I) um *regresso ao infinito*, que parece resultar da necessidade de sempre, e cada vez mais, voltar-se atrás na busca de fundamentos, mas que, na prática, não é passível de realização e não proporciona nenhuma base segura; (II) um *círculo lógico* na dedução, que resulta da retomada, no processo de fundamentação, de enunciados que já surgiram anteriormente como carentes de fundamentação, e o que, por ser logicamente falho, conduz do mesmo modo a nenhuma base segura; (III) uma *interrupção do procedimento* em um determinado ponto, o que, ainda que pareça realizável em princípio, envolveria numa suspensão arbitrária do princípio da fundamentação suficiente. Sobre o tema e sua adaptação para o problema da validade do direito, ver STRECK, *Hermenêutica (jurídica)...*, *op. cit.*, p. 230.

²¹³ “Kelsen provém do neopositivismo ou positivismo lógico do Círculo de Viena formado em torno de Rudolf Carnap. Segundo esta corrente filosófica apenas tem sentido e é compreensível o que pode ser verificado logicamente (hoje encontra-se este pensamento sobretudo na filosofia analítica). As proposições metafísicas, especialmente aquelas sobre o conteúdo dos valores e normas, não têm, por isso, sentido. As valorações são vistas como mera expressão de sentimentos” (cf. KAUFMANN, *op. cit.*, p. 21; e, também, KAUFMANN; HASSEMER, *op. cit.*, p. 178). Sobre tal autor, ver, ainda, ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. Kelsen, Hans. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 504-508.

²¹⁴ Cf. KELSEN, Hans. *A teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003; e, resumidamente, em SGARBI, Adrian. *Teoria pura*. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 808-814. Muito embora não caiba, em face da delimitação do tema, desenvolver maiores comentários e observações a respeito da teoria pura do direito, cumpre referir, aqui, algumas considerações. Com efeito, ao elaborar sua teoria, Kelsen pretende estudar

do positivismo normativista²¹⁵ –, deparou-se com o surgimento de indagações como *o que fundamenta a unidade e a pluralidade de normas?, por que é que uma determinada norma pertence a uma determinada ordem?, por que é que uma norma vale, isto é, qual o seu fundamento de validade?, o que fez com que ele passasse a se preocupar com a questão do fundamento de validade das normas em um*

seu objeto – direito positivo – através do princípio da pureza metódica – responsável pela exatidão e objetividade inerentes a toda ciência –, o que significa dizer que a ciência jurídica deve estar isenta de qualquer conteúdo ideológico, pressuposições metafísicas, juízos de valor, etc. Nesse sentido, sua obra representa um verdadeiro marco para a estrutura do direito positivo, na medida em que toma a ciência positiva como ponto de partida para o seu projeto epistemológico: depurar o objeto da ciência jurídica, através da idéia de neutralidade ideológica – pressuposto de validade do método científico –, a fim de tornar evidentes as condições de positividade da ciência jurídico-positiva. Dito de outro modo, a preocupação de Kelsen nunca esteve voltada diretamente ao direito, mas, sim, à ciência jurídica. A pergunta a partir da qual ele desenvolve a sua teoria foi *como se pode pensar cientificamente o direito, isto é, o que é a ciência do direito?, e não o que é o direito?* Isso não quer dizer, evidentemente, que Kelsen negasse o valor do conhecimento produzido pelas outras áreas do saber no que se refere ao direito. Sua meta, contudo, era caracterizar o objeto da ciência jurídica como o objeto de um saber autônomo, regido por leis que lhe são próprias. Desse modo, a ciência do direito deve pretender apenas construir um conhecimento que tente responder às perguntas *o que é e como é o direito?*, sem procurar explicitá-lo, transformá-lo, justificá-lo e, tampouco, desqualificá-lo a partir dos pontos de vista que lhe são alheios. Trata-se, com efeito, de uma exigência metodológica fundamental, que define o sentido da idéia de pureza, que, para ele, está na forma de olhar, e não na coisa olhada. A teoria pura do direito, ao fim e ao cabo, é uma epistemologia jurídica: um olhar objetivo, metódico e rigoroso sobre a dogmática jurídica existente. É uma ciência das ciências jurídicas, ou melhor, “é a última grande tentativa de elaborar uma teoria científica do direito como teoria autônoma, sistemática e unitária” (cf. PEPE; WARAT, *op. cit.*, p. 70-77).

²¹⁵ Cf. KAUFMANN; HASSEMER, *op. cit.*, p. 179; e, ainda, KAUFMANN, *op. cit.*, p. 21. Sobre o tema, consultar ainda SOUZA CRUZ, *Jurisdição constitucional democrática, op. cit.*, p. 112-124; mas, sobretudo, AMARAL, Francisco. Normativismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 608-611, para quem *normativismo* é termo que se usa na Teoria do Direito em dois sentidos: de um lado, representa a concepção segundo a qual o direito consiste essencialmente em normas ou conjuntos de normas que disciplinam e orientam a vida em sociedade, o que faz com que o conceito de norma, no qual está implícito um *dever-ser* (*Sollen*), seja o conceito central do direito; e, de outro, mais restritivo e predominante, representa a teoria pura do direito, desenvolvida por Hans Kelsen, segundo a qual é necessário desvincular o direito de qualquer valoração política, filosófica, ideológica ou social, limitando-o à análise da estrutura lógica das normas que o constituem. Segundo Amaral (*op. cit.*, p. 608-609), o normativismo se caracteriza, entre outros aspectos, pelas seguintes teses: (a) o conceito de norma é o conceito central do direito, tendo em vista que o direito consiste essencialmente em um conjunto de normas; (b) o direito apresenta-se como um sistema de normas, dotado de unidade, coerência e plenitude, o que lhe permite responder, corretamente, a todas as questões jurídicas; (c) o pensamento jurídico é um pensamento referido a normas, isto é, voltado à aplicação das normas, e que ocorre através da subsunção inerente aos silogismos lógico-dedutivos: a premissa maior é a regra do direito, a premissa menor é o fato concreto que se subsume na hipótese da regra, a conclusão é a conseqüência jurídica prevista na estrutura normativa; (d) o monismo jurídico é dominante no quadro das fontes de (re)produção do direito, de modo que a gênese, a aplicação e a execução das regras cabem apenas ao Estado, respectivamente aos poderes Legislativo, Judiciário e Executivo; (e) o direito encontra-se nas regras gerais, estabelecidas nos códigos e leis compiladas, não sendo admitidas quaisquer concepções valorativas do fenômeno jurídico e, tampouco, recursos e fontes suprapositivas, externos ao sistema jurídico, como princípios, costumes, equidade; (f) o direito exige alto grau de generalidade, o que implica, conseqüentemente, a redução da matéria jurídica, tendo em vista a utilização de poucos conceitos de elevada abstração; (g) a segurança jurídica, isto é, a certeza e a previsibilidade do direito, é o principal valor jurídico, em detrimento da justiça e do bem comum; (h) a interpretação consiste em descobrir o significado objetivo de um texto ou a vontade subjetiva de seu autor, não havendo espaço para discricionariedade do intérprete. Por fim, continua o autor (*op. cit.*, p. 608), qualquer que seja o entendimento adotado no que se refere aos inúmeros tipos de normativismo, certo é que ele representa “a concepção jurídico-doutrinária mais difundida no século XX, principalmente

sistema jurídico fechado, no qual umas se relacionam com as outras, enquanto todas formam uma superestrutura escalonada²¹⁶.

Kelsen parte, então, da premissa de que a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma apenas poderia ser, em relação a esta, uma norma superior²¹⁷. Contudo, logo percebe que a indagação pelo fundamento de validade de uma norma não poderia perder-se no infinito, tendo que terminar, obrigatoriamente, em uma norma que se pressupõe como a última e a mais elevada.

A fim de contornar tal obstáculo, Kelsen desenvolve a idéia de *norma fundamental* (*Grundnorm*), tendo em vista a necessidade de que a norma mais elevada devesse ser *pressuposta*, por não poder ser posta por uma autoridade, cuja competência teria, por sua vez, que se fundamentar em outra norma mais elevada ainda²¹⁸.

Dito de outro modo, a norma fundamental dependeria inevitavelmente do seguinte raciocínio: *se considerarmos o direito positivo como válido, então pressupomos a norma segundo a qual nos devemos conduzir tal como prescreve a primeira Constituição histórica em conformidade com a qual foi criada a ordem jurídica positiva*²¹⁹.

Isso porque, a norma fundamental não pretende ser um critério de apreciação do direito positivo e, tampouco, ter a função ético-política de justificação, como ocorre na doutrina do direito natural²²⁰, mas, ao contrário, ela é dotada de um caráter que somente determina o fundamento de validade do

no campo das fontes do direito, a mais desenvolvida sob o ponto de vista teórico e uma das mais relevantes no estudo do fenômeno jurídico”.

²¹⁶ Id., *ibid.*, p. 215-246; id. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Safe, 1986, p. 323-332.

²¹⁷ Cf. KELSEN, *A teoria pura do direito*, *op. cit.*, p. 217.

²¹⁸ Id., *ibid.*, p. 217. Destaque-se, por oportuno, que, ao longo de sua obra (*Teoria geral das normas*, *op. cit.*, p. VIII-IX e 326-329), Kelsen modifica o caráter hipotético da norma fundamental, passando a considerá-la uma norma fictícia, pressuposta, pensada. A respeito da norma fundamental kelseniana, ver, também, a contundente crítica de CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Tertium non datur*: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado democrático de direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 79-89.

²¹⁹ Id., *A justiça e o direito natural*, *op. cit.*, p. 170.

²²⁰ Destaque, aqui, por oportuno, que Kelsen (*ibid.*, p. 169) reconhece a aproximação entre as teorias positivista e jusnaturalista no que diz respeito à questão do fundamento de validade do direito, na medida em que a norma fundamental não faz parte do direito positivo, situando-se fora dele.

direito, nada tendo a ver com seu conteúdo, visto que marcada por um caráter teórico-gnoseológico²²¹.

Nesse contexto, a norma fundamental representaria a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma mesma ordem normativa, isto é, o seu fundamento de validade comum; a norma fundamental constituiria a unidade de uma pluralidade de normas, na medida em que significaria o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa²²².

A natureza do fundamento de validade, segundo Kelsen, possibilita distinguir dois tipos de sistemas de normas: o *sistema estático*, cujo fundamento de validade e conteúdo de validade seriam deduzidos de uma norma pressuposta como norma fundamental; e o *sistema dinâmico*, caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta ser a instituição de um fato produtor de normas, atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou, ainda, uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental²²³.

Assim sendo, uma norma jurídica vale simplesmente porque é criada através de determinada forma, e não porque tenha determinado conteúdo, que possa ser deduzido pelo raciocínio lógico de uma norma fundamental pressuposta. Por isso, afirma Kelsen, *todo e qualquer conteúdo pode ser Direito*²²⁴, isto é, qualquer conduta humana pode ser conteúdo de uma norma jurídica.

A norma fundamental, para Kelsen, seria a instauração do fato fundamental da criação jurídica e, portanto, poderia ser designada como uma espécie de constituição no sentido lógico-jurídico, para distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo²²⁵. Dito de outro modo, a norma fundamental seria o ponto de partida de todo o processo de criação do direito positivo.

²²¹ Id., *ibid.*, p. 171-172.

²²² Id., *Teoria pura do direito, op.cit.*, p. 217.

²²³ Id., *ibid.*, p. 218.

²²⁴ Id., *ibid.*, p. 221.

²²⁵ Id., *ibid.*, p. 222.

Para conhecer a norma fundamental como pressuposição lógico-transcendental, contudo, deve-se ter presente que ela se refere, imediatamente, a uma Constituição determinada e, mediadamente, à ordem coercitiva criada de acordo com essa Constituição²²⁶.

A norma fundamental seria, ao fim e ao cabo, não só o fundamento último de validade de todas as normas pertencentes ao sistema normativo – e, portanto, do próprio direito –, mas também aquilo que conferiria unidade lógica a todo o ordenamento jurídico.

Entretanto, como se verá mais adiante, uma fundamentação filosófica para os sistemas jurídicos contemporâneos, nos termos propostos por Kelsen, dificilmente pode ser sustentada atualmente²²⁷.

1.2.3.2. Bobbio e o poder constituinte

Bobbio, por sua vez, além de sua vasta e importantíssima produção teórica²²⁸, destacou-se por ter sido, dentro do positivismo jurídico, aquele pensador do direito que aplicou a metodologia da filosofia analítica às teses do normativismo kelseniano²²⁹.

Para Bobbio, a questão do fundamento também se encontra ligada à idéia de norma fundamental, porém não exatamente na mesma linha do sustentado por Kelsen, muito embora num primeiro momento, concorde com o mesmo, no que diz respeito à impossibilidade de verificação positiva da norma fundamental, tendo em vista que ela não seria *posta* por um outro poder superior qualquer, mas, sim, *suposta*, ou *pressuposta*, pelo jurista para poder compreender

²²⁶ Id., *ibid.*, p. 224.

²²⁷ Ver, para tanto, KAUFMANN, *op. cit.*, p. 49.

²²⁸ Sobre tal autor, consultar OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. Bobbio, Norberto. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 109-113.

²²⁹ Cf. ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 18. Sobre tal autor, consultar OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. Bobbio, Norberto. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 109-113.

o ordenamento. Tratar-se-ia, com efeito, de uma *hipótese*, de um *postulado* ou, ainda, de um *pressuposto* do qual se partiria no estudo do direito²³⁰.

Em outras palavras, a norma fundamental seria o critério que permitiria estabelecer se uma norma pertence, ou não, a um ordenamento jurídico; seria o fundamento (subentendido) de validade e legitimidade de todas as normas do sistema jurídico²³¹.

A respeito da função da norma fundamental, Bobbio aduz que ela exerce no sistema o mesmo papel que os postulados exercem em um sistema científico²³². A norma fundamental seria, desse modo, como aquelas proposições primitivas das quais se deduzem outras, mas que, por sua vez, não são deduzíveis. Ou melhor, a norma fundamental nada mais seria do que uma convenção, isto é, uma proposição evidente que é colocada no vértice do sistema para que a ela se possam reconduzir todas as demais normas.

Todavia, Bobbio indaga se *seriam as normas constitucionais, de fato, a norma fundamental?* A tal questão, responde que as normas constitucionais não seriam as últimas, além das quais não se poderia ir, tendo em vista que sempre existe um poder normativo do qual elas derivam, isto é, um poder constituinte, que seria o poder último, supremo, originário, de um ordenamento jurídico²³³.

Uma vez reconhecido o poder constituinte como poder último, é necessário pressupor, inevitavelmente, a existência de uma norma que atribua ao poder constituinte a faculdade de produzir normas jurídicas: essa norma seria a norma fundamental²³⁴.

Entretanto, para responder à questão *por que seria o poder constituinte autorizado a fazer a lei?*, Bobbio afirma que se poderia apelar a um poder constitucional anterior, mas reconhece que tal busca histórica chegaria a um ponto – um determinado poder constituinte – além do qual não seria possível

²³⁰ Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 7. ed. Brasília: UnB, 1996, p. 59; BOBBIO, O *positivismo jurídico*, *op. cit.*, p. 201.

²³¹ Cf. BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, *op. cit.*, p. 60-62.

²³² Id., *ibid.*, p. 62.

²³³ Id., *ibid.*, p. 58.

²³⁴ Id., *ibid.*, p. 59.

avançar. Restariam, então, duas possibilidades: (a) reter-se-ia o poder constituinte como fato social, deixando o sistema aberto e fazendo o direito derivar do fato; ou, então, para fechar o sistema, (b) considerar-se-ia o poder constituinte como autorizado por uma norma fundamental, que estabelece que todos os cidadãos devem obedecer às normas por ele editadas. Esta última alternativa, segundo Bobbio, foi a eleita por Kelsen, e o conduziu a toda a concepção da norma fundamental²³⁵.

Muito embora todas as críticas realizadas – mais especificamente sobre o fundamento da norma fundamental –, Bobbio reconhece a idéia de que a norma fundamental não tem fundamento e de que, portanto, ela não soluciona o problema para o qual foi formulada. Caso tivesse fundamento, afirma ele, não seria mais norma fundamental, mas haveria outra norma superior, da qual ela dependeria²³⁶.

Dessa forma, a fim de escapar à crítica do regresso ao infinito, ao admitir que a norma fundamental existe juridicamente enquanto for de fato observada, recai-se na solução que se desejava evitar com a teoria da norma fundamental, isto é, fazer com que o direito dependa do fato²³⁷.

Isso porque, segundo Bobbio, o poder último, supremo, constituinte, não representa um poder jurídico, mas sim um poder de fato, *extra ordinem*, não-outorgado por nenhuma norma jurídica, o que atribui à chamada norma fundamental a tarefa de justificá-lo politicamente, e não de outorgar-lhe o poder supremo²³⁸.

Sob essa perspectiva, a norma fundamental kelseniana torna-se supérflua, visto que sua tarefa é a de legitimar um poder cuja legitimidade não depende de uma norma superior, mas do fato de ser efetivamente obedecido. Se o poder

²³⁵ Cf. BOBBIO, *O positivismo jurídico, op. cit.*, p. 201.

²³⁶ Àqueles que insistem na questão do fundamento da norma fundamental, Bobbio (*Teoria do ordenamento jurídico, op. cit.*, p. 62-65) responde que, para encontrá-lo, seria preciso sair do sistema jurídico, onde a religião, o jusnaturalismo, o contratualismo, etc., freqüentemente apresentam as mais diversas soluções.

²³⁷ Id., *ibid.*, p. 202.

²³⁸ Nesse sentido, ver GUASTINI, Riccardo. Bobbio sobre la norma fundamental y la regla de reconocimiento. COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (Orgs.). *Analisi e diritto 2005*. Torino: Giappichelli, 2006, p. 204.

último é um poder fático, não há necessidade de uma norma superior que o autorize²³⁹.

Dito de outro modo, segundo Bobbio, a norma fundamental não seria uma norma jurídica, mas, ao contrário, representaria a ideologia normativa daqueles que legitimam - isto é, aceitam juridicamente - o sistema constitucional vigente²⁴⁰.

Isso ocorre porque Kelsen não distingue a validade da existência das normas, o que o impossibilita de admitir que uma norma possa existir sem ser válida, isto é, sem ter um fundamento de validade, e então o faz partir em busca de um fundamento de validade para toda a norma existente, inclusive a primeira Constituição. Entretanto, quando se interroga sobre o fundamento de validade da Constituição, ele encontra-se obrigado a pressupor uma norma que não é válida, nem inválida, que outorgue validade à Constituição²⁴¹.

Para Bobbio, se, de fato, nem todas as normas podem ser válidas, e se necessariamente há no sistema uma norma fundamental que não é válida nem inválida, ficam as seguintes perguntas: por que não admitir que esta norma seja, ao invés de *pressuposta*, uma norma simplesmente *posta* ou *promulgada*? Por que não admitir que a norma suprema seja a própria Constituição? Por que buscar um fundamento de validade para a Constituição em outra norma, nem válida, nem inválida, e não admitir, simplesmente, que a própria Constituição seja a norma fundamental, nem válida, nem inválida, do sistema jurídico?²⁴²

Segundo tal ponto de vista, a Constituição existiria juridicamente, visto que faz pertence ao ordenamento jurídico, sem ser válida. A Constituição seria, ao fim e ao cabo, o critério de identificação e reconhecimento das demais normas, mas o critério de reconhecimento da própria Constituição, por sua vez,

²³⁹ Cf. GUASTINI, *Bobbio sobre la norma fundamental...op. cit.*, p. 204.

²⁴⁰ Id., *ibid.*, p. 205.

²⁴¹ Id., *ibid.*, p. 206.

²⁴² Id., *ibid.*, p. 206-207.

seria simplesmente a efetividade²⁴³, visão essa que se aproxima da postura adotada por Hart.

1.2.3.3. Hart e a regra de reconhecimento

No intuito de superar as teorias tradicionais, Hart²⁴⁴ aparece como um daqueles teóricos analíticos cujo principal contributo – *O conceito de direito*²⁴⁵ – denuncia as insuficiências da noção tradicional de norma jurídica, abrindo caminho e fundando as bases sobre as quais se consolidará, posteriormente, o que se entende por hermenêutica jurídica²⁴⁶, tendo em vista o deslocamento que opera no eixo de análise do direito: de um conhecimento preocupado com aspectos sintáticos e semânticos para um conhecimento pragmático da linguagem²⁴⁷.

Na estrutura do sistema jurídico proposto por Hart, a compreensão do que sejam regras primárias e regras secundárias – distinção que representam o marco de transição do mundo pré-jurídico para os sistemas jurídicos complexos –, constitui elemento central: as primeiras seriam aquelas que impõem condutas ou obrigações; as segundas seriam aquelas que criam poderes, públicos ou privados, tornando possíveis atos que conduzem ao advento de deveres ou obrigações, bem como à sua interação recíproca²⁴⁸.

²⁴³ Id., *ibid.*, p. 207.

²⁴⁴ Segundo Hierro (*op. cit.*, p. 289), o grande mérito de Hart está haver aceitado o positivismo como enfoque, rechaçado o positivismo como ideologia e superado o positivismo como teoria. Isso porque, muito embora ainda possa ser considerado um representante do positivismo jurídico, quicá o mais sofisticado deles, autotransclassificado como *positivista suave*, na medida em que aceita explicitamente que a regra de reconhecimento pode incorporar como critério de validade jurídica a conformidade com princípios morais, Hart é o responsável por destacar a função do intérprete do sistema e, conseqüentemente, considerar a abertura no processo de conhecimento do direito. Sobre tal autor, consultar KOZICKI, Kátya. Hart, Herbert Lionel Adolphus. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 409-412.

²⁴⁵ Cf. HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2001.

²⁴⁶ Cf. ROCHA; SCHWARTZ; CLAM, *op. cit.*, p. 21.

²⁴⁷ Nesse sentido, ver KOZICKI, Kátya. O positivismo jurídico de Hart e a perspectiva hermenêutica do direito. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da auto-observação. Percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: J. M., 1997. p. 127-149.

²⁴⁸ Cf. HART, *op. cit.*, p. 91-109.

Segundo Hart, as regras secundárias situam-se em um plano diferente daquele em que se encontram as regras primárias – não se podendo esquecer que aquelas sempre dizem respeito a estas – e podem ser de reconhecimento, de alteração e de julgamento²⁴⁹.

Ao presente estudo, interessa, sobretudo, a regra de reconhecimento – regra última do sistema hartiano –, cuja existência e configuração estão indissociavelmente ligadas ao problema da validade das normas e, conseqüentemente, do ordenamento jurídico: *dizer que uma dada regra é válida, para Hart, é reconhecê-la como tendo passado por todos os testes facultados pela regra de reconhecimento e, portanto, como uma regra do sistema*²⁵⁰.

Para tanto, Hart sustenta que, nos sistemas jurídicos modernos, em que existe uma variedade de fontes de direito, a regra de reconhecimento é correspondentemente mais complexa: *os critérios para identificar o direito são múltiplos e comumente incluem uma constituição escrita, a aprovação por uma assembléia legislativa e precedentes judiciais*. Contudo, no cotidiano de um sistema jurídico, a sua regra de reconhecimento raramente é formulada de modo expreso²⁵¹. O uso pelos tribunais de regras de reconhecimento não afirmadas – do tipo *o direito dispõe que...* – é característico do ponto de vista interno, de modo que aqueles que as usam manifestam através desse uso a sua própria aceitação das regras como regras de orientação²⁵².

Desse modo, a regra de reconhecimento seria, ao fim e ao cabo, uma espécie de *regra última*, tendo em vista que faculta os critérios – como o supremo – através dos quais a validade das outras regras do sistema é avaliada, até que se chegue, por exemplo, à regra de que é direito aquilo que a Rainha aprova no Parlamento, momento em que ocorre uma paragem nas indagações a respeito da validade, uma vez que ela faculta critérios para apreciação da validade de outras

²⁴⁹ Id., *ibid.*, p. 104-107.

²⁵⁰ Id., *ibid.*, p. 114.

²⁵¹ Id., *ibid.*, p. 112.

²⁵² Id., *ibid.*, p. 113.

regras, mas, ao mesmo tempo, é diferente delas, na medida em que não há regra que faculte critérios para a apreciação da sua própria validade jurídica²⁵³.

Isso significa dizer, em outras palavras, que caso se pretenda determinar o que vale em uma certa comunidade, é necessário observar como se comportam os funcionários do sistema, especialmente os juízes, sendo o conjunto de critérios por estes adotados para identificar o direito unificado naquilo que denomina regra de reconhecimento.

Com efeito, ao mesmo tempo em que forneceria os critérios necessários à identificação das demais regras do sistema, a regra de reconhecimento reafirmaria a perspectiva institucional deste, uma vez que sua natureza dependeria do ponto de vista – interno, em que o observador integra um grupo que aceita as regras e as usa como guias de conduta; ou externo, em que o observador não as aceita – do intérprete²⁵⁴.

Dito de outro modo, a validade das regras jurídicas encontrar-se-ia associada ao fato delas estarem, ou não, em conformidade com os critérios estabelecidos pela regra de reconhecimento. Todavia, a noção de validade seria decorrência da adoção de um ponto de vista interno, não se confundindo com a noção de eficácia, à qual se reportaria à assunção de um ponto de vista externo²⁵⁵.

À crítica acerca da natureza jurídica última da regra de reconhecimento – de que esta não poderia ser demonstrada, eis que seria assumida, postulada ou hipotética –, Hart responde que (a) uma pessoa que afirma com seriedade a validade de certa regra faz, ela mesma, uso de uma regra de reconhecimento que aceita como apropriada para identificar o direito; (b) esta regra de reconhecimento não apenas é aceite, mas aplicada no funcionamento geral do sistema; (c) falar da suposição de que a regra última de reconhecimento é válida oculta o caráter essencialmente factual do segundo pressuposto que subjaz às afirmações de validade dos juristas, sendo fundamental a distinção entre *supor a*

²⁵³ Id., *ibid.*, p. 117-119.

²⁵⁴ Id., *ibid.*, p. 98-100; e, ainda, KOZICKI, *O positivismo jurídico...*, *op. cit.*, p. 141-142.

²⁵⁵ Cf. KOZICKI, *O positivismo jurídico...*, *op. cit.*, p. 144.

validade e pressupor a existência de tal regra, visto que esta não seria enunciada, mas uma questão de fato, uma questão empírica²⁵⁶.

Já àqueles que estabeleceram uma série de aproximações da regra de reconhecimento à norma fundamental kelseniana, tratando ambas como fontes comuns de validade de todo sistema jurídico, Hart assinala as seguintes distinções: (a) os critérios de validade colocados pela regra de reconhecimento são sempre uma questão empírica, de fato, enquanto a norma fundamental coloca pressupostos de validade; (b) a validade da regra de reconhecimento não é jamais questionada, enquanto a validade da norma fundamental é pressuposta; (c) a regra de reconhecimento tem conteúdos distintos, segundo o ordenamento a que se refere, enquanto a norma fundamental teria praticamente sempre o mesmo sentido²⁵⁷.

Desse modo, pode-se afirmar que a contribuição de Hart mostra-se de extrema importância para a fundamentação da existência de uma textura aberta do direito – entendido como fato ou prática institucional –, ao denunciar que os limites naturais da linguagem impedem que o sistema jurídico se expresse através de enunciados unívocos, apontando para a necessidade de o intérprete buscar a complementação das normas²⁵⁸.

Contudo, em sua obra não resta suficientemente clara a natureza da regra de reconhecimento. Segundo Hart, seria a regra de reconhecimento aquela que permitiria a identificação de todas as demais regras do sistema, constituindo-se,

²⁵⁶ Cf. HART, *op. cit.*, p. 119-120. Para Hart, só se pode falar em *validade* no sentido habitual do termo, dentro do sistema de regras, de modo que a regra de reconhecimento, como última regra, devido à falta de um ponto de referência interno, não pode ter nem deixar de ter validade, sendo simplesmente aceita. Nesse mesmo sentido, merece destaque o fato de que, para Hart, o problema de validade jurídica teórica de *últimas regras* deve ser tratado como conseqüência de um equívoco lingüístico, uma vez que: “se neste caso já não dissermos que uma norma especial é válida por corresponder à regra..., mas antes que esta última regra é aplicada na Inglaterra, por tribunais, funcionários e pessoas privadas, como regra última de reconhecimento, mudamos da proposição jurídica interna, que constata a validade de uma regra do sistema, para a proposição sobre fatos externos que um observador do próprio sistema poderia fazer, se ele próprio a não supusesse (Hart)” (KAUFMANN; HASSEMER, *op. cit.*, p. 375). Sobre o fundamento do ordenamento jurídico para Hart, ver, ainda, CHAMON JUNIOR, *Teoria geral do direito moderno, op. cit.*, p. 46-52.

²⁵⁷ Cf. KOZICKI, *O positivismo jurídico..., op. cit.*, p. 141-142. Para Barzotto (*op. cit.*, p. 645), a regra de reconhecimento não apresenta nenhum caráter hipotético, como a norma fundamental de Kelsen; ao contrário, ela é empírica, e não positivada, porque se assim o fosse necessitaria de uma regra de reconhecimento que a identificasse como jurídica, o que redundaria, novamente, em um regresso ao infinito.

²⁵⁸ Cf. KOZICKI, *O positivismo jurídico..., op. cit.*, p. 144.

assim, no fundamento de validade destas. Sua existência manifestar-se-ia de fato e sua aplicação seria empiricamente verificável. Ocorre que, assim sendo, permanece obscuro saber quais seriam as práticas sociais que constituiriam condição para que se reconhecesse a existência da regra de reconhecimento: seria a prática dos tribunais ou envolveria também a participação dos particulares?²⁵⁹

Segundo Kozicki²⁶⁰, tal questão é encoberta por Hart, que remete o problema da regra de reconhecimento à adoção do ponto de vista interno – aceitação da regra e uso da mesma pelo observador –, entendendo que este é capaz de permitir o seu conhecimento.

Observa-se, assim, que o problema do fundamento de validade, mais uma vez, fica em aberto, tendo em vista que a regra de reconhecimento representa a regra última e, conseqüentemente, a ela não se aplica sua própria formulação, faltando-lhe uma referência ulterior possível no plano normativo, utilizada apenas para as regras primárias e secundárias²⁶¹.

1.3. O NEOCONSTITUCIONALISMO: ENTRE A NECESSIDADE DE UMA NOVA TEORIA DO DIREITO E A BUSCA DAQUILO QUE SE TEM DENOMINADO PARADIGMA PÓS-POSITIVISTA

O termo *neoconstitucionalismo* ingressou no léxico dos juristas há pouco tempo e, mesmo não tendo um significado unívoco, obteve grande aceitação na doutrina²⁶², que o tem difundido e aplicado de modo bastante confuso e ambíguo, no intuito de aludir aos mais distintos aspectos daquela que vem sendo considerada uma nova cultura jurídica: em primeiro lugar, um novo modelo de Estado de direito; em segundo lugar, uma teoria do direito capaz de

²⁵⁹ Id., *ibid.*, p. 148.

²⁶⁰ Id., *ibid.*, p. 149.

²⁶¹ Nesse sentido, ver KAUFMANN; HASSEMER, *op. cit.*, p. 375.

²⁶² Sobre o tema, consultar, obrigatoriamente, CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003; SANCHÍS, Luis Prieto. *Constitucionalismo y positivismo*. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, n. 60. Mexico: Fontamara, 1997; id. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 101-135; e, ainda, POZZOLO, Susanna. *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*. Torino: Giappichelli, 2001.

explicar as características desse novo paradigma constitucional; em terceiro lugar, uma ideologia que justifique a fórmula política assim designada²⁶³.

Segundo Ariza²⁶⁴, o uso da expressão *neoconstitucionalismo* se consolidou, recentemente, para designar o novo modelo jurídico que representa o Estado constitucional de direito, cujas Constituições manifestam a intenção de recompor a grande fratura entre democracia e constitucionalismo, na medida em que os novos textos constitucionais são marcadamente uma norma que limita o poder e, ao mesmo tempo, estabelece uma diretiva fundamental²⁶⁵.

Pozzolo²⁶⁶, de outro lado, entende que o termo *neoconstitucionalismo* é empregado para indicar uma precisa perspectiva jusfilosófica – em que se destacam Dworkin, Nino, Zagrebelsky, Alexy, entre outros – caracterizada por ser constitucionalista e anti-positivista.

Por fim, coadunando com ambas as concepções supra-referidas, Comanducci²⁶⁷ afirma que a expressão *neoconstitucionalismo* pode designar, tanto, uma teoria e/ou ideologia e/ou metodologia de análise do direito, como, também, um novo modelo constitucional, isto, é o conjunto de mecanismos normativos e institucionais, que, realizados em um sistema jurídico-político historicamente determinado, limitam os poderes do Estado e/ou protegem, os direitos fundamentais.

Desse modo, pode-se concluir que, quando se fala em neoconstitucionalismo – seja no singular, seja no plural –, está se fazendo sempre referência a duas questões inerentes ao direito contemporâneo e que, de um certo modo, marcam definitivamente o colapso do positivismo jurídico: de um

²⁶³ Cf. SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 123.

²⁶⁴ Cf. ARIZA, Santiago Sastre. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 239.

²⁶⁵ Cf. FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2001, p. 163. Sobre o tema, consultar, ainda, BAYÓN. Juan Carlos. Derechos, democracia y Constitución. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 211-238; e, também, FREIRE, Antonio Manuel Peña. Constitucionalismo garantista y democracia. *Crítica Jurídica*, Curitiba, n. 22, p. 31-65, jul./dez. 2003.

²⁶⁶ Cf. POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 188.

²⁶⁷ Cf. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 75.

lado, refere-se a uma série de fenômenos evolutivos que tiveram evidentes impactos no que se chama paradigma do Estado constitucional; de outro, refere-se à necessidade da construção de uma teoria do direito que dê conta das recentes transformações ocorridas na esfera pública e, sobretudo, na filosofia contemporânea, mas que, para tanto, exige, sobretudo nesta quadra da história, um paradigma pós-positivista capaz de pensar o direito do século XXI²⁶⁸.

1.3.1. “Ontem, os códigos; hoje, as Constituições”²⁶⁹

O século XX, muito embora possa parecer um período de revoluções anticonstitucionais²⁷⁰, em razão do surgimento dos mais diversos tipos de regimes (jurídicos) totalitários, é marcado, a partir do segundo pós-guerra, pelo advento dos novos textos constitucionais, pela consolidação daquilo que se denominou *Estado constitucional de direito*, também conhecido por *Estado democrático de direito*²⁷¹, e pelo desenvolvimento do *constitucionalismo contemporâneo*.

Segundo Ferrajoli²⁷², ao contrário do Estado legislativo de direito, resultado do nascimento do Estado moderno e marcado pelo monopólio da produção jurídica, o Estado constitucional de direito caracteriza-se pelos

²⁶⁸ Ver, para tanto, STRECK, *Verdade e consenso*, *op. cit.*; id. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Direito, Estado e Democracia*, Porto Alegre, n. 4, p. 223-262, 2006; id. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos (2004)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 153-185.

²⁶⁹ Frase pronunciada por Paulo Bonavides, durante o discurso de agradecimento quando do recebimento da Medalha Teixeira de Freitas, no ano de 1998, no Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

²⁷⁰ Ver, para tanto, ACKERMAN, Bruce. O novo constitucionalismo mundial. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.). *1988-1998. Uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 18.

²⁷¹ Sobre a evolução do Estado e as transformações nos modelos jurídicos, ver MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 43-102; LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 212-231; FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*. 2. ed. Roma-Bari: Laterza, 2002, p. 33-36; BONGIOVANNI, Giorgio. *Costituzionalismo e teoria del diritto*. Roma; Bari: Laterza, 2005, p. 3-58; e, ainda, ACKERMAN, Bruce. *La política del dialogo liberal*. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 47-71; e, especialmente, STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 92-99.

²⁷² Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 14-20.

seguintes aspectos: (a) a modificação das condições de validade das leis, que além dos requisitos formais, vinculados à produção legislativa, incorpora requisitos materiais, ligados à coerência de seus conteúdos com os princípios constitucionais²⁷³; (b) a alteração do estatuto epistemológico da ciência jurídica, na medida em que a Constituição sobrepõe-se à lei, passando a regular não só acerca dos procedimentos, mas também no que diz respeito aos conteúdos, relativos aos direitos fundamentais individuais e coletivos²⁷⁴; (c) a mudança do papel da jurisdição constitucional, tendo em vista que apenas a lei – formal e materialmente – válida, em harmonia com os princípios constitucionais, deve ser aplicada²⁷⁵; (d) a subordinação das leis aos princípios constitucionais, que introduzem uma dimensão substancial não só no que diz respeito às condições de validade das normas, mas, inclusive, no que se refere à natureza da própria

²⁷³ Segundo Ferrajoli (*Derecho y razón*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000, p. 872), uma teoria garantista do direito – não somente penal – inicia pela diferença entre a vigência, a validade e a eficácia das normas, visto que esta distinção é essencial para compreender a estrutura normativa do Estado constitucional de direito, que se caracteriza “(a) por la pertenencia de la normas vigentes a niveles diversos y jerárquicamente ordenados, cada uno de los cuales se configura como normativo respecto del inferior y como fáctico en la relación con el superior; b) por la incorporación a las normas superiores de obligaciones y prohibiciones que disciplinan la producción de las normas inferiores y cuya observancia es condición de la efectividad de las primeras y de la validez de las segundas; c) por las antinomias producidas por las violaciones de las normas superiores por parte de las inferiores y por la simultánea vigencia de unas, aun cuando inefectivas, y de las otras, no obstante su invalidez; d) por la consiguiente ilegitimidad jurídica que en alguna medida afecta siempre a los poderes normativos, legislativo y judicial y que es tanto mayor cuanto más amplia pero inefectiva resulte la incorporación limitativa de los deberes a los niveles más altos del ordenamiento”. No mesmo sentido, consultar CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade. Uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

²⁷⁴ Para Sanchís (*Neoconstitucionalismo y ponderación judicial, op. cit.*, p. 131), o neoconstitucionalismo implica a decadência do império da lei, na medida em que esta deixa de ser a única, suprema e racional fonte do direito, o que talvez melhor represente o sintoma mais visível da crise da teoria do direito positivista, alimentada ao longo dos séculos pelos dogmas da estabilidade e da legalidade. Enquanto no Estado legalista a lei era a norma suprema porque a Constituição não era concebida como uma verdadeira norma jurídica, atualmente se fala que a lei sofreu uma *capitis diminutio*, ou, exageradamente, que ocorreu, com o advento do Estado constitucional, a *morte da lei*.

²⁷⁵ Sobre a o “dilema da legitimidade da jurisdição constitucional”, ver MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: _____ et al. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional. Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 177-198. A respeito do “debate entre substancialismo e procedimentalismo”, ver, obrigatoriamente, STRECK, *Jurisdição, op. cit.*, p. 147-196. Em relação à problemática relativa à “judicialização da política”, consultar BERCOVICI, Gilberto. Dilemas da concretização da Constituição de 1998. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – (Neo)constitucionalismo. Ontem, os códigos; hoje, as Constituições*, Porto Alegre, n. 2, p. 115, 2004; VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999; CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 17-42.

democracia, na medida em que, ao representar um limite ao poder da maioria, também a completa²⁷⁶.

Com a redemocratização ocorrida após a Segunda Guerra Mundial, houve uma verdadeira *revolução copernicana* no direito público, a partir da qual os Estados soberanos optaram por instituir em suas Constituições uma gama de valores e princípios vinculantes, representando o acordo e o consenso de uma comunidade política e fundando um novo paradigma constitucional, cujos dois pilares estruturantes são os ideais democráticos e o respeito aos direitos fundamentais²⁷⁷.

Com efeito, a introdução das novas Constituições resultou na modificação dos ordenamentos jurídicos liberais – marcados pela redução de todas as fontes jurídicas à lei, que representava, de um lado, a expressão da vontade do legislador e, de outro, o princípio da legalidade²⁷⁸ –, tendo em vista que colocou a lei em uma posição subordinada ao introduzir critérios de validade material, capazes de condicionar a atividade legislativa no que se refere ao seu conteúdo, e não apenas à sua forma²⁷⁹.

Isso significa dizer, em outras palavras, que as Constituições tornam-se a norma hierarquicamente mais elevada dos sistemas jurídicos contemporâneos não apenas do ponto de vista formal, mas, também, do ponto de vista substancial, na medida em que passam a impor ao legislador, além do respeito lógico-formal aos procedimentos estabelecidos, o desenvolvimento e, sobretudo, a aplicação dos conteúdos nela previstos²⁸⁰.

²⁷⁶ Nesse sentido, ver ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, op. cit., p. 109-130.

²⁷⁷ Cf. STRECK, *Jurisdição constitucional...*, op. cit., p. 18. No mesmo sentido, ver MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 49-54.

²⁷⁸ Segundo Zagrebelsky (*Derecho dúctil*, op. cit., p. 33), a concepção de direito própria do Estado de direito, o princípio da legalidade e a noção de lei de que tratam o positivismo jurídico, enquanto ciência da legislação positiva, pressupõem uma determinada situação histórica: a concentração da produção jurídica apenas em uma instância constitucional, que é a legislativa, o que significa uma redução de tudo o que pertence ao mundo do direito àquilo que está disposto na lei. Esta simplificação, contudo, leva a conceber a atividade judicial como mero serviço à lei, ou melhor, a sua exegese, que conduz a pura e simples busca pela vontade do legislador.

²⁷⁹ Ver, para tanto, POZZOLO, *Un constitucionalismo ambiguo*, op. cit., p. 189.

²⁸⁰ Id., *ibid.*, p. 192.

Nesse sentido, pode-se dizer que o neoconstitucionalismo, quando entendido como o modelo do Estado constitucional de direito, é o resultado da convergência de duas tradições constitucionais que, com frequência, caminharam separadas: de um lado, a tradição americana, alicerçada sobre as idéias de supremacia da Constituição e de garantia jurisdicional, para a qual a Constituição representa as regras do jogo, sobretudo no que diz respeito à competência social e política; de outro, a tradição francesa, construída a partir dos ideais democráticos e da necessidade de um novo projeto político, para a qual a Constituição significa o programa diretivo de ação e transformação social e política²⁸¹.

Constituições garantidoras, mas sem conteúdo normativo, ou Constituições com um denso conteúdo normativo, porém não garantidoras? O neoconstitucionalismo propõe-se a resolver tal dilema, apostando em uma conjugação de ambos os modelos: Constituições normativas, por conterem direitos e obrigações imediatamente exigíveis e aplicáveis, e, ao mesmo tempo, garantidoras, por preverem uma série de procedimentos judiciais para a proteção e efetivação desses direitos²⁸².

Dito de outro modo, o neoconstitucionalismo congrega, portanto, elementos de ambas as tradições constitucionais: forte conteúdo normativo e garantia constitucional, o que redundava em uma idéia de Constituição transformadora, que pretende condicionar as decisões da maioria, porém cujo papel principal não é mais exercido pelo legislador, e sim pelo juiz²⁸³.

Isso tudo porque, se o Estado liberal tem como protagonista o poder Legislativo, em face da institucionalização do triunfo da burguesia, e o Estado

²⁸¹ Cf. SANCHÍS, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, op. cit., p. 124-126. No mesmo sentido, ver ARIZA, *La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo*, op. cit., p. 240, para quem as características incorporadas pelas Constituições promulgadas nesta segunda metade do século XX apareceram separadamente no contexto histórico das revoluções constitucionais: de um lado, a revolução americana destaca a idéia de que o legislador está submetido à Constituição, mormente a partir da rigidez constitucional e do controle de constitucionalidade das leis, que passam a ser concebidos como autênticas garantias que apontam para a supremacia constitucional; de outro, a revolução francesa revela, fundamentalmente a visão de que a Constituição deve ser entendida como o projeto comum de uma determinada sociedade, eis que nela constam os fins e objetivos que o legislador deve alcançar.

²⁸² Cf. SANCHÍS, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, op. cit., p. 128-129.

²⁸³ Id., ibid., p. 126-127.

social exige a intervenção do poder Executivo, em razão da necessidade de realização de políticas públicas, é necessário reconhecer que o Estado constitucional de direito deposita no poder Judiciário os mecanismos capazes de assegurar as promessas incorporadas pelas novas Constituições²⁸⁴, na medida em que aos tribunais constitucionais é atribuído o papel de fiador dos direitos fundamentais e do regime democrático²⁸⁵.

Nesse contexto, é possível concluir que, se, de um lado, desde o final do século XVIII, o constitucionalismo liberal, cujas raízes encontram-se entrelaçadas com o final do *ancien regime*, o advento do Estado de direito e a solidificação do princípio da legalidade, acompanhou e, sobretudo, fortaleceu o paradigma teórico positivista²⁸⁶; de outro, a partir do segundo pós-guerra, esta aliança chegou ao final, com o desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo²⁸⁷.

Segundo Barberis²⁸⁸, o surgimento do neoconstitucionalismo coincide, de certo modo, com o ataque ao positivismo jurídico, visto que sua aparição no panorama filosófico-jurídico caracteriza-se por uma posição que mostra o principal traço distintivo do neoconstitucionalismo em relação ao positivismo jurídico e ao jusnaturalismo: a idéia de que o direito não se distingue necessária ou conceitualmente da moral, na medida em que incorpora princípios comuns a ambos.

Todavia, para se compreender adequadamente o modo como ocorre a transição do paradigma constitucionalista para o neoconstitucionalista – ou do modelo do Estado liberal de direito para o do Estado constitucional de direito –,

²⁸⁴ Cf. STRECK, *Jurisdição constitucional...*, *op. cit.*, p. 101-106.

²⁸⁵ Cf. SILVA, *Processo e ideologia*, *op. cit.*, p. 6 e 316.

²⁸⁶ Nesse sentido, ver POZZOLO, *Un constitucionalismo ambiguo*, *op. cit.*, p. 194.

²⁸⁷ Destaque-se, aqui, que Giovanni Sartori e Nicola Matteucci, mesmo que sob a velha bandeira do constitucionalismo, foram os primeiros a criticar a tradicional concepção positivista, ainda nos idos dos anos 60: o primeiro enfrentou o formalismo e a neutralidade típicas do positivismo, acusando-o de ignorar os problemas políticos destacados pelo constitucionalismo ao trata-los como meta-jurídicos; o segundo atacou o positivismo, mais especificamente a versão defendida por Bobbio na segunda metade dos anos 50, sobretudo por sua adesão ao ideal de neutralidade da ciência jurídica, considerado uma mera variante do legalismo ético (cf. BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 260-261).

²⁸⁸ Cf. BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 260.

é necessário levar em consideração um fenômeno que, até os anos 60, não havia se manifestado em toda a sua extensão: a constitucionalização dos ordenamentos jurídicos, através da qual houve uma verdadeira rematerialização do direito a partir da forte carga axiológica trazida pelo neoconstitucionalismo²⁸⁹.

Nesse sentido, Guastini²⁹⁰ entende que um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza, fundamentalmente, pela presença de uma Constituição invasora, isto é, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinal, a ação dos atores políticos e, ainda, as relações sociais.

O processo de *constitucionalização*, entretanto, depende diretamente das seguintes condições, na esteira do que afirma Guastini²⁹¹: (a) a existência de uma Constituição rígida, cujas normas não podem ser derogadas, modificadas ou abrogadas senão mediante os procedimentos especiais previstos para tanto; (b) a garantia jurisdicional da Constituição, através do controle de constitucionalidade das leis, nas suas mais variadas modalidades; (c) o caráter vinculante da Constituição, decorrente da força de seus princípios e normas programáticas; (d) uma sobreinterpretação das disposições constitucionais, em face da abertura imanente ao texto e da necessidade de interpretá-lo extensivamente, a fim de que possa regular qualquer aspecto da vida social e política; (e) a aplicação direta e imediata das normas constitucionais, condição diretamente ligada à prática dos juízes comuns; (f) a realização de uma interpretação da legislação ordinária conforme a Constituição, de modo que apenas o sentido constitucional das normas seja efetivamente aplicado, ao passo que os demais devem ser considerados inválidos e, conseqüentemente, declarados inconstitucionais; e (g) a influência direta da Constituição nas relações políticas, dependente de diversos elementos, como, por exemplo, o conteúdo do texto constitucional, a postura dos juízes e o papel dos órgãos constitucionais e dos atores políticos.

²⁸⁹ Ver, para tanto, BARBERIS, *op. cit.*, p. 262.

²⁹⁰ Cf. GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 49.

²⁹¹ Id., *ibid.*, p. 50-58.

Tal fenômeno, contudo, não se trata limita à mera substituição da lei pela Constituição. É necessária uma releitura de todo o sistema das fontes do direito em face de sua supremacia e efetiva aplicabilidade do texto constitucional, isto é, em face de sua normatividade impregnar todo o sistema, desde a lei até os mais singelos atos normativos municipais, de modo que nenhuma norma possa restar alheia aos mandados constitucionais²⁹².

Para Figueroa²⁹³, o fenômeno da constitucionalização dos sistemas jurídicos coloca em xeque o positivismo jurídico, em suas três acepções, na medida em que (a) a insustentabilidade técnica do direito, calcada no modelo de regras, e a insuficiência do modo de aplicação subsuntiva, baseado na lógica-dedutiva, inviabilizam o positivismo teórico; (b) a exclusão da existência de um dever de obediência ao direito impossibilita o positivismo ideológico; (c) a existência de uma relação conceitual necessária entre direito e moral invalida o positivismo metodológico.

Nessa linha, Comanducci²⁹⁴ propõe uma análise metateórica das formas de neoconstitucionalismo, a partir da tripartição apresentada por Bobbio: (I) o *neoconstitucionalismo teórico* pretende justificar os resultados do processo da constitucionalização, que provocou a transformação dos grandes sistemas jurídicos contemporâneos, na medida em que as modificações sofridas pelo objeto de investigação fizeram com que o positivismo teórico resultasse insustentável perante os atuais ordenamentos jurídicos; (II) o *neoconstitucionalismo ideológico*, em que pese distinto da ideologia constitucionalista – por priorizar a garantia os direitos fundamentais, deixando em segundo plano o objetivo da limitação do poder estatal –, aproxima-se do positivismo ideológico, tendo em vista que, com o restabelecimento da conexão entre direito e moral, defende a subsistência de uma obrigação moral de obedecer a Constituição e as leis com ela de acordo; (III) o *neoconstitucionalismo metodológico* sustenta a existência de uma conexão necessária, identificativa e/ou

²⁹² Cf. SANCHÍS, *Constitucionalismo y positivismo*, op. cit., p. 37.

²⁹³ Cf. FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 170-176.

²⁹⁴ Cf. COMANDUCCI, *Formas de (neo)constitucionalismo*, op. cit., p. 82-87.

justificativa, entre direito e moral, colocando em xeque a pretensão do positivismo metodológico de descrever o direito tal qual ele é, distinguindo-o daquele como deveria ser.

Na seqüência de suas ponderações, Comanducci²⁹⁵ desenvolve, também, algumas considerações críticas a respeito dos três tipos de neoconstitucionalismo apresentados: (I) o *neoconstitucionalismo teórico* pode ser entendido positivamente, visto que teoria do direito propugnada pelo neoconstitucionalismo parece apta para dar conta das transformações ocorridas na estrutura e no funcionamento dos sistemas jurídicos contemporâneos, desde que aceite apenas contingentemente a tese da conexão entre direito e moral, o que o compatibiliza com o positivismo metodológico e permite, inclusive, ser considerado seu filho legítimo; (II) o *neoconstitucionalismo ideológico*, além de sofrer todas as críticas inerentes ao positivismo ideológico, incorre na perigosa conseqüência da diminuição do grau de certeza do direito – ou, *a contrario sensu*, no aumento da indeterminação do direito –, derivada da técnica da ponderação dos princípios e da interpretação moral da Constituição; (III) o *neoconstitucionalismo metodológico*, por fim, deve ser rejeitado, na medida em que considera, primeiro, que os princípios são a ponte entre o direito e a moral e, segundo, que qualquer decisão jurídica, e em particular a decisão judicial, está justificada, em última instância, de uma norma moral.

A partir da análise de Comanducci, pode-se dividir a doutrina em dois grandes grupos: de um lado, aqueles que acreditam na compatibilidade entre o neoconstitucionalismo teórico e o positivismo metodológico; de outro, aqueles que rejeitam as três clássicas acepções positivistas, sustentando que o neoconstitucionalismo está por decretar a decadência e suplantando o positivismo

²⁹⁵ Id., *ibid.*, p. 87-98. Destaque-se, aqui, que a posição de Comanducci – no sentido de que a teoria do direito neoconstitucionalista resulta nada mais do que o positivismo jurídico dos nossos dias – é compartilhada com Luis Prieto Sanchís, Alfonso García Figuerola e Suzana Pozzolo. Na mesma linha, Ariza (*op. cit.*, p. 245) refere que muitos autores têm sustentado a possibilidade de um positivismo constitucionalista. Entretanto, para isso, oferecem diferentes interpretações que pretendem demonstrar que as ferramentas teóricas que utiliza o positivismo jurídico seguem sendo úteis e apropriadas no âmbito do Estado Constitucional de direito: positivismo crítico (Ferrajoli), positivismo corrigido (Peces-Barba), positivismo incluyente (Waluchow), positivismo brando (Hart), pós-positivismo (Calsamiglia), positivismo sofisticado (Shirner) e incorporacionismo (Coleman).

jurídico, na medida em que não subsistem a teoria, a ideologia e, tampouco, a metodologia.

Em síntese, pode-se afirmar – pelo menos no que se refere à teoria do direito – que o positivismo jurídico acompanhou a arquitetura institucional do Estado legalista de direito até o momento em que se revelou absolutamente inadequado para explicar o novo estado das coisas, isto é, o direito subjacente ao paradigma do Estado constitucional²⁹⁶.

1.3.2. A necessidade de uma nova teoria do direito

Nos últimos anos, vem crescendo, cada vez mais, a atenção que a teoria do direito tem dispensado às transformações experimentadas pelos sistemas jurídicos no seu trânsito do Estado de direito, sem maiores especificações, até o Estado constitucional de direito²⁹⁷.

Com efeito, o neoconstitucionalismo, entendido como o modelo do Estado constitucional de direito, reclama uma nova explicação, que lhe dê o necessário e adequado suporte jurídico e filosófico, afastando-se, assim, dos tradicionais esquemas do chamado positivismo teórico²⁹⁸.

Nesse sentido, Ariza²⁹⁹ afirma que o modelo jurídico do neoconstitucionalismo não pode ser afrontado desde uma perspectiva positivista que se mostra *antiquada* por haver surgido no contexto jurídico do antigo Estado liberal e *inadequada* para abordar um direito que incorporou numerosos estandartes de moralidade.

Isso porque o papel que cumprem os textos constitucionais nos atuais sistemas jurídicos chegou a condicionar intensamente o discurso filosófico-jurídico até o ponto de fundar nada menos que uma nova teoria do direito ainda

²⁹⁶ Ver, para tanto, POZZOLO, *Un constitucionalismo ambiguo*, op. cit., p. 190.

²⁹⁷ Cf. FIGUEROA, op. cit., p. 160.

²⁹⁸ Cf. SANCHÍS *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, op. cit., p. 131.

²⁹⁹ Cf. ARIZA, *La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo*, op. cit., p. 244-245.

por definir, cujo pressuposto seria o paradigma do modelo do Estado constitucional de direito³⁰⁰.

Nesse contexto, na esteira do que aduz Sanchís³⁰¹, é possível afirmar que o *neoconstitucionalismo* estaria impulsionando a construção de uma nova teoria do direito – que colide frontalmente com os ideais do positivismo jurídico –, cujas principais características seriam: (a) mais princípios do que regras; (b) mais ponderação do que subsunção; (c) a onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, no lugar de espaços isentos em favor da opção legislativa ou regulamentadora; (d) a onipotência judicial no lugar da autonomia do legislador ordinário; e, por último, (e) a coexistência de uma constelação plural de valores, às vezes tendencialmente contraditórios, no lugar da homogeneidade ideológica relacionada a um conjunto de princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, das sucessivas opções legislativas.

Dito de outra maneira, considerando que a teoria do direito tem como função explicar ou descrever os traços caracterizadores e o modo de funcionamento dos sistemas jurídico, a transformação provocada nas últimas décadas em razão do neoconstitucionalismo exige novas formulações teóricas e, portanto, a revisão de toda a herança positivista – especialmente em relação à teoria das fontes do direito, que supere o legalismo; à teoria da norma jurídica, que considere a presença dos princípios; e à teoria da interpretação, que rejeite o mecanicismo e o decisionismo – que se forjou à vista de realidades distintas³⁰².

De outra banda, alguns autores mais críticos referem que, com o neoconstitucionalismo, surge também um novo modo de contemplar o direito, marcado por estabelecer, entre outras coisas, a desconfiguração da histórica contraposição entre jusnaturalismo e positivismo jurídico³⁰³, tendo em vista que os tradicionais aparatos teórico e metodológico não seriam adequados para dar

³⁰⁰ Cf. FIGUEROA, *op. cit.*, p. 160.

³⁰¹ Cf. SANCHÍS, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial, op. cit.*, p. 131-132; e, ainda, *id. Constitucionalismo y positivismo, op. cit.*, p. 16.

³⁰² Ver, para tanto, SANCHÍS, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial, op. cit.*, p. 136 e 158.

³⁰³ Cf. FIGUEROA, *op. cit.*, p. 161.

conta das mudanças levadas a cabo pelo neoconstitucionalismo: uma vez modificado o objeto, não apenas a teoria, mas também a própria metodologia, deveria ser modificada³⁰⁴.

Com o neoconstitucionalismo, passa-se imediatamente a questionar a imparcialidade da ciência jurídica e, sobretudo, o caráter científico da sua descrição. Isso ocorre, além da inevitável intervenção do sujeito, pelas características que reúne o novo objeto de estudo, isto é, o direito a que se refere o Estado contemporâneo³⁰⁵.

Com efeito, desde o momento em que alguns estandartes de moralidade adquiriam a condição jurídica através das Constituições, a tarefa de determinar o que diz o direito não pode mais ser entendida como uma atividade totalmente científica e/ou objetiva, tendo em vista que, agora, entram em jogo a moral e os valores³⁰⁶.

Assim sendo, pode-se dizer que o modelo de ciência jurídica exigido pelo neoconstitucionalismo também se contrapõe, em certa medida, àquele que vem sendo defendido e sustentado pelo positivismo jurídico. Contra o distanciamento do ponto de vista externo, a neutralidade e a função descritiva, opõe-se um modelo segundo o qual as principais características de que se predicam a ciência jurídica costumam ser o compromisso com a adoção do ponto de vista interno, a iniludível intervenção dos juízos de valor na análise do direito

³⁰⁴ Em sentido contrário, Pozzolo (*Un constitucionalismo ambiguo, op. cit.*, p. 194) sustenta que a contraposição entre positivismo e neoconstitucionalismo não parece basear-se tanto sobre a relevância de uma diferença estrutural do objeto estudado – seja o ordenamento jurídico do Estado legalista, seja o ordenamento jurídico do Estado constitucional –, mas sim a teoria do direito e suas tarefas próprias de um e de outro.

³⁰⁵ Cumpre referir, nesse sentido, a posição assumida por Ariza (*op. cit.*, p. 250-251), para quem “ciertamente, un mínimo denominador de las teorías neoconstitucionalistas suele ser la insistência en la necesidad de superar un modelo que establezca que la ciencia jurídica debe ocuparse exclusivamente de describir el derecho. Si se defiende que la ciencia jurídica debe limitarse a describir es porque esta función constituye una actividad neutral que permite, por tanto, un conocimiento perfectamente científico de un derecho que es concebido como un producto social terminado, del que cabe dar noticia mediante enunciados que pueden ser verdaderos o falso. No voy a entrar en los problemas que conlleva la epistemología que se esconde detrás de esta concepción que hace de la descripción la única competencia de la actividad científica. Sólo quiero apuntar que comprender la tarea cognoscitiva como la mera contemplación de lo existente sin ningún tipo de intervención y condicionamiento (sobre todo en el ámbito de las ciencias sociales) expresa una excesiva confianza en una concepción empírica que, como han puesto de relieve numerosos autores, resulta difícilmente sostenible desde un punto de vista epistemológico”.

³⁰⁶ Cf. ARIZA, *La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo, op. cit.*, p. 252.

e a prioridade do caráter prático da ciência jurídica quando da sua apresentação como um estudo de caráter científico³⁰⁷.

Desse modo, poder-se-ia dizer que, de certa forma, o positivismo jurídico perdeu aquela que seria a sua principal função – a correta descrição do direito positivo –, na medida em que expulsou de seu horizonte de análise os valores éticos, tornando-se obsoleto para o novo paradigma do neoconstitucionalismo, que propõe um modelo teórico para a explicação e descrição do direito do Estado constitucional, caracterizado por negar a tese positivista da separação conceitual entre direito e moral³⁰⁸.

Nesse contexto, a crítica do positivismo tem atuado como uma saudável revolução de um conhecimento jurídico e de uma prática forense excessivamente formalistas, auto-suficientes, alicerçados ainda em um modelo de Estado liberal de direito e, sobretudo, afastados tanto das demais ciências sociais como da filosofia moral³⁰⁹.

Ademais, não é possível discordar de Figueroa³¹⁰ quando ele refere que a constitucionalização do ordenamento jurídico não se limitou a transformar o direito, senão que se predica também do estilo de pensamento dos juristas e teóricos do direito. A constitucionalização do pensamento jurídico foi o que deu lugar ao neoconstitucionalismo e, conseqüentemente, ao conjunto de teorias que tem proporcionado uma cobertura teórico-filosófica, em termos notadamente anti-positivistas.

Dito de outro modo, tudo indica que as inovações levadas a cabo pelo Estado constitucional ocasionaram no direito – e, conseqüentemente, na maneira própria maneira de estudá-lo – a presença de um novo paradigma (com toda a

³⁰⁷ Id., *ibid.*, p. 245.

³⁰⁸ Ver, para tanto, POZZOLO, *Un constitucionalismo ambiguo*, *op. cit.*, p. 188-191. Nesse sentido, ver, ainda, SANCHÍS, *Constitucionalismo y positivismo*, *op. cit.*, p. 63, para quem a relação entre direito e moral é um tema chave para a filosofia jurídica da segunda metade do século XX. O jurista do Estado constitucional deve reconhecer os conteúdos morais que recorrem nos textos constitucionais mais modernos e que supõe – junto com sua origem contratualista – uma obrigação moral de obediência, ao menos uma obrigação *prima facie*.

³⁰⁹ Cf. SANCHÍS, *Constitucionalismo y positivismo*, *op. cit.*, p. 93.

³¹⁰ Cf. FIGUEROA, *op. cit.*, p. 164-165.

força kuhniana do termo) que se poderia denominar paradigma neoconstitucionalista³¹¹.

Com efeito, as teorias do direito que se ocupam de estudar e explicar esse novo modelo jurídico se caracterizam, normalmente, por seu ecletismo, sobretudo no que se refere às bases filosóficas às quais costumam aderir – analítica ou hermenêutica.

Ao fim e ao cabo, pode-se afirmar que, sob uma perspectiva geral, essa nova idéia de direito parece exigir uma profunda renovação filosófica, tendo em vista as inúmeras concepções jurídicas com as quais ela opera, atualmente, na prática. Coloca-se em questão, portanto, aquilo que está por baixo da dogmática jurídica e, até mesmo, da teoria do direito: o modo como se organiza e estrutura o pensamento jurídico contemporâneo, isto é, a forma como se lida com as questões da interpretação, aplicação e fundamentação, herdadas do positivismo jurídico e da filosofia da consciência, que já não encontram justificação e, portanto, não subsistem no presente³¹².

1.3.3. Em busca daquilo que se tem denominado paradigma pós-positivista

O positivismo jurídico cumpriu, ao longo dos últimos dois séculos, a importantíssima tarefa, manifestamente histórica, de recolocar, no campo da visão, o aspecto *existencial* do direito, isto é, o seu caráter *positivo*³¹³.

Todavia, ao incorporar os ideais da certeza e da previsibilidade, através do uso do conceito de validade formal das normas, o positivismo jurídico passou a ser considerado como o modelo do império da lei, na medida em que reconhece o direito como um sistema fechado no qual gravitam os conceitos jurídicos. A conseqüência disso foi a criação – conhecida de todos – daquele que se conhece por *mundo jurídico*, um mundo abstrato, avalorativo, a-histórico, a-

³¹¹ Cf. ARIZA, *La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo*, op. cit., p. 246.

³¹² Ver, para tanto, ZAGREBELSKY, *Derecho dúctil*, op. cit., p. 9-10.

³¹³ Cf. KAUFMANN; HASSEMER, op. cit., p. 31.

crítico e, acima de tudo, descolado do mundo da vida, ou, como é chamado pelo próprio positivismo, *mundo dos fatos*. Da mesma forma como o positivismo empírico perdeu de vista a norma, o positivismo normativista isolou-se da realidade, perpetuando aquele que é um dos problemas mais prementes da teoria e filosofia jurídica contemporânea: a relação entre *forma e matéria*, ou, melhor, entre *como* e o *quê*³¹⁴.

Nesse contexto, o entendimento de que o conteúdo do direito não desempenha papel nenhum e, conseqüentemente, de que todo e qualquer conteúdo, inclusive o direito injusto, pode ser direito – uma das teses centrais do positivismo jurídico³¹⁵ – alimentou a interminável discussão a respeito da sua contribuição para a consolidação dos regimes (jurídicos) totalitários e resultou no primeiro grande debate sobre o positivismo jurídico, que marcou o início da decadência positivista, a partir do renascimento da doutrina do direito natural, com Gustav Radbruch, após o fim da Segunda Guerra Mundial³¹⁶.

Dito de outro modo, após a terrível experiência totalitária e o abuso do direito causado pelo pensamento positivista extremo do século passado, estabeleceu-se a missão de descobrir algo de *indisponível*, capaz de acabar com a arbitrariedade e colocar a interpretação do direito dentro de limites. Isso, contudo, não deve ser procurado num abstrato *firmamento de valores*, mas, sim, na própria realidade jurídica³¹⁷.

Entretanto, não se pode olvidar que, nesta quadra da história, não é mais possível contrapor o jusnaturalismo a alguma teoria positivista ou pós-positivista, isto é, não há mais espaço para a doutrina do direito natural³¹⁸.

³¹⁴ Id., *ibid.*, p. 182.

³¹⁵ Nesse sentido, antes de modificar a sua teoria da validade da norma (*id.*, *ibid.*, p. 180-181), Kelsen afirma que *todo e qualquer conteúdo pode ser direito* (cf. *Teoria pura do direito*, *op. cit.*, p. 221), o que significa dizer que qualquer conduta humana pode ser conteúdo de uma norma jurídica e que, de outro lado, uma norma também pode ter um conteúdo absurdo.

³¹⁶ Ver, para tanto, HIERRO, *op. cit.*, p. 288.

³¹⁷ Cf. KAUFMANN; HASSEMER, *op. cit.*, p. 31.

³¹⁸ Nesse sentido, ver STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos (2004)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 157.

Isso tudo porque, se, de um lado, a doutrina do direito natural, racionalista evidentemente, e o positivismo legalista distinguem-se do ponto de vista da ontologia subjacente, ligada à concepção sobre a razão de ser, a validade do direito³¹⁹; de outro, igualam-se do ponto de vista teórico e metodológico, na medida em que estes não se diferenciam no que se refere à compreensão do processo de determinação do direito: segundo o jusnaturalismo racionalista, as normas jurídicas positivas podem ser deduzidas de princípios ético-jurídicos absolutos e, a partir delas, as concretas decisões jurídicas; já para o positivismo normativista, as decisões jurídicas concretas podem ser alcançadas, com a ajuda das diretivas do legislador, de forma puramente dedutiva, isto é, de modo estritamente lógico, sem qualquer consideração da experiência³²⁰.

Segundo Kaufmann³²¹, a história demonstra que tanto a doutrina do direito natural, em suas mais variadas concepções, como a do positivismo jurídico falharam: a primeira porque, em que pese poder funcionar em sociedades com estruturas simples, é insuficiente e inadequada aos sistemas jurídicos marcados pela complexidade das relações sociais, econômicas e políticas da alta modernidade; o segundo porque, muito embora tenha produzido e embasado as principais obras legislativas dos últimos séculos, com a substituição da idéia de legitimidade pela idéia de legalidade, o conceito de lei puramente formal fracassou, a partir do momento em que *leis ignominosas* deixaram de ser exemplos acadêmicos, tornando-se realidade.

Observa-se, assim, que o positivismo jurídico, do mesmo modo como o fizeram as doutrinas do direito natural, continua a pensar metafisicamente o direito, o que se percebe nitidamente a partir do modo como ele lida com a tríplice questão da filosofia *no* direito. Se, de um lado, o positivismo jurídico busca superar, cientificamente, o caráter metafísico que perpassa a concepção

³¹⁹ Destaque-se, aqui, que o jusnaturalismo volta-se à natureza do homem, predeterminada e imitável, ao passo que o juspositivismo preocupa-se com a contingente *vontade do legislador*, desvinculada de qualquer ordem natural previamente subsistente.

³²⁰ Cf. KAUFMANN, *op. cit.*, p. 48-49, para quem: “o que se nos exige é a limitação da arbitrariedade na feitura e aplicação da lei. Para tal, não existe uma resposta satisfatória, enquanto se insistir na alternativa: ou direito natural ou positivismo, *tertium no datur*”.

³²¹ *Id.*, *ibid.*, p. 46.

jusnaturalista; de outro, paradoxalmente, ele ainda permanece atrelado a um modo de pensar metafisicamente o direito, isto é, ele continua refém de um modo de aplicar e/ou fundamentar metafisicamente o direito, na medida em que está calcado no paradigma da filosofia da consciência³²².

Com efeito, o positivismo jurídico ainda não conseguiu aceitar o giro interpretativo ocorrido no interior da filosofia da linguagem que trouxe à luz a importância do papel dos juízes e da cultura jurídica na atribuição de sentido e significado das regras, que, por si mesmas, são compatíveis com um número infinito de indiferentes interpretações³²³.

Assim sendo, pode-se dizer que uma das conseqüências da *eclipse do positivismo jurídico*³²⁴ é que este já não cumpre adequadamente o papel de uma teoria oficial que pode ser utilizada para justificar a realidade e a importância do conhecimento jurídico³²⁵.

³²² Nessa mesma direção, ver GRAU, *O direito posto, o direito pressuposto e a doutrina efetiva do direito...*, op. cit., p. 35-36.

³²³ Ver, nesse sentido, CAMPBELL, op. cit., p. 304, para quem a desfunção do significado literal anda de mãos dadas com a morte anunciada do positivismo jurídico.

³²⁴ Id., ibid., p. 305. No mesmo sentido, ver GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros: 2005, p. 30-36, para quem, muito embora o formalismo e o positivismo tenham marcado metodologicamente o pensamento jurídico moderno, é necessário reconhecer as seguintes insuficiências positivistas: *em primeiro lugar*, a impossibilidade de admitir lacunas e, ao se deparar com elas, não apresentar soluções materiais, de modo que sua integração se dá à margem do pensamento jurídico; *em segundo lugar*, as dificuldades de explicar os chamados conceitos indeterminados, as normas penais em branco e as proposições sem valoração, ocasionando a discricionariedade, que se transforma em arbítrio do juiz; *em terceiro lugar*, a inoperância quando exsurtem conflitos entre princípios, ocasião em que a única alternativa é negá-los ou ignorá-los, remetendo sua solução à discricionariedade judicial; e, por fim, *em quarto lugar*, a insuficiência relativa ao tratamento da questão da legitimidade do direito, visto que o lugar positivista da legitimidade é assegurado pela legalidade.

³²⁵ Cf. BARZOTTO, op. cit., p. 646: "Em termos ontológicos, a definição positivista do direito como sistema de normas postas por atos de vontade levanta o problema da fundamentação, da legitimidade do direito. Neste sentido, a norma fundamental é a representação mais lúcida da situação trágica do direito moderno. Ela é o fundamento de um direito sem fundamento (Alfonso Catania). Em termos epistemológicos, como a sociologia da dominação burocrática, ela apenas estabelece padrões, uma vez que é a efetividade, e não a validade, que confere caráter científico à descrição do jurista. Neste sentido, o positivismo revela-se como tentativa de controlar a burocracia que ele mesmo demonstra ser incontrolável. Como axiologia jurídica, o positivismo representa a tentativa de fornecer segurança a um mundo em que a presença do outro gera insegurança. O direito, que para os clássicos só faz sentido a partir da alteridade, da presença do outro, agora passa a ver a presença do outros como uma ameaça aos meus interesses". Na mesma linha, consultar SOUZA CRUZ, *Jurisdição constitucional democrática*, op. cit., p. 194-195, nota 2, para quem o positivismo não consegue responder ao problema relativo à fundamentação e adequação das decisões seletivas inevitáveis: "o positivismo aborda superficialmente esse problema e analisa suas conseqüências como sintomas de uma imprecisão inevitável de formulação da linguagem coloquial. Hart pensa que a carência interpretacional das normas jurídicas é resultado da estrutura aberta das linguagens naturais e chega a uma conclusão decisoinista. Na proporção em que o direito vigente não é suficiente para a determinação precisa de um estado de coisas, o juiz deve decidir conforme seu próprio arbítrio. O juiz preenche o seu espaço de arbítrio através de preferências não fundamentáveis e às vezes orienta suas decisões por padrões morais, que não são mais cobertos pela autoridade do direito".

Segundo Calsamiglia³²⁶, a herança da filosofia e teoria do direito tradicionais parece absolutamente inadequada para resolver os problemas que se colocam na atualidade em decorrência da crise de paradigma do direito, que obriga os juristas a saírem do isolamento (filosófico) que eles mesmos criaram nos últimos séculos³²⁷.

Adotando a mesma linha crítica, após elencar as características³²⁸ do positivismo jurídico enquanto epistemologia do conhecimento jurídico da modernidade, Galuppo indaga: *em que medida esta epistemologia é adequada para o conhecimento jurídico no final do milênio?*³²⁹; destaca que *em poucos ramos do conhecimento um paradigma científico é tão importante e tão majoritariamente adotado quanto o positivismo na ciência jurídica*; e, ao fim, responde que, *paradoxalmente, nenhum paradigma mostrou-se tão pouco adequado a um determinado ramo do conhecimento quanto o positivismo em relação ao direito*³³⁰.

Isso porque, alerta Kaufmann, a velha concepção - metafísica - substantivo-ontológica e objetificadora do direito não mais subsiste: *o direito não é um “objeto” como as árvores e as casas. O direito é, pelo contrário, a estrutura das relações nas quais os homens estão uns perante os outros e perante as coisas*³³¹.

³²⁶ Cf. CALSAMIGLIA, *Problemas abiertos...*, *op. cit.*, p. 43.

³²⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 44. Para Calsamiglia, é certo que as escolas normativistas têm realizado um trabalho estimável de construção de uma teoria descritiva das normas, mas não parece seja exagerado afirmar que essas escolas - aquelas que reduziam o direito ao seu aspecto normativo - estejam em franco período de dissolução. No mesmo sentido, ver SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Habermas e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 237, que conclui que, de há muito, o *habitus* positivista dominante perdeu seu vigor no âmbito científico, de modo que sua reprodução somente se explica em face dos elementos culturais do mundo da vida transcendental, em que se inclui, sobretudo, a falta de qualidade dos centros acadêmicos.

³²⁸ Segundo Galuppo (*op. cit.*, p. 198-200), quatro seriam as notáveis características do positivismo jurídico enquanto epistemologia do conhecimento jurídico da modernidade: (a) a ficção de que o objeto do conhecimento jurídico - a lei - é auto-existente, ao invés de ter sido criado pelo homem, e por isto pode ser conhecido, controlado e dominado pelo cientista, da mesma forma como fazem os biólogos em relação à natureza; (b) a neutralidade do cientista, cuja função se limita apenas a observar e descrever o ordenamento jurídico, e não a avaliá-lo a partir da moral e de critérios subjetivos de justiça; (c) o compromisso metodológico da ciência do direito com a adoção do modelo das ciências naturais em construir um conhecimento objetivo acerca do ordenamento jurídico; (d) o raciocínio tipicamente sistemático, através do qual o ordenamento jurídico é concebido como um conjunto de prescrições harmônicas entre si, que regulam de forma completa a vida humana.

³²⁹ *Id.*, *ibid.*, p. 200.

³³⁰ *Id.*, *ibid.*, p. 202.

³³¹ Cf. KAUFMANN; HASSEMENER, *op. cit.*, p. 42-43, para quem “também é errado diluir tudo no subjetivo e, em última análise, funcional, negando todo o *ontológico* (indisponível). Deste modo, surge o perigo do direito estar inteiramente à disposição do legislador. Ambas as posturas - a objetivista e a subjetivista - são reféns do *esquema sujeito-objeto* (sujeito e objeto permanecem separados no conhecimento), ainda que com sinal contrário. Este esquema é, hoje, posto em causa nas próprias ciências

Não é à toa que, atualmente, invocam-se as expressões *ruptura e transição* de paradigmas sempre que se quer referir e/ou localizar o pensamento contemporâneo. Isso se dá porque, de certa maneira, o homem termina o século XX e inicia o século XXI em pleno limiar³³²: de um lado, o final do fracasso do ambicioso projeto racionalista moderno, que se esgotou em si mesmo, na medida em que seus limites foram alcançados com o êxito da sua própria técnica e lógica da dominação³³³; de outro, um novo início com a necessidade de construção de um novo projeto a partir de um novo paradigma filosófico que transcenda a mera racionalidade e dê conta da condição humana³³⁴.

Segundo Galuppo³³⁵, as respostas às insuficiências positivistas constatadas no transcorrer do século passado apontam na direção de uma nova maneira de se encarar o conhecimento jurídico, denominada, na falta de uma melhor designação, *pós-positivismo*.

Em linhas gerais, o pós-positivismo deve ser entendido como o paradigma, no âmbito da teoria do direito, que contesta as insuficiências, aporias

naturais, mas, pelo menos, não é adequado às ciências hermenêuticas (da compreensão). Ele tem de dar lugar a um *pensamento pessoal*".

³³² Cf. PRIGOGINE, Ilya; STENGERS, Isabelle. Limiar. In: ENCICLOPÉDIA EINAUDI. *Sistema*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1993. v. 26, p. 83: o limiar é o ponto de passagem que, simultaneamente, separe e une dois pontos. Ele só se define espacialmente por aquilo que ele não é e, ao instaurar um contínuo, assume, por seu caráter relacional e duplicidade direcional, um estatuto ontológico. No mesmo sentido, ver PINO, Dino del. Do limiar: estudo introdutório. In: PINO, Dino del (Org.). *Semiótica: olhares*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000, p. 97, para quem, tendo sua origem no termo latino *limen, liminis*, o vocábulo limiar significa, espacialmente, *porta, soleira da porta*; e, temporalmente, o *início* ou o *começo* de algo. Desta forma, o termo designa *lugares de trânsito ou de passagem, interstícios, e quaisquer formas de descontinuidade, ontológicas ou funcionais, mais ou menos duradouras, mas que se manifestam sempre por alterações no plano espacial e por tensão entre direções opostas*.

³³³ Entre as fissuras ocorridas nas bases do paradigma moderno, a primeira foi provocada pela elaboração da teoria da relatividade, de Einstein, que formulou o conceito unitário de espaço-tempo, contrapondo-se à concepção de espaço e tempo como entidades independentes e absolutas; a segunda decorre da mecânica quântica, mais especificamente dos estudos de Bohr e do princípio da incerteza de Heisenberg, que demonstra a interferência estrutural do sujeito no objeto observado; a terceira advém dos teoremas da incompletude e sobre a impossibilidade, de Gödel, com os quais demonstra que as regras da lógica matemática não excluem a formulação de proposições indecidíveis; a quarta exsurge com os avanços da microfísica, da química e da biologia, como, por exemplo, o princípio da ordem através de flutuações, de Prigogine, através do qual se infere que a irreversibilidade nos sistemas abertos significa que estes são produto da sua história (cf. SANTOS, *op. cit.*, p. 24-28).

³³⁴ Cf. STEIN, Ernildo. *Epistemologia e crítica da modernidade*. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 29, para quem existe uma sucessão de momentos da história que não são apenas exteriores e formais, mas que têm conteúdo e substância. Heidegger chamará estes momentos de *princípios epocais*, de modo que cada época teve um princípio a partir do qual se determinava o que era arte, religião, moral, ciência, etc. Com o fim da modernidade, o que se verifica é que, pela primeira vez, vive-se uma situação na qual não se tem mais um princípio único definidor destas instâncias da cultura e da história humana. E mais: sequer se sabe como se faz esta passagem da modernidade para um outro começo, porque, afinal de contas, o homem desta virada de século ainda é um ser de dois mundos.

e limitações do positivismo jurídico, verificadas na ideologia jurídica herdada do século XIX³³⁶. Muito embora a expressão *pós-positivista* possa parecer genérica, do ponto de vista terminológico, e até mesmo controversa, visto que sua utilização não é pacífica nem entre os autores que defendem as suas teses axiais, é possível verificar a existência de um movimento em cujos primeiros passos pode ser observada uma série de afinidades e tendências comuns, mormente a partir das obras daqueles pretendem construir uma nova concepção do direito contemporâneo³³⁷.

Dito de outro modo, o mais importante é que o termo *pós-positivista*, quando empregado para designar a configuração contemporânea do pensamento jurídico, implica, necessariamente, uma ruptura com a compressão tradicional do direito legatária do positivismo jurídico³³⁸.

Nesse mesmo sentido, o entendimento de Calsamiglia³³⁹, para quem, não obstante a dificuldade de se apresentar um panorama das teorias pós-positivistas, em face da necessidade de um critério suficientemente claro e preciso capaz de estabelecer o que é o positivismo e em que ele se difere do pós-positivismo, só pode ser considerado *pós-positivista* aquele que ataca alguma das teses centrais do positivismo jurídico: a teoria das fontes sociais do direito e a teoria da separação entre direito, moral e política³⁴⁰.

³³⁵ Cf. GALUPPO, *op. cit.*, p. 202.

³³⁶ Ver, para tanto, DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antônio Cavalcanti. Pós-positivismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 650.

³³⁷ Id., *ibid.*, p. 650: "Para alguns, o pós-positivismo pode ser descrito como uma espécie de terceira via aos paradigmas positivista e jusnaturalista, sem incorrer nos reducionismos e aporias nos quais estes desembocaram historicamente; para outros, seria uma *nova geração* do positivismo jurídico mitigado pelo peso da principiologia jurídica; e, ainda, para terceiros, o pós-positivismo não passaria de mais uma variante fraca do jusnaturalismo, uma fase ulterior na milenar trajetória da teoria do direito natural".

³³⁸ Id., *ibid.*, p. 650-651.

³³⁹ Cf. CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 21-I, p. 209-220, 1998, p. 209.

³⁴⁰ Não se pode olvidar, entretanto, que essas teses têm sofrido modificações importantes no núcleo do positivismo jurídico mais contemporâneo. Em um certo sentido, a teoria jurídica atual pode se denominar pós-positivista precisamente porque muitos dos ensinamentos do positivismo têm sido aceitados, o que nos faz, hoje, em um certo sentido, todos positivistas. Em outras palavras, o pós-positivismo seria herdeiro do positivismo, na medida em que desloca ría seu centro de atenção para problemas que sugerem uma retificação ou matização de algumas de suas teses mais importantes: a indeterminação do direito e a conexão entre direito e moral estão na agenda prioritária da reflexão atual (cf. CALSAMIGLIA, *Postpositivismo, op. cit.*, p. 209 e 218).

Todavia, ressalva o jusfilósofo espanhol, falar de pós-positivismo não significa adotar uma posição anti-positivista, mas, ao contrário, propor uma superação desta *démarche* teórica em busca de uma compreensão mais afinada do direito, capaz de corresponder e acompanhar o estágio em que se encontra o pensamento filosófico contemporâneo, que sustenta o discurso jurídico.

Assim sendo, convém destacar que, se, de um lado, houve contribuições substanciais dos juristas filiados ao positivismo jurídico à inteligência da estrutura da norma jurídica, sobretudo no que se refere à preocupação com a clareza, a certeza e a objetividade atreladas à idéia de segurança jurídica; de outro, assumir uma postura pós-positivista não significa defender, como por vezes é referido, um retorno às posições jusnaturalistas devedoras de concepções incompatíveis com o atual estágio de compreensão dos fenômenos jurídico³⁴¹.

Nesse contexto, Diniz e Maia³⁴² caracterizam esse novo quadro teórico pós-positivista através dos seguintes aspectos: (a) *o deslocamento de agenda de problemas*, que aponta para três eixos – a estrutura lógica das normas e do ordenamento jurídico, a relevância crucial da dimensão argumentativa na compreensão do funcionamento do direito nas sociedades democráticas contemporâneas e a reflexão aprofundada sobre o papel desempenhado pela hermenêutica jurídica –, voltando-se para questões como, por exemplo, a validade da norma fundamental ou o *test do pedigree*; (b) *o surgimento e a importância dos casos difíceis*, que exigem uma mudança no foco de interesse dos teóricos em direção a situações que escapam ao ordenamento jurídico entendido exclusivamente como um sistema de regras, seja em face de uma antinomia de normas, seja em face da existência de uma lacuna legal; (c) *o “abrandamento” da dicotomia descrição/prescrição*, através do qual se lança pontes entre a teoria e a prática, municiando os operadores do direito com instrumentos capazes de conduzi-los a respostas pertinentes para os problemas jurídicos, bem fundadas e, ao mesmo tempo, verificáveis e, na medida do possível, objetivamente controláveis; (d) *a busca de um lugar teórico para além do jusnaturalismo e do*

³⁴¹ Cf. DINIZ; MAIA, *op. cit.*, p. 651.

³⁴² Id., *ibid.*, p. 650.

positivismo jurídico, cruzada iniciada por Dworkin e aderida, em outro sentido, por Alexy, autores cujas idéias perfilam uma terceira via, superadora dos paradigmas justeóricos até então existentes; (e) *o papel dos princípios na resolução dos casos difíceis*, cuja centralidade é reabilitada nos domínios da interpretação judicial, tendo em vista a proclamação de sua eficácia normativa a partir da idéia de que são normas-primárias de todo o sistema jurídico, através das quais é possível rearticular o direito com a moral.

A essas características é necessário agregar aquela que, talvez, possa ser considerada a mais fundamental delas e que deve marcar, obrigatoriamente, todas as teorias que pretendam, efetivamente, ser pós-positivistas: a necessidade de repensar a tríplice questão ligada à filosofia *no* direito, isto é, as condições de possibilidade de qualquer teoria jurídica pós-positivista, tendo em vista que o modo como o positivismo jurídico lida com a interpretação, a aplicação e a fundamentação ainda permanece atrelado às diretrizes da metafísica moderna, mais especificamente ao paradigma epistemológico da filosofia da consciência.

Desse modo, fica evidente que, ao fim e ao cabo, é necessário mais do que nunca, elaborar um novo modelo teórico para o direito³⁴³. Contudo, esse novo modelo deve ser capaz de pensar pós-metafisicamente o fenômeno jurídico. Esse é o desafio que se coloca no cenário neoconstitucionalista e ao qual aderem importantes juristas, na tentativa de construir um paradigma de racionalidade pós-positivista, capaz de fornecer o suporte necessário para o desenvolvimento das novas teorias do direito contemporâneo, dentre as quais se destacam³⁴⁴: a

³⁴³ Segundo Wolkmer (*Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 18), a teoria jurídica crítica pode ser definida como a formulação teórico-prática que se revela sob a forma do exercício reflexivo capaz de questionar e de romper com o que está disciplinarmente ordenado e oficialmente consagrado no conhecimento, no discurso e no comportamento de determinada formação social, isto é, como uma possibilidade de conceber e operacionalizar outras formas diferenciadas, não repressivas e emancipadoras, de prática jurídica. Contudo, merece destaque, aqui, a pertinente observação de Warat e Pepe (*op. cit.*, p. 79-80) no sentido de que, hoje, existe quase que um consenso entre os adeptos da chamada *teoria crítica do direito* - Michel Miaille, Roberto Lyra Filho, Luis Alberto Warat, Luiz Fernando Coelho, entre outros tantos - de que não se produziu, de fato, nenhuma teoria crítica, mas sim uma crítica às teorias jurídicas hegemônicas - principalmente ao positivismo jurídico -, sem que houvesse um verdadeiro discurso teórico, marcado pela coerência, precisão, regras de derivação lógica, não-contradição entre os enunciados, enfim, tudo aquilo que o cientificismo diz que é preciso para ser uma teoria. Em síntese: *o que se chama de teoria crítica é tão-somente um conjunto de abalos e cumplicidades contra as teorias jurídicas dominantes* (id., *ibid.*, p. 49).

³⁴⁴ Cf. KAUFMANN, *op. cit.*, p. 59-79.

filosofia jurídica, de Gustav Radbruch; a teoria estruturante, de Friedrich Muller; a teoria dos *General Principles of Law*, de Ronald Dworkin; a teoria da argumentação jurídica, de Robert Alexy; a teoria autopoietica do direito, de Niklas Luhmann e Gunther Teubner; os *Critical Legal Studies*, de Robert Unger; e, especialmente, a teoria discursiva do direito, de Jürgen Habermas, sobre a qual se dedicará o próximo capítulo.

CAPÍTULO 2

HABERMAS E A TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO: EM BUSCA DE UMA LEGITIMAÇÃO PÓS-METAFÍSICA PARA OS SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÂNEOS

Pensar o direito no século XXI – o que implica pensar a teoria do direito a partir da filosofia *no* direito, conforme já referido aqui – é tarefa que exige, inevitavelmente, conhecer a teoria discursiva do direito e, em alguma medida, levar em consideração as propostas resultantes do projeto desenvolvido por Jürgen Habermas, em busca de uma legitimação pós-metafísica para os sistemas jurídicos contemporâneos.

Contudo, apresentar o pensamento – mesmo que de modo preliminar, superficial e resumido – de um autor da grandeza e complexidade de Habermas é tarefa que exige, no mínimo, uma grande cautela, caso não se queira incorrer em equívocos substanciais e, conseqüentemente, colocar em xeque a análise que até então vem se desenvolvendo.

Dessa maneira, visando a facilitar a exposição e a compreensão, optou-se por dividir, metodologicamente, o presente capítulo em quatro grandes blocos, uma vez que se entendeu conveniente contextualizar historicamente o pensamento de Habermas, bem como de seu projeto epistemológico (2.1), antes de se abordar, propriamente, a tríplice questão imanente à filosofia *no* direito – a questão da interpretação (2.2), a questão da fundamentação (2.3) e a questão da aplicação (2.4) – sob a ótica do paradigma de racionalidade habermasiano.

2.1. UMA APROXIMAÇÃO AO PENSAMENTO HABERMASIANO

Tendo em vista o fato de que não é possível estudar o pensamento habermasiano através exclusivamente de uma ou outra obra e, ao mesmo tempo,

a ciência de que não há como esgotar toda a sua produção teórica, o que tampouco é o objetivo desta dissertação, esta introdução – que contém todas as dificuldades que um intruso enfrenta ao se movimentar no campo da filosofia – tem como finalidade apenas possibilitar a contextualização do autor, sua visão de mundo, algumas de suas principais premissas, etc.

Para tanto, com o objetivo único de realizar tão-somente uma aproximação com o pensamento de Habermas, tratar-se-á das influências decorrentes da Escola de Frankfurt (2.1.1); do projeto epistemológico inacabado da modernidade (2.1.2); da sua primeira fase, em que aparecem alguns esboços para uma proposta emancipatória (2.1.3); da sua segunda fase, em que se destaca a teoria da ação comunicativa (2.1.4); da sua terceira fase, na qual se desenvolve a teoria discursiva do direito (2.1.5), que é o ponto específico sobre o qual a análise se desenvolverá ao longo deste capítulo.

2.1.1. Habermas e as influências da Escola de Frankfurt

No início do século XX, mais especificamente no período entre guerras, filósofos e cientistas sociais de tendência nitidamente marxista fundam o Instituto de Pesquisa Social – junto à Universidade de Frankfurt-am-Main, na Alemanha, sob a direção de Carl Grünberg –, mais tarde denominado e reconhecido como *Escola de Frankfurt*, cuja primeira geração contou com a participação de nomes como Max Horkheimer, Theodor Adorno, Walter Benjamin, Erich Fromm, Otto Kirchheimer, Leo Löwenthal, Herbert Marcuse, Franz Neumann, Friedrich Pollock, entre outros¹.

O interesse originário das pesquisas levadas a cabo pela referida Escola estava voltado, em síntese, para a emancipação, através da ciência social

¹ Ver, para tanto, D'AGOSTINI, Franca. *Analíticos e continentais: guia à filosofia dos últimos trinta anos*. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 487-488; LEAL, Rogério Gesta. Matrizes fundacionais do pensamento de Jürgen Habermas: aspectos epistemológicos e sociológicos. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos (2002)*, São Leopoldo, p. 195-221, 2002, p. 196-200; e, também, LEAL, Rogério Gesta. Habermas, Jürgen. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 403-404.

reflexiva, focada particularmente na experiência da classe trabalhadora², de modo que, não obstante a enorme desilusão e, conseqüentemente, ceticismo com o progresso científico e social da humanidade, seu projeto era na direção de uma verdadeira renovação do materialismo histórico marxista em sua procura pelo *Aufklärung*³.

No entanto, é apenas com a segunda fase da primeira geração da Escola de Frankfurt, que exsurge na década de 50 e vai até a de 70, que a figura de Habermas, à época assistente de Adorno, começa a assumir relevância em vista das investigações passarem a identificar-se com uma abordagem teórico-social que utilizava métodos de ciência social qualitativa a fim de expor a ideologia responsável por inúmeras patologias sociais, em especial aquelas decorrentes do modelo capitalista de desenvolvimento econômico⁴.

Desse modo, os frankfurtianos direcionam suas baterias em busca de uma explicação para o *sucesso* do regime nazista – cujas razões freqüentemente ligadas à tradição militarista prussiana e à carência de uma herança democrática no país são absolutamente insuficientes – e desenvolvem uma justificativa inovadora sobre o fenômeno: *razão instrumental*⁵, que, entendida como mecanismo de castração e dominação do ser humano, se reproduz e se fortalece na medida em que, no transcorrer da história, tem sufocado toda busca do homem por uma sociedade mais fraterna⁶.

Nesse contexto, a proposta desta segunda fase da Escola de Frankfurt foi no sentido da recuperação da condição de sujeito histórico do homem/indivíduo, isto é, de sua autonomia, de seu senso estético, de seus sentimentos, de modo que o resgate da memória e da imaginação como suporte

² Cf. LEAL, *Habermas...*, *op. cit.*, p. 404.

³ Cf. SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Habermas e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 48-49.

⁴ Cf. LEAL, *Habermas...*, *op. cit.*, p. 404.

⁵ Nesse sentido, ver SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, *op. cit.*, p. 49-52, para quem: “Abordando essa questão pela ótica da psicanálise freudiana, os frankfurtianos destacam que a razão instrumental liberária, a partir do inconsciente humano, instintos destrutivos, que se reproduziam em práticas sociais até então inconcebíveis para a consciência humana fundada na razão iluminada, tal como se deu nos horrores das duas guerras mundiais e, por exemplo, na Guerra Civil Espanhola”.

⁶ Id., *ibid.*, p. 54.

para o pensamento, através da arte e da filosofia, tornou-se a única alternativa para estancar o crescente movimento de autodestruição⁷.

Dito de outro modo, ainda na esteira de Souza Cruz⁸, esse segundo momento da primeira geração da Escola de Frankfurt teve como contribuições incontestáveis a preservação, mesmo que através de outras bases, do ideal iluminista de emancipação, e a abertura interdisciplinar, o que pautará toda a obra de Habermas.

Todavia, com a morte e o afastamento daqueles que fundaram a Escola de Frankfurt, nasce a segunda geração⁹, que percorre toda a década de 70. Habermas passa a desenvolver suas pesquisas no Instituto Max Planck, em Starnberg, onde reúne uma equipe de pesquisadores que deu nova forma à teoria social crítica, marcada pela produção de teses voltadas à identidade do ego, à competência comunicativa, ao desenvolvimento moral, às patologias sociais, aos processos de racionalização, etc., o que redundava na *teoria do agir comunicativo* e, depois, na *teoria discursiva*, como se verá mais adiante¹⁰.

Observa-se, assim, que, de um lado, o enfoque dado por Habermas – no que se refere ao alcance do entendimento mútuo e aos processos de aprendizado progressivo – insere-se dentro da tradição da Escola de Frankfurt, na medida em que procura explicar as transformações sociais através de uma perspectiva crítica e normativa; de outro, há um nítido contraste com os interesses da primeira geração, uma vez que o projeto habermasiano concentra-

⁷ Id., *ibid.*, p. 55.

⁸ Id., *ibid.*, p. 56.

⁹ Segundo Lechte (*op. cit.*, p. 236), “Habermas es el miembro más famoso de la segunda generación de la Escuela de Investigaciones Sociales de Frankfurt”. Na mesma direção, ver SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, *op. cit.*, p. 238: “Representante maior da segunda geração de cientistas da Escola de Frankfurt, Habermas persegue, ao longo de toda sua trajetória, um projeto de esclarecimento iluminista de *libertação* do homem de todas as formas de violência, sejam ela morais, físicas, sociais, políticas ou econômicas”.

¹⁰ Ver, nesse sentido, LEAL, *Matrizes fundacionais...*, *op. cit.*, p. 200-201: “para Habermas e sua geração, o programa dos fundadores da Escola de Frankfurt perdeu a plausibilidade ao não conseguir solucionar o problema das bases normativas que estão a reger e mesmo fundar a organização social [...] Além disso, apesar do projeto destes pensadores em fornecer uma fundamentação de sua crítica sob forma auto-reflexiva de ciência social, não conseguiram explicar como pretendiam ocupar um ponto de vista privilegiado do qual poderiam expor a ideologia. Em outras palavras, eles deixaram de aplicar seu padrão de reflexividade crítica a sua própria teoria”. Na mesma linha, consultar LECHTE, *op. cit.*, p. 236, para quem Habermas acredita que a primeira geração da Escola de Frankfurt equivocava-se, por exemplo, no

se nas características universais da ação comunicativa e, ainda, afirma que estas fornecem as melhores bases para a defesa da crítica social¹¹.

Ocorre que, com a ampliação proposta por Habermas do debate filosófico sobre a modernidade, a partir das contribuições da filosofia analítica norte-americana, sobretudo na segunda metade da década de 80, houve o inevitável afastamento do pensamento originário que marcou a Escola de Frankfurt, isto é, da *teoria crítica contra a banalidade de tudo o que fosse americano*¹².

Segundo Leal¹³, foi justamente a insistência de Habermas em padrões muito elevados de justificação que o levou para debates sobre verdade, racionalidade, normatividade, conhecimento, etc., e, conseqüentemente, a tratar de questões técnicas da filosofia da linguagem.

Contudo, essa apropriação da filosofia analítica, nos termos operados por Habermas, provocou um aumento considerável do leque de temas e desafios apresentados aos teóricos críticos da sociedade, que se depararam com o dilema relativo à (in)capacidade de alguém dominar em sua totalidade o novo e ampliado escopo da teoria social crítica¹⁴.

Diante da resistência por parte de seus colegas, exsurge a terceira geração da Escola de Frankfurt – cujo amadurecimento vai se dar com a queda do muro de Berlim e com a aceleração da globalização –, da qual Habermas vai se afastar, cedendo lugar a Axel Honeth. Isso porque, ao lado da tendência manifestada inicialmente no sentido de que o aumento da complexidade da linha de pesquisa que havia sido proposta por Habermas pudesse ser seguida através de uma progressiva e gradual especialização dos seus investigadores, corria-se o risco

caso da compreensão de Weber, ao confundir a *racionalidade do sistema* com a *racionalidade da ação* e, paralelamente, confundir a separação do sistema e o mundo da vida.

¹¹ Cf. LEAL, *Matrizes fundacionais...*, *op. cit.*, p. 201-204.

¹² Id., *ibid.*, p. 205. Nesse sentido, ver, também, BUBNER, Rüdiger. *La filosofía alemana contemporánea*. 2. ed. Madrid: Cátedra, 1991, p. 225: “A diferencia e un alumno leal, sin embargo, se ha apartado violentamente del marco preestablecido y ha tomado nota de las alteraciones del debate existente em filosofía, sociología y ciencia política para reaccionar ante ellos em beneficio de un posterior desarrollo de la teoría crítica. De forma maestra, ha visto como integrar la teoría general de la ciencia, la hermenêutica, la filosofía contemporânea del lenguaje. Por lo tanto, adopta algo más que uma simple actitud crítica y defensiva hacia todo aquello de lo que se desconfiaba en el canon esitérico dela Escuela de Frankfurt como *Teoría tradicional*.”

¹³ Cf. LEAL, *Matrizes fundacionais...*, *op. cit.*, p. 205.

¹⁴ Id., *ibid.*, p. 206.

consciente de que seu campo de trabalho se tornasse tão fragmentado que terminaria por esvaziar a pretensão da existência de uma verdadeira teoria social crítica¹⁵.

2.1.2. O projeto epistemológico inacabado da modernidade

Com efeito, a concepção de modernidade pode ser considerada um verdadeiro divisor de águas, tendo em vista que as mais diferentes posturas teóricas são, via de regra, facilmente identificadas sempre que confrontadas com tal problemática.

No entanto, se, de um lado, grande parte dos filósofos concorda que as críticas da modernidade nascem da crise da tradição metafísica, do divórcio entre ciência e filosofia, da superação da idéia de infinitude que se tenta salvar através da dialética hegeliana, do deslocamento referente à questão do fundamento último do sujeito finito para o mundo vivido, da perda da unidade de um sistema filosófico que explique todos os domínios do saber humano; de outro, Habermas e a Escola de Frankfurt sustentam que o projeto da modernidade resta inacabado e deve ser continuado¹⁶.

Segundo Stein¹⁷, a crítica desenvolvida por Habermas, também denominada *crítica progressista*, ou *crítica epistemológica*, empenha-se na

¹⁵ Id., *ibid.*, p. 206-210.

¹⁶ Ver, para tanto, STEIN, Ernildo. *Epistemologia e crítica da modernidade*. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 11-31 e 41-42; e, ainda, LECHTE, *op. cit.*, p. 237, para quem Habermas trabalha no sentido de completar o projeto de modernidade iniciado com o Iluminismo. A respeito da concepção de modernidade para Habermas, ver D'AGOSTINI, *op. cit.*, p. 502-504: "Modernidade significa para Habermas aquilo em Kant entendia com a palavra *iluminismo*, ou seja, emancipação da subjetividade (transcendental) e da razão (crítica) em relação à religião e à autoridade. O máximo teórico da modernidade entendida nesse sentido é Hegel, o qual não somente está consciente do triunfo do moderno, mas também capta seu íntimo *problema*. E o problema do moderno consiste na seguinte circunstância: a subjetividade liberada da autoridade e de Deus não está mais em condições de *regenerar a potência religiosas da unificação*. Trata-se do conceito weberiano de *secularização*: mas o que conta para Habermas é que o domínio do sujeito humano (com o imanentizar-se dos valores religiosos) gerou um mundo intrinsecamente *plural*, não mais integrável em hipóteses teóricas, nem tampouco numa visão ética ou numa práxis transformadora".

¹⁷ Cf. STEIN, *Epistemologia...*, *op. cit.*, p. 11 e 16, para quem Habermas e toda a Escola de Frankfurt compartilham a idéia de que houve, na modernidade, um descompasso entre as duas razões, a razão instrumental técnica e a razão comunicativa, emancipatória. Um descompasso que no nível do fazer, do inventar e da produção, não correspondeu ao avanço verificado no nível da comunicação, do convívio e

construção do projeto inacabado da modernidade, acreditando no progresso da razão e na promoção da racionalidade, que aparece e se manifesta na multiplicidade de suas vozes.

Nessa linha, pode-se dizer que a *crítica progressista*, em nome da dialética, da tradição surgida com Kant, do idealismo alemão, centra-se na *razão crítica*, isto é, em uma razão que se sabe finita, que se sabe histórica, que se sabe não-todo-poderosa, que se sabe também ligada sempre a eventos concretos singulares e que precisa, sobretudo, dar um caráter de universalidade a estes eventos para que exista um conhecimento válido, um conhecimento que se sustente a si mesmo¹⁸.

Isso porque, para Habermas, a epistemologia estaria vinculada à idéia de *interesse*, de modo que a cada um dos três tipos de conhecimento corresponderia a um tipo de interesse: às ciências empírico-matemáticas, os interesses técnicos; às ciências humanas, os interesses práticos; e às ciências emancipatórias, o interesse emancipatório¹⁹.

Contudo, aqui, merece atenção especial o fato destacado por Stein²⁰ de que Habermas não explica quais as razões que conduzem o conhecimento por interesses, afirmando apenas que são formas quase transcendentais que acompanham o ser humano desde que este existe.

Conforme assinala Souza Cruz²¹, a obra habermasiana é pautada – e assim deve ser compreendida – por um notável esforço no sentido da busca por alternativas filosóficas em relação às posturas irracionistas de Heidegger, Derrida, Foucault e Rorty, entre outros, capazes de fundar e operar com a noção

dos processos de libertação do ser humano. Por isso a crítica da razão instrumental e a defesa da razão comunicativa.

¹⁸ Id., *ibid.*, p. 24-25. Na mesma linha, ver D'AGOSTINI, *op. cit.*, p. 504: "Tese conclusiva de Habermas é que a modernidade pode e deve ser salva, mas ultrapassando a filosofia do sujeito para a filosofia da intersubjetividade: o paradigma do conhecimento de objetos deve ser substituído pelo paradigma do acordo comunicativo entre sujeitos capazes de falar e de agir. A razão pode, portanto, ser salva, mas fundamentando-a não mais sobre o sujeito e sim sobre a intersubjetividade do agir comunicativo".

¹⁹ Ver, para tanto, HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e interesse*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

²⁰ Cf. STEIN, *Epistemologia, op. cit.*, p. 40.

²¹ Cf. SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro, op. cit.*, p. 239.

de racionalidade nos processos sociais de formação democrática da vontade popular.

Isso porque, ainda na esteira de Souza Cruz, os horrores da Segunda Guerra Mundial e do holocausto, o desenvolvimento das bombas atômica e de hidrogênio, a construção de ogivas nucleares capazes de destruir o planeta, etc., provocaram reações das mais variadas, especialmente na sociedade ocidental, dentre as quais se destaca a tentativa de (des)construção da filosofia iluminista contemporânea, calcada sobre a razão²².

Na visão de Habermas, o século XX, em especial o segundo pós-guerra, trouxe inúmeras novidades às sociedades contemporâneas, dentre as quais se pode destacar, sobretudo, a manifestação de uma grande desilusão com a própria condição de ser humano, visto que em tal período predominaram exemplos de uma barbárie até então sem precedentes na história²³.

Diante de tal contexto, Habermas vai insistir na necessidade de compreender que a inclusão do outro é a única forma de se legitimar as relações sociais, sendo justamente a linguagem o processo que envolve a capacidade de falar e, sobretudo, a de ouvir²⁴.

Dito de outro modo, para Habermas, o problema da modernidade, cujo projeto inacabado deve ser continuado, estaria vinculado à incapacidade das esferas de solidariedade social agirem comunicativamente em razão da colonização do mundo da vida pelos sistemas burocrático e econômico²⁵.

²² Nesse sentido, Souza Cruz (ibid., p. 123-128) refere que, no século XX, instalou-se uma desconfiança sobre as possibilidades de ações racionais de um mundo que beirava sua própria autodestruição, na linha do que defenderam alguns intelectuais: Foucault, em sua *Microfísica do poder*, sustenta que a razão se desfaz completamente, ou pelo menos desemboca em uma crise irreversível, diante do jogo plural e difuso do poder, que se manifesta das mais diferentes e variadas formas; Derrida, por sua vez, em seu *Da gramatologia*, afirma que o logocentrismo, nos termos empreendidos por Habermas, não seria capaz de superar a crítica heideggeriana da diferença ontológica; Rorty, por fim, aduz ser ilusória e irrealizável a tentativa de firmar a racionalidade em qualquer solo, inclusive no da intersubjetividade da comunicação.

²³ Id., ibid., p. 100-102: "Nesse sentido, a desilusão com o homem pode ser traduzida pelo niilismo de Nietzsche e, no pós-segunda guerra, tanto pelo pessimismo das artes quanto pelo movimento existencialista. O primeiro resulta no teatro do absurdo de Ionesco, de Adamov e de Beckett. No cinema, pela incomunicabilidade de Antonioni e de Renais. A recusa à civilização era o ponto estético em comum do período".

²⁴ Id., ibid., p. 111.

²⁵ Id., ibid., p. 100-101.

Na mesma linha, Galuppo²⁶ refere que o projeto inacabado – interrompido e/ou até mesmo corrompido – da modernidade não deve ser abandonado, como afirmam os *pós-modernos*, mas apenas ter seu itinerário retificado, nos termos propostos por Habermas, pois somente desta maneira é possível conservar as grandes conquistas da modernidade.

Em suma, levando em consideração que a crítica progressista, ou epistemológica, tem como única alternativa a razão²⁷, que tampouco adere metafisicamente a um sistema auto-suficiente, ou completo, e que está infalivelmente ligada à teoria do conhecimento, pode-se dizer que Habermas encontra-se mergulhado no *Iluminismo (Aufklärung)*²⁸: na afirmação da razão, não mais autônoma, estabelecida, absoluta, hipostasiada, mas que aparece através de uma multiplicidade de formas e vozes, nas diversas áreas do conhecimento; e na idéia de racionalidade, não no sentido argumentativo, lógico, abstrato, mas sim prático, concreto, material, ético, de uma lógica comunicativa²⁹.

É nesse contexto que se pode afirmar que, a partir de uma teoria social crítica, construída com base nas teses de Marx, Kant, Hegel, Weber, Lukács, Adorno, Mead, Freud, Piaget, entre outros tantos, Habermas inicia uma longa caminhada – marcada desde o começo pela crítica progressista e, conseqüentemente, pela noção de racionalidade³⁰ –, cuja evolução produzirá efeitos determinantes na fundamentação discursiva do direito.

²⁶ Ver, para tanto, GALUPPO, *A epistemologia jurídica...*, *op. cit.*, p. 201.

²⁷ Nesse sentido, ver STEIN, *Exercícios de fenomenologia*, *op. cit.*, p. 57, para quem: “Existe uma frase de Habermas bem reveladora quanto a isso [a constante autocrítica do pensamento habermasiano]: *as feridas que a razão produz somente podem ser superadas através da própria razão*”.

²⁸ Id., *ibid.*, p. 55-60. Na mesma linha, ver SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, *op. cit.*, p. 24-25, para quem “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”.

²⁹ Cf. STEIN, *Epistemologia*, *op. cit.*, p. 82-83.

³⁰ Ver, para tanto, LEITE, Roberto Basilone. Hermenêutica constitucional como processo político comunicativo: a crítica de Jürgen Habermas às concepções liberal e comunitarista. In: LOIS, Cecília Caballero (Org.). *Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo*. São Paulo: Landy, 2005, p. 197-198, para quem: “O projeto intelectual de Habermas, desde o início, consiste em desenvolver uma teoria da sociedade capaz de elucidar os efeitos negativos que a modernidade e a revolução tecnológica trouxeram para o mundo vivido da sociedade. E o eixo central desse projeto consiste no redimensionamento da idéia de racionalidade”. Sobre as três fases em que se pode dividir o desenvolvimento do pensamento habermasiano, ver D’AGOSTINI, *op. cit.*, p. 494.

2.1.3. A primeira fase: esboços de uma proposta emancipatória

Em linhas gerais, o projeto habermasiano implica uma reflexão crítica voltada para a reconstrução da substância ética da idéia de vida boa, mediante o fortalecimento de instituições capazes de orientar a modernidade na direção de uma postura humanista – e não opressiva – e, sobretudo, de uma alternativa crítica no que diz respeito a questões ecológicas e humanas face à dominação irracional de um socialismo pan-óptico e de um capitalismo desumanizado, ambos levados a cabo pela globalização³¹.

Assim sendo, desde o começo, Habermas apresenta uma proposta emancipatória que pode ser considerada inovadora sob inúmeros aspectos. Em seu projeto preliminar, marcado por recursos interdisciplinares e desenvolvido enquanto ainda compartilhava com o pensamento produzido pela Escola de Frankfurt, Habermas propõe uma renovação do materialismo histórico marxista, à medida que considera que os efeitos da reificação devem ser analisados a partir dos domínios estruturados comunicativamente nas sociedades modernas, e não dentro dos limites da luta de classes³².

Entretanto, não se pode olvidar que a herança da tradição frankfurtiana influenciou, fortemente, o projeto emancipatório levado a cabo por Habermas, não apenas no que diz respeito ao caráter interdisciplinar de seus estudos, mas, especialmente, no que se refere à opção pelo paradigma comunicacional, na medida em que se evidencia o esgotamento do paradigma da consciência, trabalhado por seus antecessores durante o projeto do esclarecimento³³.

³¹ Cf. SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 23-24.

³² Id., *ibid.*, p. 57.

³³ Id., *ibid.*, p. 58-59: “O paradigma da consciência refletiria uma verdadeira onipotência da reflexão, na qual a racionalidade subjetiva do homem seria capaz de, não apenas conhecer o universo, mas também ser fonte de legitimidade de qualquer proposição assertória”.

Nesse contexto, é que se destaca *Conhecimento e interesse*³⁴, obra em que Habermas procura uma resposta à questão voltada para o critério da razão monológica e solipsista da filosofia da consciência, utilizado para encontrar a correção das propostas de Descartes, Kant, Hegel e Marx. Ainda na mesma obra, Habermas apresenta uma evolução no quadro da filosofia dos séculos XIX e XX, a partir da qual analisa a questão da auto-reflexão, tendo em vista, sucessivamente, o positivismo, que a desconhecia; o pragmatismo, especialmente o peirceano, que não a tolerava como meio de análise da atividade comunicativa; e a hermenêutica, nos termos colocados por Dilthey, que não conseguia superar os limites do esquema sujeito-objeto. Por fim, Habermas dedica-se à proposta de uma metapsicologia ampliada, capaz de analisar a deformação da atividade comunicativa como elemento essencial à concepção da gênese das instituições e da dominação³⁵.

Nesse sentido, Souza Cruz refere que Habermas, em face de sua proximidade com os ideais frankfurtianos, entendia o modelo positivista como a herança da evolução copernicana que impôs uma série de exigências metodológicas das ciências empírico-analíticas para as ciências humanas e sociais, como, por exemplo, as noções de neutralidade axiológica e objetividade, que, ao fim e ao cabo, representariam a desconexão existente entre conhecimento e interesse, própria da ilusão de que é possível a elaboração de uma teoria pura, isto é, desligada dos elementos formativos da realidade³⁶.

³⁴ Cf. HABERMAS, *Conhecimento e interesse*, *op. cit.*, obra cuja tese central é a de que todos os processos cognitivos baseiam-se em interesses condutores que os orientam, dirigem e comandam, mesmo que normalmente isso não seja reconhecido. Nesse sentido, ver BUBNER, *op. cit.*, p. 226-227: "Las ciencias empírico-analíticas siguen un interés técnico cognitivo, que, sobre la base del conocimiento de la leyes, permite hacer las predicciones que ayudan al control de los procesos causales de la naturaleza. Las ciencias hermenéutico-históricas siguen por otra parte un interés práctico cognitivo, hasta el punto que la comprensión del significado de la tradición y la intersubjetividad socialmente organizada sirve para transformar lo que es extraño y ayudar por tanto a la orientación práctica de la vida [...] Existe además una tercera forma de conocimiento, que se caracteriza, en comparación con las dos precedentes, por una reflexión consciente y al hacer tal cosa busca la liberación de las coacciones de la ignorancia. Este *ideal de ilustración* es propiamente filosófico, pues aquí el interés coincide directamente con el conocimiento, y no funciona ya de forma irreconocida tras el conocimiento. El conocimiento no existe para otra cosa - el conocimiento opera por su propio bien". Ainda sobre o tema, ver D'AGOSTINI, *op. cit.*, p. 497-498.

³⁵ Cf. SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, *op. cit.*, p. 59-60 e 72-73.

³⁶ *Ib.*, *ibid.*, p. 61-62.

Não é à toa, pois, que esta primeira proposta habermasiana se direciona, justamente, para a análise do sujeito cognoscente, mediante a qual ele conclui que o conhecimento se dá de uma maneira condicionada, mais especificamente através de três formas: interesse de disposição técnica dos objetos, interesse prático de intercompreensão e interesse de emancipação³⁷.

Para Souza Cruz³⁸, é exatamente através da teoria dos interesses imanentes que Habermas opera a transformação da filosofia, na medida em que lhe retira o caráter contemplativo de *árbitro universal* das ciências, isto é, na medida em que propõe uma *filosofia pró-ativa*, atrelada ao processo histórico de evolução da humanidade como instrumento crítico contra qualquer forma de dominação.

De outra banda, porém, seguindo pela mesma linha de raciocínio, Habermas identifica o neopositivismo com uma espécie de manifestação da razão instrumental contra a qual tanto lutaram seus antecessores frankfurtianos³⁹, tendo em vista que, entre os mitos racionais, situa-se a crença moderna na onipotência da ciência e da técnica, o que aponta para a convicção de que o progresso possui um caráter ilimitado, conforme denunciado em sua obra *Técnica e ciência como ideologia*⁴⁰.

Segundo Habermas, a razão instrumental seria a responsável pela desumanização da ciência através da imposição de uma forma de saber único, calcado exclusivamente no método matemático, para o qual a descrição dos fenômenos da natureza ocorreria pela causalidade, fundada na repetição mecânica dos eventos naturais, que aguardariam somente pela intervenção do intelecto humano para que pudessem ser descritos mediante leis universais e imutáveis⁴¹.

³⁷ Id., *ibid.*, p. 62.

³⁸ Id., *ibid.*, p. 70.

³⁹ Id., *ibid.*, p. 63. Ainda na mesma linha, ver LECHTE, *op. cit.*, p. 237: “Habermas creia que la ciencia y la racionalidad se habían vuelto en la era capitalista en contra de los seres humanos – empobreciendo sus vidas culturales y exacerbando las formas patológicas – , en lugar de servirles”.

⁴⁰ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Lisboa: Edições 70, 2001.

⁴¹ Cf. SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro, op. cit.*, p. 63.

Nesse contexto, Habermas vai mostrar-se favorável à ampliação dos espaços de discussão – e, evidentemente, a uma tradução do saber técnico para um saber prático acessível a todos – sobre os efeitos práticos da ciência e da técnica como razão instrumental, apostando em mecanismos de correção do problema, mediante a utilização de processos capazes de permitir que todos tenham acesso à linguagem técnica, tanto os mandatários do povo, quanto a população em geral⁴².

Dessa análise preliminar, pode-se observar facilmente que os primeiros trabalhos desenvolvidos por Habermas possuem um traço comum – a crítica ao positivismo – que ganha destaque, sobretudo, na *Lógica de las ciencias sociales*, obra através da qual ele reconstitui a história da reflexão metodológica sobre as ciências humanas, demonstrando como as insuficiências do empirismo puro, de Carnap, cedem lugar a outras formas de reflexão – dentre as quais a hermenêutica, de Gadamer –, que tentam substituir o enfoque objetivante, através do qual o cientista social coloca-se diante de seu objeto como se fosse um observador neutro, pela compreensão, que pressupõe a imersão do intérprete no seu objeto, na medida em que aquele inevitavelmente participa deste⁴³.

Todavia, em que pese a franca evolução do pensamento habermasiano, ainda é possível verificar que a crítica de uma desconexão de sua obra com o paradigma hermenêutico subsiste, visto que, não obstante o esforço, desde o início de sua trajetória, no sentido de superar os limites da filosofia da consciência, não se deu com sucesso até aqui. Entretanto, não se pode olvidar, como se verá mais adiante, que *a busca pelo aprimoramento é um dos traços mais marcantes de Habermas*, nas palavras de Souza Cruz⁴⁴.

⁴² Id., *ibid.*, p. 68-69.

⁴³ Cf. LEAL, *Habermas...*, *op. cit.*, p. 404.

⁴⁴ Cf. SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, *op. cit.*, p. 74-75: “A solução para o impasse a que chegou sua proposta emancipatória foi encontrada apenas duas décadas mais tarde, com a teoria do agir comunicativo, com a qual pretendeu construir uma validade do sentido intersubjetivamente constituída”. No mesmo sentido, a respeito da superação habermasiana do paradigma subjetivista ainda predominante em sua primeira fase, ver D’AGOSTINI, *op. cit.*, p. 499.

2.1.4. A segunda fase: breves notas sobre a teoria da ação comunicativa

Uma vez ultrapassada sua primeira fase, de caráter eminentemente epistemológico, Habermas questiona-se sobre o modo através do qual os homens podem libertar-se das situações de alienação e despolitização, isto é, sobre a efetiva capacidade humana na participação da gest(ação) comunicativa do poder, lançando-se no campo das discussões sobre a ação comunicativa voltada, evidentemente, à emancipação do homem⁴⁵.

Em outros termos, pode-se dizer que Habermas propõe uma espécie de mudança de paradigma no tratamento de questões como a gênese e a administração do poder, apresentando um modelo fundado não mais na perspectiva da transferência do poder político para instâncias representativas, mas, sim, na assunção desse poder pela cidadania, que é o núcleo do cenário societal, na medida em que os cidadãos passam a ser reconhecidos como sujeitos de conhecimento e, portanto, interlocutores intersubjetivos que formam e dão sentido à própria existência⁴⁶.

Ocorre que, para tanto, parece necessário que se adote como ponto de partida a premissa segundo a qual *toda e qualquer relação social se afigura como um fenômeno político de natureza comunicacional, simbólica e real*, cuja estrutura gramatical constitutiva deve ser compreendida e operada pelos sujeitos falantes⁴⁷.

Isso porque, nas sociedades modernas, o cidadão deixa de encontrar sua identidade nas tradições étnicas e culturais compartilhadas, passando a buscá-la justamente no exercício de seus direitos de participação e de ação comunicativa⁴⁸.

⁴⁵ Cf. LEAL, *Habermas...*, *op. cit.*, p. 405.

⁴⁶ Id., *ibid.*, p. 405.

⁴⁷ Id., *ibid.*, p. 405.

⁴⁸ Cf. LEITE, *op. cit.*, p. 212.

Nesse contexto é que exsurge uma das maiores contribuições de Habermas: o desenvolvimento de sua *teoria da ação comunicativa*⁴⁹, obra através da qual ele redefine o rumo relativo à discussão dos temas tratados anteriormente, voltando-se para a análise da reprodução social, de patologias sociais e de diretrizes que visam à transformação emancipadora do homem⁵⁰, mediante a apropriação das melhores e mais diversas tradições: Rousseau, Kant, Hegel, Marx, Durkheim, Weber, Parsons, Lukács, Husserl, Adorno, Mead, Freud, Piaget, Austin, etc.⁵¹.

Tal projeto inicia no momento em que Habermas, após dar-se conta de que seu primeiro esforço mostrou-se incapaz de superar o paradigma da filosofia da consciência, aproxima-se dos trabalhos de Apel⁵², a fim de aprofundar seus estudos em uma teoria pragmática da linguagem, através da qual seria possível entender a filosofia como uma espécie de processo de cooperação dialética, coletiva e interdisciplinar⁵³.

Assim, em face da necessidade de superar a implosão da razão prática, provocada pela filosofia do sujeito, porém sem querer incorrer nas filosofias irracionistas, Habermas propõe um caminho diferente, lançando mão da teoria do agir comunicativo, na qual a razão prática é substituída pela razão

⁴⁹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa I*. 4. ed. Madrid: Taurus, 2003; id. *Teoria de la acción comunicativa II*. 4. ed. Madrid: Taurus, 2003; e, ainda, id. *Consciência moral e agir comunicativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Sobre a *teoria do agir comunicativo*, ver, também, D'AGOSTINI, *op. cit.*, p. 499-502.

⁵⁰ Cf. LEAL, *Habermas...*, *op. cit.*, p. 406, para quem a crítica habermasiana, no interior da teoria da ação comunicativa, apresenta dois sentidos: de um lado, o sentido mais engajado politicamente, através do qual se torna visível seu viés esquerdista, na medida em que aponta as injustiças que escravizam e alienam o ser humano; de outro, o sentido kantiano, através do qual propõe uma análise das condições de possibilidade para alguma coisa, mais especificamente das bases para a crítica no primeiro sentido.

⁵¹ Conforme Stein (*Exercícios de fenomenologia*, *op. cit.* p. 56), "a teoria do agir comunicativo pretende, nas palavras do próprio Habermas, *apropriar-se das melhores tradições e trabalhá-las* para conseguir a vitória de uma determinada posição como teoria social de um paradigma de sociedade enraizado na autocompreensão coletiva".

⁵² Sobre as convergências e divergências entre Habermas e Apel na construção do projeto da ética do discurso, ver VELASCO, Marina. *Ética do discurso: Apel ou Habermas?* Rio de Janeiro: Faperj: Mauad, 2001; DUTRA, Delamar José Volpato. *Razão e consenso em Habermas*. 2. ed. Florianópolis: UFSC, 2005. p. 33-40; OLIVEIRA, Manfredo de Araújo. *Ética e racionalidade moderna*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2002, p. 9-39; e, ainda, OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Moral, direito e democracia: o debate Apel *versus* Habermas no contexto de uma concepção procedimental da filosofia política. In: MOREIRA, Luiz (Org.). *Com Habermas, contra Habermas. Direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy, 2004. p. 145-176.

⁵³ Ver, para tanto, SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, *op. cit.*, p. 75.

comunicativa, mudança essa que, segundo ele, vai muito além de uma simples troca de etiqueta⁵⁴.

Isso porque, se a razão prática tinha como finalidade orientar os indivíduos em seu agir e ao direito natural competia configurar normativamente a ordem política e social, pelo menos até Hegel, o conceito de razão adquire outros contornos com o seu deslocamento para o *medium* lingüístico, na medida em que se alivia a ligação exclusiva com o elemento moral, podendo, inclusive, servir aos objetivos descritivos da reconstrução de estruturas da competência e da consciência, a partir das possibilidades de conexão com modos de ver funcionais e com explicações empíricas⁵⁵.

Segundo Habermas⁵⁶, a razão comunicativa não é uma fonte de normas do agir, como na figura clássica da razão prática. Ela possui um conteúdo, porém tão-somente na medida em que aquele que age comunicativamente resta obrigado a apoiar-se nos pressupostos pragmáticos do tipo contrafactual⁵⁷. Ao fazer isso, aquele que age comunicativamente não se depara com o *ter que* prescritivo de uma regra de ação, mas sim com o *ter que* de uma coerção transcendental fraca, que deriva da validade deontológica de um mandamento moral, isto é, da validade axiológica de valores preferidos ou da eficácia de uma regra técnica⁵⁸.

⁵⁴ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I, op. cit.*, p. 19. Na mesma linha, ver BAHIA, *op. cit.*, p. 332-333: “O ponto de partida agora [diferentemente de Hegel, em que era o indivíduo] é lingüístico, logo intersubjetivo. Como Habermas trabalha com a filosofia da linguagem, com as interações intersubjetivas (fazendo como que uma *ponte* entre esta e uma teoria da sociedade), não pode aceitar uma racionalidade que se concentra no sujeito, por isso, no que toca a questão da integração social, *substitui* a razão prática pela razão comunicativa, que pode ser definida como sendo *el medio lingüístico, mediante el que se concatenan las interacciones y se estructuran las formas de vida*”.

⁵⁵ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I, op. cit.*, p. 19.

⁵⁶ Id., *ibid.*, p. 20; e, no mesmo sentido, CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Devido processo legislativo e Estado democrático de direito: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 289.

⁵⁷ Nesse sentido, ver CATTONI DE OLIVEIRA, *Devido processo legislativo e Estado democrático, op. cit.*, p. 289, para quem “apesar da própria comunicação, através da linguagem, parecer absolutamente implausível, se levarmos em conta a impossibilidade fática e lógica de se explicar tudo o que se diz, pois é claro que só podemos explicar o dito através de palavras, de novos dizeres e, assim, sempre alargando cada vez mais o espaço de silêncio sobre o qual se assenta tudo o que foi dito, quem se engaja em uma interação lingüística é obrigado a empreender idealizações, a pressupor a atribuição de *significado idêntico a enunciados, a levantar uma pretensão de validade em relação aos proferimentos e a considerar os destinatários imputáveis, isto é, autônomos e verazes consigo mesmos e com os outros* [Habermas]”.

⁵⁸ Nesse sentido, ver MOREIRA, *Fundamentação do direito em Habermas, op. cit.*, p. 101-102, para quem a razão comunicativa, diferentemente da razão prática, não oferece modelos para ação, mas se constitui

Observa-se, assim, que a razão comunicativa permite uma orientação na base das pretensões de validade, sem, contudo, fornecer qualquer tipo de indicação concreta no que diz respeito ao desempenho de tarefas práticas, tendo em vista que ela não é informativa e, tampouco, imediatamente prática. O que ocorre, para Habermas, é que normatividade e racionalidade cruzam-se no campo da fundamentação de intelecções morais, que, alcançadas sob uma perspectiva hipotética, possuem, de um lado, certa força de motivação racional, mas, de outro, não são capazes de assegurar, *per si*, a transposição das idéias para um agir motivado⁵⁹.

Portanto, é nesse contexto que Habermas vai colocar sua tese, partindo, entre outras tantas, da premissa de que o *conceito do agir comunicativo atribui às forças ilocucionárias da linguagem orientada ao entendimento a função importante da coordenação da ação*⁶⁰.

Contudo, Habermas adverte que, na medida em que a linguagem passa a ser entendida como *medium* universal de incorporação da razão, estabelece-se uma nova tensão entre faticidade e validade no interior da linguagem, mais precisamente no modo de coordenação da ação⁶¹.

Isso tudo porque, para Habermas, *real* é aquilo que pode ser representado em proposições verdadeiras, enquanto *verdadeiro* só pode ser explicado a partir da pretensão levantada quando se coloca uma proposição, na linha do que propõe Peirce. É com o sentido assertório de sua afirmação que o falante levanta a pretensão – sempre criticável – de validade da proposição por ele colocada. Ocorre que, como não se dispõe diretamente das condições de validade a não ser mediante a sua interpretação, a *validade (Gültigkeit)* deve ser entendida

como condição possibilitadora e, ao mesmo tempo, limitadora do entendimento. Desse modo, pode-se afirmar que, enquanto a razão prática parte de uma orientação vinculante para o agir, na razão comunicativa o agir é orientado para o entendimento.

⁵⁹ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I*, *op. cit.*, p. 21.

⁶⁰ *Id.*, *ibid.*, p. 25.

⁶¹ *Id.*, *ibid.*, p. 26-35. Destaque-se, aqui, que essa tensão – identificada por Habermas – entre faticidade e validade, verificada no interior da linguagem, está diretamente ligada ao paradigma representacional, na medida em que: “Na representação são dados somente objetos; enquanto que estados de coisas ou fatos são apreendidos em pensamentos. Com essa crítica Frege dá o primeiro passo rumo à guinada lingüística. A partir de agora, não podemos mais apreender simplesmente e sem mediação pensamentos e fatos no

epistemicamente como *a validade que se mostra para nós (Geltung)*. Isso significa, ao fim e ao cabo, que a pretensão de verdade de um falante deve ser defensável, argumentativamente, contra as objeções colocadas por eventuais oponentes, de modo que possa se chegar a um consenso racional pela comunidade de interpretação em geral⁶².

Nesse contexto, a linguagem passa a ser explorada como fonte de integração social, uma vez que é utilizada tão-somente como *medium* para a transmissão de informações e redundâncias, pelo qual ocorre a influência recíproca daqueles que agem uns sobre os outros de modo funcional, quando da coordenação da ação. É nisso, afirma Habermas, que consiste o agir comunicativo: a tentativa dos atores comunicativos – falantes e ouvintes – em negociar interpretações comuns e harmonizar seus planos através de processos voltados para o entendimento, ou seja, mediante o caminho de uma busca incondicionada de fins ilocucionários⁶³.

Assim sendo, observa-se nitidamente qual o princípio organizador imanente à teoria da ação comunicativa, no que se refere às pretensões do projeto habermasiano: *la pragmática universal tiene como tarea identificar y reconstruir las condiciones universales del entendimiento posible*⁶⁴.

Isso significa dizer que Habermas parte da idéia de que a comunicação, através da linguagem, pressupõe, inevitavelmente, uma tentativa de consenso e de acordo entre os homens, não obstante o risco da manipulação, tendo em vista que, caso não existisse o interesse primário de entendimento recíproco, a própria

mundo dos objetos representáveis; eles só são acessíveis enquanto representados, portanto em estados de coisas expressos através de proposições” (id., *ibid.*, p. 28).

⁶² Id., *ibid.*, p. 32-33. Na mesma linha, ver SOUZA CRUZ, *Jurisdição constitucional democrática*, *op. cit.*, p. 217, para quem a proposta habermasiana implica que “os participantes devem agir comunicativamente, ou seja, buscar a compreensão mútua, não apenas do *medium* lingüístico, mas para a busca de consenso sobre o conteúdo assertivo da afirmação: ela é falsa ou verdadeira? Para tanto, o falante deve estar disposto a sustentar sua afirmação com razões que convençam os ouvintes da veracidade de sua proposição”.

⁶³ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I*, *op. cit.*, p. 36: “No uso da linguagem orientada pelo entendimento, ao qual o agir comunicativo está referido, os participantes unem-se em torno da pretensa validade de suas ações de fala, ou constatarem dissensos, os quais eles, de comum acordo, levarão em conta no decorrer da ação”.

⁶⁴ Cf. HABERMAS apud SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, *op. cit.*, p. 85; e, exatamente da mesma maneira, JUSEFOVICZ, Eliseu. *Democracia e legitimidade do direito à luz da teoria habermasiana*.

linguagem perderia o sentido, de modo que seu uso instrumental terminaria tornando-se impossível⁶⁵.

Dito de outro modo, Habermas entende que a comunicação pressupõe um acordo sobre pretensões de validade colocadas durante os atos de fala. Para tanto, é necessário levar em consideração o fato de que a linguagem exige sempre a *visão do outro*, ou seja, a constatação de que não há necessariamente identidade e, tampouco, hierarquia entre opiniões, valores, idéias, etc. Isso significa dizer que, para Habermas, a linguagem traduz, em certa medida, uma possibilidade de aprendizado, evolução e aprimoramento humano, bem como permite a superação da unilateralidade cognitiva inerente aos conceitos *a priori* da razão prática ou nos conceitos abstratos hegelianos, à medida que procura construir a validade através do diálogo e, conseqüentemente, da racionalidade intersubjetiva⁶⁶.

Segundo Habermas⁶⁷, é justamente por não estar adstrita a nenhum ator singular – e, tampouco, a um macrossujeito sócio-político – que a racionalidade comunicacional distingue-se da razão prática. Contudo, não se pode olvidar, aqui, que o *medium lingüístico* – pelo qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam – é o elemento determinante que torna possível a razão comunicativa.

Nessa linha, a comunicação humana contém como elemento central a proposição, que, ao ser colocada perante outrem, pressupõe que falante e ouvinte consigam expressar-se gramaticalmente de forma idêntica, caso pretendam o mínimo entendimento. No entanto, não se pode negar a existência de uma tensão entre a realidade e um discurso, em teoria, uma vez que ambos –

In: LOIS, Cecilia Caballero (Org.). *Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo*. São Paulo: Landy, 2005. p. 178. A respeito da *pragmática universal*, ver, ainda, D'AGOSTINI, *op. cit.*, p. 495.

⁶⁵ Ver, para tanto, SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro, op. cit.*, p. 83.

⁶⁶ Id., *ibid.*, p. 84-85.

⁶⁷ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I, op. cit.*, p. 20. Na mesma linha, Stein (*Exercícios de fenomenologia, op. cit.*, p. 58-59) aduz que Habermas baseia grande parte da teoria do agir comunicativo na diferença entre racionalidade instrumental e racionalidade comunicativa.

falante e ouvinte – ligam-se por um *medium* lingüístico, cujo uso de expressões apresenta-se, muitas vezes, díspar entre os participantes do discurso⁶⁸.

Não é à toa, portanto, que Habermas diferencia o *discurso* dos meros *atos de fala ordinários*. Para ele, discurso significa uma forma especial de comunicação, voltada para a obtenção de um consenso alcançado mediante a fundamentação de pretensões de validade das opiniões e normas sociais⁶⁹, e, assim sendo, pressupõe aquilo que se denominou *situação ideal de fala*, que, como pré-requisitos contrafactuais imanentes à própria linguagem, exige: (a) a simetria de posições e a igualdade na oportunidade de fala; (b) a idéia subjacente de *ego* e *alter ego*, como pressuposto da diferença e do pluralismo; (c) o *medium* lingüístico, supondo uma dimensão sintática, uma dimensão semântica e uma dimensão pragmática; (d) a limitação de tempo para se obter o acordo; e (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 discurso⁷⁰.

Nesse contexto, pode-se afirmar que o agir comunicativo tem como finalidade o entendimento, mediado pela linguagem, à procura de normas capazes de impor obrigações, na medida em que preenchem legitimamente as expectativas recíprocas de comportamento aceitas, no mínimo, por dois interlocutores⁷¹.

⁶⁸ Cf. SOUZA CRUZ, *Jurisdição constitucional democrática*, *op. cit.*, p. 217.

⁶⁹ *Id.*, *ibid.*, p. 88 e 91. Na mesma linha, consultar OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996, p. 306, nota 20: “O discurso, para Habermas, é um tipo determinado de ação comunicativa em que os participantes não são primariamente interessados em trocar informações, mas em fundamentar as pretensões de validade levantadas em suas falas. A finalidade essencial da ação discursiva é discutir pretensões de validade, que se tornam problemáticas”.

⁷⁰ Cf. SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, *op. cit.*, p. 88 e 97. Além disso, não se pode olvidar, como se verá mais adiante, que qualquer um que queira participar em um processo de entendimento precisa estabelecer pelo menos as seguintes pretensões universalistas de validade: a de estar se expressando inteligivelmente; a de estar dando a entender algo; a de estar dando-se a entender; e a de entender-se com os demais. Assim, conclui que a meta do entendimento é a produção de um acordo, o qual descansa sobre a base do reconhecimento de quatro correspondentes pretensões de validade: inteligibilidade, verdade, veracidade e retitude (cf. JUSEFOVICZ, *op. cit.*, p. 179; e, também, PEPE; WARAT, *op. cit.*, p. 86).

⁷¹ Cf. SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, *op. cit.*, p. 90. Destaque-se, ainda, por oportuno, que duas são as formas de agir racional: o *agir instrumental*, de um lado, aproveita-se de utensílios para alcançar um controle mais eficiente do meio que o circunda, ao passo que o *agir estratégico*, de outro lado, orienta-se pela escolha racional de preferências durante o processo de adequação entre meios e fins.

Observa-se, desse modo, que o critério de legitimidade do discurso se restringe, na ótica de Habermas, ao procedimento, o que implica o afastamento de qualquer conteúdo *a priori*⁷², isto é, a ética do discurso não possui orientação conteudística, mas estabelece procedimentos – marcados por uma série de pressupostos, exigências e condições – que garantem a imparcialidade no instante da formação do juízo, como se verá mais adiante: o discurso prático, ao fim e ao cabo, traduz-se em um processo voltado para o exame acerca da validade das normas consideradas hipoteticamente, e não para a produção de normas justificadas⁷³.

Todavia, ao adentrar um pouco mais na teoria da ação comunicativa propriamente dita, verifica-se que a tentativa habermasiana de reconstruir todo o entendimento racional possível implica a introdução do conceito de mundo da vida, entendido, evidentemente, como uma dimensão pragmática da linguagem⁷⁴.

Habermas afirma, com efeito, que o primeiro passo na reconstrução das condições de integração social conduz ao conceito de mundo da vida, tendo como referência a seguinte questão: *como é possível surgir ordem social a partir de processos de formação de consenso que se encontram ameaçados por uma tensão explosiva entre facticidade e validade?*⁷⁵

Para tanto, Habermas entende que o mundo da vida – conceito retirado do pensamento husserliano⁷⁶ – forma o horizonte para situações de fala e,

⁷² Id., *ibid.*, p. 91.

⁷³ Ver, para tanto, HABERMAS, *Consciência moral...*, *op. cit.*, p. 148-149.

⁷⁴ Nesse sentido, ver SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, *op. cit.*, p. 93-94; e, sobretudo, LECHTE, *op. cit.*, p. 238-239: “La comunicación es, para Habermas, el aspecto más importante de todas las actividades en el mundo vital, porque es ahí donde, idealmente, las personas pueden obtener el reconocimiento de la validez de sus expresiones, y es ahí también donde se pueden modificar, em general, las estructuras del mundo vital. Se supone que dichas modificaciones causan una reacción en el sistema social global, con lo que detienen el crecimiento de la racionalidad instrumental”.

⁷⁵ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I*, *op. cit.*, p. 40.

⁷⁶ Ver, para tanto, HABERMAS, *Teoria de la acción comunicativa II*, *op. cit.*, p. 169-215. Sobre o conceito de mundo da vida (*Lebenswelt*) e sua origem em Husserl, consultar STEIN, Ernildo. *Mundo vivido. Das vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia*. Porto Alegre: Edipucrs, 2004, p. 19-43. Ainda sobre o tema, ver SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, *op. cit.*, p. 95-96, para quem: “Apesar de próximo do horizonte hermenêutico de Gadamer, o conceito em exame [mundo da vida], originalmente, diferia profundamente do primeiro. Isso porque o horizonte gadameriano era concebido por Habermas como um problema limitador do processo de conhecimento. Após o conhecido debate entre os autores, Habermas recua de seu ponto de vista e assume a noção gadameriana como uma pré-condição para a comunicação,

simultaneamente, constitui a fonte das interpretações, à medida que se reproduz apenas mediante ações comunicativas⁷⁷.

Nesse sentido, Souza Cruz⁷⁸ destaca que o conceito de mundo da vida proposto por Habermas mostra-se bastante complexo, haja vista que envolve tanto o horizonte de consciência individual, como também o coletivo, isto é, aquele no qual o primeiro se insere. Tal horizonte aproxima-se da idéia de universo empírico, descritível, e da noção de mundo das vivências⁷⁹, uma vez que compreende a cultura, as tradições, a percepção de pertença a um grupo específico e, ainda, a capacidade do indivíduo de agir e de se comunicar.

Isso se evidencia na medida em que o pensamento habermasiano associa o mundo da vida ao horizonte em que os agentes comunicativos se movem sempre e do qual não podem sair, o que demonstra, desse modo, a relação de dependência com as mudanças estruturais ocorridas no interior da sociedade, que, ao fim e ao cabo, é a verdadeira responsável por sua formação, transformação e conformação⁸⁰.

Aliás, Habermas refere que a guinada lingüística ocorrida na filosofia preparou os meios conceituais necessários para a análise da razão incorporada no agir comunicativo, destacando que, entre o mundo da vida como fonte de agir comunicativo e o mundo da vida como produto desse agir, introduz-se uma espécie de processo circular, através do qual *o sujeito transcendental desaparecido não deixa nenhuma fresta*⁸¹.

Tal aspecto mantém relação direta com a idéia de situação ideal de fala, uma vez que, nesse contexto, o discurso prático pressupõe as referidas condições ideais, ainda que estas sejam contrafáticas. Dito de outro modo, a situação ideal

não alterando essencialmente a distinção e a indispensável interlocução da dimensão transcendente e empírica do mundo da vida”.

⁷⁷ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I*, op. cit., p. 41.

⁷⁸ Cf. SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 94.

⁷⁹ Cf. STEIN, *Mundo vivido*, op. cit., p. 47.

⁸⁰ Cf. HABERMAS, *Teoria de la acción comunicativa II*, op. cit., p. 169 e 179.

⁸¹ Id., *Pensamento pós-metafísico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 53. Nesse sentido, Souza Cruz (*Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 98) refere que, obviamente, Habermas “percebe que sua teoria deixava em aberto o flanco para críticas no tocante a seu caráter transcendental, o que dará causa à seqüência de sua obra através da teoria discursiva do direito”, como se verá mais adiante.

de fala não seria um fenômeno empírico e, tampouco, um simples constructo, mas sim uma suposição que os falantes inevitavelmente fazem quando entram em uma discussão⁸².

Avançando na direção do direito, em relação à importância do que foi até então sumariamente exposto, pode-se afirmar, na linha de Souza Cruz⁸³, que o sistema jurídico mantém uma dupla relação com as diferentes formas de agir: por um lado, através de obrigações contratuais e do direito de propriedade, por exemplo, ele possibilita a ação estratégica no sistema capitalista; por outro, as noções de autonomia e de dignidade, às quais se encontra ligada a legitimidade, apresentam-se como base para a ação comunicativa.

Nesse sentido, Habermas acredita que a introdução do agir comunicativo em contextos do mundo da vida e, conseqüentemente, a regulamentação de comportamentos mediante determinadas instituições podem explicar como ocorre a integração no interior da sociedade⁸⁴.

Apoiando-se, então, nos trabalhos de Kohlberg e Piaget, a fim de desenvolver uma teoria da competência moral, Habermas esforça-se para demonstrar que deve existir um elemento normativo que domine na interação humana, assim como um elemento puramente instrumental que se ocupe da satisfação das necessidades⁸⁵.

⁸² Ver, para tanto, SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 98-99.

⁸³ Id., *ibid.*, p. 118-119.

⁸⁴ Ver, para tanto, HABERMAS, *Direito e democracia I*, op. cit., p. 44 e 111-112: "O conceito *mundo da vida*, da teoria da comunicação, também rompe com o modelo de uma totalidade que se compõe de partes. O mundo da vida configura-se como uma rede ramificada de ações comunicativas que se difundem em espaços sociais e épocas históricas; e as ações comunicativas, não somente se alimentam das fontes das tradições culturais e das ordens legítimas, com também dependem das identidades de indivíduos socializados. Por isso, o mundo da vida não pode ser tido como uma organização superdimensionada, à qual os membros se filiam, nem como uma associação ou liga, na qual os indivíduos se inscrevem, nem como uma coletividade que se compõe de membros [...] Em termos da teoria do agir comunicativo, o sistema de ação *direito*, enquanto ordem legítima que se tornou reflexiva, faz parte do componente social do mundo da vida. Ora, como este só se reproduz junto com a cultura e as estruturas da personalidade, através da corrente do agir comunicativo, as ações jurídicas formam o *medium* através do qual as instituições do direito se reproduzem junto com as tradições jurídicas compartilhadas intersubjetivamente e junto com as capacidades subjetivas da interpretação de regras do direito [...] Nesta medida, a linguagem do direito pode funcionar como um transformador na circulação da comunicação entre sistema e mundo da vida, o que não é o caso da comunicação moral, limitada à esfera do mundo da vida".

⁸⁵ Cf. LECHTE, *op. cit.*, p. 238-239.

Para tanto, Habermas utiliza-se daquelas que entende serem as etapas morais em uma lógica de desenvolvimento, colocando os três níveis a partir dos quais elabora sua análise⁸⁶: (a) o primeiro, o nível da moralidade pré-convencional, cuja instituição nuclear corresponderia ao sistema de parentesco, estaria vinculado à sociedade primitiva, na qual as ações e seus motivos eram avaliados apenas em razão de suas conseqüências; (b) o segundo, o nível da moralidade convencional, cuja instituição nuclear corresponderia ao Estado, estaria vinculado à sociedade moderna, na qual as ações e seus motivos eram avaliados em face de sua conformidade com o sistema de normas; (c) o terceiro, o nível da moralidade pós-convencional, cuja instituição nuclear é a economia, estaria ligado à complexa sociedade capitalista, na qual os sistemas de normas devem ser justificados a partir de pontos de vista universalistas⁸⁷.

A partir de tal levantamento e levando em consideração a ultrapassagem das sociedades tradicionais, em que o direito legitima-se no sagrado sublimado, e das sociedades modernas, em que a ordem natural é formulada através de normas jurídica, Habermas coloca aquele que pode ser considerado o problema típico das sociedades contemporâneas: *como estabilizar, na perspectiva dos próprios atores, a validade de uma ordem social, na qual ações comunicativas tornam-se autônomas e claramente distintas de interações estratégicas?*⁸⁸

⁸⁶ Ver, para tanto, HABERMAS, *Teoria de la acción comunicativa II*, op. cit., p. 245-248; id., *Consciência moral...*, op. cit., p. 146-164; e, também, SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 77-78.

⁸⁷ Cf. ARAGÃO apud SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 79. Ainda essa linha, pode-se afirmar que os referidos níveis subdividem-se em seis estágios: “No nível pré-convencional, são diferenciados dois estágios: o estágio 1 (a moralidade heterônoma) e o estágio 2 (individualismo, intenção instrumental e troca). Neste nível a criança é sensível às regras sociais, distingue o bem e o mal, o certo e o errado, mas interpreta essas caracterizações ou como conseqüências físicas ou hedonísticas da ação (punição, recompensa, troca de favores) [...] No nível convencional, Kohlberg diferencia o estágio 3 (expectativas interpessoais, relações e conformidade interpessoal) e o estágio 4 (sistema social e consciência). Neste nível é considerado valioso em si preservar as expectativas da família, do grupo ou da nação a que pertence o sujeito. Trata-se não da conformidade, mas da lealdade para com as expectativas pessoais e de ordem social [...] No nível pós-convencional ou nível regulado por princípios, são distinguidos os estágios 5 (contrato social ou utilidade e direitos individuais) e 6 (princípios éticos universais). Neste nível, há o esforço visível de definir valores e princípios morais que tenham validade independentemente da identificação do sujeito com as pessoas do grupo” (cf. FREITAG apud SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 77-78, nota 4). No mesmo sentido, por fim, ver MOREIRA, *Fundamentação do direito em Habermas*, op. cit., p. 31-94; e, também, SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 131-136, que apresenta a seguinte metáfora: na moralidade pré-convencional, o indivíduo está aprendendo as regras do jogo; na etapa convencional, ele está apto a jogá-lo; e, por fim, na fase pós-convencional, ele se torna capaz de criticar tais regras.

⁸⁸ Ver, para tanto, HABERMAS, *Direito e democracia I*, op. cit., p. 45.

A resposta para tal questão não é simples e, para Habermas, o sistema jurídico corre o risco de se transformar num elemento de colonização do mundo da vida, caso entendido através da leitura weberiana que reduz o direito ao *status* de *medium regulativo*, em face do monopólio da sanção, cuja legitimidade emanaria exclusivamente do recurso à positividade⁸⁹.

Nesse contexto, visando analisar o desenvolvimento dos sistemas jurídicos contemporâneos, pode-se dizer que Habermas utiliza-se de Weber como uma espécie de *sparring*, na medida em que suas reflexões servem de fio condutor para a crítica habermasiana⁹⁰.

Segundo Weber, o direito mantinha autonomia em relação à moralidade, visto que ele seria resultado da criação normativa realizada pelo Legislativo, desde que satisfeitas as condições processuais previstas no contrato social. Mais: a relação da moral com o direito era entendida como mecanismo de enfraquecimento da coercibilidade inerente ao funcionamento de qualquer sistema jurídico. Em suma, o direito devia ser compreendido dentro de uma racionalidade neutra no que diz respeito à moralidade, capaz de ser sustentada

⁸⁹ Id., *ibid.*, p. 102: “Segundo Weber, o Estado de direito obtém sua legitimação, em última instância, não da forma democrática da formação política da vontade, mas somente de premissas do exercício da dominação política conforme ao direito – a saber, da estrutura abstrata das regras e leis, da autonomia da jurisdição, vem como da vinculação jurídica e da construção *racional* da administração”. Na mesma linha, consultar, SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, *op. cit.*, p. 118-119.

⁹⁰ Cf. HABERMAS, *Teoria de la acción comunicativa I*, *op. cit.*, p. 197-350; e, ainda, MOREIRA, *Fundamentação do direito em Habermas*, *op. cit.*, especialmente os dois capítulos iniciais. Nesse sentido, consultar também PEPE; WARAT, *op. cit.*, p. 86-91, que destacam a concepção habermasiana de que as correntes de pensamento que postulam a desconexão completa entre direito e moral, de um lado, e direito e política, de outro, equivocam no que diz respeito ao que seja a sociedade contemporânea. Assim, atento aos desdobramentos das questões relativas à compreensão do fenômeno jurídico na modernidade, Habermas procura desenvolver uma reconstrução crítica do papel do direito moderno nas diferentes esferas de ação social, a partir das formas discursivas que repensam as práticas teóricas do direito, seja no espaço da legalidade, seja no da legitimidade, estabelecidas no interior das relações sociais. Nesse contexto, a idéia de que o discurso jurídico moderno implica uma separação entre moralidade e legalidade constitui, para Habermas, um problema, à medida que a legalidade exige uma justificação prática. Observa-se, desse modo, que as críticas habermasianas dirigem-se em grande parte à teoria weberiana, que junta o direito moderno à dominação legal, sem desenvolver, contudo, qualquer justificativa para tanto, limitando-se somente às questões atreladas ao princípio da positividade. Isso porque, segundo Habermas, Weber reduz o direito a um meio de organização, que atua como uma forma de ação racional com respeito a fins, desconectando sua racionalização do complexo de racionalidade prático-moral. Contrário a tal posição, Habermas insiste na necessidade de um entrelaçamento simultâneo entre direito e moral, considerando-o requisito básico para o seu projeto emancipatório da modernidade, tendo em vista que a realização do Estado de direito exige uma fundamentação jurídica aberta à argumentação moral. Para Habermas, apenas assim é possível pensar a autonomia do direito, de modo que se possa, através dos procedimentos institucionalizados, desenvolver um ambiente argumentativo no qual a racionalidade ética consiga encontrar seu espaço de interlocução na constituição do sistema jurídico.

exclusivamente através de seus aspectos formais: (a) na sistematicidade conceitual; (b) num conjunto de normas capaz de assegurar as liberdades negativas frente ao Estado; (c) na institucionalização de procedimentos que permitissem, em alguma medida, a previsibilidade das relações sociais⁹¹.

Ademais, não se pode olvidar que, para Weber, essa racionalização aliada à ética protestante é que será a responsável pela estruturação da modernidade e resultará na tripartição entre moral, ética e direito positivo. Tal perspectiva possibilitou o surgimento da idéia de que a legitimidade do direito poderia ser encontrada dentro do seu próprio formalismo, o que contribuiu para que, com base numa leitura autopoietica, o positivismo e o normativismo jurídico insistam na tentativa de extrair a legitimidade a partir da legalidade inerente ao sistema jurídico⁹².

Habermas, ao contrário, entende que a positividade e o formalismo mostram-se insuficientes para a legitimação exigida pelo direito moderno, sendo a *fundamentação* o único elemento capaz, em certa medida, de impedir que o direito, em face dos imperativos sistêmicos ligados ao mercado e à burocracia, transforme-se em um instrumento de colonização do mundo da vida⁹³.

Essa fundamentação, contudo, aproxima a teoria do agir comunicativo da idéia kantiana de razão prática, conforme destaca Souza Cruz⁹⁴, na medida em que submete o direito a um critério de validade vinculado ao campo da moral. Isso significa dizer que, para Habermas, a moral permanece sendo um elemento condicionante do direito, uma vez que o papel da integração social continuaria ligado às exigências morais e, assim, a legitimidade da legalidade apenas ocorreria em face da abertura à dimensão da moralidade⁹⁵, o que leva à conclusão de que, para Habermas, tanto a moral quanto o direito constituem normas de ação de segunda ordem⁹⁶.

⁹¹ Cf. SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 119; e, também, MOREIRA, *Fundamentação do direito em Habermas*, op. cit., p. 65-66.

⁹² Cf. SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 120.

⁹³ Id., *ibid.*, p. 120.

⁹⁴ Id., *ibid.*, p. 121.

⁹⁵ Ver, para tanto, MOREIRA, *Fundamentação do direito em Habermas*, op. cit., p. 73-81 e 148-149.

⁹⁶ Cf. HABERMAS, *Teoria de la acción comunicativa II*, op. cit., p. 245.

No entanto, Habermas percebe que seu modelo de verdade consensual, alcançado pelo agir comunicativo, só pode suprir parcialmente o elemento *cognitivo* da questão da integração social, tendo em vista que está voltado unicamente para a argumentação moral e, assim, não seria capaz de ultrapassar o paradigma da filosofia da consciência, permanecendo refém da razão prática kantiana. Do mesmo modo, ele reconhece, ainda, que outros dois elementos ligados aos discursos práticos carecem de suprimento: o *motivacional*, cuja função seria reduzir o risco de dissenso, a partir da estabilização das expectativas de comportamento, mediante a inclusão de problemas concretos, como os ético-políticos e os pragmáticos; e o *operacional*, visto que a situação ideal de fala, entendida como mecanismo de verificação da legitimidade dos discursos, sem delimitação de tempo, redundaria na transformação das relações humanas em uma discussão ininterrupta, o que resultaria em sua total inoperância prática. Esses três elementos, segundo a análise de Souza Cruz, são os responsáveis por levar Habermas à formulação da teoria discursiva do direito⁹⁷.

Observa-se, assim, com base na análise feita por Pepe e Warat⁹⁸, que Habermas procura, lançando mão de sua *teoria da ação comunicativa*, reconstruir uma teoria da sociedade comprometida com uma análise prática, mediante o desenvolvimento de três planos de estudos vinculados entre si com a elaboração de (a) um conceito de racionalidade comunicativa, através do qual busca superar as reduções cognitivo-instrumentais das modernas ciências sociais; (b) um conceito de sociedade, mediante o qual se possam articular as concepções de *mundo da vida* e de *sistema*; e, por fim, (c) uma teoria crítica da modernidade, voltada à explicação de algumas patologias sociais e à tentativa de compreensão dos paradoxos da modernidade, dentre os quais exsurge o legado do direito.

⁹⁷ Cf. SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 122.

⁹⁸ Cf. PEPE; WARAT, op. cit., p. 83. Ver, ainda, D'AGOSTINI, op. cit., p. 500: "O objetivo da *Teoria do agir comunicativo* é ainda aquele dos primeiros escritos habermasiano: trata-se sempre de individuar uma teoria da sociedade que possa ser crítica e reconstrutora. A novidade relevante é que agora, já que o sujeito *intersubjetivo* é um sujeito lingüístico, Habermas se volta para a teoria da linguagem, seja na sua variante hermenêutica, como na analítica, desenvolvendo ele, assim, uma releitura *pragmático-lingüística* da hermenêutica filosófica, e entende esta última como perspectiva que considera a linguagem na qualidade de *evento da comunicação*".

No mesmo sentido, Souza Cruz⁹⁹ refere que, ao fim e ao cabo, a teoria do agir comunicativo evidencia o esforço múltiplo de Habermas no sentido da construção simultânea de uma teoria da racionalidade, uma teoria da sociedade e uma teoria da modernidade, sobre uma metalinguagem dos processos comunicativos, como reflexo do projeto filosófico de uma pragmática universal. Porém, é apenas com a publicação de *Direito e democracia* e, sobretudo, de *Verdade e justificação* que a transcendentalidade de seu projeto começa a se distanciar de uma proposta contrafática do discurso lingüístico.

Por isso, em última instância, pode-se concluir, ainda com Souza Cruz¹⁰⁰, que, na verdade, o que Habermas elabora é uma teoria crítica da sociedade, a partir de uma pragmática lingüística formuladora de sua concepção de racionalidade. Entretanto, com isso, ele também possibilita a construção de uma visão própria da moral, do direito e da democracia. Assim sendo, é justamente nesse sentido que se pode dizer que a questão da fundamentação do direito, no âmbito da teoria do agir comunicativo, localiza-se precisamente na esfera dos estímulos sistêmicos sobre o mundo da vida¹⁰¹.

2.1.5. A terceira fase: a teoria discursiva do direito

Muito embora Habermas trate do direito tanto na parte relativa a Weber, como também nos capítulos em que analisa as teorias de Durkheim e de Parsons e, ainda, nas considerações finais da obra *Teoria de la acción comunicativa*¹⁰², é

⁹⁹ Cf. SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro, op. cit.*, p. 84.

¹⁰⁰ Id., *ibid.*, p. 118.

¹⁰¹ Nesse sentido, ver HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação. Ensaios filosóficos*. São Paulo: Landy, 2004, p. 8: “A pragmática lingüística serviu à formulação de uma teoria do agir comunicativo e da racionalidade. Ela constitui o fundamento de uma teoria crítica da sociedade e abriu caminho para uma concepção da moral, do direito e da democracia ancorada na teoria do discurso”.

¹⁰² Ver, para tanto, REDONDO, Manuel Jiménez. Introducción. In: HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 18, para quem Habermas coloca, logo no primeiro capítulo de sua obra, a possibilidade de uma coordenação entre filosofia política, sociologia do direito e teoria do direito e o faz situando a sua *teoria do direito* no contexto de sua *teoria da ação comunicativa*, o que evidencia a importância que ele dá à reformulação do conceito de *razão prática* através do conceito de *razão comunicativa*. Ainda sobre a análise do direito nessa primeira fase do pensamento habermasiano, ver MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, especialmente os dois capítulos iniciais.

apenas em *Direito e democracia: entre facticidade e validade*¹⁰³ que ele se volta, de fato, para a análise dos sistemas jurídicos, investigando em que medida a teoria do discurso e do agir comunicativo podem contribuir para o esclarecimento e a compreensão das possibilidades de associação política no paradigma do Estado democrático de direito.

Para tanto, Habermas supõe, preliminarmente, que a inquietação verificada nas sociedades ocidentais, no final do século XX, deriva do pressentimento – que ele pretende transformar em um saber explícito durante a obra – de que não se pode ter nem manter um Estado de direito sem democracia radical, especialmente em uma época de política inteiramente secularizada¹⁰⁴.

Na tentativa de transformar esse pressentimento em um saber explícito, Habermas parte da idéia de que, no Estado de direito, as formas de comunicação da formação política, da legislação e da jurisprudência surgem como partes de um processo maior de racionalização dos mundos da vida inerente a sociedades modernas pressionadas por imperativos sistêmicos¹⁰⁵.

Em um primeiro momento, sobretudo nos dois capítulos iniciais de *Direito e democracia*, Habermas procura esclarecer, de um lado, por que a teoria da ação comunicativa confere um valor de destaque ao direito e, de outro, por que ela forma, por sua vez, um contexto adequado para uma teoria do direito alicerçada no princípio do discurso¹⁰⁶.

Segundo Habermas, a teoria do agir comunicativo busca assimilar a já referida tensão entre facticidade e validade, levando em conta que o *medium* do direito – especialmente em face da idéia moderna de direito positivo – pode ser considerado uma espécie de estabilizador, visto que aparecer como um dos

¹⁰³ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I e II*, *op. cit.*, ou, ainda, a versão castelhana, *id. Facticidad y validez*, *op. cit.*

¹⁰⁴ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I*, *op. cit.*, p. 13.

¹⁰⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 22.

¹⁰⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 23-24. Nesse sentido, ver LEAL, *Habermas...*, *op. cit.*, p. 406: “Segundo a teoria do discurso de Habermas, todo ato comunicativo carrega em si afirmações de validade (verdade, correção e sinceridade), em que a validade reivindicada é capaz de suportar críticas sob condições de discurso, ou seja, um contexto de justificação argumentativa de suas pretensões que os participantes consideram irrepreensível”.

candidatos a explicar de que modo ocorre a reprodução da sociedade em um solo tão frágil como aquele das pretensões de validade transcendentais¹⁰⁷.

Isso porque, como já referido, o conceito de agir comunicativo – marcado justamente por considerar o entendimento lingüístico como mecanismo de coordenação de ação – permite que as suposições contrafactuais dos atores que orientam seu agir segundo as pretensões de validade possam adquirir relevância imediata no que diz respeito à construção e à conservação de ordens sociais, tendo em vista que estas se mantêm através do reconhecimento de pretensões de validade normativas¹⁰⁸.

Observa-se, assim, que a teoria discursiva pretende, ao fim e ao cabo, ajustar definitivamente a proposta habermasiana à filosofia da linguagem – enquadrando-se em uma linha de pensamento alternativa às filosofias irracionistas e às suas objeções à razão como parâmetro para a civilização¹⁰⁹ –, visto que o direito, para Habermas, legitima-se na medida em que ele se realiza através do agir comunicativo, resultante de uma razão comunicacional¹¹⁰.

Nesse contexto, Souza Cruz entende que a teoria discursiva do direito – ou a teoria do direito habermasiana – apresenta-se como uma das grandes possibilidades de resgate do papel da filosofia na alta modernidade, visto que exerce as funções de *guardião do lugar da racionalidade científica e de intérprete mediador do mundo da vida*¹¹¹.

Dito de outro modo, ainda na esteira de Souza Cruz¹¹², a teoria discursiva do direito é uma teoria que inova por desenvolver uma nova concepção de

¹⁰⁷ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I*, op. cit., p. 24-25.

¹⁰⁸ Id., ibid., p. 35. Na mesma linha, ver SOUZA CRUZ, *Jurisdição constitucional democrática*, op. cit., p. 217, para quem “cumprir ao direito o papel de superação dessa tensão [entre faticidade e validade]. Se ele busca estabilizar expectativas de comportamento, por pressuposto ele deve organizar o discurso estabelecido, trabalhando para que o mesmo surta efeitos”.

¹⁰⁹ Cf. SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 128.

¹¹⁰ Ver, para tanto, LEITE, op. cit., p. 228; e, também, SOUZA CRUZ, *Jurisdição constitucional democrática*, op. cit., p. 216: “Ora, da mesma maneira que a *Teoria da Constituição* contemporânea iniciou seu trabalho no exato ponto em que Kelsen afirmou a inexorabilidade da discricionariedade judicial, a *Teoria Discursiva* de Habermas procura construir uma fundamentação do direito que sustente a correção decisória por meio da ampliação de horizontes procedida pela *Teoria da Argumentação* construída por Alexy”.

¹¹¹ Ver, para tanto, SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. XVII.

¹¹² Id., *Jurisdição constitucional democrática*, op. cit., p. 261. Nesse sentido, Habermas (*Direito e democracia I*, op. cit., p. 2440) entende que “a teoria do direito abrange, não somente a legislação e a administração, portanto todos os sistemas parciais que se ocupam reflexivamente da produção e reprodução do direito,

sociedade e, sobretudo, por apresentar – de modo até então inédito – a possibilidade de formação da legitimidade a partir da legalidade, tendo em vista a maneira como concebe a integração do mundo da vida através do agir comunicativo¹¹³.

Para tanto, Moreira salienta que a teoria discursiva do direito implica, fundamentalmente, três perspectivas: (a) *primeira*, há um rompimento com a razão prática à medida que a razão comunicativa não se coloca como informativa para a ação, constituindo uma normatividade *a posteriori*; (b) *segunda*, uma vez que a razão comunicativa é apenas mediatamente prática, verifica-se que a validade intrínseca ao direito mostra-se falível, estando sempre suscetível de problematização e de revisão; (c) *terceira*, ocorre uma mudança sensível na relação entre direito e moral, de tal maneira que a noção inicial de complementaridade entre as normas jurídicas e as normas morais é substituída pela noção de simultaneidade genética ou, então, co-originaridade¹¹⁴.

Em síntese, através da teoria discursiva e do paradigma procedimental, Habermas vai apresentar seu projeto, mesmo que às vezes indiretamente, para a construção de uma teoria do direito pós-positivista e pós-metafísica, o que implica, em alguma medida, a análise do modo como se operam a fundamentação, a aplicação e a interpretação, como se verá a seguir.

mas também o sistema jurídico, em sentido mais amplo. Ela se distingue da dogmática jurídica através da pretensão de produzir uma teoria da ordem jurídica em sua totalidade. E, nisso, ela leva em conta as perspectivas dos outros participantes, ao introduzir na própria perspectiva de esclarecimento, que é a do jurista especializado, os papéis do legislador político, da administração e dos membros do direito (enquanto clientes ou cidadãos)".

¹¹³ Nesse sentido, Cattoni de Oliveira (*Jurisdição e hermenêutica constitucional...*, *op. cit.*, p. 60-61; *Teoria discursiva da argumentação*, *op. cit.*, p. 209-210) destaca que: "Habermas, pois, pretende que sua teoria do discurso seja capaz de reconstruir histórica, sociológica e teoreticamente como tal emergência da legitimidade através da legalidade teria tornado-se possível na modernidade, de modo, inclusive, a apresentar o que seria uma justificação moderna das organizações político-jurídicas; desloca-se, assim, o velho problema metafísico acerca do fundamento: uma soberania popular, concebida em termos procedimentais, ligar-se-ia internamente a um sistema de direitos fundamentais, em razão dos desafios que a própria evolução social contingente teria colocado a si mesmo, num movimento de autodescrição da própria sociedade, que se faz moderna e complexa, sem centro, sem fundamento último e sem a possibilidade de apelos ontológicos à transcendência, supra ou ahistórica".

¹¹⁴ Cf. MOREIRA, *Fundamentação do direito em Habermas*, *op. cit.*, p. 137-138 e 181-182, onde o autor destaca que a teoria discursiva do direito não privilegia um *direito formal* (Estado liberal) e tampouco um *direito material* (Estado social), uma vez que não se atém a padrões dados, mas sim à constituição de uma

2.2. A QUESTÃO DA INTERPRETAÇÃO: EM BUSCA DE UMA HERMENÊUTICA PROCEDIMENTAL

Com efeito, a questão da interpretação, certamente, não ocupa o centro dos trabalhos desenvolvidos por Habermas ao longo de sua trajetória, em que pese a importância que ela tem para o direito, mais especificamente para a teoria e a filosofia do direito contemporâneas.

Nesse sentido, adotar-se-á como fio condutor, pelo menos inicialmente, na tentativa de demonstrar o modo como ocorreu o giro ontológico lingüístico no interior do pensamento habermasiano, o polêmico e profícuo debate filosófico promovido, durante as décadas de 60 e 70, entre Habermas e Gadamer (2.2.1).

Em seguida, buscar-se-á compreender melhor o papel que a linguagem vai adquirir e desempenhar ao longo do projeto habermasiano, considerando, sobretudo, os efeitos da noção de hermenêutica crítica e as conseqüências do giro lingüístico pragmático por ele operado (2.2.2).

Por fim, analisar-se-á o modo como Habermas aborda a questão da interpretação, mais especificamente no âmbito da teoria discursiva do direito, tendo em vista a fundamentação por ele proposta, a partir do paradigma procedimental (2.2.3).

2.2.1. O debate entre Habermas e Gadamer

De início, merece destaque o fato de que Habermas apresenta uma leitura diferenciada a respeito do *linguist turn*, segundo a qual os avanços de Heidegger e Gadamer desconsideram os aspectos pragmáticos do diálogo, que, desde Humboldt, seriam o *locus* da racionalidade comunicativa¹¹⁵.

liberdade comunicativa capaz de garantir a perpetuação da criação do ato jurídico como *processo constituinte permanente*.

¹¹⁵ Ver, para tanto, HABERMAS, Jürgen. *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*. Buenos Aires: Paidós, 2004, p. 69-72; id., *Verdade e justificação*, *op. cit.*, p. 63-97; e, ainda, MOREIRA, *fundamentação do direito em*

Nas palavras de Habermas, *Heidegger foi um desses pensadores radicais, que abriu ao redor de si um abismo*¹¹⁶. Isso porque, para Heidegger, a modernidade chegou ao fim quando a perda da unidade da razão tornou-se irrecuperável, ocasião em que se mostrou necessária, portanto, a construção de um novo projeto filosófico, a partir de um paradigma que transcendesse a mera racionalidade e desse conta da condição humana¹¹⁷.

Nesse contexto, Habermas procurou, desde o início, um caminho alternativo ao naturalismo de Quine e, também, ao idealismo da história do ser nos termos propostos por Heidegger, à medida que buscou configurar o paradigma filosófico da virada lingüística fora de qualquer pragmatismo transcendental¹¹⁸.

No entanto, isso não impediu que Habermas direcionasse suas baterias contra a hermenêutica filosófica, tendo em vista o fato de haver sido colega de docência de Gadamer, na primeira metade da década de 60, na Universidade de Heidelberg¹¹⁹, período em que, enquanto este realizava seus estudos humanísticos, em face de sua aproximação de Heidegger, e desenvolvia um interesse filosófico pelo diálogo com a tradição, refletindo acerca das condições

Habermas, op. cit., p. 179, para quem, sob a ótica habermasiana, a *filosofia da consciência*, própria à subjetividade, será confrontada com três grandes perspectivas: a *reviravolta hermenêutica*, de Heidegger e Gadamer; a *semiótica-pragmática*, de Peirce, e a *pragmática*, seja a *transcendental* de Apel, seja a *universal*, de Habermas. Nesse contexto, a reviravolta lingüística, entendida como mudança de paradigma, ocorrerá mediante a tese de que a linguagem é o *medium* irrecusável de *sentido* e *validade* de todo e qualquer *saber* humano, de al maneira que passa a se o *locus* das *soluções consensuais* de toda e qualquer pretensão de validade.

¹¹⁶ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Dialética e hermenêutica. Para a crítica da hermenêutica de Gadamer*. Porto Alegre: L&PM, 1987, p. 75.

¹¹⁷ Cf. STEIN, *Epistemologia...*, *op. cit.*, p. 29. Ao contrário da *crítica progressista* – de Habermas –, que pretende continuar o projeto inacabado da modernidade, a *crítica conservadora* – de Heidegger – defende a existência de uma sucessão de momentos da história que não são apenas exteriores e formais, mas que têm conteúdo e substância. Heidegger chamará estes momentos de *princípios epocais*, de modo que cada época teve um princípio a partir do qual se determinava o que era arte, religião, moral, ciência, etc. Com o fim da modernidade, o que se verifica é que, pela primeira vez, vive-se uma situação na qual não se tem mais um princípio único definidor destas instâncias da cultura e da história humana. E mais: sequer se sabe como se faz esta passagem da modernidade para um outro começo, porque, afinal de contas, o homem desta virada de século ainda é um ser de dois mundos.

¹¹⁸ Cf. SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro, op. cit.*, p. 80-81. Destaque-se, entretanto, que as críticas a Heidegger, nos termos propostos por Souza Cruz (*ibid.*, p. 244-248), não condizem com a profundidade e o elevado nível de sua recente e publicação.

¹¹⁹ Ver, para tanto, HABERMAS, *Dialética e hermenêutica, op. cit.*; e, especialmente, HAMMES, Itamar Luís. *O debate Habermas-Gadamer: um caso exemplar de experiência hermenêutica*. 2003. 123 f. Dissertação de Mestrado. Curso de Pós-Graduação em Filosofia. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003.

históricas e filosóficas da compreensão e da interpretação; aquele tentava ultrapassar seus mestres da Escola de Frankfurt, em busca da esperança que ainda mantinha¹²⁰.

Dito de outro modo, Habermas percebeu, logo no começo de seus estudos, a importância de iniciar um debate acadêmico, isto é, um diálogo intelectual, com Gadamer, filósofo que, alguns anos mais tarde, ele reconheceria como aquele que *lança pontes e vence distâncias*¹²¹.

Com efeito, a crítica habermasiana à hermenêutica filosófica, resultante do diálogo realizado com Gadamer, se dá mediante a publicação de quatro artigos¹²², cuja publicação ocorre em momentos bastante distintos, entre os anos 60 e 80, período durante o qual se estendeu o debate filosófico¹²³.

No primeiro, *Sobre "Verdade e método", de Gadamer*¹²⁴, Habermas elabora suas críticas contra: (a) a autocompreensão ontológica da hermenêutica¹²⁵, (b) a reabilitação do preconceito e a importância da tradição¹²⁶, (c) a absolutização da

¹²⁰ Cf. HABERMAS, *Dialética e hermenêutica*, op. cit., p. 7.

¹²¹ Id., ibid., p. 75: "Ora, Heidegger foi um desses pensadores radicais, que abriu ao redor de si um abismo. Eu vejo a grande realização de filosófica de Gadamer no fato de ele lançar pontes sobre este abismo. Mas a imagem da ponte sugere falsas conotações, suscita a impressão de alguém dando uma ajuda pedagógica para a tentativa de se aproximar de um lugar acessível. Não é o que quero dizer. Eu preferiria então dizer que Gadamer urbaniza a província heideggeriana".

¹²² Os referidos textos: são *Sobre "Verdade e Método", de Gadamer* (1967), *A pretensão de universalidade da hermenêutica* (1970), *Hans-Georg Gadamer: urbanização da província heideggeriana* (1979) e *Hermenêutica filosófica: leitura tradicionalista e leitura crítica* (1981), compilados e publicados, no Brasil, através da obra *Dialética e hermenêutica* (1987).

¹²³ Segundo Bleicher (op. cit., p. 216), enquanto a controvérsia entre Gadamer e Betti dizia respeito à questão da interpretação objetiva, o debate travado com Habermas girava em torno da problemática ligada à (im)possibilidade de uma hermenêutica *profunda*, ou *crítica*.

¹²⁴ Cf. HABERMAS, *Dialética e hermenêutica*, op. cit., p. 13-25.

¹²⁵ Id., ibid., p. 13-15. Para Habermas, a tese gadameriana central de que *o momento histórico-efetual permanece produtivo em toda a compreensão da tradição* não pode, contudo, levar à suspensão até do estranhamento metódico do objeto, que distingue entre uma compreensão que se reflete e a experiência comunicativa do cotidiano. O confronto entre *verdade e método* não deveria ter induzido à contraposição abstrata da experiência hermenêutica ao conhecimento metódico entendido como um todo.

¹²⁶ Id., ibid., p. 16-19. Nesse sentido, pode-se afirmar que a crítica de Habermas à hermenêutica filosófica incide, fundamentalmente, ali onde Gadamer identifica autoridade (tradição) com conhecimento e, também, na medida em que tenta reabilitar o preconceito, a partir da estrutura preconceitual do compreender. Mais: Habermas afirma que, ao reabilitar o preconceito como tal, "Gadamer é impulsionado pelo conservadorismo daquela primeira geração, pelo movimento ainda não voltado contra o racionalismo do século XVIII, como em Burke, na convicção de que a verdadeira autoridade não precisaria aparecer como autoritária. Ela se diferenciaria da falsa autoridade pelo reconhecimento, *sim, imediatamente autoridade não tem a ver com obediência, e sim com conhecimento* [Gadamer]. Esta frase duríssima exprime uma convicção filosófica fundamental, que não coincide com a hermenêutica, mas quando muito com sua absolutização. [...] Gadamer visa aquele tipo de processo de formação através do qual a tradição é transposta para os processos individuais de aprendizagem e apropriada como tradição. A pessoa do educador legitima aqui preconceitos que são inculcados no educando com autoridade, e isto

experiência hermenêutica e o não-reconhecimento da força de transcender da reflexão¹²⁷, (d) a crítica da ideologia¹²⁸.

Com essas objeções, Habermas conclui que Gadamer termina ficando impedido de tirar as conseqüências que permeiam as suas análises, em face dos resíduos do kantismo conservado pela ontologia fundamental. Para tanto, afirma que Gadamer evita a passagem das condições transcendentais da historicidade para a história universal, em que elas mesmas se constituem. Isso porque, segundo Habermas, Gadamer não se dá conta de que, na dimensão da tradição, é necessário pensar como já mediado aquilo que, para a diferença ontológica, não seria capaz de mediação: as estruturas lingüísticas e as condições empíricas. Em síntese, por causa disso, Gadamer consegue dissimular, para si, que a vinculação prática da compreensão à situação hermenêutica daquele que compreende implica, inevitavelmente, a antecipação hipotética de uma filosofia da história marcada por sua intenção prática¹²⁹.

quer dizer como quer que o encaremos: sob potencial ameaça de sanções e com perspectivas de gratificações [...] Assim, a hermenêutica eleva à consciência aquilo que nos atos de compreensão sempre esteve preestruturado historicamente através de tradições inculcadas". Ainda sobre o tema, ver BLEICHER, *op. cit.*, p. 206-223, para quem, entre as principais objeções habermasianas à hermenêutica filosófica, estão as implicações da natureza da *pré-estrutura da compreensão*, especialmente sobre a situação da linguagem como seu fundamento último, e as implicações do sentido imposto pela tradição; e, também, D'AGOSTINI, *op. cit.*, p. 499, que destaca o fato de Habermas considera a hermenêutica, especialmente na versão apresentada por Gadamer, conservadora, consoladora e, absolutamente, incapaz de criticar e desmascarar a ideologia.

¹²⁷ Cf. HABERMAS, *Dialética e hermenêutica*, *op. cit.*, p. 20-21: "A auto-reflexão hermenêutica só se descaminha para este irracionalismo, contudo, quando ela absolutiza a experiência hermenêutica e não reconhece a força de transcender da reflexão, que também trabalha nela. A reflexão não pode mais, certamente, ultrapassar-se rumo a uma consciência absoluta que ela mesma pretenderia então ser. Está barrado o caminho para o idealismo absoluto a uma consciência transcendental que foi abalada hermeneuticamente e derrubada de volta para o contexto contingente de tradições. Mas esta consciência precisa, por isso, atolar-se no caminho de um idealismo relativo?"

¹²⁸ Id., *ibid.*, p. 21: "Na medida em que as legitimações não manifestam a relação de violência, cuja institucionalização possibilitam, e na medida em que isso apenas se exprime nas legitimações, a linguagem também é ideológica. Aí não se trata apenas de enganos numa linguagem, mas sim de engano com a própria linguagem. A experiência hermenêutica que topa com uma tal dependência do contexto simbólico com a referência às relações fáticas passa a ser crítica da ideologia".

¹²⁹ Id., *ibid.*, p. 24. Nessa mesma linha, ver a crítica de PANNENBERG apud HABERMAS, *Dialética e hermenêutica*, *op. cit.*, p. 25, nota 10, para quem: "É um espetáculo singular presenciar como um autor agudo e que enxerga fundo não tem mãos a medir para evitar que seu pensamento tome a direção que está apontada por ele. Este espetáculo é oferecido pelo livro de Gadamer em seus esforços para evitar a mediação total hegeliana da verdade presente pela história. Este esforço está muito bem fundamentado pela indicação da finitude da experiência humana, jamais superável em um saber absoluto. Mas, estranhamente, os fenômenos descritos por Gadamer empurram sempre na direção de uma concepção universal da história da qual ele gostaria justamente de fugir - por ter diante dos olhos o sistema de Hegel".

Levando em conta as respostas apresentadas por Gadamer¹³⁰, Habermas investe, fortemente, contra aquilo que ele denomina – e, ao mesmo tempo, utiliza como título do seu segundo texto referente ao debate – *a pretensão de universalidade da hermenêutica*¹³¹.

Atento ao fato de que a *hermenêutica* implica uma *capacidade* que o homem adquire à medida que aprende a *dominar* uma linguagem natural e de que esta arte de compreender um sentido lingüisticamente comunicável e torná-lo inteligível se relaciona, simetricamente, com a arte de convencer e persuadir – o que significa dizer que retórica e hermenêutica originam-se como tecnologias, ou doutrinas da arte, que disciplinam e cultivam metodicamente uma capacidade natural –, Habermas inicia destacando que as coisas se passam de uma outra maneira com a hermenêutica filosófica, tendo em vista que ela não pode ser entendida como tecnologia, ou doutrina da arte, mas sim como crítica¹³².

Nessa linha, portanto, é que Habermas refere que a hermenêutica filosófica traz à consciência, por meio de uma orientação de caráter reflexivo, as experiências realizadas na linguagem, na medida em que o homem exerce sua competência comunicativa e, desse modo, se move constantemente no interior da linguagem¹³³.

¹³⁰ Ver, para tanto, GADAMER, Hans-Georg. *La universidad del problema hermenéutico* (1966). In: GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método II*. 5. ed. Salamanca: Sígueme, 2002, p. 213-224; e, também, GADAMER, *Retórica, hermenéutica y crítica de la ideología. Comentarios metacríticos a "Verdad y método I" (1967)*. In: GADAMER, *Verdad y método II, op. cit.*, p. 225-241.

¹³¹ Cf. HABERMAS, *Dialética e hermenêutica, op. cit.*, p. 26-72, para quem a consciência hermenêutica sempre estará incompleta enquanto não assumir em si a reflexão sobre os limites do compreender hermenêutico.

¹³² Id., *ibid.*, p. 26-27. No mesmo sentido, consultar LEITE, *op. cit.*, p. 213-214, para quem Habermas distingue dois tipos de hermenêutica: o primeiro, no sentido comum da palavra, encontra-se relacionado à capacidade humana de aprender a dominar uma linguagem natural, isto é, constitui uma arte que guarda relação de simetria com a retórica; o segundo, conhecido como hermenêutica filosófica, aponta na direção de uma atitude crítica e reflexiva, que não se confunde com as artes da compreensão, da retórica e, tampouco, do discurso, visto que não pode ser reduzida à lingüística.

¹³³ Cf. HABERMAS, *Dialética e hermenêutica, op. cit.*, p. 27-32. Nesse contexto, ainda, Habermas afirma que, estando a retórica e a hermenêutica atreladas à iniciação e à formação disciplinada da competência comunicativa, a reflexão hermenêutica pode aproveitar de partir da experiência delas. Contudo, essa reflexão do compreender e tornar inteligível, de um lado, e do convencer e persuadir, do outro, não deve estar a serviço de uma tecnologia, mas sim de uma meditação filosófica sobre as estruturas da comunicação em linguagem corrente. Ocorre que assim sendo, continua Habermas, a hermenêutica filosófica, por um lado, deve a experiência de que os meios de uma linguagem natural são suficientes para esclarecer o sentido de quaisquer contextos simbólicos – por mais inacessíveis que eles possam ser em um primeiro momento – à arte do compreender e do tornar inteligível; e, por outro, deve a experiência de que, no *medium* da comunicação de linguagem corrente, ocorre a formação e modificação de atitudes que orientam a ação – e não apenas a troca de comunicação – à arte do convencer e do persuadir.

Para Habermas, a hermenêutica filosófica desenvolve as noções da estrutura das linguagens naturais que podem ser obtidas mediante o uso refletido da competência comunicativa. Isso porque a reflexividade e a objetividade são características fundamentais da linguagem. Esse saber reflexivo, que se concentra na *consciência hermenêutica*, conforme Habermas, distingue-se nitidamente do técnico da compreensão e do discurso disciplinado como tal, sem se confundir, todavia, com a ciência da linguagem, ou lingüística¹³⁴.

Ocorre que, assim sendo, exsurge a seguinte questão, colocada por Habermas: se, de um lado, a hermenêutica filosófica mantém uma relação tão estreita com a arte da compreensão e do discurso quanto com a lingüística e, de outro, ela acrescenta tão pouco ao uso pré-científico da competência comunicativa como para a ciência da linguagem, no que consiste a importância da consciência hermenêutica?¹³⁵

Na ótica habermasiana, quatro são os aspectos sob os quais a hermenêutica adquire importância para as ciências e para a interpretação de seus resultados: (a) a consciência hermenêutica destrói a autocompreensão objetivista das tradicionais ciências do espírito, com base nas noções de situação e de horizonte hermenêuticos, ligadas ao primado da consciência histórica; (b) a consciência hermenêutica recorda às ciências sociais que existem problemas resultantes da pré-estruturação simbólica do seu campo de análise e domínio; (c) a consciência hermenêutica abala, ainda, a autocompreensão cientificista das ciências naturais, na medida em que a justificação das decisões relativas à escolha de estratégias, métodos e teorias fica adstrita às discussões levadas a cabo pela comunidade científica, que ocorrem num plano metateórico, mediante o uso de uma linguagem comum; (d) a consciência hermenêutica, em razão do desenvolvimento de um domínio da interpretação que a desafia, assimilou a necessidade de tradução dos conhecimentos científicos e demais informações

¹³⁴ Id., *ibid.*, p. 32-33.

¹³⁵ Id., *ibid.*, p. 34.

importantes para a linguagem corrente, a fim de ligar o saber técnico àquilo que se chama de consciência prática do mundo da vida¹³⁶.

Diante de tal quadro e considerando que as funções que se somaram ao progresso técnico-científico explicam a necessidade objetiva de se colocar o saber racional em harmonia com a consciência prática do mundo da vida, Habermas entende que a hermenêutica filosófica procura realizar essa tarefa, tendo em vista a sua pretensão de universalidade, na medida em que a consciência hermenêutica permite a abertura de uma via para a reintrodução da experiência da ciência na experiência humana¹³⁷.

Ocorre que, para tanto, Gadamer utiliza-se do ensinamento de Platão, ao afirmar que aquele que contempla as coisas no espelho da linguagem as conhece em sua verdade plena¹³⁸. E, segundo Habermas, o motivo histórico que fez com que a hermenêutica reagisse não combina com a premissa platônica, mormente se levado em consideração o fato de que a ciência moderna pode, legitimamente, pretender alcançar enunciados verdadeiros sobre as coisas, mediante o emprego de procedimentos monológicos, por exemplo, ao invés de atentar para o espelho do discurso humano¹³⁹.

Ademais, essa transposição do saber técnico para dentro do mundo da vida requer que o sentido gerado monologicamente seja tornado compreensível na dimensão do discurso, isto é, no diálogo cotidiano, de modo que esta tradução redunde, ao fim e ao cabo, em um problema hermenêutico: a consciência hermenêutica nasce da reflexão sobre o movimento humano *dentro* de linguagens naturais, ao passo que a interpretação das ciências para o mundo

¹³⁶ Id., *ibid.*, p. 34-36; e, exatamente na mesma linha, LEITE, *op. cit.*, p. 214-215. Ainda nesse sentido, ver STEIN, Ernildo. Dialética e hermenêutica: uma controvérsia sobre método em filosofia. In: HABERMAS, Jürgen. *Dialética e hermenêutica. Para a crítica da hermenêutica de Gadamer*. Porto Alegre: L&PM, 1987, p. 122-123, para quem, não obstante o fato de Habermas recusar a pretensão de universalidade, ele reconhece uma série de realizações positivas da hermenêutica, dentre as quais se pode destacar: (a) a capacidade de descrever as estruturas da reconstituição da comunicação perturbada; (b) a necessária referência à práxis; (c) a destruição da auto-suficiência objetivista tradicionalmente apresentada pelas ciências do espírito; (d) a importância para as ciências sociais, na medida em que lhes mostra que seu domínio objetivo encontra-se pré-estruturado pela tradição e que elas mesmas têm seu lugar histórico determinado; (e) a revelação dos limites da auto-suficiência das ciências naturais; (f) a exigência da consciência hermenêutica na tradução de informações científicas para a linguagem do mundo da vida.

¹³⁷ Cf. HABERMAS, *Dialética e hermenêutica, op. cit.*, p. 36.

¹³⁸ Cf. GADAMER, *Verdad y método II, op. cit.*, p. 230.

da vida se dá pela mediação *entre* a linguagem natural e os sistemas lingüísticos monológicos¹⁴⁰.

Na tentativa de colocar de outra maneira, ainda, a questão da validade da pretensão de universalidade da hermenêutica, Habermas indaga se poderia haver uma teoria adequada à estrutura das linguagens naturais que fundamentasse uma compreensão do sentido metodicamente assegurada¹⁴¹.

Em busca de uma resposta bem sucedida, Habermas propõe dois caminhos: no primeiro, exsurtem os limites não-triviais dos terrenos de aplicação da compreensão hermenêutica nos casos em que a psicanálise, no domínio individual, e a crítica da ideologia, no domínio coletivo, pretendem esclarecer; no segundo, observa-se que houve uma renovação do programa de uma teoria geral das linguagens naturais, a fim de se expor uma reconstrução racional de um sistema de regras capaz de definir suficientemente a competência lingüística geral, de modo que a compreensão hermenêutica do sentido corre o alto risco de vir a perder seu lugar¹⁴².

De qualquer modo, Habermas atém-se apenas à questão da possibilidade de uma ciência crítica – como a psicanálise, por exemplo – escapar da ligação da interpretação escolada à competência natural da comunicação em linguagem

¹³⁹ Cf. HABERMAS, *Dialética e hermenêutica*, *op. cit.*, p. 36-37.

¹⁴⁰ Id., *ibid.*, p. 37-38. Aliás, com base na epistemologia genética de Piaget – responsável por trazer à tona as raízes – independentes da linguagem – do pensamento operativo – Habermas entende que: “Se é correto que a inteligência operativa remete a esquemas cognitivos pré-lingüísticos e por isso a linguagem poder ser tomada a serviço instrumentalmente, então a pretensão de universalidade da hermenêutica encontra um limite nos sistemas lingüísticos da ciência e nas teorias da escolha racional. Com efeito, sob tal pressuposição pode-se tornar plausível por que sistemas lingüísticos construídos monologicamente não podem ser interpretados sem referência a uma linguagem natural e, contudo, podem muito bem ser *compreendidos* deixando-se de fora a problemática hermenêutica”.

¹⁴¹ Id., *ibid.*, p. 38-39.

¹⁴² Id., *ibid.*, p. 39-40. Nessa linha, ver, ainda, STEIN, *Dialética e hermenêutica*, *op. cit.*, p. 123-128, para quem Habermas, ao tratar dos limites da hermenêutica filosófica, aponta para duas situações específicas em que a sua competência desaparece: (a) o compreender hermenêutico move-se tão-somente no domínio da comunicação da linguagem ordinária, o que resulta na sua perda de competência nas esferas em que as proposições ultrapassam tal domínio, como ocorre, por exemplo, nos sistemas lingüísticos organizados monologicamente; (b) a consciência hermenêutica mostra-se insuficiente, ainda, nos casos em que a comunicação é sistematicamente perturbada, isto é, nos casos em que a compreensão resulta de uma organização falha do próprio discurso, como ocorre, por exemplo, no campo da psicanálise e da crítica das ideologias. Sobre o recurso habermasiano à crítica da ideologia e à psicanálise, consultar GRONDIN, *op. cit.*, p. 216-218.

corrente, em razão de uma análise semântica teoricamente fundamentada, e, assim, recusar a pretensão de universalidade da hermenêutica¹⁴³.

Nesse sentido, Habermas entende que Gadamer toma a dependência contextual da compreensão do sentido – que é trazida hermeneuticamente à consciência e que obriga o homem a partir sempre de uma pré-compreensão apoiada na tradição, constituindo permanentemente uma nova pré-compreensão toda vez que se aprende algo – e a transforma ontologicamente num primado inevitável da tradição lingüística¹⁴⁴.

Isso porque Habermas considera que Gadamer é adepto da opinião de que o esclarecimento hermenêutico de manifestações vitais – mesmo incompreensíveis ou mal-compreendidas – deve remeter sempre a um consenso previamente ensaiado através de uma tradição convergente. Assim sendo, hermeneuticamente, só seria possível ater-se e referir-se a acordos prévios concretos, ligados à tradição, de modo que não podem ser postos em questão abstratamente¹⁴⁵.

Ocorre que, segundo a perspectiva habermasiana, só é viável levantar exigência perante os participantes, na medida em que se dialoga com eles. Sob este ângulo, pode-se afirmar que o homem se submete, mais uma vez, à coação hermenêutica ao aceitar um consenso aclarador, que o diálogo retomado pode conduzir como sendo o acordo fundamental, visto que qualquer tentativa de suspeitar, abstratamente, de que um acordo, contingente, seja falsa consciência

¹⁴³ Cf. HABERMAS, *Dialética e hermenêutica*, *o.p. cit.*, p. 40-59, onde o autor, ao final, conclui que: “compreensão explanatória, no sentido de decifração hermenêutica profunda de manifestações vitais especificamente insuficientes, pressupõe não apenas, como a simples compreensão hermenêutica, a aplicação exercitada da competência comunicativa adquirida naturalmente, mas sim uma teoria da competência comunicativa. Esta se estende às formas da intersubjetividade da linguagem e ao surgimento de suas deformações [...] A metapsicologia de Freud teria de ser libertada de sua equivocada autocompreensão cientificista [...], antes de poder tornar-se fecunda como parte de uma meta-hermenêutica. Afirimo, porém, que toda interpretação [...] hermenêutica profunda de uma comunicação sistematicamente distorcida, quer seja encontrada num diálogo analítico, quer informalmente, precisa pressupor implicitamente aquelas hipóteses teóricas exigentes que só podem ser desenvolvidas e fundamentadas no quadro de uma *teoria da competência comunicativa*”.

¹⁴⁴ Id., *ibid.*, p. 60-61.

¹⁴⁵ Id., *ibid.*, p. 61.

torna-se sem sentido, porque, afinal de contas, o homem não pode transcender o diálogo que ele mesmo é¹⁴⁶.

Desse modo, encaminhando-se para a conclusão, Habermas aponta que uma hermenêutica crítica e suficientemente esclarecida sobre si mesma, isto é, capaz de distinguir a visão do cegamento, deve assumir em si *o saber meta-hermenêutico a respeito das condições de possibilidade da comunicação sistematicamente distorcida*¹⁴⁷.

Segundo Habermas, essas considerações, mesmo sem antecipação de uma teoria geral das linguagens naturais, mostram-se suficientes para que se critique duas concepções que não resultam, propriamente, da hermenêutica filosófica, mas sim de uma autocompreensão ontológica da hermenêutica, que parece falsa. Em primeiro lugar, Habermas aponta que Gadamer deduziu uma reabilitação do preconceito, não vendo nenhuma oposição entre autoridade e razão, de modo que a autoridade de tradição não é imposta cegamente, mas sim pelo reconhecimento refletido daqueles que, na medida em que estão na tradição, a compreendem e a continuam pela aplicação. No entanto, o reconhecimento dogmático de uma tradição – o que não significa a aceitação da pretensão de verdade desta tradição – só poderia ser identificado com o conhecimento mesmo, para Habermas, caso asseguradas na tradição a isenção de coação e a ilimitação do acordo sobre a tradição. Isso significa, em última análise, que o argumento de Gadamer pressuporia que o reconhecimento legitimante e a concordância que fundamenta a autoridade são ensaios sem violência, muito embora a experiência da comunicação sistematicamente distorcida choque-se frontalmente com essa pressuposição. Em segundo lugar, Habermas entende que, se a oposição entre autoridade e razão não pode ser superada hermeneuticamente, também se torna problemática a tentativa de impor limitações de princípio à pretensão de esclarecimento do intérprete. Para tanto,

¹⁴⁶ Id., *ibid.*, p. 62-63. Destaque-se, aqui, a crítica adotada por Habermas no sentido de que: “O Iluminismo sabia o que a hermenêutica esquece: que o diálogo, que segundo Gadamer nós somos, também é um contexto de violência e exatamente nisto não é nenhum diálogo... A pretensão universal do ponto de partida hermenêutico só (pode) se manter, se partirmos de que o contexto da tradição [...], como o lugar da verdade possível e do fático estar-de-acordo ao mesmo tempo também é o lugar da inverdade fática e da violência duradoura” (WELLMER apud HABERMAS, *Dialética e hermenêutica*, *op. cit.*, p. 63).

Gadamer destaca o momento do esclarecimento em que o intérprete deve voltar ao horizonte das convicções vigentes, no interior da tradição. Isso gera motivos para se suponha que o consenso de fundo das tradições enraizadas e dos jogos de linguagem habituais possam ser uma consciência integrada por coação, isto é, o resultado de uma pseudocomunicação, seja no caso dos sistemas familiares, seja nos casos da sociedade global¹⁴⁸.

Nesse contexto, Habermas finaliza afirmando que, em face das circunstâncias apresentadas, talvez fosse mais urgente apontar os limites da falsa pretensão de universalidade da crítica do que aquele referente à pretensão de universalidade da hermenêutica. Porém, à medida que se está a tratar de uma questão de direito, esta última também necessita, evidentemente, da crítica¹⁴⁹.

Tendo em vista, mais uma vez, a resposta gadameriana¹⁵⁰ e, sobretudo, o laudatório por ocasião da entrega do Prêmio Hegel a Gadamer, na cidade de Stuttgart, Habermas lança, então, *Hans-Georg Gadamer: urbanização da província heideggeriana*¹⁵¹, texto no qual considera a hermenêutica filosófica como uma ousada tentativa, posterior a Hegel, de renovar a pretensão de verdade da filosofia, a partir da superação de uma tripla quebra de tradição, isto é, da superação dos três abismos que se abrem entre a filosofia contemporânea e a filosofia grega: a ruptura que o historicismo promoveu no século XIX, a física, no século XVII, e a passagem para a compreensão moderna do mundo, no início da Idade Moderna¹⁵².

Dito de outro modo, Habermas destaca que, além da polêmica levantada pelo sugestivo título da obra de Gadamer, a hermenêutica filosófica contribuiu, sobretudo, para o auto-esclarecimento do pensamento metódico, para a

¹⁴⁷ Id., *ibid.*, p. 63.

¹⁴⁸ Id., *ibid.*, p. 65-68.

¹⁴⁹ Id., *ibid.*, p. 69.

¹⁵⁰ Ver, para tanto, GADAMER, *Réplica a "Hermenêutica y crítica de la ideología"* (1971). In: GADAMER, *Verdad y método II*, *op. cit.*, p. 243-265.

¹⁵¹ Cf. HABERMAS, *Dialética e hermenêutica*, *op. cit.*, p. 73-85.

¹⁵² Id., *ibid.*, p. 78.

liberalização da compreensão da ciência e, inclusive, para uma distinção entre a *práxis* e a investigação¹⁵³.

Nesse contexto, afirma que, caso devesse localizar a influência filosófica de Gadamer no contexto alemão da história do pós-guerra, enfatizaria como elemento mais significativo, como elemento purificador, *a grandiosa atualização da tradição humanista, voltada para a formação ou a cultura do espírito livre, que percorre a Idade Moderna como secreto concorrente e como complementação para a força marcante da ciência moderna*¹⁵⁴.

Já no último texto em que Habermas dialoga com Gadamer, intitulado *Hermenêutica filosófica: leitura tradicionalista e leitura crítica*¹⁵⁵, ele refere que a hermenêutica filosófica está voltada para a interpretação como *realização excepcional*, que só se torna necessária à medida que relevantes setores do mundo da vida tornam-se problemáticos, ou melhor, quando certezas do fundo culturalmente ensaiado se rompem e os meios normais do entendimento falham¹⁵⁶.

Segundo Habermas, a tarefa interpretativa é determinada pela distinção entre a compreensão do contexto do autor e a compreensão do contexto do intérprete, ou seja, consiste na exploração e dedução das definições de situação, que o texto pressupõe, a partir do mundo da vida do autor e de seus destinatários¹⁵⁷.

¹⁵³ Id., *ibid.*, p. 81-82: "De qualquer modo, houve uma circunstância que deixou pensativo o autor de *Verdade e método*, como o mostra o posfácio da terceira edição. Gadamer sempre voltou a indicar que a hermenêutica filosófica não podia ser reduzida a teoria da ciência, que o fenômeno da compreensão caracteriza anteriormente a toda ciência as referências ao mundo de uma forma de vida constituída comunicativamente".

¹⁵⁴ Id., *ibid.*, p. 84-85: "Gadamer é o primeiro a acentuar o caráter aberto do diálogo. Dele todos nós podemos aprender a sabedoria fundamental hermenêutica, de que é uma ilusão achar que alguém possa ficar com a última palavra".

¹⁵⁵ Id., *ibid.*, p. 86-97.

¹⁵⁶ Id., *ibid.*, p. 86-87: Isso porque, para Habermas, ao contrário da *etnometodologia* – que se interesse pela competência interpretativa dos falantes adultos, isto é, pelo modo como as ações são coordenadas pelos reiterados processos cooperativos de interpretação –, a hermenêutica filosófica preocupa-se com a competência interpretativa desde o ponto de vista de como um sujeito capaz de linguagem e de ação pode compreender manifestações incompreensíveis em um ambiente estranho.

¹⁵⁷ Id., *ibid.*, p. 88. Nesse sentido, ver, também, BLEICHER, *op. cit.*, p. 203, para quem Habermas, assim como Apel, esboçou uma abordagem em que o sentido inserido nas objetivações da atividade humana deve ser, primeiro, compreendido objetivamente e, depois, confrontado com a noção que o autor tem das intenções que lhe estão subjacentes. Isso porque ele acredita que, ao sintetizar os processos explicativos e

Assim sendo, pode-se afirmar que, de acordo com a leitura habermasiana de Gadamer, o intérprete não pode compreender o conteúdo de significação de um texto enquanto não estiver em condições de se presentificar as razões que o autor teria podido mencionar nas devidas circunstâncias¹⁵⁸.

Entretanto, por outro lado, Habermas aduz que tal tarefa não é simples e, na maioria das vezes, exige do intérprete que mantenha a atitude performativa que ele assume enquanto agente comunicativo, na medida em que o intérprete se pergunta pelas pressuposições pertinentes a um texto incompreensível¹⁵⁹.

Nesse contexto, a hermenêutica filosófica aponta para a existência de uma conexão interna entre questões de significação e questões de validade: compreender uma determinada manifestação implica pressupor sob que condições sua pretensão de validade poderia ser admitida, isto é, levando em consideração sempre o seu contexto, o que evidencia, para Habermas, como a hermenêutica filosófica, orientada tradicionalisticamente, favoreceu esta identificação de compreensão e acordo¹⁶⁰.

Não é à toa, portanto, que Habermas insiste na idéia de que quem realiza uma análise argumentativa, isto é, um discurso com a finalidade de uma avaliação fundamentadora, comporta-se, dialogicamente, no nível da validade, visto que, na esteira de Böhler, *uma “mera” aplicação fica devendo a correspondência dialógica, porque uma pretensão só pode ser reconhecida “como” pretensão de validade*

interpretativos, seja possível demonstrar aos agentes sociais quais as razões de pensarem o que pensam, de poderem estar errados e de confundirem o que poderia ser corrigido.

¹⁵⁸ Cf. HABERMAS, *Dialética e hermenêutica*, op. cit., p. 89: “O intérprete compreende então a significação de um texto na medida em que descobre por que o autor se sentiu no direito de apresentar determinadas afirmações (como verdadeiras), reconhecer determinados valores e normas (como corretos), externar determinadas vivências (como sinceras). O intérprete tem de aclarar para si o contexto que tem de ter sido pressuposto pelo autor e pelo público contemporâneo como saber comum, para que naquela época não precisassem aparecer aquelas dificuldades que hoje o texto nos apresenta, e para que pudessem aparecer entre os contemporâneos outras dificuldades, que para nós, inversamente, parecem triviais. Somente sobre este fundo de elementos cognitivos, morais e expressivos da provisão cultural do saber, a partir do qual o autor e seus contemporâneos construíram suas interpretações, pode-se tornar manifesto o sentido do texto. Mas, por outro lado, o intérprete nascido mais tarde não pode identificar estes pressupostos se ele não toma posição ao menos implicitamente com respeito às pretensões de validade vinculadas ao texto”.

¹⁵⁹ Id., *ibid.*, p. 90-91.

¹⁶⁰ Id., *ibid.*, p. 94.

*num discurso. Pois uma pretensão de validade contém a afirmação de que algo é “digno de ser reconhecido”*¹⁶¹.

Observa-se, desse modo, que, muito embora Habermas considere a contribuição metodológica da hermenêutica filosófica¹⁶², ele persiste com sua reflexão iluminista, creditando à dialética amplitude maior do que a pretendida pela hermenêutica¹⁶³, ou seja, ele conserva obstinadamente a idéia de que o pensamento crítico dialético é aquele que capta a necessidade da reflexão que a hermenêutica não leva até as últimas conseqüências.

Em suma, na linha do que arremata Stein¹⁶⁴, a questão da fundamentação da verdade – uma vez colocada na arena da história e a ela confinada, sobretudo considerando a era do fim da metafísica – parece ter se convertido em um embate entre problemas de ideologia. Neste contexto é que se situa tanto a questão da dialética, entendida como método, como também a questão da hermenêutica, entendida como tentativa de inventar a verdade mesmo para além do método. Isso porque essas duas posições metodológicas representam, ao fim e ao cabo, os dois caminhos mediante os quais se desenvolve o confronto – não excludente, mas em busca de complementaridade – sobre a questão do método

¹⁶¹ Id., *ibid.*, p. 95.

¹⁶² Destaque-se, aqui, que a contribuição metodológica da hermenêutica filosófica também pode ser resumida, segundo o próprio Habermas, do seguinte modo: “(a) que o intérprete só pode esclarecer a significação de uma manifestação simbólica enquanto virtual participante do processo de entendimento dos partícipes imediatos; (b) que o posicionamento performativo sem dúvida o vincula à pré-compreensão da situação hermenêutica inicial; (c) que, porém, esta vinculação não tem de prejudicar a validade de sua interpretação; (d) porque ele pode tornar útil para si a estrutura interna racional do agir orientado para o entendimento e para o reivindicar reflexivamente a competência avaliadora de um participante responsável da comunicação, para (e) pôr em relação sistematicamente o mundo da vida do autor e de seus contemporâneos com o seu próprio mundo da vida; (f) e para reconstruir a significação do *interpretandum* como o conteúdo objetivo pelo menos implicitamente avaliado de uma maneira criticável” (cf. HABERMAS, *Dialética e hermenêutica*, *op. cit.*, p. 93-94).

¹⁶³ O debate com Gadamer haveria se esgotado na medida em que contra um Gadamer anticientífico, poder-se-ia evocar, com Popper, o testemunho de processos de aprendizado das ciências empíricas: *não houve, apesar de tudo, crescimento cumulativo de saber?* E, contra o Gadamer tradicionalista, poder-se-ia incluir, com Adorno, o argumento da crítica à ideologia: *ao mesmo tempo que a dominância de um acordo fundamental, oriundo da história dos efeitos, não se impôs também o poder fatural de vencedores, poder que justamente destrói as condições de uma comunicação espontânea?* (cf. HABERMAS, *Verdade e justificação*, *op. cit.*, p. 89).

¹⁶⁴ Cf. STEIN, *Dialética e hermenêutica*, *op. cit.*, p. 99. Na mesma linha, ver ARAGÃO apud SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, *op. cit.*, p. 71, nota 16, para quem existe uma grande diferença entre as posições de Habermas e de Gadamer: enquanto para o segundo os dois métodos de Dilthey – explicar e compreender – excluem-se e, portanto, as questões filosóficas relativas à verdade e as questões científicas referentes ao método devem ser radicalmente separadas; para o primeiro não é possível buscar a verdade sem se utilizar do método, pois há que se ter critérios para poder distinguir entre uma compreensão válida de outra não válida nas ciências sociais.

como instrumento de produção da racionalidade, através da convergência entre filosofia e ciências humanas.

2.2.2. O papel da linguagem sob a ótica da hermenêutica crítica habermasiana

Considerando o balanço apresentado brevemente acerca do debate desenvolvido ao longo de duas décadas entre Habermas e Gadamer, pode-se afirmar, a partir da leitura habermasiana da hermenêutica filosófica, que ele não compreende a contento o giro lingüístico ontológico¹⁶⁵, em que pese seu projeto teórico recorra, freqüentemente, aos ensinamentos da hermenêutica¹⁶⁶.

Isso fica muito claro quando se observa o papel que a linguagem assume no transcorrer do pensamento habermasiano, sobretudo na medida em que ocorre a adesão à guinada analítica da linguagem – levada a cabo por Frege e Peirce¹⁶⁷ –, através da qual Habermas acredita seja possível superar o dualismo platônico entre o mundo das coisas (sensível) e o mundo das idéias (supra-sensível), interpretado, inicialmente, a partir da ontologia clássica e, modernamente, a partir do paradigma da filosofia da consciência¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Destaque-se, aqui, que a não-recepção do giro ontológico lingüístico, em sua integralidade, afeta da mesma forma os seguidores habermasianos brasileiros, conforme evidencia o exemplo trazido a lume por SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro, op. cit.*, p. 79-80: “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 ela. Ora, isso é uma limitação inexorável do conhecimento, vez que o homem jamais terá acesso pleno (fora da linguagem) da natureza”.

¹⁶⁶ Cf. STEIN, *Dialética e hermenêutica, op. cit.*, p. 122. Na mesma linha, ver, ainda, GRONDIN, *op. cit.*, p. 215, para quem: “Nos anos oitenta, ele [Habermas] desenvolveu, então, uma teoria do agir comunicativo e, a partir dela, uma ética do discurso, a qual obtêm sua legitimação pela idéia universal da compreensibilidade lingüística. Esta posterior virada ou deslocamento do enfoque representa, quem sabe, uma herança não formulada e talvez pouco notada, da pretensão hermenêutica por universalidade”.

¹⁶⁷ A respeito da guinada pragmática, tema que aqui não se poderá aprofundar, ver HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 65-148; D’AGOSTINI, *op. cit.*, p. 278-395; e, ainda, MOREIRA, *Fundamentação do direito em Habermas, op. cit.*, 103-109.

¹⁶⁸ Ver, para tanto, HABERMAS, *Direito e democracia I, op. cit.*, p. 26-35 e 55-56, onde o autor firma posição no sentido de que o ser humano depende do *medium* da linguagem para explicar a diferença entre os pensamentos e as representações. Segundo Souza Cruz (*Habermas e o direito brasileiro, op. cit.*, p. 83), isso evidencia o que de essencial ocorre nessa nova fase habermasiana: “a noção de que a linguagem é um mecanismo heurístico essencial à compreensão e ao conhecimento humanos”.

Destaque-se, aqui, que, se para Gadamer, de um lado, a hermenêutica filosófica parte da radical finitude do homem, levando em conta que a única possibilidade de se aproximar da questão do homem está vinculada à comunicação dos homens entre si e que a condição de possibilidade de qualquer, comunicação é a compreensão que acontece no interior da linguagem, porque *ser que pode ser compreendido é linguagem*, o que significa dizer que tudo aquilo que ultrapassa os limites da possível comunicação humana é indizível¹⁶⁹; para Habermas, de outro, a hermenêutica crítica busca conectar a objetividade dos processos históricos aos motivos daqueles que neles atuam, sendo a linguagem uma fonte de integração social à medida que é entendida apenas como *medium* para a transmissão de informações e redundâncias, voltado à coordenação da ação, no interior do agir comunicativo¹⁷⁰.

Dito de outro modo, na esteira de Aragão¹⁷¹, não se pode olvidar que enquanto Gadamer entende que a linguagem é a única dimensão possível de compreensão da realidade humana, Habermas defende que a compreensão do ser humano, além da dimensão hermenêutica da linguagem, exige a consideração do trabalho e da dominação, tendo em vista que eles também se apresentam como características universais da humanidade.

Segundo Lechte¹⁷², Habermas descobre que à natureza da linguagem como comunicação está associada, no âmbito do discurso, um interesse *a priori* pelo entendimento, comum entre falante e ouvinte. Isso significa dizer que os participantes do discurso chegam a um acordo que pressupõe o reconhecimento intersubjetivo da validade do que expressa o outro. Desse modo, cada

¹⁶⁹ Cf. STEIN, *Dialética e hermenêutica*, op. cit., p. 111.

¹⁷⁰ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I*, op. cit., p. 36: É nisso que consiste o agir comunicativo. Neste caso os atores, na qualidade de falantes e ouvintes, tentam *negociar interpretações comuns da situação e harmonizar entre si os seus respectivos planos através de processos de entendimento*, portanto pelo caminho de uma busca incondicionada de fins ilocucionários” (grifei). Na mesma linha, Jusefovicz (op. cit., p. 166) refere que Habermas, opondo-se a hermenêutica tradicional, destaca que a linguagem também é *medium* de dominação e de poder social, à medida que serve para a legitimação de relações de violência organizada.

¹⁷¹ Cf. ARAGÃO apud SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 71, nota 16; e, ainda, o próprio SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 70-71, para quem Habermas conecta-se ao paradigma da linguagem de um modo distinto de Gadamer, na medida em que, embora reconheça ser a linguagem o campo da construção da consciência hermenêutica, acrescenta ao aspecto da intersubjetividade o elemento técnico e emancipatório.

¹⁷² Cf. LECHTE, op. cit., p. 239.

participante é obrigado a refletir sobre sua própria posição no processo comunicativo. Nesse contexto é que Habermas afirma que a estrutura da linguagem é fundamentalmente hermenêutica, visto que ela exige que os participantes do discurso realizem uma interpretação em todos os níveis, o que aumentará o conhecimento de cada indivíduo sobre si mesmo em razão de sua interação com os demais. Este é, conforme Habermas, o verdadeiro *telos* da linguagem em acordo com um modelo de normas estabelecido. A função que corresponde à linguagem, portanto, de uma maneira ou de outra, limita-se àquela de permitir que se produza a comunicação, de modo que qualquer falha verificada de forma sistemática pode ser considerada como um uso patológico da linguagem¹⁷³.

Assim sendo, pode-se afirmar que Habermas procura conceber os pressupostos de uma hermenêutica livre dos pressupostos da metafísica, isto é, busca desenvolver os pressupostos epistemológicos do conhecimento independentemente de quaisquer condições transcendentais, estabelecidas como um dado *a priori*¹⁷⁴.

Nesse sentido, inclusive, merece destaque a inflamada linha defensiva adotada por Souza Cruz ao afirmar que não encontram qualquer fundamento as críticas de que Habermas – *um dos mais emblemáticos e festejados autores dos séculos XX e XXI*¹⁷⁵ – não se enquadra no atual debate cujo pano de fundo é a intersubjetividade da razão comunicativa, mas, ao contrário, o que se observa ao longo de sua obra é o nítido esforço habermasiano em busca do aprimoramento do projeto iluminista de emancipação, a partir de uma *hermenêutica macroscópica da evolução da sociedade entendida como mecanismo de aprendizagem e inteiramente vazada na filosofia da linguagem*¹⁷⁶.

¹⁷³ Nesse sentido, ver MOREIRA, *Fundamentação do direito em Habermas*, op. cit., p. 110, para quem: “Com o emprego da linguagem não apenas como portadora de um sentido instrumental, mas como fonte primária de integração social, se faz com o uso das forças ilocucionárias das ações de fala, surge uma coordenação que prima pelo entendimento comunicativamente alcançado”.

¹⁷⁴ Cf. SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 79.

¹⁷⁵ Id., ibid., p. 239.

¹⁷⁶ Id., ibid., p. 239.

Isso porque, conforme sustenta o próprio Habermas, a partir da particular leitura que ele apresenta em *Verdade e justificação* acerca do giro ontológico heideggeriano e gadameriano, a hermenêutica e a analítica formam tradições menos concorrentes do que complementares¹⁷⁷.

2.2.3. A interpretação na teoria discursiva do direito

Com efeito, Habermas reconhece que a hermenêutica filosófica também provocou transformações sensíveis no que diz respeito à interpretação jurídica, sobretudo porque mostrou que a atividade de aplicação do direito envolve um complexo processo de adequação entre o passado e o presente¹⁷⁸.

No entanto, ao direcionar suas baterias contra a noção gadameriana de tradição, Habermas afirma que sociedades globais como as atuais possuem tradições diversas e igualmente válidas, de modo que o intérprete do direito não pode recorrer juridicamente a um *ethos* reinante, tendo em vista que as tradições não são dados, mas apreensões que se podem fazer do passado e que, de fato, são pluristicamente apreendidas, sobretudo para que se possa decidir quais delas devem ser conservadas e quais devem ser eliminadas¹⁷⁹.

Para Habermas, à *hermenêutica jurídica* deve ser creditado o mérito de contrapor a idéia aristotélica de que nenhuma regra pode regular sua própria aplicação ao modelo convencional segundo o qual a decisão jurídica ocorre mediante a subsunção de um caso à determinada regra. Ademais, para Habermas, um estado de coisas conforme a regras só se constitui a partir do momento em que é descrito em conceitos de uma norma a ele aplicada, enquanto o significado da norma é concretizado pelo fato de ela encontrar aplicação num estado de coisas especificado por regras. Assim sendo, uma norma abrange

¹⁷⁷ Cf. HABERMAS, *Verdade e justificação*, *op. cit.*, p. 64. Nesse sentido, sem se dar conta das conseqüências do que esta a afirmar, Leite (*op. cit.*, p. 228) refere que, sob a ótica habermasiana, enquanto o discurso depende da argumentação, a argumentação implica a hermenêutica.

¹⁷⁸ Ver, para tanto, BAHIA, *op. cit.*, p. 345.

¹⁷⁹ Id., *ibid.*, p. 345.

seletivamente uma situação complexa do mundo da vida, tendo em vista o aspecto da relevância, à proporção que o estado de coisas por ele constituído nunca esgotará o conteúdo significativo de uma norma geral, visto que isso também ocorre de modo seletivo. Tal descrição, contudo, evidencia um problema metodológico, que deve ser esclarecido, naturalmente, por uma teoria do direito contemporânea¹⁸⁰.

Nesse contexto, resta compreensível por que Habermas entende que a hermenêutica propõe um modelo processual de interpretação: a interpretação começa com uma pré-compreensão valorativa, que estabelece uma relação preliminar entre a norma e o estado de coisas, o que possibilita uma abertura do horizonte; em seguida, a pré-compreensão, inicialmente difusa, torna-se cada vez mais precisa, à medida que a norma e o estado de coisas passam a constituir e concretizar reciprocamente. Isso assegura à hermenêutica uma cadeira cativa no âmbito da teoria do direito, visto que ela resolve o problema da racionalidade jurídica mediante a contextualização da razão no complexo histórico da tradição¹⁸¹.

Ocorre que, desdobrada em teoria do direito, a hermenêutica mantém uma pretensão de legitimidade da decisão judicial. Com efeito, a indeterminabilidade de um processo de compreensão circular pode ser diminuída paulatinamente através da referência a princípios. No entanto, adverte Habermas, tais princípios só podem ser legitimados a partir da história efetiva da forma de vida e do direito em que, contingencialmente, o juiz se radica. A consequência disso tudo é que aquilo que, para um, vale como *topos*, porque comprovado historicamente; para outro, pode ser pura ideologia ou preconceito¹⁸².

O *realismo jurídico*, por sua vez, problematiza tal questão, sem, contudo, contestar o valor descritivo da metodologia hermenêutica, porém chegando a

¹⁸⁰ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I*, op. cit., p. 247.

¹⁸¹ Id., ibid., p. 247-248.

¹⁸² Id., ibid., p. 248.

uma outra avaliação da pré-compreensão que orienta todo o processo de interpretação¹⁸³.

Todavia, Habermas observa que a lógica do direito – uma vez amolecida na visão da hermenêutica jurídica, na medida em que relativizada através da inserção em uma tradição – desaparece por completo com a descrição da teoria realista do processo de aplicação do direito, que passa a ser entendido e utilizado como um instrumento de controle do comportamento a ser acionado para fins racionais, ou seja, fins políticos que estejam utilitaristicamente em harmonia com o bem-estar econômico¹⁸⁴.

Em oposição às escolas hermenêutica e realista, o *positivismo jurídico* elabora o sentido normativo próprio das proposições jurídicas mediante a construção sistemática de um sistema de regras preocupado em assegurar a consistência das decisões ligadas a regras, tornando o direito independente da política, da moral e da ética, à medida que, ao contrário dos hermeneutas, teóricos como Kelsen e Hart priorizam o fechamento e a autonomia de um sistema de direitos opaco, no que diz respeito aos princípios alheios à esfera jurídica¹⁸⁵.

Contudo, mesmo no positivismo jurídico, o problema hermenêutico fundamental subsiste uma vez que a segurança jurídica revela-se como a base sobre a qual são tratados os casos difíceis: como fundamentar a adequação de decisões seletivas inevitáveis? Para Habermas, o positivismo jurídico responde de forma absolutamente insuficiente à indagação, na medida em que analisa apenas as conseqüências do problema como sintomas de inevitável imprecisão da linguagem ordinária¹⁸⁶.

¹⁸³ Id., *ibid.*, p. 248.

¹⁸⁴ Id., *ibid.*, p. 249.

¹⁸⁵ Id., *ibid.*, p. 250.

¹⁸⁶ Id., *ibid.*, p. 251-252: “Hart pensa que a carência interpretacional das normas jurídicas é resultado da estrutura aberta das linguagens naturais e chega a uma conclusão decisionista. Na proporção em que o direito vigente não é suficiente para a determinação precisa de um estado de coisas, o juiz deve decidir conforme seu próprio arbítrio. O juiz preenche o seu espaço de arbítrio através de preferências não fundamentáveis juridicamente e às vezes orienta suas decisões por padrões morais, que não são mais cobertos pela autoridade do direito”.

Nesse sentido, Cattoni de Oliveira afirma que, ao contrário da teoria da interpretação kelseniana – que associava a aplicação do direito ao exercício de um poder discricionário, por exemplo –, o estágio alcançado pelo direito no paradigma do Estado democrático de direito não é indiferente às razões pelas quais um juiz ou tribunal toma suas decisões. Em outras palavras: o direito contemporâneo exige a reflexão acerca dos paradigmas que informam e conformam toda decisão jurisdicional¹⁸⁷.

Diante deste contexto, Habermas dedica-se à teoria dos direitos, elaborada por Dworkin, entendendo-a como uma tentativa de superar as deficiências das propostas teóricas apresentadas nas teorias hermenêutica, realista e positivista, e ainda de esclarecer, mediante a noção de direitos concebidos deontologicamente, de que modo a prática da decisão judicial pode satisfazer as exigências de segurança jurídica e, ao mesmo tempo, de aceitabilidade racional¹⁸⁸.

Segundo Habermas, o modelo dworkiano compreende um sistema de direito positivo, composto por regras e princípios, que garantem, por meio de uma jurisprudência discursiva, a integridade das condições de reconhecimento que asseguram, a cada sujeito do direito, igual respeito e consideração. Para tanto, Habermas aduz que Dworkin, utilizando-se da crítica habermasiana a Gadamer, caracteriza seu procedimento hermenêutico-crítico como uma *interpretação construtiva* que busca explicitar a racionalidade do processo de compreensão, mediante a referência a um determinado paradigma. Desse modo, considerando o auxílio de tal procedimento de interpretação construtiva, cada juiz seria capaz de chegar, em cada caso concreto, a uma decisão idealmente válida, na medida em que ele compensaria a indeterminabilidade do direito sempre que sua fundamentação fosse apoiada numa teoria. Tal teoria, entretanto, deve reconstruir racionalmente a ordem jurídica de maneira que o

¹⁸⁷ Cf. CATTONI DE OLIVEIRA, *Jurisdição e hermenêutica constitucional...*, *op. cit.*, p. 50-54, para quem: “Isso significa que as compreensões jurídicas paradigmáticas de uma época, refletidas na dinâmica das ordens jurídicas concretas referem-se a imagens implícitas que se tem da própria sociedade; um conhecimento de fundo, um *background*, que confere às práticas de fazer e de aplicar o direito uma perspectiva, orientando o projeto de realização de uma comunidade jurídica”.

¹⁸⁸ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I*, *op. cit.*, p. 252.

direito vigente possa ser justificado a partir de um conjunto de princípios e, simultaneamente, apresentar-se coerente e integrante do direito em geral¹⁸⁹.

Observa-se, assim, que o conceito de integridade assume grande importância, pois, com ele, Dworkin tenta explicar o fato de que todas as ordens jurídicas modernas convergem para a idéia do Estado de direito e, assim, proporcionam uma base sólida para a hermenêutica crítica na história institucional, mesmo que os resquícios da razão prática sejam bastante desbotados. Dito de outro modo, a noção de integridade tem como característica o ideal político de uma comunidade, em que os indivíduos associados pelo direito se reconhecem como livre e iguais. Trata-se, ao fim e ao cabo, de um princípio que obriga tanto os cidadãos como o Estado, seja órgão de legislação, jurisdição ou execução, a realizar a norma básica da igual consideração e do igual respeito por todos nas práticas e instituições da sociedade¹⁹⁰.

Levando em consideração tais aspectos, na teoria discursiva do direito, Habermas parte da constatação de que os princípios jurídicos devem ser tomados a partir de um reconhecimento intersubjetivo e, conseqüentemente, de um modo crítico, visto que, desde a hermenêutica filosófica, de Gadamer, e a hermenêutica crítica, de Dworkin, os princípios deixam de ter significados estáveis independentemente do caso concreto¹⁹¹.

Nessa linha, Jusefovicz refere que a hermenêutica tradicional (convencionalismo) e o empirismo do decisionismo (positivismo) mantêm a insuscetibilidade de crítica das pretensões de validade normativas, ao passo que a hermenêutica habermasiana procura um sistema de referência capaz de

¹⁸⁹ Id., *ibid.*, p. 260-261.

¹⁹⁰ Id., *ibid.*, p. 267.

¹⁹¹ Ver, para tanto, CHAMON JUNIOR, *Teoria geral do direito moderno, op. cit.*, p. 67-68. Destaque-se, aqui, que Habermas, ao tratar da legitimidade do controle judicial da constitucionalidade, coloca que o fato de a interpretação de princípios jurídicos não se distinguir fundamentalmente da interpretação de normas jurídicas acarreta uma série de conseqüências práticas e críticas em relação a uma autocompreensão falsa e suas conseqüências, tendo em vista que sua aplicação dos princípios não se encontra condicionada previamente a situações delimitadas, como ocorre com as normas, cuja fundamentação é *prima facie* (cf. HABERMAS, *Direito e democracia I, op. cit.*, p. 323).

superar estes contextos tradicionais, encontrando-o na racionalidade comunicativa ou, se se preferir, na teoria discursiva¹⁹².

Dito de outro modo, a questão da interpretação, para Habermas, encontra-se atrelada diretamente ao método procedimental, construído sob uma perspectiva discursiva que pretende garantir a legitimidade do ato interpretativo, pois, apenas assim, se torna efetivo o sistema de direito¹⁹³.

Isso ficará evidente mais adiante, na medida em que se tornar nítido que Habermas, ao distinguir o campo da ação comunicativa legislativa e o campo da ação comunicativa jurisdicional, sustenta apenas que a interpretação das normas, do mesmo modo como a sua produção, deve acontecer no interior da esfera pública, isto é, com a participação, de fato, dos cidadãos¹⁹⁴.

Nesse contexto, portanto, Cattoni de Oliveira¹⁹⁵ chama a atenção para o fato de que a interpretação jurídica, sob a ótica habermasiana, se dá através de um processo argumentativo e pressupõe uma disputa de paradigmas e de compreensões do direito, que requer a reflexão no marco de uma compreensão procedimentalista do direito, como se verá mais adiante.

Para tanto, visando à promoção do entendimento intersubjetivo, é que Habermas recorre à racionalidade comunicativa, superando a questão do fundamento metafísico – seja Deus, seja a razão iluminista – a partir da idéia de que a integração social das diversas biografias e formas de vida pluralistas somente pode ocorrer através do *medium* da linguagem¹⁹⁶.

Em suma, tudo indica que a questão da interpretação, para Habermas, é contingente e marginal em relação às questões da fundamentação – que, para

¹⁹² Cf. JUSEFOVICZ, *op. cit.*, p. 165-166.

¹⁹³ Ver, para tanto, LEITE, *op. cit.*, p. 213-226, para quem Habermas, ao construir seu método hermenêutico de índole procedimental, confronta a concepções de interpretação liberal-deontológica e comunitária-teleológica, tendo em vista que, para ele, o papel do intérprete da Constituição não é nem o de garantidor de um sistema de princípios obrigatórios e, tampouco, o de guardião de um programa político contentor de uma ordem de valores.

¹⁹⁴ Id., *ibid.*, p. 224-225.

¹⁹⁵ Cf. CATTONI DE OLIVEIRA, *Jurisdição e hermenêutica constitucional...*, *op. cit.*, p. 62 e 76, onde ele aponta, em última análise, a necessidade da construção de uma teoria da interpretação jurídica enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica, tanto no que diz respeito aos seus pressupostos de legitimidade, como também no que se refere aos seus pressupostos metodológicos, tudo em nome da luta contra as concepções decisionistas e as posturas irresponsáveis.

ele, é prévia, como se verá a seguir – e da aplicação, em face da leitura (particular) feita do giro ontológico, do papel (pragmático) assumido pela linguagem e, sobretudo, da própria natureza (procedimental) do paradigma habermasiano.

2.3. A QUESTÃO DA FUNDAMENTAÇÃO: DE QUE MODO A LEGITIMIDADE PODE SER RETIRADA DA LEGALIDADE

A questão da fundamentação – ao contrário do que ocorre com a questão da interpretação no pensamento habermasiano – adquire grande relevância na teoria discursiva do direito, tendo em vista, sobretudo, a importância que assume, para Habermas, a necessidade de uma fundamentação condizente com os sistemas jurídicos contemporâneos.

Primeiramente, apresentar-se-á o modo como se dá o desenvolvimento dos sistemas jurídicos atuais, marcados por sua alta complexidade e, especialmente, pela constante exigência de uma legitimação pós-metafísica, em virtude da tensão existente entre faticidade e validade e do papel pelo direito assumido nessa quadra da história (2.3.1).

Em seguida, buscar-se-á esclarecer um pouco a respeito do modo como Habermas, em face da relação de co-originariedade entre direito e moral, desenvolve o princípio do discurso – um dos principais elementos da teoria do agir comunicativo – na teoria do direito, convertendo-o no princípio da democracia (2.3.2).

Por fim, analisar-se-á o modo como ocorre a formulação dos discursos prévios de fundamentação – a partir da cisão tomada de Günther no que diz respeito à dupla estrutura do discurso jurídico – e algumas das conseqüências que isso vai provocar na aplicação do direito (2.3.3).

¹⁹⁶ Ver, para tanto, BAHIA, *op. cit.*, p.335.

2.3.1. Os sistemas jurídicos contemporâneos: o direito entre faticidade e validade

Com efeito, a modernidade marca o momento, sob o ponto de vista jurídico, em que o direito laiciza-se, isto é, a modernidade pode ser considerada o período histórico no qual o direito cinde-se da moral, da religião e dos costumes, e, como se viu anteriormente, passa a se fundamentar, sobretudo, na lei posta pelo Estado.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o direito moderno – caracterizado pelo fenômeno da secularização na produção das ciências – rompe, de certa maneira, com aquela que pode ser entendida como uma das principais peculiaridades do direito tradicional: as clássicas e metafísicas fontes de legitimação¹⁹⁷.

Com o advento do direito moderno ocorre, em última instância, o desenvolvimento de uma racionalidade instrumental própria e capaz de fornecer-lhe a autonomia necessária, a partir das noções de positividade, legalidade e formalismo¹⁹⁸.

Ocorre que, com o surgimento das sociedades pós-modernas, o direito precisou agregar à concepção vigente um caráter pós-metafísico de justificação,

¹⁹⁷ Nessa linha, ver, para tanto, CATTONI DE OLIVEIRA, *Coesão interna...*, op. cit., p. 175-176, para quem, de certo modo, a questão da fundamentação do direito restou encoberta pela metafísica até o último século. Num primeiro momento, quando se recorreu ao direito natural, fosse de índole religiosa, fosse de índole metafísica, foi possível conter através da moral o turbilhão da temporalidade que o direito positivo atraía para si. Com a crescente dessacralização e o surgimento do positivismo jurídico, no entanto, o direito moderno, marcado por seu caráter eminentemente formal, continuou a eximir-se de qualquer intervenção, direta ou indireta, capaz de advir de uma consciência moral remanescente pós-tradicional.

¹⁹⁸ Ver, para tanto, HABERMAS, *Direito e democracia I*, op. cit., p. 100: “No presente contexto, eu me interessava apenas pelo ponto de vista metódico segundo o qual a sociologia do direito não pode prescindir de uma reconstrução das condições de validade do *acordo de legalidade* que é pressuposto nos modernos sistemas do direito. Nesta perspectiva, revela-se que a positivação do direito e a conseqüente diferenciação entre direito e moral são o resultado de um processo de racionalização, o qual, mesmo destruindo as garantias meta-sociais da ordem jurídica, não faz desaparecer o momento de indisponibilidade contido na pretensão de legitimidade do direito. O desencantamento de imagens religiosas do mundo ao enterrar o *duplo reino* do direito sagrado e profano, não traz conseqüências apenas negativas; ele também leva a uma reorganização da validade do direito na medida em que transporta *simultaneamente* os conceitos fundamentais da moral e do direito para um nível de fundamentação pós-convencional”. Na mesma linha, ver MOREIRA, *Fundamentação do direito em Habermas*, op. cit., p. 31-94; e, ainda, PEPE, Albano Marcos Bastos. A recepção habermasiana da Sociologia do Direito de Max Weber. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos – Mestrado e Doutorado – 2004*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 141-151.

tendo em vista a necessidade contemporânea de uma fundamentação mais convincente para a validade de suas pretensões normativas¹⁹⁹.

Dito de outro modo, considerando o estágio de desenvolvimento e a complexidade alcançados pela sociedade²⁰⁰, Habermas entende que a legitimidade dos sistemas jurídicos não pode mais retroceder no sentido da metafísica dos costumes – fundamentada em elementos divinos e sagrados de uma religião dominante – e tampouco recuar na direção da noção weberiana de uma ordem jurídica estabilizada sob uma forma de dominação coletiva – imposta pela racionalidade instrumental e vinculada a uma estrutura abstrata de legalidade arbitrária –, haja vista que tais concepções mostram-se absolutamente incapazes de promover a integração social exigida pelos tempos atuais²⁰¹.

Portanto, na busca de uma fundamentação pós-metafísica para os sistemas jurídicos do século XXI, merece destaque especial a teoria discursiva do direito habermasiana²⁰², tendo em vista a inovação proposta a partir do paradigma

¹⁹⁹ Nesse sentido, Habermas (*Direito e democracia II*, *op. cit.*, p. 188) afirma que, levando em consideração as condições do pensamento pós-metafísico – que, atualmente, representa a única alternativa convincente, em que pese o destaque que vêm ganhando os fundamentalismos religiosos –, o Estado perdeu sua substância sagrada. Contudo, o processo de secularização das bases espirituais do poder estatal também apresenta insuficiências que devem ser compensadas através da democratização progressiva. Na mesma linha, ver MOREIRA, *Fundamentação do direito em Habermas*, *op. cit.*, p. 31.

²⁰⁰ Ver, para tanto, MOREIRA, *Fundamentação do direito em Habermas*, *op. cit.*, p. 36-44, 60-61, 65-69; e, também SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, *op. cit.*, p. 128-130, para quem a concepção habermasiana de sociedade, marcada fortemente pelo multiculturalismo, racionalismo e pluralismo, recusa igualmente a metafísica religiosa e o apelo à legalidade/discricionariedade positivista como explicações à legitimidade do direito contemporâneo. Assim sendo, Habermas sustenta que o papel antes desempenhado pelo sagrado foi substituído pela ação simultânea e co-originária do direito e da moral. Para tanto, evitando correr o risco de incorrer nos equívocos das posturas jusnaturalistas, Habermas observa que a legitimidade só poderia emanar de um modo: “a faticidade da imposição coercitiva do direito pelo Estado deveria estar conectada a um processo de normatização racional do direito, pois coerção e liberdade são componentes essenciais à dupla dimensão da validade jurídica”. Isso significa dizer, em última análise, na concepção habermasiana, a legitimidade do direito não se resolveria em um momento único no qual o indivíduo entrega parte de sua liberdade ao Estado, conforme o pacto hobbesiano.

²⁰¹ Nesse sentido, ver MOREIRA, *Fundamentação do direito em Habermas*, *op. cit.*, p. 147-148, onde destaca que, no direito tradicional, a “normatividade era furto de uma medida de correspondência entre o direito positivo e o Direito natural racional. Isso implicava uma medida deontológica em termos morais para o Direito. Então, o Direito positivo deveria aproximar-se dessa medida de moralidade a fim de obter legitimidade. Com isso, temos a secular associação do Direito à Moral. A recusa dessa situação, ou seja, ao atrelamento do direito a uma instância imediatamente informativa para a ação, possibilitada pela permuta da razão prática pela razão comunicativa, gerou a oportunidade de explicitar-se o modo como se realiza a relação entre Direito e Moral, o que, no seio de uma teoria discursiva do Direito, tem de levar em consideração a pergunta pela validade. E isso significa que não mais são satisfatórias as explicações fundadas seja em uma filosofia da consciência, seja em uma esfera metafísica”.

²⁰² Nesse sentido, inclusive, duas são as considerações habermasianas em favor do princípio da teoria do discurso: *do ponto de vista da teoria da sociedade*, o direito exerce funções de integração social na medida em que funciona como uma espécie de correia de transmissão que transporta, de forma abstrata e impositiva,

procedimentalista²⁰³, segundo o qual a sociedade civil²⁰⁴ e a esfera pública política constituem referências importantes, à luz das quais o processo democrático e a realização do sistema de direitos adquirem a maior relevância²⁰⁵.

Para tanto, Habermas parte do seguinte problema, verificado especialmente a partir do advento das sociedades pluralistas: como se deve fundamentar, afinal, a legitimidade de normas que podem ser alteradas pelo legislador político a qualquer momento?²⁰⁶

Segundo Habermas, o direito contemporâneo compreende, necessariamente, dois aspectos: a *faticidade*, que consiste na dimensão coercitiva das normas instituídas, isto é, na circunstância de que as normas válidas devem ser impostas, de fato, pelos poderes instituídos, que podem, inclusive, fazer uso da força sempre que necessário; e a

as estruturas de reconhecimento recíproco existente entre conhecidos e em contextos concretos do agir comunicativo para ao nível das interações, anónimas e mediadas pelo sistema, entre estranhos; *do ponto de vista da teoria do direito*, as ordens jurídicas modernas retiram sua legitimação da noção de autodeterminação, haja vista que as pessoas devem poder se considerar, a qualquer momento, autoras do direito ao qual estão submetidas como destinatários, seja mediante a clássica idéia de contrato social, seja através da contemporânea idéia de entendimento obtido através do discurso (cf. HABERMAS, *Direito e democracia II*, *op. cit.*, p. 308-309).

²⁰³ Ver, para tanto, HABERMAS, *Direito e democracia I*, *op. cit.*, p. 242-243: “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 idéia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do direito [...] No Estado democrático de direito, compete à legislação política a função central. Dela participam, não somente partidos, eleitorado, corporações parlamentares e governo, mas também a prática de decisão dos tribunais e das administrações, na medida em que estes se autoprogramam”.

²⁰⁴ Sobre a noção habermasiana de *sociedade civil*, consultar HABERMAS, *Direito e democracia II*, *op. cit.*, p. 99: “O atual significado da expressão *sociedade civil* não coincide com o da *sociedade burguesa*, da tradição liberal, que Hegel chegara a tematizar como *sistema das necessidades* [...] O seu núcleo institucional é formado por associações e organizações livres não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida. A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política. O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro de esferas públicas”.

²⁰⁵ Id., *ibid.*, p. 189-190. Nesse sentido, cumpre referir que, ao contrário dos paradigmas liberal e social, o paradigma procedimental do direito não antecipa um determinado ideal de sociedade, uma determinada visão de vida boa e, tampouco, uma determinada opção política, uma vez que, justamente por ser formal – no sentido de *vazio* ou de *pobre de conteúdo* –, ele apenas formula as condições necessárias para que os sujeitos de direito, enquanto cidadãos, possam entender-se entre si para identificar os seus problemas e, racionalmente, solucioná-los.

²⁰⁶ Id., *ibid.*, p. 308; id., *A inclusão do outro*, *op. cit.*, p. 287; e, na mesma linha, CATTONI DE OLIVEIRA, *Coesão interna...*, *op. cit.*, p. 175.

validade, que consiste na exigência de que uma norma possua o assentimento livre e racional de todos os seus possíveis destinatários²⁰⁷.

Isso porque, uma vez abandonados os fundamentos religiosos e/ou metafísicos, Habermas sustenta, com base no agir comunicativo, que o caráter coercitivo do direito somente mantém sua força integradora *se a totalidade dos destinatários singulares das normas jurídicas puder considerar-se autora racional dessas normas*²⁰⁸, isto é, se os membros do direito puderem supor que são eles mesmos quem, através de uma formação livre da opinião e da vontade política, autorizam as regras de que são destinatários²⁰⁹.

Nesse sentido, a teoria discursiva do direito, nos termos propostos por Habermas, tem como pressuposto a denominada tensão – presente no direito moderno – entre *faticidade* e *validade*. Essa tensão – que não pode ser confundida com *hiato*, *oposição*, *contradição*, *dialética* – encontra-se diretamente relacionada ao papel a ser desempenhado pelo direito nos processos de integração social. Mais: é justamente essa tensão entre norma, ou ideal, e fato, ou realidade, que faz com que se abandone a conhecida *teoria dos dois mundos*, presente, sobretudo, nas *filosofias primeiras*, conforme refere Cattoni de Oliveira²¹⁰.

Ainda na mesma linha, Souza Cruz²¹¹ salienta que, em certa medida, o direito e a democracia estão em uma contínua balança, como na figura metafórica de uma gangorra, entre a *faticidade* e a *validade*, que se manifesta de várias formas: a *faticidade* da imposição coativa da vontade estatal e a *validade*

²⁰⁷ Cf. LEITE, *op. cit.*, p. 207-208; e, ainda, JUSEFOVICZ, *op. cit.*, p. 170, para quem a ordem normativa das sociedades contemporâneas apóia-se em dois fundamentos: de um lado, a *faticidade*, ligada à positividade, isto é, à criação de uma estrutura normativa alterável a qualquer momento; de outro, a *validade*, ligada à pretensão de aceitabilidade racional.

²⁰⁸ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I*, *op. cit.*, p. 54-55: “Nesta medida, o direito moderno nutre-se de uma solidariedade concentrada no papel do cidadão que surge, em última instância, do agir comunicativo. [...] Essa conexão interna entre a *faticidade* e a *validade* da imposição do direito e da legitimidade do processo de legislação que funda a *validade social (Geltung)* constitui uma hipoteca pesada pra sistemas jurídicos destinados a tirar dos ombros dos atores que agem comunicativamente a sobrecarga da integração social”.

²⁰⁹ Id., *ibid.*, p. 60.

²¹⁰ Cf. CATTONI DE OLIVEIRA, *Devido processo legislativo...*, *op. cit.*, p. 288.

²¹¹ Cf. SOUZA CRUZ, *Jurisdição constitucional democrática*, *op. cit.*, p. 261-262: “Essa constante tensão representa facetas diversas da capacidade do direito de extrair sua legitimidade por meio de sua legalidade, ou seja, da tensão entre *faticidade* e a *validade* traduzida como a tensão entre a positividade e a legitimidade do direito, conforme Habermas; entre a segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas; entre a autonomia pública e a privada, ou seja, na conformação do poder político em um Estado democrático de direito”.

de um processo racional de normatização do direito; a faticidade das condições de comunicação ideal e as limitações da validade de uma comunidade real; e, por fim, a faticidade do direito que admite ser constituído por mecanismos não-comunicativos de integração social, como o mercado e o poder administrativo da burocracia estatal, e a liberdade comunicativa²¹² de participação e a solidariedade estatal, capazes de produzir a validade jurídica.

Diante desse contexto é que Habermas coloca o problema relativo à legitimação dos sistemas jurídicos contemporâneos: na sociedade atual, em que não se acredita mais no valor do sagrado e/ou da tradição, o direito não pode legitimar-se somente através de sanções externas, visto que, desse modo, identificar-se-á apenas com uma faticidade arbitrária, ou seja, apenas com um de seus dois pressupostos, enquanto sua legitimidade implica a coexistência tanto da faticidade quanto da validade²¹³.

Ocorre que, se o jusnaturalismo racionalista e o positivismo jurídico alimentaram-se desse voluntarismo da pura criação, uma teoria do direito contemporânea não pode admitir que a positividade do direito seja fundamentada na contingência de decisões arbitrárias, correndo o risco de, assim, o direito perder seu poder de integração social²¹⁴.

Nesse sentido, inclusive, Jusefovicz entende que, contemporaneamente, o direito positivo não é aceito e observado apenas em razão da sua coercibilidade, ou em face do recurso à positividade, devendo existir, além disso, algo dependente do discernimento²¹⁵.

²¹² Nesse sentido, ver HABERMAS, *Direito e democracia I*, *op. cit.*, p. 155, para quem *liberdade comunicativa* pode ser entendida, na esteira de Günther, como a possibilidade – pressuposta no agir que se orienta pelo entendimento – de tomar posição frente aos proferimentos de um oponente e às pretensões de validade aí levantadas, que dependem de um reconhecimento intersubjetivo.

²¹³ Ver, para tanto, LEITE, *op. cit.*, p. 208.

²¹⁴ Cf. JUSEFOVICZ, *op. cit.*, p. 170.

²¹⁵ Id., *ibid.*, p. 168; e, igualmente, MOREIRA, *Fundamentação do direito em Habermas*, *op. cit.*, p. 60-61: “As instituições jurídicas, que como tais são normas, não se legitimam apenas com o recurso à pergunta sobre seu processo de criação ou mesmo ao recurso da positividade. Elas requerem mais. Exigem uma fundamentação, uma vez que são componentes do mundo da vida e como tal são portadoras de sentido. A característica básica do direito moderno, na opinião de Habermas, é a exigência, a um só tempo, de positividade e de fundamentação, o que, para ele, vai possibilitar o aumento das vias de fundamentação, como também de um apelo não apenas à esfera jurídica quando da pergunta pela fundamentação, mas à a pergunta pela instância moral que dá sustentação e validade ao ordenamento jurídico”.

Com isso se evidencia que, se o direito satisfaz, por um lado, as exigências funcionais de uma sociedade complexa; por outro, ainda parece que freqüentemente se esquece que a integração social legítima acontece através do entendimento dos sujeitos que agem comunicativamente, ou seja, através da aceitabilidade de pretensões de validade²¹⁶.

Assim sendo, a positividade de um direito que se pretenda pós-metafísico implica, necessariamente, a idéia de que as ordens jurídicas sejam construídas e desenvolvidas à luz de princípios justificados racionalmente²¹⁷, portanto universalistas, o que significa dizer que o ordenamento jurídico só é válido na medida em que for positivamente estabelecido e racionalmente acordado²¹⁸.

Dito de outro modo, em que pese seu potencial coercitivo artificial, o direito positivo deve obter sua legitimidade através de um procedimento legislativo democrático, possibilitando, assim, que ocorram ações pelo simples respeito à lei. Daí a importância da investigação acerca do modo como pode se produzir um sistema de direitos, isto é, como se dá a legitimidade do direito a partir da gênese normativa²¹⁹.

²¹⁶ Cf. JUSEFOVICZ, *op. cit.*, p. 164-165.

²¹⁷ Nesse sentido, ver HABERMAS, *Direito e democracia I, op. cit.*, p. 54: "A positividade do direito vem acompanhada da expectativa de que o processo democrático da legislação fundamente a suposição da aceitabilidade racional das normas estatuídas. Na positividade do direito não chega a se manifestar a facticidade de qualquer tipo contingente ou arbitrário da vontade e, sim, a vontade legítima, que resulta de uma autolegislação presumivelmente racional de cidadãos politicamente autônomos".

²¹⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 101; e, na mesma linha, MOREIRA, *Fundamentação do direito em Habermas, op. cit.*, p. 25: "O direito, para ser legítimo, tem de estar circunscrito a uma racionalidade na qual seu procedimento se situa entre processos jurídicos e argumentos morais. Desse modo, a proposta de uma teoria procedimental do direito fundamenta-se em princípios morais, e a legalidade só é legítima à medida que os discursos jurídicos forem permeados por discursos morais".

²¹⁹ Cf. JUSEFOVICZ, *op. cit.*, p. 171; e, sobretudo, HABERMAS, *Direito e democracia II, op. cit.*, p. 307-308: "O direito moderno estrutura-se a partir de um sistema de normas positivas e impositivas que pretendem garantir a liberdade. Por isso, as características formais da obrigação e da positividade vêm associadas a uma pretensão de legitimidade, pois existe a expectativa de que as normas, asseguradas através de ameaças de sanção por parte do Estado, e resultantes das decisões modificáveis de um legislador político, podem salvaguardar simetricamente a autonomia de todos os sujeitos de direito [...] o direito moderno revela a seus destinatários uma dupla face: eles podem tomar as normas do direito como simples ordens que limitam faticamente o campo de ação de um sujeito, às quais ele tenta fugir estrategicamente, calculando as conseqüências que podem resultar de uma infração da regra; ou assumir um enfoque performativo, considerando essas mesmas normas como mandamentos válidos aos quais se obedece *por respeito à lei*. Uma norma jurídica passa a ser válida, quando o Estado consegue garantir: a) que a maioria das pessoas obedeça às normas, mesmo que isso implique o emprego de sanções; b) que se criem pressupostos institucionais para o surgimento legítimo da norma, para que ela também possa ser seguida a qualquer momento por respeito à lei".

Isso porque Habermas concebe o direito do seguinte modo: *por direito eu entendo o moderno direito normatizado, que se apresenta com a pretensão à fundamentação sistemática, à interpretação obrigatória e à imposição*²²⁰. Neste caso, o direito não representa tão-somente mais um modo do saber cultural, como a moral, visto que forma um componente essencial do sistema das instituições sociais. O direito, portanto, passa a ser um sistema de saber cultural e, simultaneamente, um sistema de ação, podendo ser entendido, conseqüentemente, tanto como um texto de proposições e de interpretações normativas, quanto como uma instituição, isto é, um complexo de regulação de ações²²¹.

Tendo em vista essa definição de direito, Habermas procura reconstruir uma espécie de autocompreensão das ordens jurídicas modernas. Para tanto, ele adota como ponto de partida os direitos que os cidadãos têm que reconhecer uns aos outros, caso pretendam regular legitimamente sua convivência através do direito positivo. Tal formulação, contudo, aponta para a tensão entre faticidade e validade que acompanha o sistema dos direitos em sua totalidade, característica essa que demonstra a ambivalência da validade jurídica²²².

Desse modo, o direito moderno possibilita retirar dos indivíduos o peso das normas morais, transferindo-as para as normas jurídicas que garantem a compatibilidade das liberdades de ação, na medida em que obtêm sua legitimidade pela via do processo legislativo²²³, apoiado no princípio da soberania do povo aliado aos direitos humanos²²⁴. Isso tudo, levando sempre em conta os direitos fundamentais – que garantem aos cidadãos o exercício de sua

²²⁰ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I*, op. cit., p. 110-111.

²²¹ Id., *ibid.*, p. 110-111 e 149-150; e, na mesma linha, MOREIRA, *Fundamentação do direito em Habermas*, op. cit., p. 152: “O direito, no entanto, além de ser um sistema de saber é também um sistema de ação. Sendo assim, alivia a moral do fardo da integração social, que, sozinha, não pode realizar”.

²²² Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I*, op. cit., p. 113.

²²³ Id., *ibid.*, p. 122; e, ainda, id., *Direito e democracia II*, op. cit., p. 308: “o processo democrático da criação do direito constitui a única fonte pós-metafísica da legitimidade”.

²²⁴ Segundo Habermas (*Direito e democracia I*, op. cit., p. 128), a noção de soberania popular aliada à noção de direitos humanos é determinante da autocompreensão normativa do Estado democrático de direito. Isso porque “os direitos humanos e o princípio da soberania do povo formam as idéias em cuja luz ainda é possível justificar o direito moderno; e isso não é mera casualidade” (*ibid.*, p. 133)..

plena autonomia política²²⁵ –, permite explicar de que modo a legitimidade pode, paradoxalmente, advir da legalidade²²⁶.

Observa-se, assim, que a legitimidade do direito no século XXI encontra-se vinculada ao processo legislativo democrático – que constitui o lugar propriamente dito da integração social²²⁷ –, no qual todos se sintam autores das normas, ao passo que a legitimidade das normas é medida pela resgatabilidade discursiva das pretensões de validade normativa²²⁸.

Isso porque, segundo Habermas, é necessário compreender que, ao exercerem seu papel de cidadãos, os participantes do processo legislativo

²²⁵ Nesse sentido, Habermas (ibid., p. 185; id., *A inclusão do outro*, op. cit., p. 290) sustenta que a noção de autonomia política, calcada na teoria discursiva, abre uma nova perspectiva na medida em que a produção de um direito legítimo implica a mobilização das liberdades comunicativas de todos os indivíduos. Ainda sobre o tema ver CATTONI DE OLIVEIRA, *Coesão interna...*, op. cit., p. 178, para quem: “Segundo Habermas, a positividade do direito, porém, obriga a uma decomposição peculiar da autonomia, algo que não existe na moral. Ou seja, enquanto a autonomia moral é um conceito unitário – e se exerce através de discursos morais de justificação e de aplicação, internamente regidos, respectivamente, pelos princípios da universalização e da adequabilidade –, a autonomia jurídica surge sob a dupla forma da autonomia pública – enquanto autores das normas jurídicas – e da autonomia privada – enquanto destinatários das normas jurídicas –, em razão da obrigatoriedade do direito remontar não apenas a processos legislativos – institucionalizados constitucionalmente segundo o princípio democrático –, mas também a processos administrativos e jurisdicionais – que garantem as condições institucionais, respectivamente, para a realização de programas administrativos e para discursos jurídicos de aplicação normativa”.

²²⁶ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I*, op. cit., p. 114-115.

²²⁷ Id., ibid., p. 53; e, na mesma direção, MOREIRA, *Fundamentação do direito em Habermas*, op. cit., p. 123-126, para quem o processo legislativo configura o *locus* da integração social, função essa que só será realizada se forem eliminadas “as fronteiras que colocam os sujeitos de direito como meros expectadores da jornada jurídico-política. Somente quando pudermos ter no direito a compreensão de que suas normas contêm uma manifestação racional e livre de nossas vontades, ele se transformará em fonte primária de integração social”.

²²⁸ Ver para tanto, JUSEFOVICZ, op. cit., p. 171 e 173, para quem: “Sob o enfoque performativo, percebe-se que a legitimidade de uma regra se mede pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa; e o que conta, em última instância, é o fato de elas terem surgido num processo legislativo racional”. Nesse sentido, ver Leite (op. cit., 206-207), para quem a justificação da ordem normativa não se encontra na capacidade moral do cidadão e tampouco em seu patriotismo republicano, mas sim no consenso alcançado racional e comunicativamente no interior da esfera pública através da argumentação: “Habermas discrepa dos liberais quando nega a existência de garantias metapolíticas capazes de possibilitar a convivência social, mas, ao mesmo tempo, ele também diverge dos comunitaristas, ao afirmar que a criação e a interpretação da Constituição devem respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos. Em outras palavras, Habermas não acredita ser possível integrar socialmente os distintos mundos da vida pluralizados e desencantados nem a partir de uma capacidade moral do cidadão livre e igual de ter um sentido de justiça (como sustenta Rawls), nem a partir de um patriotismo republicano inspirado no sentimento de pertencimento a uma comunidade de valores compartilhados (como pretende Taylor). A solução, para Habermas, está em chegarem os cidadãos a um consenso acerca de como devem regulamentar normativamente as suas relações. Trata-se de um conceito eminentemente procedimental de política deliberativa, cuja proposta consiste em definir condições de comunicação sob as quais o processo político supõe-se capaz de alcançar resultados racionais”. Em última análise, para Habermas, o direito legitima-se pelo processo democrático, sendo o discurso comunicativo o único meio de operacionalizar a tensão que marca a sociedade contemporânea, tendo em vista a crescente pluralidade e complexidade das relações sociais (cf. LEITE, op. cit., p. 228).

abdicam da posição de sujeitos privados de direito, assumindo a de membros de uma comunidade jurídica livremente associada, comunidade essa marcada pela existência de um acordo sobre princípios normativos da regulamentação da convivência, a partir do entendimento alcançado mediante regras reconhecidas normativamente²²⁹.

Segundo Moreira, a resposta à questão posta por Habermas *acerca de onde é que o processo democrático da produção normativa* – considerado a única fonte pós-metafísica da legitimidade – *retira sua força legitimadora*²³⁰ encontra-se vinculada à idéia de que a legitimidade surge da legalidade, na medida em que *a legalidade é, ao mesmo tempo, criação e reflexo da produção discursiva da opinião e da vontade dos membros de determinada comunidade jurídica*²³¹, de tal modo que a legalidade pode ser entendida como a instância que constitui a síntese entre os direitos que cada cidadão tem que se atribuir e sua própria autonomia política²³².

²²⁹ Ver, para tanto, HABERMAS, *Direito e democracia I*, op. cit., p. 53: “Na medida em que os direitos de comunicação e de participação política são constitutivos para um processo de legislação eficiente do ponto de vista da legitimação, esses direitos subjetivos não podem ser tidos como os de sujeitos jurídicos privados e isolados: eles têm que ser apreendidos no enfoque de participantes orientados pelo entendimento, que se encontram numa prática intersubjetiva de entendimento. E por isso que o conceito de direito moderno – que intensifica e, ao mesmo tempo, operacionaliza a tensão entre faticidade e validade na área do comportamento – absorve o *pensamento democrático*, desenvolvido por Kant e Rousseau”. Nesse mesmo sentido, é importante notar que, conforme Habermas, os legisladores são os próprios cidadãos, de modo que ambas as figuras concentram-se no mesmo indivíduo (cf. LEITE, op. cit., p. 217)..

²³⁰ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia II*, op. cit., p. 308: “a teoria do discurso fornece uma resposta simples, porém inverossímil à primeira vista: o processo democrático, que possibilita a livre flutuação de temas e de contribuições, de informações e de argumentos, assegura um caráter discursivo à formação da vontade, fundamentando, deste modo, a suposição falibilista de que os resultados obtidos de acordo com esse procedimento são mais ou menos racionais”.

²³¹ Ver, para tanto, MOREIRA, *Fundamentação do direito em Habermas*, op. cit., p. 161.

²³² Nesse sentido, ver HABERMAS, *Direito e democracia I*, op. cit., p. 139: “a co-originariedade da autonomia privada e pública somente se mostra quando conseguimos decifrar o modelo de autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos. A substância dos direitos humanos insere-se, então, nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania do povo assume figura jurídica”. Na mesma direção, ver SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 165-166: “Habermas pretende solucionar o problema da relação entre a autonomia privada e a pública, partindo do pressuposto de que o elemento essencial da integração da sociedade e do estado está em sua nova visão da esfera pública, anteriormente explicitada como elemento depurador da política deliberativa, que permitiria ao cidadão através da noção de moralidade pós-convencional e universalidade normativa se sentir verdadeiro participante da construção do ordenamento jurídico. A integração social não ficaria dependente de se conceber um direito natural antecedente ao Estado ou da materialização de virtudes ética no conjunto de cidadãos capazes de agir, vez que a mesma se faria pela institucionalização de procedimentos de criação e aplicação normativa, cuja racionalidade argumentativa permitiria a todos perceberem-se não apenas como destinatários, mas como verdadeiros autores do ordenamento jurídico”.

Cumprir referir, nesse sentido, que a concepção de democracia radical, sob a ótica habermasiana, procura conciliar as autonomias pública e privada²³³, no interior da esfera pública²³⁴, do mesmo modo como busca articular a relação entre direitos humanos e soberania do povo²³⁵.

Nessa linha, ainda, Jusefovicz salienta que o exercício da soberania popular, ligado ao processo de formação da vontade, mostra-se mais adequado e é melhor respeitado, na ótica de Habermas, quando inexitem direitos substantivos²³⁶ colocados como limites à liberdade comunicativa no desempenho da autolegislação democrática, conforme se verá mais adiante, mormente no que diz respeito ao conteúdo dos direitos fundamentais.

Assim sendo, pode-se afirmar que, para Habermas, o direito contemporâneo, dotado de coercibilidade, encontra sua legitimidade no

²³³ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia II*, *op. cit.*, p. 310-311, para quem o processo democrático carrega o fardo da legitimação, tendo em vista que assegura aos cidadãos o exercício da autonomia jurídica, ou seja, simultaneamente, da autonomia pública – ligada ao uso das liberdades comunicativas – e da autonomia privada – referente ao uso das liberdades subjetivas. Na mesma linha, ver HABERMAS apud CATTONI DE OLIVEIRA, *Teoria discursiva da argumentação*, *op. cit.*, p. 206-207: “A conexão interna entre democracia e Estado de direito consiste em que, por um lado, os cidadãos só podem fazer um adequado uso de sua autonomia pública se graças a uma autonomia privada simetricamente assegurada são suficientemente independentes e, por outro, em que só podem alcançar um equilibrado desfrute de sua autonomia privada se, como cidadãos, fazem um adequado uso de sua autonomia política. Por isso os direitos fundamentais de liberdade e os direitos políticos são indivisíveis. A imagem de um núcleo induz a erro, como se existisse um núcleo de liberdades fundamentais que pretendessem ter prioridade frente aos direitos de comunicação e participação [...] os direitos privados e os direitos de cidadania são em origem igualmente essenciais”. Por fim, consultar SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, *op. cit.*, p. 163 onde o autor destaca o fato de que Habermas apresenta uma nova concepção de paradigma jurídico, assumindo especial importância a reconstrução da relação entre a autonomia pública e a autonomia privada, até então separadas, tanto na perspectiva liberal quanto na comunitarista.

²³⁴ Segundo Habermas, a *esfera pública* é um fenômeno social elementar, assim como a ação, os atores e a coletividade, muito embora não seja arrolado entre os conceitos elaborados para descrever a ordem social. Nesse contexto, a esfera pública é entendida como uma rede adequada para a comunicação, cujos conteúdos, tomadas de posição e opiniões são filtrados e sintetizados, de forma que se condensam em opiniões públicas a partir de temas específicos. Dito de outro modo, ela constitui, fundamentalmente, uma estrutura comunicacional da ação orientada pelo entendimento, ligada ao espaço social gerado no âmbito do agir comunicativo, e não às funções e/ou conteúdos da comunicação cotidiana (cf. HABERMAS, *Direito e democracia II*, *op. cit.*, p. 92-98).

²³⁵ Cf. JUSEFOVICZ, *op. cit.*, p. 175; e, ainda, MOREIRA, *Fundamentação do direito em Habermas*, *op. cit.*, p. 158-165, para quem a legitimidade do ordenamento jurídico resulta, em última análise, do fato de o processo legislativo emanar da composição entre soberania do povo e direitos humanos, de tal modo que, assim, a legitimidade possa emergir da legalidade. A respeito do papel da soberania do povo, ver HABERMAS, *Direito e democracia I*, *op. cit.*, p. 173: “Uma soberania popular interligada internamente com as liberdades subjetivas, entrelaça-se, por seu turno, com o poder politicamente organizado, de modo a que o princípio *todo poder político parte do povo* vai ser concretizado através dos procedimentos e pressupostos comunicativos de uma formação institucionalmente diferenciada da opinião e da vontade. No povo não se encarna mais numa reunião de cidadãos autônomos facilmente identificáveis. Ela se retira para os círculos de comunicação de foros e corporações, de certa forma destituídos de sujeito”.

²³⁶ Nesse sentido, ver JUSEFOVICZ, *op. cit.*, p. 175, que aproveita a oportunidade para apontar Ferrajoli como um substancialista.

procedimento democrático, isto é, no processo político deliberativo, visto que *sob as condições de uma compreensão pós-metafísica do mundo, só tem legitimidade o direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos que possuem os mesmos direitos*²³⁷.

Ocorre que, para isso, caso se pretenda a formação da vontade racional, mostra-se necessário analisar de que modo o princípio do discurso – importado da teoria do agir comunicativo – é institucionalizado juridicamente como princípio da democracia, a fim de possibilitar o acolhimento da coerção e, ao mesmo tempo, da liberdade subjetiva da ação²³⁸. Todavia, isso depende diretamente do novo modo como Habermas compreende a relação entre direito e moral, como se verá a seguir.

2.3.2. O princípio do discurso a partir da relação de co-originaridade entre direito e moral

Partindo do pressuposto de que, nas sociedades contemporâneas, o direito é considerado o principal meio de integração social e de que sua legitimidade pode ser extraída da legalidade, mostra-se necessário abordar o modo como Habermas concebe o princípio do discurso, no interior da teoria discursiva do direito, tendo em vista a nova relação que propõe entre direito e moral.

No entanto, importa assinalar que a análise da gênese e da legitimidade do direito – descrita cuidadosamente na teoria do direito habermasiana – concentra-se na política legislativa, visto que nela se dão as negociações e demais formas de argumentação²³⁹, cujas condições encontram-se implicadas nos

²³⁷ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia II*, op. cit., p. 146; e, também, LEITE, op. cit., p. 209. Ademais, destaque-se que, nesse sentido, Habermas (*Direito e democracia II*, op. cit., p. 310) adverte: “tal compreensão é incompatível, não somente com a idéia platônica, segundo a qual o direito positivo pode extrair sua legitimidade de um direito superior, mas também com a posição empirista que nega qualquer tipo de legitimidade que ultrapasse a contingência das decisões legisladoras”.

²³⁸ Ver para tanto, JUSEFOVICZ, op. cit., p. 173.

²³⁹ Segundo Habermas (*Direito e democracia I*, op. cit., p. 280-281), “argumentos são razões que resgatam, sob condições do discurso, uma pretensão de validade levantada através de atos de fala constatativos ou regulativos, movendo racionalmente os participantes da argumentação a aceitar como válidas proposições normativas ou descritivas”.

processos e pressupostos comunicacionais, de tal modo que a razão assume uma figura procedimental²⁴⁰.

Isso tudo porque, na teoria discursiva do direito, Habermas entende que a política deliberativa²⁴¹ depende da institucionalização dos processos e pressupostos comunicacionais, bem como do jogo que se estabelece entre as deliberações institucionalizadas e as opiniões públicas constituídas informalmente, de modo que a procedimentalização da soberania do povo corresponda aos anseios de uma sociedade notadamente descentralizada²⁴².

Nesse sentido, não se pode olvidar que, cotidianamente, o entendimento daqueles que agem comunicativamente é medido através das pretensões de validade – que resultam na tomada de decisões, a partir o binômio sim/não –, perante um cenário compartilhado intersubjetivamente. Com isso, as pretensões de validade submetem-se à crítica, mantendo não apenas o risco de dissenso, mas fundamentalmente a possibilidade de um resgate discursivo. Assim sendo, Habermas afirma que o agir comunicativo permite uma discussão no interior da qual todos os participantes justificam suas pretensões de validade perante um auditório ideal sem fronteiras²⁴³.

Nesse contexto, considerando que o fundamento do direito não lhe é externo, mas auto-referencial, o direito estabiliza as expectativas de comportamentos sociais, através do processo legislativo e a partir daquilo que é apresentado e debatido discursivamente²⁴⁴.

²⁴⁰ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia II*, op. cit., p. 9.

²⁴¹ Id., ibid., p. 18, onde o autor considera que “o processo da política deliberativa constitui o âmago do processo democrático”, conforme já reiterado.

²⁴² Id., ibid., p. 21.

²⁴³ Id., ibid., p. 50: “Os participantes de uma argumentação partem da suposição idealizadora de que, no espaço social e no tempo histórico, existe uma comunidade comunicacional sem fronteiras e têm que pressupor, segundo a formulação de K. O. Apel, a possibilidade de uma comunidade ideal dentro de sua situação social real”.

²⁴⁴ Ver, para tanto, HABERMAS, *Direito e democracia I*, op. cit., p. 138: “se discursos (e, como veremos, negociações, cujos procedimentos são fundamentados discursivamente) constituem o lugar no qual se pode formar uma vontade racional, a legitimidade do direito apóia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos. Por conseguinte, o almejado nexos interno entre soberania popular e direitos humanos só se estabelecerá, se o sistema dos direitos apresentar as condições exatas sob as quais as formas de comunicação – necessárias para uma legislação política autônoma – podem ser institucionalizadas juridicamente”.

Entretanto, aqui, assume especial importância a guinada operada por Habermas em sua obra *Direito e democracia*²⁴⁵, na qual manifesta expressamente que não mais determina a relação complementar entre moral e direito, adotada nas *Tanner Lectures*²⁴⁶, à medida que passa a entender que a moral deixa de ser considerada o único esteio integrativo da sociedade do século XX²⁴⁷.

Se, em um primeiro momento, nas *Tanner Lectures*, Habermas entende que (a) a racionalidade jurídica estava acoplada a uma racionalidade em sentido prático-moral, visto que só seriam legítimas as normas legais que obrigavam, por sua perspectiva moral, todos os membros de uma comunidade jurídica, (b) a normatividade do jurídico estava vinculada à medida de validade deontológica em sentido prático-moral, (c) a moralidade era designadora do grau de legitimidade do direito positivo, (d) a complementaridade moral em relação ao direito representava a equiparação da ordem jurídica a uma esfera moral entendida como superior, tendo em vista seu caráter imediatamente informativo para a validade jurídica²⁴⁸; em um segundo momento, em *Direito e democracia*, ele reformula seu ponto de vista, passando a entender que (a) a relação entre direito e moral é de simultaneidade, pois ambas as esferas originam-se concomitantemente, (b) a co-originaridade de direito e moral, de um lado,

²⁴⁵ Id., *ibid.*, p. 10.

²⁴⁶ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Lisboa: Piaget, 1999; ou, então, também publicado em id., *Direito e democracia II*, p. 193-247.

²⁴⁷ Ver, para tanto, HABERMAS, *Direito e democracia I*, *op. cit.*, p. 154: "As realizações específicas do código do direito, que deve ser acionado para responder a uma demanda crescente de organização e de regulamentação de sociedades cada vez mais complexas, não podem mais ser explicadas exclusivamente a partir da necessidade de compensação da moral [...] Uma moral da razão que obtivesse eficácia apenas através dos processos de socialização e da consciência dos indivíduos ficaria reduzida a um campo de ação estreito. Ora, a moral pode irradiar-se a *todos* os campos de ação, através de um sistema de direitos com o qual ela mantém um vínculo interno, atingindo inclusive as esferas sistemicamente autonomizadas das interações dirigidas por meios que aliviam os atores de todas as exigências morais, com uma única exceção: a da obediência geral ao direito [...] Só poderemos avaliar a propagação dos conteúdos morais pelos canais das regulamentações jurídicas, quando encararmos o sistema do direito como um todo". No mesmo sentido, consultar ver CATTONI DE OLIVEIRA, *Coesão interna...*, *op. cit.*, p. 176: "Nesse tópico, Habermas pretende, mais uma vez, diferenciar, por um lado, direito e moral, e, por outro, reconstruir a relação de co-originaridade e de complementaridade entre eles. Segundo Habermas, os direitos subjetivos com os quais se constroem ordens jurídicas modernas têm o sentido de desobrigar os sujeitos de direito em relação a mandamentos morais, na medida em quem garantem espaço para o agir de acordo com as preferências dos agentes. E é assim que, para Habermas, o direito moderno faz valer o princípio segundo o qual tudo o que não está proibido está permitido".

²⁴⁸ Cf. MOREIRA, *Fundamentação do direito em Habermas*, *op. cit.*, p. 148-149, para quem tal formulação habermasiana pode ser identificada com a da razão prática - caracterizada pela busca dos elementos morais que fundamentam o ordenamento jurídico - e na qual a complementaridade significa uma posição geneticamente ascendente da moral em relação ao direito.

possibilita, através de um princípio do discurso neutro do ponto de vista deontológico, que se preserve a independência da esfera jurídica em relação a uma esfera normativa em sentido moral e, de outro, promove, através do procedimento legislativo, a abertura do mundo jurídico ao universo moral, (c) o pressuposto fundamental da moralidade passa ser a universalização, visto que nas sociedades pós-metafísicas a moral assume um caráter de procedimento meramente argumentativo, (d) enquanto, nas sociedades contemporâneas, a moral encontra-se circunscrita apenas à dimensão de saber cultural, sem que se realize uma passagem obrigatória para a ação, o direito constitui, além de um sistema de saber, um sistema de ação²⁴⁹, aliviando, assim, a moral da função de integração social que lhe falta²⁵⁰.

Com isso, evidencia-se que, ao perceber que a moral possui um caráter de co-originaridade com o direito, Habermas dá um passo à frente em relação à teoria da ação comunicativa, quando sustenta que existe uma dependência recíproca entre ambos, compreendendo, assim, que não é mais possível estabelecer uma relação de subordinação entre o direito positivo e o direito moral, ou natural²⁵¹.

²⁴⁹ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I*, op. cit., p. 150: "O direito é sistema de saber e, ao mesmo tempo, sistema de ação; ele pode ser entendido como um texto repleto de proposições e interpretações normativas ou como uma instituição, isto é, como um complexo de regulativos da ação. No direito, os motivos e orientações axiológicas estão interligados entre si num sistema de ação; por isso as proposições jurídicas têm eficácia imediata para ação, o mesmo não acontecendo com os juízos morais enquanto tais. De outro lado, as instituições jurídicas distinguem-se das ordens institucionais naturais através de seu elevado grau de racionalidade, pois nelas se cristaliza um sistema de saber sólido, configurado dogmaticamente e conectado a uma moral dirigida por princípios".

²⁵⁰ Cf. MOREIRA, *Fundamentação do direito em Habermas*, op. cit., p. 150-151.

²⁵¹ Ver, para tanto, SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 153; CATTONI DE OLIVEIRA, *Coessão interna...*, op. cit., p. 177; e, no mesmo sentido, MOREIRA, *Fundamentação do direito em Habermas*, op. cit., p. 94, para quem "ao incorporar a idéia do Estado de Direito, Habermas pretende, em substituição ao Direito racional, demonstrar que a racionalidade procedimental assegura ao Direito positivo um momento de indisponibilidade imune contra intervenções meramente contingentes. Por conseguinte, temos um Estado de Direito que mantém a separabilidade dos poderes de modo que sua legitimidade emana de processos de jurisdição e de legislação que garantem a imparcialidade. Tentando explicitar a idéia do Estado de Direito mediante a teoria do discurso, ele esboça uma teoria que tem de se confrontar com a tensão entre a facticidade de um direito que se encontra em uma comunidade jurídica situada historicamente e a validade dessas pretensões que apontam para além dos contextos de uma comunidade jurídica dada. Ao aprofundar a relação entre facticidade e validade de um sistema de Direito situado historicamente, Habermas será obrigado a rever a relação de complementaridade entre Direito, Moral e Política. Será obrigado a dar uma nova dimensão a sua teoria do discurso e ao conceito de razão comunicativa. Com essa renovação, terá a oportunidade de lançar os fundamentos de uma Filosofia do Direito sofisticada, tão eloqüente quanto controversa".

Todavia, essa nova relação não significa uma neutralidade moral do direito, visto que o processo legislativo possibilita que razões morais transitem para o direito. Nessa linha, Habermas salienta que a política e o direito devem estar afinados com a moral²⁵², mantendo uma base comum de fundamentação pós-metafísica, ainda que os argumentos morais não sejam suficientemente seletivos para a legitimação de programas do direito²⁵³.

Isso tudo porque, no nível da fundamentação pós-metafísica, Habermas entende que tanto as normas morais, como as jurídicas, distinguem-se da eticidade tradicional, apresentando-se como dois tipos distintos de normas de ação, que surgem lado a lado e, assim, complementam-se²⁵⁴.

Dito de outro modo, segundo Habermas, o direito mantém sua relação com a moral através dos componentes de validade jurídica. Todavia, essa relação não implica a subordinação do direito à moral, como na linha kantiana²⁵⁵ ou, então, como se houvesse uma hierarquia de normas, típica do sistema pré-moderno. Em suma, na medida em que o direito positivo exige uma fundamentação pós-metafísica, é possível perceber que ele se encontra com a moral autônoma em uma relação de *complementação* recíproca²⁵⁶.

²⁵² Nessa direção, Souza Cruz (*Jurisdição constitucional democrática, op. cit.*, p. 221), aponta ao afirmar que Habermas situa o direito contemporâneo justamente entre a moral – que abandonou os elementos da ética substantiva, resumindo-se agora a um procedimento de direito admissíveis em função da justiça e da reciprocidade – e a política – caracterizada por sua consideração imparcial de valores e pela escolha racional dos meios pretendidos para os fins desejados pela comunidade.

²⁵³ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia II, op. cit.*, p. 313.

²⁵⁴ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I, op. cit.*, p. 139-141: “É certo que as questões morais e jurídicas referem-se aos mesmos problemas: como é possível ordenar legitimamente relações interpessoais e coordenar entre si ações servindo-se de normas justificadas? Como é possível solucionar consensualmente conflitos de ação na base de regras e princípios normativos reconhecidos intersubjetivamente? No entanto, elas referem-se aos mesmos problemas, a partir de ângulos distintos. Todavia, mesmo tendo pontos em comum, a moral e o direito distinguem-se *prima facie*, porque a moral pós-tradicional representa apenas uma forma do saber cultural, ao passo que o direito adquire obrigatoriamente também no nível institucional. O direito não é apenas um sistema de símbolos, mas também um sistema de ação”.

²⁵⁵ Id., *ibid.*, p. 140: “Na sua *Introdução à metafísica dos costumes*, Kant procede diferentemente. Ele parte do conceito fundamental da lei da liberdade moral e extrai dela as leis jurídicas, seguindo o caminho da redução. A teoria moral fornece os conceitos superiores: vontade e arbítrio, ação e mola impulsionadora, dever e inclinação, lei e legislação, que servem inicialmente para a determinação do agir e do julgar moral. Na doutrina do direito, esses conceitos fundamentais da moral são reduzidos a três dimensões. Segundo Kant, o conceito do direito não se refere primariamente à vontade livre, mas ao arbítrio dos destinatários; abrange a relação externa de uma pessoa com outra; e recebe a autorização para a coerção, que um está autorizado a usar contra o outro, em caso de abuso. O princípio do direito limita o princípio da moral, sob esses três pontos de vista. A partir dessa limitação, a legislação moral reflete-se na jurídica, a moralidade na legalidade, os deveres éticos nos deveres jurídicos, etc.”

²⁵⁶ Id., *ibid.*, p. 141.

Nesse sentido, visando explicar melhor de que modo ocorre exatamente essa relação de co-originaridade, Habermas importa o princípio do discurso, trabalhado inicialmente em sua teoria do agir comunicativo²⁵⁷. Aliás, conforme Moreira²⁵⁸, é justamente porque o princípio do discurso possui uma neutralidade deontológica, que é possível esclarecer qual o novo sentido da co-originaridade entre as normas jurídicas e as normas morais.

Para tanto, considerando o surgimento das sociedades contemporâneas, Habermas coloca que a noção de autolegislação não pode mais ser decorrente da autolegislação moral dos indivíduos, uma vez que a autonomia deve ser entendida de maneira geral e, sobretudo, neutra²⁵⁹, o que exige a introdução de um princípio do discurso, assim formulado: *são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais*²⁶⁰.

Nesse sentido, Jusefovicz²⁶¹ refere que o princípio do discurso pode ser especificado através de duas formas: (a) o princípio de universalização, segundo o qual *toda norma válida tem que preencher a condição de que as conseqüências e efeitos colaterais que previsivelmente resultem de sua obediência universal, para a satisfação dos interesses de todo indivíduo, possam ser aceitas sem coação por todos os*

²⁵⁷ Id., *ibid.*, p. 142: “a autonomia moral e a política são co-originárias, podendo ser analisadas com o auxílio de um parcimonioso princípio do discurso, o qual simplesmente coloca em relevo o sentido das exigências de uma fundamentação pós-convencional. Esse princípio – como o próprio nível pós-convencional de fundamentação no qual a eticidade substancial se dissolve em seus componentes – tem, certamente, um conteúdo normativo, uma vez que explicita o sentido da imparcialidade de juízos práticos. Porém ele se encontra num nível de abstração, o qual, apesar desse conteúdo moral, *ainda é neutro* em relação ao direito e à moral; pois ele refere-se a normas de ação em geral”.

²⁵⁸ Ver, para tanto, MOREIRA, *Fundamentação do direito em Habermas*, *op. cit.*, p. 138-139.

²⁵⁹ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I*, *op. cit.*, p. 158.

²⁶⁰ Id., *ibid.*, p. 158; e, ainda, *id.*, *Direito e democracia II*, *op. cit.*, p. 321. Destaque-se, nesse sentido a seguinte advertência habermasiana: “o princípio do discurso tem que ser situado num nível de abstração suficientemente neutro em relação ao direito e à moral. De um lado, ele deve possuir um conteúdo moral, suficiente para se avaliar imparcialmente normas de ação em geral; de outro, ele não pode coincidir exatamente com o princípio moral, porque o modo como ele se desdobra no princípio da moral difere do modo como ele se desdobra no princípio da democracia. Então, é preciso mostrar que o princípio do discurso não esgota inteiramente o conteúdo do princípio de generalização (U), da ética do discurso. Caso contrário, o princípio moral, oculto no princípio do discurso, passaria a ser novamente a única fonte de legitimação para o direito – como acontecia no direito natural” (*id.*, *ibid.*, p. 321).

²⁶¹ Cf. JUSEFOVICZ, *op. cit.*, p. 186-187. Na mesma linha, Redondo (*op. cit.*, p. 19), ao apresentar a obra *Direito e democracia*, destaca que nela o princípio do discurso assume um duplo viés: de um lado, tem-se o princípio moral, no caso da legislação moral; do outro, tem-se o princípio democrático, no caso da legislação jurídica.

concernidos²⁶²; e (b) o princípio da democracia, segundo o qual *somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva*²⁶³.

Isso significa dizer que, para Habermas²⁶⁴, o princípio do discurso submete a validade de qualquer tipo de norma de ação ao assentimento de todos aqueles que, na condição de atingidos, participam de discurso racionais²⁶⁵. Entretanto, na medida em que o princípio do discurso volta-se às normas de comportamento, regulando interações entre um número ilimitado de destinatários, surgem questões relacionadas a um tipo de argumentação moral; já quando ele incide sobre normas de ação marcadas pela forma jurídica coloca questões políticas dos mais variados tipos, cuja lógica corresponde a diferentes modalidades²⁶⁶ e formas de negociação²⁶⁷.

No entanto, merece destaque, aqui, o fato de que, embora reconhecendo não ser satisfatória a distinção estabelecida até então na ética do discurso acerca do princípio moral e do princípio do discurso, Habermas alerta que este explica de que modo é possível fundamentar imparcialmente as normas de ação, haja

²⁶² Cf. HABERMAS, *Consciência moral e agir comunicativo*, op. cit., p. 147. Nesse sentido, ainda, Habermas (*Direito e democracia I*, op. cit., p. 203) afirmar que o tal princípio impõe aos participantes do discurso o exame das normas controversas, utilizando-se, para tanto, de casos particulares previsivelmente típicos, a fim de descobrir se elas poderiam obter o assentimento de todos os possíveis afetados.

²⁶³ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I*, op. cit., p. 145.

²⁶⁴ Id., *ibid.*, p. 199.

²⁶⁵ Id., *ibid.*, p. 204: "Por conseguinte, na formação discursivamente estruturada da opinião e da vontade de um legislador político, há uma interligação entre normatização jurídica e a formação do poder comunicativo. Podemos esclarecer essa ligação, lançando mão de um modelo processual que segue a lógica da argumentação; ele parte de questionamentos pragmáticos, passa pela formação de compromissos e discursos éticos, atinge a clarificação de questões morais, chegando finalmente a um controle jurídico de normas".

²⁶⁶ Id., *ibid.*, p. 202: "Em discursos pragmáticos, nós examinamos se as estratégias de ação são adequadas a um fim, pressupondo que nós sabemos o que queremos. Em discursos ético-políticos, nós nos certificamos de uma configuração de valores sob o pressuposto de que nós ainda não sabemos o que queremos realmente".

²⁶⁷ Id., *ibid.*, p. 207: "Negociações naturais ou não-reguladas apontam para compromissos aceitáveis pelos participantes sob três condições. Tais compromissos prevêm um arranjo que é: a) vantajoso para todos; b) que exclui pingentes que se retiram da cooperação; c) exclui explorados que investem na cooperação mais do que ganham com ela. Processos de negociação são adequados para situações nas quais não é possível neutralizar as relações de poder, como é pressuposto nos discursos racionais. Os compromissos obtidos em tais negociações contêm um acordo que equilibra interesses conflitantes. Enquanto um acordo racionalmente motivado se apóia em argumentos que convencem da mesma maneira todos os partidos, um compromisso pode ser aceito por diferentes partidos por razões diferentes".

vista a idéia de que o próprio princípio assenta-se *nas condições simétricas de reconhecimentos de formas de vida estruturadas comunicativamente*²⁶⁸.

Assim sendo, pode-se concluir que, de um lado, o princípio do discurso assume a forma de um princípio da universalização, no que diz respeito aos discursos de fundamentação moral das normas²⁶⁹.

Nessa linha, justamente, é que Souza Cruz vai afirmar que qualquer consenso que pretenda fundamentar uma afirmação na condição de uma norma social de observância geral precisa passar, obrigatoriamente, pelo crivo do princípio da moralidade, obtendo, assim, o assentimento de todos os possíveis atingidos, na condição de participantes do discurso²⁷⁰.

Com efeito, disso tudo resulta que a validade das normas de ação baseia-se, em certa medida, no resgate discursivo de pretensão de validade – imposto pelo princípio da moralidade –, a ser realizado sob condições reconhecidamente idealizadas²⁷¹.

Por outro lado, entretanto, Habermas coloca a necessidade de se incorporar o *medium* do direito, através das garantias de iguais direitos de comunicação e de participação, visando a implementação, no interior do processo legislativo, do princípio do discurso como princípio da democracia²⁷².

²⁶⁸ Id., *ibid.*, p. 143. Ainda a respeito da insuficiência na exata localização dos princípios da moral e da democracia, Habermas (*ibid.*, p. 128) afirma que: “Os conceitos *princípio moral* e *princípio da democracia* estão interligados, tal circunstância é encoberta pela arquitetônica da doutrina do direito. Se isso for correto, o princípio do direito não constitui um membro intermediário entre princípio moral e princípio da democracia e, sim, o verso da medalha do próprio princípio da democracia. No meu entender, a falta de clareza sobre a relação entre esses três princípios deve ser lançada na conta de Kant e de Rousseau, pois, em ambos, existe uma não-confessada *relação de concorrência entre os direitos humanos*, fundamentados moralmente, e o *princípio da soberania do povo*”.

²⁶⁹ Id., *ibid.*, p. 144. Nesse contexto, aliás, Souza Cruz (*Jurisdição constitucional democrática, op. cit.*, p. 214) refere que o princípio da moralidade pode ser entendido como um elemento essencial para o processo racional de normatização do direito, na medida em que ele alivia os indivíduos do peso cognitivo da formação própria do juízo moral e, conseqüentemente, impede que a legislação e a jurisdição sejam exercidas com base em valores particulares dos legisladores e magistrados.

²⁷⁰ Cf. SOUZA CRUZ, *Jurisdição constitucional democrática, op. cit.*, p. 217-218, que destaca o fato de Habermas reconhecer serem contrafactuais as condições de consistência semântica no *medium* lingüístico no que diz respeito às regras do agir comunicativo na organização do discurso, como também a livre, simétrica e isonômica participação dos envolvidos e a disposição de conhecimento e tempo ilimitados, em que não haveria qualquer coação e/ou ideologia, exceto a do melhor argumento.

²⁷¹ Id., *ibid.*, p. 218.

²⁷² Ver, para tanto, HABERMAS, *Direito e democracia I, op. cit.*, p. 165, para quem “o princípio do discurso só pode assumir a figura de um princípio da democracia, se estiver interligado como o *medium* do direito, formando um sistema de direitos que coloca a autonomia pública numa relação de pressuposição

Para tanto, Habermas entende necessário distinguir com maior precisão os princípios da moral e o da democracia: enquanto o primeiro funciona apenas como regra de argumentação para a decisão racional de questões morais, o que determina que o mesmo não se encontre no mesmo nível que o princípio da democracia; o segundo pressupõe a possibilidade da decisão racional de questões práticas, a partir de discursos e negociações reguladas pelo procedimento, das quais depende a legitimidade das leis e, conseqüentemente, destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito, visto que a pretensão de validade legítima das normas jurídicas depende do assentimento e autodeterminação de todos os membros de uma associação de direito estabelecida livremente²⁷³.

Nesse sentido, Souza Cruz afirma que Habermas desenvolve o *princípio da democracia* a fim de garantir que o discurso jurídico abra-se a argumentos pragmáticos e ao uso ético-político da razão comunicativa, servindo-se dela em toda a sua extensão²⁷⁴.

Ainda na mesma direção, Moreira²⁷⁵ destaca que, na medida em que o princípio do discurso converte-se em princípio da democracia, através da institucionalização jurídica, a normatividade passa a ser obtida mediante um procedimento no interior do qual são arroladas todas as razões capazes de fundamentar uma ou outra pretensão de validade²⁷⁶.

recíproca". Ainda nessa linha, ver JUSEFOVICZ, *op. cit.*, p. 188, onde destaca que o princípio do discurso, quando institucionalizado juridicamente, converte-se em princípio da democracia e, assim, passa a fornecer legitimidade ao processo de normatização do direito.

²⁷³ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I*, *op. cit.*, p. 145-146: "A diferença de níveis de referência constitui um dos pontos de vista sob os quais é possível distinguir entre o princípio da democracia e o da moral. O outro é dado pela diferença entre normas jurídicas e demais normas de ação. Enquanto o princípio moral se estende a todas as normas de ação justificáveis com o auxílio de argumentos morais, o princípio da democracia é talhado na medida das normas do direito".

²⁷⁴ Ver, para tanto, SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, *op. cit.*, p. 157.

²⁷⁵ Cf. MOREIRA, *Fundamentação do direito em Habermas*, *op. cit.*, p. 166-167.

²⁷⁶ Ver, para tanto, HABERMAS, *Direito e democracia I*, *op. cit.*, p. 158, para que a idéia 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 equipar 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 particular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo co-originário".

Aliás, como observa Jusefovicz, é justamente do âmbito do exercício da soberania popular e do respeito aos direitos humanos que Habermas deduz o princípio da democracia. Na verdade, com isso, Habermas procura realizar a antecipação de um sistema normativo exemplarmente democrático – no interior do qual a legitimidade decorre da formação discursiva da opinião e da vontade de participantes com direitos iguais – e, ainda, possibilitar uma avaliação crítica, relativa às pretensões de validade normativas vigentes. Desse modo, partindo da gênese normativa orientada pelo princípio da democracia, Habermas busca o desenvolvimento de um direito cujo fundamento encontra-se baseado no consenso²⁷⁷.

Dito de outro modo, o princípio da democracia, sob a ótica habermasiana, permite que as normas de ação que surgem na forma do direito possam ser justificadas com base em argumentos pragmáticos, ético-políticos e morais, e não apenas com o auxílio de argumentos morais, como ocorre no interior do princípio da moral²⁷⁸.

Assim sendo, ao fazer uso da noção de racionalidade e ao ancorar-se nas condições pragmáticas de discursos, Habermas julga compreender de maneira mais clara a constituição da soberania popular e o modo como se dá o processo de formação da vontade política, o que lhe permite desenvolver uma alternativa para superar a teoria do direito racional, proposta por seus antecessores de cariz contratualista²⁷⁹.

Nesse sentido, Habermas entende que as pretensões de validade das normas só podem ser aferidas através do discurso, observando exclusivamente a regra do melhor argumento, de tal modo que o consenso obtido expresse uma vontade racional²⁸⁰.

Isso não significa, porém, que Habermas possa abrir mão da regra da maioria quando da regulamentação jurídica de processos de discussão, afinal de

²⁷⁷ Cf. JUSEFOVICZ, *op. cit.*, p. 176.

²⁷⁸ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I*, *op. cit.*, p. 143.

²⁷⁹ Cf. JUSEFOVICZ, *op. cit.*, p. 177.

²⁸⁰ Id., *ibid.*, p. 180.

contas as deliberações políticas devem ser concluídas, o que resulta na formação de uma *cesura das discussões em andamento* e na *fixação de um resultado provisório de uma determinada formação discursiva da opinião*²⁸¹.

Entretanto, destaca Jusefovicz²⁸², os direitos fundamentais das minorias devem ser entendidos como limites às decisões da maioria, posto que os cidadãos, ao exercitarem sua autonomia política, não podem contrariar o sistema de direitos que constitui a sua própria autonomia²⁸³.

Nesse contexto é que, para Habermas, o princípio da democracia exsurge, ao fim e ao cabo, como núcleo de um sistema de direitos, de tal modo que a gênese desses direitos constitui um processo particular, no interior do qual o código do direito legítimo e o mecanismo para a produção desse direito – portanto, o princípio da democracia –, constituem-se simultaneamente em sua origem²⁸⁴.

Para tanto, Habermas estabelece cinco categorias de direitos fundamentais: (a) aqueles que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação; (b) os que decorrem da configuração politicamente autônoma do status de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito; (c) aqueles que exsurgem imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual; (d) aqueles relativos à participação, com igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo; (e) aqueles ligados a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que

²⁸¹ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I*, op. cit., p. 223.

²⁸² Cf. JUSEFOVICZ, op. cit., p. 183.

²⁸³ Destaque-se, nesse sentido que, para Habermas (*Direito e democracia I*, op. cit., p. 224), “o voto de uma minoria discrepante, que é ajuntado à fundamentação de uma resolução judicial em última instância, tem o sentido de fixar argumentos que poderiam convencer, em casos semelhantes, a maioria de um futuro colégio de juízes”.

²⁸⁴ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I*, op. cit., p. 158; e, ainda, MOREIRA, *Fundamentação do direito em Habermas*, op. cit., p. 167-168.

isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos fundamentais antecedentes²⁸⁵.

Assim sendo, Habermas entende que o direito a iguais liberdades subjetivas de ação e, ainda, os correlatos dos direitos à associação e das garantias do caminho do direito são justamente aqueles que estabelecem o código jurídico enquanto tal, o que significa dizer, em última análise, que *não existe nenhum direito legítimo sem esses direitos*²⁸⁶.

Observa-se, com isso, que Habermas, ao propor essa leitura discursiva dos direitos fundamentais, retira-lhe parte de sua dimensão substantiva clássica, de modo que a liberdade, por exemplo, limitar-se-á à perspectiva do indivíduo de participar da formulação dos discursos de fundamentação e aplicação de normas

²⁸⁵ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I*, op. cit., p. 159-160. Na mesma linha, Souza Cruz refere que, para Habermas, os direitos fundamentais universais – que realizam a configuração do *medium* argumentativo do princípio da democracia e que são admitidos pelo filtro do princípio da moralidade – dividem-se em cinco categorias: (a) a primeira categoria deriva da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação, que podem ser exemplificados através dos direitos liberais clássicos de liberdade, integridade, intimidade, etc.; (b) a segunda categoria está vinculada aos direitos ligados ao status de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito, nos quais se encontram a proibição de extradição, o direito de asilo, os direitos políticos, sociais e coletivos; (c) a terceira categoria liga-se à possibilidade de postulação judicial de direitos, isto é, aos princípios e garantias que se sustentam na pretensão de justiça independente e imparcial nos seus julgamentos, de forma a protegê-los por meio do poder de sanção do Estado; (d) a quarta categoria diz respeito aos direitos de participação nos processos de formação da opinião e da vontade, que permitem uma modificação profunda no conceito de democracia, na medida em que se superam os limites clássicos da representação política e da delegação de poderes; (e) a quinta categoria refere-se às condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, através da qual se abre espaço para direitos difusos ligados ao patrimônio histórico-cultural, ao meio ambiente, ao biodireito, ao direito virtual, etc. (cf. SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 169-171; id., *Jurisdição constitucional democrática*, op. cit., p. 221-224). Ainda sobre a visão habermasiana dos direitos fundamentais, ver REDONDO, op. cit., p. 9-10, para quem Habermas, da aplicação do princípio de discurso à forma jurídica, deduz cinco categorias: direitos individuais de liberdade, direitos de pertença a uma comunidade jurídica, direitos concernentes ao acesso judicial dos direitos, direitos políticos e direitos sociais. Com as três primeiras categorias introduz-se o código com que opera o direito e fixa-se o status de pessoa jurídica; com a quarta o direito assim introduzido faz-se reflexivamente encargo de si mesmo, juridificando as condições de sua produção legítima e regulando o processo político do qual resulta o poder capaz de impor o direito; a quinta assegura condições materiais de existência que não desmentem a idéia de sujeito jurídico livre e igual.

²⁸⁶ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I*, op. cit., p. 162-164: “enquanto sujeitos do direito, eles só conseguirão autonomia se se entenderem e agirem como autores dos direitos aos quais desejam submeter-se como destinatários. Enquanto sujeitos do direito, eles não podem mais escolher o *medium* no qual desejam realizar sua autonomia. Eles não podem mais dispor da linguagem: o código do direito é dado preliminarmente aos sujeitos do direito como a única linguagem na qual podem exprimir a sua autonomia. A idéia de autolegislação tem que adquirir por si mesma validade no *medium* do direito. Por isso, têm que ser garantidas pelo direito as condições sob as quais os cidadãos podem avaliar, à luz do princípio do discurso, se o direito que estão criando é legítimo. Para isso servem os direitos fundamentais legítimos à participação nos processos de formação da opinião e da vontade do legislador [...] Ora, são os próprios civis que refletem e decidem – no papel de um legislador constitucional – como devem ser os direitos que conferem ao princípio do discurso a figura jurídica de um princípio da democracia. De acordo como o princípio do discurso, podem pretender validade as normas que poderiam encontrar o assentimento de todos os potencialmente atingidos, na medida em que estes participam de discursos racionais”.

jurídicas. A tão propalada dignidade da pessoa humana, nesse contexto, passa a ser vinculada à possibilidade de todos participarem dos discursos em iguais condições com os demais interessados. Evidencia-se, portanto, que os direitos fundamentais perdem seus valores substantivos à medida que atuam como condições para o discurso, isto é, como regras discursivas de comunicação. Todavia, uma vez concluídos os discursos legislativos e jurisdicionais, eles reassumem sua dimensão substantiva²⁸⁷.

Aliás, para Habermas, é justamente no momento em que os direitos fundamentais constituem o substrato e o limite das argumentações não-morais que o princípio da democracia coloca-se ao lado do princípio da moralidade, possibilitando, assim, que a legitimidade advenha da legalidade, sem que isso implique o retorno ao positivismo, conforme destaca Moreira²⁸⁸. Ou melhor: a interpretação dos direitos fundamentais à luz da teoria discursiva termina não só por esclarecer a relação existente entre os direitos humanos e a soberania do povo, mas, também, soluciona o paradoxo segundo o qual a legitimidade surge da legalidade²⁸⁹.

Nesse contexto, portanto, é que Moreira²⁹⁰ refere que a missão do direito, talvez, seja a de institucionalizar a liberdade, visto que, de um lado, a legitimidade da normatização jurídica é deslocada para procedimentos da formação discursiva da opinião e da vontade, institucionalizados juridicamente;

²⁸⁷ Ver, para tanto, SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 168 e 172: “Em outras palavras, de um lado, os direitos fundamentais, como condição do procedimento discursivo, são pressupostos da comunicação e, portanto, despídos de conteúdo substantivo. Contudo, de outro lado, os direitos fundamentais, entendidos como conseqüências/produtos do procedimento discursivo, certamente estão repletos de substância”.

²⁸⁸ Cf. MOREIRA, *Fundamentação do direito em Habermas*, op. cit., p. 166; e, ainda, SOUZA CRUZ, *Jurisdição constitucional democrática*, op. cit., p. 221.

²⁸⁹ A respeito da circularidade – e complexidade – do pensamento desenvolvido ao longo da teoria discursiva do direito, ver HABERMAS, *Direito e democracia I*, op. cit., p. 155, onde o autor apresenta a seguinte síntese: “Partimos da história dos dogmas do direito subjetivo, a fim de mostrar como a legitimidade surge paradoxalmente da legalidade; desenvolvemos, a seguir, um modo próprio de interpretar o conceito de autonomia, na linha de uma teoria do discurso, o qual torna possível reconhecer o nexos interno entre direitos humanos e soberania do povo. Pesquisamos, finalmente, a relação complementar entre direito e moral, a fim de esclarecer a determinação formal que permite distinguir entre normas jurídicas e normas gerais da ação. O interessante é que essa forma jurídica já implicava os direitos subjetivos que recebem destaque nas ordens jurídicas modernas”.

²⁹⁰ Cf. MOREIRA, *Fundamentação do direito em Habermas*, op. cit., p. 170.

e, de outro, a juridificação da liberdade comunicativa implica que o direito seja levado a explorar fontes de legitimação das quais não pode dispor²⁹¹.

Em suma, o resultado disso tudo, em última análise, é o seguinte: (a) o princípio do discurso promove a fundamentação de normas e decisões valorativas; (b) para saber se as normas e valores podem obter o assentimento racionalmente motivado de todos os possíveis atingidos, contudo, mostra-se necessário assumir a perspectiva - intersubjetivamente ampliada - da primeira pessoa do plural, através da qual se reconhece, de modo não-agido e não-reduzido, a compreensão do mundo e a autocompreensão de todos os participantes do discurso; (c) a argumentação, nesse contexto, possibilita a assunção ideal desses papéis, a ser praticada em comum e de forma generalizada; (d) entretanto, como forma reflexiva do agir comunicativo, a argumentação caracteriza-se pela reversibilidade completa de todas as perspectivas dos participantes, na medida em que libera a intersubjetividade mais alta da coletividade deliberativa²⁹².

Com isso, observa-se mais uma vez que, ao se apoiar em uma teoria procedimental nos moldes habermasianos, a legitimidade das normas jurídicas pode ser medida de acordo com a racionalidade do processo democrático da legislação política. Todavia, esse processo, conforme já referido, é mais complexo do que aquele relativo à argumentação moral, visto que a legitimidade das leis não se mede somente pela correção dos juízos morais, mas também em face da disponibilidade, da relevância, da pertinência e da escolha de informações, da adequação das interpretações da situação, da colocação dos problemas, da racionalidade de decisões eleitorais, da autenticidade de valorações, sobretudo pela equidade dos compromissos obtidos, etc.²⁹³.

Ademais, para Habermas, a validade do direito tem o sentido meramente ilocucionário de uma declaração: a autoridade política esclarece que uma norma

²⁹¹ Ver, para tanto, HABERMAS, *Direito e democracia I*, op. cit., p. 168.

²⁹² Id., *ibid.*, p. 284.

²⁹³ Id., *ibid.*, p. 290. Cumpre referir, ainda, nesse sentido, que Habermas adverte, expressamente, que a dimensão da validade das normas jurídicas proíbe que se equipare a correção de decisões jurídicas à

que entrou em vigor foi suficientemente justificada e faticamente aceita, o que significa dizer, em última análise, que o sentido da validade habermasiana diferencia-se daquele da legitimidade do direito²⁹⁴.

Nesse sentido, é necessário ainda destacar que, na teoria discursiva do direito, as funções legislativa, judiciária e executiva podem ser nitidamente diferenciadas a partir das formas de comunicação e potenciais de argumentos correspondentes. Sob tal perspectiva, as leis regulam a transformação do poder comunicativo em poder administrativo, na medida em que são produzidas em conformidade com os procedimentos democráticos, nos quais fundam uma proteção do direito garantido pelos tribunais, subtraindo da administração o tipo de argumentos normativos portadores das resoluções legislativas e das decisões judiciais. Tais argumentos integram um universo no interior do qual os poderes Legislativo e Judiciário dividem entre si a tarefa de fundamentação e aplicação das normas jurídicas, como se verá mais adiante²⁹⁵.

2.3.3. Os discursos jurídicos de fundamentação prévia

Com efeito, a comunicação política dos cidadãos envolve todos os assuntos de interesse público, porém, ao final, resulta nas decisões de corporações legislativas, conforme destaca Habermas. Isso significa dizer que a formação da vontade racional objetiva é, em última análise, a produção de uma determinada legislação, tendo em vista que, de um lado, ela só interpreta e configura o sistema dos direitos que os cidadãos se reconheceram mutuamente

validade de juízos morais e, assim, considerá-la um caso especial de discursos morais, como sugere Alexy, por exemplo.

²⁹⁴ Id., *ibid.*, p. 195.

²⁹⁵ Id., *ibid.*, p. 239, onde o autor identifica as competências comunicacionais e discursivas correspondentes a cada uma das instâncias formam o Estado democrático de direito: o legislador político detém o poder exclusivo e ilimitado de fazer uso de argumentos normativos e pragmáticos, mesmo aqueles constituídos através de negociações equitativas, quando vinculado a procedimentos democráticos, no interior do qual se dá a fundamentação das normas; o juiz, ao contrário, não dispõe livremente dos argumentos contidos nas normas jurídicas, na medida em que os seus argumentos desempenham um papel diferente quando invocados no discurso jurídico de aplicação, que se apóia em decisões consistentes e, sobretudo, na coerência do sistema jurídico em sua totalidade; o administrador,

através de leis e, de outro, o poder do Estado só pode ser organizado e dirigido mediante leis. Nesse contexto, a competência legislativa, muito embora atribuída aos cidadãos em sua totalidade, termina sendo assumida por corporações parlamentares que devem *fundamentar* as normas em consonância com o processo democrático. Desse modo, pode-se afirmar que as leis formam a base para pretensões jurídicas individuais, enquanto que estas decorrem da *aplicação* de normas jurídicas a casos concretos²⁹⁶.

Observa-se, assim, nitidamente, por que razão Habermas considera que, no Estado democrático de direito, a função central compete à legislação política, da qual participam os partidos políticos, o eleitorado, as corporações parlamentares, o governo e, ainda, a prática jurisdicional e administrativa, na medida em que se autoprogramam²⁹⁷.

Nesse sentido, partindo da idéia de que o agir comunicativo é um elemento de integração social, Habermas assinala que a necessidade de operacionalizá-lo procedimentalmente implica a sua divisão em duas estruturas discursivas: uma ligada à fundamentação; a outra, à aplicação²⁹⁸. Essa cisão permite que a noção de validade das normas de ação possa se sustentar apenas no resgate argumentativo, em face da incidência do princípio da democracia e,

por fim, não constrói e tampouco reconstrói argumentos normativos, diferentemente do que ocorre com os poderes Legislativo e Judiciário.

²⁹⁶ Id., *ibid.*, p. 214-215.

²⁹⁷ Id., *ibid.*, p. 243.

²⁹⁸ Id., *ibid.*, p. 215-216: “É certo que razões pragmáticas sugerem uma separação entre o poder legislativo e o judiciário, tão logo a configuração dogmática do direito e a cientificização da jurisprudência acarreta uma ampla profissionalização da prática de decisão judicial. Porém, do ponto de vista normativo e da sistemática jurídica, há outros argumentos decisivos. Em primeiro lugar, a diferença lógica e argumentativa entre fundamentação e aplicação de normas reflete-se nas formas comunicativas de discursos de fundamentação e de aplicação, que precisam ser institucionalizadas juridicamente, de diferentes maneiras. Em discursos jurídicos de aplicação, é preciso decidir qual das normas tidas como válidas, numa situação dada, e cujas características são descritas de forma mais completa possível, é adequada. Esse tipo de discurso exige, de um lado, uma constelação de papéis, na qual os partidos (e, conforme o caso, autoridades políticas mediadoras) podem apresentar todos os aspectos litigiosos de um caso a um juiz, como representante imparcial da comunidade; de outro lado, uma distribuição de competências segundo a qual o tribunal tem que fundamentar seu julgamento perante uma esfera pública jurídica, em princípio ilimitada”. Ainda na mesma linha, ver BAHIA, *op. cit.*, p. 349: “A partir das teorias desenvolvidas por Dworkin, Günther e outros, Habermas chega a duas *teses*, duas condições para que sua teoria da argumentação possa cumprir os dois requisitos que ele mesmo estabeleceu (certeza e aceitabilidade racional): *fundamentação interna* (que pressupõe a concepção de direito como ordenamento principiológico, formado procedimentalmente pelos mais variados tipos de discurso) e *fundamentação externa* (obtida sob condições comunicativas tais que garantam a prevalência do melhor argumento, dentro das limitações de um processo imparcial)”.

sobretudo, do princípio da moralidade, o qual exige que as conseqüências da observância geral das normas sejam compatíveis com as noções de reciprocidade e de universalização de interesses²⁹⁹.

Dito de outro modo, Habermas entende que o discurso de fundamentação, ou de justificação, possibilita identificar quais as normas que irão integrar o ordenamento jurídico, ou seja, quais as normas que protegem adequadamente um interesse considerado universalizável, o que pode ser verificado a partir da (in)existência de reciprocidade de interesses em circunstâncias constantes. Para tanto, mostra-se necessário fazer uma abstração das considerações sobre hipóteses de conflito em situações práticas de aplicação, observando-se tão-somente se as normas representam interesses moralmente universalizáveis, que as tornem válidas³⁰⁰.

Segundo Habermas, a ética do discurso aprendeu com o desprezo kantiano pelos problemas de aplicação e, portanto, passou a diferenciar a validade das normas da correção de juízos singulares que consideram determinada conduta como impositiva, a partir de uma norma válida. Isso porque, para Habermas, não é possível, do ponto de vista analítico, decidir *o que é correto fazer em dadas circunstâncias* mediante um único ato de fundamentação, ou dentro dos limites de apenas um tipo de argumentação. Por isso, Habermas entende necessário recorrer a uma seqüência de dois momentos argumentativos: primeiro, a fundamentação; depois, a aplicação³⁰¹.

²⁹⁹ Cf. SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 177.

³⁰⁰ Ver, para tanto, BAHIA, op. cit., p. 328-329. Aliás, cumpre referir, aqui, mais uma vez, que o que importa no discurso de fundamentação é justamente a determinação do conteúdo semântico de uma norma a fim de que ela possa ser traduzida em *termos universais* e, assim, aceita por todos os interessados em circunstâncias gerais e previsíveis (cf. MARTINS, Agemiro Cardoso Moreira; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. A contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 1, n. 3, p. 241-254, jan./jun. 2006, p. 244).

³⁰¹ Ver, nesse sentido, HABERMAS, *Comentários à ética do discurso*, op. cit., p. 136; GUNTHER, op. cit., p. 22-24; e, também, MARTINS; OLIVEIRA, op. cit., p. 243: "Segundo Günther, todas as teorias que tentaram resolver a questão moral da seleção arbitrária dos fatos na decisão de um caso ignoraram esta distinção, tendendo a subestimar o problema da aplicação das normas que se vale de um critério distinto, porém não incompatível com o princípio da universalidade". Destaque-se, por fim, a posição de SOUZA CRUZ, *Jurisdição constitucional democrática*, op. cit., p. 226, para quem o desdobramento referente às etapas de fundamentação e de aplicação das normas possibilita, inclusive, que as limitações da comunidade ideal de comunicação sejam aperfeiçoadas.

Mais: uma vez cindido o discurso jurídico, Habermas coloca que, ao legislador, cabe decidir – mediante discursos de fundamentação – quais as normas que valem como direito, enquanto aos tribunais, em última análise, compete resolver, de maneira razoável e definitiva para todas as partes – através de discursos de aplicação –, a disputa a respeito da concretização das normas válidas³⁰².

Todavia, uma vez superados os limites da clássica divisão institucional de competências do Estado moderno³⁰³, Habermas salienta que – não obstante, de um lado, a função relativa aos discursos de fundamentação deva ser exercida preferencialmente pelo Legislativo; e, de outro, o papel relativo aos discursos de aplicação deva ser exercido preferencialmente pelo Judiciário – pode ocorrer que tais tarefas venham a ser desempenhadas por outros poderes, devendo, para tanto, todos os elementos do respectivo discurso serem mantidos em sua integralidade, sem que isso implique em qualquer ilegitimidade³⁰⁴.

De qualquer modo, a questão que aqui parece central é o fato de que o princípio da universalização encontra seu lugar no interior do discurso de fundamentação, através do qual, sob a ótica habermasiana, se verifica a validade das obrigações universais³⁰⁵.

³⁰² Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I*, op. cit., p. 151. Nesse mesmo sentido, ver CATTONI DE OLIVEIRA, *Jurisdição e hermenêutica constitucional...*, op. cit., p. 62-64; LEITE, op. cit., p. 224-225; e, ainda, SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 192-193, para quem: “No aspecto funcional, quando Habermas trata dos discursos de fundamentação, ele tem em mente que essa função será exercida preferencialmente pelo Parlamento [...] De outro lado, quando Habermas fala dos discursos de aplicação, ele concebe primariamente o Judiciário no exercício de tal atribuição”.

³⁰³ Ver, para tanto, SOUZA CRUZ, *Jurisdição constitucional democrática*, op. cit., p. 244, nota 135, onde o autor refere que, de acordo com a clássica teoria da separação de poderes, o Parlamento seria o responsável pela edição de normas jurídicas gerais/universais e abstratas, ao passo que o Judiciário poderia editar somente normas jurídicas de caráter individual e concreto.

³⁰⁴ Nesse sentido, inclusive, duas hipóteses podem ser evocadas, a título exemplificativo: primeira, quando ocorre a instalação de um tribunal especial, composto por senadores, para o fim de julgamento de crimes de responsabilidade; segunda, quando o Executivo substitui o Parlamento, assumindo, assim, a função de legislador político (cf. GALUPPO, Marcelo. *Igualdade e diferença. Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 144).

³⁰⁵ Cf. HABERMAS, *Comentários à ética do discurso*, op. cit., p. 136; e, também, SOUZA CRUZ, *Jurisdição constitucional democrática*, op. cit., p. 245, para quem o discurso de fundamentação assume um papel central, à medida que harmoniza as preferências concorrentes e, assim, fixa a identidade pessoal/coletiva da sociedade, em que concorrem discursos de auto-entendimento e negociações de interesses, de tal maneira que seus valores fundamentais possam ser identificados, ponderados e acomodados entre si. Na mesma linha, ainda, MARTINS; OLIVEIRA, op. cit., p. 243: “O discurso de justificação diz respeito à elaboração de normas válidas, pautadas pelo princípio universalista (U), que busca considerar os interesses de todos os possíveis afetados pela norma em discussão. Este tipo de discurso tem lugar, especialmente, no momento de justificação de uma norma moral”.

Isso porque, na medida em que os discursos de fundamentação referem-se à validade das normas, eles se desenvolvem a partir de uma argumentação marcada por seu amplo espectro – moral, ético e pragmático –, mediante as condições de institucionalização de um processo legislativo estruturado à luz do princípio democrático³⁰⁶.

Nesse sentido, Souza Cruz destaca que é justamente a introdução de argumentos ético-políticos e argumentos pragmáticos, através do princípio da democracia, aquilo que possibilita uma maior adesão da cidadania à normatividade jurídica, circunstância essa que não se verifica quando o debate é meramente moral³⁰⁷. Aliás, assim sendo, não subsiste o entendimento de que haveria uma predominância da argumentação moral sobre a argumentação não-moral, mormente na esfera da legislação, tendo em vista que, muito embora nela se manifeste nitidamente o requisito da universalidade normativa, não se pode observar uma primazia unívoca de argumentos morais nos discursos de fundamentação³⁰⁸, ao contrário do que ocorre nos discursos de aplicação, como se verá mais adiante.

Cumprido destacar, entretanto, que não parece adequado analisar a cisão entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação apresentada por Habermas sem que se faça referência expressa ao fato de que tal operação

³⁰⁶ Ver, para tanto, CATTONI DE OLIVEIRA, *Jurisdição e hermenêutica constitucional...*, op. cit., p. 62; LEITE, op. cit., p. 213; e, especialmente, HABERMAS, *Direito e democracia I*, op. cit., p. 287, para quem: "Se aceitamos a compreensão deontológica do direito, de Dworkin, e seguimos as considerações da teoria da argumentação de autores como Aarnio, Alexy e Günther, temos que admitir duas teses. Em primeiro lugar, o discurso jurídico não pode mover-se auto-suficientemente num universo hermeticamente fechado do direito vigente: precisa manter-se aberto a argumentos de outras procedências, especialmente a argumentos pragmáticos, éticos e morais que transparecem no processo de legislação e são enfeixados na pretensão de legitimidade de normas do direito. Em segundo lugar, a correção de decisões judiciais mede-se pelo preenchimento de condições comunicativas da argumentação, que tornam possível uma formação imparcial do juízo. Ora, seria natural encaminhar a teoria discursiva do direito conforme o modelo da ética do discurso, melhor elaborada. Entretanto, nem o primado heurístico dos discursos prático-morais, nem a exigência segundo a qual regras do direito não podem contradizer normas morais, permitem que se conclua, sem mais nem menos, que os discursos jurídicos constituem uma parte das argumentações morais".

³⁰⁷ Nessa direção, ver SOUZA CRUZ, *Jurisdição constitucional democrática*, op. cit., p. 219: "O princípio da democracia garante que o discurso de fundamentação se abra ao emprego de argumentos pragmáticos e para o uso ético-político da razão prática. Assim, a fundamentação de normas jurídicas (legislação) emprega a razão prática em toda a sua extensão. Seria irracional considerar que o legislador não se pautasse pela dependência contextual levando-o a trabalhar sem argumentos não-morais no momento volitivo da normatização do direito".

³⁰⁸ Id., *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 160.

encontra eco – e se torna ainda mais precisa – nas observações trazidas a lume por Günther³⁰⁹, ao desenvolver sua lógica da argumentação³¹⁰.

Ocorre que, segundo alerta Günther, há de se fazer a devida distinção entre a formulação de uma versão forte do princípio da universalização³¹¹ e aquela proposta por Habermas³¹², sendo a primeira insustentável, visto que os participantes da argumentação não dispõem de tempo ilimitado e tampouco possuem conhecimento absoluto³¹³, o que é imprescindível para que se realize uma previsão segura de todas as eventuais situações e conseqüências, no que diz respeito ao momento da fundamentação das normas³¹⁴.

Ademais, na medida em que o princípio de universalização configura-se como regra de argumentação, é necessário que ele conserve um sentido racional e, conseqüentemente, operacional, de tal maneira que possa ser empregado por

³⁰⁹ Sobre o autor, consultar LEAL, Fernando. Günther, Klaus. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 399-402: “Dentro do contexto pós-positivista, sua principal tese para a Filosofia do Direito e para a Teoria Geral do Direito é a de que o senso de equidade necessário a ser satisfeito nos casos de conflitos morais e jurídicos demanda não somente seguir princípios corretos, mas também *aplicá-los* de maneira imparcial. Por tal razão é que não se pode abdicar da estrutura normativa da razão prática. Só assim poder-se-á afirmar que a correção de um juízo normativo formulado e obedecer à pretensão de universalidade decorrente de sua prescritividade, tal qual evidenciado por R. M. Hare ao analisar enunciados morais. Moral e direito, esclareça-se logo que, na proposta de Günther, estão necessariamente vinculados, inclusive quanto à estrutura de racionalidade; do teste de validade de enunciados morais deduz-se a validade de normas jurídicas”. Ainda a respeito da cisão apresentada por Günther entre discursos de justificação e discursos de aplicação, ver CHAMON JUNIOR, *Teoria geral do direito moderno, op. cit.*, p. 63-67.

³¹⁰ Ver, para tanto, HABERMAS, *Direito e democracia I, op. cit.*, p. 269; GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004; e, ainda, MARTINS; OLIVEIRA, p. 243, onde tais autores destacam que “o próprio Habermas aceitou a necessidade de reformulação do princípio (U) nos termos em que Klaus Günther propõe”.

³¹¹ Cf. GÜNTHER, *op. cit.*, p. 65, onde propõe uma formulação forte do princípio “U”: *uma norma é válida e, em qualquer hipótese, adequada, se em cada situação especial as conseqüências e os efeitos colaterais da observância geral desta norma puderem ser aceitos por todos, e considerados os interesses de cada um individualmente*.

³¹² Cf. HABERMAS, *Consciência moral e agir comunicativo, op. cit.*, p. 147, onde se propõe a seguinte formulação para o princípio “U”: *toda norma válida tem que preencher a condição de que as conseqüências e efeitos colaterais que previsivelmente resultem de sua obediência universal, para a satisfação dos interesses de todo indivíduo, possam ser aceitas sem coação por todos os concernidos*.

³¹³ Ver, para tanto, MARTINS; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 242: “Ainda que (U) fosse teoricamente aceitável, as partes que disputam entre si em meio as argumentações morais não seriam capazes de avaliar ou mesmo imaginar *todas as conseqüências e os efeitos colaterais* da nora em questão. O caráter humanamente limitado de nosso saber finito e temporal tornaria inútil o princípio (U). Albrecht Wellmer representa essa linha de pensamento. É especialmente contra esta terceira espécie de críticos que Klaus Günther desenvolve seu trabalho”.

³¹⁴ Cf. HABERMAS, *Comentários à ética do discurso, op. cit.*, p. 137. Destaque, ainda, que Habermas e Günther, ao contrário de Kant, fixam-se em uma versão branda do princípio da universalização, que é o que lhes permitirá distinguir o discurso de fundamentação do discurso de aplicação (cf. SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro, op. cit.*, p. 179).

sujeitos que, finitos e dotados da faculdade de juízos, encontram-se condicionados a contextos variados³¹⁵.

Nessa linha, portanto, Habermas entende que, no momento da fundamentação das normas, somente se pode exigir – com base nas informações disponíveis e nas razões então pertinentes – que *sejam contempladas as conseqüências e os efeitos secundários que “presumivelmente” podem resultar do cumprimento geral das normas no interesse de cada indivíduo*³¹⁶.

Da mesma forma, após descartar a versão forte do princípio da universalização, Günther apresenta e defende aquela que ele considera ser sua formulação fraca: *uma norma é válida se as conseqüências e efeitos colaterais de sua observância puderem ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, conforme os interesses de cada um, individualmente*³¹⁷.

Observa-se, com isso, que Günther é quem se dedica e chama a atenção para o fato de que superar o estágio de fundamentação de qualquer tipo de norma – o que manifesta sua oposição à *tese do caso especial*³¹⁸ sustentada axiologicamente por Alexy, para quem o discurso jurídico corresponderia a um caso especial do discurso prático³¹⁹ – não implica solucionar os problemas referentes à sua aplicação concreta³²⁰.

³¹⁵ Cf. HABERMAS, *Comentários à ética do discurso*, op. cit., p. 137.

³¹⁶ Id., ibid., p. 137. Nesse sentido, ainda, ver SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 179; e, também, id., *Jurisdição constitucional democrática*, op. cit., p. 224, para quem Habermas, na mesma direção que Günther, “deixou claro que a validade de uma norma jurídica não dependeria do fato de que a mesma pudesse prever todas as constatações de singularidade ou de circunstâncias excepcionais ligadas a ela”.

³¹⁷ Cf. GÜNTHER, op. cit., p. 67. No mesmo sentido, ver SOUZA CRUZ, *Jurisdição constitucional democrática*, op. cit., p. 217; id., *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 178-179; e, sobretudo, CHAMON JUNIOR, *Teoria geral do direito moderno*, op. cit., p. 64-65, onde destaca: “Uma vez que todas as possíveis circunstâncias variáveis não podem ser ex ante estabelecidas e tematizadas num discurso de justificação, surge a necessidade de um discurso de tipo especial, o discurso de aplicação: afinal, as normas válidas são tão-somente *prima facie* aplicáveis”.

³¹⁸ Sobre o tema, ver CATTONI DE OLIVEIRA, *Jurisdição e hermenêutica constitucional...*, op. cit., p. 71-72, para quem Habermas entende que a *tese do caso especial* – seja a versão axiológica de Alexy, seja a versão deontológica de Günther –, deve ser peremptoriamente descartada “tão logo se pense na distinção entre direito e moralidade que ocorre num nível pós-convencional de justificação. O princípio do discurso, como mostra Habermas, concretiza-se, entre outras formas, nos princípios da moralidade e da democracia, à luz de diferentes tipos de normas de ação. Enquanto o princípio da moralidade regula as relações interpessoais, consistindo-se numa *regra de argumentação*, o princípio da democracia regula as relações, num nível institucional, entre sujeitos jurídicos que se reconhecem como titulares de direitos”.

³¹⁹ Ver, para tanto, LEAL, *Günther...*, op. cit., p. 400, onde se observa que, na teoria da argumentação de Günther, a aplicação “independe da natureza da própria norma, crítica dirigida especificamente à distinção que faz Alexy entre o caráter *prima facie* e definitivo das normas fundado na diferente estrutura

No intuito de superar o alto grau de abstração do universalismo habermasiano, Günther volta sua teoria para a busca do ideal da norma perfeita a partir da análise da necessidade de consideração de todas as circunstâncias de aplicação particular em duas etapas: na primeira, na qual se encontram os discursos de fundamentação, o que se procura é a consideração de interesses generalizáveis, isto é, a formulação de normas sob circunstâncias inalteradas, com base em razões que possam ser *prima facie* aceitas por qualquer um, de modo que o teste de validade possa ficar reduzido à conformidade com o princípio da universalização em sua versão fraca, segundo a qual: uma norma é válida se as conseqüências e os efeitos colaterais de sua observância puderem ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, conforme os interesses de cada um, individualmente; a segunda, na qual se encontram os discursos de aplicação, o que se busca é um juízo de adequação, em que o foco volta-se apenas para uma única situação e para a análise de todas as circunstâncias e especificidades do caso concreto, que deve ser descrito exhaustivamente e, assim, decidido de modo coerente³²¹.

entre regras [...] e princípios". Sobre a crítica habermasiana à tese do caso especial, ver CATTONI DE OLIVEIRA, *Jurisdição e hermenêutica constitucional...*, op. cit., p. 71-74; e, ainda, LAGES, Cíntia Garabini. Processo e jurisdição no marco do modelo constitucional do processo e o caráter jurisdicional democrático do processo de controle concentrado de constitucionalidade no Estado democrático de direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, 509-511.

³²⁰ Ver LEAL, *Günther...*, op. cit., p. 399: "Essa asserção teórica o faz abandonar princípios de universalização rígidos, de acordo com os quais a aferição da validade de uma norma já incluiria a análise prévia de sua adequação a todas as situações concretas em que a norma fosse incidente. Em outros meios, superado o teste de justificação da norma, seriam irrelevantes as características do caso para a sua aplicação, porque já teriam sido todas previstas em abstrato. A proposta de Günther visa exatamente a afastar-se desse ideal modelo de perfeição normativa. E o faz por dois modos: complementando o discurso de justificação pela introdução de um discurso de aplicação e explicando o raciocínio judicial como um discurso de aplicação. Recorrendo à ética do discurso, Günther analisa e descarta o princípio moral *U* tal qual formulado por Habermas - o qual chama de *versão forte de U* - como teste de aferição da validade de uma norma. Isso porque nesta versão *uma norma é validade e, em qualquer hipótese, adequada, sem em cada situação especial as conseqüências e os efeitos colaterais da observância geral dessa norma puderem ser aceitos por todos e considerados interesses de cada um individualmente*, o que pressupõe tempo e saber ilimitados para que cada um possa aprovar a norma somente com base na persuasão do melhor argumento. Poder prever todas as situações de aplicação de uma norma e todos os interesses envolvidos é por demais contrafático. Inexiste operacionalidade possível".

³²¹ Id., *ibid.*, p. 400: "Diante da clivagem efetuada pela teoria, fica claro distinguir normas que mandam fazer algo sob uma suposição genérica e normas que mandam fazer algo de modo definitivo. No discurso de justificação são formuladas normas aplicáveis meramente *prima facie*; no discurso de adequação, diante de uma hipótese concreta de concorrência/colisão de várias daquelas normas, o que se busca é a formulação do juízo definitivo, decorrente de uma ponderação". Nessa linha, ainda, Günther sustenta que somente é possível atingir a norma perfeita de modo indireto, na medida em que o discurso jurídico é dividido em duas etapas: "Não antecipamos todas as características de cada situação a um único momento,

Desse modo, tendo em vista que tanto Habermas quanto Günther reconhecem serem as normas válidas aplicáveis apenas *prima facie* no momento em que as circunstâncias contextuais encontram-se contempladas pela legislação, impõe-se que o operador do direito tenha presente que, sempre que o caso concreto não se adequar perfeitamente à legislação, será preciso argumentar – favorável ou desfavoravelmente – à incidência da norma aplicada quando da justificação de sua decisão³²².

Em última análise, verifica-se que os discursos de fundamentação não esgotam a questão relativa à determinação da adequabilidade das normas tidas como válidas, visto que as situações previstas e criadas paradigmaticamente podem ou não corresponder aos novos casos concretos, isto é, a adequação a situações análogas no *futurum exactum* só pode ser respondida *a posteriori*, no interior de um discurso de aplicação³²³.

2.4. A QUESTÃO DA APLICAÇÃO: A RESPOSTA CORRETA ATRAVÉS DO JUÍZO DE ADEQUABILIDADE

A questão da aplicação, por sua vez, é aquela que se encontra mais próxima da esfera judicial, propriamente, na medida em que está voltada para o modo como são tomadas as decisões jurídicas, em última análise pelo poder Judiciário, tendo em vista a necessidade de solucionar os conflitos que, inerentes ao convívio humano, se dão no interior da sociedade.

Num primeiro momento, apresentar-se-ão os denominados discursos jurídicos de aplicação, verificados no âmbito da jurisdição, através dos quais ocorre a revalidação, ou não, das normas jurídicas fundamentadas *prima facie* durante o processo legislativo democrático (2.4.1).

mas em cada situação, em um determinado momento, todas as suas características. Então o problema pode ser resolvido pela aceitação de algumas normas como válidas, apesar de sabermos que elas irão colidir com outras normas válidas em alguns casos” (cf. SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 183-184; e, igualmente, id., *Jurisdição constitucional democrática*, op. cit., p. 217) .

³²² Cf. SOUZA CRUZ, *Jurisdição constitucional democrática*, op. cit., p. 224-225.

³²³ Cf. HABERMAS, *Comentários à ética do discurso*, op. cit., p. 138.

Em seguida, buscar-se-á esclarecer alguns aspectos relativos ao modo como se opera, sob a perspectiva da teoria discursiva, o princípio da adequabilidade – desenvolvido por Günther, em oposição ao princípio da ponderação –, e sua relação com a tese habermasiana da resposta correta para casos concretos (2.4.2).

Por fim, analisar-se-á, ainda, a importância que a teoria da verdade consensual, procedural ou, ainda, contrafactual assume no interior do paradigma procedimental habermasiano, bem como o papel por ela desempenhado ao longo da teoria discursiva do direito (2.4.3).

2.4.1. Os discursos jurídicos de aplicação

Partindo da idéia de que os discursos de fundamentação das normas jurídicas atendem – como pretendem Habermas e Günther – ao princípio da universalização em sua versão fraca, compete aos discursos de aplicação, posteriormente, realizar a sua devida compensação³²⁴.

Os discursos de aplicação são entendidos como uma maneira de complementar a norma jurídica válida *prima facie*, contemplando os efeitos colaterais que não puderam ser antecipados ou considerados quando do discurso de fundamentação, tendo em vista que apenas em face da singularidade de cada caso é se que poderá – ainda que com reservas – estabelecer as possíveis conseqüências de uma norma³²⁵.

Ora, se, no discurso de justificação, a imparcialidade existe quando se consideram todos os interesses envolvidos; aqui, no discurso de aplicação, a imparcialidade é garantida pela consideração de todos os fatos relevantes ao

³²⁴ Ver, para tanto, HABERMAS, *Direito e democracia I*, op. cit., p. 144; e, também, MARTINS; OLIVEIRA, op. cit., p. 244.

³²⁵ Ver, para tanto, MARTINS; OLIVEIRA, op. cit., p. 245: “O discurso de aplicação parte da existência de normas válidas e aplicáveis *prima facie* que deverão ser adequadas a um determinado caso. Uma norma aplicável *prima facie* é aquela cuja aplicação não deve ser determinada, exclusivamente pela identidade semântica entre os fatos hipoteticamente descritos na disposição normativa e aqueles utilizados na descrição do caso concreto e singular”.

caso³²⁶. Daí porque a finalidade do discurso de aplicação é, segundo Günther, assegurar a prevalência do melhor argumento³²⁷.

Aliás, é preciso entender que, para Habermas, o discurso de aplicação (jurisdição) afasta-se do discurso de fundamentação (legislação), em razão das *formas de comunicação e dos potenciais argumentativos correspondentes*³²⁸. Se, por um lado, no discurso de fundamentação, o agir comunicativo dos participantes mostra-se necessário para a racionalidade e legitimidade da normatização jurídica; de outro, no discurso de aplicação, o processo judicial permite a ação estratégica dos envolvidas, de modo que a imparcialidade independe do agir comunicativo das partes interessadas³²⁹.

Dito de outro modo, os discursos de aplicação, ao fim e ao cabo, permitem a libertação dos discursos de fundamentação de mais uma das condições transcendentais – ou contrafactuais – da teoria do agir comunicativo: a inexistência de uma ideologia que conduza o discurso das partes envolvidas. Isso porque o processo judicial pressupõe, desde o início, que os interessados agem livre e estrategicamente, apresentando argumentos que possam resultar na decisão desejada³³⁰.

Nesse sentido, Souza Cruz assinala que as partes, quando da argumentação jurídica, não se encontram obrigadas à cooperação em busca da verdade: no âmbito do processo judicial, ao contrário do que ocorre no âmbito da argumentação moral – em que predomina o agir comunicativo –, as partes

³²⁶ Id., *ibid.*, p. 245. Nesse sentido, Günther adverte que “o princípio da aplicação normativa imparcial pretende [...] que a norma deve ser aplicada através de um exaurimento de todas as possibilidades semânticas que podem ser obtidas em uma completa descrição da situação” (cf. SOUZA CRUZ, *Jurisdição constitucional democrática*, *op. cit.*, p. 225, nota 87; e, ainda, *id.*, *Habermas e o direito brasileiro*, *op. cit.*, p. 182, nota 83).

³²⁷ Ver, para tanto, GÜNTHER, *op. cit.*, p. 75-80.

³²⁸ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I*, *op. cit.*, p. 239; e, igualmente, SOUZA CRUZ, *Jurisdição constitucional democrática*, *op. cit.*, p. 229.

³²⁹ Cf. SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, *op. cit.*, p. 188-189; e, na mesma direção, CATTONI DE OLIVEIRA, *Jurisdição e hermenêutica constitucional...*, *op. cit.*, p. 49, para quem “o que justifica a legitimidade das decisões, no contexto de uma sociedade plural e democrática, são antes garantias processuais atribuídas às partes, principalmente a do contraditório e a da ampla defesa, além da necessidade de fundamentação das decisões”.

³³⁰ Ver, para tanto, SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, *op. cit.*, p. 189; e, também, *id.*, *Jurisdição constitucional democrática*, *op. cit.*, p. 230.

utilizam-se de argumentos marcados pelo seu caráter estratégico e pela sua capacidade de promover a decisão que lhes seja mais favorável³³¹.

Assim, diante de tal contexto, o que deve ficar claro – em que pese pareça não ter sido devidamente percebido por Kant³³² –, é que o operador do direito precisa compreender urgentemente que, em face da alta complexidade alcançada pelo direito contemporâneo, sempre será necessário argumentar favorável ou contrariamente à incidência das normas jurídicas como elemento de justificação de uma decisão³³³.

Todavia, não obstante o agir estratégico das partes³³⁴, Habermas considera que é justamente o alto grau de racionalidade obtido nos processos judiciais aquilo que possibilita ao juiz, quando da prática decisória, a formação de um juízo de aplicação imparcial³³⁵.

Para tanto, não se pode olvidar que, no Estado democrático de direito, a obrigação do juiz em decidir – com base em uma teoria capaz de justificar o direito vigente como um todo a partir de princípios³³⁶ – os casos que lhe são apresentados pela comunidade é o reflexo de uma obrigação – confirmada pelo

³³¹ Cf. SOUZA CRUZ, *Jurisdição constitucional democrática*, *op. cit.*, p. 228. Nesse sentido, ver HABERMAS, *Direito e democracia I*, *op. cit.*, p. 274: “Os direitos processuais garantem a cada sujeito de direito a pretensão a um processo equitativo, ou seja, uma clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato; deste modo, os atingidos podem ter a segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes e não arbitrários”.

³³² Nesse sentido, ver SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, *op. cit.*, p. 180-181.

³³³ Nesse exato sentido, ver CATTONI DE OLIVEIRA, *Teoria discursiva da argumentação*, *op. cit.*, p. 220: “Numa sociedade lingüisticamente estruturada, plural e sem a possibilidade de fundamentos absolutos, a única certeza pela qual podemos lutar é a de que os melhores argumentos, em uma situação de participação em simétrica paridade entre as partes que serão afetadas pelo provimento jurisdicional, sejam levados corretamente em consideração, ao longo do processo jurisdicional e no momento da decisão, por um juiz que demonstre a sua imparcialidade”.

³³⁴ Destaque-, aqui, na esteira de Souza Cruz (*Habermas e o direito brasileiro*, *op. cit.*, p. 90), que o agir estratégico é aquele que se orienta pela escolha racional de preferências voltadas para a conformação dos meios aos fins pretendidos.

³³⁵ Nesse sentido, ver SOUZA CRUZ, *Jurisdição constitucional democrática*, *op. cit.*, p. 228-229, para quem, “o processo judicial permite/depura as ações estratégicas das partes envolvidas. A imparcialidade no discurso de aplicação independe do agir comunicativo das partes interessadas, ao contrário do discurso de fundamentação, que precisa do agir comunicativo como pressuposto de sua validade”; e, igualmente, SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, *op. cit.*, p. 188, onde consta: “o discurso de aplicação viabiliza uma decisão imparcial, a partir de ações comunicativas ou estratégicas, por meio de um mecanismo de depuração: o processo. Logo, afasta-se da argumentação moral, que deve sustentar-se, exclusivamente, na ação comunicativa dos falantes”.

³³⁶ Cf. SOUZA CRUZ, *Jurisdição constitucional democrática*, *op. cit.*, p. 228-229; e, também, *id.*, *Habermas e o direito brasileiro*, *op. cit.*, p. 188, para quem “o discurso de aplicação viabiliza uma decisão imparcial, a partir de ações comunicativas ou estratégicas, por meio de um mecanismo de depuração: o processo.

ato de fundação da Constituição – que é precedente dos cidadãos, preocupados com a proteção da integridade de sua convivência, e, ainda, pautada em princípios da justiça, através dos quais todos se respeitam reciprocamente como integrantes de uma associação de homens livres e iguais³³⁷.

Desse modo, observa-se que Habermas rompe com a tradição que procurava a certeza e a segurança jurídica no conteúdo das normas e, ainda, rejeita, peremptoriamente, a visão formalista que outorgava ao juiz a liberdade necessária para que decidisse ao seu bel prazer. Com efeito, nessa quadra da história, considerando a noção de esfera pública trazida a lume pela teoria habermasiana, mostra-se imprescindível que se controle argumentativamente a racionalidade da decisão judicial, a fim de que a aplicação do direito se realize do modo mais justo e íntegro possível³³⁸.

Ocorre que, nos discursos de aplicação, não se deve trazer à tona argumentos pragmáticos, éticos ou morais com a finalidade de *justificar a extensão em grau ótimo da validade/legitimidade ou do “âmbito” jurídicos de uma norma*, mas sim se preocupar em demonstrar a sua adequação a uma situação concreta – sempre justificada procedimentalmente –, isenta de qualquer predeterminação material na qual se verifique eventual prioridade de quaisquer pontos de vistas normativos³³⁹.

Logo, afasta-se da argumentação moral, que deve sustentar-se, exclusivamente, na ação comunicativa dos falantes”.

³³⁷ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I*, op. cit., p. 268; e, ainda, id., *Direito e democracia II*, op. cit., p. 183-184: “Na medida em que os programas legais dependem de uma concretização que contribui para desenvolver o direito – a tal ponto que a justiça, apesar de todas as cautelas, é obrigada a tomar decisões nas zonas cinzentas que surgem entre a legislação e a aplicação do direito –, os discursos acerca da aplicação do direito têm que ser complementados, de modo claro, por elementos dos discursos de fundamentação. Esses elementos de uma formação quase-legisladora da opinião e da vontade necessitam certamente de um outro tipo de legitimação. O fardo desta legitimação suplementar poderia ser assumido pela obrigação de apresentar justificações perante um fórum judiciário crítico. Isso seria possível através da institucionalização de uma esfera pública jurídica capaz de ultrapassar a atual cultura de especialistas e suficientemente sensível para transformar as decisões problemáticas em foco de controvérsias públicas”.

³³⁸ Cf. SOUZA CRUZ, *Jurisdição constitucional democrática*, op. cit., p. 238; e, sobretudo, HABERMAS apud CATTONI DE OLIVEIRA, *Jurisdição e hermenêutica constitucional...*, op. cit., p. 51: “A tarefa de julgar, para que realize a função socialmente integradora da ordem jurídica e a pretensão de legitimidade do direito, deve simultaneamente cumprir as condições de uma decisão consistente e da aceitabilidade racional”.

³³⁹ Ver, para tanto, CATTONI DE OLIVEIRA, *Teoria discursiva da argumentação*, op. cit., p. 212-213; e, também, SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 189, para quem o discurso de aplicação diferencia-se da argumentação prática geral, entre inúmeras razões, por não admitir o livre trânsito de argumentos pragmáticos, ao contrário do que sustenta Alexy.

Isso tudo porque os discursos de aplicação encontram-se vinculados precisamente à concretização das normas válidas *prima facie*, à medida que levam em conta uma descrição completa do caso em exame, que possibilita seja procedida a partir do princípio de adequação³⁴⁰.

Segundo o modelo proposto por Günther – e aceito por Habermas –, raras são as normas jurídicas através das quais se consegue especificar detalhadamente suas condições de aplicação, de maneira que só podem ser aplicadas imediata e objetivamente a um número inexpressivo de situações-padrão altamente tipificadas e bem circunscritas. Ou melhor: as normas jurídicas válidas são, de plano, indeterminadas em sua referência e, portanto, carecem de conexões adicionais diante das situações concretas analisadas individualmente. Disso resulta, então, que as normas jurídicas são aplicáveis *prima facie*, o que implica a necessidade de se mergulhar no discurso de aplicação a fim de verificar se encontrarão, ou não, aplicação a um determinado caso concreto, a partir do processo de justificação, ou se, não obstante válidas, devem ser preteridas àquelas que se mostrarem mais adequadas. Em síntese: a validade *prima facie* de uma norma significa apenas que ela foi imparcialmente justificada no interior dos discursos de fundamentação; portanto, uma norma apenas fundamenta um juízo normativo singular na medida em que essa norma se comprovar adequada ao caso concreto³⁴¹.

Nessa linha, então, Habermas estabelece um paralelo e afirma que o papel exercido pelo princípio da universalização nos discursos de fundamentação equivale ao papel que o princípio da adequação assume nos discursos de aplicação³⁴².

³⁴⁰ Nesse sentido, ainda, ver BAHIA, *op. cit.*, p. 351, para quem a reconstrução proposta por Günther possibilitou perceber-se que “discursos de justificação e de aplicação afetam de modo diverso a compreensão que de si e do mundo têm os participantes. Discursos de justificação mostram quais normas *prima facie* aplicáveis observam o interesse e todos os possíveis afetados, por igual. Nos discursos de aplicação esse interesse passa a segundo plano, frente aos interesses concretos das partes em litígio. Aqui a questão de se saber qual norma é adequada parte das diferentes interpretações da situação, que, por sua vez, dependerão da compreensão que de si e do mundo têm os afetados pelo processo”.

³⁴¹ Ver, para tanto, CATTONI DE OLIVEIRA, *Jurisdição e hermenêutica constitucional...*, *op. cit.*, p. 64.

³⁴² Cf. HABERMAS, *Comentários à ética do discurso*, *op. cit.*, p. 138; e, ainda, *id.*, *Direito e democracia I*, *op. cit.*, p. 144.

Para tanto, Habermas reconhece expressamente que, ao tratar da análise da prática da decisão judicial, é necessário retomar de Günther a idéia de que – uma vez impossível a previsão *ex ante* de todas as constelações de futuros casos singulares quando da realização dos discursos de fundamentação – a concretização das normas jurídicas demanda um esclarecimento argumentativo particular, o que implica que, nos discursos de aplicação, a imparcialidade do juízo não seja garantida mediante um novo princípio de universalização, mas, sim, por um princípio da adequação³⁴³.

Em outras palavras, o juízo de adequação é aquele que possibilita ao operador jurídico determinar qual o grau de restrição relativo à aplicação de uma determinada norma jurídica, sem que, com isso, coloque-se em dúvida a validade da mesma. Trata-se, com efeito, de um exercício através do qual se procura encontrar a norma mais adequada para a solução do caso concreto ou, como prefere Souza Cruz, *a chave única que poderá abrir uma porta*³⁴⁴.

Segundo Günther, é no discurso de aplicação de uma norma – neste segundo nível – que se deve atender ao *senso de adequabilidade* na determinação da norma cabível a um caso concreto, de modo que possa ser aceita como legítima por todos os interessados. Contudo, a norma adequada ao caso será determinada apenas depois da análise de todas as normas aplicáveis *prima facie* e de todos os fatos relevantes³⁴⁵.

Ainda nessa mesma direção, Martins e Moreira destacam que a idéia de adequabilidade é a forma proposta por Günther para contornar o problema relativo à seleção arbitrária das características factuais no caso de aplicação: a única regra formal, para tanto, é a obrigatoriedade da descrição completa da situação, de modo que, a partir daí, *o discurso de aplicação possa se pautar pela*

³⁴³ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I*, op. cit., p. 203.

³⁴⁴ Cf. SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 182-183; e, ainda, id., *Jurisdição constitucional democrática*, op. cit., p. 226.

³⁴⁵ Ver, para tanto, MARTINS; OLIVEIRA, op. cit., p. 245.

*análise sintática dos termos normativos universais referentes a um caso geral e abstrato*³⁴⁶.

Observa-se, assim, que o operador jurídico, ao aplicar o direito, pressupõe a validade das normas legisladas – em razão dos discursos de fundamentação realizados na esfera legislativa – devendo voltar-se para a sua adequação às situações concretas, isto é, devendo limitar-se a examinar o nível de correspondência entre os significantes contidos nos textos das normas e os elementos descritivos dos casos que lhes são apresentados pela comunidade³⁴⁷.

Contudo, para que essa tarefa não seja exercida de modo decisionista e/ou arbitrário, é indispensável que aquele que opera com o direito justifique argumentativamente os aspectos descritivos da realidade fática, pois somente assim ele conseguirá selecionar as características do caso concreto que se mostram relevantes para que se encontre a resposta correta, calcada no princípio da adequabilidade³⁴⁸, como se verá a seguir.

2.4.2. O princípio da adequabilidade e a tese habermasiana da resposta correta

Com efeito, a superação do positivismo jurídico e de seus dogmas implica, obrigatoriamente, a compreensão por parte do operador do direito de que mais de uma norma válida pode concorrer *prima facie* para a solução de dado caso concreto³⁴⁹ e de que, muito embora apenas uma se mostre como a mais adequada, as outras não perdem sua validade³⁵⁰.

³⁴⁶ Ver, para tanto, MARTINS; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 246. Destaque-se, contudo e por oportuno, que a mera identidade entre a descrição normativa do fato e o conjunto de dados de um determinado caso pode não ser suficiente para resultar, necessariamente, na aplicação da norma válida *prima facie* (*id.*, *ibid.*, p. 246). Isso porque, para Günther (*op. cit.*, p. 336-349), a descrição completa de uma determinada situação de aplicação pode não apenas alterar, mas também afastar a incidência de uma norma válida, considerada como *prima facie* aplicável.

³⁴⁷ Cf. SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, *op. cit.*, p. 181.

³⁴⁸ Ver, para tanto, HABERMAS, *Comentários à ética do discurso*, *op. cit.*, p. 138-139, para quem “o processo de aplicação manifesta a visão hermenêutica de que a norma adequada é concretizada à luz das características situacionais e de que a situação é, por sua vez, descrita à luz das determinações estabelecidas pela norma”.

³⁴⁹ Nesse sentido, ver HABERMAS, *Direito e democracia I*, *op. cit.*, p. 322-323, para quem “adequação significa a validade de um juízo deduzido de uma norma válida, através do qual a norma subjacente é

Isso porque, conforme chama a atenção Günther³⁵¹, se o conceito de validade está restrito às normas que, a partir do discurso de fundamentação, são consideradas integrantes do sistema jurídico, torna-se possível compreender a razão pela qual os casos de colisão entre normas não possuem nenhuma relação com sua *validade*, mas sim com a *adequação* de uma norma tida como aplicável *prima facie*³⁵².

Nesse sentido, Chamon Júnior assinala que todo o direito exsurge, à primeira vista, como aplicável em sua totalidade de princípios válidos, sendo o juízo de adequabilidade aquele que possibilitará *aos envolvidos alcançar, com retidão, aquela norma não meramente aplicável "prima facie"*³⁵³. Para tanto, nas considerações que possibilitam reconhecer a norma adequada entre todas as normas *prima facie* aplicáveis encontra-se implicado o discurso que visa reconstruir de maneira mais completa possível a situação concreta³⁵⁴. A descrição fática completa não se mostra, entretanto, suficiente, na medida em que é imprescindível a sua relação – mesmo que virtual – com todas as normas aplicáveis, o que significa, em última análise, *uma reconstrução interpretativa e realizativa do direito*³⁵⁵.

satisfeita”, isso é, a tarefa através da qual procura se encontrar – entre as normas aplicáveis *prima facie* – aquela que se apresenta como a mais adequada para a solução do caso concreto.

³⁵⁰ Ver, para tanto, SOUZA CRUZ, *Jurisdição constitucional democrática*, op. cit., p. 225-226.

³⁵¹ Cf. GÜNTHER apud SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 184, nota 86: “O erro que fizemos com o ideal de uma norma perfeita foi ter subsumido o conceito de *adequação* ao conceito de *validade*. Essa diferença tem um efeito colateral que pretendíamos alcançar: estamos agora prontos a dispensar as condições de conhecimento ilimitado e tempo infinito como requisitos necessários dos discursos de validade”.

³⁵² No mesmo sentido, ver HABERMAS, *Direito e democracia I*, op. cit., p. 270-271: “Que uma norma valha *prima facie* significa apenas que ela foi *fundamentada* de modo imparcial; para que se chega à decisão válida de um caso, é necessária a *aplicação* imparcial. A validade da norma não garante por si só a justiça no caso singular. A aplicação imparcial de uma norma fecha a lacuna que ficara aberta quando da sua fundamentação imparcial, devido à imprevisibilidade das situações futuras. Em discursos de aplicação, não se trata da validade e sim da *relação adequada* da norma à *situação*. Uma vez que toda a norma abrange apenas determinados aspectos de um caso singular, situado no mundo da vida, é preciso examinar quais descrições de estados de coisas são significativas para a interpretação da situação de um caso controverso e qual das normas válidas *prima facie* é adequada à situação, apreendida em todas as possíveis características significantes”.

³⁵³ Cf. CHAMON JUNIOR, *Tertium non datur...*, op. cit., p. 114.

³⁵⁴ Segundo Habermas (*Comentários à ética do discurso*, op. cit., p. 139), sempre que houver um conflito – para ele aparente – de normas na regulação de determinado caso, é preciso “avaliar qual das normas válidas *prima facie*, candidatas à aplicação, se revela como sendo aquela que é adequada a uma situação descrita tão exaustivamente quanto possível em todas as suas características relevantes”.

³⁵⁵ Cf. CHAMON JUNIOR, *Tertium non datur...*, op. cit., p. 114; e, ainda nesse sentido, GÜNTHER apud CATTONI DE OLIVEIRA, *Jurisdição e hermenêutica constitucional...*, op. cit., p. 63, para quem: “o critério

Isso significa dizer que, sob a perspectiva habermasiana, o processo de aplicação/adequação das normas deve ser compreendido como o cruzamento entre a descrição do caso singular e a concretização da norma geral/abstrata, ou seja, entre a interpretação da situação e as condições de aplicação da norma³⁵⁶.

Aliás, destaque-se que, embora sejam possíveis inúmeras interpretações, tendo em vista a gama de normas válidas sob a perspectiva dos discursos de fundamentação, isso não significa afirmar que, no âmbito dos discursos de aplicação, todas elas se mostrem adequadas a um caso concreto, o que evidencia a necessidade de que a função jurisdicional esteja vinculada ao exercício do princípio de adequabilidade³⁵⁷.

Isso ocorre, conforme salienta Habermas, porque todas as normas que compõem o ordenamento jurídico são naturalmente indeterminadas³⁵⁸, mesmo aquelas cuja partícula condicional *se* circunscreve as suas hipóteses de incidência – e, assim, podem ser aplicadas sem dificuldades hermenêutica –, o que reduz, conseqüentemente, seu campo de alcance normativo a um número muito restrito de casos, cujas circunstâncias específicas apresentam uma maior correspondência com a situação previamente descrita pela norma³⁵⁹.

Nesse contexto, portanto, em que as relações entre as normas válidas modificam-se de acordo com as características relevantes a serem consideradas quando da análise do caso concreto a ser decidido, sobretudo em face

formal de adequabilidade só pode ser a coerência da norma com todas as outras e com as variantes semânticas aplicáveis à situação”.

³⁵⁶ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I*, op. cit., p. 271, para quem “Günther traduz esse conjunto complexo para a fórmula simples segundo a qual a justificação de um juízo singular tem que apoiar-se na quantidade dos respectivos argumentos normativos, relevantes no âmbito de uma interpretação completa da situação”.

³⁵⁷ Cf. CATTONI DE OLIVEIRA, *Jurisdição e hermenêutica constitucional...*, op. cit., p. 65.

³⁵⁸ Com o intuito de ilustrar a indeterminabilidade do direito e, ao mesmo tempo, apontar a necessidade de atentar para as funções desempenhadas pelos tribunais constitucionais e demais cortes superiores, Habermas (*Direito e democracia I*, op. cit., p. 303) colaciona a posição firmada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão através da seguinte resolução: “O direito não se identifica com a totalidade das leis escritas. Em certas circunstâncias, pode haver um *mais* de direito em relação aos estatutos positivos do poder do Estado, que tem a sua fonte na ordem jurídica constitucional como uma totalidade de sentido e que pode servir de corretivo para a lei escrita; é tarefa da jurisdição encontrá-lo e realizá-lo em suas decisões” (BVerGE 34, 269, p. 304).

³⁵⁹ Ver, para tanto, HABERMAS, *Direito e democracia I*, op. cit., p. 269.

indeterminação do direito³⁶⁰, o princípio da adequabilidade assume especial importância no interior da questão da aplicação do direito.

Cumprido referir, entretanto, que o critério segundo o qual o operador do direito deve se orientar ao dirimir eventuais – e aparentes – colisões normativas não pode, na linha adotada por Günther e Habermas, ser dotado de qualquer conteúdo material predeterminado, através do qual se estabeleçam prioridades de determinados pontos de vistas normativos³⁶¹.

Nesse sentido, inclusive, Günther entende – ao contrário da posição sustentada por Alexy³⁶² – que conflitos entre normas não implicam uma disputa de valores, solucionada a partir de uma ponderação ou sopesamento³⁶³, mas sim uma determinação da norma jurídica válida que se mostra mais adequada ao caso concreto³⁶⁴.

Aprofundando tal problemática, Habermas³⁶⁵ afirma que normas e valores podem ser distinguidos, fundamentalmente, a partir de quatro qualidades

³⁶⁰ Id., *ibid.*, p. 272.

³⁶¹ Nesse sentido, ver GÜNTHER apud CATTONI DE OLIVEIRA, *Jurisdição e hermenêutica constitucional...*, *op. cit.*, p. 69: “O conceito alexyano de princípios como comandos otimizáveis desde já desperta nossa atenção para o perigo que pode surgir quando, nesse momento, um modelo de valores é projetado numa teoria da estrutura normativa. A decisão acerca da norma adequada é então reduzida a se decidir acerca de um estado de coisas relativamente melhor, o qual é ainda o ótimo numa situação particular. O problema aludido consiste no perigo da já introdução de critérios materiais quando da determinação da estrutura da argumentação, critérios os quais deveriam, eles mesmos, ser sujeitos a uma argumentação de adequabilidade. Um conceito procedimental de normas, teria que evitar o uso de tais critérios materiais implícitos. Se a adequabilidade consiste em se considerar todos os elementos de uma situação, então o método de consideração não pode ser, por sua parte, determinado por critérios materiais”.

³⁶² Sobre a diferença entre os juízos de adequação (de Günther) e de ponderação (Alexy), consultar CATTONI DE OLIVEIRA, *Jurisdição e hermenêutica constitucional...*, *op. cit.*, p. 66-70.

³⁶³ Destaque-se, aqui, que a ponderação, para Günther, carece de um critério racionalmente verificável capaz de determinar qual a norma adequada a cada caso (cf. MARTINS; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 247), ao passo que, para Habermas, ela é absolutamente alheia a qualquer tipo de critério, o que a faz alcançar resultados discricionários ou arbitrários (cf. CHAMON JUNIOR, *Tertium non datur...*, *op. cit.*, p. 113). Ainda sobre tal crítica habermasiana, ver SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, *op. cit.*, p. 139: “Para Habermas, assim como para parcela notável da doutrina comparada, a ponderação de valores não consegue se ver livre de uma irracionalidade metodológica e de um decisionismo que são capazes de transformar a atividade jurisdicional em Poder Constituinte Originário”.

³⁶⁴ A respeito das inúmeras divergências, entre Günther e Alexy, a respeito da distinção entre regras e princípios, ver GÜNTHER, *op. cit.*, p. 305-322; MARTINS; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 247-254; e, ainda, LEAL, *Günther...*, *op. cit.*, p. 400, onde destaca: “Na teoria da argumentação de Günther, a distinção entre regras e princípios diz muito mais respeito ao modo de aplicação em relação à consideração das circunstâncias do que a aspectos morfológicos. Assim, a clivagem entre regras e princípios não é uma distinção do conceito de norma, mas das condições da ação sob as quais as normas são aplicadas: podemos chamar *regra* a norma que é aplicada sem considerar os sinais característicos da situação e *princípio* a que é aplicada mediante o exame e ponderação de todas as circunstâncias relevantes do caso”.

³⁶⁵ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I*, *op. cit.*, p. 317; e, também, CHAMON JUNIOR, *Tertium non datur...*, *op. cit.*, p. 110-111.

lógicas, que impedem com que ambos sejam aplicados da mesma maneira: (a) as *normas* apresentam um caráter deontológico, correspondendo a expectativas generalizadas no seio da sociedade, enquanto os *valores* apresentam um caráter axiológico, ou teleológico, podendo ser entendidos como preferências éticas; (b) as *normas* possuem a mesma natureza das proposições assertóricas, na medida em que surgem com pretensão de validade binária, podendo ser apenas válidas ou inválidas, a partir da abstenção de juízo ou da tomada de posição de tipo *sim* ou *não*, enquanto os *valores* pressupõem relações de preferência e, conseqüentemente, o assentimento das proposições valorativas apresenta graduações, podendo ser maior ou menor, de acordo com o nível de atração que os bens mantêm entre si; (c) as *normas* apresentam um caráter de vinculação legítima, havendo uma obrigação absoluta no sentido daquilo que é devido, enquanto os *valores* não vinculam de maneira legítima, tendo em vista serem parciais e relativos; (d) as *normas* constituem um sistema coerente, enquanto os valores estabelecem relações e configurações não coerentes, buscando aquele que prevalece³⁶⁶.

Observa-se, desse modo, que o juízo de adequabilidade proposto por Habermas e Günther distancia-se nitidamente da noção de ponderabilidade material de comandos otimizáveis, baseada no princípio da proporcionalidade, conforme sustentado por Alexy³⁶⁷ e, em alguma medida, por Böckenförde³⁶⁸.

Isso porque, ao contrário do que se verifica na *Jurisprudência de valores*, o direito, sob a ótica das teorias discursivas, possui um código binário, e não um

³⁶⁶ Ver, ainda, HABERMAS, *Direito e democracia I*, op. cit., p. 321: “Normas e princípios possuem uma força de justificação maior do que a de valores, uma vez que podem pretender, além de uma *especial dignidade de preferência*, uma *obrigatoriedade geral*, devido ao seu sentido deontológico de validade; valores têm que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores. E, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido”.

³⁶⁷ Cf. CHAMON JUNIOR, *Tertium non datur...*, op. cit., p. 108: “Definitivamente, a roupagem *deontológica* que Alexy pretende imprimir aos princípios como ele os concebe não se trata mais que uma *farsa*. Por baixo de sua pretensão de validade enunciada, encontramos uma operacionalização axiológica das normas de *otimização*”.

³⁶⁸ Nesse sentido, ver HABERMAS, *Direito e democracia I*, op. cit., p. 315, para quem: “Böckenförde, concordando com o teor de fundamentações importantes de juízos do Tribunal Constitucional Federal, também interpreta os princípios como valores: *normas fundamentais objetivas* devem apoiar-se em *decisões valorativas*. Seguindo I. Maus, ele adere à proposta de R. Alexy, a qual consiste em interpretar os princípios transformados em valores como mandamentos de otimização, de maior ou menos intensidade. Essa interpretação vem ao encontro do discurso da *ponderação de valores*, corrente entre juristas, o qual, no entanto, é frouxo”.

código gradual. O resultado disso é que o simples fato de as normas poderem refletir valores – no sentido de que a sua justificação envolve questões de ordem moral e ética – não significa que elas sejam ou devam ser tratadas como valores, conforme refere Cattoni de Oliveira³⁶⁹.

Nesse contexto, adquire especial importância a discussão relativa aos limites da jurisdição – sobretudo a jurisdição constitucional –, na medida em que ela precisa enfrentar todos os temas que se apresentam no mundo da vida, não podendo deixar de apreciar quaisquer questões³⁷⁰.

Por outro lado, Souza Cruz³⁷¹ alerta que as argumentações pragmática e ético-política, resultantes do balanceamento de valores e de interesses realizado durante o processo legislativo, devem ser, em regra, tomadas como válidas *prima facie* pelo Judiciário, que não pode proceder a um novo discurso de fundamentação, mas se limitar a examinar tão-somente a adequação da norma às especificidades do caso concreto³⁷².

Contudo, não se pode olvidar que, quando realizado pelo Judiciário, através dos mecanismos atrelados ao controle de constitucionalidade das leis, o discurso de aplicação possibilita o reexame dos argumentos utilizados durante o discurso de fundamentação, tanto na busca pela norma adequada, quanto para aferir a invalidade da mesma³⁷³.

Dito de outro modo, em face das exigências democráticas inerentes à sociedade e ao Estado contemporâneo, Habermas enfatiza que os meios e os fins

³⁶⁹ Cf. CATTONI DE OLIVEIRA, *Jurisdição e hermenêutica constitucional...*, op. cit., p. 66.

³⁷⁰ Cf. SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 190.

³⁷¹ Id., *Jurisdição constitucional democrática*, op. cit., p. 230, onde o autor chama atenção para o fato de que “enquanto Alexy supõe uma identidade, Habermas defende a tese de que a jurisdição exerce uma função distinta daquela exercida pelo legislador! Logo, ele não pode ser entendido como um legislador concorrente ou um Poder Constituinte Originário anômalo!”.

³⁷² Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I*, op. cit., p. 324: “Em todo caso, a jurisdição constitucional que parte do caso concreto está limitada à aplicação de normas (constitucionais) pressupostas como válidas; por isso, a distinção entre discursos de aplicação de normas e discursos de fundamentação de normas oferece, mesmo assim, um critério lógico-argumentativo de delimitação de tarefas legitimadoras da justiça e da legislação”.

³⁷³ Ver, para tanto, SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 193-194; e, também, id., *Jurisdição constitucional democrática*, op. cit., p. 231, onde o autor destaca que “a jurisdição afasta a norma pelo fato de a mesma ter se pautado por argumentos pragmáticos/ético-políticos não devidamente depurados pelo princípio da democracia, ou seja, pela ilegitimidade da norma jurídica, seja pelo desacato aos direitos fundamentais, seja pela violação do código binário do direito”.

devem ser definidos pelo legislador político – cuja função assume papel central nessa quadra da história, conforme referido anteriormente –, cabendo aos tribunais apenas verificar – a partir de juízos de adequabilidade – a (in)existência de medidas discriminatórias, isto é, medidas que violem a noção de reciprocidade imanente ao princípio do discurso ou, então, os direitos fundamentais concebidos a partir do discurso³⁷⁴.

Aliás, cumpre referir, que a existência de tribunais constitucionais, para Habermas³⁷⁵, não é auto-evidente, visto que em muitas das ordens jurídicas modernas sequer existem. E, naquelas em que estão instituídos, verificam-se ainda inúmeras controvérsias a respeito do lugar que ocupam na estrutura constitucional de competências³⁷⁶ e, também, divergências quanto à legitimidade de suas decisões³⁷⁷.

Assim sendo, fica evidente porque Habermas considera que argumentação deontológica é a alternativa para um tratamento racional da questão ligada à legitimidade da justiça constitucional, tendo em vista que apenas assim é possível obter para cada caso uma única solução correta³⁷⁸, o que implica

³⁷⁴ Cf. SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 143.

³⁷⁵ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I*, op. cit., p. 298.

³⁷⁶ Nesse sentido, ver SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 197, para quem: “Habermas impõe ácida crítica, especialmente ao fato de tais Cortes, via *Jurisprudência de valores*, arrogarem-se o papel de definição dos discursos de fundamentação, tornando-se, por vezes, um Poder Constituinte autônomo e permanente”.

³⁷⁷ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I*, op. cit., p. 300-301: “O legislador não dispõe da competência de examinar se os tribunais, ao aplicarem o direito, se servem exatamente dos argumentos normativos que encontraram eco na fundamentação presumivelmente racional de uma lei. De outro lado, o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador”. De outro lado, acerca da preferência habermasiana pelo controle difuso de constitucionalidade, ver SOUZA CRUZ, *Jurisdição constitucional democrática*, op. cit., p. 246-251; e, ainda, id., *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 196: “Habermas vê o *judicial review* como mecanismo fundamental para o surgimento de uma cidadania ativa, em defesa do princípio da democracia e dos direitos fundamentais. Pois esse controle concreto, seja nos clássicos modelos americanos (difuso) ou alemão (concentrado ou via recurso constitucional), impõe debates argumentativos impossíveis ao discurso de fundamentação, posto que este último não pode antecipar todas as constelações de circunstâncias concretas a serem regradas”.

³⁷⁸ Destaque-se, contudo, que a questão da solução correta não é – para a teoria discursiva do direito – tão singela como pode parecer à primeira vista: a ponderação de valores operada pelos tribunais ainda se encontra vinculada aos padrões da moralidade convencional, o que termina por dificultar a configuração de uma resposta certa ao final do ato decisório (cf. SOUZA CRUZ, *Jurisdição constitucional democrática*, op. cit., p. 232). Aliás, cumpre referir ainda que, para Habermas, a dignidade da pessoa humana – frequentemente invocada como um norte seguro e entendida como um valor supremo – não pode ser adotada como critério suficiente de racionalidade para a tomada de decisões judiciais, ou seja, como elemento monológico de uma ética substantiva capaz de creditar racionalidade às decisões judiciais (cf. SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 140). Dito de outro modo, a resposta correta não pode ser alcançada, segundo a perspectiva habermasiana, a partir de uma base ética material, através da qual se ponderam comandos otimizáveis, devendo ser encontrada em outro nível de indagação (cf.

conceber os direitos como autênticos princípios, e não como valores que podem ser ponderados através de um raciocínio axiológico ou teleológico. Trata-se, em suma, de encontrar, entre as normas aplicáveis *prima facie*, aquela que se adapta melhor à situação de aplicação descrita de modo possivelmente exaustivo e sob todos os pontos de vista relevantes³⁷⁹.

Isso tudo porque, para Habermas, as normas possibilitam decidir aquilo que deve ser feito, enquanto os valores permitem saber somente qual o comportamento que é recomendável. De qualquer modo, a questão da aplicação implica, naturalmente, a seleção da ação tida como correta. Ocorre que, no caso das normas, o *correto* depende de um sistema de normas válidas, sendo a ação igualmente boa para *todos*; no caso dos valores, o *correto* está ligado ao comportamento que é considerado, em sua totalidade e no tempo, bom para *nós*³⁸⁰.

Nesse contexto, a resposta correta habermasiana surge de um juízo de adequabilidade normativa, isto é, de uma interpretação racional e argumentativamente fundada a partir de cada situação concreta³⁸¹, com vista a uma reconstrução paradigmática do direito vigente³⁸².

HABERMAS, *Direito e democracia*, *op. cit.*, p. 273-274). Portanto, a solução correta não exsurge da ponderação/sopesamento/opção de valores, da maneira como propõe a *Jurisprudência de valores*. Todavia, por outro lado, é preciso levar em conta que esse dissenso no nível moral substantivo não significa a impossibilidade de se alcançar respostas corretas para casos concretos e tampouco pode ser utilizada como justificativa para que se desista de sua busca (cf. SOUZA CRUZ, *Jurisdição constitucional democrática*, *op. cit.*, p. 235).

³⁷⁹ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I*, *op. cit.*, p. 322-323. Ainda nesse sentido, ver SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, *op. cit.*, p. 241, para quem “o procedimentalismo não impede a inclusão social, pois permite/exige da atividade jurisdicional o compromisso com a busca da resposta correta, permitindo correções e uma análise do próprio mérito de decisões judiciais de uma forma original, calcada nos parâmetros da situação ideal de fala, no agir comunicativo, na moralidade pós-convencional, no tratamento adequado aos argumentos ético-políticos e pragmáticos, na necessária consideração deontológica dos direitos humanos e no procedimento em si”.

³⁸⁰ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I*, *op. cit.*, p. 317.

³⁸¹ Nesse sentido, ver CHAMON JUNIOR, *Tertium non datur...*, *op. cit.*, p. 113-114: “Para Günther, cada caso é um caso, e somente perante as circunstâncias deste, expostas de maneira total em um processo concreto levado adiante por sujeitos também concretos em condições determinadas, é que os participantes do discurso argumentativo estão em condição a alcançar a resposta correta para a situação [...] Mas não basta uma descrição exaustiva da situação. Essa completa noção do caso será, posteriormente, submetida à égide das normas, a fim de verificar qual (ou quais) das normas válidas é adequada para o caso em questão. A validade da norma mais o juízo de adequabilidade de norma(s) válida(s), alcançado argumentativamente, é que nos permite concluir pela correção da solução”.

³⁸² Cf. CATTONI DE OLIVEIRA, *Jurisdição e hermenêutica constitucional...*, *op. cit.*, p. 65. Nessa linha, ver HABERMAS, *Direito e democracia I*, *op. cit.*, p. 272, para quem “a proposta elegante de Günther simplesmente desloca o sentido da coerência do sistema de direitos, justificada de um ponto de vista ideal. A postulada teoria do direito continua tendo como tarefa reconstruir racionalmente o direito

Observe-se, aqui, que Habermas não discorda da tese dworkiana³⁸³ de que existem respostas corretas para os casos jurídicos³⁸⁴. Todavia, a resposta correta habermasiana é construída com base nos procedimentos comunicativos racionais fundados em uma ética discursiva³⁸⁵.

Isso significa dizer que, para a teoria discursiva do direito, *a resposta correta é uma exigência contrafática decorrente da legitimidade da coação estatal face à normatização das expectativas sociais de comportamento e do Estado democrático do direito*³⁸⁶. No entanto, o caráter contrafático da resposta correta não deve ser confundido com um conceito metafísico de justiça, visto que o procedimentalismo³⁸⁷ garante a legitimidade através (a) da exigência de coerência/racionalidade dos argumentos, (b) do respeito ao código binário do direito, (c) da integridade dworkiana face às decisões precedentes e suas

vigente de tal modo que este permita uma decisão correta em cada nova situação de aplicação". Ainda nesse sentido, consultar SOUZA CRUZ, *Jurisdição constitucional democrática, op. cit.*, p. 226; e, igualmente, id., *Habermas e o direito brasileiro, op. cit.*, p. 184-185, para quem: "Agora a saturação do debate produz-se diante de uma infinidade de casos concretos, para cada um dos quais a *resposta certa* deverá ser encontrada".

³⁸³ Nesse sentido, merece destaque o fato de que tanto Habermas (*Direito e democracia I, op. cit.*, p. 261-295) quanto Günther (*op. cit.*, p. 404-414) entendem, por exemplo, que a teoria dworkiana da integridade pode ser considerada um modelo de aplicação do direito mais apropriado do que aquele defendido por Alexy (MARTINS; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 247). Sobre as eventuais aproximações entre algumas das teses dworkianas às posições de Günther e Habermas, ver SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro, op. cit.*, p. 191-192, para quem: "Da mesma forma, a figura do juiz Hércules não precisa ser vista como uma postura solipsista da hermenêutica dworkiana, mas como uma construção metafórica da *situação ideal de fala* em sua procura pela resposta correta".

³⁸⁴ Cf. LEITE, *op. cit.*, p. 220, para quem é do âmago da ética discursiva que será extraída a *resposta correta*, que não se refere, portanto, ao conteúdo da norma, mas ao procedimento capaz de assegurar a legitimidade do ato interpretativo. Nesse contexto, a *decisão correta* é aquela que se apresenta, simultaneamente, como *consistente* - no que se refere à legitimidade da norma - e como *justa* - no que tange à sua adequação ao caso concreto. No mesmo sentido, consultar BAHIA, *op. cit.*, p. 349: "A resposta *correta* não se relaciona diretamente com o conteúdo da decisão, mas com a observância da regularidade procedimental que levou à mesma".

³⁸⁵ Nesse sentido, inclusive, Souza Cruz (*Habermas e o direito brasileiro, op. cit.*, p. 184, nota 87) apresenta a seguinte ilustração, a fim de apresentar de que modo a questão da resposta correta deve ser compreendida à luz a ética do discurso: "Certa vez um aluno propôs a seguinte questão: se dois juízes seguirem estritamente as propostas procedimentais de Habermas e chegarem a conclusões diversas diante de um mesmo caso, é possível dizer que um deles não chegou à resposta correta? A pergunta é por demais interessante, pois é lugar comum entre aqueles que estão a transitar entre propostas paradigmáticas de operação do direito. Nesse sentido, é preciso dizer que a resposta correta não se apura de forma conteudística. Ambas as decisões podem e devem ser sempre reconstruídas/discutidas porque certamente nenhuma delas de forma isolada é capaz de verificar e de avaliar *perfeitamente* as situações fáticas relevantes diante do universo de normas válidas. Talvez uma mereça ser inteiramente reformada e a outra um mero reparo. Mas o importante é perceber que nenhuma delas representa a resposta substancialmente e definitivamente correta".

³⁸⁶ Id., *ibid.*, p. 147.

³⁸⁷ Id., *Jurisdição constitucional democrática, op. cit.*, p. 236-237: "A *resposta correta* não está na busca de um consenso ético-substantivo majoritário. Ela está no procedimento, ou seja, na observância concorrente do

conseqüências futuras, (d) do emprego da moralidade pós-convencional, (e) do respeito ao agir comunicativo e, por fim, (f) do procedimento como mecanismo capaz de filtrar o agir estratégico das partes envolvidas no processo³⁸⁸.

Desse modo, Habermas direciona suas baterias para a questão da legitimidade das condições processuais implicadas na produção normativa³⁸⁹, destacando a possibilidade de o operador do direito alcançar a resposta correta encontra-se vinculada ao uso de princípios integrados com o ordenamento jurídico - entendido como o sistema de regras em sua totalidade - e, sobretudo, às circunstâncias fáticas das situações concretas³⁹⁰.

Contudo, se, por um lado, é o sistema de regras como um todo o que possibilita uma única resposta correta para cada situação de aplicação; por outro lado, é a interpretação adequada do caso concreto que possibilita, simultaneamente, *uma ordem coerente à multiplicidade desordenada de normas válidas*³⁹¹.

Aliás, nesse contexto, não se pode olvidar a importância que assume a noção de paradigma - também importada do pensamento de Günther - e a crítica a ela dirigida no interior da teoria discursiva do direito habermasiana.

Com efeito, Günther introduz a noção de paradigma, partindo da idéia de que as normas válidas - aqui e agora - foram, na verdade, construídas sem relação com todas as suas possíveis situações de incidência, sendo trazidas para uma ordem transitiva apenas no momento de sua aplicação. Os paradigmas, nesse quadro, oferecem descrições generalizadas para determinados tipos de situações, aos quais se recorre quando é necessário solucionar eventuais casos de colisões. Assim sendo, os paradigmas constituem, em última análise, uma

devido processo constitucional, do princípio da moralidade (reciprocidade) e do discurso jurídico que, em conjunto, permitem a filtragem dos direitos fundamentais universais”.

³⁸⁸ Id., *ibid.*, p. 237, para quem Habermas e Günther consideram estar frente à resposta correta caso o rito processual tenha sido devidamente cumprido, isto é, quando a justificação argumentativa for racional, de tal como que possibilite sejam reconstituídos, sobretudo, a identidade semântica da legislação e o critério de seleção da norma relevante a ser aplicada às circunstâncias fáticas do caso concreto.

³⁸⁹ Id., *ibid.*, p. 236, onde o autor destaca que “o racionalismo habermasiano encontra a resposta correta nas condições procedimentais de institucionalização jurídica das formas de comunicação e de justificação necessários aos discursos de fundamentação e de aplicação”.

³⁹⁰ Id., *Habermas e o direito brasileiro, op. cit.*, p. 152-153.

³⁹¹ Cf. HABERMAS, *Comentários à ética do discurso, op. cit.*, p. 139.

espécie de pano de fundo contextual, no qual as avaliações da situação e os juízos morais *prima facie* encontram-se inseridos³⁹².

Habermas, por sua vez, reconhece que a idéia de paradigma trazida por Günther alivia o juiz da hercúlea tarefa de operar com *uma quantidade desordenada de princípios “aplicáveis” somente “prima facie” em relação ao modo mais completo possível*, ao mesmo tempo em que constitui um entendimento compartilhado pelos operadores do direito, que possibilita às próprias partes prever o desenlace de um processo³⁹³.

Ocorre que, conforme alerta Habermas, a noção de paradigma proposta por Günther mostra, de um lado, sua face positiva, na medida em que é capaz de aumentar a segurança jurídica e ainda atenuar as exigências ideais inerentes à teoria do direito; de outro, sua face negativa, uma vez que se apresenta como o elemento mais propenso entre aqueles ligados à formação de ideologias³⁹⁴.

Desse modo, considerando o risco da criação de monopólios de interpretação judicialmente institucionalizados, Habermas entende que apenas através de uma compreensão procedimentalista é possível delimitar o nível mediante o qual os paradigmas jurídicos assumem um caráter reflexivo,

³⁹² Cf. GÜNTHER apud HABERMAS, *Direito e democracia I*, op. cit., p. 274-275. Nessa linha, ver, BAHIA, op. cit., p. 331-332, para quem a noção adequabilidade prescinde da figura de juiz Hércules: “Günther alivia o aplicador de uma norma daqueles excessivos encargos de Dworkin pelo recurso ao conceito de paradigma, como continente de uma *interprétation globale cohérente des normes et des interprétations normatives relatives a certaines descriptions généralisées de situation* – interpretação esta reconstruída discursivamente. Os paradigmas tornam *óbvias* certas formas de interpretação, certas formas de ver a realidade e a normatividade subjacente. A unicidade de cada caso ocorre (também) em função das alterações operadas no seio da sociedade. Se as normas *prima facie* aplicáveis devem ser *completadas* pela descrição completa da situação, percebe-se que diferentes paradigmas provocarão alterações na *matriz* daquelas normas. de fato, para além, das razões do legislador, o aplicador deve situar as normas no horizonte no qual elas serão aplicadas. Esse pano de fundo contém uma situação imprevisível (*a priori*), o que força a modificação da interpretação”.

³⁹³ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I*, op. cit., p. 274-275.

³⁹⁴ Id., *ibid.*, p. 275: “Os paradigmas se coagulam em ideologias, na medida em que fecham sistematicamente contra novas interpretações da situação e contra outras interpretações de direitos e princípios, necessárias à luz de novas experiências históricas”. Nesse mesmo sentido, ainda, ver BAHIA, *A interpretação jurídica...*, op. cit., p. 347, para quem merece destaque o fato de Habermas entender que: se o recurso a paradigmas torna a tarefa de interpretação menos complexa não se deve perder de vista algo que Günther parece não se dar conta. Paradigmas, por sua própria característica de fechamento, criam ideologias – os paradigmas formam compreensões intersubjetivamente compartilhadas e, nesse sentido, para que estas sejam tidas como *óbvias*, têm de excluir quaisquer outras. Tomando-se os supostos de Günther sobre os paradigmas, chegar-se-ia à errônea conclusão de que, dado um caso, sua solução já estaria mais ou menos *pré-constituída*, pois os participantes do processo *saberiam* de antemão qual a solução adequada (porque partilham o mesmo paradigma)”.

abrindo-se uns aos outros e se comprovando na pluralidade interpretativa das situações³⁹⁵.

Isso tudo porque, segundo a teoria discursiva do direito, a idéia reguladora da única resposta correta não pode – sobretudo em razão das condições do pensamento pós-metafísico – ser explicada com base em uma teoria, por mais forte, coesa e sofisticada que esta seja. Nesse sentido, Habermas aponta, inclusive, que a teoria do direito atrelada à figura do juiz Hércules deve ser entendida como uma ordem, construída *provisoriamente*, com argumentos coerentes *momentaneamente*, e que por isso se encontra, ininterruptamente, exposta à crítica³⁹⁶.

Todavia, esse falibilismo temporal – de que as decisões tomadas hoje podem ser revistas amanhã – não tem o condão de transformar a busca pela resposta correta em algo inalcançável³⁹⁷, visto que é justamente pelo fato de sua natureza estar ligada à idéia de *aceitabilidade racional* que a idéia de resposta correta perpassa o conceito de verdade, sem, no entanto, com ele se confundir, uma vez que, para Habermas, *a verdade deve ser entendida como algo falível e provisório*³⁹⁸, como se verá logo a seguir.

2.4.3. A teoria habermasiana da verdade consensual

Tendo em vista a pretensão deste singelo estudo frente à amplitude que a teoria da verdade adquire ao longo do pensamento habermasiano, cumpre referir que a abordagem a ser desenvolvida, aqui, ficará restrita àquilo que subjaz – e, portanto, mostra-se imprescindível – à questão da aplicação, no interior da teoria discursiva do direito.

³⁹⁵ Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I*, op. cit., p. 276.

³⁹⁶ Id., *ibid.*, op. cit., p. 282.

³⁹⁷ Em última análise, considerando a intransponível falibilidade da resposta certa, sua simples busca não garante, por si mesma, o alcance de um resultado correto; o que garante, sim, é o caráter discursivo do processo de deliberação, capaz de fundamentar autocorreções reiteradas e, com elas, atingir resultados racionalmente aceitáveis (HABERMAS apud SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 153).

³⁹⁸ Ver, para tanto, SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 148-149; e, ainda sobre o mesmo tema, MOREIRA, *Fundamentação do direito em Habermas*, op.cit., p. 146-147.

Com efeito, quando formula sua pragmática universal da linguagem, Habermas não se ocupa com questões epistemológicas e semânticas, apoiando-se tão-somente no conceito de entendimento, o que o faz remeter às condições de aceitabilidade racional a compreensão dos atos de fala³⁹⁹.

Nessa época, Habermas definia a verdade de modo procedural, na medida em que ele a entendida como uma espécie de pôr-à-prova sob as condições normativamente exigidas pela prática argumentativa, calcada nos pressupostos idealizantes da publicidade e inclusão de todos os envolvidos, da distribuição eqüitativa dos direitos de comunicação, do caráter não-violento de uma situação que reconhece somente a força do melhor argumento e, por fim, da probidade da voz de todos os participantes⁴⁰⁰.

Tal conceito discursivo de verdade constituía uma tentativa de combinar *a compreensão de referência transcendente em relação à linguagem com uma compreensão – imanente à linguagem – de verdade como assertibilidade ideal*⁴⁰¹. Nesse contexto, a verdade de um enunciado decorreria de sua condição de aceitabilidade, isto é, na medida em que uma pretensão de verdade seja resistente às objeções que se lhe impuserem durante o processo de argumentação racional⁴⁰².

Em vista disso é que a definição de verdade deveria considerar, de um lado, o fato de que a verdade de um enunciado, em virtude da impossibilidade do acesso direto e imediato a condições de verdade não interpretadas, não pode ser aferida através de *evidências peremptórias*, mas apenas mediante a apresentação de razões que o justifiquem, embora estas jamais sejam definitivamente *obrigatórias*; e, de outro, o fato de que a idealização de determinadas propriedades formais e/ou processuais da prática argumentativa colocaria em relevo um procedimento que, por meio de uma consideração sensata e razoável de todas as vozes, temas e contribuições relevantes,

³⁹⁹ Ver, para tanto, DUTRA, *op. cit.*, p. 135, onde o autor destaca que, para Habermas, “o conceito-chave da pragmática universal não é a verdade, mas a validade, entendida num sentido epistêmico, ou seja, como aceitabilidade racional”.

⁴⁰⁰ Cf. HABERMAS, *Verdade e justificação*, *op. cit.*, p. 46.

⁴⁰¹ Id., *ibid.*, p. 46.

⁴⁰² Id., *ibid.*, p. 46-47.

corresponda à transcendência da verdade em relação ao meio que a circunda, da maneira como é reivindicada pelo falante para o enunciado por ele produzido⁴⁰³.

No entanto, com o posterior desenvolvimento de sua teoria discursiva e o conseqüente retorno a questões filosóficas que haviam sido abandonadas, Habermas revisa seu posicionamento⁴⁰⁴ – a partir das discussões com Wellmer e Lafont – e passa a entender que a concepção procedural de verdade como resgate discursivo das pretensões de verdade é contra-intuitiva, tendo em vista que a verdade não é um *conceito ligado ao sucesso*⁴⁰⁵.

Isso porque Habermas percebe que, no nível do discurso, há uma conexão epistemológica incontornável entre verdade e justificação, mas esta não implica nenhuma conexão conceitual entre verdade e assertibilidade racional, em condições ideais. Assim, a possibilidade de um mesmo argumento revelar-se falso ou verdadeiro em situações epistêmicas distintas não significa abdicar da idéia de que a verdade é uma *“propriedade” inalienável de enunciados*⁴⁰⁶.

Observa-se, desse modo, que Habermas mantém, em sua revisão conceitual, o conceito discursivo de aceitabilidade racional e o relaciona a um conceito de verdade pragmático, não epistêmico, abdicando de vincular a verdade à assertibilidade ideal⁴⁰⁷.

Contudo, mesmo após a referida revisão, o conceito de discurso racional conserva, segundo Habermas, o *status* de uma forma de comunicação privilegiada, e a argumentação continua sendo *o único meio “disponível” para se certificar da verdade, porque não há outra maneira de examinar as pretensões de verdade tornadas problemáticas*⁴⁰⁸. Assim, muito embora a conexão de verdade e

⁴⁰³ Id., *ibid.*, p. 46-47.

⁴⁰⁴ A respeito da guinada operada por Habermas no que se refere à teoria da verdade, consultar, obrigatoriamente, DUTRA, *op. cit.*, p. 93-149.

⁴⁰⁵ Cf. HABERMAS, *Verdade e justificação, op. cit.*, p. 47.

⁴⁰⁶ Id., *ibid.*, p. 47-48.

⁴⁰⁷ Id., *ibid.*, p. 47-48; e, na mesma linha, Nesse sentido, ver também DUTRA, *op. cit.*, p. 138, para quem a revisão feita por Habermas no conceito discursivo de verdade tem um caráter dúplice: “de um lado, a não-assimilação de verdade à asseverabilidade ideal; de outro, a relação do conceito discursivo de aceitabilidade racional com um conceito não epistêmico de verdade, concebido em termos pragmatistas”.

⁴⁰⁸ Cf. HABERMAS, *Verdade e justificação, op. cit.*, p. 48-49.

justificação seja epistemicamente incontornável – conforma já afirmado –, ela *não pode ser estilizada como uma conexão conceitualmente indissolúvel*⁴⁰⁹.

Nesse contexto, em que pese revisado o conceito de verdade, Habermas chama a atenção para o fato de que nele permanece intacta *a força racionalizante própria de uma argumentação pública e inclusiva, pacífica e descentrada entre pessoas de direitos iguais*, relacionando, porém, o resultado das justificações bem-sucedidas a algo do mundo objetivo⁴¹⁰.

Assim sendo, pode-se dizer que, em última análise, verdadeira é aquela afirmação considerada válida em um processo de argumentação discursiva, e não a afirmação que corresponde a um determinado objeto ou situação⁴¹¹. Ou melhor, a verdade não possui qualquer relação com conteúdos, mas sim com os procedimentos que permitem o estabelecimento de um consenso fundado sobre argumentos passíveis de problematização e entendimento entre os seus interlocutores⁴¹².

Com isso, pode-se concluir que a teoria da verdade consensual habermasiana aponta, em última análise, para idéia de que o conceito de verdade não possui nenhum critério capaz de diferenciar um consenso verdadeiro de um consenso falso, visto que só é possível alcançar a verdade propriamente dita através de um consenso, no interior do discurso. Daí resulta que todo consenso alcançado ao final de um discurso deva ser considerado um consenso verdadeiro⁴¹³.

⁴⁰⁹ Id., *ibid.*, p. 49.

⁴¹⁰ Id., *ibid.*, p. 53.

⁴¹¹ Cf. HABERMAS, *La ética de la verdad*, p. 79: “Se a linguagem e a realidade se interpenetram de uma maneira que para nós é indissolúvel, a verdade de uma sentença só pode ser justificada com a ajuda de outras sentenças já tidas como verdadeiras. Esse fato aponta para uma concepção antifundacionista do conhecimento e da justificação e, ao mesmo tempo, para a noção de verdade como coerência”.

⁴¹² Cf. LEAL, *Habermas...*, *op. cit.*, p. 406; e igualmente, *id.*, *Matrizes fundacionais...*, *op. cit.*, p. 217-218.

⁴¹³ Cf. BLEICHER, *op. cit.*, p. 230, para quem “esta concepção de verdade como consensual pressupõe – ou melhor, antecipa – a *situação de discurso ideal* caracterizada pela exclusão de pressões alheias, isto é, a discussão livre de influências. Esta situação cria um clima em que os debates permitem a formulação dos verdadeiros interesses dos participantes e o eventual aparecimento e aceitação do melhor argumento”.

2.5. O PENSAMENTO HABERMASIANO CONSTITUI EFETIVAMENTE UM PARADIGMA DE RACIONALIDADE PÓS-METAFÍSICO?

Com efeito, introduzido o pensamento habermasiano e colocado o modo como no seu interior é tratada a tríplice questão – como se interpreta, como se fundamenta e como se aplica – que subjaz à teoria discursiva do direito, resta agora instigar o debate teórico, indagando:

- (a) será que o pensamento habermasiano instaura, de fato, um paradigma de racionalidade?
- (b) caso afirmativo, será que um paradigma de cunho procedimental é, de fato, capaz de superar a metafísica?
- (c) caso afirmativo, será que este paradigma mostra-se, de fato, adequado para se pensar a teoria do direito contemporâneo, oferecendo-lhe os pressupostos necessários para a sustentação?

Tais questões exsurtem em razão de tudo apontar para o fato de que Habermas, ao desenvolver seu projeto teórico, move-se exclusivamente no nível científico, empírico ou epistemológico, não adentrando propriamente no nível filosófico, transcendental ou ontológico (não-clássicos).

Isso porque não se pode olvidar – em que pese os limites do presente trabalho – o modo como se relacionam, contemporaneamente, a filosofia e as ciências. Portanto, é preciso refletir, de um lado, de que maneira a filosofia se faz presente no conhecimento científico; e, de outro, de que forma as ciências fazem uso da filosofia, uma vez que dela necessitam para pensar seus pressupostos e o próprio fazer científico a que se dedicam.

Ora, se o conhecimento científico realiza-se como discurso, mediante o qual os cientistas buscam a solução de problemas de acordo com seu objeto de estudo, o conhecimento filosófico concretiza-se pela reflexão que os filósofos realizam acerca dos problemas da solução, voltando-se para as condições de

possibilidade do conhecimento científico, através da análise do método e do paradigma de racionalidade aplicados.

Nesse sentido, é possível afirmar que, na medida em que volta suas baterias para a tradição metafísica, mais especificamente para o positivismo e a filosofia da consciência, que mantêm estreitos laços entre si, Habermas está preocupado tão-somente com a *solução dos problemas*, o que evidencia, novamente, o quanto ele se movimenta apenas no nível das ciências.

Todavia, mostra-se necessário refletir, a partir de agora, acerca dos *problemas das soluções*, tarefa que só pode ser desempenhada no campo propriamente da filosofia *no direito*. A isso é, portanto, que se propõe o próximo capítulo: suscitar os *problemas* (hermenêuticos) *das soluções* (procedimentais), a partir das críticas que podem ser dirigidas à teoria discursiva habermasiana e, especialmente, ao paradigma que lhe dá sustentação.

CAPÍTULO 3

GADAMER E O PARADIGMA HERMENÊUTICO: AS CRÍTICAS À TEORIA DISCURSIVA E AS CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE PARA SE PENSAR PÓS-METAFISICAMENTE O DIREITO

Uma vez apresentado o paradigma procedimental habermasiano e, especialmente, o tratamento dispensado pela teoria discursiva do direito à tríplice questão – como se interpreta, como se aplica e como se fundamenta – que lhe subjaz, é chegada a hora de levantar alguns problemas relativos ao pensamento pós-metafísico do direito, a partir das críticas que podem ser suscitadas com base no paradigma hermenêutico.

Todavia, para tal empreitada, mostra-se necessário, preliminarmente, introduzir o paradigma hermenêutico – composto, aqui, pela filosofia hermenêutica, hermenêutica filosofia e, finalmente, hermenêutica jurídica –, a fim de que possam, ao menos, ser colocados os pressupostos e os principais conceitos sobre os quais irão se fundar as críticas e objeções que serão desenvolvidas (3.1).

Por fim, tomando como ponto de partindo os pressupostos hermenêuticos, tentar-se-á apontar, então, aquelas que podem ser consideradas as principais insuficiências da teoria discursiva do direito e – na medida do possível – levantar as críticas que mais interessam àquilo que desde o início vem se denominando filosofia *no* direito. Esta tentativa de estabelecer as diferenças estruturais entre os paradigmas hermenêutico e procedimental cumpre a função de um balanço – de caráter provisório – do confronto ora proposto, bem como busca reforçar a importância que essa discussão assume, nesse início de século XXI, no campo da filosofia e, evidentemente, da teoria do direito (3.2).

3.1. UMA APROXIMAÇÃO À(S) HERMENÊUTICA(S)

Nos últimos anos, a hermenêutica vem sendo amplamente difundida, sem, contudo, que haja – especialmente no Brasil – maiores cuidados e preocupações teóricas no seu estudo, modo de abordagem e aplicação, o que torna imprescindível que se realize, aqui, uma aproximação ao paradigma hermenêutico ora adotado – e que, evidentemente, transcende o pensamento gadameriano –, de tal maneira que possam ser apresentados, mesmo que superficialmente, os pressupostos e as bases que o sustentam, tendo em vista as pretensões inicialmente propostas e assumidas ao longo do presente trabalho

Todavia, essa singela aproximação tem como finalidade apenas contextualizar a matriz hermenêutica, introduzindo alguns dos seus principais teoremas e relacionando-os com o campo do direito, na medida em que não será possível – e tampouco se mostraria muito profícuo – analisar com maior profundidade todos os pressupostos aqui assumidos, em razão dos limites deste estudo.

Para tanto, abordar-se-á o surgimento e o legado da filosofia hermenêutica, inaugurada por Heidegger durante o seu projeto filosófico (3.1.1); o desenvolvimento da hermenêutica filosófica, levada a cabo pelas investigações feitas por Gadamer (3.1.2); e, finalmente, a importância que o paradigma hermenêutico – de cariz heideggeriano e gadameriano – assume na teoria e filosofia do direito contemporâneo, especialmente a partir da hermenêutica jurídica (3.1.3).

3.1.1. A filosofia hermenêutica

Com a filosofia de Hegel, mais especificamente as inovações referentes à dialética e ao sistema absoluto, ocorre um importante rompimento na tradição filosófica da época, na medida em que se verifica a insuficiência das respostas

apresentadas até então naturalmente com a marca da teologia¹, permitindo que o problema do conhecimento fosse colocado não mais no sentido kantiano, mas através de novas formas e diferentes modos, o que redundou, ao final do século XIX, no nascimento da escola histórica, de inúmeras correntes filosóficas – neo-aristotelismo, neotomismo, neokantismo, neo-hegelianismo – e, anos mais tarde, da filosofia analítica e da fenomenologia².

Contudo, apenas no século XX – especialmente no período entre guerras –, é que a história da filosofia ocidental resta marcada de modo indelével, na medida em que se perdem os referenciais teóricos e se esvaziam definitivamente as respostas oferecidas na época pela metafísica clássica e pela metafísica moderna³.

Isso tudo porque, sobretudo nos anos 20 – também conhecidos como *período da incerteza e do risco*, em face da suspeita sobre o conhecimento e sobre a origem dos conceitos⁴ –, não existem mais critérios de verdade capazes de fundamentar o conhecimento de uma maneira minimamente consistente, sem incorrer em ambigüidades – o que, destaque-se, produziu uma série de reflexos no irracionalismo e, depois, no totalitarismo.

Nesse contexto, Husserl – acompanhado de seu discípulo Heidegger – transfere-se para Freiburg, onde procura conceber uma nova maneira de desenvolver o problema do conhecimento, de modo que sua fenomenologia passou da análise das questões lógicas para as questões transcendentais. Ocorre que, com o transcurso dos anos, desenvolveram-se duas fenomenologias: de um

¹ Destaque-se, aqui, que é possível afirmar que Hegel, de alguma maneira, preconizou o começo daquilo que se convencionou chamar *pós-modernidade*, na medida em que libertou sua filosofia – panteísta – da metafísica e da teoria da substância, rompendo, portanto, com a teologia.

² Ver, para tanto, STEIN, Ernildo. *Uma breve introdução à filosofia*. Ijuí: Unijuí, 2002.

³ Nesse sentido, ver STRECK, *Heidegger...*, *op. cit.*, p. 426: “No meio dessa desagregação, começam a surgir, nos anos 1910 e 1920, as neofilosofias (neokantismo, neoaristotelismo, neo-hegelianismo, neomarxismo, etc.). É o campo propício para o renascimento e o retorno às teorias do conhecimento, chamadas de epistemologia. O problema fundamental da filosofia nos anos 1920 era, pois, o problema da justificação do conhecimento”.

⁴ Ver, nesse sentido, STRECK, *Heidegger...*, *op. cit.*, p. 426, para quem duas tendências, fundamentalmente, assumem importância a partir dos anos 20: de um lado, a filosofia analítica, em que se destaca Frege, voltada à lógica e à linguagem, através da qual se desenvolve, por exemplo, a Escola de Viena; e, de outro, a fenomenologia, cuja origem encontra-se vinculada àqueles, dentre os quais se destaca Husserl que não aceitavam as explicações científicas ou puramente logicistas.

lado, a fenomenologia transcendental, de Husserl; e, de outro, a fenomenologia hermenêutica, de Heidegger⁵.

Ao contrário da fenomenologia husserliana, o projeto fenomenológico de Heidegger exsurge voltado para questão do ser, de tal maneira que, pela primeira vez na história da filosofia, pergunta-se pelas condições transcendentais do ser humano fora da subjetividade, isto é, fora da representação⁶.

Dito de outro modo, Heidegger é quem busca pensar uma nova forma de descrever o ser humano, através da qual ele acentua o modo de ser humano, o que resulta na sua analítica existencial, com a publicação, em 1927, de *Ser e tempo*⁷, obra considerada por muitos como uma das mais importantes do século XX e que o tornou um dos principais filósofos da história ocidental⁸.

Entretanto, convém esclarecer, preliminarmente, que o termo *hermenêutica* era pouco difundido na filosofia praticada durante o século XIX, de tal maneira que Schleiermacher e Dilthey consideram-na somente uma disciplina auxiliar: da dialética, para o primeiro; e da psicologia, para o segundo⁹.

Portanto, a *filosofia hermenêutica*¹⁰ levada a cabo por Heidegger representa, no século XX, uma nova expressão, cuja origem se deve a uma nova elipse, na medida em que ocorre a substituição da expressão *hermenêutica da faticidade*,

⁵ Ver, para tanto, D'AGOSTINI, *op. cit.*, p. 131-132.

⁶ Ver, para tanto, STEIN, *Da fenomenologia hermenêutica...*, *op. cit.*, p. 32: "As divergências entre Husserl e Heidegger não são com relação ao objeto primeiro da fenomenologia, mas se dão no que respeita ao modelo de fundamentação do conhecimento. Husserl fogia do psicologismo e da ontologia, com a fenomenologia transcendental, para fundamentar o conhecimento. Heidegger vê o *a priori* do conhecimento na ontologia como hermenêutica da faticidade, como analítica existencial. Ele não temia nem a ontologia nem a antropologia (psicologia [sic], bem entendido) para dar conta da estrutura *a priori* do sentido, o *Dasein* como ser-no-mundo, como pressuposto de qualquer teoria do conhecimento".

⁷ Cf. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo. Parte I*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2005; e, também, id., *Ser e tempo. Parte II*. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

⁸ Cf. STRECK, *Heidegger...*, *op. cit.*, p. 426. Sobre o autor, consultar SAFRANSKI, Rüdiger. *Heidegger: um mestre da Alemanha entre o bem e o mal*. São Paulo: Geração, 2000; DUBOIS, Christian. *Heidegger: introdução a uma leitura*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2004; e, ainda, VATTIMO, Gianni. *Introdução a Heidegger*. 10. ed. Lisboa: Piaget, 1996.

⁹ Ver, para tanto, STEIN, *Da fenomenologia hermenêutica...*, *op. cit.*, p. 23.

¹⁰ A respeito da importância da filosofia hermenêutica, ver BLEICHER, *op. cit.*, p. 133-146; GRONDIN, *op. cit.*, p. 157-177.

ainda vinculada às noções de *ontologia* e *hermenêutica*, introduzidas pelo filósofo no início dos anos 20, conforme refere Stein¹¹.

Nesse sentido, Stein afirma que, historicamente, a hermenêutica estava ligada a diversas disciplinas, dentre as quais se encontravam as áreas da interpretação dos textos – bíblicos ou mesmo jurídicos – da tradição, de modo que ela era entendida como a doutrina da compreensão e a arte da interpretação do assim compreendido. Isso significa dizer, ao fim e ao cabo, que a hermenêutica praticada, até Heidegger, nunca havia sido aplicada, efetivamente, a determinada realidade, a um campo objetivo e, menos ainda, à filosofia¹².

Com o desenvolvimento do seu projeto filosófico, Heidegger assume uma posição inédita diante da história da filosofia, na medida em que transforma os conceitos de *ontologia*, de *hermenêutica* e de *fenomenologia*, introduzindo a *faticidade* com um novo campo de investigação¹³.

Observa-se, assim, que Heidegger, ao propor sua ontologia como hermenêutica da faticidade, opera uma aproximação até então não pensada: de um lado, rejeitando a definição tradicional, a *hermenêutica* é empregada, no seu sentido originário, para denominar determinada unidade de realização do *hermeneuein* (do participar de alguém), isto é, a interpretação da faticidade que traz ao encontro; e, de outro, sintetizando aquilo que é visado pela ontologia fundamental, a *faticidade* procura dar conta do ser do ente privilegiado, isto é, do nível do ente em que *nós somos* (*Dasein*)¹⁴.

Todavia, não se pode olvidar que, segundo Heidegger, a hermenêutica não é filosofia, mas ela somente tem a pretensão de mostrar, aos filósofos da época, um objeto que até então se encontrava esquecido, aguardando por uma *simpática atenção*¹⁵.

Isso significa dizer, ainda seguindo Stein, que a hermenêutica tem, para Heidegger, uma intenção que é apenas adjetiva, visto que apenas explicita a

¹¹ Ver, para tanto, STEIN, *Da fenomenologia hermenêutica...*, op. cit., p. 23.

¹² Id., ib., p. 23.

¹³ Id., ib., p. 24.

¹⁴ Id., ib., p. 23-25.

faticidade como elemento constitutivo do *Dasein*, porque na ontologia fundamental ele já sempre se compreende na medida em que compreende o ser. Ou melhor: em Heidegger, a fenomenologia é hermenêutica, na medida em que trata de um compreender prévio do modo de ser do *Dasein*. Mais: ela não possui a autonomia de uma área do conhecimento, mas apenas especifica uma espécie de procedimento – fenomenológico – voltado a uma estrutura ontológica que deve ser mostrada. Por isso, adverte Stein, é que se pode falar que Heidegger desenvolve uma filosofia hermenêutica, em que pese tal adjetivo pudesse ser substituído por inúmeros outros¹⁶.

Isso tudo porque – e isso não se pode olvidar – Heidegger é considerado por muitos o principal expoente da denominada *crítica conservadora*, ou *crítica à metafísica*, conforme assinala Stein¹⁷, crítica segundo a qual a modernidade chegou ao fim quando a perda da unidade da razão tornou-se irrecuperável, sendo portanto necessária a construção de um novo projeto a partir de um novo paradigma filosófico que transcendesse a mera racionalidade e desse conta da condição humana.

De acordo com Stein, a *crítica conservadora*, que provém daqueles que ainda são metafísicos, isto é, que ainda ocupam uma posição fixa com princípios estabelecidos, volta-se contra aquilo que denomina *crítica da razão*, ou seja, para a desconfiança da razão em face da percepção de seus limites e da crise da metafísica¹⁸.

Com efeito, o fim da modernidade pode ser entendido como o momento em que se torna insustentável a possibilidade de se fornecer, mediante um único

¹⁵ Cf. HEIDEGGER apud STEIN, *Da fenomenologia hermenêutica...*, *op. cit.*, p. 25.

¹⁶ Ver, para tanto, STEIN, *Da fenomenologia hermenêutica...*, *op. cit.*, p. 30.

¹⁷ Cf. STEIN, *Epistemologia...*, *op. cit.*, p. 29. Ao contrário da *crítica progressista* – assumida por Habermas, conforme já referido –, que pretende continuar o projeto inacabado da modernidade, a *crítica conservadora* defende a existência de uma sucessão de momentos da história que não são apenas exteriores e formais, mas que têm conteúdo e substância. Heidegger chamará estes momentos de *princípios epocais*, de modo que cada época teve um princípio a partir do qual se determinava o que era arte, religião, moral, ciência, etc. Com o fim da modernidade, o que se verifica é que, pela primeira vez, vive-se uma situação na qual não se tem mais um princípio único definidor destas instâncias da cultura e da história humana. E mais: sequer se sabe como se faz esta passagem da modernidade para um outro começo, porque, afinal de contas, o homem desta virada de século ainda é um ser de dois mundos.

sistema filosófico, explicações que tenham eficácia em todos os domínios do saber humano: em nível cognitivo, em nível prático, em nível moral e, também, em nível subjetivo, em nível artístico, etc. Em outras palavras: chegou-se ao fim da modernidade – cuja principal característica é a idéia de razão, de ciência, de verdade – no momento em que se perdeu a unidade de um sistema, a referência a determinado princípio, ou, ainda, a possibilidade de haver um sistema filosófico capaz de explicar as diversas áreas do saber e do convívio humano¹⁹.

Assim sendo, na mesma linha do que fizeram Marx e Wittgenstein, Heidegger também elaborou uma proposta para o fim da filosofia, a partir da confissão de que o conhecimento humano é posto dentro de limites. Contudo, reconheceu a existência de um interesse ligado ao conhecimento, do qual o indivíduo não consegue dar conta. Heidegger refere tal fenômeno como uma tendência para o *encobrimento*, isto é, faz uma espécie de diagnóstico de que o ser humano tem como característica implicitamente presente uma condição de fuga de si mesmo. Daí o porquê de Heidegger insistir em que a racionalidade simplesmente não dá conta da condição humana, visto que existe, desde sempre, um elemento *encobridor* no próprio modo do homem ser e conhecer: naquilo que se pensa existe o *impensado*. Há, para Heidegger, algo maior que determina o que se consegue apanhar em cada momento pelo conhecimento, e este algo maior é exatamente aquilo que situa o homem na finitude²⁰.

Dito de outro modo, Heidegger denuncia a modernidade como a última etapa da metafísica. Para ele, dos gregos até Hegel, houve um processo espantoso, cuja principal concentração ocorreu na modernidade, que é o ápice do encobrimento do ser. Verificar isso é bastante simples. Basta, para tanto, observar que, no transcorrer da história ocidental, prevaleceram a nomeação e a objetificação ao invés de se pensar aquilo que estava a se encobrir: o *ser*, em Platão, chama-se *idéia* ou *eidos*; em Aristóteles, *substância* ou *ousia*; na Idade

¹⁸ Cf. STEIN, *Epistemologia...*, *op. cit.*, p. 24-25 e 39: Para Heidegger, é necessário pôr um limite à idéia da racionalidade, visto que a epistemologia é uma exacerbação da subjetividade; ela decreta o fim da filosofia.

¹⁹ Id., *ib.*, p. 21-24.

²⁰ Id., *ib.*, p. 40-41.

Média, *ens creatur*; em Descartes, confunde-se com o *cogito cartesiano*; em Kant, é o *eu penso*; em Hegel, o *eu absoluto*; em Nietzsche, a *vontade do poder*. Isso tudo evidencia, na esteira do que ensina Stein²¹, que a questão essencial – que é a questão do *ser* – se perdeu.

Assim, levando em consideração que a história da filosofia tornou-se a história do *esquecimento do ser*, Heidegger entende que é preciso superar esse encobrimento: não se liberta o homem desta ilusão de sempre entificar de novo o *ser*, através da absolutização de certos nomes; o homem não deixará de fazer isto enquanto não perceber que a temporalidade é o horizonte no qual toda a filosofia se movimenta²².

Segundo Heidegger, a verdade apresenta-se primeiro em nível existencial²³. No reino da metonímia, ao contrário do que ocorre no reino da metáfora, o todo não se espelha na parte: o todo é falado na parte, é dito na parte. Assim sendo, a filosofia pode dizer que a parte, que é o ente, remete ao todo enquanto ela encobre o todo. E é por isto que a tarefa da filosofia, através do método fenomenológico, consiste justamente em des-velar o que está velado, em apontar para aquilo que vela o que está velado. O velado é o *ser*; o que vela é o ente; o que se fala é o ente; o que está nas entrelinhas do que se fala é o *ser*. Em última instância, a filosofia é transposta não como um drama para dentro do sujeito, nos termos propostos por Freud, mas sim para dentro do ser humano como condição de possibilidade do filosofar²⁴.

²¹ Id., *ib.*, p. 74.

²² Id., *ib.*, p. 74-75.

²³ Antecipe-se, aqui, no que diz respeito à questão da verdade, que Heidegger, nos parágrafos 43 e 44 de *Ser e tempo*, procura demonstrar de que modo e quais são as conseqüências da sua analítica existencial na concepção dos dois conceitos básicos da tradição metafísica: o de realidade e o de verdade. É no conceito de verdade que Heidegger “mostra a dupla dimensão que tem o conhecimento: a dimensão hermenêutica trata da verdade existencial; a dimensão apofântica lida com o conceito de verdade lógica. Verdade (ontológica) primeiro é abertura, clareira, é espaço em que se dá uma possível relação sujeito-objeto [...], uma verdade ôntica, uma verdade lógica. Heidegger conclui, então, que não é o enunciado que é o lugar da verdade, mas a verdade é que é o lugar do enunciado. Por isso ele vai falar de um acontecimento de verdade [...] isso quer dizer que o enunciado pressupõe de certo modo sempre já uma abertura onde ele pode ser proferido. Verdade, em síntese, é *altheia* (*Unverborgenheit*), desvelamento” (cf. STRECK, *Heidegger...*, *op. cit.*, p. 428). Ainda sobre tal tema, que aqui não pode ser suficientemente abordado, consultar STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude*. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 51-132; e, especialmente, id. *Seminário sobre a verdade*. Petrópolis: Vozes, 1993.

²⁴ Cf. STEIN, *Epistemologia...*, *op. cit.*, p. 75.

Nesse contexto, pode-se afirmar que é com a publicação de *Ser e tempo* que Heidegger desenvolve aquilo que ele denomina *ontologia fundamental*²⁵; inventa, a partir do método fenomenológico, uma filosofia hermenêutica que é capaz de expor o desconhecido, e não simplesmente articular de um outro modo o conhecido, como o fazem as ciências. Este desconhecido, para Heidegger, é aquilo que nunca se aceitou ou reconheceu porque sempre esteve encoberto. É justamente na compreensão do *ser* que algo de novo exsurge: é o *todo* que se anuncia como algo de novo. E o método hermenêutico, enquanto hermenêutico existencial, é o que pretende trazer este novo. Contudo, este novo depende do fato de o homem existir: não há verdades sem o ser humano²⁶.

Dessa forma, a concepção de hermenêutica formulada por Heidegger não é proposta como uma teoria das ciências humanas e tampouco assume a expressão de teoria da subjetividade. Ao introduzir um caráter antropológico, com o qual visava a descobrir a idéia de compreensão no próprio ser humano, construindo, assim, sua visão filosófica, Heidegger irá se ocupar, primeiramente, com a questão do ser. Assim, a busca pelo sentido do ser – sempre atenta aos equívocos em que incorriam as teorias metafísicas que equiparavam ser e ente²⁷ – resulta na construção da hermenêutica como o elemento que permite ao homem compreender a si mesmo na medida em que compreende o ser. Esta autocompreensão implica um interpretar-se a si mesmo, superando, desse modo, o antigo problema da fundamentação. Em última análise: Heidegger entendia que a ontologia fundamental deveria ser colocada por debaixo da práxis, visto que possibilitaria qualquer tipo de conhecimento, isto é, qualquer tipo de fundamentação²⁸.

²⁵ Ainda sobre a principal obra de Heidegger, ver STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre "Ser e tempo"*. Petrópolis: Vozes: 1988, p. 10-11, para quem são seis as teses centrais que compõem a estrutura sistemática de *Ser e tempo*: "(1) no início da obra, Heidegger situa a questão da ontologia fundamental, do *sentido do ser*; (2) a clarificação desta questão somente pode resultar do recurso ao único ente que compreende ser – o homem (*Dasein*), o *estar-aí*; (3) o *estar-aí* é *ser-no-mundo*; (4) *ser-no-mundo* é *cuidado*, *cura* (*Sorge*); (5) *cuidado* é *temporal* (*zeitlich*); (6) a temporalidade do *cuidado* é *temporalidade extática* que se distingue do tempo linear, objetivado".

²⁶ Cf. STEIN, *Epistemologia...*, *op. cit.*, p. 77-78.

²⁷ Nesse sentido, ver STRECK, *Heidegger...*, *op. cit.*, p. 427, para quem "o ser não é uma generalidade, dirá Heidegger. Com o ser chegamos aos entes. É nesse sentido que Heidegger pensa as bases da diferença ontológica (*ontologische Differenz*)".

²⁸ Id., *ib.*, p. 426-427.

Isso fica evidente logo na primeira seção da primeira parte de *Ser e tempo*, onde Heidegger desenvolve a analítica existencial, cuja função está ligada ao modo concreto do homem existir, denominado *ser-no-mundo*, *Dasein*, formando o elemento unitário que antecede todo o dualismo e, assim, possibilita a crítica a toda a tradição metafísica baseada no *fundamentum inconcussum*, conforme refere Streck²⁹.

Desse modo, Heidegger entende que só é possível pensar o ser enquanto ser dos entes. A noção de *Dasein* – ente privilegiado que compreende o ser – vem designar esse modo de ser no mundo, próprio do gênero humano, na medida em que o ser nele se manifesta e ele se manifesta humano, ao compreender o ser. O *Dasein* implica, portanto, a idéia de que não apenas o homem é, mas de que ele percebe aquilo que ele é. Mais: é a natureza de ser-aí (*Dasein*) que Heidegger utiliza como pressuposto para descrever o modo de ser-em (*in-Sein*), no que reside a condição de possibilidade de qualquer teoria do conhecimento³⁰.

Por tudo isso, Heidegger ressalta a necessidade de desconstrução da ontologia clássica, mediante a introdução de dois conceitos elementares: o *cuidado* (*Sorge*), que é a estrutura básica da existência, marcada por sua tríplice dimensão – ser-adiante-de-si-mesmo (futuro), já-sempre-no-mundo (passado) e junto-das-coisas (presente) –; e a *temporalidade* (*Zeitlichkeit*) – enquanto futuro (existência), passado (faticidade) e presente (decaída) –, que é o sentido do cuidado e, conseqüentemente, o sentido do ser-aí³¹.

Observa-se, desse modo, que Heidegger coloca, então, a questão da temporalidade e da historicidade na segunda seção de *Ser e tempo*, onde pensa o homem como um ser histórico, marcando a conhecida passagem do denominado *primeiro Heidegger* para o *segundo Heidegger*³².

²⁹ Id., ib., p. 427.

³⁰ Id., ib., p. 428.

³¹ Cf. STRECK, *Heidegger...*, op. cit., p. 428, para quem: “Compreender é, pois, um existencial: não me pergunto por que eu compreendo; essa pergunta chega sempre tarde; na verdade, eu já compreendi. Assim, o cuidado – que é também um existencial – é o ser do *Dasein*, assim como a temporalidade será o sentido do *Dasein*”, entendido.

³² Cf. STRECK, *Heidegger...*, op. cit., p. 429. Ainda nesse sentido, Stein afirma que a transição do *primeiro* para o *segundo* Heidegger também pode ser explicitada através da clássica passagem: “A linguagem é a casa do ser. Nesta habitação do se mora o homem. Os pensadores e os poetas são os guardas desta

O *segundo Heidegger* – ao invés de pensar em uma dimensão transcendental, que poderia se relacionar, ainda, a uma teoria da subjetividade –, introduz a noção de acontecer (*Ereignen*), ligada à teoria da história do ser. A viravolta (*Kehre*), portanto, ocorre em face do dilema que se coloca na terceira seção da primeira parte de *Ser e tempo*. O projeto de pensar o tempo como horizonte de sentido do ser realiza-se apenas na medida em que o *segundo Heidegger* passa a abordar a história do ser, buscando descobrir, a partir do encobrimento do ser, a sua verdadeira história, que sustenta todo e qualquer pensamento dos entes, conforme assinala Streck³³.

Aliás, merece destaque, aqui, que os dois teoremas fundamentais³⁴ do pensamento filosófico de Heidegger e de todos aqueles que o seguiram – a diferença ontológica e o círculo hermenêutico, que se articulam em um mesmo e indivisível movimento – assume especial importância no que diz respeito à compreensão da hermenêutica filosófica, de Gadamer³⁵.

habitação” (cf. HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o humanismo*. 5. ed. Lisboa: Guimarães Editores, 1998, p. 31).

³³ Cf. STRECK, *Heidegger...*, *op. cit.*, p. 429: “É, portanto, tarefa do segundo Heidegger realizar aquilo que o primeiro Heidegger se propôs na segunda parte de *Sein und Zeit*: o problema do ser, que desde Platão e Aristóteles foi pensado sempre como um ente privilegiado e nunca como tal, em seu acontecer (*Ereignen*)”.

³⁴ Ver, para tanto, HEIDEGGER, *Ser e tempo I*, *op. cit.*, p. 33-34: “A colocação explícita e transparente da questão sobre o sentido do ser requer uma explicação prévia e adequada de um ente (pre-sença) no tocante a seu ser. Mas será que uma tal empresa não cai num círculo vicioso evidente? Ter que determinar primeiro o ente *em seu ser* e, nessa base, querer colocar a questão do ser, não será isso andar em círculo? Para a elaboração da questão, não se está já pressupondo aquilo que somente a resposta à questão poderá proporcionar? Ao se refletir sobre os caminhos concretos de uma investigação, é sempre estéril recorrer a objeções formais como a acusação de um *círculo vicioso*, facilmente aduzível, no âmbito de uma reflexão sobre os princípios. Essas objeções formais não contribuem em nada para a compreensão do problema, constituindo mesmo um obstáculo para se entrar no campo da investigação. De fato, porém, não há nenhum círculo vicioso no questionamento da questão. O ente pode vir a ser determinado em seu ser sem que, para isso, seja necessário já dispor de um conceito explícito sobre o sentido do ser [...] Na questão sobre o sentido do ser não há *círculo vicioso* e sim uma curiosa *repercussão ou percussão prévia* do questionado (o ser) sobre o próprio questionar, enquanto modo de ser de um ente determinado”. Ainda sobre o tema, ver, obrigatoriamente, STEIN, *Diferença e metafísica*, *op. cit.*, p. 104: “O círculo hermenêutico e a diferença ontológica são os teoremas que sustentam a teoria heideggeriana da realidade e do conhecimento, isto é, a teoria da fundamentação do conhecimento [...] A idéia de ser de Heidegger, na medida em que é vinculada com a compreensão do ser, caminho para pensar o ente, se revela como uma dimensão operatória: compreendendo-me no mundo e na relação com os entes, compreendo o ser. Naturalmente, essa compreensão do ser não é temática e deve ser explicitada. É precisamente essa explicitação que é a meta buscada pela analítica existencial ou ontologia fundamental, cujos teoremas se expressam no círculo hermenêutico e na diferença ontológica. O ser heideggeriano torna-se o elemento através do qual se dá o acesso aos entes, ele é sua condição de possibilidade. Isso é a diferença ontológica. Como esta condição só opera através da compreensão pelo *Dasein*, pelo ser humano que se compreende, a fundamentação (condição de possibilidade) sempre se dá pelo círculo hermenêutico”.

³⁵ Cf. STRECK, *Heidegger...*, *op. cit.*, p. 427.

Segundo Stein, para que se compreenda melhor a constituição circular do ser-aí, os conceitos de *diferença ontológica* e de *círculo hermenêutico* não podem ser pensados como prioridades ontológicas e, muito menos, cronológicas, pois a *emergência da circularidade do ser-aí é a própria emergência da diferença ontológica e vice-versa*: a circularidade impõe a diferença ontológica e esta manifesta aquela. Dito de outro modo, a relação do ser com o homem e do homem com o ser que revela a circularidade constitui a diferença ontológica. E uma não se dá sem a outra³⁶.

Com isso, observa-se o caráter inovador do pensamento heideggeriano que, ao negar a modernidade e reivindicar a necessidade de um paradigma que transcendesse a tradição metafísica, construindo sua *filosofia hermenêutica*, Heidegger fundou as bases para que Gadamer desenvolvesse a *hermenêutica filosófica*, da qual o direito ainda deveria lançar mão para melhor compreender os fenômenos jurídicos³⁷.

Nesse sentido, inclusive, Streck chama atenção para o fato de que – embora Heidegger jamais tenha se dedicado, ou mesmo preocupado, com o direito³⁸ – sua produção teórica funda bases através das quais é possível lançar um novo olhar sobre a hermenêutica jurídica e a própria compreensão do

³⁶ Ver, para tanto, STEIN, *Compreensão e finitude*, op. cit., p. 256: “A determinação formal do círculo hermenêutico permite a Heidegger desmascarar, a seu modo, todos os pontos de partida para a interrogação ontológica que querem ancorar em posições fixas ou então extrínsecas à situação do próprio homem que interroga. O movimento da interrogação pelo ser é um movimento circular e, por isso mesmo, finito. Romper esse círculo da finitude por elementos extrínsecos à interrogação pelo sentido do ser é ir contra as estruturas fundamentais do próprio ser-aí”. Na mesma linha, ver VATTIMO, *Introdução a Heidegger*, op. cit., p. 36: “A idéia do conhecimento como articulação de uma compreensão originária é a doutrina que Heidegger chama (juntamente com a tradição da teoria da interpretação) o *círculo hermenêutico*”. Por fim, consultar, ainda, DUBOIS, op. cit., p. 20: “Há manifestamente um círculo que se torna mesmo uma espiral: na análise do ser do *Dasein*, o sentido do ser já está comprometido, devendo em seguida ser liberado a partir dessa análise, que será, caminho visado a partir do ponto de chegada, reconsiderada”.

³⁷ Ver, para tanto, HERRÁN, Eric. Heidegger e la crítica contemporánea de la modernidad jurídica. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Mexico, n. 20, p. 211-236, 2004; e, ainda, MAMAN, Jeanette Antonios. A investigação da filosofia do ser e o fenômeno jurídico. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 99, p. 477-482, 2004.

³⁸ Nesse sentido, destaque-se, por oportuno, a observação de Kaufmann (*Introdução à filosofia do direito...*, op. cit. p. 121) no sentido de que Heidegger “não consegue aceder a uma compreensão do direito que coloque barreiras à arbitrariedade, visto que, segundo ele, o direito não possui qualquer modo de ser (*Seinsmodus*) seu, qualquer ser próprio, apontando Heidegger antes para a *inautenticidade* da forma jurídica: o abandono dos sujeitos à *existência massificada*”.

direito³⁹, mormente se levado em consideração a virada ontológica proporcionada por seu principal discípulo – Gadamer –, cujas investigações têm as raízes atreladas aos teoremas fundamentais da filosofia hermenêutica, a partir da qual é possível a superação do esquema sujeito-objeto que, historicamente, predomina no interior do pensamento jurídico, na medida em que este ainda oscila entre os paradigmas aristotélico-tomista (objetivista) e da filosofia da consciência (subjetivista)⁴⁰, como se verá mais adiante.

3.1.2. A hermenêutica filosófica

Tendo em vista o espaço conquistado pela filosofia hermenêutica – que, em face da pergunta pelo sentido do ser, é guindada à posição de doutrina filosófica fundamental – e, conseqüentemente, a abertura por ela proporcionada no interior da filosofia contemporânea, houve a natural difusão do pensamento heideggeriano e a expansão de suas investigações – algumas vezes, inclusive,

³⁹ Cf. STRECK, *Heidegger...*, *op. cit.*, p. 429-430: “Compreender não é um modo de conhecer, mas um modo de ser. Por isso – essa circunstância ficará bem explicitada na hermenêutica gadameriana desenvolvida em *Wahrheit und Methode* – compreender, e, portanto, interpretar (que é explicitar o que se compreendeu) não depende de um método, saltando-se, assim, da epistemologia da interpretação para a ontologia da compreensão. Quando Heidegger identifica um duplo nível na fenomenologia [hermenêutico e apofântico], abre as possibilidades para a desmi(s)tificação das teorias argumentativas de cariz procedimental. Na verdade, coloca em xeque os modos procedimentais de acesso ao conhecimento, questão que se torna absolutamente relevante para àquilo que tem dominado o pensamento dos juristas: o problema do método, considerado como supremo momento da subjetividade e garantia da *correção dos processos interpretativos*. Uma hermenêutica jurídica que se pretenda crítica, hoje, não pode prescindir dos dois teoremas fundamentais formulados por Heidegger: o círculo hermenêutico, de onde é possível extrair a conclusão de que o método (ou o procedimento que pretende controlar o processo interpretativo) sempre chega tarde, porque o *Dasein* já se pronunciou de há muito tempo, e a diferença ontológica, pela qual o ser é sempre o ser de um ente, rompendo-se a possibilidade de subsunções e deduções, uma vez que, para Heidegger, o sentido é um existencial do *Dasein*, e não uma propriedade *colada* sobre o ente, colocado atrás deste ou que paira não se sabe onde, em uma espécie de *reino intermediário*”.

⁴⁰ Cf. STRECK, *Heidegger...*, *op. cit.*, p. 429-430: “a diferença ontológica heideggeriana funciona como contraponto aos dualismos metafísicos que ainda povoam o imaginário dos juristas, como essência e aparência, teoria e prática, questão de fato e questão de direito, texto e norma, para citar apenas algumas que assumem uma relevância incomensurável na aplicação do direito (porque interpretar é aplicar), mediante as quais a doutrina e a jurisprudência passam a idéia de que o texto *carrega* o seu próprio sentido, assim como se na vigência do texto jurídico estivesse contida a sua validade. Por isso é que, pela fenomenologia heideggeriana, é possível construir as condições para desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos. A metafísica pensa o ser e se detém no ente; ao entificar o ser, esquece a diferença ontológica. Na hermenêutica jurídica, esse esquecimento corrompe a atividade interpretativa, mediante uma espécie e extração da mais valia no sentido do ser do direito. O resultado é o predomínio do método, da tecnicização, da standardização”.

para além de suas idéias –, através da produção teórico-filosófica de seus seguidores⁴¹.

Entre os discípulos de Heidegger, Gadamer se destaca, sem dúvida alguma, como o mais importante de todos, seja por causa da sua ampla formação intelectual, seja pela inauguração das bases sobre as quais vai desenvolver uma nova corrente do pensamento contemporâneo: a hermenêutica filosófica⁴².

Ocorre que, considerando os diversos pontos de contato entre a filosofia hermenêutica, de Heidegger, e a hermenêutica filosófica, de Gadamer, muitas aproximações têm sido realizadas entre os pensamentos deste dois autores. Entretanto, as distinções fundamentais que se podem verificar entre ambos exigem que se atente para a impossibilidade de uma simples – e inconseqüente – sobreposição.

Isso tudo porque algumas das diferenças – a serem estabelecidas a seguir – não apenas fazem com que Gadamer não seja Heidegger e tampouco o repita, mas apontam, sobretudo, para a possibilidade de que Gadamer tenha dado um passo importante e talvez adiante de Heidegger.

Desse modo, mostra-se necessário apresentar de que modo a filosofia hermenêutica está relacionada à hermenêutica filosófica. Tal relação, segundo propõe Stein, pode ser nitidamente evidenciada a partir de uma análise lingüística⁴³.

Se, por um lado, na filosofia hermenêutica – portanto, de Heidegger –, a palavra *hermenêutica* aparece como um simples adjetivo da palavra filosofia, de modo que fica nítida a pretensão heideggeriana de apresentar uma modificação da concepção da filosofia, sem renunciar a um projeto completo da filosofia; por

⁴¹ Ver, para tanto, STEIN, *Da fenomenologia hermenêutica...*, *op. cit.*, p. 31.

⁴² Nesse sentido, ver DUQUE-ESTRADA, *op. cit.*, p. 373, para quem é possível identificar cinco elementos centrais na determinação da identidade filosófica gadameriana: "(1) a influência de Heidegger; (2) a filosofia grega (dialética platônica e ética aristotélica); (3) a história da hermenêutica clássica (Schleiermacher, Dilthey); (4) a dialética hegeliana; (5) a terceira crítica de Kant. Desses cinco elementos, a influência de Heidegger vem em primeiro lugar, uma vez que é à luz do pensamento heideggeriano que os outros quatro se articulam no interior da sua hermenêutica filosófica". Ainda sobre o núcleo da hermenêutica filosófica, ver GADAMER, Hans-Georg. *Crítica da ideologia e racionalidade*. Porto Alegre: Movimento, 1986, p. 36-37.

⁴³ Cf. STEIN, *Da fenomenologia hermenêutica...*, *op. cit.*, p. 30.

outro lado, na hermenêutica filosófica – portanto, de Gadamer –, a palavra *hermenêutica* exsurge como substantivo, sendo a palavra *filosófica* apenas um adjetivo, o que aponta na direção de que o interesse gadameriano não está, simplesmente, em manter uma posição filosófica determinada.

Tanto é assim que Heidegger não emprega com freqüência a expressão *hermenêutica* ao longo de *Ser e tempo*, o que demonstra que tal conceito foi utilizado porque permitia a exploração da história hermenêutica, a partir de seus elementos, o que reforça a visão segundo a qual a hermenêutica constituiria um dos passos do projeto filosófico heideggeriano, através do qual ele procura analisar a história da filosofia⁴⁴.

Já no que se refere a Gadamer, o emprego da palavra *hermenêutica* como substantivo e da palavra *filosófica* como adjetivo aponta, de alguma maneira, para uma diminuição do caráter filosófico da hermenêutica gadameriana. Mais: poder-se-ia inclusive afirmar que a hermenêutica de Gadamer não pode ser considerada uma filosofia no sentido como Heidegger a fez⁴⁵.

Todavia, segundo Stein, não se pode olvidar que o próprio Gadamer reconhece que seu vínculo com a obra de Heidegger poder ser analisado, fundamentalmente, sob três aspectos.

O primeiro aspecto refere-se ao desenvolvimento do problema hermenêutico universal, seguindo o projeto fenomenológico heideggeriano⁴⁶, de

⁴⁴ Ver, para tanto, Cf. STEIN, Ernildo. *A questão do método na filosofia. Um estudo do modelo heideggeriano*. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1991, p. 90.

⁴⁵ Nesse sentido, ver STEIN, *Da fenomenologia hermenêutica...*, op. cit., p. 22 e 28, para quem a investigação levada a cabo por Gadamer conduz, inevitavelmente, a uma questão que parece central em seu projeto: "é a hermenêutica filosófica uma filosofia? Essa é também a questão central do autor de *Verdade e método*. É por essa razão que Gadamer, depois da primeira parte que trata da *exibição da questão da verdade na experiência da arte* e depois da *preparação histórica*, primeira secção da segunda parte, em que trata da *ampliação da questão da verdade para o compreender nas ciências do espírito*, se concentra na elaboração do *esboço e uma teoria hermenêutica da experiência*".

⁴⁶ Ver, para tanto, GADAMER, *Verdad y método I*, op. cit., p. 318-330. Cumpre referir, entretanto, por outro lado, que Gadamer, de certa maneira, mantém-se fiel a uma fenomenologia que não chama nem de transcendental, no sentido husserliano, nem de hermenêutica, no sentido heideggeriano, mas, sim, adota o conceito de fenomenologia como uma ferramenta descritiva do processo que sempre está subentendido e pré-compreendido em todo conhecimento e em toda cultura humana, o que dá a entender, ao fim e ao cabo, que o conceito (de índole neokantiana) abandonado por Heidegger se conserva, de certo modo, em Gadamer, assumindo efeitos importantes na descrição e aplicação. Nessa mesma linha, Stein (*Da fenomenologia hermenêutica...*, op. cit., p. 32) observa que, ao colocar a linguagem como horizonte e reconhecer a faticidade como elemento que, de certa maneira, produz a historicidade do sentido, Gadamer não tem mais em vista aquilo que era pretendido pela fenomenologia: uma base para a

um lado, na crítica oposta à filosofia transcendental e, de outro, na viravolta de Heidegger, em que pese recorra ao conceito de hermenêutica do *jovem Heidegger*, segundo o qual hermenêutica não é filosofia⁴⁷.

O *segundo aspecto*, por sua vez, diz respeito à circunstância de Gadamer reconhecer que a investigação a partir da qual propõe sua matriz hermenêutica seria inversa ao interesse de Heidegger, isto é, ele substitui a ontológica heideggeriana da pré-estrutura do compreender pela historicidade do compreender⁴⁸.

Destaque-se, aqui, o alerta feito por Stein no sentido de que o conceito de *compreender* proposto por Gadamer apresentaria uma diferença fundamental daquele sustentado por Heidegger: se, para este, o *compreender* é um existencial, pois constitui uma das estruturas do *Dasein*; para aquele, o *compreender* é fundamentalmente um operar, que se dá tanto no nível do ser que é compreendido na linguagem, como também no nível em que aquele ser que é jamais poderá ser compreendido em sua totalidade⁴⁹.

pretensão de validade do conhecimento. Dito de outro modo, a hermenêutica filosófica volta suas baterias para a delimitação de uma verdade de caráter muito particular – na arte, história e linguagem – e que corresponde ao campo da experiência hermenêutica, abandonando, assim, a intenção que a filosofia entendida como ontologia (hermenêutica da faticidade) fundamental (analítica existencial) apresenta inicialmente como finalidade. Em última análise, pode-se dizer que, na hermenêutica filosófica, não se encontram mais vestígios da intenção heideggeriana de resolver o problema do conhecimento, na medida em que, durante o desenvolvimento do seu conceito fundamental de autocompreensão, Gadamer renuncia aos elementos transcendentais da fenomenologia em seu sentido original, seja de no sentido husserliano, seja no sentido heideggeriano .

⁴⁷ Cf. GADAMER, *Verdad y método I, op. cit.*, p. 19: “Puede resultar paradójico el que por otra parte subyazga al desarrollo del problema hermenéutico universal que planteo precisamente la crítica de Heidegger al enfoque transcendental y su idea de la *conversión*. Sin embargo creo que el principio del desvelamiento fenomenológico se puede aplicar también a este giro de Heidegger, que es el que en realidad libera la posibilidad del problema hermenéutico. Por eso he retenido el concepto de *hermnéutica* que empleó Heidegger al principio, aunque no en el sentido de una metodología, sino en el de una teoría de la experiencia real que es el pensar”. Na mesma linha, consultar STEIN, *Da fenomenologia hermenêutica...*, *op. cit.*, p. 28, para quem outra questão importante – mas pouco trabalhada – é a de que, por outro lado, Heidegger jamais usaria o conceito de hermenêutica nos termos propostos por Gadamer, isto é, entendido no sentido da experiência hermenêutica, que sempre ocorre em universos determinados – arte, política, direito, religião, etc.–, e está ligada ao processo da pré-compreensão, que deve ser explicitada junto com aquilo que é essencial em qualquer campo científico humano, que são os enunciados verdadeiros ou falsos, que o lugar onde se decide o problema do conhecimento científico.

⁴⁸ Ver, para tanto, GADAMER, *Verdad y método I, op. cit.*, p. 331-338: “Heidegger sólo entra en la problemática de la hermenéutica y críticas históricas con el fin de desarrollar a partir de ellas, desde el punto de vista ontológico, la preestructuram de la comprensión. Nosotros, por el contrario, perseguiremos la cuestión de como, una vez liberada de las inhibiciones ontológicas del concepto científico de la verdad, la hermenéutica puede hacer justicia a la historicidad de la comprensión”.

⁴⁹ Ver, para tanto, GADAMER, *Verdad y método II, op. cit.*, p. 320; e, ainda, STEIN, *Da fenomenologia hermenêutica...*, *op. cit.*, p. 29.

O *terceiro aspecto*, por fim, consiste no fato de que Gadamer segue o caminho trilhado por Heidegger porque entende mais conveniente substituir a investigação transcendental husserliana pela hermenêutica da faticidade, através da qual transfere a indepassabilidade da faticidade para a compreensão da tradição histórica, o que vai resultar, em última e complexa análise, na hermenêutica filosófica⁵⁰.

Nesse sentido, segundo Stein, talvez pelo fato de carregar toda uma formação clássica filológica da tradição é que Gadamer tenha adotado da filosofia hermenêutica justamente o conceito de faticidade – que lhe acompanhará e será fundamental durante toda a sua obra –, entendido como aquilo que é irretrocedível, indepassável, enfim, que é a condição humana fundamental de existir.

Entretanto, Gadamer procura conciliar esse conceito de faticidade – retirado do *primeiro* Heidegger – com conceitos do *segundo* Heidegger, no qual é trabalhada a historicidade através do ser⁵¹, tendo em vista que a intenção fundamental gadameriana era demonstrar que *ser que puede ser comprendido es lenguaje*⁵².

Isso tudo porque Gadamer se interessava, fundamentalmente, pela historicidade como algo irrecuperável na sua radicalidade, visto que sua pretensão estava relacionada justamente à compreensão dos fenômenos da cultura, da história e da linguagem dentro dos horizontes finitos da faticidade e da historicidade, em que é impossível a recuperação do sentido último.

Nessa linha, Stein entende que a hermenêutica filosófica dedica-se a dimensões que não são puramente uma análise da cultura, mas se volta para

⁵⁰ Ver, para tanto, STEIN, *Da fenomenologia hermenêutica...*, op. cit., p. 29-30, para quem uma das justificativas para o fato de Gadamer haver seguido, primeiramente Heidegger é justamente o entendimento segundo o qual a estrutura existencial do *Dasein* deve ter seu desenvolvimento também no compreender da tradição histórica.

⁵¹ Nesse sentido, ver STEIN, *Da fenomenologia hermenêutica...*, op. cit., p. 28, para quem “Gadamer irá articular o conceito de faticidade do *primeiro* Heidegger – o jovem Heidegger como gosta de dizer –, aquele filósofo carismático sobre o qual tanto escreveu, com o *segundo*, o pensador da viravolta (*Kehre*) da história do ser. Sobre essa fusão é que se construiu a hermenêutica filosófica e na possibilidade dela a empresa de Gadamer se sustenta ou cai”.

⁵² Cf. GADAMER, *Verdad y método I*, op. cit., p. 567-568.

dimensões nas quais toda a cultura humana – linguagem, arte, poesia, história – mergulham na dimensão da historicidade, que se dá sempre como um pré-compreender.

Aliás, cumpre referir, aqui, que Gadamer é o homem da pré-compreensão, ainda que tal noção apareça algumas vezes em *Ser e tempo*, não sendo, porém, suficientemente apresentada por Heidegger. Portanto, ao contrário do verificado na filosofia hermenêutica, Gadamer assume a pré-compreensão como um elemento decisivo nas análises que desenvolve em *Verdade e método*, ligadas à verdade da obra de arte, da história e, especialmente, da linguagem. Isso tudo porque a intenção primordial de Gadamer está ligada à abertura de um espaço da pré-compreensão, no qual sempre se movem todos aqueles que operam no campo dos enunciados assertóricos predicativos, verdadeiros e falsos, das diversas ciências e dos mais variados campos da cultura humana⁵³.

De qualquer modo, cumpre referir alguns daqueles que podem ser considerados os temas heideggerianos influentes e determinantes para o desenvolvimento da hermenêutica proposta por Gadamer: (a) o conceito mais originário de compreensão, ligado ao modo de ser-no-mundo, e não mais aos processos intelectivos através dos quais um sujeito precisa apreender os objetos para conhecê-los; (b) o projeto de *destruição* da metafísica, voltado à sedimentação das camadas de sentido que foram sobrepostas e, assim, estabilizaram-se sobre os conceitos, ao longo da história; (c) o problema da essência da verdade, colocado como algo que, originariamente, estaria mais próximo e afeto à questão das artes do que, propriamente, à questão da lógica⁵⁴.

Nesse sentido, inclusive, Duque-Estrada sinaliza para o fato de que esses três temas irão convergir na obra de Gadamer, dando sustentação ao projeto de sua hermenêutica filosófica, voltado, de um lado, para a possibilidade de uma coexistência legítima e não-dogmática entre o iluminismo inerente à relação

⁵³ Ver, para tanto, BLEICHER, *op. cit.*, p. 153-197; GRONDIN, *op. cit.*, p. 179-205; e, ainda, ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans-Georg; ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

⁵⁴ Ver, para tanto, DUQUE-ESTRADA, *op. cit.*, p. 374.

filosófica, e, de outro, para a esfera sempre já pré-existente do sentido, ligada à noção de tradição, que se constitui pela mediação da linguagem⁵⁵.

Para tanto, Gadamer apresenta, em *Verdade e método*, os três momentos – representados através das três grandes seções da obra – em que pensa o processo mediante o qual se propaga e se transmite a tradição, entendida como a constante recepção de conceitos, costumes e práticas a que o homem se encontra permanentemente exposto pela linguagem: (I) na primeira parte, Gadamer aborda o modelo da verdade da obra de arte, conforme pensado por Heidegger, de tal maneira que a obra de arte não pode ser reduzida a qualquer fator que lhe seja externo, pois sua verdade – aquilo que a torna uma obra de arte – é algo da ordem do acontecimento, isto é, simplesmente acontece, sendo percebida, preservada e transmitida de uma geração para a outra, na medida em que produz seus efeitos; (II) na segunda parte⁵⁶, tomando como ponto de partida a idéia de que o ser afetado pelo encontro com uma obra de arte pode igualmente ser pensado e desdobrado de um modo mais amplo, Gadamer aplica a efetividade da obra de arte à história, passando-se à efetividade histórica e, posteriormente, ao conceito de consciência histórica ou consciência dos efeitos históricos⁵⁷; (III) na terceira parte, por fim, Gadamer revela que tudo isso ocorre no interior da linguagem, na medida em que esta exerce o papel de antecipar e organizar o modo de ser, isto é, o modo de pensar e de se relacionar com o mundo, com as coisas, com os outros, enfim, com tudo aquilo que diz respeito ao modo de ser humano⁵⁸.

⁵⁵ Ver, para tanto, DUQUE-ESTRADA, *op. cit.*, p. 373, onde o autor sustenta que, para Gadamer, a verdade mais originária é “a própria tradição, e somente como uma forma segunda, derivada da tradição, é que se constituem as verdades objetivas da relação entre sujeito e objeto do conhecimento. Essa sua posição, notadamente no que diz respeito à importância atribuída à tradição, provocou um longo e fértil período de debates e discussões críticas, réplicas e tréplicas com Jürgen Habermas”, como já referido em outra oportunidade.

⁵⁶ Para Stein (*Da fenomenologia hermenêutica...*, *op. cit.*, p. 22), é na segunda parte, mais precisamente na passagem da primeira para a segunda seção, que Gadamer, após ter referido a superação da teoria do conhecimento pela fenomenologia, “lança sua teoria da experiência hermenêutica e põe a historicidade do compreender como princípio hermenêutico”, remetendo a fundação de sua construção teórica à obra *Ser e tempo*, de Heidegger, e, conseqüentemente, localizando a matriz paradigmática sobre a qual se funda o caráter filosófico da sua hermenêutica filosófica.

⁵⁷ Ver GADAMER, Hans-Georg. *El problema de la consciencia histórica*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2000.

⁵⁸ Ver, para tanto, GADAMER, *Verdad y método I*, *op. cit.*, e, na mesma linha de análise, DUQUE-ESTRADA, *op. cit.*, p. 374.

Ocorre que, ao contrário do que desenvolve Heidegger, em sua investigação, Gadamer aproxima-se do campo do direito, na medida em que faz uma série de considerações acerca da importância que a experiência hermenêutica assume na fundamentação/interpretação/aplicação judicial.

Isso porque, segundo Gadamer, a hermenêutica filosófica pode contribuir para uma reflexão sobre a prática do direito, visto que o domínio das ciências humanas dependerá de uma apropriada compreensão da relação entre a universalidade dos conceitos e as condições singulares em que eles se aplicam, conforme assinala Duque-Estrada⁵⁹.

Portanto, pode-se afirmar, na esteira de Stein, que a hermenêutica filosófica gadameriana oferece uma lição nova e definitiva, na medida em que sustenta que uma coisa é *estabelecer uma práxis de interpretação opaca como princípio*, ao passo que outra, bem diferente, é *inserir a interpretação num contexto, ou de caráter existencial, ou com as características do acontecer da tradição na história do ser, em que interpretar permite ser compreendido progressivamente como uma autocompreensão de quem interpreta*. Neste segundo modo, é possível vislumbrar o alcance da revolução levada a cabo por Heidegger na aplicação que Gadamer propõe ao campo jurídico⁶⁰.

Assim sendo, tanto o sentido da lei como o sentido de um texto literário qualquer ou, ainda, de um fragmento histórico do passado apresentam, sob a ótica gadameriana, uma mesma característica: o momento normativo da lei, do texto e do fragmento histórico, isto é, aquele momento que diz respeito a eles próprios, em que eles *querem dizer* por si mesmos, jamais pode ser cindido do momento cognitivo em que eles, de fato, são aplicados, lidos e investigados, respectivamente. Isso significa dizer, em última análise, que um momento pertence ao outro, de tal maneira que ambos formam uma unidade inseparável, que está diretamente ligada à estrutura universal da experiência hermenêutica⁶¹.

⁵⁹ Ver, para tanto, DUQUE-ESTRADA, *op. cit.*, p. 374.

⁶⁰ Cf. STEIN, *Exercícios de fenomenologia*, *op. cit.*, p. 165-166.

⁶¹ Ver, para tanto, DUQUE-ESTRADA, *op. cit.*, p. 374.

Nesse contexto, torna-se impossível continuar a acreditar que haja uma disponibilidade da lei, em si mesma, que preceda a toda e qualquer aplicação que dela se faça: essa será a cruzada da hermenêutica filosófica aliada com a teoria do direito contemporânea⁶², como se verá logo a seguir.

3.1.3. A hermenêutica jurídica

A palavra *hermenêutica* assume diversos significados ao longo da história⁶³, desde quando deriva, em suas raízes na antiga Grécia, da palavra *hermenèuein*, através da qual, originariamente, ligava-se à tradução, para uma linguagem acessível, de algo que não era imediatamente compreendido⁶⁴.

Por essa razão, a hermenêutica esteve, historicamente, vinculada à interpretação *filológica*, relacionada à literatura clássica, à interpretação *teológica*, ligada às pregações religiosas, e, ainda, à interpretação *jurídica*, atrelada aos processos judiciais, tendo em vista que, em todas elas, sempre se fez presente a tensão entre os textos e os seus sentidos originais, em virtude de questões relativas às condições que o ser humano apresenta de acesso ao conhecimento do mundo e das coisas⁶⁵.

⁶² Ainda a respeito da importância e as contribuições da filosofia hermenêutica (Heidegger) e da hermenêutica filosófica (Gadamer) para o campo do direito, consultar, ainda, STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 175-234; e, especialmente, FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1991.

⁶³ Ver, para tanto, ORTIZ-OSÉS, Andrés et al. *Diccionario de hermenéutica*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1997; D'AGOSTINI, op. cit., p. 396-478; e, ainda, BUBNER, op. cit., p. 23-89.

⁶⁴ Ver, para tanto, STRECK, *Hermenêutica jurídica*, op. cit., p. 430: "Daí a idéia de Hermes, um mensageiro divino, que transmite - e, portanto, esclarece - o conteúdo da mensagem dos deuses aos mortais. Ao realizar a tarefa de *hermeneus*, Hermes tornou-se poderoso. Na verdade, nunca se soube o que os deuses disseram; só se soube o que Hermes disse acerca do que os deuses disseram. Trata-se, pois, de um (inter)mediação. Desse modo, a menos que se acredite na possibilidade de acesso direto as coisas (enfim, à essência das coisas), é na metáfora de Hermes que se localiza toda a complexidade do problema hermenêutico. Trata-se de traduzir linguagens e coisas atribuindo-lhes um determinado sentido". Na mesma linha, ver BLEICHER, op. cit., p. 23), para quem: "Hermes transmitia as mensagens dos deuses aos mortais, quer isto dizer que, não só as anunciava textualmente, mas agia também como *intérprete*, tornando as palavras inteligíveis - e significativas -, o que pode obrigar a uma clarificação, num aspecto ou noutro, ou a um comentário adicional. Conseqüentemente, a hermenêutica tem duas tarefas: uma, determinar o conteúdo do significado exato de uma palavra, frase, texto, etc.; outra, descobrir as instruções contidas em formas simbólicas". Ainda sobre o tema, consultar STEIN, *A questão do método na filosofia*, op. cit., p. 90-91.

⁶⁵ Ver, para tanto, GADAMER, *Verdad y método I*, op. cit., p. 379-380; BLEICHER, op. cit., p. 23-26; e, ainda, STRECK, *Hermenêutica jurídica*, op. cit., p. 431; id., *Verdade e consenso*, op. cit., p. 169.

Isso significa dizer, em outras palavras, que a hermenêutica clássica surge, fundamentalmente, como arte da interpretação. Porém, com o advento da modernidade e o desenvolvimento de uma consciência histórica, nos séculos XVIII e XIX, ela adquire caráter metodológico⁶⁶, na medida em que, paulatinamente, recebe os influxos do racionalismo científico e, sobretudo, do positivismo, transformando-se, assim, em teoria, doutrina e, até mesmo, técnica, conforme já mencionado.

Ocorre que, nessa quadra da história, uma teoria do direito que pretenda ser, de fato, contemporânea precisa inevitavelmente: (a) defender que é possível estabelecer regras para o ato interpretativo, mediante a formulação uma teoria geral da interpretação, capaz de aferir objetivamente o sentido; (b) admitir que existe uma cisão entre o ato de conhecimento do sentido do texto e a sua aplicação a um caso concreto, o que dá margem à subjetividade do intérprete; ou (c) reconhecer, finalmente, que o problema hermenêutico não pode ser abordado a partir do esquema sujeito-objeto, seja em defesa da objetividade do texto, seja em prol da subjetividade daquele que interpreta⁶⁷.

Assim, caso a teoria e a filosofia do direito pretendam, efetivamente, suplantam a metafísica, é iminente que se repense a tríplice questão ora proposta – como se interpreta, como se aplica e como se fundamenta – à luz do paradigma hermenêutico que, inaugurado com o giro ontológico-lingüístico⁶⁸, ocorreu no

⁶⁶ Ver, para tanto, GADAMER, *Verdad y método I*, op. cit., p. 225-260; e, também, BLEICHER, op. cit., p. 26-43, onde se pode verificar a evolução da hermenêutica romântica (Schleiermacher), da hermenêutica histórica (Droysen) e, especialmente, da hermenêutica como metodologia histórica e teoria do conhecimento das ciências do espírito (Dilthey).

⁶⁷ Cf. STRECK, *Hermenêutica jurídica*, op. cit., p. 431; e, igualmente, id., *Verdade e consenso*, op. cit., p. 169.

⁶⁸ Destaque-se, aqui, por oportuno, que as expressões *virada lingüística (linguistic turn)*, *giro ontológico (ontologic turn)* e *guinada interpretativa (interpretative turn)* aparecem no final dos anos 70, com a finalidade de registrar o começo de um novo paradigma nas ciências sociais, porém, na atualidade, são freqüentemente invocadas, tanto na tradição analítica quanto na continental, para referir a evolução ocorrida mais recentemente no âmbito da teoria e da filosofia do direito, a partir de duas perspectivas. De um lado, a guinada interpretativa possibilita a consolidação do *interpretativismo*, que passa a predominar na cultura e no pensamento filosófico da pós-modernidade. No entanto, a atual situação aponta na direção de uma espécie de reinado e/ou onipresença da interpretação em geral, em que não haveria limites em face das infinitas possibilidades interpretativas, circunstância essa que, ao fim e ao cabo, seria inerente às construções filosóficas predominantes e, até mesmo, ao protótipo do homem contemporâneo. O mesmo ocorreria, de certa maneira, no campo da teoria do direito, na medida em que ela haveria se tornado sensível à importância que a interpretação assume no interior da experiência jurídica, conferindo ao direito um caráter eminentemente interpretativo. Mais do que isso: a interpretação passa a ser considerada um eixo central no pensamento jurídico, tornando-se um elemento fundamental no que diz respeito aos fenômenos jurídicos, de tal maneira que nenhuma reflexão teórica ou mesmo filosófica sobre

campo da filosofia, ainda do século XX, a partir das conquistas da filosofia hermenêutica e, subseqüentemente, pelo surgimento e desenvolvimento da hermenêutica filosófica⁶⁹.

Isso porque, na linha do que assinala Streck, na medida em que a virada lingüístico-ontológica realizada por Heidegger e Gadamer supera o esquema sujeito-objeto – em face da imposição dos primados do círculo hermenêutico e da diferença ontológica –, sucumbiram as inúmeras tentativas de se

o direito é capaz de controlá-la. Isso provoca, evidentemente, uma modificação na agenda da teoria jurídica contemporânea, que precisa, desse modo, deslocar o centro de suas atenções da legislação para a aplicação do direito, visto que o juiz, na condição de intérprete, vem a ocupar o lugar privilegiado antes destinado ao legislador. Nesse sentido, inclusive, Zaccaria (*op. cit.*, p. 141-149) destaca que o modelo do *bom legislador*, que prevaleceu durante todo o século XIX e mais grande parte do século XX resta substituído, então, pelo modelo do *bom juiz*, ou, se se quiser, do *bom intérprete*. Observa-se, desse modo, que esse fascínio dos juristas pela interpretação representa, em certa medida, uma espécie de *modismo intelectual*, o que pode significar apenas se tratar de uma tendência passageira, ou, ainda, o risco permanente de produzir diferentes formas de reducionismo. Por essa razão, não se pode olvidar que o aspecto filosoficamente mais relevante da guinada interpretativa não está relacionado a um dado quantitativo, associado à frequência com que a questão da interpretação vem aparecendo ou, ainda, ao tamanho do espaço que vem ocupando na teoria contemporânea, mas, sim, a um dado qualitativo, ligado à nova e imprescindível função que a interpretação deve assumir e desempenhar no âmbito da teoria e na filosofia do direito. Ora, é preciso atentar para o fato de que essa nova função configura-se a partir do momento em que a interpretação deixa de ser considerada como uma etapa metodológica que antecede a aplicação do direito e passa a ser entendida como algo indissociável do exercício filosófico de pensar – e compreender – o direito. Nesse sentido, naturalmente, a hermenêutica filosófica, de Gadamer, assume um lugar de vanguarda e, assim, influencia toda tradição culturalista e historicista continental, que vai se empenhar no esforço de (re)pensar o direito, a partir da idéia de compreensão como estrutura fundamental da existência finita e inscrita na história. De outro lado, a guinada interpretativa pode ser vinculada, mais especificamente, à idéia de *paradigma hermenêutico* que é adotada pela teoria do direito e pode ser resumida, conforme propõe Zaccaria (*op. cit.*, p. 116-22 e 426-433), pelos seguintes postulados: (a) o conhecimento é inseparável da interpretação; (b) a interpretação é inseparável da aplicação; e (c) a interpretação interfere com a própria realidade interpretada. Nesse sentido, a guinada interpretativa representaria uma espécie de prolongamento da guinada lingüístico-ontológica, ainda que, em algumas ocasiões, se questione se os seus protagonistas teriam extraído todas as conseqüências inerentes ao reconhecimento de que a ciência e a teoria do direito procedem mediante um modelo compreensivo. De qualquer modo, parece evidente que o movimento tendente a conformar a teoria do direito ao paradigma hermenêutico haveria, indiscutivelmente, consumado-se com Dworkin, visto que sua obra serviu de inspiração para a difusão do discurso jurídico-hermenêutico, tanto na *common law*, quanto na *civil law*. Observa-se, portanto, em última análise, que esses dois aspectos da guinada interpretativa – *interpretativismo* e *paradigma hermenêutico* – conduzem igualmente a uma questão fundamental relativa ao esforço na identificação e compreensão dos diferentes horizontes teóricos contemporâneos: “a da persistência de um ponto de vista especificamente hermenêutico que não se reduza a um conjunto de teses epistemológicas e que ao mesmo tempo não se dilua num interpretativismo geral” (cf. JUST, *op. cit.*, p. 394-399).

⁶⁹ Nesse sentido, ver, obrigatoriamente, STEIN, *Diferença e metafísica*, *op. cit.*, p. 121-122: “Investigações desenvolvidas sob diversos aspectos, tanto históricos como sistemáticos, sobre temas da hermenêutica clássica, mostraram-nos as etapas do desenvolvimento da hermenêutica desde o século 19 até configurar-se como paradigma hermenêutico. O nascimento do paradigma hermenêutico deu-se em contextos históricos não apenas de caráter filosófico e por isso a matriz da hermenêutica possui um espectro extremamente amplo. Podemos falar em quatro momentos do desenvolvimento da hermenêutica: a hermenêutica filológica e teológica, a hermenêutica de caráter histórico, a filosofia hermenêutica e a hermenêutica filosófica [...] Com a introdução de uma filosofia hermenêutica no campo do paradigma hermenêutico clássico, abriram-se aspectos que rompem a tradição hermenêutica e fazem do problema da hermenêutica um problema central da filosofia”.

estabelecerem cânones para o processo interpretativo, quer predominando a objetividade dos textos, quer a subjetividade do intérprete, ou, até mesmo, conjugando ambos⁷⁰.

Observa-se, então, que ocorre uma imbricação conceitual entre aquilo que, atualmente, no campo da filosofia, corresponde à hermenêutica – entendida como corrente voltada ao problema da compreensão do ser, que surge pela metade do século XX⁷¹ – e aquilo que, contemporaneamente, no campo do direito, tem se designado de hermenêutica jurídica – entendida como matriz filosófica ou paradigma de racionalidade que subjaz na teoria jurídica, principalmente em face da sua relação com a aplicação do direito⁷².

Assim, quando na teoria e na filosofia do direito fala-se em paradigma hermenêutico, é preciso ter claro que isso implica uma série de pressupostos, compromissos e conseqüências⁷³ – tanto práticas, quanto teóricas –, sendo imprescindível levar em conta que: se, por um lado, é evidente que a hermenêutica jurídica, em sua vertente mais crítica, recebeu a influência da hermenêutica filosófica, de Gadamer, cujas noções de faticidade, historicidade, fusão de horizontes, tradição e *applicatio*, só para citar algumas, mostram-se

⁷⁰ Ver STRECK, *Hermenêutica jurídica, op. cit.*, p. 431, para quem: “A viragem hermenêutico-ontológica, provocada por *Sein um Zeit* (1927) de Martin Heidegger, e a publicação, anos depois, de *Wahrheit und Methode* (1960), por Hans-Georg Gadamer, foram fundamentais para um novo olhar sobre a hermenêutica jurídica. A partir dessa *ontologische Wendung*, inicia-se o processo de superação dos paradigmas metafísicos objetivista aristotélico – tomista e subjetivista (filosofia da consciência), os quais, de um modo ou de outro, até hoje têm sustentado as teses exegético-dedutivista-substantivas dominantes naquilo que vem sendo denominado de hermenêutica jurídica”.

⁷¹ Ver, para tanto, D’AGOSTINI, *op. cit.*, p. 396.

⁷² Ver, para tanto, STRECK, *Hermenêutica jurídica, op. cit.*, p. 431.

⁷³ Nesse sentido, ver a mixagem proposta em CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. O princípio da proporcionalidade sob uma perspectiva hermenêutica e argumentativa. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Crítica à dogmática*, Porto Alegre, n. 3, p. 215-240, 2005. Ora, conforme chama atenção Streck (*Hermenêutica jurídica, op. cit.*, p. 433-434), é preciso ter claro que “não se pode confundir a hermenêutica jurídica com as teorias da argumentação jurídica ou qualquer teoria lógico-analítica, que possuem nítido caráter procedimental, tratando, pois, de outra racionalidade, que é apenas discursiva. A teoria da argumentação jurídica – embora procure se colocar em oposição ao positivismo-normativista – não superou o esquema representacional sujeito-objeto, porque continua na busca de regras prévias (procedimentos) que possam conformar, de forma dedutiva, as decisões judiciais. E nisso não difere da metodologia positivista [...] uma teoria da argumentação jurídica pode ser válida somente naquilo que ela pode servir de auxílio na justificação/explicação do nível da racionalidade compreensiva (estruturante do sentido, o *como* hermenêutico) que desde sempre já operou no processo interpretativo. Enquanto a hermenêutica filosófica trabalha no nível de um *como* hermenêutico-estruturante da compreensão, que antecipa o sentido a partir do círculo hermenêutico, as teorias discursivas – nas suas mais variadas formas – permanecem no nível de um *como* apofântico, aximático-dedutivo, de caráter lógico. Afinal, compreensão e aplicação não acontecem em etapas. Elas simplesmente coincidem”.

fundamentais; por outro lado, é impossível deixar de reconhecer que a hermenêutica filosófica, por sua vez, recebeu a influência da filosofia hermenêutica, de Heidegger, sobretudo em virtude dos primados do círculo hermenêutico e da diferença ontológica⁷⁴.

Nesse contexto, portanto, é importante entender que o fato de a hermenêutica, no século XX, passar a ser entendida como filosofia, na medida em que transcende a questão da interpretação e amplia seus horizontes para o problema da compreensão, provoca uma série de conseqüências no campo do direito, mais especificamente da hermenêutica jurídica⁷⁵.

Isso porque, de acordo com o novo paradigma hermenêutico, toda interpretação pressupõe uma compreensão e, antes desta, uma pré-compreensão, onde se encontra constituída uma estrutura prévia do sentido, fundada essencialmente nos conceitos de posição prévia (*Vorhabe*), visão prévia (*Vorsicht*) e concepção prévia (*Vorgriff*)⁷⁶.

⁷⁴ Nesse sentido, ver STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., op. 177-178: “Os contributos da hermenêutica filosófica para o direito trazem uma nova perspectiva para a hermenêutica jurídica, assumindo grande importância as obras de Heidegger e de Gadamer. Com efeito, Heidegger, desenvolvendo a hermenêutica no nível ontológico, trabalha com a idéia de que o horizonte do sentido é dado pela compreensão; é na compreensão que se esboça a matriz do método fenomenológico. A compreensão possui uma estrutura em que se antecipa o sentido. Ela se compõe de aquisição prévia, vista prévia e antecipação, nascendo desta estrutura a situação hermenêutica. Já Gadamer, seguidor de Heidegger, ao dizer que *ser que pode ser compreendido é linguagem*, retoma a idéia de Heidegger da *linguagem como casa do ser*, onde a linguagem não é simplesmente objeto, e sim horizonte aberto e estruturado. Daí que, para Gadamer, ter um mundo é ter uma linguagem. As palavras são especulativas, e toda interpretação é especulativa, uma vez que não se pode crer em um significado infinito, o que caracterizaria o dogma. A hermenêutica, desse modo, é universal, pertence ao ser da filosofia, pois, como assinala Palmer, *a concepção especulativa do ser que está na base da hermenêutica é tão englobante como a razão e a linguagem*”.

⁷⁵ Nesse exato sentido, ver STRECK, *Hermenêutica jurídica*, op. cit., p. 433; e, igualmente, id. *Verdade e consenso*, op. cit., p. 178, para quem. “assume absoluta relevância o rompimento paradigmático proporcionado pela hermenêutica filosófica, exatamente pela circunstância de que a hermenêutica jurídica deixa de ser uma *questão de método* e passa a ser filosofia”. Na mesma linha, ainda, ver OHLWEILER, *Ontologia jurídica*, op. cit., p. 620, para que, no século XX, os estudos a respeito da filosofia do direito sofreram considerável influência da reabilitação ontológica - de cariz fenomenológico - a partir das investigações de Husserl, mas sobretudo com a revolução provocada por Heidegger e Gadamer, cujo resgate e aplicação ao campo do direito vem sendo propostos e desenvolvidos por Streck, através daquilo que se tem denominado *Nova Crítica do Direito*, segundo a qual a hermenêutica - entendida como filosofia, e não como método(logia) - assume um espaço de vanguarda na teoria jurídica contemporânea, permitindo, assim, a superação dos paradigmas positivista e da filosofia da consciência.

⁷⁶ Ver, para tanto, HEIDEGGER, *Ser e tempo I*, op. cit., § 32, p. 204-211: “A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é a apreensão de um dado preliminar isenta de pressuposições. [...] Em todo princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já *põe*, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia”. Ainda sobre o tema, consultar, STEIN, *A questão do método...*, op. cit., p. 104; e, também, STRECK, *Hermenêutica jurídica*, op. cit., p. 431.

Aliás, cumpre referir, aqui, que é justamente da explicitação dessa estrutura prévia – em que se antecipa o sentido – que se origina aquilo que se entende por *situação hermenêutica*, a qual se encontra diretamente atrelada às noções gadamerianas de *faticidade* e *historicidade* do intérprete.

Nessa mesma linha ainda, Streck destaca que, sob a perspectiva da filosofia hermenêutica e da hermenêutica filosófica, o compreender é um existencial, isto é, uma categoria pela qual o ser humano se constitui, e que, ao fim e ao cabo, resulta na condenação do homem, enquanto ser-no-mundo, a sempre e inevitavelmente interpretar⁷⁷.

Com isso se quer dizer, fundamentalmente, que a compreensão não é o resultado final de um método, cânone, técnica ou procedimento determinado e, tampouco, significa um modo de conhecer. Pelo contrário. Compreender, agora, é entendido como um modo de ser, tendo em vista que, no interior da virada lingüística, a epistemologia é substituída pela ontologia da compreensão, rompendo, assim, com as concepções vinculadas à hermenêutica tradicional, de natureza reprodutiva, cuja preocupação era epistemológica, metodológica e procedimental⁷⁸.

Nesse contexto, mais precisamente, é que assume especial relevância a concepção gadameriana – à qual se retornará mais adiante –, segundo a qual não mais é possível sustentar que o processo interpretativo ocorra nos moldes clássicos, a partir dos quais a interpretação seria o resultado de uma operação feita em três momentos distintos: primeiro, se compreende (*subtilitas intelligendi*); depois, se interpreta (*subtilitas explicandi*); e, por fim, se aplica (*subtilitas applicandi*)⁷⁹.

Segundo Gadamer, *el conocimiento de un texto jurídico y su aplicación a un caso concreto no son dos actos separados sino un proceso unitario*⁸⁰, conhecido como *applicatio*, conforme já referido. Dito de outro modo, com o giro lingüístico, a

⁷⁷ Cf. STRECK, *Hermenêutica jurídica*, op. cit., p. 431.

⁷⁸ Id., ib., p. 433.

⁷⁹ Cf. GADAMER, *Verdad y método I*, op. cit., p. 378; STRECK, *Hermenêutica jurídica*, op. cit., p. 431; e, também, OHLWEILER, *Ontologia jurídica*, op. cit., p. 621.

⁸⁰ Cf. GADAMER, *Verdad y método I*, op. cit., p. 381.

interpretação deixa de ser entendida como um ato complementar e posterior à compreensão: compreender é sempre interpretar; conseqüentemente, a interpretação é a forma explícita da compreensão; e compreender, por fim, é sempre também aplicar⁸¹.

Mais: é justamente essa impossibilidade de cindir o processo compreensivo aquilo que, para Gadamer, implica a impossibilidade de o intérprete reproduzir os sentidos (*Auslegung*), como se os textos contivessem algo em si mesmos que só precisasse ser extraído a partir de determinados métodos, técnicas, cânones ou procedimentos⁸².

Segundo os postulados da hermenêutica filosófica, o processo interpretativo ocorre na medida em que o intérprete atribui sentido (*Sinngabung*), de tal maneira que o *acontecer* (*Ereignen*) da interpretação se dá mediante uma fusão de horizontes e, portanto, encontra-se inevitavelmente vinculado à idéia de compreensão⁸³.

Isso significa, conforme atenta Streck, que a superação da hermenêutica clássica – ou tradicional, se assim se preferir – está relacionada à necessidade de se reconhecer que existe uma diferença entre o texto (dispositivo legal) e o seu sentido (norma), de tal maneira que não é mais possível acreditar que o texto carregue, em si, o seu sentido e, tampouco, que ambos sejam absolutamente autônomos ou independentes, não havendo necessariamente qualquer relação entre eles⁸⁴.

⁸¹ Cf. GADAMER, *Verdad y método I*, op. cit., p. 378-383; STRECK, *Verdade e consenso*, op. cit., p. 170.

⁸² Cf. STRECK, *Hermenêutica jurídica*, op. cit., p. 431. Na mesma direção, ainda, aponta Grau GRAU, *Interpretação do direito*, op. cit., p. 471-472), para quem a interpretação e a aplicação não podem mais ser entendidas como dois momentos distintos, mas sim como uma única operação. Mais: também deve ser recusada peremptoriamente a idéia segundo a qual a tarefa do intérprete deve se limitar a identificar o significado das normas. É preciso ter claro que o que se interpreta são textos normativos, e não as normas. Isso porque texto e norma não se identificam. A norma é o resultado da interpretação do texto normativo. E a interpretação, por sua vez, é a atividade através da qual o texto transforma-se em norma. Portanto, o significado do texto – no caso, a norma – é produzido, ao fim e ao cabo, pelo intérprete. Isso porque, para Grau, o direito seria alográfico – e não autográfico, como, por exemplo, a pintura e o romance (?) –, na medida em que a completude do texto normativo exige que o sentido nele expresso seja produzido pelo intérprete, que, assim, produz a norma, desvincilhando-a de seu invólucro, no caso, do texto (cf. GRAU, *Ensaio e discurso...*, op. cit.).

⁸³ Cf. STRECK, *Hermenêutica jurídica*, op. cit., p. 431.

⁸⁴ Id., ib., p. 431.

No paradigma hermenêutico, tanto concepções objetivistas – que equiparam o texto à norma, conferindo ao intérprete uma atividade meramente reprodutiva – como concepções subjetivistas – que desvinculam texto e norma, dando margem à discricionariedade do intérprete – devem ser peremptoriamente rejeitadas, caso se pretenda, efetivamente, superar os paradigmas aristotélico-tomista (metafísica clássica) e da filosofia da consciência (metafísica moderna)⁸⁵.

Dito de outro modo, observa-se que, de um lado, as posturas objetivistas, ainda atreladas à metafísica clássica, são responsáveis pela entificação do ser, o que resulta no seqüestro da temporalidade. No campo da interpretação do direito, portanto, as concepções tradicionais acerca da hermenêutica jurídica supervalorizam o texto e desprezam o papel exercido pelo intérprete, como se o objeto o assujeitasse.

Contudo, é apenas com introdução da filosofia hermenêutica e da hermenêutica filosófica que se torna possível explicar de que modo o processo de compreensão vincula o ser com a temporalidade – frise-se: a temporalidade é o sentido do ser-aí –, permitindo, assim, que o sentido (norma) de um mesmo texto (dispositivo legal) possa se modificar ao longo da história⁸⁶, o que se pode evidenciar a partir dos exemplos que seguem.

Em 1865, o Congresso norte-americano aprovou a décima terceira emenda constitucional, proibindo a escravidão; e, em 1866, através da décima quarta emenda, concedeu cidadania e alguns direitos civis a todos os *African Americans*. Entretanto, após o entendimento da Suprema Corte, em 1873, de que a decisão dos direitos dos cidadãos pertencia à esfera estadual, a mesma Corte manifestou-se, em 1896, no célebre caso *Plessy vs. Ferguson* – através do qual se

⁸⁵ Nesse sentido, inclusive, Gadamer (*Verdad y método, op. cit.*, p. 382) é explícito ao afirmar que não é possível “dividir el planteamiento hermenêutico en la subjetividad del intérprete y la objetividad del sentido que se trata de comprender. Esse procedimento partiria de una falsa contraposición que tampoco se supera en el reconocimiento de la dialéctica de lo subjetivo y do objetivo”.

⁸⁶ Nesse sentido, ver GRAU, *Interpretação do direito, op. cit.*, p. 475, para quem “o significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. A interpretação/aplicação opera a inserção do direito na realidade; opera a mediação entre o

fundou, inclusive, a doutrina da *separated but equal* –, no sentido de que era constitucional a lei do Estado da Louisiana que determinava *acomodações separadas, porém iguais para brancos e negros no transporte ferroviário*. No entanto, ultrapassados mais de oitenta anos, a Suprema Corte, com base nos mesmos dispositivos legais, irá afirmar, no caso *Brown v. Board of Education*, que é ilegal a segregação dos negros nas escolas⁸⁷.

Na mesma linha, ainda, merece destaque o não menos célebre caso *Bowers v. Hardwick*, de 1986, no qual a Suprema Corte decidiu pela constitucionalidade de uma lei, promulgada no Estado da Geórgia, através da qual se criminalizou a prática sexual da sodomia. Contudo, quase duas décadas depois, no caso *Lawrence v. Texas*, de 2003, a Suprema Corte, com base no mesmo texto constitucional, revisou seu posicionamento, declarando a inconstitucionalidade da legislação ordinária⁸⁸.

Isso tudo pelo simples fato de que, segundo ensina Streck, não há uma equivalência entre texto e norma, mas, sim, uma diferença. E essa diferença é ontológica, no sentido heideggeriano. Não se trata, portanto, nem de uma equiparação – e tampouco um afastamento, como se verá logo adiante –, mas apenas de uma diferença⁸⁹.

Apenas a título ilustrativo, vale lembrar que este mesmo tipo de equívoco ocorre na clássica equiparação entre os planos jurídicos da vigência e da validade das leis – conforme denuncia Ferrajoli⁹⁰ – e também na tradicional cisão entre questão-de-fato e questão-de-direito – contra a qual se insurge Castanheira Neves⁹¹ –, que nada mais representam do que a herança deixada pelo positivismo jurídico e ainda presente no imaginário dos juristas.

caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos: opera a sua inserção na vida”.

⁸⁷ Cf. LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Jurisdição constitucional: um problema da Teoria da Democracia Política. In: LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto et al. *Teoria da Constituição. Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 202.

⁸⁸ Cf. STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 1-3, nota 1.

⁸⁹ Ver, para tanto, STRECK, *Hermenêutica jurídica*, op. cit., p. 431-432.

⁹⁰ Ver, para tanto, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, op. cit.

⁹¹ Ver, para tanto, CASTANHEIRA NEVES, António. *Questão-de-fato-questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Almedina, 1967.

No entanto, não se pode olvidar que o fato de o intérprete ser o responsável pela atribuição de sentido aos textos (*Sinngebung*) não implica que ele esteja autorizado a desempenhar tal atividade de modo arbitrário, o que se verifica nas diversas posturas subjetivistas resultantes da metafísica moderna, na medida em que esta instaura o paradigma da filosofia da consciência⁹².

Nesse caso, por absolutamente oportuno, cumpre referir a célebre frase do Justice Charles Evans Hughes – pronunciada quando ainda era governador do Estado de Nova Iorque, portanto antes de se tornar juiz da Suprema Corte – no sentido de que *os norte-americanos estão sob o domínio da Constituição, porém ela é apenas aquilo que os juízes dizem que ela é*.

Tal entendimento, contudo, pode ser facilmente identificado com a corrente denominada *realismo americano*⁹³ – que surge nos Estados Unidos, na década de 20, com Oliver Wendell Holmes e, depois, Jerome Frank –, segundo a qual o direito real seria somente aquele constituído pelas normas efetivamente aplicadas pelos tribunais, em contraposição às leis, à doutrina e aos precedentes, que passam a ser entendidos apenas como fatores que inspiram os juízes quando do estabelecimento da norma – que, repita-se, só se torna jurídica quando incorporada na decisão judicial⁹⁴.

Isso significa dizer, em última análise, que a realidade jurídica funda-se na conduta efetiva dos magistrados, razão pela qual o estudo sobre o comportamento dos juízes assume fundamental importância em terras estadunidenses⁹⁵.

Nessa mesma linha, porém assumindo foro de dramaticidade – em face de sua proximidade espaço-temporal –, não se pode olvidar o posicionamento

⁹² Ver, para tanto, STRECK, *Hermenêutica jurídica, op. cit.*, p. 432; e, no mesmo sentido, *id.*, *Verdade e consenso, op. cit.*, p. 193.

⁹³ Ver, para tanto, FERREIRA, Fernando Galvão de Andrea. *Realismo jurídico. Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 700-702.

⁹⁴ Destaque-se, aqui, que, na perspectiva de Jerome Frank, “as normas legais não constituem a base para a decisão judicial, que são, em verdade, condicionadas por emoções (o fator primordial para a decretação da sentença é a personalidade do magistrado e suas convicções pessoais – aspecto psicológico). Antes do pronunciamento do Tribunal, não há como se saber, com certeza, quais são os deveres jurídicos e os direitos subjetivos decorrentes de uma situação. O direito possui uma segurança dinâmica e não estática, o que lhe permite se adequar às novas situações, protegendo as pessoas” (cf. FERREIRA, *op. cit.*, p. 701).

⁹⁵ Cf. FERREIRA, *op. cit.*, p. 700.

expressamente firmado pelo Ministro Gomes de Barros⁹⁶ – e que evidencia a sua afinidade com aquilo que se poderia chamar de *realismo (sul-americano) tardio* –, no sentido de que, na condição de Ministro do Superior Tribunal de Justiça, não lhe importa e tampouco considera que deva se submeter ao que pensam os doutrinadores, de maneira que cada ministro deve decidir de acordo com sua própria consciência, restando à doutrina a tarefa de respeitar e adequar-se à jurisprudência, ou, em outras palavras, aos entendimentos consolidados a partir do conjunto das consciências-de-si-dos-pensamentos-pensantes que compõe os tribunais⁹⁷.

Ocorre que a hermenêutica jurídica, calcada nas matrizes fundadas por Heidegger e Gadamer, não compactua, evidentemente, com posturas decisionistas, discricionários ou arbitrárias como a sustentada pelo Ministro Barros de Gomes, uma vez que *o direito não é aquilo que o intérprete quer que ele seja*, conforme adverte Streck⁹⁸.

⁹⁶ Ver, por todos, o famoso pronunciamento do Min. Humberto Gomes de Barros, nos autos do AgReg em ERESP nº 279.889-AL, julgado no Superior Tribunal de Justiça: “*Não me importa o que pensam os doutrinadores*. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. *A eles, porém, não me submeto*. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. *Decido, porém, conforme minha consciência*. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros *decidem assim, porque pensam assim*. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. *Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele*. É fundamental expressarmos o que somos. *Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém*. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja” (grifei).

⁹⁷ Ver, para tanto, STRECK, *Verdade e consenso*, op. cit., p. 164-166, onde o autor apresenta uma crítica contundente, implacável e republicana contra a postura decisionista assumida pelo Min. Gomes de Barros: “Se os juízes podem dizer o que querem sobre o sentido das leis, ou se os juízes podem decidir de forma discricionária os *hard cases*, para que necessitamos de leis? Para que a intermediação da lei? É preciso ter presente que a afirmação do caráter hermenêutico do direito e a centralidade que assume a jurisdição nesta quadra da história – na medida em que o legislativo (a lei) não pode antever todas as hipóteses de aplicação – *não significa uma queda na irracionalidade* e tampouco uma delegação em favor de decisionismos. Nenhum intérprete (juiz, promotor de justiça, advogado, etc.) está autorizado a fazer interpretações discricionárias”.

⁹⁸ Cf. STRECK, *Hermenêutica jurídica*, op. cit., p. 432; e, no mesmo sentido, id., *Verdade e consenso*, op. cit., p. 165 e 193: “Como bem diz Gadamer, quando o juiz pretende adequar a lei às necessidades do presente, tem claramente a intenção de resolver uma tarefa prática [...] isso não quer dizer, de modo algum, que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária”. Nesse mesmo sentido, Grau (*Interpretação do direito*, op. cit., p. 474) afirmar que o juiz não está autorizado a produzir, livremente, as normas. Embora, o intérprete não esteja mais submetido ao *espírito da lei* ou à *vontade do legislador*, conforme sustentado pela doutrina positivista, ele estará sempre vinculado, em alguma medida, pelos textos normativos, especialmente aqueles que veiculam princípios. Observa-se, assim, que a *abertura* dos textos jurídicos não é absoluta, embora possibilite que o direito contemple a realidade. Ou melhor: o intérprete está,

Isso porque o fato de não haver um método capaz de assegurar o resultado⁹⁹, ou mesmo a correção, do processo interpretativo não significa, de forma alguma, que se esteja a conceder um mandato autorizativo que permita ao intérprete escolher o sentido que mais lhe convém para a solução de cada caso concreto¹⁰⁰.

Aliás, conforme destaca Streck, a hermenêutica sempre combateu veementemente o decisionismo e o realismo. Mais ainda: Gadamer rejeita toda e qualquer acusação no sentido de que a hermenêutica jurídica seja relativista, tendo em vista que o fantasma do relativismo nega a finitude e seqüestra a temporalidade¹⁰¹.

No entanto, o que se verifica nitidamente é que, seja nos estudos desenvolvidos nas faculdades e escolas de direito, seja nas práticas exercidas nos foros e tribunais, a revolução copernicana promovida pelo giro lingüístico-

permanentemente, vinculado aos textos, de maneira que o rompimento dessa retenção implica a subversão do texto. Em suma: pode-se afirmar que, mesmo não havendo mais um juiz que se restrinja a pronunciar as palavras da lei, nos moldes de Montesquieu, o exercício da função jurisdicional não deve ultrapassar os limites da legalidade, aqui entendida também como constitucionalidade.

⁹⁹ Ver ZAGREBELSKY, p. 134: "El método es, en general, sólo un expediente argumentativo para mostrar que la regla extraída del ordenamiento es una regla posible, es decir, justificable en un ordenamiento dado. Esto es cierto a condición de que no se admita la existencia de un solo método, y es tanto más cierto en la medida en que sean numerosos los métodos admitidos y carezcan de jerarquía entre sí". Na mesma linha, ainda, consulta GRAU, *Interpretação do direito*, op. cit., p. 474: "A reflexão hermenêutica repudia a metodologia tradicional da interpretação e coloca sob acesas críticas a sistemática escolástica dos métodos, incapaz de responder à questão de se saber por que um determinado método deve ser, em determinado caso, escolhido. Inexistindo regras que ordenem, hierarquicamente, o uso de cânones hermenêuticos, eles acabam por funcionar como justificativas a legitimar os resultados que o intérprete se predeterminara a alcançar. O intérprete faz uso deste ou daquele se e quando lhe aprover, para justificá-los. Daí o deslocamento das exposições sobre a interpretação do direito deste para outros temas relevantes".

¹⁰⁰ Nesse sentido, contudo, merece destaque a advertência de Streck (*Hermenêutica jurídica*, op. cit., p. 432; e, ainda, id. *Verdade e consenso*, op. cit., p. 172) no sentido da absoluta insuficiência do emprego de afirmações como *o direito é concretude* ou, ainda, *cada caso é um caso*, como se verifica freqüentemente na linguagem jurídica: "Não basta, pois, dizer que o direito é concretude e que *cada caso é um caso*, como é comum na linguagem dos juristas. Afinal, é mais do que evidente que o direito é concretude e que é feito para resolver casos articulares. O que não é evidente é que o processo interpretativo é *applicatio*, entendida no sentido da busca da coisa mesma (*Sache selbst*), isto é, do não esquecimento da diferença ontológica. O direito é parte integrante do próprio caso e uma questão de fato é sempre uma questão de direito e vice-versa. Hermenêutica não é filologia. É impossível cindir a compreensão da aplicação [...] embora os juristas - nas suas diferentes filiações teóricas - insistam em dizer que a interpretação deve se dar sempre em *cada caso*, tais afirmações não encontram comprovação na cotidianidade das práticas jurídicas. Na verdade, ao construírem *pautas gerais*, *conceitos lexicográficos*, *verbetes doutrinários* e *jurisprudenciais*, ou súmulas aptas a *resolver* casos futuros, os juristas sacrificam a singularidade do caso concreto em favor dessas espécies de *pautas gerais*, fenômeno, entretanto, que não é percebido no imaginário jurídico.

¹⁰¹ Ver, para tanto, GADAMER, *Verdad y método I*, op. cit., p. 400; e, ainda, STRECK, *Hermenêutica jurídica*, op. cit., p. 432.

ontológico, no campo da filosofia, ainda não produziu todos os seus efeitos na hermenêutica jurídica, de modo que no imaginário dos juristas ainda predomina uma concepção ligada à noção de método, nos moldes positivistas, ou de procedimento, nos moldes discursivos.

Segundo Streck, tanto os métodos (positivistas) como os procedimentos (discursivos) colocados à disposição dos juristas concorrem para a objetificação da interpretação do direito e, ainda, provocam no intérprete um sentimento de completa desoneração no que diz respeito à responsabilidade inerente ao processo de atribuição de sentido, deslocando, ora para a lei, ora para o legislador, eventuais anomalias da decisão judicial¹⁰².

Isso porque o fato de não existir um *critério fundamental* capaz de ser utilizado como *fundamento último* para todo o processo interpretativo permite concluir que o uso dos métodos é sempre arbitrário, na medida em que propicia apenas a realização de interpretações *ad-hoc*. Ou melhor: a inexistência de um *metamétodo fundamental* seria justamente o calcanhar de Aquiles da hermenêutica jurídica clássica, sustentada desde o advento do positivismo, conforme refere Streck.

Nesse sentido, não se pode olvidar que a noção de círculo hermenêutico – introduzida pela filosofia hermenêutica, de Heidegger, e aprimorada pela hermenêutica filosófica, de Gadamer – é absolutamente incompatível com a idéia positivista de que a compreensão possa ocorrer mediante subsunções lógico-dedutivas. Nas palavras de Streck, *a rejeição de qualquer possibilidade de subsunções ou deduções aponta para o próprio cerne de uma hermenêutica jurídica inserida nos quadros do pensamento pós-metafísico*¹⁰³.

Com efeito, no interior do círculo hermenêutico, o método (positivista) e o procedimento (discursivo) sempre chegam tarde – na medida em que

¹⁰² Cf. STRECK, *Hermenêutica jurídica, op. cit.*, p. 433.

¹⁰³ Id., *ib.*, p. 433.

pressupõem uma série de saberes teóricos separados da realidade –, uma vez que, mesmo antes de argumentar, o intérprete já compreendeu¹⁰⁴.

Dito de outra maneira, a compreensão é condição de possibilidade e, portanto, precede a toda e qualquer argumentação, o que significa dizer, em última análise, que não é possível compactuar com a crença positivista de que, primeiro, os juízes decidem e, apenas depois, fundamentam. Na verdade, a hermenêutica jurídica, de cunho heideggeriano e gadameriano, ensina que o juiz só decide porque, na antecipação de sentido, já encontrou o fundamento. Para entender isso, entretanto, é necessário compreender que a linguagem, nessa quadra da história, não é mais uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito cognoscente e um objeto a ser conhecido¹⁰⁵. Afinal, no plano da hermenêutica jurídica – caudatária da filosofia hermenêutica e da hermenêutica filosófica –, o *abismo gnosiológico* que existe entre o homem e as coisas não pode ser superado através da idéia de que o processo compreensivo *dependa de pontes que venham a ser construídas – paradoxalmente – depois que a travessia (antecipação de sentido) já tenha sido feita*¹⁰⁶.

Afinal de contas – e isso não se pode olvidar –, interpretar o direito é o mesmo que caminhar do universal (transcendente) ao particular (contingente), a fim de que se chegue ao singular, o que significa dizer, em última análise, operar a inserção do direito no mundo da vida, mediante a produção de sentido (norma) que se dá somente com a mediação entre os textos legais e os casos concretos, conforme assinala Grau¹⁰⁷.

Assim sendo, é preciso entender que o processo compreensivo – segundo o qual interpretar é aplicar – transforma-se em uma blindagem contra

¹⁰⁴ Nesse sentido, ver, ainda, STRECK, *Hermenêutica jurídica, op. cit.*, p. 434, onde o autor chama a atenção para o fato de que os “nossos pré-juízos que conformam com 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”.

¹⁰⁵ Nesse sentido, ver STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise, op. cit., passim*; e, ainda, OHLWEILER, *Ontologia jurídica, op. cit.*, p. 621, para quem, com o giro lingüístico-ontológico, “a linguagem deixa de ter um caráter meramente instrumental para transmitir um determinado conteúdo, reconhecendo-se haver uma mediação simbólica na estruturação da relação homem-mundo. A linguagem é condição de possibilidade, possuindo a função de abertura do mundo”.

¹⁰⁶ Cf. STRECK, *Hermenêutica jurídica, op. cit.*, p. 434; e, ainda, id., *Verdade e consenso, op. cit.*, p. 286.

arbitrariedades, visto que a interpretação nunca se dará em abstrato, mas através de um processo de concreção – que é a *applicatio* – que ocorre no momento do *acontecer* do sentido e se dá, ainda, na diferença ontológica. Portanto, pode-se concluir, na esteira de Streck, que *não há textos sem normas* e, também, que *não há normas sem fatos*, de tal maneira que *não há interpretação sem relação social*, sendo o caso concreto o *locus* em que se dará o sentido, único e irrepetível¹⁰⁸.

3.2. AS CRÍTICAS HERMENÊUTICAS AO PARADIGMA PROCEDIMENTAL E À TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO

Nas últimas décadas, a teoria do direito tem se mostrado um campo extremamente fértil no que diz respeito ao surgimento de inúmeras correntes do pensamento sociológico, antropológico e filosófico através das quais se busca responder à complexidade dos sistemas jurídicos do século XXI.

Da teoria realista, passando pela *General Principles of Law*, teoria da argumentação, teoria sistêmica, *Critical Legal Studies* e até a teoria discursiva do direito, observa-se, inevitavelmente, um denominador comum: a preocupação, de um lado, com a superação do modelo positivista¹⁰⁹ – calcado em um sistema de regras que não se mostra capaz de solucionar casos difíceis – e, de outro, com o problema da indeterminabilidade do direito.

Todavia, cada uma delas encontra-se vinculada às suas opções paradigmáticas no que diz respeito ao modo como pensam o direito contemporâneo, o que fica suficientemente nítido, por exemplo, a partir da

¹⁰⁷ Cf. GRAU, *Interpretação do direito*, op. cit., p. 473-475.

¹⁰⁸ Cf. STRECK, *Hermenêutica jurídica*, op. cit., p. 434.

¹⁰⁹ Cf. STRECK, *Verdade e consenso*, op. cit., p. 143 e 270, para quem, na tentativa de combater seus próprios excessos e ciente das dificuldades em impedir que os juízes obedçam apenas à sua subjetividade, o próprio positivismo jurídico buscou, na metafísica clássica, a elaboração de conceitualizações prévias a respeito do sentido das normas, pensando que assim o problema restaria solucionado. O resultado dessa construção dogmática – referida por Streck como *adaptação darwiniana do positivismo jurídico* – é conhecido de todos: trata-se do sacrifício da singularidade do caso concretos mediante o emprego de súmulas, verbetes, ementas, conceitos lexicográficos e, até mesmo, princípios constitucionais, entre outros tantos *standards jurídicos universalizantes* que diariamente são invocados pelas partes e colacionados nas decisões judiciais. O mais grave ocorre, entretanto, quando parte considerável da doutrina simplesmente reproduz

maneira como lidam com a tríplice questão: *como se interpreta, como se aplica e como se fundamenta?*

Isso tudo porque, com o advento do Estado democrático de direito, é exigido das teorias jurídicas que elas esclareçam acerca do paradigma de racionalidade que (con)forma as decisões judiciais, a fim de que não se resvale na direção da metafísica e, assim, incorra-se em arbitrariedades com as quais não mais é possível compactuar nessa quadra da história.

Isso não significa dizer, contudo, que qualquer paradigma, *standard* ou matriz de inteligibilidade possa ser utilizado para dar sustentação a uma teoria do direito contemporâneo. Nesse contexto, enquanto o paradigma procedimental preocupa-se exclusivamente com a solução dos problemas positivistas e da filosofia da consciência, ele não consegue se dar conta apresentados dos problemas apresentados por suas próprias soluções, conforme se verá a seguir, tomando-se como base as premissas que fundam o paradigma hermenêutico.

Cumprido esclarecer, por fim, que a estrutura inicialmente proposta – no que diz respeito à tríplice questão apresentada – não pode ser neste capítulo mantida, tendo em vista que, no paradigma hermenêutico, dissolve-se a cisão tradicionalmente inscrita na filosofia jurídica entre interpretação, aplicação e fundamentação.

3.2.1. O problema do papel desempenhado pela interpretação

Uma leitura atenta da obra habermasiana permite concluir que, sob a ótica da teoria do discurso, tanto a interpretação quanto a argumentação somente se mostram necessárias nos casos em que a *falta de consenso* ou, então, *entendimentos perturbados*¹¹⁰.

a posição adotada pelos tribunais e, desse modo, termina convertendo a jurisprudência (dominante) naquilo que, ironicamente, poderia ser chamado de *versão positivista dos discursos de fundamentação prévia*.

¹¹⁰ Cf. HABERMAS, *Comentários à ética do discurso*, op. cit., p. 101.

Ocorre que, uma vez verificadas tais situações, tanto a teoria do discurso como a teoria da argumentação operam uma redução da interpretação¹¹¹, na medida em que passam a tratá-la como se fosse um procedimento do qual dispõem os participantes da discussão¹¹².

Com a substituição da razão prática pela razão comunicativa e, conseqüentemente, o estabelecimento prévio dos modos de operação relativos aos casos de indeterminabilidade do direito, verifica-se, nitidamente, a equiparação feita entre os âmbitos da interpretação e da argumentação¹¹³.

Essa (con) fusão entre interpretação e argumentação fica ainda mais evidente quando Habermas atribui a cisão por ele operada no interior do discurso jurídico – fundamentação e aplicação – à necessidade de se desonerar o juiz da tarefa de justificar a validade das normas a serem aplicadas, de tal modo que a legitimidade da decisão encontra-se vinculada, de um lado, à fundamentação prévia realizada pelo legislador político e, de outro, a argumentação apresentada pelo juiz na aplicação ao caso concreto do direito pressupostamente válido¹¹⁴.

No entanto, se todas as normas jurídicas apresentam uma validade *prima facie*, em razão dos discursos de fundamentação efetuados previamente, isso não significa dizer que o juiz não irá se confrontar com a imprevisibilidade das situações futuras que o conduzirão, inevitavelmente, a realizar sempre uma interpretação distinta para cada caso e, conseqüentemente, uma nova fundamentação.

¹¹¹ Cf. STRECK, *Verdade e consenso*, *op. cit.*, p. 255, para quem a crise dos modelos interpretativos não autoriza que as teorias do discurso e da argumentação venham a se constituir como uma espécie de *reserva hermenêutica*, a ser invocada pelo intérprete apenas nos casos de insuficiência da regra, isto é, apenas nas situações em que o intérprete entender tratar-se de um caso difícil.

¹¹² Cf. STRECK, *Verdade e consenso*, *op. cit.*, p. 55. Destaque-se, desde o início, que as críticas de Streck (*Verdade e consenso*, *op. cit.*, p. 171-172) dirigidas à teoria do discurso estendem-se às teorias da argumentação, sustentadas por autores como Alexy e Atienza (*op. cit.*), por exemplo, para quem uma teoria da argumentação jurídica, caso pretenda ser considerada plenamente desenvolvida, deve dispor de um método que permita representar adequadamente o processo real de argumentação, assim como de critérios, tão precisos quanto possível, para julgar a correção dessas argumentações e de seus resultados, as decisões jurídicas.

¹¹³ *Id.*, *ib.*, p. 197.

¹¹⁴ Cf. STRECK, *Verdade e consenso*, *op. cit.*, p. 214. O que não fica suficientemente claro é o fato de que, se existe sempre uma situação concreta, carece de qualquer sentido a cisão proposta por Habermas e

Tentando ser mais claro, poder-se-ia colocar o problema da seguinte maneira: (a) se a validade das normas decorre dos discursos de fundamentação prévia realizados no âmbito legislativo; (b) se a aplicação prescinde de uma nova fundamentação das normas válidas, resultando apenas do juízo de adequabilidade feito pelo juiz, prescindindo, portanto, de uma nova fundamentação; (c) se a adequação entre o caso concreto e a norma pressuposta válida implica a adoção de procedimentos e exige tão-somente uma justificação argumentativa; (d) então, resta a seguinte pergunta: que lugar ocupa, efetivamente, a interpretação na teoria habermasiana?

Ora, tudo indica que, para desonerar o aplicador do direito da tarefa de realizar novos discursos de fundamentação, Habermas precisou deixar de lado a interpretação, uma vez que, desde o giro lingüístico-ontológico, esta se encontra vinculada à compreensão e, portanto, à fundamentação.

Aliás, nesse sentido, não se pode olvidar que, se (a) a norma sempre é o resultado da interpretação de um texto e (b) o texto deve ser entendido como um evento, e não como um enunciado lingüístico, então (c) o sentido dado ao caso é a síntese hermenêutica, que tem na diferença ontológica a sua condição de possibilidade¹¹⁵.

É preciso entender, de uma vez por todas, que entre o texto e o seu sentido não existe uma cisão/separação - o que possibilitar práticas subjetivistas - e tampouco uma identificação/colagem - o que permitiram práticas objetivistas, mas sim uma diferença, que é ontológica e ocorre sempre no horizonte da temporalidade.

Isso tudo porque, conforme ensina Streck, o texto sempre já traz *em si* um compromisso - que é a pré-compreensão que antecipa esse *em si* -, que constitui o elemento regulador de qualquer enunciado. Esse elemento regulador, na linguagem hermenêutica, é o *como (als)* hermenêutico que sempre acompanha e

Günther entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação, a partir da qual os âmbitos da legislação e da jurisdição são tratados como se fossem dois mundos distintos.

¹¹⁵ Cf. STRECK, *Verdade e consenso*, *op. cit.*, p. 104.

precede o *como (als)* apofântico, isto é, esse elemento regulador está ligado à estrutura (hermenêutica) que subjaz o enunciado (lógico)¹¹⁶.

Por isso, a advertência de Streck no sentido de que *é preciso levar o texto a sério*, devendo o texto ser entendido como evento – o que faz, por exemplo, Kuhn –, isto é, como condição de possibilidade para a emergência dos fatos. Ou melhor: o texto não pode mais ser entendido como mero enunciado lingüístico, cuja sustentação dependeria apenas de discursos de fundamentação. Ou ainda: o texto não existe em sua textitude metafísica. O texto não subsiste sem seu sentido; ao contrário, ele sempre diz respeito a algo da faticidade. Interpretar, portanto, significa aplicá-lo. Daí resulta, inclusive, a impossibilidade de cisão entre interpretação e aplicação. Com o giro ontológico, salta-se do fundamentar para o compreender. E, aqui, a diferença ontológica entre texto e norma representa, em última análise, a ruptura dos paradigmas objetivista (metafísica clássica) e subjetivista (metafísica moderna) no campo do direito¹¹⁷.

Assim sendo, é possível afirmar que, ao contrário do positivismo jurídico e da teoria do discurso – que tentam explicar o direito, a partir da equiparação metafísica entre ser (sentido) e ente (coisa) –, a hermenêutica busca demonstrar, com base na fenomenologia heideggeriana, a existência de uma espécie de clivagem entre o homem e o mundo, de tal maneira que os objetos nunca são atingidos de modo direto e/ou imediato, mas sempre através da linguagem.

Dito de outro modo, parece que a teoria do discurso não difere muito do superado positivismo jurídico. Ela também entifica o ser e, assim, esconde a coisa mesma – só que o faz através do artifício do discurso de fundamentação –, o que a mantém atrelada a um modo metafísico de pensar o direito, impedindo o processo de interpretação.

Nessa linha, resgatando a coisa mesma heideggerina – que é a questão do ser no horizonte da diferença ontológica –, merece destaque a *Crítica Hermenêutica do Direito*, através da qual Streck propõe a desconstrução do

¹¹⁶ Id., ib., p. 205.

¹¹⁷ Id., ib., p. 140-141.

pensamento metafísico do direito, com base na matriz fenomenológica, em que, de um lado, a diferença ontológica assume um papel central e, de outro, o método é considerado o momento supremo da subjetividade e, ainda, a forma, por excelência, da objetificação metafísica¹¹⁸.

Aliás, é justamente por isso que se pode dizer que, na hermeneutica, a interpretação é uma questão ontológica, constituindo um elemento essencial do direito, ao passo que, na teoria do discurso, ela é uma questão metodológica, visto que equiparada à argumentação e, conseqüentemente, reduzida a um mero procedimento, método, técnica¹¹⁹ que deve ser utilizada pelo aplicador para resolver os problemas relativos à indeterminabilidade do direito nos casos difíceis.

3.2.2. O problema da cisão entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação

Muito embora o positivismo jurídico esteja superado, sobretudo se considerado como modelo de direito assentado num sistema de regras, seu discurso ainda se mantém (pré-)dominante no plano da dogmática jurídica, o que representa um nítido retrocesso, na medida em que, de um lado, sustenta uma postura objetivista, através da qual o intérprete identifica o texto com o seu sentido, e, de outro, assume uma postura subjetivista, através da qual submete o fato à subjetividade assujeitadora do intérprete a fim de que este subsuma a norma¹²⁰.

¹¹⁸ Id., *ib.*, p. 268.

¹¹⁹ Nesse sentido, ver STRECK, *Verdade e consenso*, *op. cit.*, p. 255, nota 7, onde se apresenta os seguintes princípios epocais: “Na metafísica clássica, o *eidós* platônico, a *ousia* aristotélica e o *ens creatur* aquiniano; na metafísica moderna, o *cogito* cartesiano, o *eu transcendental* kantiano, o *eu absoluto* hegeliano e o último princípio epocal dessa era, a *vontade do poder* nietzscheana; na pós-metafísica, ocorre a assunção do *procedimento* (da técnica), com o que se abandona a *conteudística*, isto é, o modo de ser no mundo”.

¹²⁰ Cf. STRECK, *Verdade e consenso*, *op. cit.*, p. 6 e 252: “Lembremos que na escola da exegese toda a norma era geral, e o juiz – em face da cisão entre fato e direito – ficava restrito ao exame dos fatos, a partir de uma subsunção. Tratava-se do império objetivista do texto produzido pela vontade geral. O juiz era a *boca que pronunciava a lei*. O contraponto histórico vem com as correntes subjetivistas. A norma, agora, é individual; o legislador faz o texto, e o intérprete *faz* a norma. Assim, quando hoje – em pleno paradigma principiológico, neoconstitucionalista e superador do positivismo que sustenta(va) pela regra e pela

Um dos desafios da hermenêutica jurídica, portanto, é justamente pensar como é possível resolver a inexorável tensão entre fato e norma – separados, filosoficamente, pelas duas metafísicas e, politicamente, pela Revolução Francesa – verificada ao longo do pensamento jurídico, desde o positivismo até as mais sofisticadas teorias do discurso e da argumentação¹²¹.

É preciso compreender que, contemporaneamente, o jurista move-se perante uma impossibilidade de fazer coincidir o texto e o seu sentido, porém, ao mesmo tempo, move-se perante uma impossibilidade de cindir o texto do seu sentido. Esse é o dilema diante do qual se dá o confronto filosófico entre os paradigmas hermenêutico e procedimental, ou, então, entre aquilo que se tem denominado hermenêutica jurídica e teoria discursiva do direito¹²².

Observa-se, nesse sentido, que Habermas desenvolve sua teoria do discurso na tentativa de construir uma solução para problema relativo à fundamentação prévia relativa à solução das questões complexas – e não triviais ou débeis –, buscando, assim, a superação do solipsismo inerente à razão prática¹²³.

Para tanto, a teoria do discurso estabelece uma distinção entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação, a partir da qual as normas jurídicas são válidas *prima facie*, porque justificadas previamente, através de um consenso racional, alcançado através de circunstâncias que satisfazem as condições exigidas pela situação ideal de fala¹²⁴.

subsunção – tudo parece indicar que é vencedora a tese da realização do direito (norma) somente na situação concreta, não podemos cair na armadilha do axiologismo, possibilitando uma espécie de retorno à discricionariedade positivista, como se os princípios proporcionassem ainda mais abertura na interpretação dos juízes no caso concreto”.

¹²¹ Id., ib., p. 8.

¹²² Id., ib., p. 8-9.

¹²³ Id., ib., p. 190.

¹²⁴ Destaque-se, contudo, que os discursos de fundamentação e os discursos de aplicação não assumem o mesmo significado nas teorias de Habermas e Günther – embora o primeiro adote tal distinção do segundo –, conforme assinala Streck (*Verdade e consenso*, p. 78-79, nota 10): “Se os discursos de fundamentação consubstanciam a validade ou são a própria validade da norma que será aplicada pelo juiz, a dependência do direito da moral pregada por Günther fará com que esses discursos de fundamentação prévios exsurjam de modo diverso do que em Habermas, porque em um a moral *comanda* a validade da norma (há uma dependência normativa do direito em relação à moral) e, em outro, a co-originariade faz com que a validade seja dependente do direito mesmo, porque nele, na sua principiologia, na institucionalização da moral no texto jurídico, reside esse elemento moral. Do mesmo modo, nos discursos de aplicação haverá diferentes resultados, porque igualmente – embora já não se discuta a validade da norma a ser

Tal operação possibilita, segundo Habermas e Günther, com que, independente das situações concretas, o ponto de vista moral permaneça idêntico, ao passo que as interpretações dadas às regras moralmente válidas no momento da aplicação a casos imprevisíveis estejam sujeitas a variação.

Isso evidencia uma das diferenças fundamentais entre a teoria do discurso, de caráter procedimental, e a hermenêutica, de caráter fenomenológico, tendo em vista que, na primeira, verifica-se uma cisão entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação, de maneira que a interpretação assume uma feição nitidamente procedimental – conforme já referido –, enquanto, na segunda, parte-se da idéia de que interpretar é aplicar, tendo em vista que entre fato e norma, há somente uma diferença – que é ontológica –, através da qual o mundo prático sempre é introduzido.

Ainda nesse sentido, merece destaque o fato de que, tanto Habermas quanto Günther, entendem que, na esfera legislativa, ao se fundamentarem as normas, não se discutem e tampouco se levam em conta as possibilidades de aplicação a situações concretas¹²⁵.

Convém, entretanto, assinalar a justificativa desenvolvida por Günther – e adotada por Habermas – através da qual procura sustentar que o princípio da adequabilidade resolveria o problema da impossibilidade de as normas anteverem todas as suas hipóteses de incidência: *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*¹²⁶.

aplicada – as peculiaridades da situação concreta ou das diversas situações concretas abrangíveis pela norma pré-validada, poderão exigir um juízo moral, que, no caso de Günther, fará ele depender o direito e, em Habermas, não. E isto parece fazer a diferença”.

¹²⁵ Cf. STRECK, *Verdade e consenso*, op. cit., p. 56. Destaque-se, aqui, que tal crítica também se aplica a Günther, na medida em que este sustenta que “para a fundamentação é relevante exclusivamente a própria norma, independentemente de sua aplicação em cada uma das situações” (GÜNTHER, op. cit., p. 70), muito embora, anteriormente, confesse: “não há norma que não contenha referência situacional alguma, por mais tênue que seja, é indiscutível que qualquer norma moral está *impregnada de caso*” (id., ibid., p. 39).

¹²⁶ Cf. GÜNTHER, op. cit., p. 65.

Todavia, nesse caso, parece pertinente tanto objeção feita por Streck ao fato de Günther retirar conclusões de uma impossibilidade¹²⁷, como também aquilo Streck chamou de inversão da fórmula de Günther¹²⁸: *não é porque não abrangemos todos os casos de aplicação de uma norma que se torna impossível fazer coincidir juízos de validade com 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 abranger todos os casos de aplicação.*

Ora, tudo indica, portanto, que Günther satisfaz-se com o menos, na medida em que entende que não é possível fazer coincidir validade e adequação – ou fundamentação e aplicação – porque é impossível antever todos os casos de aplicação¹²⁹.

Assim sendo, verifica-se que a noção de adequabilidade pode ser considerada como uma espécie de tentativa de acoplamento aos casos concretos (empíricos) de conceitos universalizantes (categoriais), formulados no plano dos discursos prévios de fundamentação, o que evidencia, mais uma vez, a crença metafísica na possibilidade de que um ente (texto) pode existir sem que nele habite o ser (sentido).

Isso porque o princípio da adequabilidade não tem o condão de solucionar o problema relativo à ausência da contedutística sustentada pela teoria do discurso. Segundo Habermas, o discurso de aplicação não se refere à validade da

¹²⁷ Cf. STRECK, *Verdade e consenso, op. cit.*, p. 57-58, para quem, igualmente, é incompreensível o modo como Günther retira conclusões uma impossibilidade: “para Günther, se nosso saber abrangesse todos os casos de aplicação, então a validade coincidiria com a adequação. Seria a norma perfeita, com a qual a objetividade conteria as hipóteses aplicativas. Em síntese, o texto conteria a norma, ou melhor, conteria todas as normas (hipóteses de aplicação) possíveis. Mas, convenhamos, isso nunca vai acontecer, circunstância da qual é impossível discordar. O problema é que, em face dessa impossibilidade – e disso não se dão conta nem Habermas, Günther e seus seguidores – torna-se inútil trabalhar com a própria impossibilidade de a validade coincidir com a idéia de adequação. Ou seja, já que o primeiro não se dá, o segundo também não pode acontecer. Daí a pergunta: por que então trabalhar hipoteticamente com uma abrangência que jamais vai acontecer”.

¹²⁸ Id., *ib.*, p. 58.

¹²⁹ Cf. STRECK, *Verdade e consenso, op. cit.*, p. 58: “Günther faz depender *validade e adequação* de uma impossibilidade objetiva de somar todos os elementos de adequação em um único saber, que é projeto de todo pensamento lógico-dedutivo, isto é, ter o esquema pronto sobre o qual se subsumem todos os elementos da aplicação constantemente”

norma, enquanto o discurso de fundamentação independe das situações concretas¹³⁰.

Portanto, o problema que se coloca por debaixo dessa questão – e parece não ser devidamente percebido pelos adeptos da teoria do discurso – é que os sentidos não estão à disposição do intérprete, como ocorria na filosofia da consciência, no interior do paradigma da subjetividade.

Nesse contexto, pode-se afirmar que Habermas e Günther, ao cindirem o discurso jurídico em fundamentação e aplicação, demonstram como não compreenderam adequadamente as contribuições que a filosofia hermenêutica (Heidegger) e a hermenêutica filosófica (Gadamer) trouxeram/proporcionaram à filosofia contemporânea.

Isso porque, uma vez compreendidos os teoremas da diferença ontológica e do círculo hermenêutica, torna-se evidente que *é impossível tanto identificar quanto separar as noções de ser e de ente e que tampouco subsiste a cisão metafísica entre interpretação e aplicação*¹³¹.

Segundo Streck, o fato de a teoria discursiva esquecer a diferença ontológica não apenas que constitui uma das principais diferenças com hermenêutica, mas ainda evidencia a forte presença da relação sujeito-objeto, o que permite concluir que a proposta habermasiana, em certa medida, continua vinculada ao paradigma metafísico que ele busca superar¹³².

Aliás, a *recaída habermasiana no modo de pensar dogmático-metafísico* – apontada por Apel¹³³ –, reforça ainda mais a tese de que a cisão entre discursos

¹³⁰ Id., ib., p. 59.

¹³¹ Id., ib., p. 62.

¹³² Id., ib., p. 64-65.

¹³³ Cf. APEL, *Dissolução da ética do discurso?*, op. cit., p. 276: “Habermas sofreu, contrariamente à sua intenção, uma recaída no modo de pensar dogmático-metafísico, no sentido pré-transcendental-pragmático. É que, ao ainda atribuir o próprio discurso transcendental-filosófico a respeito do a priori da faticidade (portanto, a respeito da nossa necessidade de pertencer a uma forma de vida contingente) a uma prática internamente entrecruzada com a nossa forma de vida sociocultural, a qual possivelmente mudará, ele se considera capaz de propriamente compreender, como contingentes, não só todas as formas de vida histórico-contingentes, mas também a sua relativização transcendental filosófica, sem dedicar atenção à condição de possibilidade e de validade desse distanciamento. Todavia, é justamente nisso que consiste o ponto de vista – não submetido a uma reflexão crítica, exterior ao mundo, quase-divino – de quem não quer reconhecer a irrecorribilidade da argumentação primordial, mas pretende, a partir de fora, compreender o mundo, na qualidade de um conjunto limitado (Wittgenstein), como contingente. Em minha

de fundamentação – ligados à esfera legislativa – e discursos de aplicação – ligados à esfera jurisdicional –, defendida por Habermas e Günther, mostra-se equivocada¹³⁴.

Nesse ponto, inclusive, tudo indica que a teoria do discurso traz à tona uma discussão antiga na filosofia do direito, ligada ao impasse entre a *generalidade das leis* e a *justiça do caso*, o que, na verdade, nada mais é do que uma falsa dicotomia entre uma *racionalidade discursiva* – legítima porque legislativa – e um *racionalidade monológica* – carente de legitimidade porque judicial –, cujo confronto termina sempre em favor da primeira, uma vez que as possibilidades semânticas de aplicação das normas já vêm sempre estabelecidas previamente.

Ocorre que isso não faz o menor sentido, visto que não há como cindir a racionalidade no interior do paradigma da intersubjetividade. Mais: falar em discurso de fundamentação e discursos de aplicação, como se houvesse mundos distintos entre as duas racionalidades, apenas faz sentido caso se assuma o esquema sujeito-objeto, conforme destaca Streck¹³⁵.

Nesse sentido, a cisão proposta por Habermas e Günther implica as mesmas conseqüências relativas à crença metafísica de que a compreensão se dá por etapas. Contudo, depois da invasão da filosofia pela linguagem, não é mais possível separar a interpretação da aplicação e, igualmente, a aplicação da compreensão. Disso se evidencia, portanto, que a teoria do discurso parece não haver compreendido adequadamente a tese gadameriana da *aplicatio*, segundo a qual interpretar é aplicar, o que permite concluir que *em toda leitura tem lugar*

opinião, tal absolutização metafísica da aplicação do conceito da contingência exclui justamente a compreensão do *a priori existencial da faticidade e da contingência do ser no mundo*, como restrição do ponto de vista histórico-abstrativo da ética tradicional de princípios que, para a sua aplicação, supõe uma situação de ponto zero da história”.

¹³⁴ Ver, para tanto, STRECK, *Verdade e consenso*, *op. cit.*, p. 64: “Talvez se devesse entender, aqui, a relação entre faticidade e validade como *faticidade contra validade*, porque ao se afastar da razão prática e hipostasiar o discurso pelo qual procedimentalmente será alcançada a verdade, Habermas cinde o que é incindível: fato e direito, vigência e validade, texto e norma, exatamente pela ausência do ser-no-mundo. É possível assinalar, assim, que a questão da razão prática para Habermas é apenas o encontro de vontades na produção de consenso, que leva a um agir comunicativo, em que não há dominação de uns sobre os outros e onde não há manipulação de discursos”.

¹³⁵ Id., *ib.*, p. 51.

uma aplicação – e, ao afirmar isso, Gadamer não se refere apenas à aplicação judicial¹³⁶.

Por isso, convém recordar, mais uma vez, a lição de Gadamer no sentido de que a *applicatio* é a síntese hermenêutica da compreensão: ela não pode ser posterior à interpretação ou à compreensão. Ocorre que, para se entender isso, deve-se ter presente as noções de pré-compreensão, círculo hermenêutico e diferença ontológica, conforme refere Streck¹³⁷.

Nesse contexto, em que o ser-no-mundo está sempre aplicando – visto que a aplicação não ocorre apenas nos casos da aplicação judicial –, fica a pergunta: por que afirmar que é preciso cindir discursos de fundamentação e discursos de aplicação em face das *formas de comunicação e dos potenciais de argumentos correspondentes*?¹³⁸

Isso demonstra, conforme destaca Streck, como a aplicação de que fala a hermenêutica não pode jamais ser confundida com a aplicação, cindida da fundamentação, de que falam os adeptos da teoria do discurso. Sob a perspectiva da hermenêutica, na medida em que os discursos de fundamentação tratam da validade das normas, eles já não se diferem da aplicação¹³⁹. Ou melhor: na aplicação, para a hermenêutica, sempre esta presente a fundamentação, haja vista que ambas operam a partir de um lugar comum, o modo-de-ser-no-mundo¹⁴⁰.

¹³⁶ Ver, para tanto, STRECK, *Verdade e consenso*, *op. cit.*, p. 51-52 e 254, onde diz: “A aplicação hermenêutica não é somente a aplicação pelo juiz. Na hermenêutica filosófica, nem a norma está previamente fundamentada, nem é o juiz que a faz. Portanto, torna-se despidendo afirmar que a aplicação (*applicatio*) hermenêutica não é somente a que é feita pelo juiz. A *applicatio* é esse momento em que se encontram fundamentação e aplicação, sem que, entretanto, cada um deles possa ser compreendido isoladamente. Um só em face do outro. Esse fenômeno ocorre na diferença ontológica. Em conseqüência, é possível dizer que sempre aplicamos. A questão principal, na discordância com a teoria do discurso habermasiana, reside, assim, na impossibilidade de cindir discursos de fundamentação e discursos de aplicação. Este é o ponto em que incide a diferença entre texto e norma, entre ser e ente, entre questão de fato e questão de direito, entre palavra e coisa, etc. Compreendemos aplicando e aplicamos compreendendo”.

¹³⁷ Id., *ib.*, p. 54.

¹³⁸ Id., *ib.*, p. 52.

¹³⁹ Cf. STRECK, *Verdade e consenso*, *op. cit.*, p. 53-54, para quem, defender que fundamentação e aplicação ocorram momentos significa acreditar na existência de conceitos universalistas.

¹⁴⁰ Id., *ib.*, p. 190.

Aliás, ainda nessa linha, poder-se-ia dizer que, com o desenvolvimento da teoria habermasiana, surge o modelo discursivo do *juiz que é a boca dos discursos que fundamentam racionalmente as normas jurídicas*, suplantando o modelo positivista do *juiz que é a boca da lei*, conforme observa Streck¹⁴¹.

No paradigma hermenêutico, ao contrário do que propõem Habermas e Günther, seria impossível afirmar que a norma é alcançada no momento da aplicação, conforme sustenta a teoria discursiva¹⁴². Isso porque é a situação hermenêutica, na qual que está mergulhado o intérprete, que possibilita a compreensão e, portanto, a aplicação. Ora, acreditar que o sentido possa ser obtido apenas no momento da aplicação significa reconhecer que o processo interpretativo se dá através de diferentes etapas¹⁴³.

Isso significa dizer, em outras palavras, que a incindibilidade entre interpretar e aplicar é muito mais do que uma simples tese hermenêutica. Ela representa a ruptura com o paradigma representacional metodológico, tendo em vista que a noção fenomenológica de círculo hermenêutico constitui o elemento que possibilita a superação do esquema sujeito-objeto, na medida em que introduz o mundo prático e, assim, põe um termo final na travessia ficcionada *na e pela epistemologia*¹⁴⁴.

¹⁴¹ Cf. STRECK, *Verdade e consenso*, op. cit., p. 252-253, para quem “Habermas tentou resolver esse problema relacionado à *subjetividade do juiz* dividindo/cindindo, como já se viu, a partir de Günther, o discurso jurídico em *discurso de fundamentação* e *discurso de aplicação: ao estabelecer suas políticas, o legislador interpreta e estrutura direitos, ao passo que lhe são dadas, segundo o ‘direito e a lei’, a fim de chegar a decisões coerentes num caso concreto* [HABERMAS, *Direito e democracia II*, op. cit., p. 183]. Tal circunstância, na leitura de Garcia Amado, teria o objetivo de retirar do juiz a responsabilidade pela fundamentação da norma que aplica, ou seja, *la racionalidad de su decisión ya no dependerá del fundamento racional de esa norma, cuestión que ya estará resuelta en un discurso distinto y anterior, sino de la interpretación discursiva de la situación e la concreción de la norma más apta, que será la norma de esse preciso caso* [GARCIA AMADO, op. cit., p. 55]”.

¹⁴² Ainda nessa linha, ver STRECK, *Verdade e consenso*, op. cit., p. 61, para quem: “Quando se diz que na teoria habermasiana é *indispensável que o operador do direito justifique os elementos/aspectos descritivos da realidade fática* (sic), pois certamente assim agindo ele selecionará características do caso, as quais considera relevantes e tantas que ele desconsiderará [SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 180], fica nítida até mesmo a serôdia cisão entre questão de fato e questão de direito e, mais do que isso, a oposição entre validade e faticidade, o que aponta para um dualismo metafísico. Pergunto: *é possível falar em realidade fática?* O que é a realidade? A mesma cisão (dualismo) fato-direito é detectável quando se afirma – e isso passou a ser lugar-comum em *terrae brasilis* – que *todas as possibilidades semânticas do texto devem cruzar com todos os elementos das circunstâncias fáticas do caso...*”.

¹⁴³ Cf. STRECK, *Verdade e consenso*, op. cit., p. 85.

¹⁴⁴ Id., ib., p. 273.

Dito de outro modo, o giro ontológico-lingüístico, levado a cabo por Heidegger e Gadamer, promove uma ruptura paradigmática, na medida em que através dele se faz um salto da representação/fundamentação para a compreensão, enfim, da epistemologia para a ontologia¹⁴⁵.

Contudo, é importante referir que a diferença ontológica – importada da filosofia hermenêutica e da hermenêutica filosófica – representa, talvez, a maior contribuição da filosofia contemporânea para o direito, tendo em vista que possibilita a superação das insuficiências teóricas verificadas nas teorias do discurso e da argumentação.

Isso porque é a noção de diferença ontológica que oferece o suporte hermenêutico para que, no âmbito da teoria do direito, possam ser dissolvidos os dualismos metafísicos – calcados no esquema sujeito-objeto – que, nessa quadra da história, ainda permeiam o direito, dentre os quais se destacam os seguintes: texto e norma, questão de fato e questão de direito, casos fáceis e casos difíceis, regras e princípios, discursos de fundamentação e discursos de aplicação, etc.¹⁴⁶.

Observa-se, portanto, uma nítida relação entre a tese da incindibilidade da interpretação, da compreensão e da aplicação e a tese de que texto e norma são apenas diferentes, visto que (a) se fossem *separados*, incorrer-se-ia na tese metafísica de que os conceitos podem ser constituídos em abstrato – como ocorre no discurso de fundamentação – independentemente das coisas às quais se referem, de tal maneira que os sentidos poderiam ser acoplados às coisas-ainda-sem-sentido; e (b) caso fossem *colados*, como que em uma espécie de *naturalismo da linguagem*, a tarefa do intérprete limitar-se-ia a de extrair do texto o sentido que lhe seria imanente, de tal maneira que o texto carregaria, de modo reificado, o seu próprio sentido¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Id., ib., p. 62.

¹⁴⁶ Id., ib., p. 141-142.

¹⁴⁷ Id., ib., p. 207-208.

3.2.3. O problema da dupla estrutura da linguagem

Muito embora se considere um adepto da guinada lingüístico-ontológica, Habermas ainda confere à linguagem um caráter instrumental, tratando-a como se fosse uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito cognoscente e o objeto a ser conhecido, conforme já reiterado em inúmeras oportunidades.

Tudo indica, portanto, que Habermas não se dá conta da importância que a linguagem adquire no interior do giro hermenêutico e, menos ainda, de que existe uma dobra na linguagem, o que também ocorre com o discurso jurídico, que possui uma dupla estrutura.

Todavia, com a invasão da filosofia pela linguagem, a superação do esquema sujeito-objeto e a consolidação do paradigma da intersubjetividade, a linguagem passa a ser entendida como condição de possibilidade, o que significa dizer que ela não está à disposição do intérprete ou, então, que pode ser utilizada como mero instrumento, capaz de proporcionar a hipostasiação, por exemplo, dos discursos de fundamentação, marcados por sua contrafaticidade¹⁴⁸.

Isso tudo porque, com o giro lingüístico-ontológico e o rompimento com os paradigmas metafísicos aristotélico-tomista e da filosofia da consciência – ainda calcados no esquema sujeito-objeto –, a linguagem passa a ser considerada como condição de possibilidade. Disso resulta, ainda, que o processo interpretativo deixa de ser entendido como uma reprodução de sentido (*Auslegung*) e torna-se atribuição de sentido (*Sinngebung*), na medida em que se reconhece ser impossível o intérprete escapar da circularidade da compreensão e, portanto, da antecipação de sentido¹⁴⁹.

Com efeito, a dupla estrutura da linguagem se caracteriza, justamente, por apresentar, de um lado, uma dimensão empírica, ôntica, apofântica, através da

¹⁴⁸ Id., ib., p. 35.

¹⁴⁹ Id., ib., p. 139.

qual o discurso jurídico se mostra logicamente; e, de outro, uma dimensão transcendental, ontológica, hermenêutica, que é a condição de possibilidade da dimensão empírica e que o homem sempre traz consigo desde quando está no mundo. Isso significa dizer, em outras palavras, que a dimensão ôntica só é possível porque sempre há uma pré-compreensão que lhe é antecede e, portanto, sustenta e estrutura toda a dimensão de qualquer discurso empírico¹⁵⁰.

Dito de outro modo, sob a perspectiva de Heidegger, da qual muito se aproxima a crítica de Apel, seria possível objetar ainda uma total incompreensão - por parte de Habermas e seus seguidores - da dupla estrutura existente na linguagem, marcadamente a partir do giro ontológico.

Com efeito, a originalidade do pensamento heideggeriano reside justamente na compreensão da antecipação de sentido, como já se viu, e na conseqüente proposição de um novo *standard* de racionalidade, sendo o papel da filosofia hermenêutica explicar a distinção entre os vetores de racionalidade¹⁵¹.

Cumprido referir, ainda, que a pré-compreensão - dimensão onde se dá a antecipação de sentido - ocorre sem que haja qualquer *critério, regra, método* ou *procedimento*. A compreensão simplesmente acontece: ela é um existencial, e não um ato epistemológico. Portanto, qualquer sentido atribuído de modo arbitrário será sempre o resultado de um processo decorrente de um vetor de racionalidade de segundo nível, meramente lógico-argumentativo¹⁵².

Para uma melhor compreensão, vale invocar a distinção feita por Putnam entre os vetores de racionalidade I e II. Em sua conceituação, I representa um *a priori* que a racionalidade discursiva sempre pressupõe - mas que não necessariamente explicita - e estaria situada na base do vetor de racionalidade II, o qual, por sua vez, significaria a racionalidade própria dos discursos das ciências, que se faz por etapas, sucessivas e complementares, e que pode se

¹⁵⁰ Id., *ib.*, p. 86.

¹⁵¹ Cf. STRECK, *Hermenêutica (jurídica)...*, *op. cit.*, p. 241.

¹⁵² Cf. STRECK, *Verdade e consenso*, *op. cit.*, p. 244.

estender de maneira indefinida no universo de um determinado conhecimento¹⁵³.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a filosofia hermenêutica ocupa-se, fundamentalmente, em contribuir na explicitação do vetor de racionalidade I, que o conhecimento das ciências (vetor de racionalidade II) sempre opera (utiliza), uma vez que o primeiro é estruturante e organizador do mundo¹⁵⁴.

Cumprе destacar, entretanto, que a racionalidade discursiva – vetor de racionalidade II, que explicita o modo estruturante do conhecimento – não pode, de forma alguma, ser confundida com a questão do fundamento. Fundamento, repita-se, não é método, nem procedimento; é, sim, modo de ser e depende, portanto, de uma discussão *a priori* – vetor de racionalidade I –, em que toda a racionalidade é dada sem argumentação, eis que a compreensão se dá por uma antecipação de sentido e, conseqüentemente, no interior da circularidade hermenêutica¹⁵⁵.

Contudo, é necessário atentar para o fato de que, quando se diz que o direito se move no campo da linguagem, não se está a afirmar que a filosofia desenvolve, em suas análises, uma espécie de linguagem de segunda ordem, visto que ela trata das condições de possibilidade de qualquer enunciado no contexto do universo da prática e da teoria jurídica¹⁵⁶.

Segundo Streck, a dupla estrutura da linguagem é o que constitui a base para a compreensão da revolução paradigmática promovida pela hermenêutica no campo do direito, mas que não foi devidamente percebida pelos juristas, que ainda confundem o nível estruturante-organizador do discurso com seu nível meramente lógico-explicitador¹⁵⁷.

¹⁵³ Cf. PUTNAM *apud* STRECK, *Hermenêutica (jurídica)...*, *op. cit.*, p. 241.

¹⁵⁴ Ver, para tanto, STEIN, *Exercícios de fenomenologia*, *op. cit.*, p. 151-170.

¹⁵⁵ Cf. STRECK, *Hermenêutica (jurídica)...*, *op. cit.*, p. 241.

¹⁵⁶ Cf. STRECK, *Verdade e consenso*, *op. cit.*, p. 87.

¹⁵⁷ *Id.*, *ib.*, p. 87.

Talvez essa confusão ocorra porque o *ser-no-mundo* é uma dimensão que é hermenêutica e, ao mesmo tempo, apofântica. A diferença ontológica é que impossibilita a cisão do elemento transcendental do elemento empírico, garantindo, assim, que não ocorrerão atribuições arbitrárias de sentido e, tampouco, atribuição de sentidos arbitrários, conforme destaca Streck¹⁵⁸.

Aliás, é por causa da diferença ontológica que se pode afirmar a possibilidade de se *fazer* epistemologia no paradigma hermenêutico; o que não se pode fazer, entretanto, é confundir os níveis nos quais o homem desde sempre se move. Isso porque, quando o intérprete explicita o compreendido, esse processo se dá no nível lógico-argumentativo, e não no nível hermenêutico, onde se dá a compreensão¹⁵⁹.

Na mesma linha, segue a forte crítica feita por Apel em face da ausência de uma dimensão transcendental na pragmática universal habermasiana. Isso porque Apel também opera com um duplo discurso, sendo a pragmática transcendental a dimensão básica de todo discurso argumentativo, através do princípio da autocontradição performática. Para ele, sempre que se emite um enunciado, opera-se com esta dimensão não-explicita que é base de qualquer discurso, seja assertórico, seja prático. Trata-se, em suma, de um *a priori* que é a base de todos os enunciados descritivos e prescritivos¹⁶⁰.

Não é à toa, portanto, que Streck afirme *a pergunta pelo fundamento do compreender sempre chega tarde!* Trata-se, com efeito, de umas das principais e mais importantes críticas à teoria do discurso e, igualmente, à teoria da argumentação, o que evidencia, de um lado, a proximidade entre ambas e, de outro, uma imensa distância do paradigma hermenêutico.

¹⁵⁸ Id., ib., p. 205.

¹⁵⁹ Id., ib., p. 221.

¹⁶⁰ Ver, para tanto, APEL, Karl-Otto. Fundamentação normativa da "teoria crítica": recorrendo à eticidade do mundo da vida? In: MOREIRA, Luiz (Org.). *Com Habermas, contra Habermas. Direito, discurso e democracia*. São

3.3.4. O problema do conceito de mundo vivido

O conceito de mundo da vida - retirado da filosofia de Husserl¹⁶¹ - assume um papel fundamental no pensamento habermasiano, sobretudo na teoria do agir comunicativo, em que é entendido como uma dimensão pragmática da linguagem, tendo em vista que é justamente através dele que Habermas tenta a reconstrução de todo entendimento racional possível¹⁶².

Trata-se, com efeito, de um elemento central da teoria habermasiana: é a partir do mundo vivido - entendido como horizonte onde se processa a resolução concreta de pretensões de validade e estruturado comunicativamente - que se torna possível qualquer fundamentação¹⁶³.

Segundo Habermas, o mundo da vida estabelece o horizonte para as situações de fala e, ao mesmo tempo, constitui a fonte das interpretações, na medida em que se reproduz através de ações comunicativas, envolvendo, assim, uma dimensão da consciência individual e, também, uma dimensão coletiva na qual a primeira se insere.

Dito de outro modo, o mundo vivido representa, para Habermas, um acervo de padrões de interpretação transmitidos culturalmente e organizados lingüisticamente, na medida em que é constituído por dois elementos: a linguagem e a cultura¹⁶⁴.

Isso evidencia, nitidamente, que o conceito de mundo da vida proposto por Habermas aproxima-se da idéia de universo empírico, descritível ou, ainda, de mundo das vivências, visto que compreende a cultura, as tradições, a pertença a um grupo determinado e a capacidade de agir e, portanto, se comunicar¹⁶⁵.

Paulo: Landy, 2004. p. 23-77; e, também, APEL, Karl-Otto. Dissolução da ética do discurso? In: MOREIRA, Luiz (Org.). *Com Habermas, contra Habermas. Direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy, 2004. p. 201-321.

¹⁶¹ Sobre o conceito de mundo da vida (*Lebenswelt*) e sua origem em Husserl, consultar STEIN, *Mundo vivido, op. cit.*, p. 19-43.

¹⁶² Ver, para tanto, HABERMAS, *Teoria de la acción comunicativa II, op. cit.*, p. 169-215.

¹⁶³ Ver, para tanto, DUTRA, *op. cit.*, p. 82-84.

¹⁶⁴ Cf. HABERMAS, *Teoria de la acción comunicativa II, op. cit.*, p. 170.

¹⁶⁵ Cf. HABERMAS, *Pensamento pós-metafísico, op. cit.*, p. 86: "o agir comunicativo está embutido num mundo da vida, responsável pela absorção dos riscos e pela proteção da retaguarda de um consenso de

Portanto, Habermas vincula o mundo da vida ao horizonte em que os agentes comunicativos sempre se movimentam e do qual não podem sair, o que permite concluir que existe uma relação de dependência entre estes e as mudanças estruturais que ocorrem no interior da sociedade, a qual, em última análise, é a responsável por sua formação, transformação e conformação¹⁶⁶.

Nesse contexto, entretanto, tudo indica que a escolha do conceito de mundo da vida efetuada por Habermas o mantém ligado ao paradigma representacional. Isso porque, além de retirá-lo da fenomenologia transcendental husserliana – o que significa dizer, da filosofia da consciência – e além de ser uma escolha por um fundamento de uma teoria ainda metafísica, Habermas o converte em um discurso apenas pragmático-empírico¹⁶⁷.

Ocorre que, conforme ensina Stein, Heidegger substitui a idéia de representação, de consciência e de sujeito, pela idéia, primeiro, não de mundo vivido, mas de *mundo*, como a totalidade do sentido. Mundo, portanto, como a estrutura antecipatória do sentido. Heidegger abandona, então, a palavra *vida* e introduz outro termo: *Dasein*. E essa palavra – *Dasein* – foi se desenvolvendo na direção de ser-aí e, aos poucos, de ser-no-mundo, passando, assim, a constituir-se a idéia de mundo vivido, porém em uma direção na qual se acentua a sua dimensão existencial.

Observa-se, desse modo, que a idéia de vivido é eliminada, restando apenas a idéia de mundo. E a idéia de mundo é, fundamentalmente, uma idéia de lugar de ancoragem. É um lugar significativo, dotado de sentido, onde o ser-aí ancora e, ao mesmo tempo, ele é o ancorador. Quer dizer, mundo e ser-aí têm uma relação recíproca de determinação. E é justamente essa relação recíproca de determinação, em última análise, o que vai se explicitar, mais adiante, através da idéia de compreensão¹⁶⁸.

fundo". Na mesma linha, ver DUTRA, *op. cit.*, p. 77, pra quem o mundo vivido é o horizonte, o pano de fundo, onde se processa a racionalidade comunicativa.

¹⁶⁶ Cf. HABERMAS, *Teoria de la acción comunicativa II*, *op. cit.*, p. 169 e 179.

¹⁶⁷ Cf. STRECK, *Verdade e consenso*, *op. cit.*, p. 29.

¹⁶⁸ Cf. STEIN, *Mundo vivido*, *op. cit.*, p. 125-151.

Portanto, se o conceito de *mundo da vida*, desenvolvido por Husserl, na sua fenomenologia transcendental, ainda se encontra atrelado à teoria do conhecimento, na medida em que se conduz pela idéia da subjetividade e da relação sujeito-objeto, o conceito de *ser-no-mundo*, desenvolvido por Heidegger, na sua fenomenologia hermenêutica, supera o paradigma representacional, na medida em que se conduz pela idéia do sentimento de situação (*Befindlichkeit*), a qual vai dar suporte para que se faça qualquer tipo de teoria do conhecimento¹⁶⁹.

Nesse sentido, inclusive, Streck afirma que, no contexto de uma realidade pós-metafísica, parece impossível *salvar* o conceito de mundo da vida utilizado por Habermas. Mais: isso demonstraria, ainda, como Habermas compreende Heidegger de uma forma equivocada e, assim, permanece mergulhado no paradigma representacional, embora procure tratar da viragem lingüística¹⁷⁰.

Em suma, tudo está a indicar que Habermas compreendeu o mundo vivido de modo inadequado, na medida em que desconsiderou as noções de antecipação de sentido e *ser-no-mundo*, agregadas ao conceito pela fenomenologia heideggeriana. O resultado disso, em última análise, é que a concepção sustentada pela teoria discursiva revela-se de caráter representacional, o que a faz refém da filosofia da consciência e do paradigma da subjetividade¹⁷¹.

3.3.5. O problema do afastamento do mundo prático

Uma das principais marcas deixada pelo positivismo jurídico – e que está presente em todas as faces que esta corrente do pensamento assume ao longo dos últimos séculos – é a desindexação do discurso jurídico com o mundo prático.

¹⁶⁹ Id., *ib.*, p. 153-168.

¹⁷⁰ Cf. STRECK, *Verdade e consenso*, *op. cit.*, p. 29.

¹⁷¹ Id., *ib.*, p. 45.

Contudo, especialmente se considerados os efeitos produzidos na teoria do direito a partir do segundo pós-guerra, fica mais do que evidente que o direito é um saber prático, o que implica que a tarefa de qualquer teoria jurídica contemporânea, independentemente de sua matriz filosófica, deve ser a de buscar as condições para a concretização de direitos, sem que se incorra, entretanto, em práticas arbitrárias e decisionistas¹⁷².

É justamente com esse propósito que Habermas vai desenvolver sua teoria discursiva do direito, procurando aliviar os juízes da tarefa de realizar discursos de fundamentação que confirmem validade às normas jurídicas a serem aplicadas durante o processo decisório.

No entanto, o positivismo jurídico sequer restou abalado com a inovação trazida pela teoria discursiva do direito, na medida em que esta se limitou a deslocar o problema da atribuição de sentido para uma situação ideal de fala – de caráter nitidamente contrafático – cuja função seria superar a tensão entre fato e norma, através da idéia de justificação prévia¹⁷³.

Ora, não se pode olvidar que, em oposição à Gadamer – que se dedica ao resgate do valor da tradição, colocando a pré-compreensão como condição de possibilidade, através das noções de faticidade e de modo prático de ser-no-mundo –, Habermas volta-se precisamente para as insuficiências apresentadas pela tradição de que trata a hermenêutica filosófica, ao propor uma teoria comunicativa com a finalidade de superar aquilo que ele chama de *linguagem sistematicamente distorcida*¹⁷⁴.

Assim sendo, ao contrário das tradições heideggeriana, gadameriana e apeliiana – e essa é, de fato, uma distinção importante –, Habermas não admite qualquer *a priori* prático: os discursos de fundamentação por ele propostos são formados prévia e, portanto, independentemente das situações concretas. Com isso, ele pretende garantir uma fundamentação racional às normas de ação,

¹⁷² Id., ib., p. 9.

¹⁷³ Id., ib., p. 8.

¹⁷⁴ Id., ib., p. 4.

porém realizada previamente, a fim de que esta sirva de padrão para as ações cotidianas¹⁷⁵.

Isso tudo porque Habermas adota como ponto de partida a idéia de que a razão prática deve ser superada, uma vez que entende não ser mais possível sustentar os atos de uma consciência solipsista – marcados por possuírem uma estrutura prescritiva *a priori* e dependerem de uma fundamentação *a posteriori* – ainda ligados à tradição da filosofia da subjetividade. Para tanto, Habermas propõe a substituição da razão prática pela razão comunicativa, através da qual ele *epistemologiza a discussão*, com base em uma fundamentação prévia dos atos do mundo prático, de modo que todos os indivíduos comprometem-se a partir de pressupostos pragmáticos de caráter contrafactual¹⁷⁶.

Dito de outro modo: se, antes, o agir era determinado por um sujeito que precisava fundamentar os seus atos posteriormente; agora, com a epistemologização da fundamentação, ocorre a transferência desta carga individual para a coletividade, a partir de uma formação discursiva calcada em uma racionalidade comunicativa intersubjetiva¹⁷⁷.

Isso ocorre mediante a introdução operada por Habermas do princípio do discurso – que é idealizado na sua origem e, portanto, neutro em relação ao direito e à moral –, da qual resulta, novamente, a desindexação do discurso jurídico com o mundo prático¹⁷⁸.

Ocorre que, para isso, mostra-se necessário eliminar toda a dimensão ética da teoria do discurso através da neutralidade do princípio *D*. Para Habermas, o princípio do discurso – pressuposto necessário de toda argumentação, como já se viu – é moralmente neutro e situa-se em um nível de abstração que, apesar de seu conteúdo normativo, é anterior e neutro frente à moral e ao direito: ele refere-se simplesmente a normas de ação como tais e exprime unicamente o

¹⁷⁵ Id., ib., p. 33.

¹⁷⁶ Id., ib., p. 31.

¹⁷⁷ Id., ib., p. 199.

¹⁷⁸ Id., ib., p. 79.

ponto de vista de que normas de ação podem ser imparcialmente fundamentadas.

A introdução da neutralidade do princípio do discurso pressupõe, ao fim e ao cabo, que questões práticas, enquanto tais, podem ser imparcialmente julgadas e decididas racionalmente, sendo isto feito de modo argumentativamente fundamentado¹⁷⁹.

De outro lado, contudo, Apel insiste na impossibilidade da pretensão habermasiana de eliminar toda a dimensão ética da teoria do discurso¹⁸⁰. Segundo o maior crítico de Habermas, há uma espécie de duplo discurso, no qual a pragmática transcendental constitui a dimensão básica de qualquer discurso argumentativo, através do princípio da auto-contradição performática. Desse modo, ao emitir um enunciado, opera-se, desde sempre, com esta dimensão implícita que é a base de qualquer tipo de discurso, seja ele assertórico, seja ele prático. Toda deliberação em que se exprime uma liberdade pressupõe esse *a priori* que é a base de todos os enunciados descritivos e prescritivos¹⁸¹.

Segundo Habermas, o princípio do discurso não apresentaria qualquer dimensão ética imanente: ela seria acrescida *ex post*, de uma maneira exterior. Contra essa tese, insurge-se Apel, afirmando que o elemento ético não pode ser apresentado como algo que é *colado* posteriormente. Por isso, sua forte crítica.

Para Apel, a questão aparece da seguinte forma: ou o discurso carrega em si mesmo uma dimensão ética, no sentido de que é no próprio discurso que está

¹⁷⁹ Cf. OLIVEIRA, Manfredo de Araújo. Moral, direito e democracia: o debate Apel *versus* Habermas no contexto de uma concepção procedimental da filosofia política. In: MOREIRA, Luiz (Org.). *Com Habermas, contra Habermas. Direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy, 2004. p. 155-160.

¹⁸⁰ A respeito da controvérsia ocorrida na construção do projeto de uma “ética do discurso” originalmente compartilhado por Apel (pragmática transcendental) e Habermas (pragmática universal), consultar OLIVEIRA, Manfredo de Araújo. *Ética e racionalidade moderna*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2002, p. 9-39, que refere as principais discordâncias existentes entre ambos: a (in)suficiência do princípio da universalização e a (des)necessidade uma fundamentação última para o mesmo; a (im)possibilidade de uma aplicação responsável da ética; a (in)existência de uma dimensão ética no princípio do discurso.

¹⁸¹ Ver, para tanto, APEL, Karl-Otto. Fundamentação normativa da “teoria crítica”: recorrendo à eticidade do mundo da vida? In: MOREIRA, Luiz (Org.). *Com Habermas, contra Habermas. Direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy, 2004. p. 23-77; e, também, APEL, Karl-Otto. Dissolução da ética do discurso? In: MOREIRA, Luiz (Org.). *Com Habermas, contra Habermas. Direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy, 2004. p. 201-321.

implícito o elemento que vai além do discurso, que o impele para a dimensão do reconhecimento do outro, da intersubjetividade, de estarmos comprometidos em uma dimensão prévia; ou não há como trazê-la posteriormente¹⁸².

Dito de outro modo, a eliminação de qualquer dimensão ética da teoria do discurso encontra-se atrelada à necessidade de sustentar a cisão entre faticidade e validade, a partir de uma *situação ideal de comunicação*, fundada em um *mundo vivido* que converte a teoria habermasiana em refém do paradigma que pretende superar.

Tudo indica, portanto, que a *substituição* da razão prática proposta por Habermas proporciona, ao fim e ao cabo, somente um deslocamento do discurso de fundamentação das normas. Isso porque, na linha do que refere Streck, a *razão prática que Habermas diz haver substituído* não tem morte datada, mormente se considerado que o sujeito solipsista sucumbe no câmbio paradigmático promovido através do giro lingüístico-ontológico, em que se esgota a metafísica relação sujeito-objeto¹⁸³.

Dito de outro modo, o paradigma da filosofia da consciência não foi superado em face da *substituição* operada por Habermas no sentido de colocar uma razão comunicativa no lugar da razão prática, mas, sim, em virtude do giro ontológico que deu nova dimensão à razão prática. Isso porque a *substituição* habermasiana chega tarde, isto é, surge em um momento em que já não existe mais o sujeito solipsista da subjetividade a que ela se refere, que foi suplantado pela introdução do modo prático de ser-no-mundo, que instaura o paradigma da intersubjetividade¹⁸⁴.

Com isso, pode-se afirmar que Habermas não substitui a razão prática, mas apenas passa a chamá-la de agir comunicativo, a fim de acentuar o lado interativo e dialogal de todas as decisões que resultam da razão prática. Ou melhor: Habermas supera a razão prática no sentido solipsista, fazendo uso de uma razão comunicativa que, contudo, jamais deixou de ser prática, pois foi

¹⁸² Id., *ibid.*

¹⁸³ Cf. STRECK, *Verdade e consenso*, *op. cit.*, p. 34-35.

¹⁸⁴ Id., *ib.*, p. 35.

deslocada para outro lugar: a fundamentação prévia dos atos do mundo prático, conforme assinala Streck¹⁸⁵.

Ocorre que a superação do esquema sujeito-objeto – motivo pelo qual Habermas propõe a substituição da razão prática – mostra-se incompatível com discursos de caráter contrafático, tendo em vista que estes promovem um retorno ao dedutivismo metafísico – ao invés de proporcionarem uma síntese intersubjetiva de onde possa emergir o sentido –, na medida em que os discursos de fundamentação prévia têm como finalidade apresentar categorias que sirvam ao enquadramento – contrafático – das situações concretas, que até então eram entendidas como fatos à espera de um sentido¹⁸⁶.

Nesse contexto, ainda, cumpre referir que nem mesmo a viravolta operada por Habermas – em face do fracasso da razão meramente formal –, através da qual ele pretende resgatar o mundo prático que ele próprio havia deixado de fora quando da construção de sua verdade consensual, mostra-se suficiente. Aliás, isso parece bastante contraditório, visto que a teoria da verdade – seja no conceito inicial, seja no revisado – mantém o caráter epistemológico, não havendo, portanto, espaço para a faticidade, para o mundo prático¹⁸⁷.

Portanto, tudo converge para a idéia de que os efeitos da introdução do mundo prático operada por Heidegger sequer foram compreendidos por Habermas. Isso fica evidente quando Habermas insiste na construção idealizada de uma situação ideal de fala que rejeita as noções de razão prática e de modo de ser-no-mundo, que devem ser afastadas justamente por ali residir a pré-compreensão¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Cf. STRECK, *Verdade e consenso, op. cit.*, p. 32. Destaque-se, ainda, que a tentativa de Günther no sentido do resgate da razão prática através de seu deslocamento para os discursos de aplicação tampouco não soluciona o problema. Ora, o mundo prático do qual fala a filosofia hermenêutica e a hermenêutica filosófica não mantém qualquer relação com o princípio da adequação, visto que este é colocado apenas como etapa conclusiva do procedimento interpretativo habermasiano (cf. STRECK, *Verdade e consenso, op. cit.*, p. 56).

¹⁸⁶ Id., *ib.*, p. 36.

¹⁸⁷ Cf. STRECK, *Verdade e consenso, op. cit.*, p. 69, para quem “não é possível servir a dois senhores da ciência ao mesmo tempo”.

¹⁸⁸ Id., *ib.*, p. 30.

Por sinal, essa parece ser outra questão importante e que distancia ainda mais a teoria discursiva da hermenêutica: *não há grau zero na compreensão* – conforme ensina Streck – e, portanto, não há como estabelecer condições ideais de fala para alcançar determinado resultado, com base em uma imparcialidade que seria proporcionada pelo princípio do discurso. Com isso, se quer dizer que: de um lado, o procedimento implica uma troca de argumentos lógicos; de outro, entretanto, cada participante já vem sempre de um lugar de compreensão, que é a pré-compreensão. Portanto, na formulação da validade das normas através dos discursos de fundamentação, sempre está presente a dimensão estruturante, organizadora, transcendental, que se assenta no mundo prático. E isso, segundo Streck, é intransponível¹⁸⁹.

Evidencia-se, então, uma diferença que parece fundamental: de um lado, uma teoria (hermenêutica) que se sustenta no mundo prático, no modo-de-ser-no-mundo, e que tem na consciência da história efetual o requisito para a aferição dos pré-juízos verdadeiros; de outro, uma teoria (discursiva) que substitui a razão prática pela razão comunicativa e que se sustenta em discursos de fundamentação capazes de conferir validade *prima facie* às normas e, assim, desoneram o juiz da tarefa de justificação quando da aplicação do direito¹⁹⁰.

Aliás, para Streck, é justamente porque a faticidade – entendida como modo prático de ser-no-mundo – comanda a atividade compreensiva que a hermenêutica leva vantagem sobre as demais teorias jurídicas em cujo centro se coloca a questão da interpretação¹⁹¹.

Afinal, não se pode olvidar que o paradigma hermenêutico parte da idéia de que, com a introdução do ser-no-mundo na compreensão, completou-se o giro ontológico, na medida em que, primeiro, Heidegger revelou que a filosofia é hermenêutica, superando, assim, seu caráter epistemológico e metodológico; e, depois, Gadamer mostrou que a hermenêutica é filosofia, tendo em vista a

¹⁸⁹ Cf. STRECK, *Verdade e consenso*, op. cit., p. 63; e, especialmente, ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica e linguagem*. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans-Georg; ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 151-202, onde o autor trabalha a idéia gadameriana de que *não há a primeira palavra*.

¹⁹⁰ Cf. STRECK, *Verdade e consenso*, op. cit., p. 134.

condição humana de ser-no-mundo. Mais do que isso: a filosofia hermenêutica e a hermenêutica filosófica possibilitam que se opere um salto (quântico) do fundamental para o compreender, entendido como modo-de-ser que se dá sempre em uma intersubjetividade¹⁹².

Nesse contexto, pode-se afirmar que a hermenêutica deixa de ser método(logia) ou, então, que a interpretação não é feita em etapas, visando à reprodução de sentido (*Auslegung*). Após o giro lingüístico-ontológico, a hermenêutica passa a ser filosofia, a interpretação assume um caráter produtivo na atribuição de sentidos (*Sinngebung*) e a relação sujeito-objeto é superada em face da intersubjetividade introduzida pelo círculo hermenêutico¹⁹³.

Assim, o discurso da pré-compreensão passa a ser entendido como aquele que sustenta o modo prático de ser-no-mundo e que, portanto, desde sempre é o fundamento a partir de onde todos os discursos se fundamentam. E isso é o que não consegue perceber a teoria do discurso, na medida não reconhece que o procedimento argumentativo para a formação do consenso pressupõe, necessariamente, um mundo prático, que antecipa as compreensões dos participantes¹⁹⁴.

Por isso, fica sempre a seguinte pergunta: o que fazer com a pré-compreensão – que é condição de possibilidade para qualquer discurso – quando da construção da situação ideal de fala? Ou ainda: seria possível suspendê-la para que se ingressasse na discussão sem aquilo que lhe é condição de possibilidade? Tais respostas, segundo Streck, não são fornecidas pela teoria discursiva¹⁹⁵.

Ora, sob a perspectiva da hermenêutica, é impossível isolar a pré-compreensão – ela é uma dimensão existencial! –, de modo que sempre há um compreender que se antecipa e sobre o qual não existem regramentos. Por isso, a pergunta pelo fundamento sempre chega tarde. Repita-se: interpretar é aplicar. E

¹⁹¹ Id., ib., p. 9-10.

¹⁹² Id., ib., p. 6-7, 9-10 e 181-182.

¹⁹³ Id., ib., p. 181-182.

¹⁹⁴ Id., ib., p. 88.

¹⁹⁵ Id., ib., p. 67.

isso não pode ser cindido. Nesse contexto, portanto, a tarefa do intérprete é mostrar onde a interpretação choca-se com os limites da produção de sentido¹⁹⁶.

Assim sendo, uma vez contrapostos aqueles aspectos que demarcam as principais divergências teóricas entre os dois paradigmas relativas ao problema do mundo prático, convém destacar os seguintes questionamentos levantados por Streck: (a) há possibilidades de alcançar-se o mundo prático sem a ficção de um discurso que, de fora para dentro, procura resgatar a legitimidade que ficou para trás e que as diversas teorias do direito não conseguiram superar? (b) a teoria do discurso consegue ir além da construção de uma justificação para a ação, a partir de um discurso acerca da validade prévia para a realização de contrafactões? (c) o discurso é apenas um tipo determinado de ação comunicativa, que se destina a discutir pretensões de validade que se torna(ra)m problemáticas? (d) a construção de um discurso de fundamentação, a partir de concepções idealizadas, pode contrafactivamente dar conta da complexidade factual (mundo prático); (e) no fundo, a validade (contrafactual) não funciona, na verdade, como um discurso (meramente) apofântico?¹⁹⁷

Ora, tudo indica que, na teoria habermasiana, falta um elemento mais profundo, o que faz com sua teoria do discurso constitua apenas uma aparente tentativa de superar o paradigma da subjetividade. Isso porque, na medida em que aproveita elementos do mundo vivido e afasta o mundo prático, ao retirar a ética do princípio do discurso, a teoria do discurso apresenta uma lacuna fundamental¹⁹⁸.

Em última análise, a teoria discursiva habermasiana, na mesma linha da história do esquecimento do ser, peca por não levar em conta a diferença ontológica. Talvez, porque é exatamente na diferença ontológica que reside a contedística rejeitada pela teoria discursiva, que precisa, nesse contexto, optar pelo idealizado conceito de mundo vivido husserliano – ainda atrelado ao

¹⁹⁶ Id., ib., p. 191.

¹⁹⁷ Id., ib., p. 80.

¹⁹⁸ Id., ib., p. 89.

paradigma representacional –, ao invés de operar com o mundo prático inerente à dimensão existencial do *ser-no-mundo*¹⁹⁹.

3.2.6. O problema da verdade consensual

O problema relativo à teoria da verdade não só evidencia uma importante diferença entre os paradigmas procedimental e hermenêutico, como também constitui um dos elementos estruturais que compõe qualquer matriz de inteligibilidade da filosofia moderna e contemporânea.

Ora, como se sabe, na teoria discursiva do direito, não assume qualquer relevância a circunstância de a verdade encontrar-se em uma determinada relação de algo com algo, da qual se possa se afirmar que algo é verdadeiro. O que importa, nesse caso, é apenas a relação de proposições analisada procedimentalmente, o que poderá apontar para a correção do enunciado ou, então, para a verdade, sem que seja relevante a discussão a respeito de *algo* propriamente²⁰⁰.

Observa-se, assim, que a verdade habermasiana deixa de ser conteudística para se tornar uma idealização necessária. Trata-se, portanto, de uma verdade argumentativa, alcançada através do consenso. Mais: não existe, segundo tal concepção, uma fundamentação válida que não seja atingida por meio da argumentação. Aliás, como se viu, a fundamentação é *prima facie*, exatamente porque esse é o único modo através do qual é possível a universalização, ao passo que a prescritividade é *a posteriori*, justamente através do sacrifício da contextualidade das situações concretas, o que permite, ao fim e ao cabo, a formação da teoria discursiva do direito.

Todavia, neste contexto, Habermas precisa deixar de fora o mundo prático e a conteudística, de modo que estes apenas ingressam com os discursos de aplicação, isto é, depois que as regras do jogo estão previamente fundamentadas:

¹⁹⁹ Id., ib., p. 64.

os fatos realizam-se apenas no contexto da situação ideal de fala, portanto contrafaticamente²⁰¹.

Com efeito, a teoria discursiva do direito apresenta a *situação ideal de fala* – desenvolvida por Habermas desde a teoria da ação comunicativa – como um dos pilares sobre o qual se estrutura, especialmente no que diz respeito aos discursos de fundamentação e discursos de aplicação.

Isso porque a *formação racional de vontade* e, igualmente, a *exigência de que a opinião de todos se manifeste* dependem diretamente da situação ideal de fala, através da qual se dá o agir comunicativo, na medida em que a razão prática é substituída pela razão comunicativa.

Dito de outro modo, a situação ideal de fala proposta por Habermas trata-se de uma forma de comunicação privilegiada, cuja função é servir de parâmetro para a aferição contrafática. Habermas parte, portanto, do pressuposto de que existe um mundo de racionalidade discursiva perfeita, isto é, um mundo em que não há manipulações, o que lhe permite, portanto, construir uma realidade contrafática através de uma situação ideal de fala²⁰².

Aliás, cumpre referir, a advertência de Kaufmann²⁰³, para quem Habermas não desconhece que só um consenso *fundamentado* pode ser critério de verdade ou de correção. Mas o que legitima o consenso? Habermas responde de uma forma notável: a *força do melhor argumento* pode ser explicada unicamente à luz de características *formais* do discurso, e não através de *algo* que, ou subjaz ao *contexto argumentativo*, como a consistência lógica das frases, ou como que *se infiltra* na argumentação, vindo *de fora*. E o que são, então, estas características formais do discurso, que lhe servem de critério de veracidade ou de correção? Com base nas idéias de Toulmin, Habermas identifica estes critérios com as condições de uma *situação ideal de comunicação*. Contudo, não fica claro por que um discurso racional e ideal

²⁰⁰ Id., ib., p. 30, nota 6.

²⁰¹ Id., ib., p. 31-32.

²⁰² Id., ib., p. 88.

²⁰³ Cf. KAUFMANN; HASSEMER, *op. cit.*, p. 199.

produziria a verdade ou a correção de um *algo* (de fatos empíricos, de normas jurídicas), quando, justamente, não tem por base um *algo*?²⁰⁴

Segundo Kaufmann, o modelo habermasiano *também não bate certo*. Isso porque, embora o *princípio do melhor argumento* leve ao surgimento de uma solução, não existe qualquer tipo de regras ou critérios de prioridade, o que torna tal princípio em um *conceito vazio*²⁰⁵.

De qualquer modo, a questão que sempre se coloca é no sentido de entender de que modo a teoria discursiva habermasiana – marcada por seu alto grau de abstração²⁰⁶ – pode contribuir para resolver, efetivamente, os casos concretos que diariamente são levados ao Judiciário²⁰⁷.

Tanto é assim que o próprio Souza Cruz – reconhecido como um dos principais seguidores habermasianos em *terrae brasilis* – afirma categoricamente que nos casos em que prevalece a influência do dinheiro e da burocracia sobre a solidariedade e a racionalidade argumentativa, o discurso de fundamentação resta fadado ao insucesso, na medida em que se verifica a sua desnaturação, tornando-se incapaz de conferir legitimidade à legalidade²⁰⁸.

Com efeito, Habermas sustenta, em sua teoria discursiva, que aquilo que obriga os participantes no debate prático é a força vinculante de um tipo de razões que se supõe capaz de convencer igualmente a todos os demais, isto é, o consenso²⁰⁹.

²⁰⁴ Cf. KAUFMANN; HASSEMER, *op. cit.*, p. 199-200: “Não estaremos aqui, novamente perante aquela misteriosa geração da matéria a partir da forma, o *círculo jusnaturalista*, que já observamos em Kant, e que se nos deparou em todas as fundamentações materiais da justiça?”

²⁰⁵ *Id.*, *ib.*, p. 200.

²⁰⁶ Sobre o modo como se dá a validade segundo a teoria procedimental habermasiana, ver STRECK, *Verdade e consenso*, *op. cit.*, p. 71-72. Na mesma linha, refere o autor, a tese da situação ideal de fala – marcada por seu caráter contrafático – “isso acarreta sérios problemas para os defensores da teoria do discurso habermasiana em países periféricos (modernidade tardia), em face da dificuldade para construir essa *parametricidade ideal*. Não esqueçamos que, para Habermas, a argumentação é a única forma para alcançar a verdade; e esta somente será construída a partir desse *lugar privilegiado*” (*id.*, *ibid.*, p. 67-68).

²⁰⁷ Nesse sentido, a respeito dos problemas atrelados à abstratidade – para não dizer utopia – da teoria habermasiana, ver STRECK, *Verdade e consenso*, *op. cit.*, p. 99-118, onde o autor traz à tona uma porção de casos concretos, indagando como os mesmos haveriam de ser solucionados sob a ótica da teoria discursiva habermasiana.

²⁰⁸ Cf. SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, *op. cit.*, p. 188-189; e, ainda, *id.*, *Jurisdição constitucional democrática*, *op. cit.*, p. 229.

²⁰⁹ Ver, para tanto, HABERMAS, *La ética del discurso*, *op. cit.*, p. 29.

O que Habermas propõe, em última instância, é um conceito de verdade consensual, ou procedimental. No entanto, tal verdade, entendida como produto do consenso comunicativo, só pode ser extraída a partir da função paramétrica exercida por aquilo que a teoria do discurso denomina *situação ideal de fala*, no interior da qual se desenvolvem os discursos racionais de justificação que permitem a validade daquele que exsurge como o melhor argumento²¹⁰.

Uma vez substituída a verdade pelo consenso, a validade de uma determinada pretensão de veracidade só pode ocorrer se houver o preenchimento das condições necessárias, isto é, se houver uma *situação ideal de fala*, cujas características formais são a igualdade de oportunidades para todos os participantes no discurso, a liberdade de expressão, a ausência de privilégios, a veracidade, a ausência de coação, etc.²¹¹.

Ocorre que – e isso não se pode olvidar – as condições ideais que a teoria discursiva pressupõe para as deliberações práticas parecem constituir um cenário próprio de uma verdadeira utopia, principalmente se exigidas nos países periféricos, ou subdesenvolvidos, nos quais o *indivíduo* e o *cidadão* ainda não coincidem²¹².

De modo mais claro – e correndo o risco de ser simplista –, pode-se dizer que Habermas defende, a partir da impossibilidade de uma representação exata da realidade, a tese de que a única coisa que resta são pretensões de veracidade a serem justificadas/validadas/fundamentadas no âmbito do discurso, isto é, na esfera própria do agir comunicativo, em que vige o princípio do falibilismo.

Segundo a tese habermasiana, a *linguagem* e a *realidade* se interpenetram de uma maneira indissolúvel, não havendo qualquer possibilidade natural de isolar

²¹⁰ Ver, para tanto, LEITE, *op. cit.*, p. 198: “Na verdade, toda a obra de Habermas se inclina no sentido de definir as condições, sobretudo políticas e sociais, para um diálogo livre de dominação, isto é, para uma comunicação não sujeita à coação e à violência, no âmbito da qual prevalece exclusivamente a força do melhor argumento – que para ele corresponde à força da razão”.

²¹¹ Cf. KAUFMANN, *Introdução à filosofia*, *op. cit.*, p. 199.

²¹² A respeito da (in)aplicabilidade das teorias eurocentristas na realidade sem precedentes verificada na América Latina, consultar DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação. Crítica à ideologia da exclusão*. São Paulo: Paulus, 1995, para quem os *países do sul* constituem a *outra face* da modernidade: não se trata de pré-modernidade, nem de ante-modernidade, muito menos de pós-modernidade, que, sequer, pode ser realizada conforme pretende Habermas.

as limitações da realidade que tornam um enunciado verdadeiro das regras semânticas que fixam essas condições de verdade. Só é possível explicar o que é um fato com o auxílio da verdade de um enunciado factual; não se pode explicar o que é real senão nos termos do que é verdadeiro. E, como a verdade de opiniões ou sentenças só pode, por sua vez, ser explicada com o auxílio de outras opiniões e sentenças, não se pode fugir à ascendência da linguagem. Esse fato, aponta Habermas, sugere um conceito antifundamentalista de conhecimentos e um conceito holístico de justificação²¹³.

Tudo indica, portanto, que a linguagem, para as teorias consensuais, é manipulável pelos partícipes do diálogo; continua a ser, em outras palavras, uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto²¹⁴, embora a sofisticada maquiagem construída por Habermas a partir de uma leitura muito particular do *linguist turn*²¹⁵.

Muito embora Habermas afirme - na obra *Verdade e justificação* - haver revisado seu conceito verdade, é possível verificar que permanece válido o entendimento segundo o qual o verdadeiro é aquilo que pode ser aceito como racional sob condições ideais²¹⁶.

Vale lembrar que é o próprio Habermas quem reconhece a insuficiência de sua explicação da verdade através da justificabilidade ideal. Tendo constatado que esta assimilação não funcionava, ele revisou tal conceito discursivo de verdade por considerá-lo não somente equivocado, como também incompleto. Ao verificar que a redenção discursiva de uma pretensão de verdade conduz, não à verdade, mas à aceitabilidade racional - assinalando que, mesmo tendo em conta que a falível mente humana não possa alcançar nada melhor, não se pode confundir uma com a outra e que permanece a tarefa de explicar a razão pela qual os participantes da argumentação encontram-se autorizados a aceitar como

²¹³ Cf. HABERMAS, *Verdade e justificação*, *op. cit.*, p. 241-242.

²¹⁴ Ocorre que, como já se viu, a linguagem não pode mais ser entendida desta forma. O mesmo acontece com o processo compreensivo, que não se dá por etapas, ao contrário do que supõem Habermas e Günther. Isso tudo para não falar da pré-compreensão, determinante da situação hermenêutica, que abarca o modo-de-ser-no-mundo no qual está inserido o intérprete e que proporciona a compreensão, e, conseqüentemente, a aplicação, porque compreender é *applicatio*, no sentido gadameriano.

²¹⁵ Ver, para tanto, HABERMAS, *Verdade e justificação*, *op. cit.*, p. 63-97.

verdadeira uma proposição controversa, quando, de fato, em condições ideais –, só resta esgotar todas as razões disponíveis, a favor ou contrárias, e estabelecer sua aceitabilidade racional²¹⁷.

Assim sendo, observa-se que *verdade* e *justificação* revelam entre si uma relação intrínseca através da função pragmática do conhecimento, que segue um caminho de ida e volta entre as práticas cotidianas e os discursos racionais²¹⁸. Para a teoria discursiva da verdade, um enunciado é verdadeiro quando, cumpridas as exigências de um discurso racional, resiste a todas as tentativas de refutação, ou seja, quando se atinge o nível em que, discursivamente, sobressai a força não-coercitiva do melhor argumento, que leva os participantes da discussão a mudar de perspectiva²¹⁹.

Segundo Streck, tudo indica que a *viravolta habermasiana* não provocou grandes alterações na concepção inicial de verdade – visto que seu caráter epistemológico permaneceu conservado – e tampouco se pode dizer que, com o evoluir do tempo, Habermas tenha abandonado o modo procedimental de alcançar sua verdade consensual, pois, mesmo após a revisão que afirma ter feito, a argumentação racional continua a ser o único meio disponível para se certificar da verdade, não havendo outras maneiras de examinar as pretensões de verdade consideradas problemáticas por uma comunidade comunicativa²²⁰.

Assim, em que pese possa ter havido uma *viravolta habermasiana*, não houve alterações consideráveis relativas à sua concepção de verdade. Esta continua a ser epistemológica, tendo em vista que permanece a necessidade da recuperação da vinculação da validade dos enunciados descritivos de toda representação de uma correspondência entre *fato* e *proposição*.

²¹⁶ Cf. STRECK, *Verdade e consenso*, op. cit., p. 43-44.

²¹⁷ Cf. HABERMAS, *La ética del discurso...*, op. cit., p. 80-81.

²¹⁸ Id., ib., p. 78-84.

²¹⁹ Cf. HABERMAS, *Verdade e justificação*, op. cit., p. 254.

²²⁰ Cf. STRECK, *Verdade e consenso*, op. cit., p. 69. “Essa *viravolta habermasiana*, apontando para a necessidade da recuperação da vinculação da validade dos enunciados descritivos de toda representação de uma correspondência entre proposição e fato, parece pretender uma fusão de algo que não pode ser fundido, isto é, uma mixagem entre uma explicação procedimental-argumentativa e uma perspectiva ontológica”.

No entanto, aqui, algumas coisas precisam ficar claras, pois, de duas uma: se a verdade é o mesmo que o consenso, então não se está a tratar da verdade, mas de uma herança convencionalista ou nominalista²²¹.

Ocorre que, sob a perspectiva fenomenológica, o problema da verdade é colocado de um modo consideravelmente diferente. Para tanto, basta observar a seguinte premissa heideggeriana: *se a “verdade” encontra-se, justificadamente, num nexo originário com o “ser”, então o fenômeno da verdade remete ao âmbito da problemática ontológica fundamental*²²². A relevância de tal pressuposto no desenvolvimento da hermenêutica filosófica pode ser observada na medida em que Gadamer destaca que a fenomenologia buscou pensar as condições de verdade para além da lógica²²³.

Redirecionando, portanto, os rumos da filosofia, Heidegger passa a tratar da verdade sob a perspectiva da ontologia fundamental, da analítica existencial, que se difere radicalmente da concepção tradicional. Para ele, a verdade deve ser tratada como ser-descoberto do próprio ente. O ser-verdadeiro (a verdade) do enunciado deve ser compreendido como ser-aquilo-que-descobre²²⁴.

Nesse contexto, a verdade, ao ser entendida como *aletheia*²²⁵, assume o sentido das *coisas em si mesmas*, aquilo que se mostra, o ente conforme seu modo de ser descoberto. Assim, no seu sentido mais originário, a verdade pertence à constituição fundamental do ser-aí; o conceito de verdade designa um existencial. Ou melhor, o ser – e não o ente – se dá enquanto é verdade; e a verdade somente é enquanto ser-aí; ser e verdade são, portanto, co-originários.

²²¹ Cf. STRECK, *Verdade e consenso*, *op. cit.*, p. 64, para quem isso tem relação direta com a ausência de espaço para a ética, de maneira que ela só ingressa posteriormente, como um *standard* de racionalidade de segundo nível, com a finalidade de ornamentar o discurso.

²²² Cf. HEIDEGGER, *Ser e tempo I*, *op. cit.*, p. 281.

²²³ Cf. GADAMER, *Verdad y método II*, *op. cit.*, p. 58: “Yo creo que la respuesta puede ser, en principio: no puede haber un enunciado que sea del todo verdadero [...] No hay ningún enunciado que se puede entender únicamente por el contenido que propone, si se quiere comprenderlo en su verdad. Cada enunciado tiene su motivación. Cada enunciado tiene unos presupuestos que él no enuncia. Sólo quien medita también sobre estos presupuestos, puede sopesar realmente la verdad de un enunciado”.

²²⁴ Ver, para tanto, HEIDEGGER, *Ser e tempo*, *op. cit.*, mais especificamente o famoso parágrafo 44, em que se delineiam as linhas centrais do pensamento heideggeriano acerca da questão do ser e da verdade; e, ainda, STEIN, Ernildo. *Seminário sobre a verdade. Lições preliminares sobre o parágrafo 44 de “Sein und Zeit”*. Petrópolis: Vozes, 1993.

Por isso, pode-se dizer que não há verdades eternas. De tal modo que apenas são possíveis verdades relativas ao próprio ser-aí. A verdade é desvelamento, e esse somente se instaura na abertura da faticidade do ser-aí²²⁶.

Neste sentido, convém salientar que Stein aponta para o fato de que talvez tenha sido a própria compreensão da *aletheia* que tenha permitido a Heidegger distinguir nitidamente o conhecimento (compreensão) do ser e o conhecimento (objetivação) dos entes na relação sujeito-objeto²²⁷.

Observa-se, assim, de maneira mais pontual, que não há como se compreender de que modo a teoria consensual da verdade consegue operar sem *ser-no-mundo*, sem espaço para a *substancialidade*, sem a *ontologia* da qual fala a hermenêutica, sendo a atribuição de sentido dependente apenas da existência de um diálogo, cujas condições de fala são ideais, em que os participantes tenham a liberdade comunicativa necessária para justificar um acordo potencial com todos os demais.

Ora, é preciso entender que o sentido verdadeiro de que fala a hermenêutica se dá na coisa mesma – e não a partir de uma operação epistemológica-procedimental –, dependendo portanto da noção de situação hermenêutica.

Desse modo, ao contrário da tese procedimental – para a qual a verdade equivale ao consenso decorrente de um discurso racional –, a verdade que emerge da fenomenologia hermenêutica é verdade transcendental, fundada na temporalidade do ser-aí e decorrente da faticidade. E, assim sendo, pode-se, inclusive, dizer que a concepção habermasiana de verdade (consenso) implica a noção de *situação ideal de fala*, enquanto a concepção heideggeriana de verdade (*aletheia*) pressupõe a noção de *situação hermenêutica*.

²²⁵ Segundo Heidegger, “a *aletheia* é o impensado digno de ser pensado, é o objeto por excelência do pensamento”; ela seria “o desvelar e a determinação da verdade como desvelamento ao qual pertence todo o mostrar-se do ente” (HEIDEGGER *apud* STEIN, *Compreensão e finitude*, *op. cit.*, p. 57).

²²⁶ Nesse sentido, em face da impossibilidade de aprofundar a questão, ver, obrigatoriamente, STEIN, *Compreensão e finitude*, *op. cit.*, sobretudo a Introdução (p. 21-50) e a Primeira Parte (p. 51-132).

²²⁷ Cf. STEIN, *Compreensão e finitude*, *op. cit.*, p. 81-82.

Para Stein, a situação hermenêutica – inicialmente proposta por Heidegger e, posteriormente, incorporada e desenvolvida por Gadamer – é uma espécie de *lugar* que cada investigador atinge através dos instrumentos teóricos que tem à disposição e, a partir dele, realiza uma avaliação de seu campo temático, o que implica, portanto, a posição do intérprete, a posição do método e a posição da reavaliação do método²²⁸.

Contudo, mostra-se necessário esclarecer, aqui, que tal postura não pode, em hipótese alguma, ser identificada como relativista, como pretendem os adversários da hermenêutica, que mantêm expectativas de natureza fundamentalista²²⁹.

Por sinal, exorcizando definitivamente o fantasma do relativismo, Grondin esclarece de que modo é possível conciliar a apreensão de verdade com o compreender diversamente. Com base na hermenêutica filosófica, ele justifica tal fenômeno afirmando que *as experiências que nós fazemos com a verdade estão inseridas em nossa situação, e isso significa: na conversação interior que nós realizamos constantemente conosco mesmos e com os outros*. E, referindo que nenhum relativismo é defensável no sentido extremo, o autor acrescenta que *ninguém tem vontade de aceitar tudo como igualmente válido e de igual valor. A conversação interior de nossa alma, que não pode ser pensada de outra forma, a não ser situadamente, resiste à indiferença e arbitrariedade de qualquer interpretação*²³⁰.

Na mesma linha, assumindo uma postura nitidamente hermenêutica, Almeida afirma que o sentido verdadeiro *deve ser entendido como um sentido possibilitado pela coisa que se quer interpretar, isto é, não é um sentido forjado pela subjetividade do intérprete e alheio à coisa mesma, mas é algo convalidado na relação coisa-intérprete*. Isso tudo porque, prossegue o autor, *o sentido verdadeiro não é*

²²⁸ Cf. STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1996, p. 53-54.

²²⁹ Cf. GRONDIN, *op. cit.*, p. 231, para quem: “na discussão filosófica contemporânea, o relativismo funciona como um espantalho ou um fantasma assustador, em favor de posições fundamentalistas, que gostariam de abstrair da conversação interior da alma”.

²³⁰ Cf. GRONDIN, *op. cit.*, p. 229-234; e, ainda, STRECK, *Verdade e consenso, op. cit.*, p. 137-138.

*sentido esgotado, já que o processo de compreensão não tem um ponto final, mas está no constante movimento de abertura histórica*²³¹.

Diante de tal quadro, parece evidente que, à revelia do que ensina a (filosofia) hermenêutica (filosófica), Habermas persiste na idéia de que apenas o consenso é racional e de que todo o falante interessado em determinado assunto deve poder se manifestar em busca de um consenso. Tudo aponta para o fato de que Habermas acredita que, em virtude de uma racionalidade discursiva, não existem manipulações. Aliás, não se pode olvidar que a teoria do discurso constrói uma realidade contrafática, cuja base encontra-se atrelada à utopia de uma situação ideal de fala.

Talvez por isso seja possível concluir, conforme adverte Stein, que Habermas praticou um erro genial – que o transformou em um grande homem da Escola de Frankfurt –, ao escrever um enorme artigo sobre *as teorias da verdade* – coisa que um iluminista jamais poderia fazer – apenas para poder trabalhar com um conceito que servisse às teorias que ele desenvolvia sobre o poder, o direito, a fundamentação...²³²

3.2.7 O problema da resposta correta procedimental

Tendo em vista que o positivismo jurídico sempre sustentou a tese da discricionariedade, permitindo aos juízes a escolha dos critérios a partir dos quais seriam solucionados os casos complexos, a teoria da interpretação nunca se desenvolveu suficientemente²³³.

Contudo, apenas quando o *caso concreto* passa a ser manifestamente utilizado pelos juízes e tribunais como um artifício para que as decisões pudessem ser proferidas de acordo com a subjetividade do intérprete, é que a

²³¹ Cf. ALMEIDA, Custódio Luís Silva de. *Hermenêutica e dialética: Hegel na perspectiva de Gadamer*. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans-Georg; ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000, p. 65, nota 10.

²³² Cf. STEIN, *Epistemologia...*, *op. cit.*, p. 88-89.

²³³ Cf. STRECK, *Verdade e consenso*, *op. cit.*, p. 5.

teoria e a filosofia do direito – preocupadas com a superação da arbitrariedade positivista – voltar-se-ão, obrigatoriamente, para o problema relativo à indeterminabilidade do direito nos casos complexos, a fim de evitar deciosinismos judiciais²³⁴.

Nesse contexto, exsurge a clássica distinção entre *casos fáceis* (*easy cases*) e *casos difíceis* (*hard cases*): a solução dos primeiro demandaria um raciocínio meramente dedutivo, visto que possuem um caráter causal-explicativo, ao passo que os segundos, em razão de sua complexidade, não poderiam ser reduzidos a uma explicação causal²³⁵.

Tal divisão aparece nas últimas décadas – principalmente nos trabalhos de Dworkin²³⁶ – e tem causado grandes debates²³⁷, uma vez que adotada pelas mais diversas correntes do pensamento jurídico contemporâneo: no positivismo jurídico (Hart e McCormick), na teoria da argumentação (Alexy e Atienza) e, ainda, na teoria do discurso (Habermas e Günther).

Segundo Streck, em que pese Habermas refira-se apenas algumas vezes de modo expresso àquilo que se entende por casos difíceis, parece mais do que evidente que a teoria do discurso, fica evidente que todo seu esforço – notadamente a substituição da razão prática e a tentativa de desonerar o juiz da fundamentação das normas²³⁸ – tem como finalidade resolver precisamente os casos complexos²³⁹.

No entanto, é preciso ter claro que a referida cisão entre *casos fáceis* e *casos difíceis* representa apenas mais um dos dualismos metafísicos presentes no

²³⁴ Id., *ib.*, p. 5.

²³⁵ Id., *ib.*, p. 200.

²³⁶ Ver, para tanto, DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003; id., *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002; e, ainda, id., *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. No que se refere à eventual objeção de que Dworkin também contribui para o reforço da cisão entre casos fáceis e casos difíceis, é importante destacar que em sua teoria não há qualquer distinção entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação e, muito menos, qualquer desoneração do juiz de fundamentar exaustivamente a decisão prolatada. Mais: para Dworkin, é a integridade do direito e a coerência de sua reconstrução que vão fornecer as condições e os elementos necessários para conduzir o intérprete à resposta correta no caso concreto (cf. STRECK, *Verdade e consenso*, *op. cit.*, p. 199).

²³⁷ Ver, por todos, RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*. 3. ed. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 2000.

²³⁸ Cf. STRECK, *Verdade e consenso*, *op. cit.*, p. 198.

²³⁹ Id., *ib.*, p. 55.

imaginário jurídico, muito embora sobre ela se fundamentem cada vez mais teorias e adiram cada vez mais autores.

Tal divisão, para Streck, é apenas de cunho objetivista e metodológico, uma vez que não existe – e tampouco seria possível – qualquer uma institucionalização de casos fáceis e casos difíceis, como se houvesse duas categorias que estivessem previamente demarcadas. Dito de outro modo, o problema não está em afirmar que determinado caso é fácil ou difícil, mas sim na pretensa institucionalização dos dois tipos de casos²⁴⁰.

Ocorre que disso a teoria discursiva parece não se dar conta, na medida em que não percebe que na distinção entre casos fáceis e casos difíceis estariam implicados dois tipos de operação: nos casos fáceis, um operar explicativo, que é da ordem da causalidade; nos casos difíceis, um operar ampliado em face da insuficiência da explicação causal²⁴¹.

Sob a perspectiva da hermenêutica, ao contrário, a cisão entre casos fáceis e casos difíceis desaparece diante dos teoremas do círculo hermenêutico e da diferença ontológica. Isso porque se reconhece que, no interior da pré-compreensão, ambos os casos se fundem, havendo uma unidade que os institui²⁴².

Isso porque – conforme anteriormente mencionado – toda interpretação sempre é precedida de uma compreensão, que lhe é condição de possibilidade. Isso significa dizer que antes da distinção – de caráter causal-explicativo – existe uma antecipação de sentido no interior da compreensão – de caráter existencial –, onde se encontram esses dois elementos de caráter epistemológico²⁴³.

Aliás, é justamente essa dupla estrutura da linguagem o que torna impossível, hermeneuticamente, a cisão entre casos fáceis e casos difíceis, visto

²⁴⁰ Id., ib., p. 202-203.

²⁴¹ Id., ib., p. 200.

²⁴² Id., ib., p. 195.

²⁴³ Id., ib., p. 199.

que a resolução dos casos fáceis encontra-se sempre no nível do universo não questionado, conforme assinala Streck²⁴⁴.

De qualquer modo, o importante é ter claro que, no Estado democrático de direito, não é mais possível admitir a existência da tese positivista da discricionariedade judicial, precisamente em face da diferença *genética* entre regras e princípios, que revoluciona a teoria das fontes, a teoria da norma e, por fim, toda a teoria da interpretação²⁴⁵.

Isso porque, com o advento do novo paradigma jurídico - neoconstitucionalismo -, instituído pelo Estado democrático de direito, ocorre a superação do modelo de direito entendido como sistema de regras²⁴⁶, a partir dos princípios introduzidos pelo discurso constitucional, cuja função encontra-se ligada ao resgate do mundo prático (faticidade) negado pelo positivismo jurídico, conforme ensina Streck²⁴⁷.

Nesse contexto, é justamente através da introdução dos princípios que se torna possível sustentar a tese hermenêutica de que, no direito, existem respostas corretas - conteudísticas - para os casos concretos. Contudo, é preciso entender que a resposta fornecida pelos princípios representa um problema hermenêutico, ligado à compreensão, e não um problema analítico procedimental, ligado à fundamentação.

Com feito, os princípios têm como finalidade justamente evitar decisionismos judiciais, na medida em que - por mais paradoxal que possa parecer - servem para impedir múltiplas respostas²⁴⁸. Isso se dá porque eles não

²⁴⁴ Id., *ib.*, p. 227.

²⁴⁵ Id., *ib.*, p. 142.

²⁴⁶ Nesse sentido, ver CAMPBELL, *op. cit.*, p. 304, para quem todos sabem que as decisões judiciais dependem de uma multiplicidade de fatores que não estão dados nas regras do sistema.

²⁴⁷ Cf. STRECK, *Verdade e consenso, op. cit.*, p. 4.

²⁴⁸ Nesse sentido, ver STRECK, *Verdade e consenso, op. cit.*, p. 194, para quem a posição sustentada por Atienza representa indiscutivelmente uma postura decisionista: "Vejam os casos fáceis-casos difíceis apresenta problemas sem resposta: casos fáceis, segundo Atienza [...] são os casos que demandam respostas corretas que não são discutidas; já os casos difíceis são aqueles nos quais é possível propor mais de uma resposta correta que se situe dentro das margens permitidas pelo direito positivo".

ampliam a interpretação, como freqüentemente se costuma dizer, mas, ao contrário, a *limitam*²⁴⁹.

Nesse contexto, mostra-se equivocada, por exemplo, a tese alexyana segundo a qual os princípios seriam mandados de otimização, enquanto as regras traduziriam especificidades. Ora, é preciso entender que princípios não são cláusulas abertas e tampouco constituem um espaço reservado à livre atuação do juiz. Mais: concordar com tais posicionamentos é o mesmo que subscrever a tese da discricionariedade judicial, sustentada pelo positivismo jurídico, e de alguma maneira invocada, recentemente, por alguns civilistas em defesa do novo Código Civil, também conhecido como o *Código do juiz*, em razão das lacunas destinadas ao preenchimento judicial²⁵⁰.

Conforme destaca Streck, a era dos princípios veio para superar, definitivamente, o problema ligado à abstração das regras. Mais: o fio condutor dos princípios é precisamente a diferença ontológica, através da qual o positivismo jurídico é invadido pelo mundo prático²⁵¹.

Isso porque, na esteira de Streck, é possível afirmar que qualquer teoria que se pretenda crítica e que tenha como objetivo a transformação do direito em um saber prático deve, necessariamente, levar em consideração que (a) pelas regras, faz-se uma justificação de subsunção, o que, no fundo, implica uma relação de dependência, de subjugação, e, portanto, uma relação de objetivação; (b) enquanto pelos princípios não se opera mais a partir de dados ou quantidades objetiváveis, tendo em vista que não há mais a pressuposição de

²⁴⁹ Cf. STRECK, *Verdade e consenso*, *op. cit.*, p. 145-146, para quem os princípios, de um lado, proporcionam a superação do modelo da subsunção lógica-dedutiva, na medida em que suplantam as regras, e, de outro, impedem práticas judiciais decisionistas

²⁵⁰ Cf. STRECK, *Verdade e consenso*, *op. cit.*, p. 142. Destaque-se, aqui, mais uma diferença sensível entre a hermenêutica e a teoria do discurso habermasiana: enquanto a hermenêutica combate posturas decisionistas, arbitrárias e discricionárias, que receberam a chancela do legislador político na medida em que este inseriu inúmeras *cláusulas abertas* no novo código Civil, os seguidores habermasianos aplaudem a sua promulgação, afirmando se tratar de um exemplo significativo da potencialidade do agir comunicativo, em face das notáveis mudanças operadas, em especial no que se refere à valorização da pessoa humana (cf. SOUZA CRUZ, *Habermas e o direito brasileiro*, *op. cit.*, p. 109),

²⁵¹ Cf. STRECK, *Verdade e consenso*, *op. cit.*, p. 144; e, também, ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 122: “La importancia de esta temática resulta evidente en todos los problemas relativos a la validez de las normas jurídicas. Si el derecho debe volver a la realidad, es decir, debe operar en cada caso concreto conforme al valor que los principios asignan a la realidad, no se puede controlar la validez de una norma teniendo

elementos de causa e efeito, mas, sim, de um acontecer daquilo que resulta do princípio, o que está ligado ao processo compreensivo²⁵².

Assim, fica evidente que a inserção da faticidade vai se dar exatamente mediante a introdução dos princípios, na medida em que estes vão se situar no campo do acontecer, de caráter ontológico (não-clássico), superando, desse modo, o nível da explicação causal, de caráter ôntico, ligada ao mundo das regras²⁵³.

Mais do que isso: no paradigma hermenêutico, é possível afirmar que *por trás de cada regra há um princípio* que a impede de se desindexar do mundo prático. E isso produz importantes conseqüências no direito contemporâneo²⁵⁴. Contudo, é preciso que se compreenda adequadamente o modo como se dá esse fenômeno: ao invés de estarem cindidos, existe um acontecer no qual a regra aproxima-se do princípio em duas dimensões, a partir de uma anterioridade, de

en cuenta exclusivamente lo que ésta dice. No basta considerar el *derecho de los libros*, es preciso tener en cuenta el *derecho en acción*; no basta una *validez lógica* es necesaria una *validez práctica*".

²⁵² Cf. STRECK, *Verdade e consenso*, op. cit., p. 151; e, na mesma direção, Na mesma direção, ver ZAGREBELSKY, op. cit., p. 110, para quem: "Sólo a las reglas se aplican los variados y virtuosistas métodos de la interpretación jurídica que tiene por objeto el lenguaje del legislador. En las formulaciones de los principios hay poco que interpretar de este modo. Por lo general, su significado lingüístico es autoevidente y no hay nada que deba ser sacado a la luz razonando sobre las palabras. Las fórmulas de principio son a menudo expresiones un tanto banales, producto de una recepción jurídica de tercera o cuarta mano (Smend), pero no por ello menos vanerables, que remiten a tradiciones históricas, contextos de significados, etc., y que, más que interpretadas a través del análisis del lenguaje, deben ser entendidas en su *ethos* (Giaformaggio). En pocas palabras, a la reglas *se obedece* y, por ello, es importante determinar con precisión los preceptos que el legislador establece por medio de las formulaciones que contienen las reglas; a los principios, en cambio, *se presta adhesión* y, por ello, es importante comprender el mundo de valores, las grandes opciones de cultura jurídica de las que forman parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión".

²⁵³ Cf. STRECK, *Verdade e consenso*, op. cit., p. 167.

²⁵⁴ Cf. STRECK, *Verdade e consenso*, op. cit., p. 102-103, para quem "A afirmação *atrás de cada regra há um princípio* acarreta importantes conseqüências. Com efeito não poderá haver colisão entre regra e princípio; logo, a regra não pode prevalecer em face de um princípio [...] Se correta a tese de que por trás de cada regra há um princípio, então a afirmação de que, em determinados casos, a regra prevalece em face do princípio, é uma contradição. A prevalência de regra em face de um princípio significa um retorno ao positivismo, além de independizar a regra de qualquer princípio, como se fosse um objeto dado (posto), que é exatamente o primado da concepção positivista do direito, em que não há espaços para os princípios. Isto implica a discricionariedade - característica do positivismo, cerne, aliás, das principais críticas feitas por Dworkin a Hart -, ficando, assim, a cargo do intérprete (no caso mais específico, o juiz) a escolha das hipóteses em que uma regra é independente de um princípio e a hipótese em que a regra prevalecerá diante do princípio". Nesse exato sentido, assumido a posição de que as regras devem prevalecer, consultar ÁVILA, Humberto. *Princípio, Teoria dos*. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 657-661; id. *Teoria dos princípios*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003; e, ainda, BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

tal maneira que *a condição de possibilidade da interpretação da regra é a existência do princípio instituidor*, conforme assinala Streck²⁵⁵.

Em síntese, aproveitando ainda referida cisão entre casos fáceis e casos difíceis, seria possível concluir, por exemplo, que: nos primeiros, a regra encobre o princípio, na medida em que a solução do caso se dá no nível da pura objetivação; nos últimos, surge a necessidade do uso dos princípios em razão da insuficiência da objetivação proporcionada pela interpretação da regra²⁵⁶.

Disso resulta evidente que a regra está sempre subsumida no princípio, ao passo que a percepção do princípio permite com que este se transforme no elemento que existencializa a regra por ele instituída, ficando, porém, encoberto²⁵⁷.

Observa-se, com isso, que a hermenêutica, ao contrário do que propõem as diversas epistemologias jurídicas existe – para as quais existe apenas uma distinção de grau de intensidade entre regra e princípio, o que resulta em uma equiparação –, considera que, nos princípios, está em jogo algo mais do que uma mera explicação de ordem causalista²⁵⁸.

O que deve ficar claro, em última análise, é que as decisões judiciais devem ser cada vez mais controladas nessa quadra da história. Este, por sinal, é o papel da doutrina. Não é por mera coincidência que, no Estado democrático de direito, exige-se fundamentação de qualquer tipo de decisão.

²⁵⁵ Cf. STRECK, *Verdade e consenso*, *op. cit.*, p. 167-168, para quem, partindo dos pressupostos hermenêuticos, torna-se nítida a impossibilidade de se isolar regras e princípios, uma vez que a interpretação de uma determinada regra pressupõe, inevitavelmente, o seu princípio instituidor. Isso porque a regra nunca se encontra desindexada do princípio. Ela apenas o encobre, seja através de uma explicação causal-dedutivista, seja através de uma má-compreensão do próprio princípio, atribuindo-lhe uma dimensão de ordem explicativa ao invés de compreensiva. Contudo, para compreender o que significa a afirmação de que *no princípio esta em jogo algo mais do que uma explicação causalista*, mostra-se necessário superar os dualismos próprios da metafísica. Isso implica passar do nível epistemológico do fundamental para o nível fenomenológico do compreender – onde compreender é aplicar –, o que possibilita perceber que a diferença entre regra e princípio é um problema hermenêutico, entendido no sentido de uma teoria da experiência real, que é o pensar.

²⁵⁶ *Id.*, *ib.*, p. 167.

²⁵⁷ Cf. STRECK, *Verdade e consenso*, *op. cit.*, p. 167, para quem “é necessário, neste ponto, discordar de Dworkin [*Levando os direitos a sério*, *op. cit.*], quando diz que as regras são aplicáveis à maneira do *tudo ou nada* e que os princípios enunciam uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas ainda assim necessitam de uma decisão particular”.

²⁵⁸ *Id.*, *ib.*, p. 168.

Por isso, a importância conferida aos princípios. Ao reintroduzirem o mundo prático no mundo jurídico, os princípios asseguraram uma espécie de *objetividade* no processo interpretativo, na medida em que possibilitam um *fechamento* da interpretação – através das noções dworkianas de coerência e de integridade²⁵⁹ –, funcionando, assim, como blindagem contra a atribuição arbitrária de sentido e contra a atribuição de sentido arbitrário, visto que conduzem o intérprete à resposta correta para o caso concreto²⁶⁰.

Destaque-se, nesse sentido, que a partir do momento em que as teorias jurídicas contemporâneas passaram a se preocupar, de fato, com a questão do caso concreto, a tese positivista da multiplicidade de respostas precisou ser abandonada, visto que apenas abstratamente é possível sustentar inúmeras respostas.

Contudo, aqui, é preciso deixar claro, desde o início, que a tese da multiplicidade das respostas não é uma característica da hermenêutica, mas, sim, do positivismo jurídico, segundo o qual existe uma zona de discricionariedade judicial, na qual compete aos juízes escolher livremente os critérios que devem ser utilizados para solucionar os casos complexos²⁶¹.

Segundo Streck, ao contrário do que afirmam alguns juristas, é possível dizer que – não obstante as contingências do mundo prático²⁶² – uma

²⁵⁹ Conforme Dworkin (*Império do direito, op. cit.*), sempre que mais de uma solução for apresentada para solucionar o caso concreto, o juiz deve optar pela interpretação, que do ponto de vista da moralidade política, melhor refletir a estrutura das instituições e decisões da comunidade, de modo que resposta correta para o caso concreto será aquela que melhor representar, historicamente, o direito vigente. Além do mais, é possível estabelecer uma aproximação entre a noção de *integridade* (Dworkin) e a noção de *tradição* (Gadamer), visto que durante a o processo de reconstrução do direito é possível distinguir pré-juízos autênticos de pré-juízos inautênticos (cf. STRECK, *Verdade e consenso, op. cit.*, p. 203, nota 4). Segundo a lição de Dworkin, os limites à subjetividade do juiz serão estabelecidos na medida em que o direito for entendido como integridade, o que impede o intérprete de colocar-se frente aos casos como se eles fossem objetos à sua disposição. Aliás, é justamente a sua participação na prática social o que constitui o horizonte que lhe permite compreender as alterações de sentido e o seu confronto com pré-juízos inautênticos.

²⁶⁰ Cf. STRECK, *Verdade e consenso, op. cit.*, p. 211-212: “Uma resposta (que é um ato de aplicação) não é construída para responder a outras perguntas. Afinal, uma interpretação (decisão) não é feita para resolver casos futuros, porque isto implicaria uma autonomização desse enunciado (como se o ser se separasse do ente) [...] É por isso que a norma atribuída a um texto – que sempre diz respeito a um evento – não pode ser o sentido da norma de outro texto. Uma norma (sentido do texto) não se deduz de outra”.

²⁶¹ *Id.*, *ib.*, p. 194.

²⁶² Cf. STRECK, *Verdade e consenso, op. cit.*, p. 220, para quem “não se pode excluir que se dêem várias respostas. Isso ocorre em face das contingências. Entretanto, o fato de se possibilitar várias respostas pelas contingências *não significa que em todas elas se pode encontrar o elemento de compreensão que se encontra*

interpretação é correta, e outra é incorreta, tendo em vista que o homem move-se no mundo precisamente porque pode fazer afirmações dessa natureza, sem que disso sequer se dê conta²⁶³.

Cumprido referir, no entanto, que a diferença existente entre a resposta correta defendida pela hermenêutica e aquela sustentada pela teoria do discurso é de fundo paradigmático, razão pela qual deve ser remetida necessariamente à questão da verdade: (a) sob a ótica da hermenêutica, a verdade tem um caráter contudístico, em face da introdução do mundo prático, operada por Heidegger e por Gadamer; (b) sob a ótica da teoria do discurso, a verdade tem um caráter procedimental, em que pese a tentativa de Habermas de corrigir seu conceito, substituindo a idéia de consenso pela de aceitabilidade racional da argumentação, feita em condições quase-ideais²⁶⁴.

Nesse contexto, Habermas entende que a resposta correta é o resultado da adequação operada no discurso de aplicação relativo a uma norma previamente válida. Trata-se, portanto, de um exame contrafático da legitimidade da coação estatal em razão da normatização de expectativas sociais de comportamento e do próprio Estado democrático de direito²⁶⁵.

Dito de outro modo, na teoria do discurso, a resposta fornecida para um determinado caso decorre da adequação de uma situação concreta a uma norma considerada válida *prima facie*, cuja fundamentação é o resultado final de sua aceitabilidade, alcançado apenas após o esgotamento de todas as razões disponíveis sobre o tema²⁶⁶.

em uma unidade. Renunciar de antemão a essa unidade significa não levar até o fim as conseqüências do ato interpretativo, enfim, da resposta (mais adequada) ao problema".

²⁶³ Ver, para tanto, STRECK, *Verdade e consenso*, op. cit., p. 183-184: "Penso que, partir da hermenêutica filosófica - que tenho trabalhado como uma *Crítica Hermenêutica do Direito* -, é possível alcançar aquilo que pode ser denominado de *a resposta hermeneuticamente adequada à Constituição*, que, se assim se quiser, também pode ser chamada de *resposta correta*. Observe-se que há uma diferença entre a resposta correta que proponho e a resposta correta proposta pelo procedimentalismo habermasiano, para o qual esta não é apurada de forma contudística. E não poderia ser diferente. Em Habermas, *a resposta correta é uma exigência contrafática da legitimidade da coação estatal em face da normatização das expectativas sociais de comportamento e do Estado democrático de direito*".

²⁶⁴ Cf. STRECK, *Verdade e consenso*, op. cit., p. 48; e, também, KAUFAMANN; HASSEMER, op. cit., p. 205 .

²⁶⁵ Cf. STRECK, *Verdade e consenso*, op. cit., p. 184.

²⁶⁶ Id., ib., p. 190.

Com isso, todavia, verifica-se que a resposta correta, sob a perspectiva da teoria do discurso, resulta de uma decisão cuja racionalidade não depende do fundamento racional da norma que deve ser aplicada, visto que a validade dessa norma está pressuposta desde que justificada através do discurso de fundamentação²⁶⁷.

Observe-se, assim, que a resposta certa de que falam Habermas e Günther não existe sob o ponto de vista hermenêutico, conforme assinala Streck. Ou melhor: em que pese a teoria discursiva defenda a existência de uma única resposta correta, resultante de um raciocínio contrafático, realizado a partir de um discurso de fundamentação prévio, o que se verifica é a possibilidade de diversas respostas corretas. Isso porque, para Habermas, a aceitabilidade da resposta tida como correta depende da estrutura do processo argumentativo, e não da qualidade dos argumentos invocados²⁶⁸.

Ocorre que, desse modo, parece impossível conciliar as noções habermasianas de *resposta correta*, ligada ao discurso de aplicação, e de verdade *consensual-procedimental*, ligada ao discurso de fundamentação. De modo mais claro: enquanto a resposta correta acontece no juízo de adequabilidade operado entre a situação fática e as normas válidas *prima facie*, a verdade é extraída a partir da função paramétrica desempenhada pela situação ideal de fala, através da qual se alcança a verdade entendida como produto do consenso comunicativo²⁶⁹.

Nesse contexto, portanto, tudo indica não ser possível alcançar a resposta correta desconsiderando seu conteúdo, conforme pretende a teoria do discurso. Aliás, ao deixar de fora questões substantivas, Habermas promove a hipostasiação – supervalorização – dos elementos procedimentais. Talvez isso explique porque Souza Cruz defende a possibilidade de que, através de um

²⁶⁷ Id., ib., p. 184.

²⁶⁸ Id., ib., p. 184.

²⁶⁹ Id., ib., p. 187.

determinado procedimento, é possível que se obtenham múltiplas respostas para o mesmo caso concreto²⁷⁰.

Por outro lado, no paradigma hermenêutico, apenas a situação concreta deve servir de parâmetro para que se alcance a resposta correta, isto é, adequada à Constituição. O problema – especula Streck – talvez resida na diferença que existe entre aquilo se entende por situação concreta na hermenêutica e na teoria discursiva. E, aqui, convém destacar que, hermeneuticamente, a *coisa mesma* nunca é a *mesma coisa*²⁷¹, mormente se considerado que o caso concreto é irrepetível, o que implica a existência de simplesmente uma resposta – correta ou não.

Segundo Streck, defender a única resposta correta implicaria o reconhecimento, mesmo que implícito, de uma totalidade, de maneira que tudo aquilo que sempre fica de fora da compreensão restaria eliminado. E, com isso, não se pode concordar, visto que o não-dito, o ainda-não-compreendido, aquilo-que-sobra, é justamente o que pode determinar, no próximo caso, uma resposta diferente da anterior. Isso resulta, portanto, em um sutil, mas importante diferença: a resposta correta não pode ser confundida, de modo algum, com a *única* resposta correta²⁷².

Mais: tudo indica, conforme assinala Streck, que a única resposta correta representa um paradoxo, visto que se trata de uma impossibilidade

²⁷⁰ Id., *ib.*, p. 187.

²⁷¹ Cf. STRECK, *Verdade e consenso*, *op. cit.*, p. 104; e, ainda, GARCIA AMADO, Juan Antonio. *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2001, p. 55.

²⁷² Cf. STRECK, *Verdade e consenso*, *op. cit.*, p. 213. Cumpre referir, ainda, o entendimento de Grau (*Interpretação do direito*, *op. cit.*, p. 473), para quem “interpretar um texto normativo significa escolher uma entre várias interpretações possíveis, de modo que a escolha seja apresentada como adequada. A norma não é objeto de demonstração, mas de justificação. Por isso a alternativa verdadeiro/falso é estranha ao direito; no direito há apenas o *aceitável* (justificável). O sentido do justo comporta sempre mais de uma solução [...] Dá-se, na interpretação de textos normativos, algo análogo ao que se passa na interpretação musical. Não há uma única interpretação correta (exata) da Sexta Sinfonia de Beethoven: a Pastoral regida por Toscanini, com a Sinfônica de Milão, é diferente da Pastoral regida por von Karajan, com a Filarmônica de Berlim. Não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são autênticas – e corretas. Da mesma forma, não existe uma única resposta correta (= verdadeira) para o caso jurídico – ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico. Nenhum juiz tem condições de encontrar, para cada caso, uma resposta verdadeira, pois aquela que seria a única resposta correta simplesmente não existe. A interpretação é convencional. Não há realidade objetiva com a qual possa ser confrontado o seu resultado (o interpretante), inexistindo, portanto, uma interpretação objetivamente verdadeira”.

hermenêutica e, ao mesmo tempo, de uma redundância, na medida em que resultaria no seqüestro da diferença e do tempo²⁷³.

Portanto, a diferença entre tese da resposta correta, defendida com base na hermenêutica filosófica, e tese da única resposta correta, sustentada com base na teoria do discurso, podem ser distinguidas do seguinte modo: enquanto, na hermenêutica, a resposta correta exsurge na diferença, na coisa mesma, na incidibilidade entre interpretar/compreender/aplicar, na teoria do discurso, a única resposta correta depende da adequação entre a situação concreta e o discurso previamente fundamentado, haja vista que Habermas desloca a validade das normas em concreto para as bases abstratas do sistema jurídico²⁷⁴.

Todavia, cumpre referir ainda que a tese da resposta correta defendida pela hermenêutica não pode ser confundida com a *tese da melhor resposta possível*, visto que com esta não garante o afastamento do elevado grau de discricionariedade, tendo em vista que o fato de uma resposta poder ser adjetivada de *a melhor* não exclui a existência de uma multiplicidade de respostas igualmente corretas, o que remete mais uma vez ao problema que, desde o início, sempre vinculou o positivismo jurídico à filosofia da consciência: a delegação ao intérprete da tarefa de escolher livremente – entre todas as corretas – a resposta que melhor soluciona, tendo como parâmetro sua própria consciência ou, então, regras e critérios pré-estabelecidos arbitrariamente²⁷⁵.

Deve-se salientar, entretanto, que, no paradigma hermenêutico, a explicitação da resposta para cada caso concreto deverá apresentar uma justificação consistente, na qual se proceda uma reconstrução doutrinária e jurisprudencial do direito, de modo que se confrontem tradições e, assim, exsurja a fundamentação jurídica que, em última análise, legitimará a decisão

²⁷³ Id., ib., p. 213.

²⁷⁴ Id., ib., p. 214.

²⁷⁵ Nesse sentido, em defesa da *tese da melhor resposta possível*, fundada a partir da interpretação tópicosistemática, ver FREITAS, Juarez. *A melhor interpretação constitucional versus a única resposta correta*. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 327 e segs., onde o autor apresenta uma forte crítica à clássica tese defendida por Dworkin.

judicial em conformidade com as exigências do paradigma do Estado democrático de direito²⁷⁶.

Em síntese, levando em consideração as circunstâncias apresentadas, ficam evidentes as teses hermenêutica e discursiva a respeito da resposta correta: a primeira é conteudística, fundada no mundo prático e na diferença ontológica; a segunda, é procedimental e admite a possibilidade de se obter aquela que considera ser a única resposta correta²⁷⁷.

Talvez o único ponto de aproximação entre as duas teses esteja no fato de que, sob a perspectiva da hermenêutica, a resposta correta – que exsurge sempre da síntese da *applicatio* – deve ser justificada no plano da argumentação racional, a fim de que se atenda ao mandamento constitucional relativo à obrigatoriedade de fundamentação das decisões. Isso aponta, contudo, mais uma vez, para o fato de que a hermenêutica não prescinde de uma argumentação adequada – entendida como vetor de racionalidade de segundo nível, operando no plano lógico –, sem que possa, com ela, seja confundida. Afinal, se *interpretar é explicitar o compreendido*, conforme refere Gadamer, essa tarefa é precisamente àquela reservada às teorias do discurso e da argumentação jurídica²⁷⁸.

Assim sendo, uma interpretação pode ser considerada correta quando ela desaparece, isto é, quando é objetivada por meio de existenciais positivos. Ou melhor: uma interpretação pode ser considerada correta a partir do momento em que o intérprete deixa de se perguntar a respeito de *como se compreende algo* ou *por que se interpreta de um modo, e não de outro*. Enfim, uma interpretação pode ser

²⁷⁶ Cf. STRECK, *Verdade e consenso*, *op. cit.*, p. 222-283, onde o autor reforça que “a justificativa é condição de possibilidade da legitimidade da decisão”, inclusive porque, segundo Dworkin (*Uma questão de princípio*, *op. cit.*, p. 238), considerando as especificidades da operacionalidade do direito na *common law* e na *civil law*, pode-se afirmar que: “qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juizes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, e períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mão e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomando como um todo, o propósito ou o tema da prática até então”.

²⁷⁷ *Id.*, *ib.*, p. 215.

²⁷⁸ *Id.*, *ib.*, p. 221.

considerada correta quando seu sentido simplesmente se dá, se manifesta, de maneira que ela se torna apenas mais um dos acertos cotidianos – conformado pelo modo prático de ser-no-mundo – que possibilitam ao intérprete se mover no mundo²⁷⁹.

Esse mesmo raciocínio serve para explicar como é possível que um caso considerado difícil, na medida em que compreendido adequadamente, transforme-se um caso fácil, com o passar do tempo. Quando a interpretação desaparecer – o que dá no mesmo que o momento em que o intérprete deixar de se perguntar por ela – significa que aquele caso que, antes, era difícil se tornou, agora, fácil, pois alcançou sua resposta correta.

Disso tudo resulta que o problema relativo à facilidade/dificuldade não reside nos casos – em si mesmos –, mas na possibilidade decorrente da pré-compreensão do intérprete de compreendê-los. Portanto, existe algo que antecede o dualismo metafísico. Trata-se, com efeito, da dobra que cada caso possui, assim como ocorre nas estruturas da linguagem e do discurso jurídico.

3.2.8. O problema da pretensão de universalidade da teoria habermasiana

Com efeito, pode-se afirmar que Habermas propõe um modelo de democracia constitucional, fundada nos procedimentos que garantem a formação livre e racional da opinião e da vontade, o que pressupõe uma identidade política ancorada, necessariamente, em uma nação de cidadãos.

Partindo, então, da premissa de que o modelo de democracia constitucional não deve fundamentar-se em valores compartilhados e, tampouco, em conteúdos substantivos, Habermas volta suas baterias para a *jurisprudência de valores* – adotada pelas cortes européias, especialmente a alemã –, defendendo

²⁷⁹ Cf. STRECK, *Verdade e consenso*, *op. cit.*, p. 273, para quem essa *objetivação* ocorrerá, todavia, apenas se não houver um *choque hermenêutico*, isto é, se o intérprete não estranhar aquilo que lhe é familiar no interior da tradição. Desse modo, conformados os horizontes de sentido, a interpretação simplesmente desaparece, na medida em que ninguém se pergunta sobre o sentido (verdadeiro ou falso) atribuído a algo.

que, no Estado democrático de direito, o papel a ser desempenhado pelos tribunais constitucionais deve ficar restrito a uma compreensão procedimental da Constituição. Isso significa dizer que os tribunais devem se limitar, portanto, a garantir o processo de criação democrática do direito – através do qual os cidadãos possam estabelecer um entendimento sobre a natureza de seus problemas e as formas de sua solução –, ao invés de atuarem como pretensos guardiões de uma suposta ordem suprapositiva de valores substantivos²⁸⁰.

Aliás, nesse sentido, não se pode olvidar que as teorias procedimentais da Constituição frequentemente são apresentadas como estratégias de desjuridificação, o que, nos países desenvolvidos, é entendido como uma maneira de favorecer o pluralismo jurídico, na medida em que ampliaria os espaços de cidadania²⁸¹.

O grande problema, entretanto, está no fato de que a desjuridificação não pode ser compreendida do mesmo modo em países centrais e em países periféricos, muito embora o procedimentalismo habermasiano seja marcado justamente por seu alto nível de abstração e generalidade, enfim, pelo caráter universal de sua construção teórica.

Ocorre que, conforme destaca Neves, a desjuridificação ou desconstitucionalização nos países periféricos, como os latino-americanos, não tem o condão de ampliar qualquer espaço de cidadania enquanto não houver a concretização da Constituição. Ou melhor: onde não há nenhum espaço de cidadania, a desjuridificação favorece tão-somente a manutenção dos privilégios e desigualdades sociais²⁸².

Nesse contexto, portanto, merece destaque a posição defendida por Streck no sentido de que uma teoria que se pretenda operativa deve, obrigatoriamente, apresentar efetivos indicadores de aplicabilidade²⁸³.

²⁸⁰ Id., *ib.*, p. 19.

²⁸¹ Id., *ib.*, p. 24.

²⁸² Ver, para tanto, NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994; e, sobretudo, id. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 2, p. 253-276, 1994.

²⁸³ Cf. STRECK, *Verdade e consenso, op. cit.*, p. 71.

Com isso, entretanto, não se está a duvidar da aplicabilidade, propriamente, da teoria discursiva do direito proposta por Habermas. É preciso, porém, verificar em que medida ela pode contribuir para o aperfeiçoamento das teorias do direito brasileiro, haja vista a necessidade de respostas para as exigências concretas de transformação da realidade social. Ou melhor: mostra-se necessário verificar se estão presentes as condições de possibilidade para que se obtenham os benefícios da democracia procedimental habermasiana, pois, conforme Streck, tudo indica que, sem a satisfação dos valores substantivos, é impossível falar em *asseguramento das condições para o exercício dos procedimentos da democracia*²⁸⁴.

Dito de outro modo, parece que o procedimentalismo assume importância especialmente naquelas democracias onde os direitos fundamentais prestados adequadamente e os problemas da exclusão e da desigualdade social foram solucionados, uma vez que a teoria habermasiana parte do pressuposto de que a etapa do Estado social foi plenamente realizada e, assim, construíram-se *sociedades com alto grau de emancipação social e autonomia dos indivíduos*²⁸⁵.

Por isso, volta-se inevitavelmente, à clássica e corrente indagação: *é possível construir uma nação de cidadãos plenamente autônomos, nos termos propostos por Habermas, enquanto o problema da exclusão social não for solucionado?*²⁸⁶

Na mesma direção, Ackerman²⁸⁷ coloca tal problemática do seguinte e percuciente modo: pode uma eleição ser considerada livre e justa se uma grande parte do eleitorado carece da instrução mínima para que se compreendam as principais linhas do debate político? Ou se estão passando fome ou trabalhando sob condições opressivas durante a maior parte do tempo?²⁸⁸

²⁸⁴ Id., ib., p. 76-77.

²⁸⁵ Id., ib., p. 80.

²⁸⁶ Id., ib., p. 81-82.

²⁸⁷ Cf. ACKERMAN, *La política del diálogo liberal, op. cit.*, p. 148-149.

²⁸⁸ Sobre a realidade sem precedentes das condições de trabalho nos países periféricos, ver, por todos, BECK, Ulrich. *Un nuevo mundo feliz*. Barcelona: Paidós, 2000, em que o autor aponta para o fenômeno de “la brasileñización de occidente”.

Segundo Krell²⁸⁹, o mundo em desenvolvimento, ou mundo periférico, do qual o Brasil continua a fazer parte, vive uma realidade específica e sem precedentes na história e, portanto, à qual não se podem descuidadamente aplicar as teorias científicas e/ou as posições políticas trasladadas dos países centrais²⁹⁰. Ou melhor: a discussão europeia a respeito dos limites do Estado social e acerca da redução de suas prestações não pode ser importada de forma inconseqüente para Brasil, onde o Estado social ainda não foi devidamente implantado²⁹¹.

Ora, diante desse contexto, é impossível discordar de Streck, quando afirma que a teoria discursiva do direito não se destina ao Brasil, onde é nítida a precariedade das condições para a formulação dos requisitos que levariam à emancipação dos agentes sociais²⁹².

Aliás, cumpre referir, aqui, que a preocupação de Habermas – e outros tantos, como Ely, Maus, Gargarella – no que diz respeito ao enfraquecimento da democracia, em face do ativismo judicial, não se concretizou. Mais: até o momento não há quaisquer elementos que demonstrem ter sido a cidadania debilitada nos países em que houve uma atuação dos tribunais constitucionais, voltada para a garantia e a prestação dos direitos fundamentais. Pelo contrário: é possível, inclusive, apontar uma série de avanços e conquistas que, gradualmente, vêm acontecendo na breve história da democracia brasileira²⁹³.

²⁸⁹ Cf. KRELL, Andreas. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Safe, 2002, p. 54.

²⁹⁰ Cf. ADEODATO, João Mauricio. Uma Teoria (emancipatória) da Legitimação para países subdesenvolvidos. *Anuário do Mestrado em Direito da UFPE*, Recife, n. 5, p. 207-243, 1992, p. 220. Na mesma linha, Grau (*O direito posto, o direito pressuposto e a doutrina...*, *op. cit.*, p. 37-38) afirma que é necessário “exorcizarmos os portadores das síndromes de Harvard e de Chicago, esse jeito específico de raciocinar conforme padrões de conduta, de comportamento e de pensamento que não têm absolutamente nada a ver com a realidade brasileira. Pobres moços, esses moços engravatados que pouco sabem do Brasil e do Direito brasileiro”.

²⁹¹ Ver, para tanto, STRECK, *Jurisdição constitucional...*, *op. cit.*

²⁹² Cf. STRECK, *Verdade e consenso*, *op. cit.*, p. 82, nota 12, para quem é necessário fazer justiça a Habermas, tendo em vista que “sua preocupação não é com o Brasil, conforme ele mesmo deixou claro em conferência no Rio de Janeiro, há alguns anos atrás. E não consta que tenha corrigido a assertiva de lá para cá”.

²⁹³ Cf. STRECK, *Verdade e consenso*, *op. cit.*, p. 114 e 120, para quem, basta ver o caso da importância que tiveram os tribunais constitucionais alemão, italiano, espanhol e português, na consolidação dos regimes democráticos em tais países.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

I. A filosofia *no* direito - e não a filosofia *do* direito, que se preocupa somente com o estudo das questões jurídicas analisadas sob a ótica de uma determinada orientação filosófica - é o espaço que permite refletir a respeito do modo como se dá o pensar (filosófico) no direito e, portanto, pode ser considerada o *locus* privilegiado em que exsurge a tríplice questão inerente a qualquer teoria do direito que pretenda ser contemporânea e/ou pós-metafísica: *como se interpreta, como se aplica e como se fundamenta?*

II. O positivismo jurídico, nesse contexto, é a matriz (pré-)dominante na teoria e filosofia do direito, desde o século XIX, até os dias de hoje. Contudo, o modo como o positivismo pensa o direito, metafisicamente, não dá mais conta desta tríplice questão, cujas respostas ainda se encontram atreladas diretamente ao paradigma da subjetividade, mais especificamente à filosofia da consciência.

III. Nesse sentido, observa-se que ainda vige e se reproduz, no interior do imaginário positivista, a máxima segundo a qual: *primeiro, se interpreta; em seguida, se aplica; e, por fim, se fundamenta*, que revela, dramaticamente, o modo como se continua a pensar e a fazer o direito no século XXI.

IV. A *questão da interpretação* é tratada à revelia do giro lingüístico ocorrido, ainda no século XX, no interior na filosofia da linguagem. Refém do paradigma da filosofia da consciência - para o qual a linguagem é uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito cognoscente e o objeto a ser conhecido -, o positivismo jurídico utiliza-se dos aportes teóricos da hermenêutica clássica, segundo a qual o intérprete serve-se dos métodos, técnicas e cânones interpretativos disponíveis em busca do sentido unívoco da lei, ou, na pior das hipóteses, da vontade do legislador.

V. A *questão da aplicação*, por sua vez, exsurge como uma das maiores aporias do positivismo jurídico na atualidade, uma vez que oscila entre o

mecanicismo e o decisionismo. Segundo as doutrinas e as práticas positivistas, a aplicação do direito precede, paradoxalmente, a sua fundamentação. Isso porque a aplicação pode ser tanto *mecanicista*, na medida em que se resume à lógica da subsunção, no caso das regras; como também *deciosionista*, na medida em que a ponderação, no caso dos princípios, reconhece e autoriza a discricionariedade judicial.

VI. *A questão da fundamentação*, por fim, demonstra a toda evidência que o positivismo jurídico encontra-se esgotado como modelo de (re)produção do direito, tendo alcançado os seus limites especialmente naquele que é pode ser considerado um dos núcleos de qualquer teoria jurídica: a validade do direito. Nesse sentido, destacam-se as formulações teóricas levadas a cabo por Kelsen, através da *norma hipotética fundamental*, por Bobbio, através do deslocamento para o *poder constituinte* e, finalmente, por Hart, através da *regra de reconhecimento*. Contudo, todas pecam pelo nítido viés metafísico que assumem as respostas analíticas desenvolvidas para o problema da identificação, legitimação e justificação do direito.

VII. Nesse contexto, em razão das insuficiências e da decadência do positivismo jurídico, surge o neoconstitucionalismo, no seu duplo aspecto: de um lado, entendido como novo modelo de Estado de direito, isto é, como o Estado constitucional de direito, marcado pela proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático; e, de outro, entendido como nova teoria do direito, através da qual é possível superar os limites inerentes à teoria positivista, especialmente o positivismo teórico, em face das transformações ocorridas com o segundo pós-guerra e da complexidade que adquirem os sistemas jurídicos contemporâneos.

VIII. Ocorre que, não obstante o surgimento do neoconstitucionalismo, que traz à tona a necessidade de uma nova teorização do direito contemporâneo, evidencia-se que, para se pensar as bases sobre as quais se move o discurso jurídico, é imprescindível aquilo que, na falta de uma expressão melhor, tem se denominado de paradigma pós-positivista, ao qual tem se vinculado uma série

de propostas, posturas e posições críticas, na tentativa de reagir teórica e filosoficamente ao tradicional modo de (re)produção do direito.

VIII. Nesse contexto, entre as inúmeras alternativas – analítica, sistêmica, discursiva, hermenêutica, etc. – que surgem como possibilidade de base teórica para o desenvolvimento do pensamento jurídico contemporâneo, Habermas destaca-se como um dos principais nomes – quiçá o mais importante na atualidade – entre aqueles que, nas últimas décadas, se dedicaram à elaboração de um novo modo de olhar o direito, na tentativa de superar o positivismo jurídico e a filosofia da consciência.

IX. Isso porque Habermas, ao desenvolver a denominada *Teoria Discursiva do Direito*, procura apresentar uma fundamentação – de caráter pós-metafísico – capaz de conferir legitimidade aos sistemas jurídicos complexos, tendo em vista a importância que assume a função desempenhada pelo direito no interior das sociedades contemporâneas, sobretudo em face de sua interface com a democracia.

X. Contudo, impõe-se perguntar pelo modo como o paradigma de racionalidade no qual se move Habermas permite que seja pensada a tríplice questão inerente à filosofia no direito, isto é, indagar sobre a forma a teoria discursiva do direito lida com as questões da interpretação, da fundamentação e da aplicação do direito.

XI. No que diz respeito à questão da interpretação, o debate que Habermas trava com Gadamer, ao longo das décadas de 60 e 70, serve de ponto de partida para observar que o giro lingüístico-ontológico não é completamente assimilado por Habermas, para quem a linguagem assume uma dimensão pragmática, o que, ao fim e ao cabo, resulta no caráter procedimental que a interpretação assume ao longo da teoria discursiva do direito.

XII. A questão da fundamentação, por sua vez, permanece cindida da questão da aplicação, em que pesem as mudanças ocorridas durante a evolução

dos sistemas jurídicos. Se, antes, no positivismo, a aplicação precedia a fundamentação; agora, na teoria discursiva, a fundamentação é que precede a aplicação. Isso se dá porque Habermas entende que a superação do paradigma da subjetividade depende, diretamente, da substituição da razão prática pela razão comunicativa, no interior da qual ocorrem os discursos de fundamentação prévia - realizados na esfera legislativa -, onde se verifica a relação de co-originariedade existente entre o direito e a moral, em face da introdução do princípio do discurso.

XIII. No que se refere, por fim, à questão da aplicação, é possível perceber, nitidamente, a influência da doutrina rousseuniana no pensamento de Habermas, talvez em face da preocupação que ambos têm com a questão democrática. Isso porque, uma vez realizado os discursos de fundamentação das normas, compete ao juiz operar o discurso de aplicação, através do qual ocorre um juízo de adequação entre as normas válidas *prima facie* e o caso concreto. Aliás, com base no princípio da adequação - de caráter deontológico -, é que Habermas defende a possibilidade de se alcançar a resposta correta. Tal resposta, contudo, deve ser obtida a partir dos procedimentos comunicativos racionais fundados em uma ética discursiva, o que implica a noção de falibilismo, cujas raízes se encontram vinculadas à teoria da verdade consensual.

XIV. Tendo uma visão panorâmica do modo como Habermas lida com as questões da interpretação, da fundamentação e da aplicação do direito, resta saber, então, se o pensamento habermasiano instaura um paradigma de racionalidade; se este paradigma, calcado na idéia de procedimento, supera a metafísica; e, ainda, se este paradigma procedimental mostra-se adequado para a teoria do direito contemporâneo, oferecendo as bases filosóficas para a sua sustentação.

XV. Essas questões aparecem porque tudo indica que Habermas movimentasse apenas no nível epistemológico, e não no nível propriamente filosófico. Isso fica mais claro, na medida em que se observa que Habermas volta suas baterias somente para a *solução dos problemas* que a tradição - jurídica e filosófica - lhe

apresenta, sem se preocupar, entretanto, com os *problemas das soluções*, o que só pode ser feito no campo da filosofia *no* direito.

XVI. Nesse contexto, Gadamer destaca-se como um dos principais expoentes do paradigma hermenêutico. Isso porque, a partir dos teoremas da filosofia hermenêutica – *diferença ontológica* e *círculo hermenêutico* –, ele desenvolve sua hermenêutica filosófica, mediante a qual não apenas aperfeiçoa as noções heideggerianas de *pré-compreensão* e *faticidade*, mas ainda lança, por exemplo, a idéia de que o processo interpretativo é indivisível (*applicatio*), ainda tão cara ao direito.

XVII. Dito de outro modo, com o giro ontológico-lingüístico operado pela filosofia hermenêutica e pela hermenêutica filosófica, pode-se afirmar que ocorre uma verdadeira guinada no rumo da interpretação tradicional do direito, na medida em que se substitui a idéia de reprodução de sentido (*Auslegung*) pela idéia de atribuição de sentido (*Sinngebung*).

XVIII. Mais do que uma simples teoria da interpretação, o paradigma hermenêutico tem como núcleo a compreensão, o que possibilita uma importante reflexão nos campos da teoria e da filosofia do direito, tendo em vista que, a partir dele, é possível se pensar os problemas do método, da linguagem, da verdade e da racionalidade e tantos outros ligados à filosofia *no* direito, mais especificamente à tríplice questão: *como se interpreta, como se aplica e como se fundamenta?*

XIX. Assim sendo, com base no paradigma hermenêutico – em face da importância que ele assume na teoria do direito contemporâneo –, é possível pensar os problemas (hermenêuticos) das soluções (procedimentais) referentes à teoria discursiva do direito, a partir das seguintes questões: (a) qual a importância que interpretação assume no interior da teoria do discurso, na medida em que ela conserva um caráter procedimental, sendo equiparada à argumentação? (b) ao separar os discursos de fundamentação dos discursos de aplicação, Habermas não incorre em um dualismo metafísico, cindindo

justamente aquilo que é incindível e deixando de lado a compreensão? (c) sob a perspectiva habermasiana, como fica a questão da dupla estrutura da linguagem, mais especificamente do elemento transcendental que subjaz a todo discurso empírico? (d) o conceito de mundo vivido, retirado de Husserl, não mantém a teoria habermasiana refém do paradigma representacional que ela pretende superar? (e) quais as conseqüências do afastamento do mundo prático operado por Habermas? (f) pode a verdade ser obtida consensualmente? (g) é possível sustentar uma resposta correta, alcançada procedimentalmente, deixando de lado a conteudística? (h) qual a aplicabilidade da teoria do discurso em países periféricos, onde o Estado social não foi implementado e, portanto, não se pode falar em emancipação social? Essas são apenas algumas das questões levantadas e que, com certeza, ainda precisam ser aprofundadas, seja na academia, seja nos foros e tribunais?

XX. Ora, evidentemente que, com isso, não se quer retirar os méritos da proposta teórica habermasiana, sobretudo porque preocupada com a questão democrática, com os direitos fundamentais e com o decisionismo judicial. É preciso ficar claro, portanto, que a intenção deste trabalho é singela. Trata-se apenas de estimular ainda mais uma reflexão que, aos poucos vem ganhando importância em *terrae brasilis*.

XXI. Nesse contexto, fica difícil fazer qualquer diagnóstico no que diz respeito a qual seria o paradigma que se mostra adequado para se pensar a teoria do direito. No entanto, é possível afirmar que a hermenêutica leva uma pequena, mas significativa vantagem, na medida em que – além de não querer ter a última palavra – ela busca permanecer fiel às coisas mesmas, partindo da base do próprio caso concreto, da singularidade desses casos, e não de hipóteses, categorias, de construções imaginárias, situações ideais, ou de quaisquer outras posturas herdadas da tradição filosófica de índole metafísica.

XXIII. Dito de outro modo, a hermenêutica não pode ser rebaixada a uma dimensão histórica, como se fosse uma simples corrente ou movimento

filosófico derivado da dialética, pois ela é o que precede, o que origina, o que constitui e o que fundamenta qualquer ciência. Não é à toa que a hermenêutica dispensa princípios dogmáticos *ex post*. Ela é a descrição do próprio movimento da existência. Não se trata, pois, de um começo, final ou fundamento dogmático, mas da própria condição humana ontológica-antropológica.

XXIV. É por isso que, parafraseando Stein, quando os seduzidos pelo canto da habermasiano da sereia disserem *nós estamos com Habermas*, deve-se indagar-lhes *é possível renunciar a Gadamer e tantos outros?* ou, então, responder-lhes *podem ficar com Habermas, mas por favor levem a sério aquilo que filosofia hermenêutica e a hermenêutica filosófica nos ensinaram.*

BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN, Bruce. *La política del dialogo liberal*. Barcelona: Gedisa, 1999.

_____. O novo constitucionalismo mundial. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.). 1988-1998. *Uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 11-31.

_____. *We the People. Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – (Neo)constitucionalismo*, Porto Alegre, n. 2, p. 169-188, 2004.

_____. Uma Teoria (emancipatória) da Legitimação para países subdesenvolvidos. *Anuário do Mestrado em Direito da UFPE*, Recife, n. 5, p. 207-243, 1992.

ALBERT, Hans. *Tratado da razão crítica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. Kelsen, Hans. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 504-508.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

_____. Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 31-47.

ALMEIDA, Custódio Luís Silva de. Hermenêutica e dialética: Hegel na perspectiva de Gadamer. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans-Georg; ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 61-116.

ALVES, Alaôr Caffé. As raízes sociais da filosofia do direito: uma visão crítica. In: ALVES, Alaôr Caffé et al. *O que é a filosofia do direito?* Barueri: Manole, 2004. p. 77-106.

AMARAL, Francisco. Normativismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 608-611.

APEL, Karl-Otto. *Transformações da filosofia I*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2005.

_____. Fundamentação normativa da “teoria crítica”: recorrendo à eticidade do mundo da vida? In: MOREIRA, Luiz (Org.). *Com Habermas, contra Habermas. Direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy, 2004. p. 23-77.

_____. Dissolução da ética do discurso? In: MOREIRA, Luiz (Org.). *Com Habermas, contra Habermas. Direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy, 2004. p. 201-321.

_____; DUSSEL, Enrique. *Ética del discurso y ética de la liberación*. Madrid: Trotta, 2004.

_____. *Semiótica trascendental y filosofía primera*. Madrid: Síntesis, 2002.

ARANGO, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* Bogotá: Siglo del Hombre, 1999.

ARIZA, Santiago Sastre. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 239-258.

_____. Sobre el papel de la ciencia jurídica en el Estado constitucional. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, n. 35, p. 349-355, 2001.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002.

ÁVILA, Humberto. Princípio, Teoria dos. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 657-661.

_____. *Teoria dos princípios*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Safe, 1989.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado democrático de direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 301-357.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 259-278.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARTHES, Roland. *Aula*. São Paulo: Cultrix, 1980.

BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo jurídico. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 642-647.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2001.

BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia y Constitución. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 211-238.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Livraria Exposição do Livro, [s. d.].

BECK, Ulrich. *Un nuevo mundo feliz*. Barcelona: Paidós, 2000.

BEDIN, Gilmar Antonio. Direito natural. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 240-243.

BERCOVICI, Gilberto. Dilemas da concretização da Constituição de 1998. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – (Neo)constitucionalismo*, Porto Alegre, n. 2, p. 101-120, 2004.

_____. A Constituição dirigente e a crise da Teoria da Constituição. In: BERCOVICI, Gilberto et al. *Teoria da Constituição. Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 75-150.

_____. A problemática da Constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999.

BETTI, Emilio. *Diritto metodo ermeneutica*. Milano: Giuffrè, 1991.

_____. *Teoria generale della interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1990.

_____. *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1971.

BITTAR, Eduardo. Introdução. In: ALVES, Alaôr Caffé et al. *O que é a filosofia do direito?* Barueri: Manole, 2004. p. VII-XV.

BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Lisboa: Edições 70, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 7. ed. Brasília: UnB, 1996.

_____. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. Do absolutismo ao constitucionalismo. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 5, p. 553-595, 2004.

_____. *Do país constitucional ao país neocolonial*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BONGIOVANNI, Giorgio. *Costituzionalismo e teoria del diritto*. Roma; Bari: Laterza, 2005.

_____. La teoria "costituzionalistica" del diritto di Ronald Dworkin. In: ZANETTI, Gianfrancesco (Org.). *Filosofi del diritto contemporanei*. Milano: Raffaello Cortina, 1999. p. 247-286.

BONORINO, Pablo Raúl, Albert. Propositiones de derecho. ¿Es realmente ininteligible la teoría de Dworkin? *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 23, p. 483-201, 2000.

BUBNER, Rüdiger. El vuelco hermenéutico en el concepto semántico de verdad. In: VATTIMO, Gianni (Org.). *La secularización de la filosofía*. 3. ed. Barcelona: Gedisa, 1998. p. 243-257.

_____. *La filosofía alemana contemporánea*. 2. ed. Madrid: Cátedra, 1991.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade. Uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, ou juízes, vistos por nós, os advogados*. 6. ed. Lisboa: Livraria Clássica, [s.d.].

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 21-I, p. 209-220, 1998.

_____. El concepto de integridad en Dworkin. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 12, p. 155-176, 1992.

_____. ¿Por que é importante Dworkin? *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 2, p. 159-165, 1985.

_____. Problemas abiertos em la filosofía del derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 1, p. 43-47, 1984.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. O princípio da proporcionalidade sob uma perspectiva hermenêutica e argumentativa. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Crítica à dogmática*, Porto Alegre, n. 3, p. 215-240, 2005.

CAMPBELL, Tom. El sentido del positivismo jurídico. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 25, p. 303-331, 2002.

CAMUS, Albert. *O mito de Sísifo*. São Paulo: Record, 2004.

_____. *O homem revoltado*. 2. ed. Lisboa: Livros do Brasil, 1988.

_____. *O estrangeiro*. 10. ed. São Paulo: Círculo do Livro, 1985.

_____. *Actuais*. Lisboa: Livros do Brasil, [s. d.].

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. O Estado adjectivado e a teoria da Constituição. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 3, p. 453-474, 2003.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 15, p. 7-17, abr./jun. 1996.

_____; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CAPELLA, Juan Ramon. *Fruto proibido. Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. Repunhando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 40, p. 15-49, 2001.

_____. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Safe, 1993.

_____. *Juízes irresponsáveis?* Porto Alegre: Safe, 1989.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Safe, 1984.

CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

_____. Prólogo. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 9-12.

_____. Sobre "Constitucionalismo e Positivismo" de Luis Prieto Sanchís. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Mexico, n. 8, p. 207-214-47, 1998.

CÁRCOVA, Carlos María. ¿Qué hacen los jueces cuando juzgan? *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 35, p. 7-17, 2001.

CATANIA, Alfonso. *Argomenti per una teoria dell'ordinamento giuridico*. Napoli: Casa Editrice Jovene, 1976.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Estudo prévio: em que sentido haveria hoje uma Teoria Geral do Direito? Por uma reconstrução crítica do direito e do Estado democrático de direito na alta modernidade. In: CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno. Por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. XXI-XXVIII.

_____. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado democrático de direito: um ensaio e teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 47-48.

_____. Interpretação como ato de conhecimento e interpretação como ato de vontade: a tese kelseniana da interpretação autêntica. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 121-149.

_____. Coesão interna entre Estado de direito e democracia na teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 171-188.

_____. Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 189-225.

_____. Devido processo legislativo e Estado democrático de direito: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 259-300.

_____. Projeto constituinte de um Estado democrático de direito. Por um exercício de patriotismo constitucional no marco da teoria discursiva do direito e do Estado democrático de direito de Jürgen Habermas. In: SAMPAIO, Jose Adércio Leite (Org.). *Quinze anos de Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 131-154.

_____. Devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 165-211.

CASTANHEIRA NEVES, António. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. *O direito hoje e com que sentido*. Lisboa: Piaget, 2002.

_____. *Questão-de-fato-questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Almedina, 1967.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno. Por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Tertium non datur: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado democrático de direito*. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 79-120.

CHUEIRI, Vera Karam de. A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da auto-observação. Percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: J. M., 1997. p. 151-195.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 17-42.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 3, p. 289-300, 2003.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Safe, 1991.

COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (Orgs.). *Analisi e diritto*. 2004. Torino: Giappichelli, 2005.

_____. Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 75-98.

COMPARATO, Fábio Konder. O direito como parte da ética. In: ALVES, Alaôr Caffé et al. *O que é a filosofia do direito?* Barueri: Manole, 2004. p. 3-10.

_____. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998.

COTTA, Sergio. *Perchè il diritto*. 2. ed. Brescia: La Scuola, 1983.

_____. *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*. Milano: Giuffrè, 1981.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - Crítica à dogmática*, Porto Alegre, n. 3, p. 37-44, 2005.

_____. Glosas ao “Verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 4, n. 14, p. 77-94, 2004.

_____. *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. O papel da jurisdição constitucional na realização do Estado social. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 3, p. 405-423, 2003.

DASCAL, Marcelo. *Interpretação e compreensão*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

D’AGOSTINI, Franca. *Analíticos e continentais: guia à filosofia dos últimos trinta anos*. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antônio Cavalcanti. Pós-positivismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 650-654.

DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do discurso e correção normativa do direito*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2004.

DUBOIS, Christian. *Heidegger: introdução a uma leitura*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2004.

DUQUE-ESTRADA, Paulo César. Gadamer, Hans-Georg. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 373-374.

DUSO, Giuseppe (Org.). *O poder. História da filosofia política moderna*. Petrópolis: Vozes, 2005.

DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação. Crítica à ideologia da exclusão*. São Paulo: Paulus, 1995.

DUTRA, Delamar José Volpato. *Razão e consenso em Habermas*. 2. ed. Florianópolis: UFSC, 2005.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. Direito, filosofia e interpretação. *Cadernos da escola do legislativo*, Belo Horizonte, n. 5, p. 44-71, jan./jul. 1997.

ELLSCHIED, Günter. O problema do direito natural. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Gulbenkian, 2002. p. 211-280.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1994.

ESTEVES, Maria da Assunção. Legitimação da justiça constitucional e princípio maioritário. In: ESTEVES, Maria da Assunção et al. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional. Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 127-138.

FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e Justiça. A função social do judiciário*. 3. ed. São Paulo: Ática, 1997.

_____. *A reforma do ensino jurídico*. Porto Alegre: Safe, 1987.

FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1991.

FERRAJOLI, Luigi. La pragmatica della teoria del diritto. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (Orgs.). *Analisi e diritto 2002-2003*. Torino: Giappichelli, 2004. p. 351-375.

_____. Pasado y futuro del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 13-29.

_____. *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*. 2. ed. Roma-Bari: Laterza, 2002.

_____. *Derecho y razón*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Filosofia do direito: do perguntador infantil ao neurótico filosofante. In: ALVES, Alôr Caffé et al. *O que é a filosofia do direito?* Barueri: Manole, 2004. p. 109-120.

_____. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Fernando Galvão de Andrea. Realismo jurídico. *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 700-702.

FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del derecho em tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 159-186.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2001.

FREIRE, Antonio Manuel Peña. Constitucionalismo garantista y democracia. *Crítica Jurídica*, Curitiba, n. 22, p. 31-65, jul./dez. 2003.

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional versus a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 317-356.

FREUD, Sigmund. *Mal estar da civilização*. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método I*. 10. ed. Salamanca: Sígueme, 2003.

_____. *Verdad y método II*. 5. ed. Salamanca: Sígueme, 2002.

_____. *Antología*. Salamanca: Sígueme: 2001.

_____. *El problema de la consciencia histórica*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2000.

_____. Los fundamentos filosóficos del siglo XX. In: VATTIMO, Gianni (Org.). *La secularización de la filosofía*. 3. ed. Barcelona: Gedisa, 1998. p. 89-112.

GALUPPO, Marcelo Campos. A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Crítica à dogmática*, Porto Alegre, n. 3, p. 195-206, 2005.

_____. *Igualdade e diferença. Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia. O guardião das promessas*. Rio Janeiro: Revan, 1999.

_____. *Bem julgar. Ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Piaget, 1997.

GARCÍA, Manuel Calvo. La voluntad del legislador: genealogía de una ficción hermenéutica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 3, p. 113-127, 1986.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá: Universidad Externado de Colomba, 2001.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 3. ed. Madrid: Alianza, 1996.

GARGANI, Aldo. La fricción del pensamiento. In: VATTIMO, Gianni (Org.). *La secularización de la filosofía*. 3. ed. Barcelona: Gedisa, 1998. p. 9-29.

GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno*. Barcelona: Ariel, 1996.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1988.

GOZZI, Gustavo. Jürgen Habermas e Robert Alexy: morale, diritto e democrazia discorsiva. In: ZANETTI, Gianfrancesco (Org.). *Filosofi del diritto contemporanei*. Milano: Raffaello Cortina, 1999. p. 287-314.

GRAU, Eros Roberto. Direito. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 225-229.

_____. Interpretação do direito. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 471-475.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros: 2005.

_____. O direito posto, o direito pressuposto e a doutrina efetiva do direito. In: ALVES, Alaôr Caffé et al. *O que é a filosofia do direito?* Barueri: Manole, 2004. p. 35-50.

GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

GUASTINI, Riccardo. Bobbio sobre la norma fundamental y la regla de reconocimiento. COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (Orgs.). *Analisi e diritto 2005*. Torino: Giappichelli, 2006. p. 203-207.

_____. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 49-73.

_____. *Distinguiendo. Estudios de teoría e metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Pós-modernismo, pós-positivismo e o Direito como Filosofia. In: OLIVERIA JUNIOR, José Alcebíades (Org.). *O poder das metáforas. Homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 61-67.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2005.

_____. O filósofo como verdadeiro professor de direito. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 1, n. 2, p. 179-190, jun./dez. 2005.

_____. *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*. Buenos Aires: Paidós, 2004.

_____. *Verdade e justificação. Ensaio filosóficos*. São Paulo: Landy, 2004.

_____. *Teoria de la acción comunicativa I*. 4. ed. Madrid: Taurus, 2003.

_____. *Teoria de la acción comunicativa II*. 4. ed. Madrid: Taurus, 2003.

_____. *Consciência moral e agir comunicativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Pensamento pós-metafísico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

_____. *La lógica de las ciencias sociales*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2002.

_____. *Técnica e ciência como ideologia*. Lisboa: Edições 70, 2001.

_____. *Direito e moral*. Lisboa: Piaget, 1999.

_____. *Direito e democracia I. Entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Direito e democracia II. Entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Dialética e hermenêutica. Para a crítica da hermenêutica de Gadamer*. Porto Alegre: L&PM, 1987.

_____. *Conhecimento e interesse*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

_____. *Comentários à ética do discurso*. Lisboa: Piaget, [s. d.].

HAMMES, Itamar Luís. *O debate Habermas-Gadamer: um caso exemplar de experiência hermenêutica*. 2003. 123 f. Dissertação de Mestrado. Curso de Pós-Graduação em Filosofia. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2001.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo. Parte I*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. *Os conceitos fundamentais da metafísica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. *Ser e tempo. Parte II*. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. *Carta sobre o humanismo*. 5. ed. Lisboa: Guimarães Editores, 1998.

_____. *A essência do fundamento*. Lisboa: Edições 70, 1988.

_____. *¿Qué significa pensar?* 2. ed. Buenos Aires: Editorial Nova, 1964.

HERRÁN, Eric. Heidegger e la crítica contemporánea de la modernidad jurídica. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Mexico, n. 20, p. 211-236, 2004.

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

HIERRO, Liborio. ¿Por qué ser positivista? *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 25, p. 263-302, 2002.

HOBBS, Thomas. *Diálogo entre um filósofo e um jurista*. São Paulo: Landy, 2001.

HOBSBAWM, Eric. *Era dos extremos*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

HUPFFER, Haide Maria. *Educação jurídica e hermenêutica filosófica*. 2006. 380 f. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2006.

JUSEFOVICZ, Eliseu. Democracia e legitimidade do direito à luz da teoria habermasiana. In: LOIS, Cecilia Caballero (Org.). *Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo*. São Paulo: Landy, 2005. p. 153-195.

JUST, Gustavo. Guinada interpretativa. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 394-399.

KÄGI, Werner. *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*. Madrid: Dykinson, 2005.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Gulbenkian, 2004.

_____; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *A teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Una teoria fenomenologica del diritto*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1990.

_____. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Safe, 1986.

_____. *A justiça e o direito natural*. Coimbra: Armênio Amado, 1963.

KOZICKI, Kátya. Hart, Herbert Lionel Adolphus. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 409-412.

_____. O positivismo jurídico de Hart e a perspectiva hermenêutica do direito. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da auto-observação. Percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: J. M., 1997. p. 127-149.

KRELL, Andreas Joachim. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – (Neo)constitucionalismo*, Porto Alegre, n. 2, p. 33-78, 2004.

_____. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. O (des)caminhos d e um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Safe, 2002.

_____. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE, Recife*, n. 10, p. 25-62, 2000.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1994.

LAGES, Cíntia Garabini. Processo e jurisdição no marco do modelo constitucional do processo e o caráter jurisdicional democrático do processo de controle concentrado de constitucionalidade no Estado democrático de direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 469-515.

LARIGUET, Guillermo. Acerca de las llamadas "Teorias" 'Generales' del Derecho". In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (Orgs.). *Analisi e diritto 2002-2003*. Torino: Giappichelli, 2004. p. 141-182.

LEAL, Fernando. Günther, Klaus. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 399-402.

LEAL, Rogério Gesta. Habermas, Jürgen. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 403-408.

_____. As potencialidades lesivas à democracia de uma jurisdição constitucional interventiva. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - Direito, Estado e Democracia*, Porto Alegre, n. 4, p. 353-410, 2006.

_____. Matrizes fundacionais do pensamento de Jürgen Habermas: aspectos epistemológicos e sociológicos. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos (2002)*, São Leopoldo, p. 195-221, 2002.

LECHTE, John. *50 pensadores contemporâneos essenciais*. 3. ed. Madrid: Cátedra, 2000.

LEITE, Roberto Basilone. Hermenêutica constitucional como processo político comunicativo: a crítica de Jürgen Habermas às concepções liberal e

comunitarista. In: LOIS, Cecilia Caballero (Org.). *Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo*. São Paulo: Landy, 2005. p. 197-229.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Jurisdição constitucional: um problema da Teoria da Democracia Política. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto et al. *Teoria da Constituição. Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 199-261.

LOIS, Cecilia Caballero (Org.). *Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo*. São Paulo: Landy, 2005.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história. Lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito?* 14. ed. São Paulo: Brasiliense, 1980.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O uso criativo dos paradoxos do direito. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da auto-observação*. Curitiba: J. M., 1997, p. 270-271.

MAIA, Alexandre da. O embasamento epistemológico como legitimação do conhecimento e da formação da lei na modernidade: uma leitura a partir de Descartes. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - Direito, Estado e Democracia*, Porto Alegre, n. 4, p. 13-37, 2006.

MAMAN, Jeanette Antonios. A investigação da filosofia do ser e o fenômeno jurídico. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 99, p. 477-482, 2004.

MARTINS, Agemiro Cardoso Moreira; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. A contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 1, n. 3, p. 241-254, jan./jun. 2006.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad. História del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998.

MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade sobre o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE*, Recife, n. 11, p. 125-156, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.

MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. México: Fondo de Cultura Econômica, 1971.

MIAILLE, Michel. *Uma introdução crítica ao direito*. Lisboa: Moraes, 1979.

MICHELAZZO, José Carlos. *Do "um" como princípio ao "dois" como unidade*. São Paulo: Annablume : Fapesp, 1999.

MICHELMAN, Frank. *La democrazia e il potere giudiziario*. Bari: Dedalo, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. v. 1.

_____. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. v. 6.

MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____; COPETTI, André. Ensino jurídico, transdisciplinaridade e Estado Democrático de Direito. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Crítica à dogmática*, Porto Alegre, n. 3, p. 45-82, 2005.

_____; AGRA, Walber de Moura. A jurisprudencialização da Constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – (Neo)constitucionalismo*, Porto Alegre, n. 2, p. 217-242, 2004.

_____. A jurisprudencialização da Constituição. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos (2002)*, São Leopoldo, p. 297-349, 2003.

_____. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy, 2004.

_____. Direito, procedimento e racionalidade. In: MOREIRA, Luiz (Org.). *Com Habermas, contra Habermas. Direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy, 2004. p. 177-200.

MOREIRA, Vital. *O futuro da Constituição*. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 313-336.

_____. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: MOREIRA, Vital et al. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional. Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 177-198.

MORESO, José Juan. Conflictos entre principios constitucionales. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 99-122.

MORIN, Edgar. Complexidade e liberdade. In: MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya et al. *A sociedade em busca de valores*. Lisboa: Piaget, [s.d.], p. 239-254.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NAVARRO, Pablo. Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 24, p. 133-163, 2001.

NARVÁEZ, Maribel. Enunciados filosóficos vs. Enunciaos teóricos. El caso de la textura abierta del derecho. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (Orgs.). *Analisi e diritto 2002-2003*. Torino: Giappichelli, 2004. p. 211-240.

NEUMANN, Ulfried. *La pretension de verdad en el derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2005.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

_____. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. *Dados - Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 2, p. 253-276, 1994.

NETTO, Menelick de Carvalho. A hermenêutica constitucional sob paradigma do Estado democrático de direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 25-44.

NINO, Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1980.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto Nunes. Apontamentos para uma crítica à pedagogia no curso de direito. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - Crítica à dogmática*, Porto Alegre, n. 3, p. 175-194, 2005.

OHLWEILER, Leonel Pires. Ontologia jurídica. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 619-622.

_____. Teoria *versus* prática: em busca da função social da dogmática jurídica. O exemplo privilegiado do direito administrativo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - Crítica à dogmática*, Porto Alegre, n. 3, p. 129-164, 2005.

_____. O contributo da jurisdição constitucional para a formação do regime jurídico administrativo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - (Neo)constitucionalismo*, Porto Alegre, n. 2, p. 285-328, 2004.

OLIVEIRA NETO, Francisco Rodrigues. O poder judiciário na concretização do Estado democrático de direito após 1988. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). *Constitucionalizando direitos. 15 anos da Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 55-74.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Moral, direito e democracia: o debate Apel *versus* Habermas no contexto de uma concepção procedimental da filosofia política. In: MOREIRA, Luiz (Org.). *Com Habermas, contra Habermas. Direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy, 2004. p. 145-176.

_____. *Ética e racionalidade moderna*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. *Sobre a fundamentação*. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 1997.

_____. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. Bobbio, Norberto. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 109-113.

ORTEGA Y GASSET, José. *¿Qué és filosofia?* Madrid: Alizana, 1997.

ORTIZ-OSÉS, Andrés et al. *Diccionario de hermeneutica*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1997.

OST, François. *Contar a lei. As fontes do imaginário jurídico*. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

_____. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 14, p. 169-194, 1993.

PEPE, Albano Marcos Bastos. A recepção habermasiana da Sociologia do Direito de Max Weber. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos (2004)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 141-151.

_____; WARAT, Luis Alberto. Filosofia do direito: uma introdução crítica. In: WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito*. Florianópolis: Boiteux, 2004. v. 2. p. 47-96.

PESSOA, Leonel Cesarino. Betti, Emilio. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 99-101.

PETRILLO, Francesco. *La decisione giuridica. Politica, ermeneutica e giurisprudenza nella teoria del diritto di Emilio Betti*. Torino: Giappichelli, 2005.

PINO, Dino del. Do limiar: estudo introdutório. In: PINO, Dino del (Org.). *Semiótica: olhares*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 91-116.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

POZZOLO, Susana. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 187-210.

_____. Metacritica del neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di "Neocostituzionalismo e positivismo giuridico". *Diritto & questioni pubbliche*, Palermo, n. 3, p. 51-70, 2003.

_____. *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*. Torino: Giappichelli, 2001.

_____. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 21-II, p. 339-353, 1998.

PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. São Paulo: Unesp, 1996.

_____; STENGERS, Isabelle. Limiar. In: ENCICLOPÉDIA EINAUDI. *Sistema*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1993. v. 26. p. 83-97.

_____. O reencantamento do mundo. In: MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya et al. *A sociedade em busca de valores. Para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo*. Lisboa: Piaget, [s.d.]. p. 229-237.

RAMOS FILHO, Wilson. Direito pós-moderno: caos criativo e neoliberalismo. In: MARQUES FILHO, Agostinho Ramalho et al. *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: Edibej, 1996.

REDONDO, Manuel Jiménez. Introducción. In: HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 9-55.

RESTA, Elidio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005.

RIBEIRO JUNIOR, Humberto. Apel, Karl-Otto. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 51-54.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*. 3. ed. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 2000.

ROHDEN, Luiz. Hermenêutica e linguagem. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans-Georg; ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 151-202.

ROMAN, Joël. Autonomia e vulnerabilidade do indivíduo moderno. In: MORIN, Edgar; PRIGONINE, Ilya et al. *A sociedade em busca de valores*. Lisboa: Piaget, [s.d.]. p. 39-49.

ROSENFELD, Michel. *Interpretazioni. Il diritto fra etica e politica*. Bologna: Il Mulino, 2000.

ROUSSEAU, Dominique. Une résurrection: la notion de constitution. *Reveu du Droit public et de la Science politique en France et a l'Etranger*, Paris, n. 1, p. 5-22, 1990.

SALDANHA, Nelson. Filosofia do direito na contemporaneidade. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 343-347.

SAFRANSKI, Rüdiger. *Heidegger: um mestre da Alemanha entre o bem e o mal*. São Paulo: Geração, 2000.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 123-158.

_____. Tribunal constitucional y positivismo jurídico. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 23, Alicante, 2000, p. 161-195.

_____. *Constitucionalismo y positivismo*. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, n. 60. Mexico: Fontamara, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 8. ed. Porto: Afrontamentos, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. O papel da jurisdição constitucional na realização do Estado social. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 3, p. 355-365, 2003.

SCHIAVELLO, Aldo; VELLUZI, Vito. *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*. Torino: Giappichelli, 2005.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional. Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Safe, 1999.

SEGADO, Francisco Fernández. Estudio preliminar. Werner Käge: el diseñador del Estado constitucional en la Europa de la segunda postguerra. In: KÄGI, Werner. *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*. Madrid: Dykinson, 2005. p. 19-35.

SERRANO, José Luis. *Validez y vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Trotta, 1999.

SGARBI, Adrian. *Clássicos de teoria do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Teoria pura. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 808-814.

SICHES, Luis Recaséns. *Introducción al estudio del derecho*. 13. ed. México: Porrúa, 2000.

SILVA, Ovídio Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Direito, Estado e Democracia*, Porto Alegre, n. 4, p. 323-352, 2006.

_____. A verdade e o significado. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos (2004)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 265-281.

_____. *Processo e ideologia. O paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SÓFOCLES. Antígona. In: _____. *A trilogia tebana*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1990. p. 195-251.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Habermas e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

STARCK, Christian. La légitimité de la justice constitutionnelle. In: STARCK, Christian et al. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional. Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 59-73.

STEIN, Ernildo. Apresentação. Nas raízes da controvérsia. In: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. XIII- XX.

_____. *Seis estudos sobre “Ser e tempo”*. Petrópolis: Vozes: 1988.

_____. *Exercícios de fenomenologia*. Ijuí: Unijuí, 2004.

_____. *Mundo vivido. Das vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia*. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.

_____. *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí: Unijuí, 2002.

_____. *Uma breve introdução à filosofia*. Ijuí: Unijuí, 2002.

_____. Da fenomenologia hermenêutica à hermenêutica filosófica. *Veritas*, Porto Alegre, v. 47, n. 1, p. 21-34, mar. 2002.

_____. *Epistemologia e crítica da modernidade*. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2001.

_____. *Compreensão e finitude*. Ijuí: Unijuí, 2001.

_____. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

_____. *A caminho de uma fundamentação pós-metafísica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997.

_____. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.

_____. *Seminário sobre a verdade*. Petrópolis: Vozes, 1993.

_____. *A questão do método na filosofia. Um estudo do modelo heideggeriano*. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1991.

_____. Dialética e hermenêutica: uma controvérsia sobre método em filosofia. In: HABERMAS, Jürgen. *Dialética e hermenêutica. Para a crítica da hermenêutica de Gadamer*. Porto Alegre: L&PM, 1987. p. 98-134.

_____. *Crítica da ideologia e racionalidade*. Porto Alegre: Movimento, 1986.

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

_____. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Direito, Estado e Democracia*, Porto Alegre, n. 4, p. 223-262, 2006.

_____. Heidegger, Martin. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 426-430.

_____. Hermenêutica jurídica. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 430-434.

_____. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos (2004)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 153-185.

_____. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Crítica à dogmática*, Porto Alegre, n. 3, p. 83-128, 2005.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do “Ontological Turn”. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos (2003)*. São Leopoldo, p. 223-271, 2004.

_____. A concretização de direitos e a validade da tese da Constituição dirigente em países de modernidade tardia. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Orgs.). *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 301-371.

_____; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. A jurisdição constitucional e as possibilidades hermenêuticas de efetivação da Constituição: um balanço crítico. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 3, p. 367-404, 2003.

_____. Análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). *Constitucionalizando direitos. 15 anos da Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 125-173.

_____. Constitucionalismo, jurisdição constitucional e Estado Democrático de Direito: ainda é possível falar em Constituição Dirigente? *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos (2001)*, São Leopoldo, p. 77-115, 2002.

_____. *Jurisdição constitucional no Brasil: a resposta hermenêutica às críticas da teoria do discurso habermasiana* (Inédito).

TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. Duas palavras. In: ALVES, Alaôr Caffé et al. *O que é a filosofia do direito?* Barueri: Manole, 2004. p. 13-32.

TEPEDINO, Gustavo. O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 7, Apresentação, 2001.

TEUBNER, Günter. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Gulbenkian, 1989.

TRÍAS, Eugenio. La superación de la metafísica y el pensamiento del límite. In: VATTIMO, Gianni (Org.). *La secularización de la filosofía*. 3. ed. Barcelona: Gedisa, 1998. p. 283-296.

TROPER, Michel. *Cos'è la filosofia del diritto*. Milano: Giuffrè, 2003.

TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

_____. *O problema da moral*. Porto Alegre: Edipucrs, 2003.

_____. *Diálogo em Leticia*. Porto Alegre: Edipucrs, 2002.

VATTIMO, Gianni. *Para além da interpretação: o significado da hermenêutica para a filosofia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

_____. *Metafísica, violencia, secularización*. In: VATTIMO, Gianni (Org.). *La secularización de la filosofía*. 3. ed. Barcelona: Gedisa, 1998. p. 63-88.

_____. *Introdução a Heidegger*. 10. ed. Lisboa: Piaget, 1996.

_____. *O fim da modernidade. Niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

VELASCO, Marina. *Ética do discurso: Apel ou Habermas?* Rio de Janeiro: Faperj: Mauad, 2001.

VIANNA, Luiz Werneck (Org). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

_____ et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Imprensa Nacional, 1979.

VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. 4. ed. Roma-Bari: Laterza, 2002.

WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito. O sonho acabou*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 2.

_____. *Territórios desconhecidos. A procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 1.

_____. *Introdução geral ao direito I*. Porto Alegre: Safe, 1994.

_____. *Manifesto do surrealismo jurídico*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

WILDE, Oscar. The Decay of Lying. In: WILDE, Oscar. *Intentions*. London: Methuen & Co., 1913.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZACCARIA, Giuseppe. *Ermeneutica e giurisprudenza. I fundamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*. Milano: Giuffrè, 1984.

ZAGREBELSKY, Gustav. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 6. ed. Madrid: Trotta, 2005.

_____; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg (Orgs.). *Il futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

ZANETTI, Gianfrancesco (Org.). *Filosofi del diritto contemporanei*. Milano: Raffaello Cortina Editore, 1999.