3ª edição revista, ampliada e com posfácio

Lenio Luiz Streck

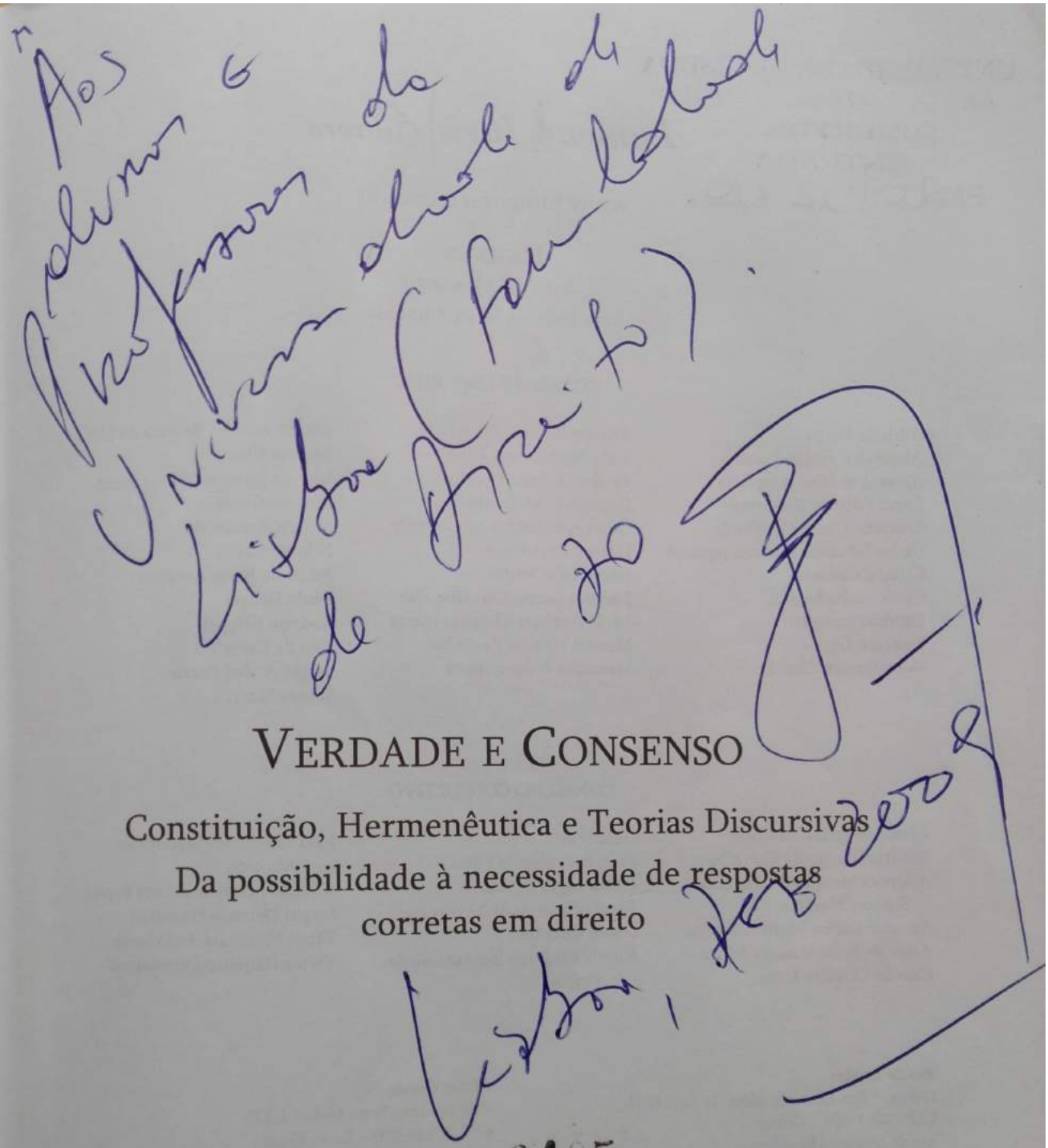


Verdade e Consenso

Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas
Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito

eca

Lumen Juris Editora



VERDADE E CONSENSO

Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas

Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito

6405

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO
BIBLIOTECA
ENTRADA
EM 09/12/10

Lumen Juris Editora

www.lumenjuris.com.br

EDITORES
João de Almeida
João Luiz da Silva Almeida

CONSELHO EDITORIAL

Adriano Pilatti
Alexandre Freitas Câmara
Alexandre Morais da Rosa
Cezar Roberto Bitencourt
Cristiano Chaves de Farias
Carlos Eduardo Adriano Japiassú
Cláudio Carneiro
Cristiano Rodrigues
Elpídio Donizetti
Emerson Garcia
Fauzi Hassan Choukr
Felippe Borring Rocha
Firly Nascimento Filho
Frederico Price Grechi
Geraldo L. M. Prado
Gustavo Sénéchal de Goffredo
Helena Elias Pinto
João Carlos Souto
José dos Santos Carvalho Filho
Lúcio Antônio Chamon Junior
Manoel Messias Peixinho
Marcellus Polastri Lima
Marco Aurélio Bezerra de Melo
Marcos Chut
Marcos Juruena Villela Souto
Mônica Gusmão
Nelson Rosenvald
Nilo Batista
Paulo de Bessa Antunes
Paulo Rangel
Rodrigo Klippel
Salo de Carvalho
Sérgio André Rocha
Sidney Guerra

CONSELHO CONSULTIVO

Álvaro Mayrink da Costa
Amilton Bueno de Carvalho
Andreya Mendes de Almeida Scherer Navarro
Antonio Carlos Martins Soares
Artur de Brito Gueiros Souza
Caio de Oliveira Lima
Cesar Flores
Firly Nascimento Filho
Flávia Lages de Castro
Francisco de Assis M. Tavares
Gisele Cittadino
Humberto Dalla Bernardina de Pinho
João Theotonio Mendes de Almeida Jr.
Ricardo Máximo Gomes Ferraz
Sergio Demoro Hamilton
Társis Nametala Sarlo Jorge
Victor Gameiro Drummond

Rio de Janeiro
Centro – Rua da Assembléia, 10 Loja G/H
CEP 20011-000 – Centro
Rio de Janeiro - RJ
Tel. (21) 2531-2199 Fax 2242-1148

Barra – Avenida das Américas, 4200 Loja E
Universidade Estácio de Sá
Campus Tom Jobim – CEP 22630-011
Barra da Tijuca – Rio de Janeiro - RJ
Tel. (21) 2432-2548 / 3150-1980

São Paulo
Rua Correia Vasques, 48 – CEP: 04038-010
Vila Clementino - São Paulo - SP
Telefax (11) 5908-0240 / 5081-7772

Brasília
SCLS quadra, 402 bloco B Loja 35
CEP 70235-520 Asa Sul - Brasília - DF
Tel. (61)3225-8569

Minas Gerais
Rua Tenente Brito Mello, 1.233
CEP 30180-070 – Barro Preto
Belo Horizonte - MG
Tel. (31) 3309-4937 / 4934-4931

Bahia
Rua Dr. José Peroba, 349 – Sls 505/506
CEP 41770-235 - Costa Azul
Salvador - BA - Tel. (71) 3341-3646

Rio Grande do Sul
Rua Riachuelo, 1335 - Centro
CEP 90010-271 – Porto Alegre - RS
Tel. (51) 3211-0700

Espírito Santo
Rua Constante Sodré, 322 – Térreo
CEP: 29055-420 – Santa Lúcia
Vitória - ES.
Tel.: (27) 3235-8628 / 3225-1659

000568161

LENIO LUIZ STRECK
Procurador de Justiça – RS
Doutor em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina
Pós-Doutorado em Direito Constitucional – Universidade de Lisboa
Professor Titular da UNISINOS-RS
Professor Visitante/Colaborador das Universidades de Coimbra, Lisboa, Roma TRE e UNESA-RJ
Membro Conselheiro do Instituto de Hermenêutica Jurídica
Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional

VERDADE E CONSENSO

Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas
Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito

3ª edição
revista, ampliada e com posfácio

COTA H0102-827
N.º EX. 104472

Editora Lumen Juris
Rio de Janeiro
2009

OFERTA

Sumário

Apresentação – Nas Raízes da Controvérsia xvii
Ernildo Stein

Capítulo 1 – Introduzindo a discussão. A aplicação do direito e suas possibilidades em tempos (difíceis) de pós-positivismo e de como o problema da opção entre compreender e fundamentar é paradigmática. O alisamento do debate entre hermenêutica e teorias discursivas-argumentativas. Compatibilidades e incompatibilidades teóricas no Estado Democrático de Direito 1

Capítulo 2 – Constitucionalismo e democracia: o valor da Constituição e o papel da jurisdição constitucional em países de modernidade tardia... 17

2.1. A Constituição como um paradoxo e os "dilemas" do constitucionalismo – a tensão (inexorável) entre jurisdição e legislação 17

2.2. O embate entre as teses procedimentalistas e substancialistas..... 24

Capítulo 3 – As críticas à concepção discursivo-procedimental habermasiana 37

3.1. O problema da ética no discurso e a insustentabilidade do conceito de mundo vivido 37

3.2. Um mundo prático para além do pensado em Habermas 40

3.3. A filosofia hermenêutica e a hermenêutica filosófica: a abertura de um espaço em que se move todo o discurso humano – a hermenêutica não mais como uma teoria das ciências e nem como expressão da subjetividade 49

Capítulo 4 – O afastamento (do a priori existencial) da faticidade. A cisão entre discursos de fundamentação *(Begründungsdiskurs)* e discursos de aplicação *(Anwendungsdiskurs)* e as insuficiências (do princípio) da adequabilidade 55

4.1. Os perigos decorrentes da recaída da teoria do discurso no modo de pensar dogmático-metafísico e as várias conseqüências para a análise do direito – a insustentabilidade do conceito de mundo vivido..... 55

4.2. De como o princípio da adequabilidade não resolve o problema da ausência (afastamento) da conteudística na teoria discursiva-procedural: a falibilidade da "fórmula Günther" adotada pela teoria do discurso habermasiana 69

Capítulo 5 – A (dupla) estrutura da linguagem, a ausência de "grau zero" na compreensão e o problema dos discursos previamente fundamentativa(dos) 77

5.1. De como o plano hermenêutico precede o apofântico: o problema da substituição da compreensão pela racionalidade procedimental-argumentativa 77

5.2. Na busca de argumentos contrafáticos, o que fazer com a pré-compreensão? A viravolta habermasiana (Verdade e Justificação) e a não superação da epistemologia 85

Capítulo 6 – A idealidade da teoria do discurso contraposta às necessidades do direito como saber prático. O papel da Constituição na busca da efetividade do direito 91

6.1. As demandas pela concretização do direito: como construir as condições para a formação de discursos de fundamentação sem cair em idealizações? 91

6.2. A dicotomia discursos de fundamentação – discursos de aplicação e as repercussões no controle de constitucionalidade. De como o significado da norma não é alcançado no momento da aplicação e as razões pelas quais a faticidade não está apenas no controle difuso de constitucionalidade 102

6.3. A Constituição como algo substantivo e porque ainda deve "constituir-a-ação". A inadequação de uma teoria geral do constitucionalismo. A necessidade de uma teoria da Constituição adequada 110

Capítulo 7 – Teoria do discurso, decisões judiciais e racionalidade argumentativa. Os obstáculos à concretização dos direitos fundamentais-sociais (substantivos) sustentados em nome do procedimentalismo 119

7.1. Os (questionados) limites da atuação da justiça constitucional e de como não se pode confundir a necessária intervenção judicial com discricionariedades e decionismos 119

7.2. A intervenção da justiça constitucional (difusa e concentrada): a democracia em risco? A discussão da máxima habermasiana de que "os tribunais devem se limitar a assegurar os procedimentos da democracia" e o problema representado pelas demandas por direitos prestacionais constantes na Constituição 138

7.3. O que pode e o que não pode ser objeto de intervenção do Poder Judiciário depende de um discurso de fundamentação prima facie? 146

Capítulo 8 – Hermenêutica e "abertura" interpretativa: da discricionariedade (positivista) à ponderação (argumentativa). A teoria da argumentação jurídica e a não-superação do paradigma da filosofia da consciência. A "abertura" principiológica e o "fechamento" hermenêutico. 159

8.1. Levemos o texto a sério e deixemos que nos diga algo. De como texto é evento. A superação das pretensões objetivistas e subjetivistas. Um novo olhar sobre a relação texto-norma 159

8.2. A ponderação como repristinação da discricionariedade positivista nos "casos difíceis": a diferença entre hermenêutica e teoria da argumentação. Uma ruptura necessária: a compreensão da proporcionalidade como coerência e integridade e não como juizo de eqüidade ou de ponderação 172

Capítulo 9 – A crise de dupla face que atravessa o direito e a necessidade da formação de um "comportamento constituonal" para superar os diversos âmbitos da resistência positivista à Constituição 191

9.1. Ainda a questão da crise de paradigmas de dupla face 191

9.2. As diversas manifestações da operacionalidade do direito como sintomas da crise 194

9.3. Uma batalha em duas frentes – a manutenção do pacto constituinte e a formação de um "comportamento constitucional" pelo qual possamos levar a sério a Constituição 205

9.4. A resistência positivista e o seu componente simbólico: de como a discricionariedade continua a ter amparo "legal" – o direito é aquilo que os juízes e tribunais dizem que é? 209

9.5. O caráter hermenêutico assumido pelo direito e as conseqüentes demandas desse novo perfil: a necessidade de "controlar" a atribuição de sentido. A superação do modelo de regras 216

9.6. A inserção do mundo prático no direito e a incompatibilidade com subsunções. As pautas gerais e conceitos jurídicos que escondem aquilo que querem revelar: o "caso concreto" 226

9.7. A superação da subsunção como um problema paradigmático: ainda é possível falar em "interpretações por partes ou em etapas"? 230

Capítulo 10 – A indevida distinção estrutural entre easy cases e hard cases e as conseqüências hermenêuticas 245

10.1. De como a dicotomia easy cases-hard cases atende uma exigência do esquema sujeito-objeto 245

10.2. Casos fáceis e casos difíceis: do ôntico ao ontológico – uma questão de compreensão e não de dedução (ou subsunção): a resposta (correta) aos casos difíceis 251

Capítulo 11 – A (in)determinabilidade do direito e a (necessidade da) busca de resposta(s) correta(s). Da explicação causalista ao compreender antecipador 277

11.1. A tese da resposta correta diante de situações "quase ideais" (teoria do discurso) e da applicatio hermenêutica – condições e possibilidades .. 277

11.2. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas. A importância de compreender a diferença (e não cisão) entre texto e norma. As razões pelas quais entender sem aplicação não é um entender 285

11.3. A resposta correta (nem a única e nem a melhor) e a concreta relação jurídica. A diferença entre respostas conteudísticas (verdadeiras hermeneuticamente) e respostas procedurais 296

11.4. De como a resposta correta ultrapassa a "analítica da proposição". Para além da descrição "rasa" do objeto. "A" resposta correta: nem a única e nem a melhor entre muitas 307

11.5. A interpretação jurídica e o grau apropriado (minimamente necessário) de generalização para a garantia da integridade e da coerência do direito 318

11.6. Desconstruindo os "modelos" de juiz 333

11.7. Da metáfora do juiz (Hércules) à metáfora da resposta (correta) ou de como a resposta correta deve ser compreendida como uma metáfora. 338

11.8. A busca de (novas) racionalidades no direito e o papel das súmulas vinculantes: a faticidade "cabe" na súmula? É possível resolver o problema das incertezas no direito com linguagens isentas de vaguezas e ambigüidades? 346

11.9. A compreensão e a explicitação do compreendido. O "momento epistemológico" da hermenêutica e a resposta correta. De como as bases para a iluminação do compreendido dependem da *wirkungsgeschichtliches Bewußtsein* 355

Capítulo 12 – Balanço final: tempos difíceis de pós-positivismo e (neo)constitucionalismo: a hermenêutica e as possibilidades de superação do esquema sujeito-objeto que sustenta as diversas formas de discricionariedade (positivista) 371

Um decálogo contra concepções equivocadas sobre hermenêutica jurídica 371

A viravolta hermenêutica e a crise dos modelos interpretativos – está superado o esquema sujeito-objeto? 377

Constituir-a-ação: a permanência do caráter dirigente e compromissório da Constituição – a incindibilidade entre o constitucionalismo e a realização dos direitos fundamentais-sociais 383

A resistência positivista em tempos de neoconstitucionalismo e os inadequados dualismos: de como Kelsen e Hart foram traídos 391

O papel de uma Crítica Hermenêutica do Direito: a busca (e a necessidade) de respostas corretas 398

A (metáfora da) resposta correta como antídoto ao estado de natureza hermenêutico 409

Capítulo 13 – Sobre as Críticas à Hermenêutica Filosófica – Prolegômenos de uma Teoria da Decisão e uma Teoria dos Princípios: Um Posfácio Necessário 415

13.1. Definitivamente, o Direito não está Imune às Rupturas Paradigmáticas Ocorridas na Filosofia. ainda o Problema dos Dualismos "Teoria-Prática", "Direito-Moral" e "Sujeito-Objeto" 415

13.2. A Continuidade desses Dilemas na Teoria do Direito Contemporânea . 423

13.3. *Applicatio* e Decisão Jurídica – o Problema da Validade: as Razões Pelas Quais Não se Pode Confundir o Nível Hermeneutico com o Nível Apofantico 429

13.3.1. Introdução ao problema da validade no interior da(s) Teoria(s) do Direito(s) 429

13.3.2. As críticas à Hermenêutica: é possível uma Teoria da Decisão Judicial? 435

13.4. O Problema do "Relativismo" em Face da "Ausência do Método": O Necessário Enfrentamento Dos Mal-Entendidos Acerca da Hermeneutica – A Transição (Ainda Não Feita) do Positivismo ao Pós-Positivismo 447

13.4.1. Relativismo e ausência do método: esclarecimentos em torno do conceito (hermenêutico) de pré-compreensão 447

13.4.2. Aproximações fenomenológicas em torno do pós-positivismo: crítica do significado de uma Teoria do Direito pós-positivista – novamente o problema da "mixagem teórica" 460

13.4.3. Um Ciptograma da Discricionariedade: a relação definitiva entre pós-positivismo, (neo)constitucionalismo e o problema da autonomia do direito 470

13.5. Valores, regras e princípios: o panprincipiologismo e a "refundação positivista" em pleno Estado Democrático de Direito pós-positivista, ou, de como tudo isso é feito "em nome do novo paradigma do direito" .. 475

13.5.1. O panprincipiologismo em *Terrae Brasilis* 475

13.5.2. A Constituição como locus dos princípios e a determinação do conceito de princípio para além da distinção estrutural "regra-

princípio": de como a tese dos princípios como "abertura" é incompatível com a superação do positivismo jurídico 496
13.5.2.1. O necessário alerta para eventuais sincretismos conceituais em torno do termo princípio 496
13.5.2.2. Delineamento do significado dos princípios constitucionais no contexto da revolução paradigmática do (novo)constitucionalismo: esclarecimentos em torno da imbricação entre *princípios* e *moral* 498
13.5.2.3. A diferença entre regras e princípios para além das cisões/distinções estruturais 502
13.5.2.4. Ainda o problema da cisão "regra-princípio". A cotidianização da regra pelo princípio ou de como as regras as "abrem" a interpretação em face de sua porosidade 517
13.5.2.5. Os princípios e a transcendência da regra. Os sentidos do direito para além das "suficiências ônticas" ... 523
13.5.2.6. De como princípios não são categorias ou enunciados assertóricos ou de como o mundo prático se institucionaliza no direito do Estado Democrático ... 528
13.5.2.7. De como não é possível uma "livre nominação dos princípios" 535
13.5.2.8. Hermenêutica, decisão e um *minimum applicandi* a partir da utilização de cinco princípios. Condições de possibilidade para o "princípio turn" 539
13.6. Condições e Possibilidades da Hermenêutica Jurídica no Estado Democrático de Direito: Discutindo Respostas Corretas e Incorretas 543
13.7. Argumento Final: De como há um *Direito Fundamental* a Obtenção de Respostas Corretas (Adequadas a Constituição) 569
Referências Bibliográficas 575

Apresentação
Nas Raízes da Controvérsia

Ernildo Stein

I

Já é longo o caminho que fazem juntos Gadamer, Apel e Habermas. Como em todos os trabalhos teóricos que pretendem apresentar determinados pontos de partida novos e próprios na filosofia, as posições que nutrem entre si simpatias mostram proximidades e revelam até coincidências. Nesse sentido, é inevitável que apareçam certas divergências e críticas mútuas. Os três autores referidos trabalham em suas obras questões que os aproximam muito, na etapa intermediária de suas análises. Daí resulta um diálogo que termina descerrando visões novas em campos específicos da filosofia. Mesmo que as posições se aproximem sobre questões centrais, já nesta etapa surgem diferenças que resultam das reflexões e influências que tiveram ao longo de sua evolução.

Se observarmos o caminho de Gadamer, veremos que, no início de sua formação, a filosofia clássica grega foi de interesse primordial, sem que o autor deixasse de desenvolver seus estudos da filosofia clássica alemã. Foi a convite de Heidegger que Gadamer aprofundou seu estudo de filosofia, recebendo em seus estudos pessoais uma inevitável influência do orientador pelos seminários que participou. Mas foi um texto em que Heidegger apresentava seu modo de compreender a hermenêutica, em que foi determinado o caminho de Gadamer. Entre o texto de 1922 até a publicação de *Verdade e Método* em 1960, Gadamer amadureceu sua hermenêutica filosófica. E desta obra Habermas receberia impulsos decisivos, ainda que manifestasse críticas.

Apel, ao término da segunda guerra, escolheu a filosofia para a sua formação. Os estudos de Pierce, Heidegger e Wittgenstein levaram-no a desenvolver um trabalho filosófico próprio. Seu modo de compreender a linguagem levou-o à semiótica transcendental, à pragmática transcendental e à ética do discurso. Inegável a originalidade de sua obra e o poder criador de certas posições que terminaram fazendo escola. Habermas se alimentou não apenas das categorias apelianas, mas de muitas de suas idéias, bem como fez uso divergente delas.

Habermas, pela influência da Escola de Frankfurt, teve um ponto de partida hegeliano-marxista – após sua tese sobre Schelling. Teve, assim, influências das posições sociais, políticas e ideológicas de seus professores. Seu estudo do marxismo revela simpatia por grande parte das teses do marxismo. É eviden-

te que a presença das ciências sociais e os estudos das questões da política e da ideologia o levaram a repensar as questões marxianas centrais. Sua visão tripartite da origem das ciências a partir dos interesses técnico, prático e emancipatório revela uma presença da antropologia misturada com questões hegeliano-marxistas. E seu ensaio *Trabalho e Interação* é a prova de uma posição que pretende repensar tema central do marxismo e do hegelianismo de esquerda.

Não é possível negar que o contexto do ponto de partida de Habermas deu-lhe um impulso teórico para pensar numa espécie de unidade "filosofia-ciência". Daí decorre sua posição definitiva de que os conceitos filosóficos estão sempre atravessados por uma certa positividade. Denomina-os, às vezes, de conceitos anfíbios, ou então, de quase-transcendentais. Neste quadro teórico, desenvolve-se o pensamento de Habermas e a partir dele irá elaborar todos os temas centrais de sua obra. É disso que resultam certos modos de compreender Gadamer e Apel.

A irrecusável simpatia e atração pela hermenêutica filosófica e pela teoria do discurso aproximam Habermas de Gadamer e de Apel, mas também já o fazem ler certas questões de modo diferente. Assim surgiu o panorama dos últimos trinta anos, em que podemos ler dezenas de obras, ensaios e artigos em que se desenvolve o debate entre Gadamer, Apel e Habermas. Os dois primeiros intervêm de modo contido em questões que Habermas amplia em dezenas de trabalhos. O interesse de Gadamer e Apel consiste em preservar as verdadeiras intenções e o alcance de suas idéias centrais. Habermas amplia, através da incorporação de muitos autores, o modo como compreendeu e interpretou os pais fundadores da hermenêutica filosófica e da ética do discurso. Não lhe interessa muito quais são os sentidos originais de suas obras e as conseqüências que delas se podem ou não tirar. Mas talvez devamos acrescentar que, ainda que fascinado por certas idéias centrais das obras de Gadamer e Apel, Habermas se move num campo em que se compreende de modo diferente a filosofia. Disto termina por desenvolver-se uma compreensão desviada e equívoca, não apenas dos conceitos centrais de Gadamer e Apel, mas se perde a referência fundamental do modo como eles desenvolveram suas origens e seu lugar filosófico.

É deste campo de desencontros e exageradas liberdades de leitura que irão brotar as dificuldades de comunicação e diálogo de grande parte dos leitores e intérpretes que utilizam Habermas nas suas abordagens, sobretudo no direito, e a partir daí criticam a hermenêutica e as posições centrais de Gadamer e Apel.

Qual a razão destes universos de posições e divergências dos autores que utilizam as obras de Habermas em seus ensaios e livros para se voltarem contra os autores de tradição hermenêutica ou da ética do discurso? De pronto,

devemos pressupor que os autores e grupos que se criticam reciprocamente conheçam efetivamente as posições de Habermas, de um lado, e, de outro, de Gadamer e Heidegger e o que afasta Habermas de Apel. Com isso se poderia encontrar um campo comum para a discussão, ainda que as discordâncias aparecessem claras para os contendores. Muitas vezes as críticas acabam surgindo pela ausência de informação sobre esse campo comum da filosofia com que se procuram pensar questões do direito, por exemplo.

Sem examinar as posições de Habermas mais recentes e que têm relação com questões centrais do direito, podemos retroceder até as críticas principais do começo das discussões entre teoria crítica e hermenêutica. O que aparecia, por exemplo, em primeiro lugar, era a fusão entre filosofia e ciências nas posições de Habermas. Já em Gadamer, Apel e outros autores, exigia-se uma clara distinção metodológica entre os dois campos do conhecimento. Ali onde Apel exigia uma posição transcendental na pragmática, Habermas cedia, explicitamente, apenas a posição quase-transcendental, o que significava a unidade entre filosofia, empiria e experiência. Muitos autores lhe atribuíam, por isso, uma posição naturalista, e não crítica. Por isso, Habermas desenvolveu seu pensamento em favor de uma pragmática apenas universal.

A discussão com Gadamer levava para algo semelhante: a hermenêutica seria incapaz de incorporar as conquistas metodológicas das ciências humanas e por isso lhe escapavam questões muito importantes das quais a teoria crítica era capaz de dar conta. Gadamer insistia que a hermenêutica se movimentava num campo *a priori* da compreensão, que já sempre estava presente no conhecimento científico como uma antecipação de sentido.

Essas primeiras discussões se fazem presentes até hoje nos debates e nas divergências entre procedimentalismo e hermenêutica. Como veremos, o que está na base das discordâncias de Habermas de Gadamer, e de Habermas de Apel e Heidegger, é a própria concepção de filosofia. Há uma diferença entre a linguagem filosófica e a científica. Os enunciados filosóficos apresentam uma dupla estrutura. Seja ela de caráter transcendental não clássico (kantiano), hermenêutico ou algo que exprima o que envolve ou antecipa ou transcende a linguagem, há um duplo modo de nossa experiência do mundo. Heidegger irá designá-lo de "enquanto hermenêutico" e "enquanto apofântico".

A posição naturalista de Habermas não pode aceitar este estatuto da filosofia e sua linguagem. Esta é a razão de que, apesar de recorrer a Gadamer, Apel e – pasmem – a Heidegger, termina ou por discordar de aspectos centrais ou por assumir elementos marginais que não punham em risco seu naturalismo ou monismo lingüístico.

A concepção habermasiana de filosofia e de linguagem filosófica não pode aceitar a revolução de Kant nem a transformação hermenêutica e só de modo muito reduzido a virada lingüística. É por isso que há uma espécie de impossibilidade de aproximar, mesmo apenas em aspectos marginais, a linguagem de toda a obra de Habermas da linguagem filosófica que lida com os dois níveis da fenomenologia hermenêutica de Heidegger, da hermenêutica filosófica de Gadamer e da linguagem da autocontradição performática de Apel. É disso que resultam as rejeições do filósofo, ou mesmo a incomunicação simplesmente, nas discussões entre hermenêutica (jurídica) e procedimentalismo, por exemplo.

Não se trata de choque de paradigmas nestas questões, pois seus núcleos devem ser preservados nas posições de cada filósofo. O que ocorre é uma espécie de ecletismo – que Lenio Streck muito bem denomina de "mixagens metodológicas" –, em que se retiram de contextos paradigmáticos diversos elementos que parecem bons ou úteis para o discurso próprio. Habermas é mestre nessa operação de escolha do que lhe serve para a sua argumentação. Por isso é um interlocutor complicado e sedutor.

Não sendo possível o encontro de um campo de discussão comum, então que se chegue a uma compreensão de posições inconciliáveis, não abandonando jamais, porém, uma vontade de distinguir e aproximar. O conhecimento do direito só terá a ganhar com isso e a comunidade científica somente poderia tirar vantagem.

II

Pois o novo livro que Lenio Streck ora nos apresenta persegue tais fins. E os alcança, porque, de um lado, entra num debate entre posições sobre teoria do direito e da argumentação no Brasil, e, de outro, desenvolve aspectos da hermenêutica jurídica, tendo como matriz a hermenêutica filosófica a partir daquilo que vem denominando de uma crítica hermenêutica do direito (ou Nova Crítica do Direito). Possui, pois, um lado de defesa e crítica, e outro fortemente afirmativo de uma teoria filosófica. Há um modo próprio de filosofar em seu livro. Não é, no entanto, só de filosofia que se trata, pois retoma de modo percuciente um conjunto de questões práticas que aparecem, em todo momento e inevitavelmente, quando se analisam posições da filosofia *no* direito (e não simplesmente *do* direito, na expressão cunhada por Lenio em obras anteriores).

O texto de Lenio é filosófico mesmo quando entram em cena questões da ciência do direito. Temos que descobrir, portanto, a diferença entre um texto de filosofia e um texto de ciência. Mas essa descoberta deve acontecer no percurso do texto e não ser simplesmente conseqüência da localização em um livro, assim chamado de filosofia ou da história da filosofia. O risco de mal-entendidos resulta, assim, por não se distinguir quais enunciados são de caráter filosófico e quais são apenas uma equívoca epistemologia ou teoria do conhecimento, onde pode se esconder também o elemento filosófico, dependendo do viés que se explora. Em todo caso, filosofia no direito é sempre mais que apenas uma teoria da ciência ou do conhecimento no direito. E o texto de Lenio faz muito bem essa distinção, ao mostrar, por exemplo, que as teorias discursivas-procedurais movem-se ainda em uma dimensão de teoria da ciência, de epistemologia, e assim não se dão conta – ou afastam – a dimensão do discurso da qual já sempre viemos quando fazemos o discurso empírico. É isso que podemos chamar de teoria do mundo prático, de ser-no-mundo, de pré-compreensão, de teoria da diferença ontológica, que permite que façamos a distinção entre a dimensão entitativa do empírico e uma dimensão mais profunda – ontológica –, que é justamente a dimensão em que o entitativo já sempre mergulha e a partir de onde é compreendido.

Com efeito, devem-se descobrir elementos e qualidades que podem ser o movimento subterrâneo que atravessa um texto filosófico. Descobri-los significa ter uma competência que se aprendeu no exercício e na prática da leitura e da interpretação da linguagem filosófica. A questão se torna mais complexa quando se pergunta se o texto filosófico é um verdadeiro texto de filosofia ou um texto ao qual faltam centrais características filosóficas. É então que começa o problema do que constitui o ato filosófico que está presente no desenvolvimento do texto e lhe dá a inconfundível marca do que é realmente filosófico num livro, num ensaio ou num artigo.

Lenio Streck tem bem presente que, ainda que a linguagem é a portadora da filosofia ou do que é o elemento filosófico, esta linguagem deve ter marcas determinadas, temas específicos e um horizonte próprio que a torna filosófica. Por isso, o seu texto aponta claramente para o fato de que esta linguagem não se resume a um conjunto de expressões típicas, nem apenas a um vocabulário que poderia figurar num dicionário de filosofia. Ou seja, um modo de nos aproximarmos do que é filosófico e que deve ser descoberto pelo leitor e intérprete, consiste em descobrirmos que o dizer e o escrever não se resumem, em sua estrutura e enunciados, numa linearidade sintática ou logicamente correta. Não é, portanto, pela análise da sintaxe ou da lógica que se explicita o elemento filosófico em um texto.

Husserl, por exemplo, procurou encontrar o filosófico pela fenomenologia (para ele teoria do conhecimento), distinguindo atitude ingênua e atitude transcendental. O filósofo exigia para a produção de um salto filosófico, uma

postura determinada, acompanhada de um processo de redução à consciência transcendental. A filosofia, no verdadeiro sentido, era o resultado de um procedimento que descobria os pólos objetivo e subjetivo na consciência. Tudo isso seria o resultado de uma aprendizagem paciente para se encontrar o fundamento do conhecimento na consciência transcendental.

Da mesma fenomenologia, porém, acrescida pela hermenêutica, Heidegger, e mais tarde Gadamer, propõe chegar ao verdadeiramente filosófico pelo exame dos elementos antecipatórios dos enunciados. Com isso, não se anulou o esforço de Husserl, mas se acrescentou um aspecto sem o qual estavam omitidas as condições de possibilidade prévios de qualquer teoria do conhecimento. Era, portanto, necessário apontar para uma pré-compreensão que já sempre acompanha e antecipa nosso esforço de conhecimento. Mas ela não se descobria na consciência e na representação da tradição moderna, mas na explicitação de nosso modo de compreendermos desde que somos no mundo de modo prático, compreendendo-nos em nosso modo de ser-aí e nos compreendendo enquanto somos, compreendendo o ser sem o qual não temos acesso a nada, a ente algum.

Assim, o elemento filosófico não seria produzido por um simples procedimento ou por voluntarismo. O ato filosófico consistiria na descoberta de uma dupla estrutura inerente à nossa própria linguagem e compreensão. Heidegger irá falar de um acontecer sempre presente em nosso dizer que, ao mesmo tempo em que possibilitava o enunciado, nele se escondia como uma dimensão que o acompanhava de modo não explícito. A fenomenologia hermenêutica se dedica a explicitar esse modo de conhecer do mundo, do ser-no-mundo, do *Da-sein*, sustentado pelo ser-em. Dele se alimenta toda a teoria do conhecimento.

Os equívocos e conflitos de todo o conhecimento resultam da absolutização da teoria do conhecimento pela razão de desconhecer esses tais níveis. O nível hermenêutico e o nível apofântico, o nível do mostrar interpretando e o nível do interpretar mostrando não se excluem. Mas em geral queremos reduzir todo o conhecimento pelo mostrar pela interpretação lógica. Essa questão está bem presente no texto de Lenio, quando alerta para o fato de que não interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar. Mais do que isso, Lenio deixa claro como a fenomenologia hermenêutica ultrapassa a metafísica, a partir da idéia de que a dualidade metodológica de explicar e compreender (ou o processo das *subtilitatae* que comandava a interpretação na hermenêutica clássica) será sempre precedida por uma compreensão que se dá como condição de possibilidade (*standard* de racionalidade estruturante).

Nesse sentido – e isso fica explícito no transcurso da obra –, a hermenêutica não recusa o nível apofântico (corretamente, Lenio diz: "eu posso, mesmo no paradigma hermenêutico-fenomenológico, 'fazer' epistemologia. O que eu não posso fazer é confundir os níveis nos quais me movo; a separação entre o epistemológico e o nível concreto não é o mesmo que dividir o transcendental e o empírico"). E esse nível apofântico perde algo de essencial quando desconhece na linguagem jurídica, por exemplo, a dimensão hermenêutica, como primeira e antecipada em todo o enunciado.

Há, portanto, uma dupla estrutura na linguagem filosófica, que desemboca no lidar com qualquer texto que pensamos filosoficamente. A compreensão dessa dupla estrutura é indispensável, por exemplo, para uma crítica – registre-se, inédita e original feita por Lenio – à equivocada distinção entre "casos simples" e "casos complexos", ao destacar que essa distinção é apenas objetivista, metodológica, de teoria do conhecimento. O mesmo se pode dizer acerca da distinção – também apontada na obra como inadequada – que Habermas faz entre discursos de fundamentação (que são sempre *prima facie*) e discursos de aplicação.

Há, pois, como que uma dobra na nossa linguagem. Esta não é plana, rasa. Daí o duplo modo de compreender (que, de forma sofisticada, designamos de círculo hermenêutico e de diferença ontológica). O nascimento da filosofia e o nosso ligar com ela, quando a praticamos no direito, tem seu lugar primeiro nesta pré-compreensão e só depois aparece na consciência e na representação de nossos enunciados.

Assim como a filosofia nasce da dobra da linguagem, todo o nosso contato com os objetos de que tratamos traz consigo esta dobra. É por isso que muitas vezes apenas objetivamos nossos temas em debate, porque esquecemos esta dobra da linguagem e porque talvez seja tendência lidar logicamente com os enunciados sem perceber que, o que não se mostra, é apenas encoberto (a dimensão hermenêutica), mas é o acontecer primeiro. Esse esquecimento é muito bem percebido e denunciado por Lenio, ao colocar em xeque a "resolução dos casos simples" a partir de raciocínios dedutivos, como apregoam as teorias discursivas-argumentativas.

Todos os confrontos entre as diversas teorias procedurais e a hermenêutica surgem do esquecimento desta diferença, desta dobra da linguagem, no universo do direito. O livro de Lenio Streck – cujo título *Verdade e Consenso* retrata com nitidez o debate que está posto, – traz análises decisivas para compreendermos esse contexto. Não se trata apenas de entrar em um debate em terrenos pouco explorados pela filosofia do direito. O que importa é traçar as coordenadas que nos levam a pensar corretamente, em um mundo complexo,

as questões simples, mas essenciais, que giram em torno do modo de como pensar a filosofia no direito.

Todo o universo de interpretação e aplicação no universo jurídico depende dos resultados deste diálogo e confronto. Não se trata tanto de apresentar nossas certezas, mas de operarmos com a filosofia para clarearmos nossas incertezas, sabendo trilhar os melhores caminhos. Tudo isso torna esse novo livro de Lenio Streck mais indispensável ainda.

Porto Alegre, fevereiro de 2006.

Capítulo 1

Introduzindo a discussão. A aplicação do direito e suas possibilidades em tempos (difíceis) de pós-positivismo e de como o problema da opção entre compreender e fundamentar é paradigmática. O alisamento do debate entre hermenêutica e teorias discursivas-argumentativas. Compatibilidades e incompatibilidades teóricas no Estado Democrático de Direito.

Em tempos de enfrentamento entre neoconstitucionalismo e positivismo (e os vários positivismos) e tudo o que isso representa para uma sociedade díspar e carente de realização de direitos como a brasileira, é de fundamental importância discutir o problema metodológico representado pela tríplice questão que movimenta a teoria jurídica contemporânea em tempos de pós-positivismo: como se interpreta, como se aplica e se é possível alcançar condições interpretativas capazes de garantir uma resposta correta (constitucionalmente adequada), diante da (in)determinabilidade do direito e da crise de efetividade da Constituição, problemática que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, em face da profunda crise de paradigmas que atravessa o direito, a partir de uma dogmática jurídica refém de um positivismo exegético-normativista, produto de uma mixagem de vários modelos jusfilosóficos, como as teorias voluntaristas, intencionalistas, axiológicas e semânticas, para citar apenas algumas, as quais guardam um traço comum: o arraigamento ao esquema sujeito-objeto.

Ou seja, é preciso compreender que, nesta quadra da história, o direito assume um caráter hermenêutico, tendo como conseqüência um efetivo crescimento no grau de deslocamento do pólo de tensão entre os poderes do Estado em direção à jurisdição (constitucional), pela impossibilidade de o legislativo (a lei) poder antever todas as hipóteses de aplicação. Na medida em que aumentam as demandas por direitos fundamentais e na medida em que o constitucionalismo, a partir de preceitos e princípios, invade cada vez mais o espaço reservado à regulamentação legislativa (liberdade de confor-

mação do legislador), cresce a necessidade de se colocar limites ao "poder hermenêutico" dos juízes.

Na medida em que decresce a liberdade de conformação do legislador em detrimento do crescimento do espaço destinado à justiça constitucional – e as razões pelas quais isso ocorreu a partir do segundo pós-guerra têm natureza paradigmática – torna-se necessário construir as condições para um controle democrático da aplicação (judicial) da lei. Textos constitucionais compromissórios, com amplo catálogo de direitos fundamentais individuais e coletivos, inexoravelmente geram um aumento de demandas.

Conseqüentemente – e na medida em que o direito é uma ciência prática – o centro da discussão inexoravelmente sofre um deslocamento em direção ao mundo prático, que, até o advento do Estado Democrático de Direito, estava obnubilado pelas conceitualizações metafísico-positivistas, sustentadas, por sua vez, por uma metodologia com evidentes matizes metafísico-dualístico-representacionais.

A toda evidência, tais questões devem ser refletidas a partir da questão que está umbilicalmente ligada ao Estado Democrático de Direito, isto é, a concretização de direitos, o que implica superar a ficcionalização provocada pelo positivismo jurídico no decorrer da história, que afastou da discussão jurídica as questões concretas da sociedade. Implica também afirmar que o significado da Constituição e do constitucionalismo depende da avaliação das condições de possibilidade para a compreensão desse(s) fenômeno(s). A (pretensa) plenipotenciariedade da regra – como fonte e pressuposto do sistema – cede lugar aos textos constitucionais que darão guarida às promessas da modernidade contidas no modelo do Estado Democrático (e Social) de Direito. Implica, assim, introduzir o ideal de vida boa, abrindo espaço para a institucionalização da moral no direito produzido democraticamente, a partir daquilo que denominou de "positivação dos princípios".

Assim, de um direito meramente legitimador das relações de poder, *passa-se a um direito com potencialidade de transformar a sociedade*, como, aliás, consta no texto da Constituição do Brasil, bastando, para tanto, uma simples leitura de alguns dispositos, em especial, o art. 3º. O direito, nos quadros do Estado Democrático (e Social) de Direito, é sempre um instrumento de transformação, porque regula a intervenção do Estado na economia, estabelece a obrigação da realização de políticas públicas, além do imenso catálogo de direitos fundamentais-sociais.

Em síntese, o fenômeno do (neo)constitucionalismo proporciona o surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados a partir de uma característica especial: a existência de uma Constituição "extremamente em-

bebedora" (pervasiva), invasora, *capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário à ação dos agentes públicos e ainda influenciar diretamente nas relações sociais.*[1]

É inexorável que ocorra – e a tradição do Estado Democrático de Direito aponta claramente para isso – a discussão sobre o papel da jurisdição constitucional, o que leva a outra querela, representada pelo embate entre as teses substancialistas e procedimentalistas. A resposta exsurgirá de uma opção paradigmática: fundamentar/justificar discursos ou compreender (fenomenologicamente). Enfim, a escolha entre respostas conteúdisticas e respostas procedimentais – ou, se se quiser, entre verdade, nos limites adiante delineados, e consenso – e todas as conseqüências daí exsurgentes.

Nesse contexto, o novo constitucionalismo foi se transformando em um campo extremamente fértil para o surgimento das mais diversas teorias que fossem capazes de responder a essas complexidades. Das teorias do discurso à fenomenologia hermenêutica, passando pelas teorias realistas (que deslocaram o pólo da tensão interpretativa na direção do intérprete),[2] os últimos cinqüenta anos viram florescer teses que tinham um objetivo comum no campo jurídico: superar o modelo de regras, resolver o problema da incompletude das regras, refundar a relação "direito-moral", solucionar os "casos difíceis" (não "abarcados" pelas regras) e a (in)efetividade dos textos constitucionais (compromissórios e dirigentes).

Diante dessa verdadeira revolução copernicana que atravessou o direito a partir do segundo pós-guerra, as diversas teorias jusfilosóficas tinham (e ainda têm) como objetivo primordial buscar respostas para a seguinte pergunta: como construir um discurso capaz de dar conta de tais perplexidades, sem cair em decisionismos e discricionariedades do intérprete (especialmente dos juízes)?[3] A nova relação "direito-moral" e aquilo que tem sido de nominado de

1 Consultar, nesse sentido, Guastini, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico. In: Carbonell, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

2 Na medida em que as posturas realistas afirmam que o sentido exato de uma proposição normativa depende do contexto, significa dizer que o direito se realiza na decisão judicial, isto é, o direito existe porque depende exclusivamente da vontade dos juízes, na linha do que defende, por exemplo, a escola norte-americana no *Critical legal Studies*, herdeiros dos realistas e do movimento *Law and Society*, destacando Roberto Mangabeira Unger e Olivier de Schutter, entre outros. Ver, para tanto, Allen C. Hutchison (ed). *Critical Legal Studies*. New Jersey: Rowman & Littlefield Publ., 1989; também Jean-Cassien Billier; Agraé Maryoli. *História da filosofia do direito*. Barueri: Manole, 2005.

3 É difícil caracterizar as teses decisionistas (discricionárias). Aqui parece adequada a noção "forte" de discricionariedade cunhada por Dworkin, para criticar as posturas positivistas. De qualquer modo, assim como é difícil fazer um quadro acerca de (todas) as modalidades de positivismo, também é complexo delinear as posturas decisionistas, que vão desde o normativismo kelseniano, que

"autonomia do direito" deslocou o problema da (legitimidade) para outro ponto: as condições interpretativas. E nisso residirá a diferença dos diversos enfoques. A toda evidência, trata-se de opções paradigmáticas.

Essas indagações e perplexidades demandam novos paradigmas, que, por sua vez, demandam novas formas de compreensão. Afinal, "a interpretação jurídica implica uma disputa de paradigmas", como bem diz Marcelo Cattoni. O neopositivismo, fonte para a construção de metalinguagens (veja-se a teoria da norma fundamental kelseniana, que é uma metalinguagem sobre o direito, que é, assim, a linguagem-objeto) e discursos analíticos, centrou suas críticas às insuficiências da linguagem natural, propondo, como contraponto, a construção de uma linguagem artificial, para assegurar, assim, a neutralidade científica. A razão disso é que a linguagem natural não se apresentava confiável para abarcar as complexidades do discurso científico. Apontando igualmente para as insuficiências da tradição, Habermas vai propor uma teoria comunicativa capaz de superar a linguagem "sistematicamente distorcida" da tradição. Ou seja, para Habermas, a linguagem da tradição não se mostra(va) adequada para a compreensão das formas de "comunicação sistematicamente distorcidas" proporcionadas pela tradição. Em sentido contrário, Gadamer vai resgatar o valor da tradição, colocando a pré-compreensão como condição de possibilidade. Mas há um algo a mais na tese hermenêutico-gadameriana: essa pré-compreensão está eivada de faticidade, do modo prático de ser no mundo que Heidegger havia percebido para superar a metafísica moderna. Também Dworkin que, ao se contrapor ao positivismo discricionarista, assenta sua tese na interidade do direito e na moralidade institucional, que se aproxima sobremodo da *Wirkungsgeschichtliches Bewußtsein* gadameriana.

A importância desse debate está no fato de que o novo paradigma de direito instituído pelo Estado Democrático de Direito proporciona a superação do direito-enquanto-sistema-de-regras, fenômeno que (somente) *se torna possível a partir das regras (preceitos) e princípios* – produzidos democraticamente – *introduzidos no discurso constitucional e que representam a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (faticidade)* até então negado pelo positivismo (veja-se, nesse sentido, por todos, o sistema de regras defendido por jusfilósofos como Kelsen e Hart). Assim, é possível dizer que esse mundo prático – seqüestrado metafisicamente pelas diversas posturas epistemo-metodológicas – está centrado no "teatro do sujeito autocentrado e desdobrado sobre as palavras possíveis, coerentes, sensivelmente concebíveis", proporcionando um "grande exorcismo da realidade", mantendo-a distanciada, "nada querendo saber dela".[4]

atribui ao juiz, nos casos difíceis, um poder absoluto, até as tese da escola de direito livre e do realismo norte-americano, passando por Herbert Hart, alvo principal das críticas de Dworkin. A partir de tais autores e posturas, forjou-se um enorme contingente de concepções, que tem no esquema sujeito-objeto o seu suporte epistemológico.

É extremamente complexo dizer o que é positivismo jurídico. Entre tantas concepções acerca do tema, poder-se-ia acentuar algumas teses centrais, isto é, os principais aspectos que constituem o positivismo:

a) que a existência (vigência e validade) do direito em uma dada sociedade depende das práticas dos membros dessa sociedade; são, pois, as fontes sociais do direito;
b) que a validade de uma norma independe de sua "validade" moral; trata-se, pois, da separação entre direito e moral (secularização), cuja discussão central reside na discussão do papel desempenhado pela razão prática no contexto d(e um)a teoria do direito. Ora, as teorias do direito positivistas haviam recusado fundar suas epistemologias numa racionalidade que desse conta do agir propriamente dito. Como alternativa, estabeleceram um princípio fundado em uma razão teórica pura: o direito deveria, a partir de então, ser visto como um objeto que seria analisado segundo critérios emanados de uma lógica formal rígida. Isto significa dizer que para o positivismo pouco importava colocar em discussão – no campo de uma teoria do direito – questões relativas à legitimidade da decisão tomada nos diversos níveis do poder estatal (legislativo, executivo ou judicial). No fundo, operou-se uma cisão entre validade e legitimidade, sendo que as questões de validade seriam resolvidas através de uma análise lógico-semântica dos enunciados jurídicos, ao passo que os problemas de legitimidade – que incluem uma problemática moral – deveriam ficar sob os cuidados de uma teoria política que poucos resultados poderiam produzir, visto que esbarravam no problema do pluralismo de idéias presente num contexto democrático, o que levava inexoravelmente a um relativismo filosófico;
c) que as normas jurídicas de um ordenamento não "cobrem" todas as hipóteses de aplicação; isto quer dizer que haverá "casos difíceis" que não serão solucionáveis pelas normas jurídicas existentes; daí o recurso à discricionariedade, poder "delegado" aos juízes (é neste ponto

4 Cf. Haar, Michel. *Heidegger e a essência do homem*. Lisboa: Piaget, s/d, pp. 115 e segs.

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

Por outro lado, ainda em face da complexidade/dificuldade para definir as diversas posturas positivistas, não parece desarrazoada a opção por uma classificação que poderia ser denominada "a contrario sensu", a partir das características das posturas consideradas e autodenominadas pós-positivistas, entendidas como as teorias contemporâneas que privilegiam o enfoque dos problemas da indeterminabilidade do direito e as relações entre o direito, a moral e a política (teorias da argumentação, a hermenêutica, as teorias discursivas, etc.). Ou seja, é mais fácil compreender o positivismo a partir das posturas que o superam. Autores como Albert Calsamiglia[5] consideram que a preocupação das teorias pós-positivistas é com a indeterminação do direito nos casos difíceis, ou seja, para os pós-positivistas, o centro de atuação se há deslocado em direção da solução dos casos indeterminados (mais ainda, os casos difíceis não mais são vistos como excepcionais). Afinal, os casos simples eram resolvidos pelo positivismo com recurso às decisões passadas e às regras vigentes. Já nos casos difíceis se estava em face de uma "terra inóspita". "No deja de ser curioso que cuando más necesitamos orientación, la teoria positivista enmudece". Daí a debilidade do positivismo (*lato sensu*), que sempre dependeu de uma teoria de adjudicação, indicativa de como devem se comportar os

5 Cf. Calsamiglia, Albert. Pospositivismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofia del Derecho*. Alicante, 1998, pp. 209 e segs.

juízes (e os intérpretes em geral). Veja-se a pouca importância dada pelo positivismo à teoria da interpretação, sempre deixando aos juízes a "escolha" dos critérios a serem utilizados nos casos complexos. Para o pós-positivismo, uma teoria da interpretação não prescinde de valoração moral, o que está vedado pela separação entre direito e moral que sustenta o positivismo. O pós-positivismo aceita que as fontes do direito não oferecem resposta a muitos problemas e que se necessita conhecimento para resolver estes casos. Alguns são céticos sobre a possibilidade do conhecimento prático, porém, em linhas gerais, é possível afirmar que existe um esforço pela busca de instrumentos adequados para resolver estes problemas (Dworkin e Soper são bons exemplos disso). Em acréscimo às questões levantadas por Calsamiglia, vale referir o acirramento da crise das posturas positivistas diante do paradigma neoconstitucionalista, em face da sensível alteração no plano da teoria das fontes, da norma e das condições para a compreensão do fenômeno no interior do Estado Democrático de Direito, em que o direito e a jurisdição constitucional assumem um papel que vai muito além dos "planos" do positivismo jurídico e do modelo de direito com ele condizente.

Portanto, pós-positivismo deve ser entendido com o sentido de superação e não (mera) continuidade ou complementariedade. Pós-positivismo será compreendido, neste contexto, no interior do paradigma do Estado Democrático de Direito instituído pelo constitucionalismo compromissório e transformador social surgido no segundo pós-guerra, que é aquilo que vem sendo denominado de neoconstitucionalismo.

Nesse sentido, não assume relevância – nos limites destas reflexões – a classificação em neoconstitucionalismo ideológico, teórico ou metodológico,[6] isto porque, a um só tempo, o neoconstitucionalismo é ideológico, porque alça a Constituição a "elo conteudístico" que liga a política e o direito (aqui se poderia falar no aspecto compromissório e dirigente da Constituição, que é, assim, mais do que norma com força cogente, representa uma justificação político-ideológica); teórico porque estabelece as condições de possibilidade da leitura (descrição) do modelo de constitucionalismo e dos mecanismos para superação do positivismo (papel dos princípios enquanto resgate do mundo prático expungido do direito pelo positivismo, problemática que deve ser resolvida a partir dessa teoria do direito e do Estado); metodológico, porque ultrapassa a distinção positivista entre descrever e prescrever o direito, sendo

6 Essa classificação é feita por Comanducci, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo. Un análises metateórico. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003.

que, para tal, reconecta direito e moral (que ocorre sob vários modos, a partir de teses como a co-originariedade entre direito e moral ou o papel corretivo que a moral assumiria neste novo modelo de direito).

Neoconstitucionalismo significa ruptura, tanto com o positivismo[7] como com o modelo de constitucionalismo liberal. Por isso, o direito deixa de ser regulador para ser transformador. Trata-se, pois, de uma questão paradigmática. Daí que, embora as relevantes contribuições do garantismo de Ferrajoli, não é possível concordar com a tese de que o neoconstitucionalismo é uma "continuação natural do positivismo, um modo de 'completar' o paradigma positivista no novo contexto do Estado constitucional" ou que o positivismo viria a ser reforçado pelo neoconstitucionalismo.[8]

Por tudo isso, na presente obra parto da tese de que há uma incompatibilidade paradigmática entre o novo constitucionalismo (compromissório, principiológico e dirigente) com o positivismo jurídico, nas suas mais variadas formas. Qualquer postura que, de algum modo, se enquadre nas caracterísiticas ou teses que sustentam o positivismo, entra em linha de colisão com esse (novo) tipo de constitucionalismo. Isso significa afirmar que a separação do direito da moral, a tese das fontes sociais e a discricionariedade, em qualquer grau, são componentes que afastam qualquer forma de positivismo do neoconstitucionalismo. Não fosse assim e afastaríamos o papel da filosofia da discussão acerca da evolução do direito e do Estado nesta quadra da história. Não é possível continuar a sustentar, por exemplo, a separação do direito da moral nestes tempos de superação do paradigma da filosofia da consciência e da inserção do mundo prático na filosofia, proporcionado pelo giro linguísitico-ontológico. Também não é possível sustentar qualquer forma de discricionariedade judicial neste momento histórico, uma vez que a discrionariedade está ligada ao subjetivismo (portanto, sujeito-objeto), avesso ao paradigma intersubjetivo. Estado Democrático de Direito e discricionariedade são incompatíveis e essa questão é fulcral. Por isso, discutir a discricionariedade significa discutir as condições de possibilidade da *permanência* ou *superação* do esquema sujeito-objeto. Os defensores da discricionariedade fundamentam o dis-

7 Sobre as diversas "classes de positivismo jurídico contemporâneo", veja-se a percuciente análise de Écio Oto, em seu *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*, editado em conjunto com Susanna Pozzolo (Belo Horizonte: Landy, 2006, pp. 29 e segs.). O autor, acertadamente, considera ser impossível, hoje, conceber uma teoria jurídica fundada no neoconstitucionalismo que rechace critérios materiais (valorativos) de validez normativa e que aceite a possibilidade da discricionariedade (no sentido forte).

8 Cf. Ferrajoli, Luigi. Iuspositivismo crítico y democracia constitucional. *Isonomia*, n. 16, 2002.

curso em uma relação sujeito-objeto, em lugar de se darem conta da relevante circunstância de que o discurso do sujeito da relação sujeito-objeto funda-se em um elemento que condiciona a possibilidade da ligação entre o sujeito e o objeto, que é o discurso da pré-compreensão, da antecipação, do compreender, que é – e sustenta – o nosso modo prático de ser no mundo, que desde sempre é o fundamento a partir de onde todo o discurso (enunciativo, assertórico) se fundamenta.

Daí que, em *terrae brasilis*, o novo texto constitucional – e, não esqueçamos, texto é sempre um evento – representa a real possibilidade de ruptura com o velho modelo de direito e de Estado (liberal-individualista), a partir de uma perspectiva claramente dirigente e compromissória (veja-se, nesse sentido, a determinação constitucional da construção de um Estado Social). A tradição – tão combatida por autores como Habermas – mostra-nos que *não havia espaço para o mundo prático no modelo de direito anterior*. Não havia espaço para a discussão de conflitos sociais, que não eram assunto para o direito; definitivamente, isso não era pauta para a Constituição.

Isso significa dizer que, se o modelo de direito sustentado por regras[9] está superado, o discurso exegético-positivista, ainda dominante no plano da dogmática jurídica praticada cotidianamente, representa um retrocesso, porque, de um lado, continua a sustentar discursos objetivistas, identificando texto e sentido do texto (norma), e, de outro busca, nas (diversas) teorias subjetivistas, a partir de uma axiologia que submete o texto à subjetividade assujeitadora do intérprete, *transformando o processo interpretativo em uma subsunção dualística do fato à norma, como se fato e direito fossem coisas cindíveis e os textos (jurídicos) fossem meros enunciados lingüísticos.*

É inegável que a noção de constitucionalismo compromissório e dirigente teve a função de trazer para o âmbito da Constituição temáticas que antes eram reservadas à esfera privada. Daí que a nova Constituição – assim como o constitucionalismo do segundo pós-guerra – publiciza os espaços antes "reservados aos interesses privados". E essa publicização somente poderia ocorrer a partir da assunção de uma materialidade, *espaço que vem a ser ocupado pelos princípios*. Com efeito, se a própria Constituição altera (substancialmente) a teoria das fontes que sustentava o positivismo e os princípios vêm a propiciar uma nova teoria da norma (atrás de cada regra há, agora, um princípio que não

9 Como será demonstrado na seqüência, isso não significa que as regras – conformes a Constituição e produzidas democraticamente – não possam traduzir a faticidade, o mundo prático, enfim, o resgate das promessas da modernidade. *Não há, aqui, uma contraposição regra-princípio.*

a deixa se "desvencilhar" do mundo prático), é porque também o modelo de conhecimento subsuntivo, próprio do esquema sujeito-objeto, tinha que ceder lugar a um novo paradigma interpretativo.

É nesse contexto que ocorre a invasão da filosofia pela linguagem, em uma pós-metafísica (re)inclusão da faticidade que, de forma inapelável, mormente a partir da década de 50 do século passado, atravessará o esquema sujeito-objeto (objetivista e subjetivista), *estabelecendo uma circularidade virtuosa na compreensão*. Destarte, esse *déficit* de realidade produzido pelas posturas epistemo-metodológicas – ainda presas ao esquema sujeito-objeto – vem a ser preenchido pelas posturas interpretativas, especialmente as hermenêutico-ontológicas, que deixam de hipostasiar o método e o procedimento, *colocando no modo-de-ser e na faticidade o locus da compreensão*. Assim, salta-se do fundamentar (*fundamentum inconcussum*) para o compreender, onde o compreender não é mais um agir do sujeito, e, sim, um modo-de-ser que se dá em uma intersubjetividade.

Mas isso não apaga o fato de que ainda vivemos em um mundo jurídico que busca exorcizar os fatos e conflitos tratados pelo direito, isto é, em um mundo no qual a metodologia jurídica continua com a função de promover a desvinculação do caráter historicamente individualizado do caso que esteja na sua base, para atingir o abstrato generalizável e comum, como bem alerta Castanheira Neves. Para tanto, basta um passar d'olhos na operacionalidade do direito no Brasil, para constatar a resistência exegético-positivista, calcada muito mais em decisionismos e discricionariedades do que em discursos que procurem efetivamente colocar o direito como uma ciência prática, destinada a resolver problemas (sociais), mormente nesta fase da história, em que lemos, por exemplo, na Constituição, que o Brasil é uma República cujos objetivos são, entre outros, a redução da pobreza, a justiça social, etc.

Ou seja, é preciso compreender que o direito – neste momento histórico – não é mais ordenador, como na fase liberal; tampouco é (apenas) promovedor, como era na fase do *welfare state* (que nem sequer ocorreu no Brasil); na verdade, o direito, na era do Estado Democrático de Direito, é um *plus* normativo em relação às fases anteriores, porque agora é transformador da realidade. E é exatamente por isso que aumenta sensivelmente o pólo de tensão em direção da grande invenção contramajoritária: a jurisdição constitucional,[10]

10 Não há dúvidas, pois, de que esse novo modelo de justiça constitucional – o modelo de tribunais *ad hoc*, introduzido *stricto sensu* a partir da Áustria e reafirmado nas Constituições da Itália, Alemanha, Portugal e Espanha, para falar apenas nas principais –, deixa marcas indeléveis no constitucionalismo contemporâneo. A doutrina alemã, especialmente ela, em grande medida baseada no estudo da Lei Fundamental e na atuação do *Bundesverfassungsgericht*, influenciou todo o pensamento constitucional, mormente no que se relaciona ao estudo da eficácia dos direitos fundamentais e dos mecanismos interpretativos que sustenta(va)m as teses advindas da idéia de força normativa do texto constitucional e seu caráter dirigente (*dirigierende Verfassung*).

que, no Estado Democrático de Direito, vai se transformar na garantidora dos direitos fundamentais-sociais e da própria democracia.

Nesse sentido, há que se indagar:

- se, efetivamente, o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito resgatou a "realidade perdida", de que modo a teoria jurídica reage diante desse fenômeno?
- como dar por vencido o modelo subsuntivo, que coloca o sujeito isolado do objeto e que relega a linguagem a uma terceira coisa, à *dis-posição* do sujeito cognoscente?
- De que modo podemos resolver a inexorável tensão entre fato e norma, separados, politicamente, pela Revolução Burguesa e, filosoficamente, pelas duas metafísicas?

De um modo ou de outro, até mesmo algumas teorias discursivas, a pretexto de superar as diversas formas assumidas pelo positivismo jurídico e buscando resolver os problemas da impossibilidade de antevisão de todas as hipóteses de aplicação próprias de um direito que assumia um caráter inexoravelmente hermenêutico, *apostaram na construção de discursos (prévios) de justificação/fundamentação* (*Begründungsdiskurs*), com o que acabaram por incorrer na própria problemática que pretendiam criticar no positivismo. No fundo, com isso, busca-se "aprisionar" a realidade por intermédio de nossa rede de sentidos; e isso é filosofia da consciência.

Dito de outro modo: as posturas positivistas, ao desindexarem do discurso jurídico o mundo prático, não encontraram, nesse aspecto, adversário à altura em teses como a teoria do discurso habermasiana, que deslocou o problema da atribuição de sentido para uma contrafática situação ideal de fala, cuja função é a de servir de *justificação prévia ao procedimento de adequação entre a faticidade e a validade* (e, portanto, superar a tensão entre fato e norma).

No fundo, não houve grandes alterações em relação ao âmago das teorias jurídicas arraigadas ao esquema sujeito-objeto. Discursos de justificação/fundamentação prévia procuram ultrapassar a decisão de origem, para atingir todas as "situações semelhantes futuras". Ao mesmo tempo, para evitar decisionismos decorrentes de "ativismos judiciais", buscam aliviar o juiz da carga

representada pelos problemas da fundamentação da norma que aplica, isto é, a racionalidade da decisão (discurso de aplicação – *Anwendungsdiskurs*) do *juiz já não depende do fundamento racional dessa norma, porque este "problema" já vem resolvido por um discurso de fundamentação* (anterior).

Mas é claro que isso não ocorre impunemente. Afinal, se fosse possível uma lei (um texto jurídico) prever todas as suas hipóteses de aplicação, estar-se-ia em face do fenômeno da entificação metafísica dos sentidos. E, como veremos mais adiante, isso não se corrige com "discursos de adequação", como propõem Günther e Habermas, que nada mais fazem do que reconhecer a impossibilidade filosófica daquilo que sustenta a sua própria tese.

É preciso compreender que nos movemos numa impossibilidade de fazer coincidir texto e sentido do texto (norma), isto é, *movemo-nos numa impossibilidade de fazer coincidir discursos de validade e discursos de adequação.* É neste ponto que se dá o embate entre a hermenêutica (filosófica) e as diversas teorias discursivas. Objetivamente, não conseguimos atingir um saber que possa abranger todos os modos de aplicação dos textos jurídicos de uma vez. Em outras palavras, a objetividade conteria as hipóteses aplicativas, em que o texto conteria a norma, ou, melhor ainda, o texto (a regra) conteria todas as normas (hipóteses de aplicação) possíveis.

Se trabalhamos no interior de um paradigma no qual o direito assumiu um caráter hermenêutico, que decorre da própria característica que marcou o direito a partir do segundo pós-guerra, em que visivelmente a tradição nos mostra o papel interventivo da jurisdição constitucional, então a preocupação de qualquer teoria jurídica deve estar voltada ao enfrentamento das conseqüências desse fenômeno.

Numa palavra: se o direito é um saber prático, a tarefa de qualquer teoria jurídica é buscar as condições para

a) a concretização de direitos – afinal, a Constituição (ainda) constitui – e,
b) ao mesmo tempo evitar decisionismos, arbitrariedades e discricionariedades (espécies do mesmo gênero, o positivismo) interpretativas.

Trata-se, pois, de entender que, se o primeiro problema metodológico tem uma resposta a partir da superação do paradigma da subjetividade, em que não mais cindimos interpretação de aplicação, *o segundo parece bem mais difícil de resolver, isto é, como evitar decisionismos, ativismos, etc, e alcançar uma resposta correta em cada caso.* Este é o cerne da discussão hermenêutica, pois.

Assim, se o positivismo está ligado à discricionariedade, possibilitando, desse modo, múltiplas respostas, e se a dogmática jurídica (predominante no Brasil) continua refratária ao novo constitucionalismo e sua aderência paradigmática que alça a intersubjetividade ao lugar de condição de possibilidade, *parece razoável afirmar que essa "delegação em favor do juizo discricionário"* (e, conseqüentemente, em favor das múltiplas respostas) *não será contida ou resolvida através de regras e meta-regras que cada vez mais contenham a "solução-prévia-das-várias-hipóteses-de-aplicação". E não será assim, pela singela razão de que a discricionariedade (que é um passo para a arbitrariedade, como veremos na sequência) é exatamente produto daquilo que proporcionou a sua institucionalização*: o positivismo jurídico e suas diversas facetas, que sempre abstraíram a situação concreta no ato de aplicação.

Este é o ponto em que a hermenêutica filosófica leva vantagem sobre as demais teorias que têm na interpretação o seu foco principal: a faticidade, o modo prático de ser no mundo comanda a atividade compreensiva. Daí o primeiro *salto heideggeriano*, superando o caráter epistemo-metodológico da filosofia, mostrando que a filosofia é hermenêutica; em seguida, o *salto gadameriano*, mostrando que a hermenêutica é filosofia, condição de ser-no-mundo.

Em face disso, no presente livro procuro abordar toda a problemática exposta à luz da hermenêutica da faticidade, retrabalhada a partir do que denomino *Crítica Hermenêutica do Direito* (Nova Crítica do Direito), recolocando a discussão do enfrentamento do positivismo e da indeterminabilidade do direito no contexto não da simples dicotomia texto e norma, mas, sim, a partir da *filosófica diferença* – que é ontológica – entre texto e sentido do texto (aqui denominado de "norma", que é o texto em forma de enunciados, em que o conteúdo veritativo não é nada mais do que a dimensão predicativa, isto é, *aquilo que se diz sobre o texto*), abrindo espaço para a construção de respostas adequadas hermeneuticamente à Constituição, insistindo na perspectiva de verdades conteudísticas, entendidas a partir da perspectiva fenomenológica, isto é, de que esta se afere *como correção que tem por base um texto constitucional que resgata o ideal de vida boa*, que também pode ser compreendido, aqui, como o mundo prático que fora deixado de fora do mundo das regras do positivismo.

As críticas[11] aqui dirigidas às teses discursivo-procedimentais (e, é claro, com muito maior contundência, às teorias da argumentação) nem de longe

11 Ao mesmo tempo, na presente obra procuro responder a uma série de críticas que me foram dirigidas por Álvaro Ricardo de Souza Cruz, no livro *Habermas e o Direito Brasileiro* (Lumen Juris, 2005), assim como ao seu prefácio, da percuciente lavra de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira.

têm a pretensão de obscurecer e/ou negar a contribuição da teoria do discurso para a reflexão sobre temas sociais, políticos, jurídicos, etc. Não ignoro que

Também procuro responder às sofisticadas objeções feitas por Rogério Gesta Leal, no artigo *As Potencialidades Lesivas à Democracia de uma Jurisdição Constitucional Interventiva (Revista do IHJ, nº 4)* e Lúcio Chamon Jr., no prefácio do livro de Marcelo Cattoni, *Devido Processo Legislativo* (2ª ed., Mandamentos, 2006, p. 24)

O alvo principal dos ilustres professores são as críticas que faço às teses habermasianas no meu livro *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito* (2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004). Trata-se de contendores de altíssimo nível. Desnecessário dizer que o debate é saudável. Estamos realizando, talvez pela primeira vez, um debate filosófico-prático no âmbito da Teoria Constitucional e da Jurisdição, aprimorando qualitativamente os argumentos que, por obrigação científica, devem encontrar um ponto de entendimento, não necessariamente consensual.

Desnecessário referir que as diversas teorias que tratam do direito na contemporaneidade não são, de modo algum, infalíveis. Não estão, portanto, imunes a críticas. Não se pode pretender fazer uma espécie de blindagem contra as críticas às teorias defendidas. Desse modo, não se deve pensar que as críticas dirigidas a determinado(s) jusfilósofo(s) têm o condão de produzir efeitos colaterais em algum defensor ou adepto desse(s) autor(es). Destarte, por exemplo – e isso deveria ser despiciendo lembrar – não considero que as críticas feitas a Heidegger sejam dirigidas a mim ou a qualquer outra pessoa que comungue das idéias do filósofo da Floresta Negra. Quando Vitor Farias fez uma obra "aterradora" acerca de Heidegger, não consta que o alicerce do pensamento heideggeriano tenha sido abalado. Além disso, ainda há autores que acusam Heidegger de não ter desenvolvido uma teoria com preocupação social (sic) (afora a já clássica acusação de ser "nazista") e que Gadamer "subestimou a importância da reflexão crítica" e que "deveria enfrentar de modo mais claro a questão de como (portanto, *metodologicamente*) a compreensão poderia ser alcançada de modo mais verdadeiro, inclusive contra a própria tradição" (sic), bem como de não ter desenvolvido "uma instância crítica interna à hermenêutica" (é a crítica, v.g., de Rodolfo Viana Pereira, em seu Hermenêutica Filosófica e constitucional, pp. 58-59). Tais questões fazem parte da "essência" de um debate democrático, mesmo que se detecte algum excesso, proveniente de compreensões equivocadas e movidas por um combustível ideológico (por vezes anacrônico). Penso que isso se aplica às críticas que são feitas a autores do porte de um Jürgen Habermas (para citar apenas este). De todo modo, estou convicto de que fazer "apostas hermenêuticas" (no sentido de uma ontologia fundamental) parece ser cada vez mais difícil em tempos de buscas de racionalidades instrumentais. Não surpreende, portanto, que jusfilósofos que tratam de temáticas como democracia e direitos fundamentais sejam bem menos suscetíveis à críticas. Ou seja, provavelmente seja bem mais fácil defender John Hart Ely que Laurence Tribe, assim como, v.g., Alexy em relação a Gadamer e a sua aversão à metodologia (afinal, dizem muitos, como fica a "segurança do processo interpretativo"? Como fazer críticas "contra" a própria tradição?). O que não pode ocorrer (se é que, de fato, ocorra) – e isso é registrado tão somente *ad argumentandum tantum* – é que, muitas vezes, o modo utilizado para atacar os críticos de determinados jusfilósofos alça-se ao patamar de uma "blindagem protetora", pela qual é dito que o crítico "não entendeu a profundidade do jusfilósofo..." ou que o jusfilósofo (que se ousou criticar) "jamais diria tal disparate" ou, ainda, que "é um absurdo" fazer esta ou aquela afirmação...! A pergunta que deve ficar, nestes casos – muitos raros, é verdade –, é: *se alguém sabe tão bem os segredos de um determinado jusfilósofo etc, e sabe tão bem decifrar a sua "*mens legis*", enfim, aquilo que "ele quis dizer" ou "não quis dizer", por que quer dialogar?*

Por tudo isso, o diálogo entre posições contrárias/antagônicas – travadas entre as posições hermenêuticas e especialmente as habermasianas – é extremamente profícuo e manifestamente importante, mormente em duros tempos ainda dominados por uma dogmática jurídica de perfil positivista (*adversária comum à ambas as teorias*, ao lado das posturas que buscam desregulamentar o Estado e "desconstitucionalizar" direitos). Insisto: por tudo isso, o diálogo entre teses conflitantes mostra-se, mais do que possível, necessário. Mas, mais do que isso, o diálogo que estamos travando é importante, porque penso estarmos construindo novas matrizes teóricas, mostrando, inclusive, que países de modernidade tardia – como é *terrae brasilis* – têm plenas condições para tanto. Isso significa não apenas descrever teorias, mas, sim, construir (novas) perspectivas teóricas, compreendendo, inclusive, as insuficiências teóricas de alguns dos nossos (jus)filósofos favoritos. *Mutatis mutandis*, é como fazer filosofia, ao invés de fazer (apenas) "história da filosofia". Na teoria do direito é – deve ser – mais ou menos a mesma coisa.

Habermas, embora dê primazia ao processo político de formação da vontade livre de distorções, não relega a um segundo plano, sob qualquer hipótese, a intransigente defesa dos direitos fundamentais.[12]

Além disso, a hermenêutica não quer corrigir ou substituir qualquer teoria epistemo-procedimental. Igualmente não pretende concorrer com uma teoria do conhecimento que procure justificar os elementos do conhecimento empírico. A hermenêutica não proíbe que se faça essa justificação/explicitação de forma procedural. *Só que a hermenêutica não concorda com a eliminação do primeiro passo na compreensão, que é exatamente o elemento hermenêutico.* Em outras palavras, não sou contra a teoria procedimental; só afirmo que o modo de ser manifestativo da compreensão precede a teoria do conhecimento.

O que sempre deixei explícito são as insuficiências das teses procedimentalistas habermasianas (que, frise-se, por justiça, no Brasil *são retrabalhadas* e *tornadas mais avançadas* que as do próprio Habermas), mormente – e insisto neste ponto – se levarmos em conta as particularidades de um país de modernidade tardia como o Brasil, que exige – e disso estou plenamente convicto – uma teoria da Constituição adequada às suas especificidades e uma atuação

12 Autores como Rodolfo Arango consideram, entretanto, ambivalente a posição/resposta de Habermas à pergunta sobre se as Constituições democráticas devem pressupor o reconhecimento de direitos sociais-fundamentais. Por uma parte, Habermas defende a tese de que os direitos sociais-fundamentais são uma parte de seu sistema de direitos e que as desiguais condições de vida na sociedade capitalista exigem ser compensadas mediante a distribuição justa dos bens coletivos, o que é compatível com uma teoria de direitos que garante direitos individuais de prestação. Porém, por outro lado, o conteúdo dos direitos sociais-fundamentais deve ser precisado mediante a autodeterminação política dos cidadãos no processo democrático, o que leva a que somente pode haver direitos sociais legais. Do contrário, existiria o perigo de afetar a autonomia do indivíduo em face do paternalismo e a burocracia do *Estado de Bem-Estar* requerido para assegurar tais direitos. A posição ambivalente de Habermas em relação aos direitos sociais-fundamentais decorre de um conceito demasiado estreito de direito subjetivo. Sua concepção de direitos subjetivos matiza seu sistema de direitos e o conduz a distinguir entre direitos fundamentais "absolutamente fundados" e "relativamente fundados". Porém esta distinção se revela como supérflua quando se parte de um conceito verdadeiramente discursivo dos direitos subjetivos. Cf. Arango, Rodolgo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2005, p. 261.

interventiva da jurisdição constitucional, sem cair, à evidência, no "ativismo judicial",[13] *que, aliás, tem sido praticado às avessas em terrae brasilis, contribuindo para a inefetividade dos direitos fundamentais sociais. Entendo, pois, que podem ser feitas várias objeções*[14] *à teoria do discurso (procedural) habermasiana, assim como às diversas teorias da argumentação – mormente na sua recepção no campo da operacionalidade do direito – e sua interpretação feita pelos meus diversos críticos. É o que busco fazer na seqüência.*

13 Procurarei mostrar que as acusações de que defendo "ativismos judiciais" são absolutamente despropositadas, até porque, trabalhando de há muito com os pressupostos da hermenêutica filosófica, jamais incentivaria discricionariedades ou decisionismos, pela simples razão de que a hermenêutica é avessa a qualquer forma de relativismo. Para isso, basta uma leitura no item 12.10 de meu *Hermenêutica Jurídica (e)m Crise – Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 6ª edição. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005. Há uma série de equívocos e confusões acerca do tema "ativismo". Por exemplo, Álvaro Souza Cruz (Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: Sampaio, José Adércio Leite (org.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte, Del Rey, 2001) busca combater o ativismo da jurisprudência de valores (à brasileira) praticada sob a égide de autores como Alexy na aplicação da Constituição (ponderação de valores), utilizando para tal a teoria procedimental habermasiana. No referido texto, o autor faz, na verdade, uma crítica à filosofia da consciência, e não ao substancialismo, confundindo ativismo com substancialismo.

14 *A Hermenêutica Filosófica e as Possibilidades de Superação do Positivismo pelo (Neo)constitucionalismo* In: Lenio Luiz Streck; Leonel Severo Rocha. "Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica". Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2005; *Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo*. In: Torres, Heleno. Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos. Barueri: Manole, 2005.

Capítulo 2
Constitucionalismo e democracia: o valor da Constituição e o papel da jurisdição constitucional em países de modernidade tardia.

2.1. A Constituição como um paradoxo e os "dilemas" do constitucionalismo – a tensão (inexorável) entre jurisdição e legislação.

A discussão do constitucionalismo implica o enfrentamento de um *paradoxo*, representado pelo especialíssimo modo como esse fenômeno é engendrado na história moderna-contemporânea. Com efeito, *a Constituição nasce como um paradoxo porque, do mesmo modo que surge como exigência para conter o poder absoluto do rei, transforma-se em um indispensável mecanismo de contenção do poder das maiorias.* É, pois, no encontro de caminhos contraditórios entre si que se desenha o paradoxo do constitucionalismo. E é na construção de uma fórmula abarcadora desses mecanismos contramajoritários que se engendra a própria noção de jurisdição constitucional, percorrendo diversas etapas até o advento do Estado Democrático de Direito.

É talvez neste aspecto – a existência/exigência de uma regra contramajoritária – que resida o grande dilema que atravessa a democracia naquilo em que esta – a democracia – finca, no decorrer da história contemporânea, profundas raízes no direito (constitucional), tendo com ele um incomensurável débito. É neste ponto, aliás, que Laurence Tribe começa seu influente tratado sobre direito constitucional (*American Constitutional Law*), ao procurar enfrentar *esse dilema fundamental representado pela discórdia entre a política majoritária e os anteparos previstos no texto constitucional*: em sua forma mais básica, a pergunta é por que uma nação que fundamenta a legalidade sobre o consentimento dos governados decidiria constituir sua vida política

mediante um compromisso com um pacto/acordo original estruturado deliberadamente para dificultar mudanças.[1]

De diversas maneiras este problema tem sido apresentado, aduz Tribe, indagando: como se pode reconciliar o consentimento dos governados com a garantia de um consentimento ulterior mediante uma convenção constitucional? Por que um marco constitucional, ratificado há dois séculos, deve exercer tão grande poder sobre nossas vidas atuais? Por que somente alguns de nossos concidadãos possuem a faculdade para impedir que se façam emendas à Constituição? A revisão judicial, quando está baseada em uma lealdade supersticiosa em relação a intenção de seus criadores, é compatível com a soberania popular?[2]

Se se compreendesse a democracia como a prevalência da regra da maioria, poder-se-ia afirmar que o constitucionalismo é antidemocrático, na medida em que este "subtrai" da maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias, reservadas e protegidas por dispositivos contramajoritários. O debate se alonga e parece interminável,[3] a ponto de alguns teóricos demonstrarem

1 Cf. Tribe, L. H. *American Constitutional Law*. The Foundation Press, Meneola, 1978, p. 9. tb. Holmes, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: *Constitucionalismo y Democracia*. Jon Elster y Rune Slagstad (org). México: Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 217.

2 Cf. Tribe, *op. cit.*, p. 9.

3 Consultar, para tanto Böckenförd, Ernst-Wolfgang. "Los Metodos de la Interpretación Constitucional. Inventario e Critica", in *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden, Nomos, 1993; Canotilho, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editores, 1994; "Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa; de um constitucionalismo moralmente reflexivo". In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* n. 15, pp. 7-17; Ferrajoli, Luigi. "Jueces y política. Derechos y Libertades". In: *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Año IV. Janeiro de 1999, n. 7. Madrid: Universidad Carlos III; Kägi, Werner. *Die Verfassung als rechliche Grundordnung des Saates. Untersuchungen über die Entwicklungstendenz im modernen Verfassungsrecht*. Zurich: Polygraphischer Verlag, 1945; Leite Sampaio, José Adércio. *A Constituição reiventada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002; Lerche, Peter. *Übermass und Verfassungsrecht: Zur Bildung des Gezetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit*. 2a. Goldbach, Keip Verlag, 1999; Neves, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e Permanência das estruturas reais de poder. *RTDP* nº 12. São Paulo: Malheiros, 1995; Ost, François. *O Tempo do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999; Pérez, Miguel Angel Aparicio. Modelo Constitucional de Estado y realidad Política. In: *Corrupción Y Estado de Derecho – El papel de la jurisdicción*. Perfecto Ibañez (Editor). Madrid, Editorial Trotta, 1996; Perry, M.J. The Constitution, the Courts and Human Rights. An Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policymaking by the Judiciary. *Yale University Press*, New Haven and London, 1982; Vianna, Luiz Werneck; Carvalho, Maria Alice Rezende de; Melo, Manuel Palácios Cunha; Burgos, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan. 1999; Wellington, H. H., Common Law Rules and Constitutional Double *Standards*: Some Notes on Adjudication. *The Yale Law Journal*, vol. 83, n. 2, dezembro de 1973;

preocupação com o fato de que a democracia possa ficar paralisada pelo contramajoritarismo constitucional, e, de outro, o firme temor de que, em nome das maiorias, rompa-se o dique constitucional, arrastado por uma espécie de retorno a Rousseau.

Daí que, desde logo, considero necessário deixar claro que a contraposição entre democracia e constitucionalismo é um perigoso reducionismo. Não fosse por outras razões, não se pode perder de vista o mínimo, isto é, que o *Estado Constitucional só existe e tornou-se perene a partir e por meio de um processo político constitucionalmente regulado (Loewestein)*. Na verdade, a afirmação da existência de uma "tensão" irreconciliável entre constitucionalismo e democracia é um dos mitos centrais do pensamento político moderno,[4] que entendo deva ser desmi(s)tificado. Frise-se, ademais, que, se existir alguma contraposição, esta ocorre necessariamente entre a democracia constitucional e democracia majoritária, questão que vem abordada em autores como Dworkin, *para quem a democracia constitucional pressupõe uma teoria de direitos fundamentais que tenham exatamente a função de colocar-se como limites/freios às maiorias eventuais*.[5]

A regra contramajoritária, desse modo, vai além do estabelecimento de limites formais às assim denominadas maiorias eventuais; de fato, ela representa a materialidade do núcleo político-essencial da Constituição, representado pelo compromisso – *no caso brasileiro, tal questão está claramente explicitada no art. 3º da Constituição* – do resgate das promessas da modernidade, que apontará, ao mesmo tempo, para as vinculações positivas (concretização dos direitos prestacionais)[6] e para as vinculações negativas (proibição de retrocesso social), até porque cada norma constitucional possui diversos âmbitos eficaciais (uma norma pode ser, ao mesmo tempo, programática no sentido clássico, de eficácia plena no sentido prestacional ou servir como garantia para

Cattoni, Marcelo. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte, Del Rey, 2002; Diaz, Elias. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid, Tecnos, 1972; Carvalho Neto, Menelick. Controle de constitucionalidade e democracia. In: Mauês, Antonio G. Moreira (org.). *Constituição e Democracia*. São Paulo, Max Limonad, 2001.

4 Cf. Holmes, *op. cit.*, p. 219.

5 Cf. Dworkin, Ronald. *Uma questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 80 e ss.

6 Essa problemática é muito bem resumida por Bolzan de Morais, quando afirma e ao mesmo tempo indaga: "...pôr um prato de comida nas mãos de cada um não parece ser tarefa fácil, embora inevitável e imediata, sem que enfrentemos a tensão permanente e intransponível entre uma estratégia econômica excludente e as tarefas includentes de uma política democrática, alicerçada nos direitos humanos e expressa em um pacto estruturante da sociedade – nacional, regional, local, mundial (?)". Cf. Bolzan de Morais, José Luis. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, p. 100.

garantir o cidadão contra os excessos do Estado).[7] Por isto, o alerta que bem representa o paradoxo que é a Constituição: uma vontade popular majoritária permanente, sem freios contramajoritários, equivale à *volonté générale*, a vontade geral absoluta propugnada por Rousseau, que se revelaria, na verdade, em uma ditadura permanente.[8]

Não há dúvida, pois, que o Estado Constitucional representa uma fórmula de Estado de Direito, talvez a sua mais cabal realização, pois se a essência do Estado de Direito é a submissão do poder ao Direito, somente quando existe uma verdadeira Constituição esta submissão compreende também a submissão do Poder Legislativo, nos diz Prieto Sanchis, aduzindo, ademais, que isto não deveria constituir qualquer novidade, uma vez que já em 1966 Elías Diaz se perguntava se no Estado de Direito havia base para o absolutismo legislativo e sua resposta era categoricamente negativa: *o Poder Legislativo está limitado pela Constituição e pelos Tribunais, ordinários ou especiais conforme os sistemas, que velam pela garantia da constitucionalidade das leis.*[9]

Nesse contexto, e levando em conta o forte conteúdo contramajoritário presente nas decisões advindas da jurisdição constitucional, é que sustento a tese da absoluta possibilidade de convivência entre democracia e constitucionalismo. Mais do que isto, a Constituição, nesta quadra da história, a partir da revolução copernicana que atravessou o direito público depois do segundo pós-guerra, *passa a ser* – em determinadas circunstâncias – *condição de possibilidade do exercício do regime democrático, naquilo que a tradição* (no sentido que Gadamer atribui a essa expressão) *nos legou.*

Afinal, a Constituição *não obstrui a democracia*, questão que já estava bem clara nas críticas de James Madison a Thomas Jefferson. Pelo contrário: regras contramajoritárias não são necessariamente ataduras, mas podem, sim, vir a promover a liberdade, dizia ele. A tese de que, pela regra contramajoritária – e a explicação vem nas palavras de Holmes –, os vivos passam a ser governados pelos mortos igualmente já encontrava em Madison a necessária crítica. Com efeito, por uma parte o repúdio ao passado é uma espécie de espada com dois fios. As decisões atuais, tomadas tendo em mente o futuro, logo pertencerão ao passado. E o mesmo Madison pergunta: *se podemos estabelecer que gerações subseqüentes tratarão com soberano desprezo nossas escolhas feitas pensando no futuro, por que haveríamos de pensar mais no futuro do que no passado?* Desejamos atuar de maneira responsável acerca das gerações sucessivas enquanto tendemos a rechaçar o conceito de que as gerações anteriores são por nós responsáveis. Porém, é congruente adotar essa atitude? A resposta é dada por Jon Elster, em forma de paradoxo: *cada geração deseja ser livre para obrigar as suas sucessoras, sem estar obrigada por suas predecessoras.*[10]

Na realidade – e a tradição que engendrou o constitucionalismo nas suas diversas fases aponta para esse desiderato – a democracia constitucional é o sistema político talhado no tempo social que o vem tornando a cada dia mais humano porque se enriquece com a capacidade de indivíduos e comunidades para reconhecer seus próprios erros, como acentua Holmes. A Constituição é uma invenção destinada à democracia exatamente porque possui o valor simbólico que, ao mesmo tempo em que assegura o exercício de minorias e maiorias, impede que o próprio regime democrático seja solapado por regras que ultrapassem os limites que ela mesma – a Constituição – estabeleceu para o futuro. *Esta, aliás, é a sua própria condição de possibilidade.* Veja-se, e a lembrança vem novamente de Holmes, que Locke, Kant e tantos outros aprovaram as regras constitucionais duradouras ainda que não inalteráveis. E assim fizeram porque reconheciam que tais regras podiam fomentar o futuro aprendizado. *Os mortos não devem governar os vivos; devem, sim, facilitar a que os vivos se governem a si próprios.*[11]

Por tudo isto, a discussão acerca do constitucionalismo contemporâneo – e de suas implicações políticas – é tarefa que (ainda) se impõe. E essa questão assume especial relevância em um país em que as promessas da modernidade, contempladas nos textos constitucionais, carecem de uma maior efetividade. Daí a pergunta: *como relegar a um segundo plano as promessas que fizemos a nós mesmos* (para utilizar as palavras de François Ost, em seu "O Tempo do Direito")?

7 Também nesse sentido, ver Sarlet, Ingo. *Eficácia dos Direitos Fundamentais.* 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

8 Com propriedade, Koselleck assevera que Rousseau, sem perceber, desencadeou a revolução permanente em busca de um verdadeiro Estado. Buscava a unidade da moral e da política, mas acabou encontrando o Estado total, a revolução permanente sob o manto da legalidade. A vontade geral, que é absoluta e não tolera exceção, reina sobre a nação. Soberana pelo simples fato de existir, é sempre – e totalmente – o que deve ser. A vontade geral que não tolera exceção é a exceção pura e simples. Assim, a soberania de Rousseau revela-se uma ditadura permanente. É congênita da revolução permanente em que seu Estado se transformou. Cf. Koseleck, Reinhart. *Crítica e Crise.* Trad. de Luciana Villas-Boas Castelo Branco. Rio de Janeiro: UERJ, 20002001, pp. 141 e 142.

9 Cf. Prieto Sanchis, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: *Neoconstitucionalismo(s).* Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003, p. 129.

10 Cf. Holmes, *op. cit.*, p.243.

11 Idem, ibidem, p. 262.

Nesse sentido, torna-se fundamental discutir, para uma melhor compreensão de toda essa problemática, o papel da Constituição e da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito, bem como as condições de possibilidade para a implementação/concretização dos direitos fundamentais-sociais a partir desse novo paradigma de Direito e de Estado.

Parece que a inserção da Constituição na noção de paradoxo – pelos "interesses" contraditórios que nasceu para albergar – traz implícita a discussão da problemática tensão entre legislação e jurisdição, pela simples razão de que a primeira é fruto da vontade geral (majoritária) e a segunda coloca freios nessa mesma vontade geral, sendo, portanto, contramajoritária.

Afinal, a evolução da Teoria do Estado – que não pode existir à margem da Constituição (Bercovici) – implica o surgimento da "politização" da Constituição. Do normativismo constitucional saltamos para a Teoria Material da Constituição. *Este é o momento da imbricação entre Constituição e política.* E o Estado Democrático de Direito será o *locus* privilegiado deste acontecimento.

Por isso, é possível afirmar que a dimensão política da Constituição não é uma dimensão separada, mas, sim, *o ponto de estofo* em que convergem as dimensões *democrática* (formação da unidade política), a *liberal* (coordenação e limitação do poder estatal) e a *social* (configuração social das condições de vida) daquilo que se pode denominar de "essência" do constitucionalismo do segundo pós-guerra. Portanto, nenhuma das funções pode ser entendida isoladamente. É exatamente por isto que Hans Peter Schneider vai dizer que a *Constituição é direito político: do, sobre e para o político.*[12]

Decorre daí a importância que deve ser dada à discussão acerca do tipo de justiça constitucional encarregada de realizar o controle da constitucionalidade do ordenamento jurídico de cada país. O deslocamento do pólo de tensão relacionado à clássica questão da divisão-separação de Poderes recebe, destarte, uma nova concepção a partir do estabelecimento de tribunais que não fazem parte – *stricto sensu* – da cúpula do Poder Judiciário, trazendo consigo, em sua estruturação, a efetiva participação do Poder Legislativo. Registre-se, desde logo, que o Brasil, durante o processo constituinte de 1986-88, optou por permanecer com o modelo do *judicial review* de inspiração norte-americana, rejeitando a fórmula dos tribunais constitucionais, de tanto êxito na Europa continental.

12 As três dimensões das funções da Constituição podem ser encontradas em Schneider, Hans Peter. La Constitución – Función y Estructura. In: *Democracia y Constitución*. Madrid: CEC, 1991, pp. 35-52); também Bercovici, Gilberto. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 288.

Dizendo de outro modo, o constitucionalismo engendrado a partir da revolução copernicana que atravessou o direito público *implica uma abertura à participação da justiça constitucional* – ao menos isto tem-se mostrado bem presente na Europa – de modo que, se o que o Estado de Direito ganha por um lado não quer perder de outro, isso implica um efetivo controle no processo interpretativo da Constituição, questão que perpassa toda a presente obra.

É razoável afirmar, nesse contexto, que a força normativa da Constituição – e, se assim se quiser, o seu papel dirigente e compromissório – sempre teve *uma direta relação com a atuação da justiça constitucional na defesa da implementação dos direitos fundamentais-sociais previstos na Lei Maior.* Para uma tal constatação, basta um exame na jurisprudência dos tribunais constitucionais, assim como a *U.S. Supreme Court*, guardadas as especificidades histórico-políticas e o modelo de controle de constitucionalidade.

Claro que sempre haverá temores em relação a esse "intervencionismo" da justiça constitucional, questão que aparece nitidamente nas posturas de autores de claro perfil procedimentalista como Jürgen Habermas e John Hart Ely, para citar apenas estes, aos quais se opõem os teóricos de perfil substancialista, como Garcia Herrera, para quem *cuando se defiendem los princípios constitucionales no se hace política sino defensa jurisdicional de La Constitución.*[13] Talvez por isto alguns autores como Doncel Luengo[14] chegam a afirmar ser *el Tribunal Constitucional el protector último de los derechos fundamentales.*

Parece inexorável – aliás, isto não deveria causar nenhuma surpresa – que ocorra um certo tensionamento entre os Poderes do Estado: *de um lado, textos constitucionais forjados na tradição do segundo pós-guerra estipulando e apontando a necessidade da realização dos direitos fundamentais-sociais; de outro, a difícil convivência entre os Poderes do Estado, eleitos (Executivo e Legislativo) por maiorias nem sempre concordantes com os ditames constitucionais.*

Daí o constante questionamento da legitimidade de o Poder Judiciário (justiça constitucional) deter o poder de desconstituir atos normativos do Poder Executivo ou declarar a inconstitucionalidade de leis votadas pelo parlamento eleito democraticamente pelo povo, questão que assume ainda maior

13 Cf. Garcia Herrera, Miguel Angel. Prólogo a la segunda edición del *Manual de Derecho Constitucional*. Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heide. Madrid: Marcial Pons, 2001.

14 Cf. Doncel Luengo, Juan Antonio. In: El modelo español de justicia constitucional. Las decisiones más importantes del tribunal constitucional. *Sub judice*, janeiro/junho, 20/21. Coimbra: Docjuris, 2001, pp. 79 e segs.

complexidade em países (Brasil, por exemplo) que mantém o sistema difuso de controle de constitucionalidade.

2.2. O embate entre as teses procedimentalistas e substancialistas.

Contemporaneamente, o papel da Constituição, sua força normativa e o seu grau de dirigismo vão depender da assunção de uma das teses (eixos temáticos) que balizam a discussão: de um lado, as teorias procedimentais, e, do outro, as teorias materiais-substanciais. Parece não haver dúvidas de que esse debate é de fundamental importância para a definição do papel a ser exercido pela jurisdição constitucional. A toda evidência, as teses materiais colocam ênfase na regra contramajoritária (freios às vontades de maiorias eventuais), o que, para os substancialistas, reforça a relação Constituição-democracia; para os procedimentalistas, entretanto, isso enfraquece a democracia, pela falta de legitimidade da justiça constitucional. Uma jurisdição constitucional interventiva[15] "coloniza" o mundo da vida, na acepção de Habermas, corifeu da teoria procedimental do direito.

No Brasil, há um elenco considerável de juristas que – contrapondo-se às teorias processuais-procedimentais – defendem uma atuação mais efetiva da justiça constitucional, questão que assume maior visibilidade em face da notória inefetividade da Constituição e da omissão dos poderes legislativo e executivo na execução de políticas públicas, circunstância que demanda a utilização dos mecanismos (ações constitucionais, controle de constitucionalidade, etc.) aptos à realização dos direitos substantivos previstos na Constituição.

Do outro lado, as teses procedimentais ganham corpo a cada dia, pela acusação que fazem da judicialização da política (ativismo judicial) pregada pelos setores mais identificados com as teorias materiais. Algumas teses procedimentais, como as advogadas por Juan Carlos Bayón, chegam a apontar para um constitucionalismo débil, pelo qual a Constituição tem a função de somente limitar o poder existente, sem prever especificamente uma defesa material dos direitos fundamentais.

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

15 Ver nota nº 32 do capítulo 7.

Alinho-me, pois, aos defensores das teorias materiais-substanciais[16] da Constituição, porque trabalham com a perspectiva de que a implementação dos direitos fundamentais-sociais (substantivados no texto democrático da Constituição) afigura-se como condição de possibilidade da validade da própria Constituição, naquilo que ela representa de elo conteudístico que une política e direito.

Parece não restar dúvida de que as teorias materiais da Constituição reforçam a Constituição como norma (força normativa), ao evidenciarem o seu conteúdo compromissório a partir da concepção dos direitos fundamentais-sociais a serem concretizados, o que, a toda evidência – e não há como escapar desta discussão – traz à baila a questão da legitimidade do poder judiciário (ou da justiça constitucional)[17] para, no limite, isto é, na inércia injustificável dos demais poderes, implementar essa missão.

Nesta altura, surgem inúmeras críticas ao perigo que representa um certo grau de "ativismo judicial" e a "invasão de subsistemas", a ponto de Estevez Araújo afirmar que a problemática decorrente da (i)legitimidade da justiça constitucional seria a razão do déficit de legitimidade resultante das concepções materiais da Constituição, propondo, como contraponto, a procedimentalização da Constituição, que passaria a prever apenas os procedimentos que

16 Para os objetivos desta abordagem, importa lembrar que, em termos de doutrina brasileira, Paulo Bonavides – e cito-o por todos os demais juristas de *terrae brasilis* que, em maior ou menor escala, defendem a mesma tese – justifica a tese substancialista, admitindo, por motivos pragmáticos, a judicialização da política – se assim se quiser denominar o fenômeno da concretização de direitos fundamentais-sociais pela via judicial – em países em que haja um acentuado grau de inefetividade da Constituição (é o típico caso do Brasil). Cf. Bonavides, Paulo. *A Constituição Aberta*. Belo Horizonte, Del Rey, 1993, pp. 9 e 10.

17 A toda evidência, não se pode confundir a defesa das teses substancialistas com a adesão a uma espécie de "ativismo judicial". Com efeito, autores como Gilberto Bercovici (*Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo, Max Limonad, 2002) e Martônio Barreto Lima (Justiça Constitucional e Democracia: Perspectivas para o papel do poder judiciário. *Revista da Procuradoria Geral da República, nº 8*. São Paulo, RT, jan/jun de 1996), apesar de defenderem ferrenhamente as teorias materiais da Constituição, deixam claro uma profunda desconfiança em relação ao Poder Judiciário.

estabeleçam os meios e as garantias para a adoção de decisões coletivas. Essa tese mereceu a crítica mordaz e implacável de Bercovici:

"Estévez Araújo, portanto, atribui à teoria material da Constituição a responsabilidade pelos problemas de legitimação do controle de constitucionalidade. E, neste sentido, ele tem razão. Afinal,uma teoria procedimental da Constituição não tem qualquer preocupação com a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, satisfazendo-se com o mero cumprimento dos procedimentos previstos".[18]

Assim, entendo difícil sustentar as teses processuais-procedimentais em países como o Brasil, em que parte considerável dos direitos fundamentais-sociais continua incumprida, passados dezoito anos da promulgação da Constituição. Dito de outro modo: parece muito pouco – mormente se levarmos em conta a pretensão de se construir as bases de um Estado Social no Brasil – destinar ao Poder Judiciário tão-somente a função de *zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para a formação da opinião e da vontade política, a partir da própria cidadania*, como quer, por exemplo, o paradigma procedimental.

Com efeito, principal artífice do procedimentalismo, Habermas critica com veemência a invasão da política e da sociedade pelo direito.[19] O paradigma procedimentalista, por ele proposto, pretende ultrapassar a oposição entre os paradigmas liberal/formal/burguês e o do Estado Social de Direito, utilizando-se, para tanto, da interpretação da distinção entre política e direito à luz da teoria do discurso. Parte 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.

Assim, no Estado Democrático de Direito, muito embora Habermas reconheça a importância da tarefa política da legislação como crivo de universalidade enquanto aceitabilidade generalizada – porque as normas devem passar a ser genérica e abstratamente adotadas –, vê no Judiciário o centro do sistema jurídico, *mediante a distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação* através da qual releva ao máximo o postulado de Ronald Dworkin da exigência de imparcialidade não só do Executivo, mas, sobretudo, do juiz na aplicação e definição cotidiana do direito.

18 Cf. Bercovici, *op. cit.*, p. 278, e Estévez Araújo, José Antonio. *La Constitución como Proceso y la Desobediencia Civil*. Madrid, Trota, 1996, pp. 139-143.

19 Consultar, para tanto, Habermas, Jürgen. *Direito e democracia – entre faticidade e validade*, I e II, *op. cit.*, especialmente pp. 297 e segs. (I) e 170 e segs. (II).

Habermas faz severas críticas à leitura substancialista que Alexy faz do modelo construtivo do direito de Dworkin e, embora a partir de outras bases, na esteira de E. W. Böckenföerd, aquilo que denomina de gigantismo ou politização do Judiciário, surgido no pós-guerra. Concorda e acolhe o construtivismo principiológico de Dworkin no sentido de que *as normas jurídicas possuem um conteúdo moral* que, embora traduzido para o direito, possibilita ao indivíduo atuar juridicamente por exigência moral, reconhecendo, no entanto, ao direito e às normas jurídicas especificidades tais que impedem que o direito seja considerado como um caso especial de aplicação da moral; bem como acredita com Dworkin na natureza deontológica da validade jurídica, devendo o trabalho com as normas jurídicas, a sua interpretação e aplicação, deixar-se reger por uma lógica deôntica binária (princípio da adequabilidade das normas à unicidade e irrepetibilidade da situação concreta de aplicação), *e não por uma axiologia gradual e multipolar* (princípio da ponderação ou do equilíbrio de valores). Habermas recusa peremptoriamente tanto o processo hermenêutico de aplicação de normas como se fossem valores, como critica duramente o enfoque monológico e hercúleo de "um juiz que se sobressai por sua virtude e acesso privilegiado à verdade".[20]

20 Muito embora procedimentalistas e substancialistas reconheçam no Poder Judiciário (e, em especial, na justiça constitucional) uma função estratégica nas Constituições do pós-guerra, a corrente procedimentalista, capitaneada por autores como Jürgen Habermas, Antoine Garapon (*Le guardién de Promesses*, Paris, Odile Jacob, 1996) e John Hart Ely (*Democracy and Distrust. A theory of judicial review*. Cambridge, Mass, 1980), apresenta consideráveis divergências (consultar, v.g., Starck, Christian. La legitimité de la justice constitutionnelle et le principe democratique de majorité. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra, Coimbra Editores, 1995, p. 59 e segs.) com a corrente substancialista, sustentada por autores como Cappelletti, Ackerman, L. H. Tribe, M. J. Perry (desse autor, ver *The Constitution, the Courts and Human Rights. An Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policymaking by the Judiciary*. Yale University Press, New Haven and London, 1982), H. H. Wellington (v.g., Common Law Rules and Constitutional Double *Standards*: Some Notes on Adjudication. *The Yale Law Journal*, vol. 83, nº 2, dezembro de 1973), também em Dworkin, a partir de sua defesa da regra contra-majoritária (Cf. *O direito da liberdade: uma leitura moral da Constituição*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, em especial a introdução, e *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luis Carlos Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005), *e no Brasil por juristas* como Paulo Bonavides (*A Constituição Aberta*. Belo Horizonte, Del Rey, 1993), Ingo Sarlet (*A eficácia dos direitos fundamentais*. 5ª ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004), Fernando Faccury Scaff e Antonio Maués (*Justiça Constitucional e Tributária*. São Paulo, Dialética, 2005), Luis Alberto David de Araújo (*A proteção constitucional do transexual*. São Paulo, Saraiva, 1999), Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (*Canotilho e a Constituição Dirigente* (org.). Rio de Janeiro, Renovar, 2002), José Adércio Leite Sampaio (*A Constituição reiventada*. Belo Horizonte, Del Rey, 2002); Clémerson Clève (*A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo, RT, 1995.); Luis Roberto Barroso (*O direito constitucional e a efetividade das normas*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 1996); Walber de Moura Agra (*A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro, Fo-

Assim, muito embora Habermas não recuse o modelo de Dworkin, não aceita o solipsismo (sic) ínsito à descrição do juiz como um Hércules que teria que confiar em suas habilidades pessoais e individuais a garantir-lhe acesso à justiça.[21] Habermas recusa a pretensão à universalidade da hermenêutica filosófica – por considerar o pluralismo quando esta associa as normas a princípios eticamente assentados promovendo, a um só tempo, a dissolução da justiça, mesmo que procedimentalmente considerada, na relatividade da historicidade das vivências sociais e a sua absolutização no interior de cada tradição. Recusa também o realismo jurídico – que precisamente em razão de suas altas exigências morais para com o direito, termina por dele descrer totalmente. Recusa igualmente o positivismo jurídico por este optar pela garantia de certeza das decisões judiciais em detrimento de uma base de validade fundada nas pretensões de justiça que concretamente densifica as concepções de liberdade e igualdade intercompartilhadas inclusive nas práticas sociais daquela comunidade.[22]

Nessa linha, ao sustentar uma abordagem deontológica, e não axiológica, bem como a distinção entre discursos de justificação e de aplicação, Habermas afirma que a seguinte questão ainda não foi resolvida: como uma tal prática de interpretação (que proceda construtivamente) pode operar no âmbito da divisão de Poderes do Estado de Direito, sem que a justiça lance mão de compe-

rense, 2005); José Luis Bolzan de Morais (*Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1996). *Em defesa da tese procedimentalista*, ver Menelick de Carvalho Neto (Controle de Constitucionalidade e democracia. In: Maués, Antonio (org.) *Constituição e Democracia*. São Paulo, Max Limonad, 2001; Teoria da Constituição: os marcos de uma doutrina constitucional adequada ao constitucionalismo. In: *Direitos Humanos e direitos dos cidadãos*. Belo Horizonte, PUC-MG, 2001), Marcelo Cattoni (*Direito processual Constitucional*. Belo Horizonte, Mandamentos, 2001; Interpretação jurídica, processo e tutela jurisdicional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Boletín Jurídico de la Universidad Europea de Madrid*, nº 4. Madrid, 2001), Rogério Gesta Leal (*op. cit.*), Álvaro Souza Cruz (op. cit), Antonio Maia (*Considerações acerca do papel civilizatório do direito* – prefácio; A distinção entre fatos e valores e as pretensões neofrankfurtianas. In: *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro, Renovar, 2005), Gisele Cittadino (*Pluralismo, direito e justiça distributiva. Elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999), Gustavo Binnebojn (*A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001), Cláudio Pereira de Souza Neto (Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade. In: *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003), entre outros.

21 Cf. Habermas, *Direito e Democracia I, op. cit.* em especial, pp. 245 e segs.; ver, também, comentário de Cittadino, *op. cit.*, p. 205 e Vianna, Luiz Werneck. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: *A democracia e os três poderes no Brasil*. Ed. UFMG, IUPERJ, FAPERJ, 2002, em especial a apresentação.

22 Não se deve olvidar que a figura do juiz Hércules deve ser entendida como uma metáfora, e não como um sujeito do paradigma da filosofia da consciência, que "assujeita o objeto". Ou seja, Hércules não é um "juiz" subjetivista. Fosse verdadeira uma leitura desse jaez, inverter-se-ia a própria teoria dworkiniana. É equivocada e indevida a crítica de Habermas a Dworkin, nesse aspecto.

tências legislativas e sem fazer com que se soterre a ligação estrita que deve haver entre a administração e a lei?

Na visão da teoria do discurso sustentada por Habermas, a lógica da divisão de Poderes exige uma assimetria no cruzamento dos Poderes do Estado: em sua atividade, o Executivo, que não deve dispor das bases normativas da legislação e da justiça, subjaz ao controle parlamentar e judicial, ficando excluída a possibilidade de uma inversão dessa relação, ou seja, uma supervisão dos outros dois Poderes através do Executivo. A lógica da divisão de Poderes não pode ser ferida pela prática de um tribunal que não possui meios de coerção para impor suas decisões contra uma recusa do parlamento e do governo. A concorrência do tribunal constitucional com o legislador legitimado democraticamente pode agravar-se no âmbito do controle abstrato (sic) de normas. De outro lado, o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador. Por isso, para o jusfilósofo alemão, não é inteiramente destituído de sentido reservar essa função, mesmo em segunda instância, a um autocontrole do legislador, o que pode assumir as proporções de um processo judicial.[23]

Além dessa quase aversão à justiça constitucional – afinal, a contundente crítica ao controle abstrato de normas parece não deixar dúvidas a esse respeito – Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que não tem como condição prévia fundamentar-se nem em valores compartilhados, *nem em conteúdos substantivos*, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exigem uma identidade política não mais ancorada em uma "nação de cultura", mas, sim, em uma "nação de cidadãos". Critica a assim denominada "jurisprudência de valores", adotada pelas cortes européias, especialmente a alemã. No Estado Democrático de Direito, *os Tribunais Constitucionais devem adotar uma compreensão procedimental da Constituição*.[24] Habermas propõe, pois, que o Tribunal Constitucional deve ficar *limitado* à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do direito. O Tribunal Constitucional não deve ser um guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. Deve, sim, zelar pela garantia de que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução.[25]

23 Cf. Habermas, *Direito e Democracia I, op. cit.* em especial, pp. 245 e segs.; ver, também, comentário de Cittadino, *op. cit.*, p. 205 e Vianna *et al*, em especial a apresentação.

24 Cf. Habermas, *Direito e Democracia*, vol. I, *op. cit.*, pp. 297 e segs.

25 Cf. Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia II, op. cit.*, pp. 170 e segs.; idem, *Más Allá del Estado Nacional*. Madrid, Ed. Trotta, 1997, pp. 99 e segs.; também Citadino, *op. cit.*, p. 212; Vianna *et al*, *op. cit.*

Tais fatores – entre tantos outros que serão assinalados na seqüência desta obra – denotam um certo distanciamento das teses procedimentalistas da realidade de países periféricos como o Brasil. Por sua especificidade formal, longe estão de estabelecer as condições de possibilidade *para a elaboração de um projeto apto à construção de uma concepção substancial de democracia*, em que a primazia (ainda) *é a de proceder a inclusão social* (afinal, existem mais de trinta milhões de pessoas vivendo na miséria, ao mesmo tempo em que a Constituição estabelece que o Brasil é uma República que visa erradicar a miséria e a desigualdade...) e *o resgate das promessas da modernidade*, exsurgente da refundação da sociedade proveniente do processo constituinte.

Por tais razões, entendo que o órgão encarregado de realizar a jurisdição constitucional deve ter uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de *cheks and balances*, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os direitos fundamentais-sociais, estabelecidos em regras e princípios exsurgentes do processo democrático que foi a Assembléia Constituinte de 1986-88, têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias[26] parlamentares (que, a toda evidência, também devem obediência à Constituição).

Para tanto, chamo à colação a crítica de Laurence Tribe aos fundamentos das teorias dos *valores adjetivos ou procedimentalistas*, para as quais a Constituição somente garante o acesso aos mecanismos de participação democrática no sistema. Nesse sentido, afirma que o procedimento deve completar-se com uma teoria dos direitos substantivos. Com efeito, Tribe parte do caráter tenazmente substantivo (*stubbornly substantive character)* da maioria dos mandatos constitucionais mais importantes: a primeira emenda, a décima terceira (abolição da escravidão) ou a cláusula do devido processo legal são bons exemplos disso. Por outro lado, também são substantivos o significado e o propósito das normas que regulam os procedimentos de participação. Certamente, diz Tribe, *decidir que classe de participação demanda a Constituição requer uma teoria dos direitos plenamente substantiva.* Assim, o direito ao devido processo tem em sua base a dignidade pessoal (ser ouvido é parte do que significa ser pessoa); do mesmo modo, a questão de "quem vota" ou a regra "um homem, um voto" *possuem caráter substantivo. As teorias procedimentalistas não parecem apreciar que o processo é algo em si mesmo valioso;*

26 Cf. Habermas, *Direito e Democracia I*, pp. 297 e segs. e II, pp. 170 e segs.; e, também, *Más Allá Del Estado Nacional*, *op. cit.*, pp. 99 e segs.

porém, dizer que o processo é em si mesmo valioso é afirmar que a Constituição é inevitavelmente substantiva.[27]

Mais ainda, Tribe vai dizer que a proteção das minorias isoladas e sem voz, excluídas do processo de participação política, possuem também um fundamento substantivo: a legislação que discrimina qualquer categoria de pessoas deve ser rechaçada com base em uma idéia sobre o que significa ser pessoa, e a própria idéia de segregação dos negros ou das mulheres somente pode ser rechaçada encontrando uma base constitucional para afirmar que, em nossa sociedade, tais idéias estão substantivamente fora do lugar. Para Tribe, circunscrever a interpretação constitucional à noção de abertura política supõe um círculo fechado. Por isso, as teorias defensoras da Constituição como processo (como garantia de abertura e de participação) *supõem um empobrecimento do papel da teoria constitucional*: a Constituição pareceria estar dirigida somente aos juízes, porém não aos cidadãos, nem aos representantes, em face de sua incapacidade para informar no conteúdo do debate, discussão e decisão política.

Em síntese, a corrente substancialista – que, insisto, não pode ser confundida com qualquer filiação à filosofia da consciência ou a ativismos judiciais – entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, o direito produzido democraticamente, especialmente o dos textos constitucionais.[28] Coloca em xeque, portanto, o princípio da maioria, em favor da maioria fundante e constituinte da comunidade política.

O modelo substancialista – *que, em parte, aqui subscrevo, ressalvando sempre o problema dos ativismos judiciais,*[29] *entendidos como decisionismos*

27 Cf. Tribe, *op. cit.*, p. 896.

28 Consultar Tribe, L. H. The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories, The Yale Law Journal, New York, The Foundation Press, 1988; vol. 89, 1073, 1980, pp. 1065 e segs.; Ibidem, *American Constitutional Law*. Ibidem, Taking Text and Structure Seriously: reflection on free-form method in constitutional interpretation, *Harvard Law Review*, vol. 108, nº 6, 1995. Conferir, também, Diaz Revorio, Francisco Javier. *La Constituición como orden abierto*. Madrid, Estudios Ciencias Juridicas, 1997, pp. 161 e segs.

29 O modelo substancialista não se coaduna com ativismos judiciais (e/ou decisionismo) que venham a colocar em xeque a relação "constitucionalismo-democracia". Exemplo típico de intervenção do judiciário que ultrapassa essa fronteira é o caso da decisão do Tribunal Superior Eleitoral, de março de 2007, que fez um "atalho" na reforma política, ao declarar (sic) que os mandatos não mais pertencem (mais) aos eleitos, mas sim ao partidos políticos que abrigaram os candidatos. O Tribunal, no caso, respondeu a uma "consulta" do Partido da Frente Liberal, que perdera, recentemente, vários parlamentares, que trocaram de legenda. Observe-se que já há mais de uma década o Supremo Tribunal Federal estabelecera que o mandato pertence ao parlamentar. Que a fide-

praticados a partir de discricionariedades interpretativas – trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal, possuindo suas normas um caráter diretivo. É o *constitucionalismo-dirigente* que ingressa nos ordenamentos dos países após a Segunda Guerra. Conseqüentemente, é inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário (e, em especial, a justiça constitucional) *passe a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que diz respeito à jurisdição constitucional.*

De tudo o que foi exposto, parece inevitável o choque entre as teses procedimentais (em especial, as de cariz habermasiano) e o papel que – assim entendo – deve ser atribuído à Constituição em países como o Brasil. Direito constitucional é direito político (Hans Peter Schneider). Daí a necessidade de manter a Constituição em sua perspectiva dirigente e compromissória. Defender o caráter dirigente da Constituição – enquanto Teoria Adequada a Países de Modernidade Tardia – *representa introduzir um republicanismo que se opõe ao patrimonialismo e à carência de uma esfera pública suficientemente desenvolvida.* O problema, portanto, não reside no texto da Constituição; o problema está no espaço que a Constituição representa para aglutinar forças. Há, pois, uma fundamentação constitucional do político. Trata-se de uma legitimação material.

No Brasil – e aqui aparece mais claramente a necessidade de uma *Teoria da Constituição (Dirigente) Adequada* –, a Constituição aponta as linhas de atuação para a política, estabelecendo as condições para a mudança da sociedade pelo direito (nesse sentido, o núcleo político essencial da Constituição que aponta para a construção de um Estado Social).

lidade partidária é praticamente inexiste e que o país precisa de uma reforma política parece que ninguém tem dúvida. Aliás, o Congresso está tratando da matéria, embora sem a necessária proficiência. Embora tudo isso, não cabe ao Poder Judiciário "fazer a reforma" através de uma resposta a uma consulta de partido político. Como bem assinala Ricardo Penteado, "o estabelecimento da 'fidelidade partidária' por regra não escrita, produto de uma dedução nunca antes reconhecida, não só cria a equivocada impressão de que a solução dos males políticos é judicial como implica a paradoxal sensação de que o STF, a mais alta corte do país, não sabe o que diz. Não cabia ao TSE responder a uma consulta a respeito de matéria que jamais será objeto de sua jurisdição nos casos concretos, pois, no que concerne aos mandatos eletivos e sua eventual perda decretada pela mesa da Casa Legislativa, só a Justiça comum ou o próprio STF têm competência para decidir o conflito respectivo" (In: A reforma judicial da política. *Tendências e debates*. Folha de São Paulo, A3, 31 de março de 2007). Acrescente-se que entre as hipóteses de perda de mandato prevista na Constituição não consta a "troca de legenda". Sob todos os aspectos, a decisão é inconstitucional, não somente porque afronta a parametricidade *stricto sensu*, mas, fundamentalmente, porque ultrapassa os limites da relação entre os Poderes da República, constituindo-se em um passo atrás na relação "democracia-constitucionalismo".

É, pois, uma pauta para a alteração das estruturas sociais, uma vez que a Constituição do Brasil reconhece as desigualdades, colocando à disposição no pacto social (*We the people...*) os mecanismos para alcançar esse desiderato. Trata-se de uma cláusula transformadora permanente, isto é, a Constituição do Brasil vai incorporar os conflitos que antes eram ignorados pelos juristas.

É claro que tudo isso se apresenta na contramão do procedimentalismo habermasiano.[30] De qualquer sorte, repito, é preciso deixar claro que, apesar das críticas dirigidas às teses habermasianas, não se está negando a contribuição de Habermas – e tampouco de seus principais seguidores no Brasil, como Álvaro Souza Cruz, Marcelo Cattoni, Cláudio Pereira de Souza, Rogério Gesta Leal, Lucio Chamon Jr, Menelick de Carvalho[31] – para a reflexão sobre temas sociais, políticos, jurídicos, etc. Seus trabalhos nos diversos campos do conhecimento e das práticas jurídicas sempre tiveram – e têm – como norte a fortalecimento da democracia e da força normativa da Constituição.

Claro que existem divergências, quando, por exemplo, as teorias procedimentais sustentam que o conteúdo das Constituições (ou o escopo da Jurisdição Constitucional) seja limitado a prever (ou a assegurar), essencialmente, procedimentos que estabelecem os meios e as garantias para a adoção de decisões coletivas. O problema, pois – e a advertência é de Bercovici, fulcrado em Pedro de Vega García –, *é a ausência cada vez maior do elemento democrático como justificador da legitimidade, reduzido, com o auxílio das teorias processuais da Constituição, a um simples procedimento de escolha de governantes.*[32]

Não podemos esquecer – e esta questão se apresenta com absoluta relevância para o Brasil, em que dia-a-dia ocorrem novas emendas à Constituição e projetos de lei objetivando desregulamentações no plano da intervenção do Estado e dos direitos trabalhistas – que as teorias procedimentais da Constituição *costumam ser apresentadas como estratégia de desjuridificação*,[33] que, nos países centrais, é entendida como forma de favorecer o racionalismo e o

30 Cf. Vianna, Luiz Werneck. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Luiz Werneck Vianna (Org.). Ed. UFMG, IUPERJ, FAPERJ, 2002.

31 Para uma adequada compreensão do pensamento de Habermas, é indispensável a leitura desses autores.

32 Cf. ARAUJO, José Antonio Estévez. *La Constitución como Proceso y la Desobediencia Civil, op. cit.*, pp. 139-143.

33 Como bem assinala Bolzan de Morais (As crises, *op. cit.*, p. 95), "Malgrado o desprestígio prático suportado pelo constitucionalismo de há muito, produto muito mais de atitudes deslegitimantes assumidas por aqueles responsáveis por sua implementação, incapacitando-a de tornar-se prática constante da cidadania, o seu prestígio teórico deve ser repisado para que possamos recuperar ao menos um certo padrão objetivo do justo que a modernidade juspolítica nos legou".

pluralismo jurídico, ampliando, para seus defensores, o espaço da cidadania. A conseqüência é que a Constituição, assim examinada, não mais poderia pretender regular as sociedades complexas da atualidade, devendo limitar-se, portanto, a fixar a estrutura básica do Estado, os procedimentos governamentais e os princípios relevantes para a comunidade política, como os direitos e liberdades fundamentais.[34]

Ora, não se pode esquecer que a desjuridificação, especialmente em países periféricos como o Brasil, deve ser entendida de modo distinto do que nos países europeus ou nos Estados Unidos.[35] Aliás, aqui ocorre o contrário, como bem assinala Marcelo Neves: a desjuridificação, bem como a desconstitucionalização, favorecem a manutenção dos privilégios e desigualdades. A desjuridificação, no Brasil, não amplia espaço da cidadania, uma vez que, enquanto a Constituição não é concretizada, não há nem um espaço da cidadania.[36]

A Constituição não trata apenas dos meios; cuida também dos fins, que, exatamente, caracterizam o seu aspecto compromissório e dirigente: o desenvolvimento e a superação das desigualdades regionais, previstos no artigo 3º da nossa Constituição, que encarna a obrigação da construção de um estado social. E nisso reside o papel transformador do direito e do Estado, assim como a necessidade da rediscussão das condições para a compreensão do fenômeno representado pelo paradigma do Estado Democrático de Direito.

A efetividade da Constituição é, pois, agenda obrigatória de todos os juristas preocupados com a transformação de uma sociedade como a brasileira, que, em mais de cinco séculos de existência, produziu pouca democracia e muita miséria, fatores geradores de violências institucionais (veja-se a repressão produzida pelos aparelhos do Estado) e sociais (veja-se o grau execerbado da criminalidade).

As diversas concepções teóricas acerca do modo pelo qual é possível alcançar esse desiderato, os limites do papel do direito e do Estado, têm o ponto de saída na Constituição, que, independentemente do grau de recepção

34 Vide também FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo, Malheiros, 1999, pp. 32-35.

35 Cf. Bercovici, Gilberto. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo, Max Limonad, 2003, pp. 291-302; A problemática da Constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa* nº 142, Brasília, senado Federal, abril/junho de 1999, pp. 40 e segs; Canotilho, J.J. Gomes, "Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo", *RT – CDCCP* nº 15, São Paulo, RT, abril/junho de 1996, pp. 9-10 e 15-17.

36 Nesse sentido, ver Bercovici, Desigualdades, *op. cit.*

em cada Estado Nacional, possui um sentido forjado na tradição (revolução copernicana) exsurgente a partir do segundo pós-guerra.

Se a vontade geral sofre um "encurtamento" em detrimento do "alargamento" do espaço da jurisdição constitucional – questão que é decorrente do caráter interventivo assumido pelo direito (constitucional) nesta quadra da história –, parece de fundamental importância discutir "esse caráter hermenêutico" que atravessa a metodologia do direito.

Afinal, em que medida democracia e constitucionalismo são compatíveis? Quais os limites da jurisdição constitucional? Correndo sempre o risco de simplificar, é possível dizer que é nessas pautas que substancialistas e procedimentalistas calcam as suas razões. Mas uma questão deve ficar clara desde logo: as divergências entre as posturas *substancialistas* (que acoplam à noção de Estado o conteúdo material das Constituições que apontam para a mudança do *status quo* da sociedade, colocando grande ênfase no papel da justiça constitucional na efetivação dos direitos fundamentais-sociais) e *procedimentalistas* (calcadas na noção de democracia procedimental propugnada por Jürgen Habermas, mormente em seu *Direito e Democracia – entre faticidade e validade*) não podem opô-las a ponto de se pensar, por exemplo, que o substancialismo não é pluralista ou que o procedimentalismo possa ser reduzido a uma perspectiva meramente "formalista".

Tampouco se pode pensar que *uma é democrática, e a outra não, ou que os procedimentalistas não estão preocupados com a concretização dos direitos fundamentais e com a preservação da Constituição.*

É possível até dizer que *alguns defensores das teorias procedimentais têm uma postura mais avançada que a do próprio Habermas*, talvez em face do próprio conteúdo da Constituição do Brasil ou pelas especificidades de uma justiça constitucional que pratica *self-restrainting* onde não deve (p. ex., o esvaziamento do mandado de injunção).

Por tudo isso, *as divergências não podem, jamais, tirar do foco a necessidade da preservação da Constituição brasileira de ataques revisionistas e de tentativas claramente golpistas como a convocação de uma assembléia constituinte exclusiva (sic), que transformaria o Brasil na primeira democracia do mundo a praticar haraquiri institucional.*

Se existe algo que une substancialistas como eu e procedimentalistas como – e cito por todos, Marcelo Cattoni – (veja-se, para tanto, o *"Manifesto Republicano Assembléia Constituinte é Golpe"* que capitaneamos)[37] *é a defe-*

37 O Manifesto está disponível em *www.ihj.org.br*, tendo sido ratificado pelos principais juristas do país.

sa da democracia, dos direitos fundamentais e do núcleo político essencial da Constituição. Nossas divergências não obnubilam a contradição principal, pois. Os caminhos é que são diferentes. E estes são diferentes porque calcados em paradigmas filosóficos distintos.

Daí o esclarecimento necessário: o debate não deve criar falsas questões e demonizações de teorias, deixando que perspectivas por vezes reacionárias sobre o direito (mormente as que advém da dogmática jurídica – da mais conservadora àquela que se pretende crítica), venham a "pegar carona" em uma ou outra perspectiva.

Dito de outro modo: apesar das divergências teóricas, ninguém pode, por exemplo, apoiar-se no procedimentalismo ou no substancialismo para justificar posturas *self restrainting* do Supremo Tribunal Federal para negar direitos fundamentais. *E tampouco para incentivar decisionismos e arbitrariedades* (cuja origem está na discricionariedade positivista, da qual a hermenêutica e a teoria discursiva são inimigos figadais).

Capítulo 3
As críticas à concepção discursivo-procedimental habermasiana.

3.1. O problema da ética no discurso e a insustentabilidade do conceito de mundo vivido.

Para além das objeções já apontadas, entendo relevante registrar – e concordar – com as principais críticas feitas a Habermas por autores como Karl-Otto Apel, talvez o principal crítico de Habermas. Nesse sentido, penso que Apel[1] é feliz ao se contrapor à posição habermasiana que propõe eliminar toda a dimensão ética da teoria do discurso, *verbis*:

> "a maior dificuldade para a minha terceira tentativa de argumentar, com Habermas contra Habermas parece consistir em que, na última e principal obra de Habermas, *Direito e democracia: entre faticidade e validade* (*Faktizität und Geltung*), o projeto de uma ética do discurso, que nos vincula, parece definitivamente dissolver-se".[2]

Mas Apel, ao fazer essa crítica a Habermas, tem em vista, primeiro, a *ausência da dimensão transcendental* da pragmática universal (habermasiana). O filósofo trabalha com uma espécie de duplo discurso, no qual a pragmática transcendental constitui a dimensão básica de qualquer discurso argumentativo, através do princípio da autocontradição performática. Desde sempre, quando emitimos nossos enunciados, estamos operando com esta dimensão não explícita que é base de qualquer discurso, seja ele de caráter assertórico,

1 Cf. Apel, Karl-Otto. Fundamentação normativa da Teoria Crítica: recorrendo à eticidade do mundo da vida e Dissolução da ética do Discurso? In: Moreira, Luiz (org). *Com Habermas contra Habermas*. São Paulo: Landy, 2004, pp. 23 e segs; 201 e segs.

2 Veja-se as repercussões dessa desindexação da ética, uma vez que Habermas contrapõe sua teoria discursiva da democracia ao comunitarismo, porque neste a legitimidade das normas estaria fundada na ética (que teria um caráter substancial), não deixando espaço para o caráter universalista do discurso moral.

em que falamos da verdade e da falsidade, ou de caráter prático, em que decidimos sobre nossas escolhas entre o que é bom ou não. Em toda deliberação em que nossa racionalidade exprime a vigência da liberdade, sempre trabalhamos com esse *a priori* que é a base de todos os enunciados descritivos e dos enunciados prescritivos.

Segundo Habermas, o princípio *D*[3] do discurso não traria consigo nenhuma dimensão ética imanente; ela seria acrescida *ex post*, de uma maneira exterior. Apel critica de modo muito forte o fato de o elemento ético se apresentar como algo "colado" posteriormente. Daí a sua objeção: ou o discurso carrega em si mesmo uma dimensão ética, no sentido de que é no próprio discurso que está 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-lo posteriormente*.

A escolha de Habermas do conceito de mundo vivido e a transformação desse conceito reduziram o fundamento que Habermas quer dar ao discurso a uma dimensão de caráter sociológico ou cultural,[4] porque compreendeu o mundo vivido simplesmente como um fundamento, representado pelo horizonte da cultura, pela cultura como um fundo inesgotável. A escolha do conceito de mundo vivido, além de ser feita a partir do campo da fenomenologia transcendental de Husserl – portanto, da filosofia da consciência – e além de ser uma escolha de um fundamento de uma teoria representacional, *é um conceito convertido por Habermas em um discurso apenas pragmático-empírico*. Esse pode ser o ponto que prende – de um certo modo (e essa questão será

3 De acordo com esse princípio habermasiano, podem pretender validade as normas que poderiam encontrar assentimento de todos os potencialmente atingidos na medida em que estes participam de discursos racionais.

4 Por isso, Maurizio Ferraris (*Historia de la hermenêutica*. Madrid: Ediciones Akal, 2000, p. 380) vai dizer que não está claro por que razão uma sociologia pode contribuir mais que a hermenêutica da tradição para conseguir verdadeira vida e uma comunicação não-distorcida. A sociologia, junto com a etnologia, não nos deixa imediatamente à mercê da tradição, como parece suceder com a hermenêutica filosófica. Porém, os avatares do *besser Verstehen*, de Schleiermacher em diante, mostram como a hermenêutica não exclui a crítica. E, ademais, o filósofo faz uma (inter) mediação com a tradição, até reconhecer, senão sua superioridade, ao menos sua autoridade, precisamente porque a tradição que nos tem sido transmitida já terá sido selecionada sem seus momentos mais elevados e por isso mesmo de maior autoridade. Na medida em que a tradição é elaboração e mediação, contém já ela mesma um momento crítico. Que nem toda a *Lebenswelt* seja racional é uma idéia necessária para regular a relação com o presente (como na sociologia) e com outras tradições que não nos chegam filtradas pela distância temporal e que se alçam como pura alteridade cultural (como na etnologia). Porém isto não comporta que a relação do filósofo com a tradição seja tão irreflexiva e acrítico como a do primitivo com suas crenças.

abordada na seqüência) – o discurso de Habermas ao velho paradigma: mundo vivido, mesmo redesenhado com sofisticadas tintas lingüísticas, continua sendo uma espécie de *fundamentum*, um senso comum ideal(izado), com funções contrafatuais.

É por isso que ele reconhece, em *Der philosophische Diskurs der Moderne*, publicado em 1989, que, efetivamente, o conceito do mundo vivido é retirado desse campo. Ora, esse conceito transportado para o campo lingüístico parece inadequado. Veja-se que o próprio Habermas reconhece que o ideal seria o conceito de ser-no-mundo de Heidegger. Mas ele não o utilizou, sob a alegação de que, no conceito heideggeriano, faltou o elemento social (sic). Para ele, apesar de Heidegger ter dado o impulso para dar entrada no paradigma do mundo prático, este não teria conseguido desenvolver o conceito filosófico que pudesse dar a verdadeira fundamentação à política, ao direito, etc.

Em razão disso, entendo impossível – no contexto de uma realidade pós-metafísica – "salvar" o conceito de mundo vivido utilizado por Habermas, que "forma o horizonte para situações de fala e constitui, ao mesmo tempo, a fonte das interpretações, reproduzindo-se somente através de ações comunicativas".[5] Isso demonstra como ele compreende Heidegger de forma inadequada (e Apel, nesse sentido, é mais heideggeriano do que husserliano) e como permanece inserido na teoria da representação, ainda que tente disfarçá-la e fale da viragem lingüística, ficando, assim, aquém do que se deveria esperar de uma reflexão que abrisse *a dimensão filosófica na qual se move todo o discurso humano*, que é a dimensão hermenêutica.

Habermas considera que, no conceito de *ser no mundo*, falta a dimensão social, coletiva. Nisso reside, por exemplo, o preconceito de Habermas contra Heidegger, pelas razões que são sobejamente conhecidas e repetidas, acriticamente, pelos críticos de Heidegger. Este preconceito é reproduzido por considerável parte dos estudiosos de Habermas. Ora, a abertura paradigmática que introduz o mundo prático feito por Heidegger vai bem além do que pensa Habermas, que permanece no mundo da construção idealizada de uma situação ideal de comunicação, *que refoge da noção de uma razão prática*,[6] de

5 Cf. Habermas, *Direito e Democracia I*, *op. cit.*, p. 41. Veja-se a objeção de Gadamer: o mundo vivido está num movimento de constante relativização da validade. Portanto, o conceito de mundo vivido está oposto a qualquer objetivismo (*Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. Tübingen: Mohr, 1990, p. 233). Por isto o mundo vivido não pode ser contrafático. O mundo vivido não pode ser a validade.

6 A teoria do discurso (habermasiana) busca uma fundamentação última dos juízos normativos. Na teoria discursiva-procedimental habermasiana é possível perceber que não assume maior relevância a circunstância de a "verdade" estar numa determinada relação de algo com algo da qual se pos-

mundo vivido, que, para ele, deve ser afastado (ali, afinal, reside a pré-compreensão, que Habermas afasta).

Nesse sentido, é importante lembrar que essa substituição da razão prática é justificada pelo próprio Habermas já no início de seu *Fakticität und Geltung*, quando diz que resolveu encetar um caminho diferente, lançando mão da teoria do agir comunicativo: "*substituo a razão prática pela comunicativa*", que "possui um conteúdo normativo, porém somente na medida em que o que age comunicativamente é obrigado a apoiar-se em pressupostos pragmáticos de tipo contrafactual". A razão comunicativa é, assim, uma razão prescritiva *a posteriori*.[7]

Veja-se que, ainda em *Fakticität und Geltung*, o autor deixará claro que a formação de um discurso de fundamentação (validade) se dá a partir da assunção ideal de papéis, praticada argumentativamente, e que se caracteriza através de uma reversibilidade completa de todas as perspectivas dos participantes, liberando a intersubjetividade mais alta da coletividade deliberativa. Através disso, "*o universal concreto, hegeliano, é sublimado na forma de uma estrutura comunicativa purificada de todos os elementos substanciais*".

3.2. Um mundo prático para além do pensado em Habermas.

Daí a necessidade de alguns esclarecimentos acerca do problema dessa "substituição da razão prática" feita por Habermas e suas conseqüências para o direito, entendido como um saber prático. No plano filosófico, Habermas realmente deu um passo importante na medida em que passa a substituir os dois defeitos da filosofia até ele: o fundamentalismo kantiano e o holismo hegeliano. E mostra como isso é construído a partir da teoria da representação e da teoria da consciência solipsista, isolada, autista. A superação dessa consciência solipsista pode – e segundo Habermas, deve – ser *substituída* por um universo de comunicação em que não se comunicam indivíduos solipsisticamente, convictos cada um de sua posição (seria a razão prática), mas em que

sa dizer que esse algo é verdadeiro; o que importa é a relação de proposições analisada procedimentalmente, que apontará para a correção do enunciado ou para a verdade (do discurso), sem que seja relevante a própria discussão acerca de "algo". Basta, pois, uma demonstração funcional ou uma demonstração lógico-dedutiva, o que fica claro com a crítica de que seu projeto visa à constituição de uma normatividade diversa da razão prática. Nesse sentido, ver a crítica de Moreira, Luiz. *Com Habermas contra Habermas*, *op. cit.*, p. 177 e segs.

7 Nesse sentido, ver Moreira, Luiz. Direito e Normatividade. In: *Direito e Legitimidade* (Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira – org.). São Paulo: Landy, 2003, p. 152.

os indivíduos coletivamente trabalham sempre já com a antecipação de um discurso ideal.

Ou seja, Habermas parte do pressuposto que os atos ligados à razão prática são atos solipsistas, ligados à filosofia do sujeito, e, portanto, com estrutura prescritiva *a priori*, dependentes de fundamentação posterior. Com a substituição da razão prática pela razão comunicativa, Habermas *epistemologiza a discussão*, a partir de uma fundamentação prévia dos atos do mundo prático. Assim, os atos do mundo prático dependerão dessa fundamentação anterior prévia, comprometendo-se os indivíduos com pressupostos pragmáticos contrafactuais.

Sua crítica é que a razão prática, enquanto faculdade subjetiva, prescreve de forma concreta as regras de ação dos indivíduos, sendo que esse regramento tem base moral e teleológica, moldando as ações. Eis a razão pela qual é substituída a razão prática pela razão comunicativa. A razão prática não tem o condão de universalizar normas de conduta. Somente máximas universalizáveis desde a perspectiva de todos os afetados – e que somente podem ser formatadas em uma situação ideal de fala – valem como uma norma que pode encontrar aquiescência universal e, portanto, gerar obrigatoriedade.

Habermas constrói, assim, uma pragmática não-empírica, porque a razão comunicativa – que substitui a razão prática eivada de subjetividade – forma-se descontextualizadamente, desde um consenso racional, que fundamenta a validade de um enunciado normativo, desde que esse consenso tenha sido alcançado sob condições ideais de comunicação (simetria, liberdade, etc.).

Assim, a verdade deixa de ser conteudística para ser uma verdade como idealização necessária. É uma verdade argumentativa, atingida por consenso. Não há fundamentação válida de qualquer enunciado (norma) que não seja pela via argumentativa, insiste Habermas, mesmo mais recentemente em *Verdade e Justificação*. A fundamentação é *prima facie*, porque somente assim é possível a universalização. A prescritividade é *a posteriori*; somente com o sacrifício da contextualidade, das diversas situações concretas às quais a norma poderia se destinar, foi possível formatar a sua teoria do discurso. Mas, veja-se, desde logo, o problema decorrente dos discursos de fundamentação prévia, circunstância que perseguirá a teoria do discurso habermasiana em toda a presente reflexão: a prévia fundamentação tem um "algo mais" que não pode ser omitido, isto é, o modo como se dará a discussão acerca das condições de fundamentação das necessidades sociais (os direitos sociais prestacionais, para dizer o menos). Por isso a crítica de Arango, para quem a fundamentação do conceito de direito social-fundamental não pode realizar-se com a ajuda de

uma concepção abstrata e *a priori* das necessidades fundamentais (o que ocorre não somente em Habermas, mas também em Rawls e Wiggins).[8]

Tudo isso parece ter implicado o sacrifício do mundo prático, o sacrifício da conteudística, que somente entra em campo depois "de as regras do jogo estarem previamente fundamentadas", através dos discursos de aplicação; daí o papel contrafático dos discursos de fundamentação, que transcendem o fático, isto é, os fatos se realizam no contexto do discurso da fala ideal.

Essa antecipação de um discurso ideal – que objetiva superar o discurso solipsista do sujeito no interior da razão prática – é uma operação que vem substituir a metafísica, a transcendentalidade kantiana e outros tipos de elementos que hipostasiavam a comunicação em um elemento fundante.

Com essa mudança, Habermas vai utilizar as conquistas de grande parte da tradição filosófica para estabelecer a seguinte questão: *a interação dos indivíduos somente é possível mediante uma operação antecipatória de uma fala ideal que nunca vai se realizar efetivamente do modo como ela é idealizada; ela vai se realizar de maneira precária, através de rupturas maiores ou menores do diálogo.*

A correção dessas rupturas é tarefa da filosofia e da ciência; é papel da filosofia e da ciência reconstituir a ruptura que havia se instalado. E essa faculdade não é de um sujeito forjado a partir de sua subjetividade no plano da razão prática que regra suas ações, mas, sim, de múltiplos sujeitos que agem intersubjetivamente formando um discurso de fundamentação prévio, cuja função é desonerar o sujeito solipsista dessa tarefa, até então a cargo da razão prática, que estabelece um dever transcendental (moral e teleológico) de agir.

Em realidade, não se trata, em Habermas, de substituir a razão prática; o que ocorre é que a razão prática passa a se chamar de agir comunicativo (agora livre do sujeito solipsista, segundo o jusfilósofo alemão), simplesmente para acentuar o lado interativo, dialogal de todas as decisões que resultam da razão prática. Então, Habermas pretende superar a razão prática no sentido solipsista, representacional ou consciencialista, através de uma razão comunicativa, mas que, neste ponto, não deixa de ser prática, porque agora deslocada para outro lugar: a fundamentação prévia dos atos do mundo prático.

Ora, desde o começo, essa razão é comunicativa porque os elementos que estão em jogo já sempre participam de uma possível fala ideal. Mas para que haja essa fala ideal é preciso uma formação de vontades, que vai levar a constituição desse agir comunicativo. Ou seja, a constituição do ideal de fala tem como condição de possibilidade o agir comunicativo.

8 Cf. Arango, *El concepto de derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 347.

Esse é o ponto novo: não mais uma subjetividade, mas a própria linguagem funda a razão prática. E isso Habermas aplica à sua teoria social. Só que isso não é conquista apenas de Habermas, porque isso decorre de um paradigma construído a partir de vários elementos filosóficos e lingüísticos (teorias da fala, por exemplo).

Entretanto, o que há aí de diferente entre Habermas e a tradição hermenêutica ou a tradição apeliana? É que Habermas não aceita o *a priori* prático; ao contrário, o que ele propõe é um discurso de fundamentação *a priori*, formado independentemente das situações práticas (não devemos esquecer, jamais, que, segundo Habermas e Günther, para a fundamentação *somente é relevante* a própria norma – a norma mesma –, *independentemente de sua aplicação* em cada uma das situações). Efetivamente, Habermas busca garantir uma fundamentação racional às normas de ação, só que essa fundamentação se dá previamente, servindo de "molde" às ações cotidianas.

Significa dizer que, se a fundamentação estava, antes, na razão subjetiva, agora ela "passa" para outro plano, isto é, à retirada do "poder" solipsista do sujeito, Habermas contrapõe a submissão dos atos individuais às normas de conduta (também não esqueçamos que, para ele, direito e moral são co-originários, uma vez que a moral precisa do poder de coação do direito: a exigibilidade dos preceitos morais é o que motiva o trânsito da moral para o direito, como deixa claro em seu *Erläuterungen zur Diskursethik*).

Por tais razões, não se pode esquecer que os discursos de aplicação, *locus* em que estaria "confinada" a razão prática, somente são provocados após estarem resolvidos todos os problemas relacionados à fundamentação da norma; *só então ingressam no cenário os discursos de aplicação*. E isso cria uma espécie de contradição no discurso de Habermas, porque ele define dogmaticamente as regras do discurso ideal, para, no fim, colocar a questão da ação comunicativa. O problema é que isso ele faz *sem a razão comunicativa, porque elabora, de fato, uma teoria do conhecimento, descritiva e não operativa.*

Repita-se: ele o faz sem a razão comunicativa, o que permite dizer que há uma circularidade viciosa entre fundar tudo numa razão comunicativa e, ao mesmo tempo, estabelecer a razão comunicativa de uma maneira não-comunicativa, porque esta é um elemento teórico-epistemológico.

Olhando essa questão a partir da hermenêutica, o estabelecimento da razão comunicativa tem como condição de possibilidade a antecipação pré-compreensiva, a autocompreensão, a estrutura do cuidado *(Sorge)*, a consciência da história efetual, o modo prático de ser no mundo, tudo isso já funcio-

nando desde sempre. A hermenêutica aceita que há uma circularidade ineliminável entre nós e o compreender, que possibilita a compreensão do ser. Essa dimensão não é tautológica; é uma circularidade virtuosa, porque é nela que sempre desde sempre nos movimentamos.

Veja-se, pois, a diferença em relação à hermenêutica, em que a razão prática não tem fundamentação prévia, porque esta se fundamenta no próprio modo prático de ser no mundo. Desde sempre já nos encontramos em um mundo o qual, ele mesmo, antecipa-nos as possibilidades de compreensão. Afinal, como bem lembra Stein, as condições prévias que nos são dadas pela pré-compreensão de ser que acompanham qualquer compreensão do ser humano enquanto é pode servir de ponto de partida que pode ser, por sua vez, invertido, dizendo que, em toda a compreensão do ser, já temos uma pré-compreensão do que é o ser humano. Este a *priori* da compreensão pode tomar muitas formas, mas com todas elas sempre nos movemos num círculo da compreensão que, ao mesmo tempo que nos liberta normativamente para a totalidade, normatiza a nossa aparente realidade de ser livres.[9] E, nas palavras de De Waelhens, o privilégio da compreensão do ser se revela, com efeito, de um tal alcance que ele transforma inteiramente, e até os elementos subjacentes, o ente que dela é dotado. De modo que a investigação definitória dos elementos simplesmente comuns que este ente divide com os outros entes, dos quais ele se distingue pelo seu privilégio especial, torna-se uma operação que não conduz a não ser a erros ou banalidades.[10]

Numa palavra, a substituição da razão prática propalada por Habermas – com o que, aliás, Günther não concorda, uma vez que, para ele, é impossível dela se afastar, circunstância que decorre, ao que tudo indica, do papel destinado à moral em relação ao direito – proporciona um deslocamento do discurso de fundamentação (ou do fundamento das normas).

De objetar, contra a tese de Habermas, que a razão prática "substituída" não tem morte datada, porque, sendo fundada no sujeito solipsista (esse sujeito individual), no momento em que ocorre o câmbio paradigmático através do giro-lingüístico (e lingüístico-ontológico), *soçobra em face da relação sujeito-sujeito.*

Afinal, o giro lingüístico é resultado das rupturas provocadas por Wittgenstein e Heidegger, que mostraram a impossibilidade de fundamentar

9 Cf. Stein, Ernildo. Vida humana, um conceito da antropologia filosófica. *Veritas* nº 4, v. 48. dez./2003, p. 530.

10 Idem, ibidem.

a razão. É como se houvesse um novo "fundamento de validade de cunho paradigmático" que afeta todas as categorias do conhecimento. Daí a necessidade de se alertar para o fato de que o paradigma da filosofia da consciência não foi superado em face da substituição da razão prática pela razão comunicativa, mas, sim, *foi a razão prática que tomou outra dimensão em face do câmbio paradigmático.*

Por isso – e essa é uma questão de extrema relevância, para evitar mal-entendidos –, quando sustento que a Habermas não superou o paradigma da filosofia da consciência *não quero dizer, à evidência, que sua teoria possa ser enquadrada como uma teoria refém do paradigma sujeito-objeto e que ela ignora, com isso, a guinada lingüística.* É evidente que não. A acusação de "não superação" está ligada àquilo que considero um certo pessimismo ou fatalismo habermasiano em relação ao (futuro do) sujeito da relação sujeito-objeto. De certa forma, Kelsen, ao seu modo, também resignou-se à essa fatalidade: o sujeito solipsista seria (é) incontrolável. Por isso, Kelsen elabora uma teoria que é uma metalinguagem (afinal, foi freqüentador do Círculo de Viena) sobre uma linguagem-objeto. Em conseqüência, o mestre de Viena confere uma importância mais do que secundária à interpretação (papel do "sujeito"), admitindo que, por "ser inexorável", deixe-se que o juiz decida "decisionisticamente" (afinal, para ele, a interpretação do juiz é um ato de vontade e, por isso, não "se preocupa" com isso – eis ai o problema do decisionismo). Em Habermas, essa questão é bem mais complexa e sofisticada (e resolvida com base em uma teoria democrática). Com efeito, ao contrário de Kelsen, que "delega" ao juiz o poder de decidir no interior da moldura (ou até fora dele, como ele mesmo admite no oitavo capítulo de sua Teoria Pura do Direito), *Habermas não admite discricionariedades*, apostando, inclusive, na possibilidade de se obter uma única resposta correta. *Nisso a hermenêutica e a teoria do discurso concordam totalmente* (*assim como a teoria dworkiniana*). Ocorre que a total desconfiança de Habermas para com o sujeito (do *fundamentum inconcussum*) é resolvida em outro plano, isto é, ele substitui a razão prática – onde reside o sujeito solipsista[11] – pela razão comunicativa (que é uma razão de

11 Entretanto, é possível perceber na própria ideia de formação consensual de vontades uma atitude que poderia ser chamada de decisionista, já que quem produz o consenso é aquele que vem com os melhores argumentos. Portanto, os demais participantes terminam aceitando como verdade aquilo que é decisão a qual chega somente o melhor informado e não a totalidade dos participantes. Todos os passos construídos sobre esse processo de formação consensual de vontades – que não foi produzido lingüisticamente –, dão-se a partir de uma *de-cisão* calcada em uma subjetividade que resiste no modelo apresentado e que pensa que uma substituição (da razão prática do sujeito "subjetivista") tem o condão de superação paradigmática. Isto é, não se pode argumentar

caráter prescritivo e que se dá *a posteriori;* a razão comunicativa está para além do sujeito, pois).

Dito de outro modo, Habermas corrige o problema da dualidade "ação-estrutura" com a razão comunicativa, assim como, p. ex., Antonio Negri efetua essa correção com a busca de uma nova subjetividade social ou coletiva.[12] Mas, ao substituir a razão prática pela razão comunicativa, Habermas não enfrenta o problema fundamental do solipsismo, como faz a hermenêutica, que, a partir do círculo hermenêutico, fere de morte o paradigma da filosofia da consciência. Heidegger e Gadamer superam "esse sujeito" do fundamento, do esquema sujeito-objeto.[13] Por isso Habermas afirma: "substituo a razão prática"; ou seja, *não a supera e nem a fere de morte*. Assim, Habermas prefere não fazer apostas hermenêuticas (no sentido da hermenêutica filosófica, é claro); prefere apostar na construção de um discurso (de fundamentação prévio) que pretende "imunizado" da (antidemocrática) razão prática carregada e contaminada pela subjetividade do sujeito de si do pensamento pensante (daí a sua aguda crítica à tradição e os problemas decorrentes de uma comunicação distorcida que dela possa advir).

dentro do círculo desse paradigma com argumentos que terminam, ou recaindo no paradigma anterior ou querendo, através de uma reformulação, produzir um ambito meta-lingüístico no qual se simula uma comunicação sem rupturas (cerne da razão comunicativa). Com esse passo, logicamente insustentável, produz-se uma dimensão rarefeita, na qual os verdadeiros agentes afetados estão, praticamnente, hipostasiados em um discurso que é apenas formalmente linguístico, mantendo o elemento sujeito-objeto como fundamento, em desfavor da efetiva participação de todos os interessados/afetados. Por isso a *substituição* do esquema sujeito-objeto não é efetivamente superação através da verdadeira dimensão pragmático-lingüística. É por isso que a pragmática universal de Habermas nunca foi aceita pelo autor a que remete, Apel, que sempre defendeu uma pragmatica transcendental. Afinal, como se sabe, o giro lingüístico só pode se dar transcendentalmente e não por uma simples universalização de caráter genérico.

12 Negri, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Trad. Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

13 "O que significa a superação da relação sujeito-objeto? Significa a superação do projeto que busca na filosofia um fundamento para o conhecimento a partir do discurso em que impera a idéia de juízo, a idéia de síntese na subjetividade em que se fundaria o enunciado. Heidegger introduziu, para isso, uma distinção entre o discurso explicitador, o discurso manifestativo, que denomina apofântico, e o discurso subterrâneo, que acontece simultaneamente com o discurso apofântico e que o filósofo denomina de dimensão hermenêutica. Sem o elemento apofântico, não se daria, entretanto, o que podemos designar o discurso hermenêutico. Este representa a estrutura básica que, desde sempre, sustenta qualquer tipo de enunciado que pode ser verdadeiro ou falso. Essa idéia heideggeriana, sem dúvida nenhuma, perpassa a questão do seu paradigma. Com isso, Heidegger já enuncia a introdução de uma crítica ao pensamento objetificador que domina a metafísica. Isso representa o germe do processo de desconstrução que está presente na sua idéia de destruição das ontologias da tradição". Cfe. Stein, *Diferença e Metafísica*. Porto Alegre, Edipucrs, 2000, p. 47.

Portanto, a aludida "substituição da razão prática solipsista" feita por Habermas chega tarde, não mais encontrando esse sujeito da subjetividade. Dito de outro modo, a razão prática sustentada nesse sujeito morreu antes da possibilidade de sua substituição, estando formada, a partir de então, na lingüisticidade e no modo prático de ser no mundo. Em outras palavras, *a ruptura já havia ocorrido*. Não é possível substituir algo que já havia sido superado pela viragem lingüístico-ontológica. Mais do que isso: não é possível substituir esse sujeito solipsista por um discurso hipostasiado que se faz de forma antecipada, dispensando a situação concreta, na qual está assentada o diferencial do novo paradigma: a introdução do modo prático de ser-no-mundo.

Com efeito, se a razão comunicativa – que "substitui" a razão prática e tudo o que ela representa paradigmaticamente – deve ser compreendida, como propõe Habermas, a partir do *medium* da linguagem cotidiana, liberando-a do elemento moral que estava presente na razão prática, então *ela não pode ser construída de forma descontextualizada*, não-conteudística, independentemente das situações concretas, a partir de um constructo ideal (situação ideal de fala), com função contrafática.

A invasão da filosofia pela linguagem, ao proporcionar a superação do esquema sujeito-objeto, coloca a linguagem como condição de possibilidade, sendo vedado utilizá-la – sob pena de um paradoxo de cunho paradigmático – como um instrumento, enfim, como uma terceira coisa[14] que proporcione a

14 Esclarecendo melhor essa questão: Gadamer parte (heideggerianamente) da premissa de que a linguagem não é uma terceira coisa que se interpõe entre sujeito e objeto, ou seja, na concepção hermenêutica de Gadamer *não há espaço para a dicotômica relação epistemológica sujeito-objeto*, na qual o sujeito se contrapõe a um objeto entendido como simples-presença. *A linguagem é totalidade, no interior da qual o homem, o Dasein, se localiza e age*. A crítica ao empreendimento fundacional da "filosofia reflexiva", que tem em Descartes o seu expoente paradigmático, implica, por parte da Hermenêutica, uma superação do mito da autotransparência absoluta do sujeito, a "certeza de si do pensamento pensante" (*Sebstgewissheit des denkenden Denken*), na expressão de Gadamer. Acrescente-se que uma das pretensões centrais de Heidegger, já na obra *Ser e Tempo*, era a crítica e a superação do paradigma da filosofia da consciência, explica Lafont. E essa superação vai se dar no ataque à tese central da filosofia da consciência, é dizer, *o esquema sujeito-objeto, sustentada em um sujeito observador situado frente a um mundo entendido como a totalidade dos entes*. "É possível extrair três teses que, de certo modo, Gadamer defende com relação a isto: *primeiro*, o objeto hermenêutico é determinado lingüisticamente, ou ainda, o objeto hermenêutico é constituído pela lingualidade; *segundo*, o processo hermenêutico, o processo de compreensão e interpretação é também determinado pela linguagem; *terceiro* a linguagem forma o horizonte de uma ontologia hermenêutica" (Stein, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1996, p. 74). Ou seja, a existência de uma relação com o mundo (relação sujeito-sujeito) pressupõe a anterioridade do *Dasein*. Daí que a apropriação dessa totalidade (lingüística, é dizer, a lingüisticidade - *Sprachlichkeit* - do ser) é possível, então, pela interpretação. Nisso reside a própria pretensão de universalidade da hermenêutica de Gadamer.

hipostasiação de discursos (no caso, de discursos fundamentados previamente, contrafáticos) e uma procedimentalização argumentativa, que deixa em segundo plano o desiderato final da norma: a aplicação (que, repita-se, só ingressa "no jogo" após estar resolvido o problema da fundamentação).

Em síntese, a *superação* do esquema sujeito-objeto, brandido como sustentáculo para a substituição da razão prática exatamente nela sustentada, é *incompatível com discursos contrafáticos*, porque estes, ao invés de proporcionarem a síntese intersubjetiva em que emerge o sentido (porque os sentidos não estão mais nas coisas e nem na mente), promovem, queiramos ou não, uma espécie de retorno do esquema dedutivista, uma vez que, cindidos, os discursos de fundamentação, por serem prévios, têm a função de servirem, contrafaticamente, de categorias para o enquadramento (adequação) das situações concretas, que, assim, podem ser vistas como fatos (faticidade) "ainda sem sentido", à espera do devido acoplamento. E nisso soçobra o círculo hermenêutico.

O que Habermas quer dizer – não sendo bem compreendido na tentativa de transportar sua teoria para a operacionalidade do direito – é que *não se opera* com o agir comunicativo. *Ele é epistemológico.* Dizendo de outro modo, Habermas não faz uma teoria do conhecimento para descrever situações concretas. Ele faz uma teoria do conhecimento para descrever formalmente o *que é universal nas situações concretas* (veja-se, aqui, o ponto inicial para compreender as razões pelas quais os discursos de aplicação não dizem respeito à validade – que é previamente dada pelos discursos de fundamentação –, o que faz com que Habermas não admita que se possa deduzir uma contradição no sistema a partir de uma colisão de normas; para ele, os discursos de fundamentação devem separar-se da dependência situacional[15] das colisões normativas).[16] Daí a contundente crítica de Rorty, de que *toda idéia de uma independência de contexto* é parte de um esforço infeliz para hipostasiar o adjetivo "verdadeiro". É só essa hipostasiação que cria a impressão de que há uma meta de investigação, além da justificação perante audiências contemporâneas relevantes.[17]

Esse caráter epistemológico aparece claramente na própria *dicotomia* discursos de aplicação (positivação) e fundamentação (legitimação) proposta por Habermas. Os primeiros se aplicam às normas concretas do ordenamento jurídico, que, em caso de dúvida, devem mostrar sua legalidade. Já a fundamentação é externa ao próprio direito (extra-sistêmico) e não se aplica, em princípio, a cada norma concreta, mas, sim, *ao ordenamento jurídico em seu conjunto*, enfim, às bases do sistema jurídico, que, como tal, deve mostrar a sua legitimidade, isto é, que conta com boas razões internas para abarcar um reconhecimento generalizado.[18]

15 Cf. Rorty, Richard. *Filosofia, Racionalidade e Democracia. Os debates Rorty & Habermas.* São Paulo, Unesp, 2005, p. 219.

16 Ver, para tanto, Habermas, *Direito e Democracia I, op. cit.*, pp. 270 e segs.

17 Ver, nesse sentido, Repolês, Maria Fernanda S. *Habermas e a desobediência civil.* Belo Horizonte, Mandamentos, 2003, p. 48.

Não esqueçamos a assertiva de Günther, cuja distinção entre discursos de fundamentação e de aplicação é adotada por Habermas: *"para a fundamentação é relevante exclusivamente a própria norma, independentemente de sua aplicação em cada uma das situações"*.[19] Portanto, quando se diz que, em Habermas, a razão prática foi deixada de lado, é porque há fortíssimos elementos em sua obra que apontam para tal.

3.3. A filosofia hermenêutica e a hermenêutica filosófica: a abertura de um espaço em que se move todo o discurso humano – a hermenêutica não mais como uma teoria das ciências e nem como expressão da subjetividade.

Não é desarrazoado afirmar que, em Habermas, falta uma dimensão fundamental, realmente responsável pelo novo paradigma. Esse paradigma é o da compreensão, da diferença, não da diferença ôntica, mas ontológica, pela qual reconhecemos que todo discurso entitativo fundamenta-se, necessariamente, em outro discurso, da pré-compreensão, que podemos chamar de ontológico, não clássico. Ali já há sempre uma compreensão do mundo prático a partir do qual compreendemos os entes. Portanto, a acusação de que Heidegger e Gadamer – e, portanto, a filosofia hermenêutica e a hermenêutica filosófica – seriam irracionais, não pode ser aceita. É nesse sentido que Stein vai dizer que

> "Habermas não percebe que Heidegger instaura um novo paradigma do mundo prático, operativo, como fundamento da proposição e da verdade. Habermas vê aí uma espécie de falácia heideggeriana, em que, sem uma argumentação cerrada, ele passa da Analítica Existencial para o julgamento do seu tempo ou o julgamento da história da Filosofia, num sentido mais específico. Os posteriores diagnósticos do seu tempo, da sua

18 Cf. Habermas, Direito e Democracia, *op. cit.*

19 Cf. Günther, Klaus. *Teoria da argumentação jurídica no direito e na moral.* São Paulo, Landy, 2004, p. 70.

época, não decorrem diretamente do conjunto de argumentos que ele apresenta na Analítica Existencial, mas eles revelariam uma atitude de força, uma atitude voluntarista. Isso representaria obviamente a positivação da questão do antepredicativo, do transcendental. Aqui se concentra todo o problema da tradição filosófica, *à qual Heidegeer dá uma interpretação demolidora*, mas que, segundo percebo, permite justamente identificar o núcleo no qual se produz, em Heidegger, a mudança de paradigma e a substiutuição do esquema sujeito-objeto que predomina nas teorias do conhecimento, da proposição, da verdade – mediante um outro modo de fundamentar. Isto é, por meio da descrição fenomenológica do ser-no-mundo, enquanto ali existe algo do conhecer e do agir que não nos leva, necessariamente, à relação do esquema sujeito-objeto, mas que funda, possivelmente, esta relação sujeito-objeto. Por isso Heidegger poderá dizer que a introdução do esquema sujeito-objeto pela teoria do conhecimento no mundo transcendental, no mundo da busca de condições de possibilidade, foi um curto-circuito, porque significava fundamentar proposições assertivas, construídas a partir da relação sujeito-objeto. É isso que Heidegger tenta corrigir, com a sua idéia de transcendental histórico, que é o antepredicativo heideggeriano e que o filosófo explicita, de maneira ampla já em Ser e Tempo e que, ao mesmo tempo, sintetiza na expressão algo enquanto algo, que Heidegger chamará de "como hermenêutico", que é da ordem operativo-prática e que precede o 'como apofântico', que é da ordem lógico-semântico-sintática.(...) Permanece certamente ainda uma interrogação aquilo que Habermas apresenta como estratégia da argumentação da ontologia fundamental e temos seguramente problemas no trânsito do contrafático para o universo dos juízos históricos, sobretudo quandos se trata de questões tão delicadas como as que se apresentam na questão da verdade e sua fundamentação".[20]

Repita-se: a filosofia hermenêutica heideggeriana e a hermenêutica filosófica gadameriana têm sido acusadas de proporcionar um irracionalismo, circunstância que afastaria (sic) a hermenêutica de qualquer proposta de discurso ético, alijando-a, conseqüentemente, de qualquer racionalismo na argumentação. *Evidentemente não é possível concordar com essa crítica.* Pensar assim é desconhecer o nível em que a (filosofia) hermenêutica (filosófica) se

20 Cf. Stein, Ernildo. *Sobre a verdade. Lições preliminares ao parágrafo 44 de Ser e Tempo.* Ijuí: Editora Unijui, 2006, pp. 295 e segs.

move, que é, precisamente, uma dimensão transcendental (não clássica). Não se trata, portanto, nesse nível, de um irracionalismo, mas, antes, da condição primeira que deve ser pensada para que se torne possível qualquer discurso ético. Desse modo, a filosofia hermenêutica, longe de negar qualquer aspecto da legitimidade da argumentação (ou de qualquer teoria discursiva), quer abrir o espaço em que todo o argumentar é possível.

Aliás, nesse sentido, não se pode deixar de reconhecer que *o primeiro filósofo a combater o irracionalismo foi, exatamente, Martin Heidegger*,[21] bastando, para tanto, examinar o contexto da crise dos anos 20 do século passado. A obra *Ser e Tempo* é um grande combate ao irracionalismo, no sentido de querer encontrar um lugar a partir de onde funciona a razão humana como uma razão hermenêutica. Isso nunca significou eliminar a dimensão lógica e racional do discurso; é evidente que não. *Significa apenas que o discurso sempre é acompanhado e precedido por uma antecipação de sentido, que advém do mundo prático, de um desde-já-sempre, e que se funda no encontro hermenêutico.*

Daí o necessário esclarecimento: o pensamento de Heidegger deve ser analisado a partir da situação hermenêutica (*hermeneutische Situation*) em que se encontra o então jovem filósofo e a filosofia no início do século XX. Com efeito, depois da crise das teorias globais – sobretudo das teorias ligadas ao pensamento absoluto –, iniciou-se na Europa uma espécie de desagregação do pensamento filosófico. Essa desagregação se deve em parte ao surgimento das ciências humanas que começavam a se afirmar com autonomia. No meio dessa desagregação, começam a surgir, nos anos 10 e 20, as neofilosofias (neokantismo, neoaristotelismo, neo-hegelianismo, neomarxismo, etc). É o campo propício para o renascimento e o retorno às teorias do conhecimento, chamadas de epistemologias. O problema fundamental da filosofia nos anos 20 era, pois, o problema da justificação do conhecimento.

Duas tendências básicas se sobressaem: uma, que vai em direção da lógica e da linguagem, daí se desenvolvendo, por exemplo, a Escola de Viena; de outro lado, uma corrente filosófica que teve sua origem em autores que não aceitavam as explicações cientificistas ou puramente logicistas. A corrente principal que aí se coloca é a fenomenologia de Edmund Husserl. Quando Heidegger entrou em contato com a fenomenologia de Husserl, rapidamente percebeu que ali se apresentava o início de uma possibilidade de um recome-

21 O combate ao irracionalismo recebe o reforço especial a partir da hermenêutica filosófica proposta por Gadamer, conforme será delineado mais adiante. Para a hermenêutica filosófica, o relativismo não deve ser refutado; *deve ser destruído*!

ço da filosofia, desde que fossem feitos alguns corretivos na fenomenologia vigorante, ainda prisioneira do esquema sujeito-objeto. É isso que chama primeiro a atenção de Heidegger: a idéia husserliana de querer construir um eu transcendental, novamente um sujeito supraempírico – não ao modo de Kant –, mas que serviria de fundamento do conhecimento. E foi exatamente o contato com a escola histórica alemã (Dilthey, sobretudo, e Bergson, na França) e com a tradição que apresentava uma certa interpretação das tendências e compreensão da bíblia, que fez com que Heidegger antevisse as possibilidades de um novo modo de pensar, que se afastasse da metafísica e que pensasse a situação concreta do ser humano.

Heidegger via esses elementos novos na filosofia, isto é, para ele, a filosofia não deveria simplesmente se ocupar com objetos, mas a partir daí poder construir pela primeira vez o fundamento do conhecimento, que não fosse mais um fundamento absoluto próprio das teorias metafísicas (*fundamentum inconcussum absolutum veritatis*) e que não implicasse mais uma teoria de dois mundos. No fundo, Heidegger surgia desde o início como um antiplatônico. Pode-se dizer que este é o primeiro momento fundamental da trajetória do filósofo.

A grande inovação proporcionada por Heidegger é que ele, ao mesmo tempo em que se dizia um filosófo transcendental, não o era mais no sentido de Husserl; ao mesmo tempo em que ele trataria da ontologia, não mais o faria conforme a tradição; ao mesmo tempo em que se ocupava da antropologia, já não o faria do mesmo modo como se fazia até então. Assim, Heidegger introduziu dois conceitos fundamentais: o de hermenêutica e o de interpretação. A hermenêutica não deveria mais ser uma teoria das ciências humanas e nem uma expressão da teoria da subjetividade. Deveria, sim, tomar uma nova forma, o que o levou a introduzir o elemento que se pode chamar de antropológico, com a função de descobrir no próprio ser humano a idéia de compreensão, isto é, para construir a sua visão filosófica, Heidegger avança, primeiro, em direção à preocupação com o ser. Só que isso não poderia levar a repetir o erro e a confusão que as teorias metafísicas faziam entre ser e ente.

A preocupação heideggeriana será com o sentido do ser, construindo, assim, a hermenêutica como elemento de ligação com o próprio preocupar-se do homem consigo mesmo. Na medida em que se compreende, o homem compreende o ser e, assim, compreende-se a si mesmo. Mas esse compreender-a-si-mesmo implicava um explicitar-se, portanto, um interpretar-se a si mesmo e, conseqüentemente, uma espécie de hermenêutica de si mesmo (autocompreensão). Tratava-se, pois, de superar o velho problema da fundamentação.

E foi isso justamente que se tornou tão importante para Heidegger, porque, debaixo da práxis, tinha que ser colocada uma outra camada fundamental, a ontologia fundamental (*Fundamentalontologie*), que é aquela que possibilita qualquer tipo de conhecimento, qualquer tipo de fundamentação, mas que, ela mesma, enquanto "fundamental", era-o em um sentido muito próprio, simplesmente porque ela instaurava um elemento que precederia todo o pensamento, toda a teoria anterior, portanto, a dicotomia teoria-praxis.

Definitivamente, Heidegger não é um "existencialista" (sic) e qualquer acusação/classificação nesse sentido *é absolutamente infundada*. Pensar que Heidegger é existencialista é, além de um ato de ingenuidade intelectual, uma simplificação da teoria que mais influenciou a filosofia no século XX. Heidegger desenvolveu uma filosofia hermenêutica, uma analítica existencial, na qual busca as bases de um processo compreensivo, que nós já sempre antecipamos em todos os nossos discursos.

Portanto não há qualquer relação entre filosofia hermenêutica e existencialismo; do mesmo modo, não há qualquer liame entre as teorias heideggerianas e o decisionismo de Schmitt; e, mais do que isso, é um absurdo dizer que *Ser e Tempo* foi suporte (sic) do nazismo.[22] Não há qualquer pretensão em *Ser e Tempo*, escrito em 1927, de sustentar alguma postura política, enfim, algo como o nazismo. Sendo mais explícito: *não tem o menor sentido misturar o discurso teórico sobre a questão de paradigmas filosóficos, com elementos biográficos.*[23] A adesão de Heidegger ao nazismo não decorreu de sua posição filosófica.[24] Concluir nessa direção é um equívoco imperdoável e coloca

22 Essa inadequada e indevida acusação é feita, por exemplo, por Souza Cruz, *Habermas e o Direito Brasileiro*, *op. cit.*, em especial, pp. 243 e segs.

23 Contrapor o humanismo de um autor ao pretenso "não-humanismo" do outro, em face de uma conduta assumida em um determinado período histórico, buscando, assim, enfraquecer as idéias do outro, não se mostra apropriado ao discurso científico. Fosse o caso, o que dizer do artigo publicado por Habermas no influente semanário *Die Zeit*, edição de 29 de abril de 1999, intitulado "*Bestialität und Humanität – Ein Krieg an der Grenze zwischen Recht und Moral*", em que defendeu a "intervenção humanitária" da OTAN, sem autorização da ONU, na guerra levada a cabo pela Sérvia contra a população do Kosovo? Especificamente para a Alemanha, o episódio foi significativo por ser a primeira vez, desde 1945, que soldados alemães saíram das fronteiras da Alemanha. O texto desencadeou outros trabalhos *e não foram poucas as críticas a Habermas por sua posição de apoio à chamada intervenção humanitária.*

24 O balanço da vida de Heidegger é feito por um dos maiores estudiosos de sua obra, Ernildo Stein, *cuja apreciação é auto-explicativa*: "As biografias de Heidegger, escritas até agora, são relativamente pobres, com exceção da escrita por Rüdiger Safranski – *Heidegger: Um Mestre na Alemanha*. Algumas são profundamente responsáveis na pesquisa que fazem, como a de Hugo Ott – *Martin Heidegger a caminho de uma biografia*. Outras são raivosas e deturpam fatos e pensamentos, por ignorância, má fé ou oportunismo, como a de Victor Farias: *Heidegger e o nazismo*; ou são totalmente tendenciosas, procurando descobrir evidências históricas, utilizando Heidegger como álibi em seus esforços para dirimir a perversidade do nazismo e do holocausto, como a de Ernst Nolte – *Uma biografia de Heidegger*. Estamos na quinta onda heideggeriana. As primeiras, contra o filósofo, e a última, procurando ver mais claro a partir de novas informações e, sobretudo,

em risco qualquer abordagem que se pretenda científica acerca do filósofo, porque personaliza o que não pode – e não deve – ser personalizado. Aliás, é despiciendo qualquer outro comentário a respeito. Pergunte-se a Stein, Schnädelbach, Puntel, Apel, Tugendhat ou Vattimo, sobre *Ser e Tempo*. Todos eles dirão que é a maior obra – ou que seguramente estará entre as cinco mais importantes – do século XX. E porque reconhecem que *Ser e Tempo* é o livro que suscitou o maior número de questões filosóficas e que introduziu e consolidou o novo paradigma prático de ser no mundo (fenomenologia hermenêutica).

à luz da 'Obra Póstuma'. 1) A primeira onda se situa nos anos 30, quando assumiu a reitoria de Friburgo e deu sua adesão formal ao nazismo em ascensão e se demitiu, no décimo mês, um período de quatro anos de reitoria; 2) A segunda onda, no fim da guerra, por ocasião de seu julgamento e demissão da universidade, com episódios notáveis, que devem ser difundidos a bem da verdade; 3) A terceira onda, provinda da França, no fim dos anos 50 e 60, já com posições de ataque e defesa, sobretudo, em torno de sua obra; 4) A quarta onda desencadeada pelo livro de Victor Farias e desde a França se espalhando pelo mundo. Esta onda produziu uma série de livros, sobretudo, em favor do grande pensador, no fim dos anos 80; 5) Finalmente a quinta onda, nos anos 90, profundamente séria, em que se reconhece no filósofo do século a grandeza de um pensamento e a inauguração de um novo paradigma na filosofia, de revolucionário e que desperta interesse em todos os centros de filosofia e junto às melhores cabeças filosóficas. E assim, estamos com Heidegger apenas no começo. A passagem do milênio é heideggeriana, sem dúvida alguma, o próximo século (XXI) se ocupará muito em estudar a obra heideggeriana. Ela está sendo publicada numa edição completa, ainda que provisória sob muitos aspectos. Mas esta iniciativa, pela primeira vez, põe-nos em contato com uma obra conjunta de mais de cem volumes. Não é ainda a obra póstuma crítica, mas nos dá o consolo de que as últimas gerações que se ocuparem com o grande filósofo, terem a visão sobre o todo do seu pensamento". Cf. Stein, Ernildo. *Anamnese. A filosofia e retorno do reprimido*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, pp. 133 e segs.

Capítulo 4

O afastamento (do *a priori* existencial) da faticidade. A cisão entre discursos de fundamentação *(Begründungsdiskurs)* e discursos de aplicação *(Anwendungsdiskurs)* e as insuficiências (do princípio) da adequabilidade.

4.1. Os perigos decorrentes da recaída da teoria do discurso no modo de pensar dogmático-metafísico e as várias conseqüências para a análise do direito – a insustentabilidade do conceito de mundo vivido.

A teoria discursiva – por sua característica procedural – apresenta componentes muito diferentes da hermenêutica para a compreensão do fenômeno da Constituição própria do modelo de Estado Democrático de Direito, mormente se se levar em conta que tais textos são nitidamente compromissários e dirigentes.

Com efeito, enquanto a hermenêutica se assenta na ruptura com o paradigma epistemológico-representacional, ontologizando-se para abarcar o mundo prático (espaço em que os princípios – compreendidos hermeneuticamente -, ingressam na discussão do direito),[1] *a teoria do discurso afasta a conteudística para sustentar a cisão entre fato e valor e entre discursos de justificação e discursos de aplicação*, pretendendo alcançar esse desiderato a partir da instituição de uma "situação ideal de comunicação", fundada em um "mundo vivido" que, paradoxalmente, não consegue provocar a superação do paradig-

1 Como referido no decorrer da obra, os princípios próprios do neoconstitucionalismo representam não apenas a inserção do mundo prático no direito – ultrapassando, assim, o modelo de regras - como também a superação dos assim denominados "princípios gerais do direito". Portanto, os princípios constitucionais (do novo constitucionalismo) não se constituem em uma mera contraposição às regras do modelo positivista, como se aqueles, os princípios, fossem estabelecer o "bom e justo direito" e estas, as regras, tão-somente representassem o direito desindexado de qualquer pressuposto moral, enfim algo do gênero "princípios com abertura axiológica *versus* regras aptas a fazer (simples) deduções/subsunções. Pensar assim é fazer uma cisão estrutural entre regra e princípio.

ma da filosofia da consciência (como já referido, *a substituição não representa a superação*; o sujeito da subjetividade não tem morte datada). Isso ocorre, como já referido, por esse salto que Habermas dá por sobre o esquema sujeito-objeto. Ele não o supera. Procura ir além, é verdade, mas o substitui pela razão comunicativa, construindo, assim, uma espécie de mundo supra-sensível.

Relembremos, a propósito, a própria assertiva de Habermas: *o mundo da vida forma o horizonte para situações de fala e constitui, ao mesmo tempo, a fonte das interpretações, reproduzindo-se somente através de ações comunicativas.* O fundamento não é mais o sujeito solipsista; agora é o mundo da vida, que forma o horizontes para situações ideais de fala, que é o (novo) *fundamentum inconcussum.*

Isto é assim porque a teoria discursiva de Habermas funda-se na antecipação do discurso ideal (portanto, o discurso de fundamentação, que é contrafático, elaborado *prima facie*, para qual, nas palavras de Günther, "é relevante exclusivamente a própria norma, independentemente de sua aplicação"), no qual poderiam ser dadas as condições ótimas, em que todos teriam o mesmo nível de argumentação, de informação, de capacidade de argumentação e, assim, chegariam a um consenso. Trata-se da teoria consensual da verdade, *embora Habermas diga que alterou esse conceito a partir de Verdade e Justificação*, quando teria reformulado o antigo conceito discursivo de verdade: "a redenção discursiva de uma alegação de verdade conduz à aceitabilidade racional, não à verdade".

De todo modo, continua a sustentar a aceitação da "verdade" de uma proposição a partir de "condições quase ideais" de fala (as palavras são textuais de Habermas). Veja-se que, nos debates "Rorty-Habermas", ele reafirma: *uma proposição é verdadeira se pode conquistar concordância argumentativamente alcançada numa situação ideal de fala. O que é verdadeiro é o que pode ser aceito como racional sob condições ideais.*[2] Parece, pois, paradoxal a opção pelo procedimentalismo, em que a razão prática é substituída pela razão comunicativa, quando, ao mesmo tempo, a relação direito-moral, tida por Habermas como de co-originariedade, tenha, ao que tudo indica, uma relação substancial, isto é, a relação direito e moral não dependeria de razão comunicativa: é anterior.

Ou seja, em Habermas – ainda que se diga que superou tanto a ontologia clássica como a hipostasiação do sujeito, sugerindo a substituição do sujeito pelo discurso ideal –, *a fundamentação que apresenta é descritiva*, sociológica,

2 Cf. Rorty, *Filosofia, Racionalidade e Democracia*, *op. cit.*, pp. 194-195.

cultural e epistemológica; não tem caráter filosófico propriamente dito. É, pois, uma descrição formal, isto é, a normatividade das "regras do procedimento" é produzida por um sujeito do conhecimento. E isto é um problema afeto ao paradigma da filosofia da consciência. Além disso, sua idéia de "pretensões de validade universal" ocasiona, nas palavras de Rorty,[3] a "evasão da finitude, que Heidegger corretamente criticou".

A filosofia pensa as condições de possibilidade da racionalidade. Habermas vai dizer que a racionalidade é uma só, que se dá pela fusão do discurso científico-filosófico; ciências e filosofia, juntas, produzem uma espécie de síntese fundamentadora que não é capaz de separar as dimensões do discurso. Eis aí um dos pontos fundamentais das críticas de Apel a Habermas, ou seja, é por tais razões que teve que retirar a ética do discurso, *porque, no momento em que ele mantivesse a ética implícita no discurso, ele estaria colocando no discurso um núcleo de caráter filosófico*; colocou, pois, os núcleos de caráter sociológico, cultural, etc.

O que ocorre é que Habermas compreendeu o mundo vivido de forma equivocada. Mundo vivido, antes de tudo, é uma antecipação de sentido. Mas, fundamentalmente, na concepção trazida pela teoria do discurso, é *representacional*, portanto, inserida no paradigma da consciência (embora a aludida substituição do *locus* desse sujeito, a razão prática). Entendido como horizonte para as situações (ideais) de fala e, portanto, fonte e parâmetro para as interpretações (que ocorrem contrafactualmente), o mundo vivido transforma-se em uma categoria apta para a elaboração de raciocínios dedutivos, em que há uma nítida separação entre o "universal" (aliás, a idéia do princípio U é universalizante) e o "particular-empírico".

Aliás, é exatamente por isso que, como veremos mais adiante, será possível identificar uma nítida diferença entre o que Habermas entende por situação concreta (o "caso") e aquilo que a hermenêutica filosófica entende por "caso concreto", circunstância que fará a diferença entre o que cada uma das posturas entende por "resposta correta". Na(s) teoria(s) de Günther e Habermas, o caso é dependente dos discursos de fundamentação. A aplicação é secundária em relação à fundamentação; já na hermenêutica, não há cisão/distinção entre fundamentação e aplicação.

Atentemos para a repercussão destas questões na compreensão/interpretação do direito, mormente em países como o Brasil, em que nem sequer a legalidade formal é cumprida, mergulhado em uma crise paradigmática em

3 Idem, ibidem, p. 224.

que os juristas, preparados para enfrentar as demandas de caráter interindividual, não conseguem atender as especificidades das demandas e conflitos derivados de uma sociedade complexa.

Veja-se, no contexto deste estado d'arte, o problema provocado pela falta de uma conteudística – conseqüência da expulsão da ética do discurso e da opção por uma verdade procedimental –, que coloca em xeque, ao meu sentir, qualquer pretensão de "resposta correta", indispensável para o enfrentamento/superação dos vários positivismos e suas "múltiplas respostas". Se a Constituição assume uma feição de resgate das promessas (incumpridas) da modernidade (esse é o modelo da revolução copernicana que atravessou o direito no século XX), a construção das condições para a obtenção de respostas corretas nada mais é do que a construção das condições para que se alcance respostas adequadas a Constituição. A Constituição (e seu desiderato) não pode ficar à mercê de múltiplas respostas e, assim, correr-se o risco de respostas despistadoras, enfraquecedoras de sua força normativa (relembremos os episódios envolvendo o mandado de injunção, para citar apenas um exemplo das "múltiplas respostas"). *A resposta adequada passa a ser, destarte, um direito fundamental do cidadão.*

Não há dúvida, pois que a diferença entre a possibilidade de existir uma resposta correta na hermenêutica filosófica e na teoria do discurso é de fundo paradigmático, isto é, a raiz da problemática reside na questão da verdade: para a hermenêutica filosófica, em face do mundo prático introduzido por Heidegger (filosofia hermenêutica) e Gadamer (Verdade e Método, que pode ser lido como Verdade contra o Método) *a verdade é conteudística* (compreendida no sentido fenomenológico); *na teoria do discurso habermasiana, é procedimental; é consenso* (sempre ressalvando a tentativa habermasiana de corrigir o conceito de verdade como consenso para a idéia da aceitabilidade racional da argumentação, que é feita em condições "quase-ideais"). Como bem assinala Kaufmann,

> "Na medida em que apenas aponta regras formais acerca de como se argumenta racionalmente (as condições de uma situação "ideal de comunicação") a teoria do discurso apenas pode legitimar a constatação de que um consenso se formou de um modo formalmente correto, não pode pretender alcançar a verdade ou a correção de um algo com conteúdo, por exemplo, de normas. O discurso racional, originador de consenso, enquanto tal, não diz o que é verdadeiro ou correto, nem o que devemos fazer. Ele não substitui o conhecimento e a experiência de parceiros de discurso, antes presume a habilidade destes. Só quando os parceiros de discussão dão ao discurso um conteúdo, um "tema", que não seja o próprio discurso (sendo que a fixação precisa deste tema, geralmente, somente se verifica com o decorrer do discurso), pode este conduzir a resultados verdadeiros ou corretos".[4]

Como veremos mais adiante, essa diferença propicia que, na hermenêutica, em face da antecipação de sentido e da incindibilidade entre interpretação e aplicação, a verdade se dê em um vetor de racionalidade estruturante (transcendental não-clássico), ou seja, no nível do *logos hermenêutico*,[5] enquanto que, na teoria do discurso, a verdade é produto de um vetor de racionalidade que se dá no nível do *logos apofântico*, vetor manifestativo-argumentativo-lógico.

Confundir o conhecimento ("processo" compreensivo) com o modo de explicitação desse conhecimento (justificação do compreendido) implica colocar-nos diante de um dilema, representado pelo problema da escolha ou da "melhor escolha" de um *standard* de racionalidade, como bem alerta Stein: *nenhuma filosofia vem para ornamentar um discurso jurídico e nem servirá de refúgio para as perplexidades nascidas dos limites e das tentativas de fundamentação.*

Esse problema, aliás, aparece fortemente na dogmática jurídica praticada no Brasil, mesmo naquela que se pretende mais crítica, ao admitir a *possibilidade da existência de várias respostas para um mesmo "caso concreto"*, ainda que diferentes juízes sigam o mesmo procedimento.

Afinal, fundamentação e aplicação são coisas distintas: as normas são dadas previamente, fundamentadas a partir de um consenso racional, que só é válido se realizado em circunstâncias que satisfazem, ao menos, de modo aproximado, as condições de simetria e liberdade própria de uma situação ideal de fala.

O conteúdo "substancial" da norma previamente fundamentada permanece inalterado, independente das diversas situações concretas ou, dizendo de outro modo, nas palavras de Habermas e Günther,[6] o ponto de vista moral permanece sendo idêntico, porém tanto nossa compreensão dessa intuição como as interpretações que damos as regras moralmente válidas ao aplicá-las a casos imprevisíveis estão sujeitas a variação.

4 Cf. Kaufmann, Arthur (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Gulbenkian, 2002, p. 205.
5 Cf. Stein, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia*. Limites de um paradigma. Ijuí: Unijuí, 2004.
6 Cf. Habermas, Jürgen. *Aclaraciones a la etica del discurso*. Madrid: Trotta, 2000, p. 150.

Tais questões deitam raízes na não-superação, por parte da teoria discursiva, do paradigma (metafísico),[7] circunstância, aliás, por mim apontada no meu *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*, e que vem magnificamente denunciada por Apel na obra *Com Habermas contra Habermas*:

> "Com a intenção de ser cuidadoso e crítico nesse argumento, no 'sentido pós-metafísico', *Habermas sofreu, contrariamente a 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 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".[8]

A partir dessa recaída de Habermas "no modo de pensar dogmático-metafísico" de que fala Apel é que procuro sustentar que *é equivocado cindir/separar discursos de fundamentação/justificação de discursos de aplicação*, problemática que será examinada na seqüência da obra. Conseqüentemente, entendo inadequado pensar, por exemplo, que "fundamentação" é legislação, e que "aplicação" é jurisdição. Portanto, entendo incorreto pensar que o discurso de aplicação, a cargo do juiz, esteja *desonerado* do discurso de fundamentação, que estará previamente dado, ou, ainda, *que o discurso de fundamentação não está dependente situacionalmente das colisões normativas.* É Günther[9] quem diz que, se já considerarmos adequada a proposta normativa, depois de concluir a fundamentação, *não mais precisamos iniciar uma reflexão a respeito da aplicação.*

Assim, a teoria discursiva parece convalidar antigas alternativas da filosofia jurídica, como o dilema "generalidade da lei" *versus* "a justiça do caso", o que configura uma falsa dicotomia entre racionalidade discursiva (legítima) e racionalidade do juiz (carente de legitimidade), cujo confronto (sic) entre as duas racionalidades se resolveria em favor da racionalidade discursiva.

Ora, isso somente teria sentido se fosse possível "separar" a racionalidade discursiva da racionalidade do juiz. Essa cisão – que remonta à cisão entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação – somente teria sentido no interior do esquema sujeito-objeto. Não se ignora, aqui, a teorização feita por Habermas acerca da guinada lingüística e de como sua teoria se enquadraria nesse contexto. A fundamentação comunicativa ou discursiva das normas sociais há de separar-se de qualquer forma de filosofia da consciência, como defende o prestigiado estudioso de sua obra, Velasco Arroyo,[10] no que é seguido pelos adeptos da teoria do discurso no Brasil. Minha discordância reside no fato de que a distinção entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação e o modo como Habermas constrói esses discursos de fundamentação, *previamente e descontextualizados*, hipostasiando-os, aliado ao fato de subscrever o conceito de mundo vivido de Husserl e a epistemologização da verdade, fornecem indicativos de que o paradigma da subjetividade não foi superado (superação entendida no sentido de que falam Heidegger e Gadamer).

Não há mundos distintos entre as duas racionalidades, a menos que se entenda o juiz como um sujeito solipsista (mas, paradoxalmente, a teoria do discurso veio exatamente para superar a razão prática como faculdade subjetiva). Dito de outro modo, assim como não se pode cindir o incindível, também não há etapas distintas na compreensão. Nesse sentido – e isso poderá ser facilmente percebido no decorrer destas reflexões – é possível apontar nítidos pontos importantes de convergência entre a hermenêutica filosófica e a proposta interpretativa do direito de Dworkin (nesse sentido, v.g., o importante trabalho de Rodolfo

7 Nesse sentido, ver também Aragão, Lucia Maria Carvalho. *Razão comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992.

8 Cf. Apel, *op. cit.*, p. 276. (grifei)

9 Cf. Günther, *Teoria da Argumentação*, *op. cit.*, p. 47.

10 Cf. Velasco Arroyo, Juan Carlos. *La teoria discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia em Habermas*. Madrid: Boletín Oficial del Estado – CEPC, 2000.

Arango), que vão desde o rechaço da distinção entre conhecer, interpretar e aplicar, até – e fundamentalmente – o combate à discricionariedade/arbitrariedade (aqui o ponto de convergência se dá entre Gadamer, Dworkin e Habermas). Em Dworkin, a garantia contra a arbitrariedade está no acesso a uma moralidade institucional; em Gadamer, essa "blindagem" se dá através da consciência da história efetual, representada pela suspensão de todo o juízo e o questionamento dos prós prios pré-juízos por parte do outro e pelo texto. Em Dworkin, há uma única resposta correta; na hermenêutica, a partir do seus dois teoremas fundamentais (círculo hermenêutico e diferença ontológica) *e na leitura que faço de Gadamer*, há uma resposta verdadeira, correta; nem a única e nem uma entre várias corretas; *apenas "a" resposta, que se dá na coisa mesma.* Também em Habermas há a defesa igualmente de uma única resposta correta, ponto de estofo entre a hermenêutica, a teoria discursiva habermasiana e o interpretacionismo dworkiano.[11]

11 A confluência entre os pensamentos de Gadamer e Dworkin ou a influência de Gadamer em Dworkin é contestada por Castanheira Neves, em seu Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros (cf. Digesta, vol. 3º, Coimbra Editores, 2008, em especial p. 490). Segundo o professor conimbressense, há apenas três menções de Dworkin à Gadamer na obra Law's Empire (e apenas nesta), sendo que tais referências não apontam para uma adesão à hermenêutica filosófica. Critica, assim, Arthur Kaufmann, José Lamego, Jacques Lenoble e Francesco Viola que, segundo ele, apontam indevidamente para essa convergência entre a teoria dworkiniana e a hermenêutica filosófica. Muito embora a minudente e erudita argumentação, penso que há, efetivamente, uma forte ligação entre as teorias propostas por Dworkin e Gadamer. Mesmo que Dworkin tenha feito apenas três alusões à hermenêutica filosófica de Gadamer – e, neste ponto tem razão Castanheira Neves, referências/alusões não concludentes – é possível perceber fortes traços da hermenêutica filosófica na "Law as integrity" dworkiniana. Das várias aproximações, é possível lembrar o anti-relativismo filosófico presente nas duas teorias, circunstância que sustenta a possibilidade de respostas (interpretações) corretas, assim como a incindibilidade entre interpretar e aplicar. Ou seja, ambas as teses são anti-discricionárias (já ai é possível perceber uma aproximação também em relação à antítese da principal característica do positivismo: a discricionariedade dos juízes). Também é possível apontar para a força (e autoridade) da tradição (Gadamer) como o modo de reconstrução do direito a partir da integridade e da coerência (Dworkin), que pressupõe a *Wirkungsgeschichte* (história efeitual) e provoca uma *Horizontverschmelzung* (fusão de horizontes). É certo que Dworkin não se refere à história efeitual (ou a consciência dos efeitos da história sobre o intérprete) e nem à fusão de horizontes assim como é tratado por Gadamer. Entretanto, é possível encontrar essa similitude entre ambos. Mas a principal confluência parece residir na concepção de superação do esquema sujeito-objeto e o modo como tal circunstância se coloca no âmbito da *applicatio* jurídica, ou seja, a *applicatio* está exatamente assentada – como condição de possibilidade – na superação desse dualismo. A superação do esquema sujeito-objeto quer dizer "superação da subjetividade assujeitadora", isto é, ruptura com o sujeito solipsista. Mas Gadamer não substitui o "sujeito da relação" por uma estrutura (como o fazem, por exemplo, Habermas e Luhmann); ele acredita na possibilidade de controlar esse sujeito, exatamente na superação da relação sujeito-objeto. Observe-se: "matar" o sujeito solipsista não significa que não mais haja um sujeito na relação de objetos. E esse controle se dá a partir de uma razão hermenêutica, isto é, a pré-compreensão antecipadora, que se dá como existencialidade (por isso não me pergunto acerca de "como" compreendi, por que essa pergunta chega tarde – eis ai o elemento estruturante da compreensão, que pode ser melhor constatada na diferença entre o *como*

Compreender é aplicar. Filosoficamente, ao menos depois da invasão da filosofia pela linguagem, *não é possível separar interpretação e aplicação.* O sentido não se descola do âmbito da compreensão. Aqui parece não ter sido bem compreendida a tese (central) gadameriana da *applicatio*, pela qual interpretar é aplicar, que sempre aplicamos, que não interpretamos por parte ou etapas e que, enfim, "em toda leitura tem lugar uma aplicação" (Gadamer). *Quando Gadamer diz isso, ele não está se referindo à aplicação da lei ou na aplicação judicial.* Mais do que isso, a *applicatio* não significa, como se poderia pensar, que a aplicação hermenêutica se processa como um bloco homogêneo, como se não houvesse fusão de horizontes, que é feita a partir do círculo hermenêutico. Alerte-se, nesse sentido, que essa discussão acerca do que seja "interpretação" ou "compreensão" em abstrato (sic) pode levar a mal-entendidos. Por todos, registre-se o episódio ocorrido em seminário no Estado do Rio de Janeiro, em que um participante me criticava por estar – segundo ele – confundindo textos normativos com discursos de fundamentação e que havia um equívoco na minha afirmação – tantas vezes repetida em meus textos – de que "sempre aplicamos" *e "que não há interpretações de textos em abstrato"*. A crítica mais forte dizia respeito a minha afirmação de que os discursos de aplicação (*Anwendunsdiskurs*) trabalhados por Habermas e Günther, *não* são apenas os discursos do judiciário. Para tanto, o interlocutor argumentava: "se lemos o Código Penal, por certo não estaremos aplicando o Código a nenhum caso concreto", ao que respondi: pode ser verdade que não estamos "aplicando o Código a algum 'caso concreto'". *Mas, mesmo quando "simplesmente lemos o Código Penal", estamos aplicando.* Aplicação, no sentido hermenêutico (*applicatio*) não é apenas aplicação a uma situação concreta em termos judiciais. É neste ponto que está a *diferença que faz a diferença:* a diferença ontológica entre texto e sentido do texto, isto é, *mesmo a leitura do texto não se faz em abstrato.* Quando falamos de um lápis, não pensamos em um "lápis em geral" ou em "conceito de lápis" (lembremos, se quisermos permanecer fiéis à hermenêutica de cariz fenomenológico: o ser não é um ser em geral; o ser não é um ente; o ser não pode ser visto; o ser serve para dar sentido aos entes). Na verdade, pensamos, sim, em um *determinado* lápis;

– *als* - hermenêutico e o *como* – *wie* - apofântico). Veja-se que, por isso, não há grau zero de significação na hermenêutica, circunstância também presente em Dworkin, o que coloca ambos em uma perspectiva anti-pragmatista, fundamental para o combate ao positivismo jurídico. Ambas as teses permitem, ainda, afirmar um elevado grau de autonomia do direito produzido democraticamente (lembremos a necessidade de levar os direitos a sério – Dworkin – e a máxima de Gadamer, de que, se queres dizer algo sobre um texto, deixe primeiro que o texto te diga algo). Por fim, Dworkin não distingue discursos de fundamentação de discursos de aplicacão, questão que já estava presente no círculo hermenêutico e na crítica as três *subtilitatae* de Gadamer.

aquele lápis, um "dado lápis", que, por sua vez, estará em algum lugar, imaginário ou não *(mas, sempre, em algum lugar)*. Para melhor ilustrar a questão, veja-se a introdução ao capítulo oitavo da obra "Realismo de Rosto Humano",[12] em que Hillary Putnam apresenta o seguinte relato – que ilustra muito bem o ponto em discussão: "O conde Alfred Korzybski costumava afirmar que para dizer de nada que é nada – por exemplo, dizer do meu carro que é um automóvel – é falsear, uma vez que (e mantendo o exemplo do meu carro) existem muitos automóveis e o meu carro não é idêntico a nenhum deles, nem é idêntico à Idéia Platônica de um automóvel. Como parte da pseudociência que criou, a pseudociência da 'Semântica Geral' recomenda que se deve utilizar a palavra *et cetera* tantas vezes quantas as possíveis. Segundo o seu ponto de vista, seria altamente terapêutico

12 Cf. Putnam, Hilary. *O realismo de rosto humano*. Lisboa, Piaget, s/d., *op. cit.*). Em Heidegger, remeto o leitor para o seguinte exemplo: "todos ejecutamos ahora – unos con otros – mirando a esta tiza el enunciado: "la tiza es blanca". Este enunciado se funda en nuestro ser-cabe esto que tengo aquí delante. Pero este nuestro ser cabe la tiza no es nunca igual ni siquiera en cada dos de todos nosotros. Pues aun prescindiendo de todo lo demás, basta tener presente la orientación espacial en la que cada uno nos encontramos respecto a la tiza, para poder decir que cada ser cabe la tiza, que cada *esse apud* la tiza de cada uno de nosotros es distinto. Más aún, no solo resulta que fácticamente cada ser-cabe de cada uno de nosotros no es igual, sino que tampoco puede ser nunca igual sin diferenciais, ni fácticamente ni tampoco esencialmente. Pero la diversidad de orientaciones espaciales podría remediarse; cada existencia podría, por ejemplo, ponerse en mi lugar y tener desde aquí la tiza ante sí. Ciertamente, cada uno de nosotros puede ocupar el lugar del outro, pero nunca al mismo tiempo. El punto temporal sería necesariamente diverso, y cuando es el mismo, entonces es el lugar el que necesariamente tiene que ser necesariamente distinto. Es decir, no hay, ningún ser-cabe, no hay ningún *esse apud* y, correspondientemente, no hay ningún comportamiento que sea igual. Si ser-unos-con-otros, o ser-uno-con-outro, significase tanto como comportarse de forma igual respecto a una cosa, entonces no habría ser-unos-con-otros. Y, sin embargo, decimos con toda razón, y sabiendo muy bien lo que decimos, es decir, en un sentido bien inteligible, que todos nosotros, "los unos con los otros" nos comportamos respecto a la tiza. Por tanto, lo igual es, no nuestro comportamiento-respecto-a, no nuestro habernos-acerca-de, sino que lo que es igual es aquello respecto a lo que nos comportamos. Pero, ¿ es que de verdad vemos todos la misma tiza?, ¿ es que los que están sentados en el último banco ven una tiza igual a la que yo veo? Por supuesto que no. Los que están sentados en el último banco estarán de acuerdo conmigo y dirán naturalmente que no, aunque sólo sea porque para quienes miran la tiza desde el último banco, lo que ellos ven en la parte anterior de la tiza, es lo que a mí, a la inversa, me queda en su parte posterior. Lo que vemos en la tiza y, por tanto, aquello respecto a lo que nos comportamos, es, pues, también distinto, pero digo aún más: los que están sentados en el último banco en su ser-cabe la tiza que está aquí delante no solamente no ven de hecho una tiza igual a la que yo veo, y ello no sólo porque lo que vemos ofrezca de hecho diferencias, sino porque en el caso presente tal cosa queda excluida por principio. Y es que para que alguien que está sentado detrás pueda ver una tiza *igual a* la que yo veo, para eso tendría que haber por lo menos *dos* tizas. Pues la igualdad, el ser-igual-a, presupone esencialmente pluralidad. Cada uno de nosotros, pues, no es que vea una tiza igual, es decir, no es que vea la misma tiza porque sea igual y se la vea igual, sino que todos unos con otros vemos la misma. Mismidad e igualdad son dos cosas distintas". Heidegger, Martin. *Introdución a la filosofia*. Madrid, Frónesis, Catedra Universitat de Valencia, 1996, pp. 98 e 99.

dizer 'Isto é um automóvel, etc.', e não 'Isto é um automóvel', para não esquecer que o 'isto' referido (o meu carro) tem infinitamente mais propriedades do que as mencionadas na minha afirmação".

Gadamer sempre falou da exigência do exame de todos os sinais característicos da situação, que é explicitada como método de revisão dos próprios preconceitos no seu horizonte histórico, e confrontada com as exigências concretas que partem da própria situação (hermenêutica). Não se pode confundir aquilo que Gadamer assevera acerca da impossibilidade de cisão entre compreender e aplicar, com a circunstância de que a compreensão deva se dar em "um bloco homogêneo". *Applicatio* significa impossibilidade de "acoplar" conceitos a coisas. Em outras palavras, não há sentidos à disposição do intérprete que, posteriormente, venham a ser "encaixados" às "coisas-ainda-sem-sentido". É isso que significa *applicatio*.

Para ser mais claro: por isso a aplicação (*applicatio*) não se dá apenas nos casos de "aplicação judicial". Na hermenêutica isto está bem claro. Em Habermas,[13] entretanto, o discurso de aplicação – jurisdição – afasta-se do discurso de fundamentação – legislação – em função das "formas de comunicação e dos potenciais de argumentos correspondentes". Penso que essa perspectiva habermasiana não se mostra a mais adequada quando se quer superar dicotomias e dualismos (metafísicos).

Essa perspectiva, presente em Habermas, é assumida, no Brasil, por Álvaro Souza Cruz, quando sustenta que as argumentações pragmática e ético-política, construídas pelo legislador político, frutos do balanceamento de valores e interesses, devem ser, em regra, tomadas como válidas *prima facie* pelo Judiciário, isto é, o Judiciário não pode proceder a um novo discurso de fundamentação. Ao contrário, segundo ele, "*deverá examinar apenas a adequação da norma às circunstâncias do caso concreto*".[14]

Essa afirmação confirma minhas críticas à *cisão entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação*; do mesmo modo, confirma minhas críticas à desoneração do juiz da "tarefa" de elaborar discursos de fundamentação (porque, afinal, a fundamentação é sempre prévia); finalmente, confirma a crítica de que, no fundo, essa cisão ou autonomização dos discursos de fundamentação coloca o papel do juiz em segundo plano, porque – ao que tudo indica, de forma dedutiva – "deverá examinar apenas a adequação da norma às circunstâncias do caso concreto". Ora, o que é isso senão a velha subsunção ou

13 Cf. Habermas, *Direito e Democracia I*, *op. cit.*, p. 239
14 Cf. Souza Cruz, *Habermas e o Direito*, *op. cit.*, p. 190.

dedução? Se o papel do juiz é o de "apenas" fazer a "adequação da norma" (que é previamente dada) "às circunstâncias do caso concreto" (sic), qual é a diferença desse juiz com o juiz que estava impedido de fazer juízos acerca das questões de direito (lembremos da cisão metafísica entre questão de fato e questão de direito)?

Explica-se, assim, igualmente – e essa problemática será retomada mais adiante –, a (excessiva) desconfiança da teoria do discurso para com o controle de constitucionalidade concentrado (e, me permito acrescentar, para com os diversos mecanismos de filtragem hermenêutico-constitucional, como a interpretação conforme, a nulidade parcial sem redução de texto, enfim, as diversas sentenças interpretativas). De qualquer sorte, não ignoro a explicação que Souza Cruz procura dar ao problema acima apontado (de que o juiz não pode proceder a um novo discurso de fundamentação, etc.). Para ele, "a regra exposta acima, no que pertine ao controle da constitucionalidade das leis, exige uma interpretação *cum granu salis*. Nesse, o Judiciário deixa de aplicar uma norma ordinária, válida *prima facie*, para aplicar diretamente a norma constitucional ao caso concreto. Contudo, tal aplicação não pode se dar a partir da construção de novos argumentos pragmáticos ou ético-políticos".[15] Como isso será feito, não se sabe. Ou seja, de que forma o Judiciário deixa de aplicar uma norma ordinária, válida *prima facie*, para aplicar diretamente a Constituição, se a norma era válida *prima facie*? Considerando que o autor está a tratar do controle difuso, parece não restar dúvida de que, ao deixar de aplicar a norma ordinária (para mim, "apenas" inválida, ao contrário do sustentado), o Judiciário aplicará a Constituição "diretamente ao caso concreto". Fica, entretanto, a pergunta: essa aplicação "direta" não implica um algo a mais do que uma mera "adequação da norma às circunstâncias do caso concreto"? Afinal, se o juiz está "desonerado" de fazer discursos de fundamentação, como dar a ele essa tarefa de "deixar de aplicar uma norma ordinária, válida *prima facie*", para aplicar diretamente a Constituição? Ou, ainda, se a norma ordinária era válida *prima facie*, de que modo e de que forma o juiz pode invalidá-la posteriormente, se a sua tarefa (a do juiz) é de – repito, utilizando as palavras do autor – "examinar apenas a adequação da norma às circunstâncias do caso concreto"?

Penso que não se resolve o problema do solipsismo do sujeito deslocando o problema da fundamentação (no e do sujeito) para uma fundamentação prévia (elaborada sem o recurso à situação concreta), como querem Habermas e Günther, isto é, desonerando o juiz da responsabilidade de elaborar o discurso fundamentador/justificador, em que esse discurso prévio se forja, nas palavras textuais de Habermas, "*na forma de uma estrutura comunicativa purificada de todos os elementos substanciais*".[16] Isso apenas teria sentido se se admitisse que o juiz é alguém (sempre) inserido no esquema sujeito-objeto e sobre isso nada se poderia fazer. Aliás, nisso talvez esteja o ponto central da controvérsia com Habermas. Ao retirar do juiz/intérprete a responsabilidade pela elaboração de discursos de fundamentação, ele nada mais faz do que confessar a co-existência de dois paradigmas: o da representação (filosofia da consciência), para ele somente superável através da desoneração do intérprete daquilo que ele, Habermas, *considera que é inexoravelmente solipsista*, e o da intersubjetividade, no interior do qual "desapareceria o perigo da atuação desse sujeito (fundacional)". Trata-se da admissão de uma perspectiva dual: o "mundo sensível"[17] em que laboram os juízes (o mundo do solipsismo, da razão prática) e o "mundo supra-sensível" do agir comunicativo (o dos discursos de fundamentação prévia). Desse modo, tem-se que, enquanto os juízos de aplicação do mundo da razão prática seriam "menos nobres", porque eivados de uma indesejada subjetividade, os de fundamentação seriam discursos "-nobres", porque descontaminados e libertos da razão prática (que foi substituída pela razão comunicativa).

Daí a minha insistência: em face da incindibilidade entre interpretação e aplicação, em qualquer ato de nosso agir-no-mundo *estaremos aplicando*. Não há desoneração; o que há é um agir que se dá numa síntese hermenêutica, na diferença ontológica. Se a aplicação somente ocorresse no ato de "aplicação judicial", de que modo ocorreriam os demais atos do nosso agir-no-mundo? Os discursos de justificação/fundamentação – que dizem respeito, segundo Günther e Habermas, à *validade das normas* – ocorreriam *sem situações concretas*? Afinal, se eles se dão previamente, seria possível, por exemplo, falar sobre a validade do princípio da dignidade da pessoa *sem nos referirmos a uma determinada situação de aplicação*? É possível construir discursos de fundamentação com pretensões de universalidade? Não esqueçamos que o giro lingüístico só pode se dar *transcendentalmente* e não por uma simples universalização de caráter genérico.

15 Idem, ibidem.

16 Cf. Habermas, *Direito e Democracia I*, *op. cit.*, p. 284.

17 Registre-se que o modelo dos elementos supra-sensíveis, "purificados" do mundo da vida e trabalhados na fundamentação prévia de que fala Habermas, são construções (e construção sempre está ligada a uma questão do sujeito) que de modo algum podem elidir – mesmo que assim se queira – o funcionamento da razão prática no seu universo falível, *de contigências e marcado pela faticidade que desde sempre já opera em qualquer enunciado ou juízo prático.*

Portanto, quando falo da impossibilidade da cisão – ou o nome que se queira dar para essa construção teórica – entre justificação e aplicação e que *nós sempre aplicamos*, não estou me referindo à "aplicação" de que fala a teoria discursiva. Dito de outro modo, discursos de fundamentação que trata(ria)m da validade de normas nada mais são – à luz da hermenêutica – do que "discursos de aplicação".

Entender "justificação" e "aplicação" como *momentos* distintos é acreditar na existência de conceitos universais (aliás, não estaria aí o maior problema da teoria do discurso, ao entender que o juízo sobre a validade é um juízo sobre a fundamentação/justificação da norma, que é "universal" e comandado pelo princípio *U*?).

De que modo é possível separar os discursos de fundamentação dos discursos de aplicação[18] se, ao selecionar os discursos de fundamentação, já temos em mente a aplicação? Os discursos de fundamentação, por serem abstratos, são um "mundo sem fim" (que permitem múltiplas respostas). Logo, somos obrigados a selecioná-los, o que prova que a compreensão é sempre antecipada. Assim, por exemplo, não selecionamos a igualdade material entre sexos para discutir a validade de um ato judicial contra aposentados, salvo se, na aplicação, estiver presente um problema que envolva aposentados e aposentadas.

Tudo isso é importante para que não se operem equívocos acerca da hermenêutica filosófica. Aplicação (*applicatio*) é a síntese hermenêutica da compreensão; a aplicação de que fala Gadamer não é uma fase posterior da interpretação ou compreensão – questão à qual voltarei mais adiante.

Para entender isso, é necessário ter claro as noções de pré-compreensão, de *Dasein*, de círculo hermenêutico e de diferença ontológica (que Ernildo Stein denomina de "os dois teoremas fundamentais da ontologia fundamental"). Caso contrário, a hermenêutica será objetificadora e estará de retorno àquilo que ela superou: o paradigma representacional, causal-explicativo, a partir da introdução do ser-no-mundo. Nesse sentido, remeto o leitor ao meu Hermenêutica Jurídica E(m) Crise, onde, como uma introdução à presente obra, desenvolvo tais noções na devida especificidade.

18 Parece não ser bem assimilada a crítica de que Habermas faz a cisão entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação (a exemplo de Günther). Contudo, essa questão é posta pelo próprio autor, em seu *A ética da discussão e a questão da verdade* (São Paulo, Martins Fontes: 2004), quando admite que os discursos de fundamentação e de aplicação são *"passos distintos e necessários que levam a afirmações morais ou jurídicos singulares em situações de conflito"*. Parece claro, pois.

4.2. De como o princípio da adequabilidade não resolve o problema da ausência (afastamento) da conteudística na teoria discursiva-procedural: a falibilidade da "fórmula Günther" adotada pela teoria do discurso habermasiana.

Buscando resolver a questão da aplicação do direito nos casos difíceis, Klaus Günther[19] faz uma distinção entre "discursos de fundamentação" e "discursos de aplicação", tese que receberá o apoio de Habermas. Veja-se que, embora nem Günther e nem Habermas falem em casos fáceis e casos difíceis, a tese de Günther, a toda evidência, objetiva resolver os casos que ultrapassam aquilo que se convencionou denominar de *easy cases*. Significa poder dizer que também os discursos de fundamentação inserem-se nesse contexto, uma vez que, nos casos simples (fáceis), a validade (previamente fundamentada) deve ser entendida como implícita.

Entretanto, uma leitura de Habermas mostra que a interpretação/argumentação só é "necessária" quando se está em face de "falta de consenso" ou "entendimentos perturbados" (seriam, pois, os casos difíceis),[20] reduzindo, assim, a hermenêutica a um (mero) procedimento, com o que sua posição não se diferencia das (demais) teorias argumentativas. Este parece ser um ponto importante a ser discutido.

Registre-se que, na Teoria da Ação Comunicativa, Habermas conceitua hermenêutica como aquela que se preocupa com a comunicação distorcida. Isso revela que a sua visão de hermenêutica já não coincide com a gadameriana, colocando ênfase na idéia de uma hermenêutica (romântica) que devesse se preocupar em "evitar o mal entendido"...!

Essa visão "distorcida" sobre a hermenêutica talvez seja a (ou uma das) fonte(s) do conflito e o que faz com que ele se preocupe tanto com a diferen-

19 Cf. Günther, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. *Cadernos de Filosofia Alemã*. São Paulo, Humanistas, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, nº 6, p. 86, ago:2000.

20 Entendo equivocada a tese de que Habermas não faria a distinção entre *easy* e *hard cases* baseado em Dworkin, "porque o próprio Dworkin não faria tal distinção". Parece claro que Dworkin faz a distinção (e Habermas também, mesmo que negue tal perspectiva). Como já referi, é evidente que a distinção dworkiniana não possui a mesma base daquela feita por outros autores, especialmente os adeptos da teoria da argumentação. A distinção feita por Dworkin é fundamental para desenvolver a sua tese, porém, isso não significa uma cisão metafísica entre casos simples e casos difíceis, pela simples razão de que, para Dworkin, *a subsunção está descartada e interpretação e aplicação ocorrem em um só momento.*

ça, ignorando o consenso que se constrói no mundo da vida (que ele próprio admite, principalmente na Teoria da Ação Comunicativa) e que seria o pano de fundo (de certo modo não teorizado) para a ação comunicativa. Também é possível depreender essa posição a partir da discussão que Habermas faz acerca do "uso pragmático, ético e moral da razão prática".[21] Isso decorre, naturalmente, da posição procedimentalista assumida não só por Habermas, como também por Günther.

Aparentemente, Günther resgataria a razão prática não presente (substituída) na teoria discursiva habermasiana (embora, à evidência, Habermas rejeite tal crítica). Entretanto, só aparentemente Günther assume a razão prática (embora diga que dela não abre mão). De todo modo, o lugar em que Günther coloca a razão prática não o afasta tanto assim de Habermas.

Dizendo de outro modo: *colocar a razão prática no discurso de aplicação – como ele faz – não o imuniza dos efeitos do proceduralismo (de cunho epistemológico) que caracteriza as teorias discursivas (inclusive, pois, a de Habermas).* O mundo prático de que falam Heidegger e Gadamer não tem nada a ver com o princípio da adequação de que fala Günther, porque este o coloca como parte ou etapa "subseqüente" ou "conclusiva" de um "procedimento interpretativo".

Günther sustenta que uma justificação discursiva de normas válidas tem que assegurar que a observância geral de uma norma representa um interesse geral. E essa justificação vai pressupor determinadas *condições ideais de argumentação* (portanto, discursos prévios) a partir de regras de conversação, de coerência discursiva e procedimentos garantidores da participação dos envolvidos. Para a fundamentação, não se discutem e não se levam em conta as possibilidades de aplicação a situações concretas.

Portanto, Günther não discrepa *da concepção habermasiana de situação ideal de fala* e tampouco daquilo que Habermas fala em sua viravolta em *Verdade e Justificação*. A separação dos discursos e o papel a ser exercido pela situação ideal de fala (ou condição ideal de argumentação) são claros indicativos da não-superação – também por parte de Günther – do paradigma da filosofia da consciência, *na medida em que aposta na formação prévia* de discursos e procedimentos que venham a assegurar a validade numa perspectiva universal, *para uma posterior aplicação*, a partir do princípio da adequabilidade (ou teoria da adequabilidade).

21 Cf. Habermas, *Aclaraciones*, *op. cit.*, pp. 109 e segs.

Isso faz com que a tese de Günther sobre a aplicação (discursos de aplicação) incorra em uma tautologia. Com efeito, segundo ele – no que é apoiado por Habermas –,[22] no processo de aplicação se desdobra a convicção hermenêutica de que a norma adequada se concretiza à luz das características da situação, enquanto que a situação se descreve à luz das determinações prefixadas pela norma. Daí a pergunta: se o sentido da norma se dá no caso concreto, como é possível, a partir da distinção entre discursos de fundamentação e aplicação, que o caso concreto se defina à partir da norma prefixada no discurso de fundamentação? Trata-se, pois, de um raciocínio circular.[23]

Em outros termos, o "princípio da adequabilidade" *"resolveria" o problema da impossibilidade de as normas não poderem prever todas as hipóteses de aplicação*:

> "somente se o nosso saber abrangesse todas 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".[24]

Ora, vários problemas aqui se apresentam que apontam para a insuficiência da tese de Günther, endossada por Habermas. O fato das leis somente ganharem normatividade nas "situações concretas" (se assim não fosse, diz

22 Idem, ibidem.

23 Os discursos de aplicação propostos por Günther (*Teoria da argumentação do direito e na moral*, *op. cit.*, pp. 70 e segs.) são (devem ser) realizados em quatro etapas: a) a definição completa da situação concreta; b) relacionamento da situação concreta definida com todas as normas possivelmente aplicáveis; c) seleção da norma adequada à situação concreta; d) análise da coerência entre a norma selecionada e todas as demais preteridas. Esse parece ser um dos problemas centrais da tese de Günther, incorporada por Habermas (e que conduz à cisão entre discursos de aplicação e discursos de fundamentação): a formulação de um discurso de aplicação, para percorrer todas essas etapas, implica uma espécie de imparcialidade acerca da situação concreta, como se fosse possível analisar a situação concreta e depois nela acoplar os discursos de validade previamente elaborados (discursos de fundamentação). Assim proposta, a tese de Günther recai na mesma idealidade do discurso de fundamentação prévia: enquanto os discursos de fundamentação são elaborados sem a necessidade da situação concreta, de forma prévia, o discurso de aplicação também é construído sem o discurso de fundamentação, isto é, os discursos de aplicação partem de uma completa definição da situação, *para, só então, relacioná-la com o leque de normas já justificadas prima facie* (não esqueçamos que o juiz está "aliviado" de elaborar o discurso de fundamentação). Por isso, por mais que se negue, essa "formulação" em etapas, como que exigindo uma "imparcialidade" na análise da situação concreta – que subsistiria "como" situação concreta (cisão de questão de fato e questão de direito) – *pode ser um forte indicativo da não superação do paradigma da filosofia da consciência.*

24 Cf. Günther, *Teoria da Argumentação*, *op. cit.*, p. 65.

Günther, teríamos uma "norma perfeita") *não decorre da impossibilidade de as leis não abarcarem todas as situações.* Explicando melhor: segundo as teses dos dois jusfilósofos alemães, *o juízo sobre a validade é juízo sobre a fundamentação da norma, que é universal e comandado pelo princípio U.* Entretanto, esse juízo sobre a fundamentação jamais coincidirá com o juízo sobre a adequação (*Angemessenheit*), *não* em face da impossibilidade de uma norma abarcar todas as hipóteses de aplicação, como quer Günther, mas, sim, porque *o juízo sobre a validade da norma sempre é um juízo antecipador, que se sabe limitado historicamente.* Afinal, porque estamos limitados pela história efetual é que não possuímos o juízo completo sobre a norma, e não por causa da impossibilidade de uma norma "abarcar todas as suas hipóteses de aplicação", como sustenta, equivocadamente, Günther.

Desse modo, se fatiássemos todos os casos de aplicação de uma norma, se tivéssemos todos os casos de aplicação sempre presentes de maneira igual, seria totalmente desnecessário distinguir validade de adequação. Mas, na medida em que isso é impossível, a pergunta que se coloca é: *como é possível tirar conclusões de uma impossibilidade?* Afinal, o próprio Günther reconhece que nunca disporíamos de tal saber (que abarcasse todas as hipóteses de aplicação) e, conseqüentemente, nunca consegui(re)mos coincidir os juízos sobre a validade da norma com o juízo sobre a adequação!

Dizendo de outro modo: 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 Habermas, Günther e nem 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 pode acontecer?[25]

25 Alexy recupera um exemplo utilizado por Günther para criticar a distinção que este faz entre discursos de justificação e de aplicação. "A" promete ir ao aniversário de Smith, mas ao mesmo tempo seu amigo Jones precisa de ajuda (esta é a situação S). Duas normas são aplicáveis: N1 promessas devem ser cumpridas, N2 amigos em necessidade devem ser ajudados. Se aplicarmos essas normas a S, chega-se a duas normas singulares ou individuais que podem ser aplicadas ao mesmo tempo à situação S. A situação pode ter duas soluções: I – "A" tem obrigação de ir a festa de Smith; II – "A" tem a obrigação de ajudar Jones. II tem uma estrutura mais complexa que I. O presente caso é um problema de colisão e não de subsunção. As considerações levam a duas conclusões, segundo Alexy: (1) aplicação de normas também pode ser considerada uma justificação de normas

Penso, portanto, que a "fórmula Günther" deve ser invertida: *não é porque não abrangemos todos os casos de aplicação de uma norma que se torna*

(2) o problema no presente caso não esta na aplicação de N1 e N2, mas, sim, na relação da aplicação de ambas, pois vistas individualmente não há problemas. Trata-se de um "problema de colisão". A questão é saber qual a conseqüência desse problema de colisão para a distinção entre discursos de justificação e aplicação. Três modelos podem solucionar esse problema: (1) a colisão permanece não resolvida, chamado "modelo trágico"; (2) ambas as obrigações perdem a validade, é o modelo oposto ao trágico; (3) apenas uma das obrigações permanece válida, que vem a ser o modelo correto para Alexy. Neste caso o autor acredita que não é preciso grande fundamentacão (sic) para dizer que a obrigação correta é ajudar o amigo em necessidade! A decisão apenas acrescenta uma norma individual (OR2a). Aquele que adotar essa construção pode facilmente distinguir entre discursos de justificação e aplicação. O objeto dos discursos de justificação são normas simples, como N1 e N2, que não fazem referência uma a outra e são isoladamente normas *prima facie*. Normas universais não podem ser objeto de discursos de aplicação simplesmente porque nesta construção não há normas universais a serem aplicadas além de N1 e N2. Esta construção é vantajosa para quem busca uma distinção rígida entre discursos de justificação e aplicação, mas é desvantajosa em termos de racionalidade prática, acentua Alexy. Nesta construção, a relação entre o nível das normas *prima facie* e o nível das decisões definitivas tem uma característica *ad hoc*. A exigência moral fundamental de tratamento igualitário fica esvaziada porque no universo normativo escassamente ocupado por esta construção não fica nada que garanta um tratamento igualitário, conclui em seu Justification and Application of Norms (*Ratio Juris*, vol. 6, nº 2, jul. 1993, pp. 157-170).
Penso que o problema não está na distinção (estrutural ou não) entre discursos de justificação/fundamentação e discursos de aplicação. Em ambas as posições (Günther e Alexy), a solução apresentada implica uma cisão entre compreender e aplicar, ou, ainda, uma resposta ao caso e a busca posterior da fundamentação (p.ex, com a construção de uma norma que diga que promessas devem ser cumpridas, exceto quando um amigo estiver em necessidade). Se o discurso de aplicação pode ser visto distinta ou isoladamente não parece relevante. O que importa é que, primeiro, é inadequado afirmar que se estaria em face de colisão de princípios ou normas (promessas devem ser cumpridas *versus* amigos devem ser ajudados); segundo, estas normas não se sustentam em si e por si, porque não abarcam as diversas hipóteses de aplicação (o grau de amizade, o sentido de "amigo", o grau de assistência requerido pelo amigo, a importância da festa – aniversário – que Smith ofereceu, qual o sentido da obrigação de cumprir promessas e o que são promessas, e assim por diante); terceiro, as singularidades que conformam a resposta estão dadas a partir da pré-compreensão de "A"; essa pré-compreensão é condição de possibilidade da resposta que "A" dará ao problema, isto é, a decisão que tomará: *ajudar ao amigo ou ir à festa*; quarto, não é possível, a partir do paradigma da intersubjetividade, isolar nem a situação concreta, sobre a qual serão construídos discursos de aplicação, nem discursos de justificação prévia, independizados das particularidades da situação concreta; sexto e último, pensar que é o discurso de aplicação que, isoladamente, responderá a questão, é tão equivocado quanto pensar que tudo se resume ao discurso de justificação (validade) ou que, na medida em que se está diante de uma "colisão" de normas (ou princípios), apenas uma permanece válida. Hermeneuticamente, não haverá essa colisão, uma vez que a reconstrução integrativa, o modo prático de ser no mundo e a consciência dos efeitos da história é que apontarão para a resposta, que pode até ser – dependendo do caso concreto – a mesma que a da teoria da argumentação (mas também pode dar azo – e isso deveria ser desnecessário referir – à outra resposta, sem que se altere a "validade" de qualquer das duas normas). Se é possível que os discursos de justificação já contenham os discursos de aplicação, então estar-se-á admitindo a existência de uma espécie de significante (primordial-fundante) que contenha as próprias situações concretas (passadas, presentes e futuras). Ora, é impossível dimensionar, de antemão, o sentido, *v.g.*, de "promessas" e o "dever destas serem cumpridas". Essa pre-

impossível fazer coincidir juízos de validade com os juízos de adequação, mas, sim, o fato de nunca podermos fazer coincidir os juízos sobre a validade com os juízos de adequação é que nos impede de abranger todos os casos de aplicação. Günther contenta-se com o menos, isto é, porque não conseguimos abranger todos os casos de aplicação, então não consegui(re)mos fazer coincidir validade e adequação.

tensão é metafísica. Parece que Alexy procura construir uma espécie de "silogismo prático", isto é, no universal já estaria contido o conhecimento do particular e, neste, o conhecimento do universal (discursos de justificação/validade). Penso que, ainda assim, o resultado, na tese de Alexy, surgirá a partir de um "raciocínio dedutivo", que, de forma inexorável, por sua pretensão de universalidade, obscurecerá/impedirá o aparecer da singularidade. O conceito (enunciado de caráter assertório predicativo) esconde "a coisa", na sua singularidade. As coisas não possuem uma essência. O fundamento, no plano da hermenêutica, não pode ser uma pauta geral, uma frase ou uma categoria (universal). Por isso não é possível "colocar" os discursos de aplicação no interior dos discursos de fundamentação/justificação (validade do direito). A metafísica está exatamente nesse ponto, porque identifica a máxima universalidade com um objeto maximamente universal. No exemplo citado, não falaremos do sentido de "promessas" em abstrato" ou "obrigações para com os amigos", sem que saibamos as particularidades (e isso só existe a partir de nossa pré-compreensão). O ser não pode ser entificado. Os "conceitos" não estão à disposição do sujeito. Não há o universal; tampouco o empírico. O sentido não *ex-surge* de processos dedutivos ou subsuntivos. Daí a advertência de Tugendhat, para quem "por mais abstração que façamos do objeto, ainda estamos em contato com ele no espaço e no tempo e não com o significado". A "universalidade só é na sua "singularidade" e esta só é na " universalidade". O sentido do "particular", da "coisa mesma" ocorre nesta síntese hermenêutica, que se dá na diferença ontológica. E a coisa mesma nada mais é do que a questão do ser no horizonte da diferença ontológica. Como bem assinala Heidegger, "o ente somente pode ser descoberto, seja pelo caminho da percepção ou seja por qualquer outro caminho de acesso, quando o ser do ente já está revelado". Por isto, a compreensão é um existencial. A pergunta pelo modo de compreender sempre chega tarde. Assim, o problema fulcral na tese de Alexy é que ele "resolve" a concorrência de normas, em princípio aplicáveis, sempre no terreno da validade, ou seja, ou pela exclusão de ambas, ou pela exclusão de uma delas, ou pela redução do âmbito de validade de uma delas em favor da outra. Mesmo a ponderação por ele proposta resulta uma regra que estabelece a proporção em que as normas colidentes irão concomitantemente ser aplicadas ao caso, com base numa relação de prioridade ou, se se quiser, de pré-compreensões, elas mesmas, não discutidas, acerca do "valor" dos "bens" supostamente concorrentes, tendo-se em vista a realização ótima de ambos. Ou seja, ao invés de os elementos do caso serem tratados como constitutivos da construção de uma decisão correta, as chamadas "condições fáticas" (sic) em face das quais, segundo Alexy, deve-se estabelecer o grau de realização das normas concorrentes (subprincípios de adequação e de necessidade), são assim compreendidos como limitadores do próprio cumprimento do dever. A "realidade" é assim tratada como um limite ao cumprimento das "normas".

De todo modo, cabe uma advertência: *Alexy e Günther estão tratando desse exemplo do ponto de vista moral, não jurídico*, embora ambos pensem que esse exemplo possa também ilustrar, em suas linhas gerais, o processo de aplicação jurídica. Com uma vantagem para Günther: a aplicação do Direito, segundo ele, pressupõe paradigmas jurídicos, que funcionam como redutores de complexidade, posto que representam um horizonte de sentido que orientam internamente a prática jurídica e, em última análise, garantem a plausibilidade de um sistema idealmente coerente de normas. Esse exemplo, embora simples, não serve para o direito, mas para a moral.

Assim, Günther faz depender "validade e adequação" de uma *impossibilidade objetiva de somar todos os elementos de adequação em um único saber, que é o projeto de todo pensamento lógico-dedutivo, isto é, ter o esquema pronto sobre o qual se subsumem todos os elementos da aplicação constantemente.* Se isso fosse conseguido, poderia ser suprimida a diferença entre a validade e a adequação da norma, desde que houvesse essa coincidência objetiva da aplicação. Aliás, para corroborar, vale lembrar que é o próprio Günther[26] quem diz que sua teoria a argumentação pretende completar a Teoria da Justificação Dedutiva (lógica).

Daí a necessária objeção à referida tese, uma vez que, primeiro, já funcionando de alguma maneira, *movemo-nos numa impossibilidade de fazer coincidir validade e adequação*; segundo, já nos movimentamos em uma situação desse tipo e é por isso que, objetivamente, não conseguimos atingir um saber que abranja todos os modos de aplicação de normas de uma vez; terceiro, a validade não se sustenta por si, em face da historicidade. Ela não permanece no tempo. No "momento" da aplicação, o horizonte da norma previamente justificada/fundamentada já se dissolveu.

A não-coincidência entre a validade e a adequação ocorre nesse processo de dissolução de horizontes em que cada horizonte abre um espaço de aplicação; o horizonte vai se dissolvendo e, por isso, é possível ter vários casos de aplicação, que são resolvidos porque chegamos a eles por essa coincidência entre validade e aplicação naquele dado horizonte; mas o próximo caso impõe uma outra aproximação entre validade e adequação, e, portanto, mais um saber sobre a aplicação da norma. Assim, *o saber sobre a aplicação da norma sempre é conseqüência da impossibilidade da coincidência, e não, como diz Günther, que a impossibilidade da coincidência entre validade e adequação é conseqüência de não sabermos a aplicação para todas as normas.*

O fato de estarmos para sempre em uma espécie de horizonte de sentido que vai se dissolvendo na medida em que aproximamos validade e adequação faz com que possamos ter um saber da aplicação da norma, e, portanto, isso *nos impõe a necessidade de reconhecer que nunca teremos a coincidência do saber que abranja a todos os casos de aplicação.*

Fazer coincidir validade e faticidade faria com que pudéssemos eliminar a idéia de historicidade, porque faríamos coincidir o elemento da validade da norma, que está submetido à *Wirkungsgeschichtliches Bewußtsein*. O juízo de adequação é um juízo singular, que se dá discursivamente, enquanto o juízo

26 Cf. Günther, Klaus. *The sense of appropriateness*. New York: State University of New York, 1993.

de validade se dá num todo pré-compreensivo, antecipador. Por essa razão é que a cisão é incompatível com uma compreensão que se pretenda inserida no modo prático de ser no mundo.

Portanto, o princípio da adequabilidade não resolve o problema da ausência (afastamento) da conteudística na teoria discursiva-procedural. Não esqueçamos que, de acordo com Habermas e Günther, *o discurso de aplicação não trata da validade da norma*, assim como o discurso de fundamentação – exatamente porque é dado previamente – *não é dependente situacional* das colisões normativas. É por essas razões que o afastamento do mundo prático não consegue ser suprimido pelos assim denominados discursos de aplicação, que se dariam a partir da adequabilidade entre validade e caso concreto.

É preciso ter claro que a *introdução do mundo prático* (da faticidade) produz consequências: é impossível, ao mesmo tempo, pretender trabalhar com verdades procedimentais (não-conteudísticas) e verdades em que o modo prático de ser no mundo é o *locus* do acontecer do sentido. São opções que não se dão ao acaso; são posições que obedecem a inserção em um determinado paradigma.

Numa palavra final: não há como negar que Günther e Habermas fazem uma distinção estrutural entre discursos de fundamentação/justificação e os discursos de aplicação. *Begründung* (d'onde a palavra *Begründungsdiskurs*) vem de *begründen*, que significa "dar as suas razões", "motivar", "fundamentar". Dá-se as razões acerca de algo (parece impossível "dar razões" sobre absolutamente nada). Tais "razões" existem para serem "empregadas", isto é "aplicadas" (*Anwendung* que dizer "empregar algo", "aplicar", d'onde a palavra *Anwendungsdiskurs*). Aplicação vem, então, de "emprego", o que significa dizer que "emprega-se o que já está feito". Veja-se, assim, o paradoxo: se não podemos eliminar a pré-compreensão (*Vorverständnis*), como é possível "empregar/aplicar" as "razões/motivações" que foram feitas antes da motivação do próprio ato de aplicar? Como é possível estabelecer fundamentações sem que se tenha ainda aquilo que é a condição de possibilidade dessa fundamentação? É possível gerar matéria a partir da forma? Arrazoa-se (dá-se as razões) sobre o quê? Não é a aplicação (o emprego de algo) que deveria gerar a respectiva motivação (arrazoar)? Por isso, os dois "discursos" propalados por Günther e Habermas constituem uma contradição, porque um tem a função de empregar/aplicar as razões que já estão dadas antecipadamente pelo outro. E isso constitui um dualismo, que elimina o círculo hermenêutico, que se sustenta exatamente na pré-compreensão (antecipação de sentido que se sustenta na tríade *Vorhabe*, *Vorsicht*, *Vorgriff*).

Capítulo 5

A (dupla) estrutura da linguagem, a ausência de "grau zero" na compreensão e o problema dos discursos previamente funda(menta)dos.

5.1. De como o plano hermenêutico precede o apofântico: o problema da substituição da compreensão pela racionalidade procedimental-argumentativa.

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*,[1] 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 (sic) devem se cruzar com todos os elementos das circunstâncias fáticas (sic) do caso...!*

Ora, ao que parece, ninguém tem dúvida de que todas as possibilidades semânticas do texto devem se cruzar com todos os elementos das circunstâncias fáticas do caso. O problema é que, na teoria do discurso, *as possibilidades semânticas já vêm dadas a partir do discurso fundamentador prévio.*

Isto é, a validade dessas "possibilidades semânticas", por ser *prévia*, foi obtida a partir de uma racionalidade discursiva que se dá em situações ideais (ou quase-ideais), que "dispensa" as tais "circunstâncias fáticas".

O "cruzamento" com todos os elementos das circunstâncias do caso somente se dará, no plano da teoria do discurso, depois do amoldamento das "possibilidades semânticas", como se fosse possível a existência de dois mundos

1 Cf. Souza Cruz, *Habermas e o Direito*, *op. cit.*, pp. 180 e segs.

distintos, isto é, como se fato e norma pudessem compor realidades distintas, repristinando-se, assim, a velha dicotomia "questão de fato-questão de direito".

Aqui reside, pois, a diferença entre a fenomenologia hermenêutica (hermenêutica da faticidade, de caráter não-procedimental) e a teoria discursiva de cariz habermasiano. E a diferença é nítida. Enquanto na teoria discursiva há uma autonomização/cisão/separação entre discurso de fundamentação (*Begründungsdiskurs*) e discurso de aplicação (*Anwendungsdiskurs*) – embora os adeptos da teoria habermasiana neguem tal cisão –, na hermenêutica *interpretar é aplicar, ou seja, entre fato e direito, entre ser e ente, há apenas uma diferença, que é ontológica* (essa diferença introduz o mundo prático na filosofia). Daí o giro lingüístico-ontológico. Trata-se, pois, de uma ruptura paradigmática: da representação/fundamentação para a compreensão; da epistemologia[2] para a ontologia.

Penso que esse equívoco também é cometido por Günther, em cuja teoria da argumentação os discursos de aplicação se referem à adequabilidade de normas válidas a um caso concreto, nos termos do princípio da adequabilidade. Com efeito, embora Günther,[3] ao contrário de Alexy, diga que a colisão de normas não pode ser reconstruída como um conflito de pretensões de validade (que são discursos de fundamentação/justificação), porque as normas em colisão ou com variantes semânticas concorrentes somente adentram uma relação reciprocamente determinante entre si em uma situação concreta, entendo que, mesmo assim, ao separar/cindir discursos de fundamentação de aplicação, *está cindindo interpretação de aplicação*. É como se o caso concreto existisse sem um sentido, que viria a ser acoplado por uma norma válida (construída previamente).

No fundo, *a adequabilidade nada mais faz do que pretender acoplar universalizações a "coisas particulares"*. É como se um ente (o "fato concreto") pudesse existir sem o ser (sentido). Ora, sentidos não estão à disposição do intérprete. Não pode haver cisão entre compreensão e aplicação. O ser não pode ser visto. O ser não é um ente. Daí a importância da diferença ontológica entre ser e ente e a diferença ontológica entre texto (que não é apenas um enunciado lingüístico) e norma, que vem a ser o texto em forma de enunciados, isto é, *aquilo que se diz sobre ele*), tese que trago para o âmbito da teoria

2 A epistemologia que a ontologia (hermenêutica) supera é a epistemologia construtiva de sentido, sem ser-no-mundo, e não a epistemologia "analítico-existencial" e reflexiva.

3 Cf. Günther, *Teoria da Argumentação*, *op. cit.*

do direito, procurando superar os problemas relacionados à interpretação nesta etapa de inexorável crescimento do papel da jurisdição.

É preciso ter claro que o discurso de aplicação de que falam Günther e Habermas, entendido como argumento de adequabilidade, *decorre da cisão (metafísica) entre o apofântico e o hermenêutico, ignorando a dupla estrutura da linguagem*, como explicarei mais adiante. De qualquer modo, é sabido – porque inegável – que o texto (e texto é um evento[4]) apresenta-se sempre como elemento ôntico; mas também é inegável que já sempre mergulha em uma dimensão ontológica, em uma dimensão de caráter fundante, de ordem hermenêutica, da pré-compreensão. E isso não pode ser ignorado.

Novamente, aqui, a distância entre teoria do discurso e hermenêutica: não há grau zero na compreensão;[5] e não há como estabelecer condições ideais de fala para alcançar um resultado, a partir de uma "imparcialidade" proporcionada por um princípio *D*, como quer Habermas. O procedimento implica um puro espaço lógico, uma troca de argumentos. *Só que cada um já sempre vem de um lugar de compreensão, que é a pré-compreensão.* Na formulação do juízo de validade (fundamentação-justificação) já está presente a dimensão estruturante, transcendental, que se assenta no mundo prático (que é a "situação concreta" de que falam os juristas). E isso é instransponível.

A validade em Habermas está relacionada à concordância (consenso). Não há *ser no mundo*, por mais que se queira vê-lo em sua teoria. Os discursos de fundamentação prévios empurram a teoria habermasiana em direção da analítica. E só poderia ser assim, uma vez que esse discurso é formado desconsiderando as situações concretas (mundo prático), isto é, não adianta, em um pri-

4 Embora Günther não fale em texto, mas sim em normas, ele reconhece – acertadamente – que cada norma (que, neste caso, deve ser lida como texto) contenha já, por seu simples conteúdo semântico, uma referência a situações ou, mais precisamente, ostente sinais de descrição de uma situação, circunstância que possibilita uma aproximação com a tese aqui defendida de que o texto é um evento, de que o texto não é apenas um enunciado lingüístico. Com efeito, tenho claro que o texto é a condição de possibilidade de as coisas serem significadas. Coisas – entendidas como coisas – só existem – para nós – a partir de sua enunciação em textos, que, por sua vez, só existem em seu sentido, fenômeno que não ocorre por etapas ou separadamente. O texto já surge como norma (sentido).

5 Ver, para tanto, Luiz Rohden (Hermenêutica e Linguagem. In: *Hermenêutica Filosófica nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Custódio Almeida, Hans-Georg Flickinger e Luiz Rohden – org. Porto Alegre, Edipucrs, 2000, pp. 151 e segs.), ao dissertar sobre a assertiva gadameriana de que "não há a primeira palavra". Por isto, penso que a construção de "condições ideais de fala" implica uma espécie de anulação dos efeitos da linguagem sobre o intérprete e sobre a sociedade. Como bem diz Rohden, "a linguagem, como a história, possuem um 'peso', uma força que nos conduz ou arrasta".

meiro momento, construir fundamentações a partir de condições quase-ideais, em que o caso concreto não tem importância, para, depois, tentar buscar de volta a situação concreta através da adequabilidade (contrafaticamente, pois).

Isso é assim porque, com a idéia do procedimento, Habermas quer eliminar toda a idéia de pré-conceito, de pré-compreensão; esquece, entretanto, que sempre já chegamos ao procedimento com elementos anteriores ao procedimento, que são ineliminâveis, que é o nosso modo de compreender (prático). Não é possível, desse modo, concordar com a tese de que a verdade é puramente consensual ou resultante de uma *praxis* argumentativa (não desconheço o que Habermas acrescentou em *Verdade e Justificação*, conforme explicito no decorrer do presente livro).

Ora, se a verdade é consenso, ela não é verdade. É, pois, apenas uma herança convencionalista ou nominalista/funcionalista. Por tais razões, não há espaço para a ética do discurso. Ela só ingressa posteriormente, com um *standard* de racionalidade de segundo nível, para ornamentar o discurso.

Talvez isso justifique as diversas críticas feitas por juristas que advogam as teses procedimentais (especialmente os de filiação habermasiana) a decisões do Supremo Tribunal nos moldes da que anulou lei estadual que concedia gratificação de férias a aposentados.[6] Tratava-se, no caso, antes de qualquer coisa, de uma "lei com desvio moral", circunstância somente detectável na dimensão de ser no mundo, em que a ética discursiva se coloca na pré-compreensão (como em Gadamer, por exemplo),[7] e não *ex post*.

6 ADin 1158-8-AM.

7 É equivocado pensar, portanto, que a hermenêutica filosófica não desenvolve "nenhuma ética substancial, abstendo-se de tentar demarcar qualquer parâmetro material", como sustenta, por exemplo, Silva Filho (*Hermenêutica Filosófica e Direito, op. cit.*, p. 261). Na hermenêutica, a ética não "atua" como um discursivo adjudicativo, de fora, como uma espécie de "teoria da argumentação ética do direito", que se daria – e somente consigo compreender essa problemática desse modo – se fosse possível deslocar a "dimensão ética da hermenêutica" para o plano da validade do discurso jurídico (como o faz Alexy com os discusos de justificação). Na hermenêutica a dimensão ética coloca-se na pré-compreensão, forjada no modo prático de ser no mundo. Esse é o diferencial da ontologia fundamental em relação à qualquer teorização de cunho epistemológico. Para além do *linguistic turn* que proporcionou a superação do esquema sujeito-objeto, na hermenêutica (fenomenologia hermenêutica) há que se levar em conta um verdadeiro giro ontológico, pelo qual foi introduzido o mundo prático através da diferença ontológica. A preocupação com "parâmetros materiais" para uma "aferição" dessa dimensão ética permanece no plano apofântico, como um *standard* de racionalidade de segundo nível. Não fosse assim a hermenêutica não seria antirrelativista (e antimetodológica). De todo modo, no plano da recepção da hermenêutica filosófica pela hermenêutica jurídica, essa discussão tem um trânsito mais tranquilo quando tratado em sistemas jurídicos com Constituições compromissórias e democráticas, cujos textos, produzidos democraticamente, institucionalizam o "ideal de vida boa" dos indivíduos e da sociedade. É na compreensão desses sentidos que se dará o embate hermenêutico.

Talvez se devesse entender, aqui, a relação entre faticidade e validade como "faticidade contra a validade", porque ao se afastar da razão prática e hipostasiar o discurso pelo qual procedimentalmente será alcançada a verdade (ou a resposta para o problema, isto é, para Habermas, a única resposta certa), cinde-se *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".

Entra aqui, pois, a importância da noção de diferença ontológica proposta por Heidegger. Como já referi em outras oportunidades, a teoria discursiva habermasiana – assim como, *de outra maneira*, as teorias da argumentação – pecam pelo esquecimento da diferença ontológica. Afinal, é nela que reside a "conteudística" afastada pela característica procedural – de um modo ou de outro – assumida por tais teorias, ou seja, *v.g.*, ao invés do ser-no-mundo, Habermas coloca *um idealizado mundo vivido*.

Esse ontológico esquecido na teoria discursiva habermasiana é o que faz a diferença e é o que *denuncia a não superação do paradigma da subjetividade* (filosofia da consciência), por mais que essa afirmação possa causar contrariedade nos adeptos da teoria do discurso habermasiana, problemática já explicitada retro (insista-se: *essa crítica a Habermas não quer dizer que sua teoria é refém da filosofia da consciência*). Para corroborar a afirmativa, lembremos, novamente, a frase de Apel, que tantas polêmicas tem gerado: "*Habermas sofreu, contrariamente a sua intenção, uma recaída no modo de pensar dogmático-metafísico, no sentido pré-transcedental-pragmático.*" Esse ontológico deixado de lado pela teoria discursiva – que obviamente não é o ontológico clássico – é a condição de possibilidade do sentido da dimensão do empírico (ôntico). É impossível negar essa circunstância, por mais que isso cause certo desconforto.

Dessa maneira, é possível afirmar que as diversas teorias discursivas/argumentativas contentam-se com *standards* de racionalidade analíticos, porque ficam restritos àquilo que, em linguagem hermenêutica, denomina-se "como apofântico", manifestativo-argumentativo-lógico. O "como" de primeiro nível é o "como hermenêutico" (o algo *como* algo – *etwas als etwas*), que não é resultado de operações de explicitação lógica ou argumentativa, porque já vem sempre pressuposto como condição de possibilidade: "é assim que esse *como hermenêutico* liga o *stardard* de racionalidade com função transcendental não clássica, organizadora, estruturante, com a questão do ser compreendido na

diferença ontológica".[8] Disso resulta que não há mundo prático em discursos de fundamentação/justificação (que são prévios) cuja finalidade é servir de contrafação. A sua condição *prima facie* afasta a conteudística (ou não seriam prévios, pois não?).

Ou seja, para rebater a assertiva de que não há mundo prático (no sentido do modo-de-ser-no-mundo hermenêutico) nos discursos de fundamentação (que são sempre elaborados previamente), não basta dizer que os discursos de fundamentação sempre conteriam o mundo prático ao qual se destinam. Ora, parece evidente que qualquer discurso sempre dirá respeito a algo do mundo. Mas não é disso que estou falando quando critico a ausência do mundo prático na teoria do discurso habermasiana.

O problema está, pois, na tentativa de universalização desse discurso previamente feito (que, lembremos, prescinde de contextualização, segundo as próprias palavras de Habermas e Günther); o problema está na "extensão" do sentido prévio (discurso de validade *prima facie*) às diversas situações concretas, como se o sentido dos casos concretos (que são únicos, irrepetíveis) pudesse ser "deduzido" dessa universalização. Não há maiores diferenças, assim, com a contraposição de universais (categorias) aos particulares (empírico).

Veja-se, nesse sentido, os problemas das teorias discursivas-procedurais, em que a fundamentação das regras do discurso é confundida com o processo de compreensão, questões impossíveis de não serem percebidas em autores como Habermas e Alexy, embora mais facilmente constatável na tese de Alexy, retirada de Habermas, de que um enunciado normativo é correto apenas se pode ser o resultado de um procedimento *P*, ou de que uma norma *N* é adequada se, e somente se, puder ser o resultado do procedimento *P*.[9] Como lidar com essas evidências?

Aqui não se pode perder de vista que, para Alexy, a teoria do discurso, enquanto modelo de teoria da argumentação,[10] é caracterizada pela possibilidade de as convicções, assim como os interesses dos indivíduos, modificarem-

8 Cf. Stein, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia. Limites de um paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004, pp. 152 e segs.

9 Ver, para tanto, Alexy, Robert. La Idea de uma teoria procesal de la argumentación jurídica. In: Valdes, Garzón E. Org. *Derecho y Filosofia*. Barcelona-Caracas: Alfa, p. 45; Problemas da teoria do discurso. In: *Revista do Direito Brasileiro*. Brasília, UNB, 1996, nº 1, pp. 244 e segs; *Teoría de la Argumentación Jurídica. Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica*. Madrid: CEC, 1997.

10 A crítica mais detalhada e incisiva à teoria da argumentação de Alexy é feita, no Brasil, pela Escola Mineira (de vertente habermasiana), da qual fazem parte, entre outros, Álvaro Souza Cruz (mormente pelo seu *Jurisdição Constitucional Democrática*, pp. 163 e segs.) e Marcelo Cattoni (em especial, seu *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*).

se por causa de argumentos apresentados ao longo do procedimento. Aliás, Alexy divide os problemas da teoria do discurso em três grupos: os do primeiro dizem respeito ao *status* da teoria do discurso enquanto teoria da verdade; os do segundo dizem respeito à sua aplicabilidade; e os do terceiro dizem respeito à fundamentação da teoria do discurso. Ao conferir maior relevância aos dois primeiros grupos, isto é, ao problema do *status* e ao problema da aplicabilidade, Alexy substitui o *standard I* (compreensão) pela racionalidade procedimental-argumentativa, de índole axiomático-dedutiva. Ora, a teoria do discurso, como é compreendida por Alexy, trata exatamente do terceiro grupo, voltado ao problema que ele chama de fundamentação, mas que diz respeito exatamente à justificação dos princípios e regras do discurso. Neste ponto, deve-se dar razão a Ota Weinberger quando, ao se contrapor a Alexy e a Habermas, diz que o procedimento discursivo não pode constituir o critério da verdade ou correção dos enunciados, embora não se possa concordar com a justificação de sua crítica, quando fala de uma "verdade objetiva", sustentada em uma racionalidade fundada em "boas razões".[11]

De todo modo, é possível atrair para Alexy a crítica dirigida à teoria da ação comunicativa de Habermas, na medida em que as condições transcendentais do discurso, bem como a situação ideal de fala são, de certo modo, reproduzidas na teoria do discurso prático geral de Alexy. Ao dizer que, no discurso prático geral, "todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita"; que "quem afirma algo, não só quer expressar que acredita em algo, mas também que pretende que o que ele diz é fundamentável, que é verdadeiro, que é correto" e que "diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados", está Alexy a reproduzir pretensões de validade da teoria discursiva habermasiana. Os atos de fala também são reproduzidos quando as "exigências de igualdade de direitos", "universalidade" e "não-correção" correspondem, conforme o próprio Alexy declara, às condições ideais de fala elaboradas por Habermas.[12]

Portanto, estão presentes na teoria discursiva de Alexy o transcendentalismo habermasiano que gerou tantas críticas à teoria da ação comunicativa, em especial a carga utópica decorrente da impossibilidade de verificação fáti-

11 Cf. Weiberger, Ota. *Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation*. Berlin: Dunker-Humboldt, 1983, p. 205; e, também, Atienza, Manuel. *As razões do direito. Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, pp. 270 e segs.

12 Cf. Alexy, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. De Zilda Hutchinson S. Silva; revisão de Cláudia Toledo. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2005, pp. 191 e segs.

ca da pretensões de validade e da situação ideal de fala, conseqüentemente, da própria aptidão do discurso em produzir consenso e em imunizar o discurso de influências estratégicas.

Igualmente a Habermas, a teoria alexyana está pautada em uma visão de linguagem que, embora se dê como um *medium*, ignora a dupla estrutura da linguagem, ou seja, a existência de um plano hermenêutico – estruturante – que se antecipa, porque é condição de possibilidade, ao plano apofântico.

Isso faz com que a teoria da verdade corretiva de Alexy – embora pautada por uma moral corretiva e não co-originária – se dê, exclusivamente, no plano apofântico e, por isso, seja uma verdade artificial. Essa visão de linguagem restrita à dimensão apofântica pode ser verificada quando ele afirma que o "objeto imediato do discurso prático são as proposições normativas singulares". Contrariamente a isso, para a hermenêutica, a verdade "não cabe no *logos*" (Heidegger), uma vez que a dimensão apofântica da linguagem não consegue traduzir a dimensão hermenêutica ignorando, em sua síntese, a "dobra da linguagem". A visão pragmática da linguagem apofântica seria, em tese, uma tentativa de superar essa debilidade, razão pela qual Habermas insiste no modelo contra-fático.

Alexy, no entanto, ainda que sustente uma teoria pragmática, não dá relevo à dimensão do contexto e coloca alguns óbices a determinadas adequações pragmáticas da linguagem, a exemplo do ônus argumentativo de quem ataca uma proposição que não é objeto de discussão[13] e do peso de argumentos decidido *prima facie*. Assim, para a hermenêutica, a dupla estrutura da linguagem não é corretamente enfrentada a partir de uma pragmática contextual, mas sim de uma fenomenologia hermenêutica, que é transcendental.

No plano da hermenêutica filosófica, Alexy também atrai a crítica decorrente da cisão dos fenômenos da aplicação e da fundamentação. Neste caso, tal cisão é facilmente percebida na teoria da argumentação jurídica – que, para Alexy, é um caso especial de uma argumentação prática – quando ele se reporta à existência de interpretações *prima facie, que dispensam as situações concretas*, trabalhando com situações (normas) hipotéticas. Além disso, Alexy faz a distinção entre descoberta e justificação, questão que é reforçada pela cisão interna da aplicação, *crítica que não poderia ser dirigida a Habermas*. Para Alexy, a aplicação se dá em processos de justificação interna e externa (admitindo a subsunção para casos simples e, para casos difíceis, o recurso às "premissas não extraídas diretamente do direito positivo", constantemente presentes no processo de aplicação. Essa distinção introduz o problema do papel a ser dado à moral (premissas externas ao direito positivo), bem longe da tese defendida por Habermas (co-originariedade entre moral e direito).

13 Idem, ibidem, p. 198.

Numa palavra, se já é difícil, para não dizer impossível, fazer teoria do conhecimento sem ser-no-mundo, muito mais difícil ainda é superar o paradigma epistemológico-representacional sem o recurso ao mundo prático (faticidade) e sem a superação dos dualismos metafísicos. E há fortes indicadores de que a teoria do discurso, assim como a teoria da argumentação de Alexy, não superaram os elementos que caracterizam esses dualismos, questão que exsurge do próprio modo de alcançar a verdade (sem considerar, aqui, a problemática "situação ideal de fala" presente em Habermas).

5.2. Na busca de argumentos contrafáticos, o que fazer com a pré-compreensão? A viravolta habermasiana (Verdade e Justificação) e a não superação da epistemologia.

A pergunta que (sempre) fica é: na busca da construção das condições ideais da fala (*prima facie*), *o que fazer com a pré-compreensão* (que, na hermenêutica, é condição de possibilidade)? É possível suspendê-la a ponto de poder ingressar na discussão sem aquilo que é condição de possibilidade da própria discussão? Essa pergunta não encontra resposta na teoria discursivo-procedimental.

E não se diga que uma crítica à situação ideal de fala (comunicação) perde ou vem perdendo importância na teoria habermasiana. Passado o tempo, ela continua como uma forma de comunicação privilegiada. É, pois, o "parâmetro" para a aferição contrafática. Claro que 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". O problema parece ser o modo e as condições pelas quais se constitui esse "lugar privilegiado".

Habermas vai dizer – e não se pode deixar de referir – que, com o passar do tempo, *abandonou o modo procedural* de alcançar a verdade que ele defendeu inicialmente. Com efeito, na sua teoria do agir comunicativo, dizia que "cada teoria da argumentação terá a tarefa de apontar características gerais dos argumentos concludentes, o que dependerá da capacidade de consenso". Ora, essas características gerais deixam de lado a presença do *algo como algo* no discurso, isto é, trata-se de uma objetificação metafísica. Esse consenso de que

fala Habermas será alcançado através de características formais do discurso – que servem de critério de veracidade ou correção do discurso. Esses critérios são identificados por Habermas com as condições de uma "situação ideal de comunicação", quais sejam: igualdade de oportunidades para todos os participantes no discurso, liberdade de expressão, ausência de privilégios, veracidade, ausência de coação, no que, de certo modo, se aproxima de Perelman, que também trabalha com a idéia de "auditório universal". Estas seriam as condições de um discurso racional-ideal. *Mas surge a pergunta oportuna e adequadamente feita por Kaufmann:*

> "Mas por que produz este a verdade ou a correção de um algo (de fatos empíricos, de normas jurídicas), *quando, justamente, não tem por base um algo*? 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? O modelo de Habermas 'também não bate certo'. É certo que o 'princípio do melhor argumento' possibilita sempre o surgimento de uma solução, mas, porque não existe, em Habermas, qualquer tipo de regras de prioridade, permanece tudo indefinido e o 'princípio do melhor argumento' é, em última análise, um 'conceito vazio'".[14]

Para Habermas, a concepção procedimental de verdade como resgate discursivo das pretensões de verdade é contra-intuitiva na medida em que a verdade não é um "conceito ligado ao sucesso". Por certo, acentua, há para nós, enquanto nos movemos no nível do discurso, *uma conexão epistemológica incontornável de verdade e justificação.* Mas, diz Habermas, não resulta dessa circunstância nenhuma conexão conceitual entre verdade e assertibilidade racional em condições ideais. Caso contrário, insiste, não poderíamos compreender a verdade como uma "propriedade inalienável" de enunciados. Até mesmo os argumentos que nos convencem aqui e agora da verdade de "p" podem se revelar falsos em outra situação epistêmica. *Razões pragmaticamente "irresistíveis" não são razões "obrigatórias" no sentido lógico de validade definitiva,* diz o jusfilósofo. O emprego acautelador do predicado de verdade – por mais que "p" seja bem justificado, ele pode ainda se revelar falso – pode ser compreendido como a expressão gramatical de uma falibilidade que experimenta-

14 Cf. Kaufmann, Arthur. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pp. 198 e segs. (grifei)

mos em nós mesmos no curso de muitas argumentações e que observamos nos outros na retrospectiva histórica sobre cursos de argumentações passadas.[15]

Veja-se, entretanto, que, em seguida e no mesmo *Verdade e Justificação*, Habermas dirá que

> "mesmo depois de tal revisão, o conceito de discurso racional conserva o *status* de uma forma de comunicação privilegiada, que exorta os participantes a uma contínua descentração de suas perspectivas cognitivas. Os pressupostos de comunicação normativamente exigentes e incontornáveis da práxis argumentativa têm sempre o sentido de uma obrigação estrutural que nos leva a formar um juízo imparcial. *Pois a argumentação permanece o único meio disponível para se certificar da verdade, porque não há outra maneira de examinar pretensões de verdade tornadas problemáticas*".[16]

Penso, assim, que não houve grandes alterações na concepção habermasiana acerca da verdade, que continua sendo epistemológica. Ora, se, como textualmente assevera Habermas, a argumentação permanece *o único meio disponível* para se certificar da verdade, por que essa insistência (principalmente de alguns adeptos das teses habermasianas) em negar a (ainda) vinculação/dependência da verdade ao consenso? Aliás, nas palavras do próprio Habermas, em obra posterior à Verdade e Justificação,

> "até há pouco tempo eu procurava explicar a verdade em função de uma justificabilidade ideal. De lá para cá, percebi que essa assimilação não pode dar certo. *Reformulei o antigo conceito discursivo de verdade, que não é errado, mas é pelo menos incompleto. A redenção discursiva de uma alegação de verdade conduz à aceitabilidade racional, não à verdade.* Embora nossa mente falível não possa ir além disso, não devemos confundir as duas coisas. Resta-nos assim a tarefa de explicar por que os participantes de uma discussão se sentem autorizados – e supostamente o são de fato – *a aceitar como verdadeira uma proposição controversa,* bastando para isso que tenham, em condições quase ideais, esgotado todas as razões disponíveis a favor e contra essa proposição e assim estabelecido a aceitabilidade racional dela".[17]

15 Cf. Habermas, Jürgen. *Verdade e justificação.* São Paulo: Loyola, 2004, pp. 47 e segs. (grifei)
16 Cf. Habermas, *Verdade, op. cit.*, pp. 48-49. (grifei)
17 Cf. Habermas, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade.* São Paulo: Martins Fontes, 2004, pp. 60-61.

Parece acertado dizer, pois, que a verdade, apesar das pretendidas correções de rota empreendidas por Habermas, continua sendo produto da discussão de proposições, a partir de situações "quase-ideais" de fala, cujo resultado – a verdade "racionalmente aceitável" – servirá como fundamento prévio (validade) de um discurso, contrafaticamente.

Não esqueçamos que *essa dependência da argumentação* é uma dependência de *uma procedimentalização radical* introduzida por Habermas, circunstância que não só aparece na sua tese acerca do discurso, como também sobre a democracia (teoria procedimental da democracia).

Dito de outro modo, frente ao risco representado por um excesso de materialização do direito ocorrido no partir do segundo pós-guerra, que poderia levar a arbitrariedades interpretativas, face ao conteúdo interventivo, compromissório e dirigente dos textos constitucionais, e ainda levando em conta o problema decorrente do inexorável deslocamento da esfera de tensão do legislativo (e do executivo) em direção à justiça constitucional, *Habermas prefere não fazer apostas hermenêuticas*, optando por uma racionalidade procedimental (veja-se, a propósito, a sua quase aversão ao controle de constitucionalidade). E essa racionalidade estará sustentada em discursos de fundamentação prévios, que "dispensam" substancialidades, suspeitas de estarem contaminadas pela razão prática (para ele, eivada de solipsismo).

A permanência no paradigma epistemológico aparece também quando Habermas diz que "a verdade de uma sentença só pode ser justificada com ajuda de outras sentenças já tidas como verdadeiras".[18] Trata-se, pois, dos discursos de fundamentação/justificação prévios, contrafáticos, com pretensão de validade universal, questão que fica clara quando afirma que "a verdade que alegamos para um proposição aqui e agora, no nosso contexto e na nossa linguagem, deve transcender qualquer contexto de justificação".[19] Assim, para ele, a proposição será verdadeira se for verdadeira para sempre e para qualquer público, não só para nós.[20]

Penso, assim, que essa pretensa "viravolta" habermasiana em Verdade e Justificação, 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-

18 Cf. Habermas, *A ética da discussão*, *op. cit.*, p. 59.
19 Idem, ibidem.
20 Idem, ibidem.

argumentativa e uma perspectiva ontológica (no sentido da ontologia fundamental, centrada no modo prático de ser no mundo).

Em outras palavras, é como se a hermenêutica filosófica – pela impossibilidade de um método para alcançar a verdade (tese que lhe é substancial) – assumisse, por isso, um caráter relativista e optasse por regras procedimentais para a interpretação (confundindo, assim, filosofia e lógica), ou seja, aquilo que era obstáculo passasse a representar o meio para solução. Ocorre que, assim, a hermenêutica acabaria com sua própria razão de existir. Afinal, ela foi forjada a partir da crise e das insuficiências da filosofia e da metodologia tradicional, saltando da epistemologia para a ontologia, enfim, do fundamentar para o compreender!

Mutatis mutandis, é *o caso dessa* (pretensa) *viravolta habermasiana*: o mundo prático – cujo afastamento era condição para a construção de uma verdade consensual/procedural, a partir de uma razão comunicativa – é trazido de volta, em face do fracasso da razão meramente formal-instrumental. Ora, isso *é extremamente contraditório, uma vez que uma teoria consensual é epistemológica, porque trabalha no nível da teoria do conhecimento*. Nela não há espaço para a faticidade, para o mundo prático. Daí a contradição. *Não é possível servir a dois senhores da ciência ao mesmo tempo.*

A construção de situações ideais de fala pressupõe discursos hipostasiados, suspensos, previamente dados, que serão, depois, contrapostos (contrafaticamente, na teoria de Habermas) às situações "concretas". Mas esse é ponto que coloca a teoria habermasiana no entremeio de uma contraposição dualística, como se o discurso previamente funda(menta)do fosse algo que estivesse desindexado do já afastado mundo prático.

Mais do que isso, essas "condições ideais de fala" previamente construídos colocam uma grande desconfiança naquele que é encarregado de interpretar "as situações concretas". Se é correta essa desconfiança com qualquer forma de solipsismo no ato interpretativo, *o custo pode ser muito alto*, ao se repassar a "responsabilidade" pela fundamentação do discurso aplicativo para um discurso que já vem com as condições aplicativas previamente dadas, seja a partir da confiança irrestrita na vontade geral, seja a partir da pré-interpretação do discurso legislativo, objetivando as diversas situações "concretas" que possam vir a se formar no decorrer das diversas formas de jurisdição.

No fundo, as críticas de que os discursos de justificação prévia – moldados a partir da tese do mundo vivido, espécie de senso comum teórico idealizado, e realizado prescindindo das coisas concretas – eram utópicos, levou a um certo recuo na tese acerca do papel a ser dado a contrafação entre a "situação ideal" e a "situação concreta". Abandona-se a tese do consenso e parte-se

em direção a uma "práxis argumentativa", conforme Habermas em Verdade e Justificação, *colocando toda a ênfase na argumentação*, que, também segundo ele, permanece o único meio disponível para se certificar da verdade, porque não há outra maneira de examinar pretensões de verdade tornadas problemáticas. Isso, ao que tudo está a indicar, *aproxima sua teoria da teoria da argumentação*, pela qual um enunciado só é verdadeiro se estiver em conformidade com um determinado procedimento (no caso, os procedimentos que regram a argumentação).

É evidente que a tese habermasiana é bem mais sofisticada que a teoria da argumentação *stricto sensu*. Mas ao dizer que os participante de uma situação discursiva tematizam uma pretensão de validade que se tornou problemática e verificam, num enfoque hipotético e apoiados apenas em argumentos, se a pretensão do oponente tem fundamento, parece que *a obtenção da resposta estará dependente da obediência da forma da argumentação*, podendo soçobrar a conteudística, problemática que assume especial relevância quando se trata da discussão de direitos fundamentais prestacionais. E, com isso, pode soçobrar a Constituição. Daí a diferença entre substancialismo e procedimentalismo.

Capítulo 6
A idealidade da teoria do discurso contraposta às necessidades do direito como saber prático. O papel da Constituição na busca da efetividade do direito.

6.1. As demandas pela concretização do direito: como construir as condições para a formação de discursos de fundamentação sem cair em idealizações?

Penso que uma teoria do direito que se pretende operativa deve apresentar efetivos indicadores de aplicabilidade. O lugar privilegiado assumido pela situação ideal de comunicação para a aferição da verdade argumentativa faz com que as exigências decorrentes da complexidade da cotidianidade das práticas jurídicas não encontrem na teoria do discurso proposta por Habermas maiores indicativos de viabilidade.

Veja-se a complexidade disso. Em Habermas, os discursos de fundamentação são o suporte da validade do direito que será aplicado para cada "caso". Mas, como se dá essa "validade"? Em suas palavras,

a) "quando desejamos convencer-nos mutuamente da validade de algo, nós nos confiamos intuitivamente a uma prática, *na qual supomos uma aproximação suficiente das condições ideais de uma situação de fala especialmente imunizada contra a repressão e a desigualdade* – uma situação de fala na qual proponentes e oponentes, aliviados da pressão da experiência e da ação, tematizam uma pretensão de validade que se tornou problemática e verificam, *num enfoque hipotético e apoiados apenas em argumentos*, se a pretensão defendida pelo proponente tem razão de ser".

b) "A intuição básica que ligamos a esta prática de argumentação caracteriza-se pela intenção de conseguir o assentimento de um auditório universal para um proferimento controverso, *no contexto de uma disputa não-coercitiva*, porém regulada pelos melhores argumentos, na base das melhores informações".

c) "É fácil descobrir por que o princípio do discurso promove esse tipo de prática para a fundamentação de normas e decisões valorativas. Para saber se normas e valores podem encontrar o assentimento racionalmente motivado de todos os atingidos, é preciso assumir a perspectiva, intersubjetivamente ampliada na primeira pessoa do plural, a qual assume em si, *de modo não-coagido e não-reduzido*, as perspectivas da compreensão do mundo e da autocompreensão de todos os participantes".

d) "Para uma tal assunção ideal de papéis, praticada em comum e generalizada, recomenda-se a prática da argumentação".[1]

Com efeito, com base nessas exigências para a construção da validade dos discursos de justificação prévios, cabe indagar:

– será possível exigir em uma sala de audiência, em um fórum ou tribunal, o cumprimento de tais requisitos para a formação de uma condição ideal de comunicação, se a teoria habermasiana não se coloca no mundo empírico?[2]

1 Cf. Habermas, *Direito e Democracia I*, *op. cit.*, pp. 283 e 284 (o texto foi grifado e subdividido, para uma melhor compreensão).

2 As tentativas de aplicar Habermas esbarram, por vezes, em questões secundárias da obra ou na superficialidade da leitura de sua teoria. Como exemplo, registro a tese proposta por alguns magistrados (por todos, veja-se o MS nº 2004.078.00039 – TJRJ), propugnando uma nova "concepção cênica da sala de audiências", pela qual seria inconstitucional (sic) o lugar ocupado pelo Ministério Público ao lado do juiz de direito, uma vez que *"em oposição à isonomia exigida de um processo de partes tal que é o processo penal brasileiro, por expressa opção constitucional. Assim, atendendo-se a* ratio essendi *da norma invocada, dentro de uma interpretação conforme a Constituição, a prerrogativa em tela só existe nas hipóteses em que o Ministério Público é tão-somente fiscal da lei. Em outras palavras, a igualdade de armas abrange a concepção cênica da sala de audiências, pois nesse espaço público tudo conspira como fator para a solução da causa penal (para tanto se reconhece o acerto da "teoria do agir comunicativo" de Habermas)*. A tese é equivocada, primeiro, porque a sala de audiências não é exatamente o espaço público de que fala Habermas; segundo, porque é temerário o transplante da teoria habermasiana ao que deve ser a geografia ou a geopolítica de uma sala de audiências. Veja-se, de pronto, que a decisão judicial que manda retirar o Ministério Público do seu lugar, antes de ser compatível com o agir comunicativo apregoado por Habermas, *com ele é absolutamente contraditória*. Ao que tudo indica, não havia o mínimo consenso em torno da distribuição dos espaços na sala de audiência. Logo, se não há consenso, é necessário argumentar. O que foi feito? De forma solipsista, o juiz tomou a decisão, determinando a retirada do Ministério Público do lugar que ocupava. A aludida "concepção cênica" representaria, *in casu*, a "situação ideal de fala", que funcionaria contrafaticamente? Só que se olvidou que essa situação ideal é resultado dos pressupostos das práticas sociais, fornecendo, assim, um padrão para criticar essas mesmas práticas que serviram para a construção da situação ideal. Ora, se a "concepção cênica" (sic) é tida como "situação ideal" (é o que parece, embora isto não fique explicitado na tese), devendo, portanto, funcionar contrafaticamente, então, antes disso, o intérprete deveria buscar o consenso. Jamais poderia – como foi o caso – impor o "consenso" (sic). Isso foi antidemocrático. Logo, esteve na contramão do agir comunicativo invocado na tese. Foi, portanto, anti-habermasiano. Na verdade, estar-se-á frente a uma contradição: um "*consenso forçado*". Portanto, parece que os defensores da tese "queimaram etapas". Conseqüentemente, é impossível colocar contrafaticamente a atual situação da sala de audiência com a situação tida por ideal (quais os critérios para considerá-la ideal?). Parece claro, finalmente, que, em Habermas, o juiz não poderia ser um "outsider" desse processo, aplicando-se-lhe também os mesmos critérios da isonomia e da democracia procedimental (aliás, ao juiz não cabe fazer discursos de fundamentação, que são sempre prévios). Para uma análise mais aprofundada, consultar Streck, Lenio Luiz. A concepção cênica da sala de audiências e o problema dos paradoxos. *Gazeta Júris*, nº 9, novembro de 2005. Rio de Janeiro, Portal Jurídico, 2005, pp. 150 e segs.

– de que modo aplicar a teoria discursiva-procedural às questões relacionadas, por exemplo, *à falta de vagas nas escolas, ao fornecimento de remédios para doentes crônicos, à falta de vagas em hospitais*, que devem ser enfrentadas em sede de ação civil pública ou mandado de segurança pelo judiciário?

– no caso de aferição da constitucionalidade de uma lei que, *v.g.*, determine gratificação de férias para aposentados (que será objeto de análise mais adiante), ou, ainda, no caso de uma lei que discriminaliza condutas que firam bens jurídicos fundamentais (p. ex, um dispositivo do Código Penal – art. 107, VIII – que determinava a extinção da punibilidade do estupro nos casos de casamento da vítima), como devemos proceder?

Como formatar, para essas situações – que são típicas questões relacionadas à jurisdição difusa de constitucionalidade – um discurso de validade acerca das normas a serem aplicadas? Nesse sentido, aliás, rechaço a injusta crítica feita por alguns constitucionalistas brasileiros, no sentido de que eu negaria – como "comunitarista" (sic) – a importância do controle difuso. Ora, considero o controle difuso o modo democrático – por excelência – de capilarização da Constituição, maneira de instrumentalizar os direitos fundamentais sociais no caso concreto, além da possibilidade de afastar, como questão prejudicial, o ato normativo inconstitucional. Ou seja, *é exatamente por intermédio do controle difuso que essas questões relacionadas à concretização dos direitos fundamentais à saúde, educação, etc., podem ser, de pronto, atendidas, em cumprimento aos ditames da Constituição.*

Para se ter uma idéia – e mostrando que o direito é um saber prático –, as primeiras decisões aplicando a interpretação conforme (*verfassungskonforme Auslegung*)[3] e a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigerklärung*

3 Ver, nesse sentido, acórdão nº 70008497232 (Rel. Des. Aramis Nassif), que, acatando parecer de minha lavra, aplicou a *verfassungskonforme Auslegung* ao art. 14, parágrafo único, do Estatuto do

onhe Normtextreduzierung),[4] em sede de controle difuso, foram por mim levantadas – e muitas vezes vencedoras – no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.[5] Além disso, tenho suscitado uma série de incidentes de inconstitucionalidade, ou, no caso de leis anteriores à Constituição, a sua não-recepção, como no caso do art. 107, VII, do Código Penal (violação da cláusula de proibição de proteção insuficiente – *Untermassverbot*), que permitia a extinção da punibilidade do crime de estupro nas hipóteses de casamento da vítima com o autor ou com terceiros.[6] Registre-se que o judiciário – em face de um arraigado imaginário de feição liberal-individualista, que ainda contrapõe o indivíduo ao Estado – não aceitou a tese; tampouco *a doutrina penal dominante* se importou com a referida inconstitucionalidade (*não há registro de alguma publicação que tenha se insurgido contra esse* favor legis *que violava a dignidade da pessoa humana*). Aliás, desde a reforma penal de 1977, esse dispositivo constava no Código Penal, solidificando "jurisprudência" que vinha desde a década de 40. Somente depois de 17 anos do advento da nova Constituição é que o parlamento revogou o dispositivo.

Desarmamento. Basicamente, é esse o conteúdo: Recurso em sentido estrito. Fiança. Liberdade provisória. Art. 14, parágrafo único, do Estatuto do Desarmamento. I – A norma do art. 14, parágrafo único, da Lei nº 10.826/03 deve ser interpretada em conformidade com a Constituição, único modo de preservar sua validade frente ao ordenamento jurídico. No caso em pauta, está-se diante de uma evidente violação do princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*), já que a inafiançabilidade (prevista até na Carta Maior) deve decorrer de crimes graves, como o racismo, os crimes hediondos, o tráfico de entorpecentes, a tortura e o terrorismo, bem como a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLII e XLIV, da CF, bem como arts. 2º, II, da Lei 8.072/90). II – Só é possível inviabilizar a concessão de liberdade provisória, mediante fiança, quando presente o requisito do art. 323, I, bem como o do art. 324, IV, ambos do CPP. III – Manutenção da decisão recorrida. Improvimento do recurso ministerial. Ver, também, processo nº 698145109 – TJRS, tratando da interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*) do art. 77 do Código Penal.

4 Apelação nº 70007387608, 5ª Câmara Criminal, TJRS, Rel. Des. Aramis Nassif. Também as Apelações n. 70012614046 e 70015006935, nas quais propus uma releitura do artigo 299 do Código Penal a partir da Constituição, com o acréscimo de que, tratando-se de nulidade parcial sem redução de texto discutida em sede de controle difuso, o incidente de inconstitucionalidade estava dispensado. Ficou decidido que o artigo 299 do Código Penal é inconstitucional se aplicado sem qualquer comprovação da intenção do agente é colocar em risco concreto e imediato qualquer bem jurídico relevante penalmente, sob pena de incorrer em responsabilidade penal objetiva. Em outra palavras, retirou-se uma das incidência da norma, afastando-se o sentido que se revela contrário a Constituição.

5 Para tanto, consulte-se o site www.leniostreck.com.br.

6 Sobre o assunto, consultar Streck, Maria Luiza Schäfer. Direito Penal e Constituição. O lado esquecido dos direitos fundamentais. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009, onde a autora um extenso rol de leis e decisões judiciais passíveis de aplicação da tese da *Untermassverbot*.

Por certo, a julgar pelas críticas feitas à minha tese, uma decisão desse jaez seria considerada como "inadequada" ou "ativista", uma vez que "meios e fins, por uma exigência democrática, são definidos originariamente pelo legislador político", como diz Habermas, no que é seguido pelos procedimentalistas brasileiros. Ocorre que, no caso específico do artigo 107, VII, do Código Penal, a "espera" pelo legislador foi de décadas. Não creio que uma declaração de inconstitucionalidade – *em sede de controle difuso* – de dispositivo dessa espécie (aplicando a *Untermassverbot*) possa ser classificada de antidemocrática, de ativista ou de comunitarista. Não desconheço, evidentemente, a "preferência" habermasiana – embora isso não esteja ainda bem esclarecido – pelo controle difuso, circunstância que analiso no decorrer da presente obra, em que aponto para o equívoco de transportar para o direito brasileiro a apreciação de Habermas sobre o *judicial review*.

Assim, além de praticar o controle difuso de constitucionalidade *stricto sensu*, através do exame da parametricidade entre os normativos e o texto constitucional, tenho incentivado e defendido a utilização dos contemporâneos mecanismos aptos à realização da filtragem hermenêutico-constitucional das leis. Entre outros, lembremos a interpretação conforme a Constituição *(verfassungskonforme Auslegung)* e a nulidade (inconstitucionalidade) parcial sem redução de texto *(Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung)*, os quais definitivamente foram incorporadas à normatividade jurídico-brasileira, a partir da edição da Lei nº 9.868/99, que taxativamente os alça à categoria de formas de controle de constitucionalidade. Tais mecanismos, a toda evidência, podem e devem ser utilizados em sede de controle difuso (juízes singulares e tribunais), não sendo monopólio do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, tenho entendido que não há qualquer óbice constitucional a que juízes e tribunais apliquem a interpretação conforme, a nulidade parcial sem redução de texto e o apelo ao legislador. Entender o contrário seria admitir que juízes e tribunais (que não o STF) estivessem obrigados a declarar inconstitucionais dispositivos que pudessem ser, no mínimo em parte, salvaguardados no sistema, mediante a aplicação das citadas técnicas de controle.

Observe-se que a Lei 9.868/99, no parágrafo único do art. 28, ao estabelecer o efeito vinculante às decisões decorrentes do controle abstrato de constitucionalidade, equiparou a declaração de inconstitucionalidade *stricto sensu* à declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e, até mesmo, à interpretação conforme a Constituição.

Isso significa dizer que qualquer tribunal, além de declarar a inconstitucionalidade de uma lei, pode entender, por exemplo, que esta é somente parcialmente inconstitucional, permanecendo o dispositivo em sua literalidade.

Ou seja, assim como o controle de constitucionalidade não é prerrogativa do Supremo Tribunal, os seus diversos mecanismos – incluídas aí a interpretação conforme e a nulidade parcial – *também não o são.*

Afinal – e a pergunta parece pertinente – por que um Juiz de Direito, que, desde a Constituição de 1891 sempre esteve autorizado a deixar de aplicar uma lei na íntegra por entendê-la inconstitucional, não pode, também hoje, em pleno Estado Democrático de Direito, aplicá-la tão-somente em parte? O mesmo se aplica aos tribunais, que, neste caso, estão dispensados de suscitar o incidente de inconstitucionalidade.

Dito de outro modo, a possibilidade de os tribunais e até mesmo o juiz singular fazerem uso dos citados mecanismos fundamenta-se no controle difuso de constitucionalidade. Impedir esse uso pelos juízes e tribunais inferiores seria restringir a própria modalidade de controle difuso; seria uma espécie de meio-controle.

Volta-se, pois, à pergunta: de que modo aplicar teorias de cariz epistemologico às complexas questões que envolvem o (des)cumprimento (por comissão ou omissão) de direitos fundamentais, como no caso da falta de vagas em escolas, ausência de transporte escolar para crianças e idosos, falta de remédios e tratamentos médicos? Ou, em que medida é possível aferir a constitucionalidade de uma lei que, ao proteger insuficientemente (Untermassverbot) um determinado bem jurídico-penal, viola direitos fundamentais ou de uma lei que "protege" excessiva e arbitrariamente um bem jurídico (*Übermassverbot*)?

Claro que não se trata de colocar em questão a viabilidade da aplicação da teoria do discurso habermasiana – e a tese sobre a democracia procedimental – no Brasil. Trata-se, sim, de verificar se, efetivamente, podemos discutir, abstratamente, as teorias do direito brasileiro e até que ponto Habermas pode contribuir para melhorá-las ou acrescentar novos elementos. *Mas não será, certamente, uma resposta às exigências concretas de transformação social, de comportamento coletivo, de inclusão, de críticas às elites,* etc. Tais exigências sociais – ou de transformações sociais – dependem, antes de tudo, do comportamento concreto dos sujeitos da relação social, condição de possibilidade para a vivência dos benefícios da democracia procedural, ou seja, *sem a satisfação dos direitos substantivos* – firmados democraticamente no texto constitucional e interpretados hermeneuticamente, evitando decisionismos e a "escavação de valores escondidos debaixo do direito" –, é impossível falar em "asseguramento das condições para o exercício dos procedimentos da democracia".

Daí que o *discurso habermasiano deve ser considerado como elemento formal, teórico, epistemológico.* Nesse sentido, nem mesmo a co-originariedade entre moral e direito – proposta por Habermas mais contemporaneamente

(em especial, em *Faticidade e Validade*) – tem o condão de alçar a teoria do discurso à condição de "resolver problemas concretos".[7]

É certo que o direito não está subordinado à moral e que esta não pode ter valor ou função de correção do discurso jurídico[8] (veja-se, nesse sentido, a defesa que Alexy faz da utilização da fórmula Radbruch).[9] Porque em Habermas direito e moral constituem uma co-originariedade, com o que ocorre uma institucionalização jurídica da moral através do princípio D, que confere força legitimadora ao processo de normatização.

Este é ponto que une direito e moral através da positivação (mormente no plano da principiologia própria das Constituições exsurgidas no segundo

7 A crítica de que a teoria discursiva se mostra inadequada e não auxilia a tomada de decisões imediatas é feita por Kaufmann e contestada por Günther (*Teoria da Argumentação, op. cit.*). Em apoio a Günther, Álvaro Souza Cruz (*op. cit.*, pp. 147-148) diz que a distinção entre questões ligadas à macroética ou microética (Kaufmann diz que a teoria só serve para resolver problemas de microética) podem ser conectadas também à idéia de que o Judiciário seja incapaz de examinar questões do que se chama de macrojustiça e microjustiça (Amaral, Gustavo. *Direito, escassez e escolha.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001) na qual um magistrado se coloca diante de um pedido milionário para tratamento médico experimentado de uma criança, colocando-se, de um lado, a vida do menino e, de outro, a questão orçamentária (e suas conseqüências na vida das outras pessoas). O operador do direito deve necessariamente avaliar todas as situações fáticas relevantes ao caso. A ampliação da descrição situacional permitirá avaliar a questão de novos ângulos que, inicialmente, não lhe passava pela cabeça. Tampouco a solução do problema, segundo Souza Cruz, passaria pela necessidade de ponderar valores, "pois essa se daria na etapa da pré-compreensão hermenêutica do texto e da seleção de circunstâncias fáticas relevantes". Veja-se o problema criado nessa argumentação: *o juiz de que fala Souza Cruz não é, por certo, o juiz de perfil habermasiano.* Com efeito, do modo como foi colocado, em que a ponderação de valores (sic) já estaria dada na "etapa da pré-compreensão hermenêutica do texto e das circunstâncias fáticas relevantes", mais parece o perfil – *mutatis mutandis* – de um "juiz hermeneuta". Ao que consta, o juiz, inserido no universo da distinção entre *Anwendungsdiskurs* e *Begründungsdiskurs*, fica desonerado de elaborar discursos de fundamentação, d'onde parece ter havido, por parte de Souza Cruz, uma confusão entre discursos de fundamentação – condição de possibilidade para discursos de aplicação – e a categoria da pré-compreensão, ínsita à hermenêutica. Esqueceu-se que, para decidir a querela do tratamento médico do menino, é necessário existir, antes, um discurso de fundamentação acerca dessa matéria, construído de forma argumentativa e que funcione contrafaticamente. Afinal, como diz o próprio Souza Cruz (Habermas, *op. cit.*, p. 177), é o procedimentalismo que possibilita que a noção de validade de uma norma de ação *possa se sustentar tão-somente pelo resgate argumentativo*, imposto pelos princípios da moralidade e da democracia. Entendo, por isso, que, à luz da teoria do discurso, fica sem sentido invocar, no caso, a pré-compreensão hermenêutica, a menos que haja "similaridade" entre discursos de fundamentação elaborados *prima facie* e a pré-compreensão antecipadora, condição de possibilidade para a compreensão na hermenêutica filosófica. Daí estar absolutamente adequada a crítica de Kaufmann à teoria do discurso.

8 Alexy defende uma função/pretensão de correção para a moral, isto é, como um elemento necessário ao conceito de direito. Essa pretensão de correção estabelece a conexão necessária entre direito e moralidade.

9 Sobre a aplicação da fórmula Radbruch pelos tribunais alemães, ver item 9.7.

pós-guerra). *O problema é que o discurso D é indiferente em relação à moral e ao direito* (como bem diz Apel, não há conteúdo moral no princípio D). De acordo com esse princípio, podem pretender validade as normas que poderiam encontrar assentimento de todos os potencialmente atingidos na medida em que estes participam de discursos racionais. Ocorre que a forma(tação) do discurso D é idealizada, não levando em conta o mundo prático (afinal, o discurso D é indiferente à moral e ao direito).

Dito de outro modo, se o consenso (assentimento) assume lugar fundamental para a aferição da verdade, este passa a ser o lugar da verdade. Esse lugar não é apenas um "lugar epistêmico" em que se fazem valer as pretensões cognitivas, mas é, também, um "lugar moral".[10] Conseqüentemente, o "lugar" ocupado pela moral no direito (e no discurso jurídico) terá fundamental importância para aferição da verdade. Assim, diferentemente de Habermas, para quem moral e direito são co-originários, em Günther há uma dependência normativa do direito em relação à moral, problemática que exsurge a todo o momento em sua obra.[11]

Entre outras coisas, isto faz com que – embora Habermas adote a tese da distinção "discursos de fundamentação-discursos de aplicação" de Günther – os discursos de fundamentação tenham conteúdo diferente em Habermas e em Günther, embora isto não seja confessado. Com efeito, 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 (Günther) a moral "comanda" a validade da norma (há uma dependência normativa do direito em relação à moral) e, em outro (Habermas), a co-originariedade 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 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 dele depender o direito e, em Habermas, não. E isto parece fazer a diferença. Nesse sentido, é provável que Habermas

10 Nesse sentido, veja-se Pérez Tapias, José A. Verdad de la justicia y poder de la mentira. In: *El valor de la verdad*. Maria J. Frápoli y Juan A. Nicolas – editores. Granada, Comares, 2000, p. 503)

11 Ver, para tanto, Günther, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004, em especial a introdução à edição brasileira de Luiz Moreira, p. 11.

e Günther tenham respostas diferentes para a invocação da fórmula Radbruch feita pelo Tribunal Constitucional alemão no caso do julgamento do recurso dos soldados da antiga RDA, condenados à prisão, em flagrante violação da reserva legal. Como se sabe, o *Bundesverfassungsgericht* negou provimento aos recursos constitucionais (*Verfassungsbeschwerde*) interpostos pelas sentinelas condenadas por matarem um fugitivo (BGHSt 39, 1) e pelos altos funcionários da RDA, condenados pelas mortes de fugitivos por minas terrestres (BGHSt 39, 168, entre outros). O Tribunal Constitucional considerou que as condenações dos acusados pelas instâncias ordinárias não violaram o art. 103, 2, da Lei Fundamental alemã, que trata do *nullum crime, nulla poena, sine lege*. Por certo, Günther concordaria com a decisão do Tribunal Constitucional alemão, ao contrário de Habermas, que, certamente, dela discordaria.

Retorna-se, pois, à crítica, já feita anteriormente, acerca de como construir/alcançar as condições para a formação de discursos de fundamentação/justificação como propõe a teoria habermasiana, em uma sociedade complexa e desigual como a de um país de modernidade tardia como o Brasil.

Afinal, segundo a teoria do discurso, isso implica a idéia de que os direitos políticos têm que garantir a participação mais ampla possível em todos os processos de deliberação e de decisão para a legislação, propiciando que a liberdade comunicativa (que diz respeito à discussão das pretensões de validade jurídica) possam vir à tona. Trata-se de proporcionar juridicamente o exercício político de igual modo para todos os partícipes, diz Habermas.

Portanto, não se ignora as novas perspectivas que exsurgem da teoria do discurso habermasiana. Entretanto:

a) Questiona-se suas possibilidades de alcançar o mundo prático sem a ficção de um discurso que, de fora para dentro, busca trazer/resgatar a legitimidade que ficou para trás, e que as diversas teorias do direito não conseguiram superar, ora reduzindo a legitimidade à legalidade, ora hipostasiando um sujeito, ora um objeto.
b) Questiona-se se 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 contrafações.
c) Questiona-se se 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) Finalmente, questiona-se se a construção de um discurso de justificação (validade) a partir de concepções idealizadas pode, contrafaticamente, dar conta da complexidade factual (mundo prático) e se,

no fundo, a validade (contrafactual) não funciona, na verdade, como um discurso (meramente) apofântico.

Fica evidente em Habermas – e não há como dele discordar neste ponto – que o procedimentalismo, entendido como superação de modelos já realizados, assume proporções fundamentais nas democracias onde os principais problemas de exclusão social e dos direitos fundamentais estão resolvidos. Sua teoria parte, implicitamente, do pressuposto de que a etapa do *Welfare State* foi realizada e, com isso, *pressupõe sociedades com alto grau de emancipação social e autonomia dos indivíduos.*

Em Habermas, fica claro que uma comunicação sem constrangimento nem distorção pressupõe uma sociedade definitivamente emancipada, com indivíduos autônomos. Também, aqui, *várias críticas podem ser dirigidas a Habermas*, como a de que as condições ideais requeridas para as deliberações práticas parecem constituir o cenário próprio de uma utopia.[12]

12 Essa crítica é feita por Luzia M. S. Cabral Pinto, a partir de Bubner e Ost (*Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994). A própria autora salienta, entretanto, que a observação de que "a teoria da ação comunicativa propõe uma utopia" foi replicada com veemência por Habermas: 'Nada me põe tão nervoso como a imputação de que (...) a teoria da ação comunicativa (...) propõe, ou sequer sugere, uma sociedade utópica irracionalista. Não considero a sociedade plenamente transparente (...) como um ideal, nem é minha intenção sugerir outro ideal: não era Marx o único que se assustava com os vestígios do socialismo utópico' (cf. Reply to may critics. In: J. Thompson y D. Held Editores. Habermas, critical Debates, London, 1982, p. 235, citado por Agapito Maestre, Reflexión para uma ética em democracia, p. 89). Agapito Maestre tematiza a questão da utopia no discurso ético de Habermas e Apel e conclui respondendo à questão: é a ética comunicativa uma utopia? 'Sim, porque (...) é uma forma de justificar, não a utopia, mas a intenção utópica. Não, porque é algo mais do que uma utopia, tal como esta é concebida no sentido teológico-especulativo'". E Cabral Pinto complementa: "Por nosso lado, rejeitamos a utopia que volta costas às condições reais do presente, mas não a intenção utópica que recusa o real e projecta o futuro na categoria do possível: 'A utopia avança tanto na vontade do sujeito como na latência-tendência do mundo em processo (E. Bloch)'. Ainda e na mesma linha, podem ser trazidas à colação as críticas de Bubner e F. Ost. Assim, para Bubner, 'já que, sem dúvida, a condição ideal da sociedade, à semelhança do 'reino dos fins' kantiano, não é deste mundo, (...) *o diálogo como um modelo de comunicação social sob as condições da razão pura permanece um postulado utópico que continua em oposição permanente à formas reais em que os seres humanos se relacionam*' (cf. Bubner, R. *Filosofia moderna alemana*. Madrid, Cátedra, 1984, pp. 228 e segs.). Já para François Ost, 'no plano sociológico, que não vê senão as condições da discussão racional imaginada por Habermas (...) – poder-se-ia ainda evocar Rawl e a 'situação originária sob o véu da ignorância' –, *são precisamente condições ideais que não correspondem a condições reais* (...). Mas se o consenso é problemático no plano da sua utilização prática (sociológica), é porque ele levanta interrogações mais radicais, de ordem filosófica. A suspeita que ele suscita inevitavelmente é a de reavivar, sob cores restauradas, o velho fantasma metafísico do Espírito Absoluto que se recupera na História. Metalinguagem universal, chave de todos os jogos de saber e poder, *o consenso supõe confirmada a narrativa da emancipação universal dos seres humanos, livres e racionais*". (grifei)

Daí a indispensável indagação: como ter cidadãos plenamente autônomos, como Habermas propugna, se o problema da exclusão social não foi resolvido? Mais: *como ter cidadãos plenamente autônomos se suas relações estão colonizadas pela tradição que lhes conforma o mundo da vida?* Por tais razões, Ackerman indaga: pode uma eleição ser livre e justa, se uma grande parte do eleitorado carece de instrução necessária para compreender as principais linhas do debate político? *Ou se estão passando fome ou trabalhando em condições opressivas durante a maior parte de seu tempo?* "*Minha resposta é não*", vai dizer Ackerman: se você está de acordo, este primeiro fundamento lhe permite preparar um caminho conceitual para considerar até onde os juízes deveriam estar facultados constitucionalmente para intervir também nestas questões. Por conseguinte, a concessão de uma faculdade semelhante pode ver-se limitada por toda a sorte de considerações predicais. Porém, o que interessa aqui, acentua o professor norte-americano, são os princípios básicos: ao habilitar os juízes para insistir em um "piso democrático" na avaliação de medidas de bem-estar e educacionais propostas pelos governantes, *não se está advogando a "morte do político"*, e, sim, a sua reorganização e extensão, que deve abarcar desde um interesse pelo centro de decisões até a proteção da vida política que se experimenta na periferia.[13]

No fundo, quando Habermas apresenta sua tese do sujeito autônomo, coloca-se ao lado da realidade, pondo-a entre parênteses, embora, evidentemente, não a negue. A exemplo de Husserl, Habermas não visa à realidade enquanto uma construção ontológica, *mas esta enquanto necessidade de ser recuperada através da descrição dos atos conscientes, da consciência transcendental*. Nesse sentido, o lugar da autonomia exsurgiria de um como (*wie*) dos fenômenos sociais. Esse como (*wie*) assume uma característica epistemológica, onde o procedimento é o meio para alcançar essa autonomia do sujeito.

Essa minha crítica é contestada, entre outros, por Gesta Leal,[14] ao dizer que "a possibilidade de emancipação humana dos grilhões conjunturais que aprisionam o sujeito histórico habermasiano se viabiliza pela (hipótese-argumentativa) capacidade racional de interlocução caracterizadora do homem moderno, operada a partir de procedimentos e instâncias democrático-igualitárias compromissadas com o entendimento persuasivo dos melhores argumentos". De minha parte, continuo a indagar: como se constroem esses procedimentos e instâncias democrático-igualitárias, por exemplo, na África, no

13 Cf. Ackerman, Bruce. *La política del diálogo liberal*. Barcelona: Gedisa, 1999, pp. 148 e 149.
14 Cf. Gesta Leal, *As potencialidades*, *op. cit.*

Brasil ou na Bolívia? Essa pergunta parece de difícil resposta. Aliás, não há registros de que já tenha sido proposto um discurso de fundamentação (prévio) acerca de como devem se dar esses procedimentos e de que modo se forma a condição ideal de fala, com função contrafática.

Por isso, a minha insistência no sentido de que a teoria habermasiana não se destina a países como o Brasil, em que as condições para a formulação dos requisitos que levarão à emancipação dos sujeitos sociais são absolutamente precárias. Aliás, repita-se – e se faça justiça a Habermas: *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.

6.2. A dicotomia discursos de fundamentação – discursos de aplicação e as repercussões no controle de constitucionalidade. De como o significado da norma não é alcançado no momento da aplicação e as razões pelas quais a faticidade não está apenas no controle difuso de constitucionalidade.

Em face do exposto, entendo que separar "direitos materiais (substantivos)" de "procedimentos" é incorrer em uma cisão metafísica. Pensar que estes – os critérios processuais e os critérios materiais – possam subsistir isoladamente é permanecer no esquema sujeito-objeto. Veja-se os casos de controle de constitucionalidade: *em que momento, ao declarar a inconstitucionalidade de um ato normativo, estará o Tribunal "invadindo" a esfera de atuação dos demais poderes e em que dimensão estará "cumprindo" a Constituição?* Aliás, fica difícil entender a "preferência" de Habermas pelo controle difuso de constitucionalidade, a partir do argumento de que um controle concentrado seria indevido porque estaria tratando de discursos de fundamentação (sic). Veja-se a cisão do incindível: para Habermas, o controle difuso é um discurso de aplicação.[15]

De qualquer sorte, parece evidente que Habermas está se referindo ao controle (difuso) norte-americano (*judicial review*) na comparação com o controle concentrado alemão. Também parece evidente que essa questão, tra-

15 Também não resolve(ria) reconhecer que as decisões em sede de controle difuso são (também) discursos de fundamentação. Esta é – e permanece sendo – a contradição secundária da questão. *A contradição principal está na cisão entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação.*

zida para o âmbito do controle difuso brasileiro, inserido em um sistema filiado a *civil law*, acarreta uma série de problemas. Com efeito, embora Estados Unidos e Brasil adotem o controle difuso (no Brasil, desde 1891, transformando-se em controle misto a partir de 1965), não se pode deixar de verificar as diferenças de funcionamento do sistema nesses países. É despiciendo traçar, aqui, as enormes diferenças entre os dois sistemas de controle. Além disso, não se pode esquecer a característica de cada Constituição. Portanto, a (suposta) "preferência" pelo controle difuso é uma preferência pelo *judicial review* norte-americano.

Sendo mais específico: a diferença entre o *judicial review* e o controle concentrado e a conseqüente preferência de Habermas pelo primeiro é um dos *maiores indicadores de que a teoria discursivo-procedimental não tem qualquer relação com o Brasil*, onde, embora tenhamos adotado o controle difuso, sua função está muito longe de qualquer similitude com o original norte-americano. De todo modo, se Habermas prefere o controle difuso (e sobre isso não há certezas, conforme veremos a seguir), *isso não implica pensar que o controle difuso norte-americano é similar ao brasileiro.* Isso seria incorrer no mesmo equívoco que os constituintes de 1891, ao introduzirem na Constituição um mecanismo de controle de constitucionalidade cuja funcionalidade principal está assentado no *stare decisis*, pelo qual se confere efeito *erga omnes* às decisões em sede de *judicial review*. Apenas em 1934 é que foi introduzida a remessa da decisão para o Senado, que, aliás, é mecanismo idêntico ao atual art. 52, X, da Constituição do Brasil, mas que, lamentavelmente, não vem sendo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, assim como o Senado não vem emitindo as devidas resoluções (há casos de decisões que dormitam no Senado há mais de 25 anos). A correta utilização do art. 52, X, representaria importantíssimo mecanismo de efetividade no controle de constitucionalidade, questão que analiso, amiúde, no meu *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*.

Também neste ponto, aparecem os indícios de um problema paradigmático, isto é, *pensar que o controle concentrado ocorre apenas no plano dos discursos de justificação/fundamentação é incorrer em um raciocínio incorreto*, como se fosse possível pensar o direito – ou questões jurídicas – sem estarem relacionadas a algo. Controle concentrado jamais pode significar um controle sobre direito *in abstrato*, sobre "normas com validade universal".

Não há diferença – hermenêutica – entre a compreensão que temos acerca de uma lei no controle difuso e no controle concentrado. Na realidade, toda essa discussão representa um sério problema, se se entender como correta a afirmação de que o controle concentrado é baseado (meramente) em discur-

sos de fundamentação/justificação,[16] e não de aplicação. É um equívoco pensar que o controle concentrado, por ser produto de um discurso de fundamentação (sic), transformaria o Tribunal Constitucional em legislador.

Só se faz controle concentrado, do mesmo modo que o difuso, a partir de pré-compreensões, que por sua vez estão (sempre) baseadas em situações concretas. Não se faz controle concentrado isolado das situações concretas. Não se faz controle de constitucionalidade fora do mundo prático. Nesse sentido, é o próprio Günther quem diz que *o reconhecimento de que não há norma que não contenha referência situacional alguma, por mais tênue que seja, é indiscutível e que qualquer norma está "impregnada de caso"*.[17] Volta-se novamente ao ponto já discutido: o equívoco de pensar que os discursos de aplicação são os discursos de aplicação judicial e que nestes será feita a adequação entre os discursos de validade e a realidade fática *(sic)*.

Ao contrário do que se pode pensar à luz de Günther e Habermas, entendo que o significado de uma norma não é alcançado no *momento* da aplicação; na verdade, é a situação hermenêutica (modo-de-ser-no-mundo) na qual está inserido o intérprete que proporciona a compreensão (e, portanto, a aplicação, porque compreender é aplicar).

Mais do que isso, pensar que é o *momento* da aplicação que proporciona o sentido é pensar que há "momentos" *distintos*, portanto, *etapas*, no "processo interpretativo". Daí a indagação: *o que existiria na mente do intérprete antes do "momento" da aplicação?* Teria ele *a sua disposição* um discurso sobre *a validade universal* da "norma" (princípio *U*), no qual seria "subsumida" a "realidade fática"?

Fosse correta a tese da cisão (distinção) entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação e se o controle concentrado ("abstrato" de normas) se dá (apenas) no plano de um discurso de fundamentação, o que, segundo Habermas, transformaria o Tribunal em legislador, *a pergunta que se coloca é*: em que momento se daria a adequabilidade (ou o discurso de adequação), se não existe "situação concreta" no controle "abstrato"? Essa é uma pergunta que parece não ter resposta na teoria habermasiana.

16 Ao fazer a cisão entre discurso de fundamentação/justificação e discursos de aplicação, Günther (*Teoria da Argumentação*, *op. cit.*, pp. 79 e 80) coloca o discurso de fundamentação/justificação como "momento-anterior-necessário", com a função de fazer interromper/ parar a dinâmica que "altera" as circunstâncias das situações ("realidade fática"), devendo, a partir de uma disposição hipotética – para além da situação concreta –, generalizar uma norma, que estará adequada, só depois, em um passo seguinte, para o intérprete mergulhar no caso concreto.

17 Cf. Günther, *Teoria da Argumentação*, *op. cit.*, p. 39.

Por outro lado, se se reconhece que sempre há situação concreta (afinal, é Günther quem correntamente diz: *não há norma que não contenha referência situacional alguma*), então é incorreta a tese da distinção que o próprio Günther defende (e Habermas também), porque compartimentaliza legislação e decisão a partir da dicotomia *discursos de fundamentação-discursos de aplicação*, como se fossem mundos distintos,[18] circunstância que, repito, aproxima sua teoria da argumentação do paradigma procedural-epistemológico.

É claro que, exatamente por isso, a cisão discursos de fundamentação-discursos de aplicação será negada pelos próprios autores, como se fosse possível fazer um sincretismo metodológico. Afinal – insisto – se não existe cisão entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação, *por que os primeiros são sempre prévios?* Por que Habermas, por exemplo, mantém a tese de uma concepção ideal de fala, com função contrafática?

Parece, pois, nitidamente contraditório que uma teoria procedural – nos moldes sofisticadíssimos defendidos por Habermas – prefira o controle difuso ao controle concentrado (sempre chamando a atenção, ademais, para a diferença entre o *judicial review* e o controle difuso brasileiro). É como se a faticidade estivesse presente apenas no controle difuso; é como se um juiz tivesse "mais legitimidade" que um Tribunal Constitucional.

Deixo claro, todavia, que tudo isso seria (ou é) assim se, de fato, Habermas possui(sse) essa inclinação pelo controle difuso. Explicando: na apresentação do livro *Devido Processo Legislativo*,[19] Lúcio Chamon Júnior, incondicional adepto da teoria procedimental habermasiana, acusa-me de que a minha afirmação acerca da "preferência de Habermas pelo *judicial review*" não estaria comprovada. Para contrapor a essa crítica, lanço mão, não só do próprio Habermas, mas de outro fiel habermasiano, Álvaro Souza Cruz,[20] *verbis*: "Ao contrário da visão comunitarista, que nega a condição de a via difusa/concreta constituir-se em verdadeira forma de Jurisdição Constitucional, *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.*" No mesmo sentido, a insuspeita opinião de Gisele Cittadino, para quem "a defesa habermasiana do instituto do *judicial review*,

18 Essa cisão soçobra diante da contundente observação de Jacinto Coutinho, ao chamar a atenção para o fato de que é impossível qualquer atribuição prévia de sentido às palavras resultantes do ato interpretativo; e se fosse possível, sempre se corre o risco de as palavras produzidas não dizerem aquilo que aparentam dizer. Cf. *Crítica à dogmática: dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais. Revista do IHJ*, nº 3, Porto Alegre, IHJ, 2005, pp. 37 e segs.

19 In: Cattoni, Marcelo. Devido Processo Legislativo. 2ª ed. Mandamentos, 2006, p. 24.

20 Cf. Souza Cruz, *Habermas e o Direito Brasileiro*, *op. cit.*, p. 196.

diferentemente da postura comunitarista que o identifica como entrave ao processo democrático, fundamenta-se na vinculação constitucional e normativa entre Estado de Direito e Democracia Radical."[21] Também Rogério Gesta Leal é da mesma opinião de Chamon.

Mas, há que se ter muita atenção, porque, de todo modo, embora não esteja clara a posição habermasiana acerca do tema, isto é, pairam dúvidas acerca da preferência de Habermas pelo controle difuso, penso que, acaso a razão esteja com aqueles que entendem que o mestre alemão tenha o mesmo desprezo pelo método difuso que tem pelo método concentrado, uma coisa fica clara: *pouco sobra na teoria habermasiana acerca da jurisdição constitucional*. E isso para uma teoria que pretende analisar o direito parece muito grave. Assim, se Chamon e Gesta Leal têm razão na sua crítica – e é possível que tenham – a perspectiva de aplicabilidade da teoria do discurso habermasiana se torna ainda mais frágil.

Para ser mais claro: se tanto o controle concentrado como o controle difuso não se afinam com a teoria do discurso (e da democracia) propugnada por Habermas, de que modo devemos aplicar a Constituição nas hipóteses de sua violação ou nos casos da necessidade de concretização de direitos fundamentais (*v.g.*, fornecimento de remédios)? Qual é a real importância/função da justiça constitucional para Habermas? Seu papel seria meramente subsidiário, uma vez que o cerne da democracia está no legislativo?

Observe-se: tais indagações são feitas em face daquilo que Habermas diz acerca do controle de constitucionalidade. Afinal, a defesa da Constituição em países periféricos, que demanda uma vigilância constante em face do descumprimento que se dá nos diversos planos da aplicabilidade do direito, *necessita* – pelos menos sob minha ótica – *da jurisdição constitucional em uma dimensão para além da mera preservação dos procedimentos democráticos.*

De qualquer maneira, considerada a forte crítica de Habermas ao controle concentrado, não parece desarrazoado afirmar que isso se dá porque há, nele, uma compreensão inadequada acerca da dupla estrutura existente no discurso jurídico. Essa dupla estrutura é caracterizada por um elemento empírico, em que o discurso aparece nas formas de apresentação (dimensão ôntica – a lei, os códigos, etc.), e uma dimensão que lhe é condição de possibilidade, incindível.

Ou seja, quando não se admite a dupla estrutura, esquece-se que a dimensão ôntica só é possível porque já há uma pré-compreensão, já há algo

21 Cf. Cittadino, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justica Distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 214.

conhecido, que é prévio, que sustenta toda a dimensão do discurso empírico. E isso é absolutamente relevante.

Daí o problema: as teorias discursivas-procedurais movem-se ainda em uma dimensão de teoria da ciência, de epistemologia, e desse modo não se dão conta – ou afastam – a dimensão do discurso da qual já sempre viemos quando fazemos o discurso empírico. É isso que podemos chamar de teoria do mundo prático, de ser-no-mundo, de pré-compreensão, de teoria da diferença ontológica, que *permite que façamos a distinção entre a dimensão entitativa do empírico e uma dimensão mais profunda – ontológica –, que é justamente a dimensão em que o entitativo já sempre mergulha e a partir de onde é compreendido.*

Nesse sentido, ainda que haja uma vinculação entre os enunciados de caráter empírico e as afirmações filosóficas, um dos problemas que em geral não recebe uma resposta adequada da teoria discursiva é o modo como se deve *pensar a diferença entre o empírico e aquilo que opera como dimensão organizadora ou transcendental no discurso jurídico*. Pensar a filosofia no direito (e não do direito), como tenho insistido em meus textos, impõe que se tenha uma clara consciência da diferença entre os enunciados *do* mundo jurídico, e a sua aplicação, e os enunciados *sobre* o mundo jurídico, que são de ordem necessariamente distinta dos primeiros.

Se com a virada lingüística apreendemos que o direito não se constitui de e *por* simples afirmações sobre regras (objetificadas) ou sobre voluntarismos axiológico-subjetivos, mas que se move no campo da linguagem, isso não significa, no entanto, que a filosofia desenvolve em suas análises uma espécie de linguagem de segunda ordem, na medida em que oferece as condições que possibilitam qualquer enunciado no contexto do universo da prática e da teoria jurídica. E nisto reside a dupla estrutura da linguagem, em que têm sido confundidos os âmbitos estruturantes-organizadores e os âmbitos (meramente) explicitados.

O significado da dupla estrutura da linguagem e do discurso, por vezes, não tem sido compreendida adequadamente: a linguagem apofântica e a linguagem hermenêutica; a linguagem lógica e a linguagem que desde sempre praticamente já trazemos conosco desde que estamos no mundo e que sustenta o discurso lógico. É nesse sentido que Ernildo Stein vai dizer que

> "qualquer interpretação de um texto de certo modo já é feita com atraso, pois ela sempre é antecipada e acontece numa interpretação que se dá como um modo de ser. Dessa maneira, linguagem jurídica aparece como uma totalidade de dupla estrutura. A hermenêutica jurídica acontece

sobre um fundo que é constituído pelo horizonte de uma hermenêutica como pré-compreensão em que qualquer intérprete já sempre se explicita em seu modo de ser. Essa dupla estrutura representa uma das dimensões mais óbvias e, contudo, menos percebidas, porque para seu encobrimento operam vários fenômenos que o direito herdou da tradição metafísica:

1. Temos, primeiro, a ilusão metafísica da transparência. Nela o sujeito se põe como senhor do discurso sobre objetos de que fala o direito.
2. Temos, ainda, a questão do fundamento que de acordo com sua origem metafísica o direito pretende encontrar em algum tipo de afirmação sobre a realidade ôntica.
3. Ao lado do fundamento situa-se a aceitação da objetificação como um resultado óbvio da interpretação do direito.
4. Como resultado disso, toda a dogmática jurídica move-se no universo apenas familiar dos textos, dos códigos e da Constituição.[22]

Penso que isso não foi devidamente percebido, porque é a base para a compreensão da revolução paradigmática da hermenêutica jurídica. Em face disso, corre-se o risco de ficar restrito ao cerne das teorias que colocam na argumentação o critério da busca da verdade.

Em síntese, não conseguem compreender que o procedimento para a formação do consenso, o processo argumentativo, *já pressupõe um mundo prático, que antecipa as compreensões dos participantes.*

Assim, por exemplo, quando Habermas sustenta que só o consenso é racional e que todo falante interessado em algum assunto deve poder se manifestar, *o consenso passa a ser – tautologicamente – a expressão do consenso.* Assim, para ele, em um mundo de racionalidade discursiva perfeita, não há manipulação. Constrói, desse modo, uma realidade contrafática, tendo por base a situação ideal de fala.

Nesse sentido, embora Habermas não trabalhe com esse exemplo, permito-me fazê-lo, adaptando uma situação freqüentemente utilizada por Juan Garcia Amado e que serve para melhor ilustrar a problemática: embora não exista democracia perfeita, é possível dizer que a democracia alemã é melhor (funciona melhor) que a do Equador. Mas, de que modo se alcança esse resultado? A partir da teoria habermasiana, a resposta seria: colocando uma e outra contrafaticamente com a situação ideal de fala (que é prévia e que seria o conceito de democracia que os falantes/partícipes construíram, sem distorções, manipulações, etc). Isto é, faticidade é factual; validade é contrafactual. Qual é o cerne do problema da teoria habermasiana? Onde reside a ausência de compreensão da dupla estrutura do discurso a qual me refiro?

22 Cf. Stein, Ernildo. Novos caminhos para uma filosofia da constitucionalidade. Apresentação à obra *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. XV.

Pois a resposta que a hermenêutica fornece é a seguinte: para alcançar a situação ideal de fala e comparar, posterior e contrafaticamente, a democracia alemã e a equatoriana, os partícipes já tinham a pré-compreensão do que era a democracia da Alemanha e a do Equador (e de países similares). Ou seja, aqui*lo que é para ser interpretado (respondido) é, antes, condição de possibilidade.*

A resposta, a partir da argumentação discursiva, constitui-se em um vetor de racionalidade axiomático-dedutivo (portanto, apofântico), que tem na faticidade, no ser-no-mundo (que Habermas afasta, pelo menos o colocando em segundo plano, porque só ingressa no jogo depois que a norma esteja previamente fundamentada, fundamentação essa que é construída de forma descontextualizada, *a priori*), a sua condição de existência.

Por essas razões, a teoria habermasiana necessita sufocar a pré-compreensão, enfim, a tradição, que estaria assentada em uma comunicação "distorcida". Só que não é possível cindir ou eliminar o que é incindível e ineliminável.

Por tudo isso – e insisto neste ponto – o que desenvolvo não quer significar uma atitude niilista de aniquilar discursos anteriores, mas acrescentar a tudo o que foi dito, algo que foi omitido, que é a *verdadeira compreensão em torno da importância dos paradigmas.*

Assim – e isso se afigura como absolutamente relevante para a compreensão de toda essa discussão –, *as conseqüências que se quer tirar de Habermas para o direito brasileiro ficam aquém das exigências de uma inclusão social ou de transformação social.* Em Habermas, há a falta de um elemento mais profundo, pelo qual é criticado por vários autores, *que é uma aparente tentativa de ultrapassar o paradigma da representação e da subjetividade,* mas no fundo, na medida em que se apega a elementos do mundo vivido e nega a possibilidade da ética no principio *D* (princípio do discurso), surge em sua teoria do discurso uma lacuna, uma lacuna fundamental.

Esse debate exige que nos dirijamos a certos autores, dos quais Habermas se alimentou (Apel, Heidegger, Gadamer). Agregou às suas teorias alguns aspectos e não tomou com profundidade, por exemplo, as objeções que lhe foram feitas pelos mesmos Apel, Gadamer e Heidegger. Apesar de reconhecer que na fenomenologia houve a revolução paradigmática, preferiu se fixar/ado-

tar (n)o conceito de mundo vivido de Husserl, de caráter cultural, ainda refém da filosofia da consciência, prendendo-se, assim, ao paradigma anterior.

6.3. A Constituição como algo substantivo e porque ainda deve "constituir-a-ação". A inadequação de uma teoria geral do constitucionalismo. A necessidade de uma teoria da Constituição adequada.

Toda essa discussão repercute na concepção que temos acerca do papel da Constituição em países periféricos, que denomino "países de modernidade tardia". Penso que não há dúvidas de que a Constituição do Brasil é nitidamente dirigente, exsurgindo, daí, a necessidade de superar as generalidades próprias de uma teoria geral do constitucionalismo, traçando as diretrizes para albergar as especificidades de um país periférico como o Brasil. Nesse sentido, a lição de Bercovici, que aponta a fixação dos objetivos da República (art. 3º) como vetores desse dirigismo, que têm a função, entre outras, de identificação do regime constitucional vigente, ou seja, fazem parte da fórmula política do Estado, que o individualiza, pois esta diz respeito ao tipo de Estado, ao regime político, aos valores inspiradores do ordenamento, aos fins do Estado, etc. Também define e delimita a identidade da Constituição perante seus cidadãos e a comunidade internacional. Em suma, assevera Bercovici, a fórmula política é a síntese jurídico-política dos princípios ideológicos manifestados na Constituição. O que contraria essa fórmula afeta a razão de ser da própria Constituição.[23]

Alguns de meus críticos procuram negar, assim, a impossibilidade de uma teoria geral da Constituição, fundados, ao que tudo indica, na tentativa de encontrar – habermasiamente – *um fundamento de identidade para as Constituições*, o que fica perfeitamente explicado pela forte influencia kantiana no discurso de Habermas, que retoma o imperativo categórico, privilegiando temas universais, e não individuais.

Essa defesa da possibilidade de se buscar um fundamento de identidade para as Constituições segue o papel a ser exercido pela situação ideal de fala, entendido como um constructo contrafático – a exemplo da "posição original" de Rawls – que, entretanto, *não passa de um tipo ideal, portanto, não encontrável em lugar nenhum.*

23 Cf. Bercovici, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 36.

A contrário disso, a tese de um constitucionalismo adequado – que defendo juntamente com autores como Gilberto Bercovici – procura resgatar as especificidades das Constituições e sua capacidade dirigente e compromissária (é evidente que, à luz do procedimentalismo habermasiano, a tese de um dirigismo constitucional soçobra!), apontadas para o resgate das promessas da modernidade, circunstância que assume papel fundamental em países como o Brasil, em que sequer a legalidade formal é cumprida, e sem que a esfera pública tenha condições de se desenvolver, pela absoluta ausência do cumprimento dos direitos substantivos.

O debate acerca dos limites do direito e do grau de vincularidade da Constituição, embora já tenha o seu fim anunciado pelos defensores das teorias processuais-procedimentais, continua absolutamente atual. Afinal, ainda é possível falar em Constituição compromissória? Pode um texto constitucional "determinar" o agir político-estatal? Ainda é possível sustentar que a Constituição especifica "o que fazer" e o governo – *lato sensu* – estabelece o "como fazer"? A vontade geral popular, representada por maiorias eventuais, pode alterar substancialmente o conteúdo da Constituição, naquilo que é o seu núcleo político? Ainda é possível falar em soberania dos Estados? Quais os limites do "constituir" da Constituição?

A resposta pode estar com Eros Grau, ao lembrar que a Constituição do Brasil não é um mero "instrumento de governo", enunciador de competências e regulador de processos, mas, além disso, enuncia diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Não compreende tão-somente um "estatuto jurídico do político", mas um "plano global normativo" da sociedade e, por isso mesmo, do Estado brasileiro. Daí ser ela a Constituição do Brasil, e não apenas a Constituição da República Federativa do Brasil. Os fundamentos e os fins definidos em seus artigos 1 e 3 são os fundamentos e os fins da sociedade brasileira. Outra questão, diversa dessa, é a relativa a sua eficácia jurídica e social e a sua aplicabilidade. De tal modo, o legislador está vinculado pelos seus preceitos, ainda que sob distintas intensidades vinculativas, conforme anotava Canotilho já na primeira edição de sua tese, ao cogitar genericamente dessa questão.[24]

Daí a perene importância daquilo que se convencionou chamar de dirigismo constitucional ou Constituição Dirigente, tese elaborada inicialmente

24 Cf. Grau, Eros Roberto. *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Jacinto N. M. Coutinho (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

por Peter Lerche (*dirigierende Verfassung*)[25] e devidamente adaptada à doutrina constitucional portuguesa por J. J. Gomes Canotilho.[26] No decorrer dos anos, a tese do dirigismo constitucional tem sofrido críticas das mais variadas, mormente a partir do fortalecimento da globalização e do neoliberalismo. O engendramento das teses processuais-procedimentais acerca da Constituição paulatinamente enfraquece o papel compromissório-vinculante dos textos constitucionais. O próprio Canotilho, principal articulador da tese do dirigismo constitucional em terras portuguesas e brasileiras, tem colocado sérias reservas à prevalência da tese.

Com efeito, embora Canotilho reconheça, *v.g.*, que o texto constitucional continue a constituir uma dimensão básica da legitimidade moral e material e, por isso, possa continuar sendo um elemento de garantia contra a deslegitimação ética e desestruturação moral de um texto básico através de desregulamentações, etc., por outro lado considera que esse texto básico (a Constituição) não mais pode servir de fonte jurídica única e nem tampouco pode ser o alfa e o ômega da constituição de um Estado.

É evidente que tais afirmações devem ser contextualizadas. Com efeito, a afirmação de Canotilho vem acompanhada de uma explicação, no sentido de que "a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias". Entendo, assim, que a afirmação de Canotilho não elimina e tampouco enfraquece a noção de Constituição dirigente e compromissária.[27] Observe-se, nesse ponto, e desde logo, que não é possível falar, hoje, de uma teoria geral da Constituição. A Constituição (e cada Constituição) depende de sua identidade nacional, das especificidades de cada Estado nacional e de sua inserção no cenário internacional. Do mesmo modo, não há "um constitucionalismo", mas, sim, vários constitucionalismos.

Ou seja, para uma melhor compreensão da problemática relacionada à sobrevivência ou "morte" da assim denominada Constituição dirigente, é necessário que se entenda a teoria da Constituição enquanto uma teoria que resguarde as especificidades histórico-factuais de cada Estado nacional.

25 Cf. Lerche, Peter. *Übermass und Verfassungsrecht: Zur Bildung des Gezetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit*. 2ª ed. Goldbach, Keip Verlag, 1999, pp. 60 e segs.

26 Ver, nesse sentido, Canotilho, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editores, 1994.

27 Ver, para tanto, meu *Jurisdição Constitucional*, *op. cit.*, cap. 3.

Para tanto, a teoria da Constituição deve conter um núcleo (básico) que albergue as conquistas civilizatórias próprias do Estado Democrático (e Social) de Direito, assentado, como já se viu à saciedade, no binômio democracia e direitos fundamentais-sociais. Esse núcleo derivado do Estado Democrático de Direito faz parte, hoje, de um núcleo básico geral-universal que comporta elementos que poderiam confortar uma teoria geral da Constituição e do constitucionalismo do Ocidente. Já os demais substratos constitucionais aptos a confortar uma teoria da Constituição derivam das especificidades regionais e da identidade nacional de cada Estado.

Dito de outro modo, afora o núcleo mínimo universal que conforma uma teoria geral da Constituição, que pode ser considerado comum a todos os países que adotaram formas democrático-constitucionais de governo, há um núcleo específico de cada Constituição, que, inexoravelmente, será diferenciado de Estado para Estado.

Refiro-me ao que se pode denominar de núcleo de direitos fundamentais sociais plasmados em cada texto que atenda ao cumprimento das promessas da modernidade. O preenchimento do déficit resultante do histórico descumprimento das promessas da modernidade pode ser considerado, no plano de uma teoria da Constituição adequada[28] a países periféricos ou, mais especificamente, de *uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT)*, como conteúdo compromissário mínimo a constar no texto constitucional, bem como os correspondentes mecanismos de acesso à jurisdição constitucional e de participação democrática.

A idéia de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia implica uma interligação com uma teoria do Estado, visando à construção de um espaço público, apto a implementar a Constituição em sua materialidade. Dito de outro modo, uma tal teoria da Constituição dirigente não prescinde da teoria do Estado,[29] apta a explicitar as condições de possibilidade para a implantação das políticas de desenvolvimento constantes – de forma dirigente e vinculativa – no texto da Constituição.

28 A idéia de um "constitucionalismo adequado" aparece, de certa maneira, em Ernst-Wolfgang Böckenförd, em *Los Metodos de la Interpretación Constitucional. Inventario e Critica*. Escritos sobre Derechos Fundamentales. Baden-Baden: Nomos, 1993, pp. 13-14; 37-39; nessa linha Bercovici, *Desigualdades*, *op. cit.*, p. 287, fala de uma teoria material da Constituição constitucionalmente adequada.

29 Essa associação do Estado e Constituição, Constituição e Estado é endossada por Canotilho em seu *O Estado Adjetivado*, *op. cit.*, p. 29; ver, também, Bercovici, *Desigualdades*, *op. cit.*, pp. 271 e segs.

Daí que, analisando a problemática a partir do estado da arte da (in)efetividade dos direitos fundamentais-sociais no Brasil, com os olhos voltados ao conteúdo dirigente e compromissário da Constituição de 1988, dezoito anos depois de sua promulgação, continuo, do mesmo modo que Canotilho, defensor das teorias acionalistas da política e da possibilidade de direção do Estado,[30] mormente porque, como ele mesmo reconhece, no caso concreto do Brasil a dimensão política da "Constituição dirigente" tem uma força sugestiva relevante quando associada à idéia de estabilidade que, em princípio, se supõe lhe estar imanente. Esta estabilidade, aduz, está articulada com o projeto da modernidade política, que, sucessivamente implementado, respondeu a três violências ("triângulo dialéctico"), através da categoria político-estatal:

a) respondeu à falta de segurança e de liberdade, impondo a ordem e o direito (o Estado de direito contra a violência física e o arbítrio);
b) deu resposta à desigualdade política, alicerçando liberdade e democracia (Estado democrático);
c) combateu a terceira violência – a pobreza – mediante esquemas de socialidade. Tenho presente, assim, que a "Constituição dirigente" continua a ser o suporte normativo do desenvolvimento deste projeto de modernidade.

Desse modo, e concordando uma vez mais com Canotilho, *quando alguns Estados ainda não resolveram o combate às três violências – física, política e social – não se compreende nem o eclipse do Estado de direito, democrático e social nem a discussão de sua valência normativa* (o constitucionalismo dirigente, democrático e social).[31] Estas são, de fato, as grandes angústias que exsurgem da análise da realidade de países de modernidade tardia como é o Brasil.

Nesse sentido, a pretensão efetiva é de que os mecanismos constitucionais postos à disposição do cidadão e das instituições sejam utilizados, eficazmente, como instrumentos aptos a evitar que os poderes públicos disponham livremente da Constituição. A Constituição não é simples ferramenta; não é uma terceira coisa que se "interpõe" entre o Estado e a Sociedade. A Constituição dirige; constitui. A força normativa da Constituição não pode significar a opção pelo cumprimento *ad hoc* de dispositivos "menos significativos" da Lei

30 Ver, para tanto, Canotilho, *O Estado Adjetivado*, *op. cit.*, p. 40.
31 Idem, ibidem.

Maior e o descumprimento sistemático daquilo que é mais importante – o seu núcleo essencial-fundamental. É o mínimo a exigir-se, pois!

Uma *Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia*, que também pode ser entendida como uma teoria da Constituição dirigente-compromissória adequada a países periféricos, deve tratar, assim, da construção das condições de possibilidade para o resgate das promessas da modernidade incumpridas,[32] as quais, como se sabe, colocam em xeque os dois pilares que sustentam o próprio Estado Democrático de Direito.

Dito de outro modo, descumprir os dispositivos que consubstanciam o núcleo básico da Constituição, isto é, aqueles que estabelecem os fins do Estado (o que implica trabalhar com a noção de "meios" aptos para a consecução dos fins), *implica solapar o próprio contrato social* (do qual a Constituição é o elo que liga o político e o jurídico da sociedade).

O texto constitucional, fruto desse processo de repactuação social, não pode ser transformado em um latifúndio improdutivo. Não pode, pois, ser deslegitimado. Afinal, como bem assinala Friedrich Müller,[33] a função do direito constitucional, da legislação e da concretização da Constituição é exatamente a de manter a legitimidade do agrupamento político-estatal.

Este pode ser o ponto nodal da discussão sobre o papel da Constituição em países periféricos como Brasil, a partir da necessidade de se entendê-la como explicitação do contrato social, enfim, da refundação do pacto social. O papel institucional da Justiça Constitucional assume relevância nessa temática – sem descuidar da importância das lutas políticas, através de movimentos sociais e mobilizações da sociedade, porque o Judiciário (justiça constitucional) ainda possui um alto grau de comprometimento com a manutenção do *status quo* –, entendendo-se o direito a partir do viés transformador que lhe foi dado pelo Estado Democrático de Direito, mediante mudanças qualitativas e quantitativas que podem ser produzidas na sociedade.

32 Nesse sentido, Andreas Krell anota que o mundo em desenvolvimento ou periférico, de que o Brasil (ainda) faz parte, significa uma realidade específica e sem precedente, à qual não se podem descuidadamente aplicar as teorias científicas nem as posições políticas trasladas dos países ricos (João Mauricio Adeodato. Uma Teoria (emancipatória) da Legitimação para países subdesenvolvidos – *Anuário do Mestrado em Direito da UFPE*, nº 5, 1992, p. 220). Assim, arremata Krell, a discussão européia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado. Cf. Krell, Andreas. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des) caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 54.
33 Ver, para tanto, Muller, Friedrich. *Métodos de Trabalho do direito constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Mais do que assegurar os procedimentos da democracia – que são absolutamente relevantes –, é preciso entender a Constituição como algo substantivo, porque contém direitos fundamentais, sociais, coletivos que o pacto constituinte estabeleceu como passíveis de realização. Há que se deixar assentado que o constitucionalismo dirigente-compromissório não está esgotado. A Constituição ainda deve "constituir-a-ação", mormente porque, no Brasil, nunca constituiu. *No texto da Constituição de 1988, há um núcleo essencial, não cumprido, contendo um conjunto de promessas da modernidade, que deve ser resgatado* (o ideal moral transforma-se em obrigação jurídica). O problema é que, em países como o Brasil, formou-se um "silêncio eloqüente" acerca do significado da Constituição, naquilo que ela tem de "norma diretiva fundamental".

Dito de outro modo, no campo jurídico brasileiro a Constituição e o direito constitucional têm sido relegados, historicamente, a um plano secundário, constituindo-se em algo que se pode denominar de "baixa constitucionalidade", que, hermeneuticamente, *estabelece o limite do sentido e o sentido do limite de o jurista dizer o direito*, impedindo, conseqüentemente, a manifestação do sentido do ser (do direito). Um dos fatores que colabo(ra)ram para a pouca importância que se dá à Constituição se deve ao fato de que as Constituições brasileiras, até o advento da atual, sempre haviam deixado ao legislador a tarefa de fazer efetivos os direitos ou objetivos materiais contidos no texto constitucional, que, com isso, se transformava, porque assim era entendida, em mero programa, uma mera lista de propósitos. E o grau de utilização histórica da jurisdição constitucional pode ser aferido de acordo com essas "demandas".

Com efeito, tornado independente de Portugal, a primeira Constituição brasileira não estabeleceu controle de constitucionalidade *stricto sensu*. Inspirados (*sic*) no modelo revolucionário francês – veja-se o paradoxo disso, uma vez que a Constituição de 1824 foi outorgada pelo Imperador D. Pedro I –, foi deixada ao Poder Legislativo a tarefa de controlar a legalidade/constitucionalidade das leis. Consta que, em todo o período colonial-imperial, que durou mais de 70 anos, somente em duas oportunidades foi feito o citado "controle". A competência do Supremo Tribunal de Justiça estava restrita a conceder ou denegar recursos de revista, decidir conflitos de jurisdição e conhecer os delitos e erros de ofício que cometessem os seus ministros, os das Relações, os empregados no corpo diplomático e os Presidentes das Províncias. A falta da instituição de uma forma de controle de constitucionalidade colocava a Constituição em um plano secundário, sendo absolutamente ineficaz e inoperante o modelo de "controle" legislativo estabelecido pela Constituição. Como se isso não bastasse, com o advento da República, importamos o sistema de controle difuso jurisdicional vigorante nos Estados Unidos. Lamentavelmente, não se deram conta os republicanos brasileiros que os Estados Unidos dispunham de um fórmula advinda da tradição inglesa

– *o stare decisis* – de conceder efeito *erga omnes*, próprio do sistema jurídico da *common law* – às decisões da Suprema Corte Proferidas em grau de recurso. Por incrível que possa parecer, em plena República, durante 43 anos ficamos sob os auspícios de um sistema de controle jurisdicional difuso que somente funcionava *inter partes*. Não se deve deixar de registrar que, muito embora tenhamos ingressado na República, o Supremo Tribunal Federal, que veio a substituir o Supremo Tribunal de Justiça do Império, foi composto por juízes do velho regime, sem conhecimento e experiência acerca do que era o controle jurisdicional de constitucionalidade. Aproveitou-se a maior parte do Supremo Tribunal de Justiça da Monarquia, inclusive quatro Conselheiros septuagenários, sete sexagenários e apenas quatro, com menos de sessenta anos. Alguns deles eram Viscondes e Barões (*sic*). O "avanço" representado pela Constituição de 1934 tão-somente teve o condão de fazer com que as decisões do STF em sede de controle difuso fossem remetidas ao Senado (como ocorre hoje com o art. 52, X), cuja conseqüência era de, uma vez suspensa a execução da lei, conceder eficácia *erga omnes* à decisão. Tirante o período da ditadura Vargas, no qual houve retrocesso no campo do controle de constitucionalidade – o Poder Legislativo podia, por voto de dois terços, revogar a decisão de inconstitucionalidade tomada pelo Supremo Tribunal Federal –, a Constituição de 1946 não trouxe qualquer avanço no plano da jurisdição constitucional. Tivemos que esperar até o ano de 1965 para que passássemos a ter um modo de conceder efeito *erga omnes* às decisões em ações (representações) de inconstitucionalidade (EC 16/65). Ou seja, muito embora no final dos anos 50 já se falasse em controle direto de constitucionalidade do direito estadual naquilo que diz respeito aos princípios sensíveis, *somente no ano de 1965 se inaugura o controle "objetivo" concentrado.*

Em face de tudo isso, fazendo um breve inventário, não é temerário afirmar que pouco temos a comemorar em termos de jurisdição constitucional no Brasil. Afinal de contas, excluindo o período colonial, no qual sequer se falou em controle de constitucionalidade, os primeiros 50 anos da República pouco significaram para aquilo que se denomina de jurisdição constitucional. A isso se deve agregar que mesmo a inovação consistente na remessa da decisão do Supremo Tribunal Federal para o Senado não representou grandes avanços, mormente se compararmos os modelos brasileiros com os sistemas de controle de constitucionalidade vigorantes no resto do mundo.

Com isso se explica parte da crise constitucional brasileira, isto é, a pouca importância que se tem dado ao direito constitucional e ao próprio texto constitucional, mormente se levarmos em conta o novo modelo de Estado Democrático de Direito, estabelecido pela Constituição de 1988, que seguiu os modelos de Constituições dirigentes do segundo pós-guerra. Numa palavra: sob o manto de uma "baixa constitucionalidade", olvidou-se o constituir da Constituição; mas, muito pior do que o silêncio é não prestarmos atenção nele.

Capítulo 7

Teoria do discurso, decisões judiciais e racionalidade argumentativa. Os obstáculos à concretização dos direitos fundamentais-sociais (substantivos) sustentados em nome do procedimentalismo.

7.1. Os (questionados) limites da atuação da justiça constitucional e de como não se pode confundir a necessária intervenção judicial com discricionariedades e decionismos.

De tudo o que foi dito, ficam fragilizadas as críticas de Habermas de que, sob as condições modernas de um mundo da vida plural e de uma sociedade descentrada, em que competem com a mesma dignidade vários projetos do que seja o florescimento humano, *a realização de direitos via justiça constitucional se choca com o pluralismo político* e de identidades individuais e coletivas, próprio da modernidade e da tradição do constitucionalismo, colocando em risco, além disso, a própria democracia entre nós (sic).

Calcados nas críticas de Habermas à atuação dos Tribunais Constitucionais, tida como "promovedora do enfraquecimento da cidadania e da democracia, porque não condizente com o pluralismo, a democracia e em desobediência aos limites que deve ter a justiça constitucional" – esta é a tese central de Habermas desenvolvida em *Direito e Democracia: entre faticidade e validade* –, alguns juristas[1] fazem cerrado ataque a uma série de decisões judiciais brasileiras por mim referidas como importantes exercícios de jurisdição constitucional. *Tais decisões estariam carentes da necessária racionalidade argumentativa, não passando, portanto, pelo filtro do "procedimentalismo habermasiano".*

Uma das (fortes) críticas é dirigida ao meu "aplauso" (sic) à decisão do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1158-8/AM, de 19/12/94, em que se anulou legislação estadual que concedia gratificação de férias aos servidores inativos:

1 Por todos, Souza Cruz, *Habermas e o Direito*, *op. cit.*, pp. 139 e segs.

"Entendeu o tribunal, com a anuência entusiasmada do doutrinador Lenio Streck, que tal vantagem pecuniária ofenderia o princípio da razoabilidade incidindo 'o legislador comum em desvio ético-jurídico'. Contudo, é preciso indagar: não é a própria Constituição Federal (art. 40, § 4º) que determina que os proventos de aposentadoria serão revistos na mesma proporção que a remuneração dos servidores da ativa? Qual a razão de tal dispositivo? Não será porque parte significativa da remuneração dos servidores públicos está concentrada em gratificações? E, que a criação de benefício remuneratório para os servidores da ativa que não se estende aos aposentados é mecanismo certo de vilipendiar os últimos? Fica a pergunta: quem define o que é 'desvio ético-jurídico'? O magistrado pode livremente superpor seus valores pessoais sobre aqueles aprovados na Assembléia Constituinte?".

Trata-se, à evidência, de uma crítica indevida. Não percebo qualquer ativismo nessa decisão do Supremo Tribunal. As críticas à decisão deixam de lado a faticidade e a tradição (entendida no sentido gadameriano, e não objetificado, como em Habermas). É possível alcançar – e neste caso, isso é facílimo – a resposta correta (adequada constitucionalmente). Com efeito, a Constituição estabelece como vetor do serviço público a moralidade administrativa. Daí a pergunta: é moralmente aceitável (no sentido normativo da moralidade administrativa de que trata a Constituição do Brasil) que servidores aposentados tenham férias ou, melhor dizendo, gratificação de férias?[2] No caso, nem sequer é necessário buscar socorro no assim denominado princípio da moralidade. A resposta está dada a partir da tradição jurídica, que estabeleceu a pré-compreensão (autêntica) acerca do que sejam "férias" ou "gratificação dessas férias" e suas conseqüências administrativas em um Estado Democrático de Direito. Seria ativismo judicial, sim, *uma decisão em sentido contrário*, isto é, seria aplicar a jurisprudência dos valores (claro que, neste caso, os "valores" seriam – hermeneuticamente – ilegítimos, inautênticos), *se se negasse a estrutura mínima do texto constitucional*, como se o texto fosse apenas a ponta do *iceberg* e por debaixo dele estivessem os valores a serem "descobertos" pela "mente privilegiada" do intérprete.

2 É evidente que Souza Cruz (*Habermas e o Direito, op. cit.*, pp. 139 e segs.) não é ingênuo a ponto de defender o direito dos inativos a receberem "gratificação de férias". Sua preocupação aponta para a quebra da isonomia constitucional. De qualquer sorte, essa questão não se sustenta mesmo a pretexto da isonomia.

De qualquer modo, cabe a pergunta: o que deveria ter feito o Supremo Tribunal Federal na apreciação da referida ação direta de inconstitucionalidade? Rejeitá-la? Ou, estabelecer, antes, uma situação ideal de fala, em que os partícipes tivessem os mesmos direitos na discussão, em uma comunicação sem manipulações ou distorções? Como fazer isto? Essa "situação" já não estaria *na própria Constituição*? Aliás, este é um problema insolúvel na teoria habermasiana: a sua abstratalidade.

Outra decisão criticada[3] trata de causa relativa a concurso de credores falimentar, em que foi "subvertida" a prioridade legal dos créditos fiscais/previdenciários em favor dos créditos trabalhistas, sob o fundamento de que os últimos seriam indispensáveis à sobrevivência do ser humano. Daí o questionamento de Souza Cruz:

"O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu que o direito social ao trabalho se situaria em posição mais próxima da noção da dignidade da pessoa humana do que da pretensão creditícia da Fazenda Pública. Contudo, é preciso indagar: seria lícito ao Judiciário inverter uma prioridade estabelecida pelo legislador democrático baseado meramente em preferência pessoal dos magistrados? Ficaria posta a questão: o crédito previdenciário não seria suporte financeiro também para os direitos sociais de aposentados? Qual a racionalidade de uma decisão que julga o salário do trabalhador mais próximo do núcleo da dignidade humana do que a pensão de um aposentado? Não teria sido mais adequado que o julgador tivesse respeitado a opção do legislador político?"

Vários problemas se apresentam na posição assumida por meu interlocutor mineiro em sua crítica à referida decisão. Primeiro, ao questionar os direitos que estariam em jogo, pretende fazê-lo abstratamente, como se fosse possível resolver "colisão" de princípios – com todas as implicações que isso tem – sem a concretude do caso sob análise. Naquele caso resolvido pelo tribunal gaúcho, *a resposta correta foi exatamente a que colocava os direitos dos trabalhadores em prioridade em relação aos privilégios da Fazenda Pública* (hermeneuticamente, sequer há que se falar em prioridade). A crítica no sentido de que "não cabia ao judiciário julgar que o salário do trabalhador fosse mais

3 Aqui as críticas de Souza Cruz dirigem-se a Ingo Sarlet, por este considerar correta a decisão do TJRS. Ver, para tanto, de Sarlet, o seu *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, pp. 86-87.

importante que a pensão de um aposentado" é absolutamente imerecida no caso sob análise. Esse "sopesamento" não estava em jogo no caso concreto. Dito de outro modo, o tribunal não teve que "escolher" entre o salário do trabalhador e a pensão do aposentado. É equivocado pensar assim. Se usássemos a linguagem habermasiana, poderíamos afirmar que já havia um discurso fundado previamente apontando nessa direção. Uma contraposição entre "salário do trabalhador" e "pensão do aposentado" resvala em direção da teoria da argumentação de Alexy, que procura criar regras e hierarquias para resolver conflitos entre princípios. Ora, princípios não colidem no ar – se é que é possível falar em colidência de "princípios" –, questão, aliás, muito bem denunciada por autores como Klaus Günther, para citar apenas um dos mais importantes defensores, hoje, da teoria da argumentação jurídica.

A assertiva de que, na hipótese, deveria ser respeitada a prioridade estabelecida pelo legislador[4] não leva em conta que por trás de cada regra – e a "prioridade da ordem dos pagamentos" é uma regra – existe um princípio.[5] Logo, fazer da regra tábula rasa é correr um risco positivista, ignorando que a lei ordinária, ao ser concretizada, deve ser feita à luz da Constituição. Cabe aqui a mesma pergunta feita com relação à questão anterior: o que deveria fazer o judiciário, confrontado com a situação concreta? Deveria aplicar a regra em detrimento da determinação constitucional – que pode ser denominada de princípio – que estabelece a primazia da dignidade da pessoa humana, o valor

4 Veja-se o problema – presente em Habermas – na equiparação do princípio jurídico com o princípio da democracia, guardando – e aqui me apóio na bem elaborada crítica de Apel – uma certa relação com Kant, porém muito mais com Rousseau – na pressuposição recíproca, constitutiva para o discurso legiferante da democracia deliberativa, da autonomia individual das pessoas e a autonomia política dos cidadãos, ou seja, da "soberania do povo" (*Com Habermas contra Habermas*. São Paulo: Landy, 2004, p. 215).

5 A afirmação "atrás de cada regra há um princípio" acarreta importantes conseqüências. Com efeito, não poderá haver colisão entre regra e princípio; logo, uma regra não pode prevalecer em face de um princípio (em sentido contrário, ver Barcelos, Ana Paula, *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 165 e segs.; e também Ávila, Humberto, *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003). 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 (e vice-versa), 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 (no sentido que os compreendemos nesta quadra da história). Isto implica a discricionariedade – característica do positivismo, cerne, aliás, das principais críticas feitas por Dworkin à 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.

do trabalho e a própria finalidade da regra que estabelece a escala de prioridade dos créditos falimentares? Como resolver o "caso" à luz da teoria do discurso habermasiana? Como se interpretariam os discursos de fundamentação prévios neste caso? Ou, se já estivessem estabelecidos, uma vez que são prévios, o que diriam? Ou melhor, o que dizem esses discursos de fundamentação?

Outra decisão objeto de cerradas críticas é oriunda da Comarca de Joinville (SC), em que o juiz,[6] atendendo ação civil pública promovida pelo Ministério Público, determinou à municipalidade a criação de 2.948 vagas de ensino fundamental na rede pública de ensino.[7] No caso, a municipalidade havia preferido colocar determinada verba em favor de um clube de futebol (Joinville Esporte Clube, que disputa a terceira divisão do Campeonato Brasileiro). Daí a objeção procedimentalista:[8]

> "Permanece a dúvida: o lazer e a cultura também não seriam valores tutelados pela Constituição da República? Certamente, na escala de valores do juiz, esses seriam inferiores à educação. Mas, restaria a questão: por que a opção pela educação e não pela saúde, moradia, assistência social, certamente também deficitárias? Esses valores também seriam inferiores em caso de ponderação?"

Novamente se está diante do problema representado pela inviabilidade de confrontação/colisão de princípios. É evidente que o lazer e a cultura são direitos (fundamentais) tutelados pela Constituição. Ocorre que um determinado confronto entre "lazer-cultura" e "educação" somente pode ser resolvi-

6 Decisão proferida pelo juiz Alexandre Morais da Rosa, nos autos do Proc. 038.03.008229-0.

7 O caso da "criação de 2.948 vagas de ensino fundamental em Joinvile" é mais uma demonstração de que a incorporação que Souza Cruz faz de Habermas ao direito brasileiro acaba colocando na lei e nos atos administrativos os chamados discursos de fundamentação. Isso, em síntese, acaba retomando a tese positivista da discricionariedade administrativa e dos conceitos indeterminados. Ou seja, parte-se de uma pauta e discute-se – no agir comunicativo – a sua aplicação. Ver a lei como discursos de fundamentação (e simplesmente isso) gera um outro problema para qualquer habermasiano que queira aplicá-lo ao direito brasileiro. Assim, por exemplo, o orçamento municipal tratado nesse caso teria sido elaborado sob as condições quase-transcendentais necessárias à validade da ação comunicativa? É ele resultado de um "verdadeiro" consenso? Habermas em uma passagem de Validade e Faticidade alerta que o direito tem que ser visto como um todo! Isso quer dizer que *eu só posso aplicar o direito habermasianamente se o direito foi feito habermasianamente*. Se um direito não trava com a moral uma relação de "complementariedade co-originária" ele não atende aos princípios U e D, logo, não pode gerar um discurso de fundamentação válido. Deve-se notar que a legitimação procedimental em Habermas tem que atender às condições de validade do discurso, o que o distancia neste ponto de Kelsen.

8 Cf. Souza Cruz, *Habermas e o Direito*, *op. cit.*, pp. 140 e segs.

do no caso concreto. Como, aliás, ocorreu "naquele caso". Por certo, em determinadas situações – e mais uma vez devemos chamar a atenção para a necessária faticidade –, o direito à cultura vai se sobrepor à educação; em outras, *não!* Mas essa "situação" deverá estar bem delineada. Não há hierarquia – abstrata, universalizante – entre os princípios que conformam a materialidade da Constituição. Por isso o perigo representado por sopesamentos (ponderações) – e a teoria habermasiana tem isso bem claro –, que, no fundo, terminam por servir de álibi teórico para sustentar decisões tomadas de forma antecipada (portanto, anti-hermenêuticas).

Somente a situação concreta *é que serve de parâmetro para a resposta correta* (adequada à Constituição). *O problema talvez esteja na diferença entre o que seja uma situação concreta para a hermenêutica e para a teoria do discurso habermasiana.* Hermeneuticamente, nunca é demais lembrar que a "coisa mesma" não é a "mesma coisa"! Lembremos, por relevante, que a busca de Habermas pela resposta correta (na verdade, para ele, a única resposta correta)[9] deve acontecer de modo discursivo.[10] E a teoria do discurso fará depender a aceitabilidade dessa decisão "não da qualidade dos argumentos, mas, sim, da estrutura do processo argumentativo", como diz Habermas em *Faktizität und Geltung*.

No caso em questão, não é (nem um pouco) irrelevante o fato de a verba estar destinada, originalmente, para o clube de futebol. Ao contrário: *é essa situação hermenêutica-concreta que baliza a solução*, que, acima de tudo, tem como fundamento o art. 205 da Constituição do Brasil, que estabelece que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, tanto é que o ensino fundamental é obrigatório e gratuito, segundo estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 54, I, cabendo ao município atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação fundamental infantil (art. 211, § 2º, e art. 60 das disposições transitórias da CF). Isso tudo aliado ao fato de que a Constituição estabelece, entre os objetivos fundamentais da República, a construção de uma sociedade justa e solidária, garantindo o desenvolvimento, erradicando a pobreza e reduzindo as desigualdades sociais (art. 3º). Em síntese, como a norma é sempre o resultado da interpretação do texto e não sendo o texto apenas um enunciado lingüístico, mas, sim, um evento, o sentido dado ao caso é a síntese hermenêutica, que tem na diferença ontológica a sua condição de possibilidade.

9 Segundo Habermas (*Aclaraciones, op. cit.*, p. 148), é o sistema de regras como um todo que permite idealizar para cada situação de aplicação uma e somente uma resposta correta.

10 Ver, para tanto, a arguta análise de Garcia Amado, Juan Antonio. *La filosofia del derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1997, p. 55.

Na mesma linha, a decisão do Juiz de Direito Urbano Ruiz na cidade de Rio Claro, onde o Promotor de Justiça ingressou com uma ação civil pública (instrumento do Estado Democrático de Direito) para obrigar a municipalidade a criar vagas na rede pública municipal de escolas, para que, no ano letivo de 98, nenhuma criança ficasse fora da escola, sob pena de multa diária, além de responsabilizar penalmente o prefeito, que poderia ser destituído do cargo e ficar inabilitado para o exercício de cargo ou função pública por cinco anos. O juiz determinou, liminarmente, a criação das vagas. Não houve contestação por parte da prefeitura.

Claro que sempre está em jogo, em decisões desse jaez, o problema dos limites entre a política e o direito, enfim, a discussão acerca da compatibilidade entre a democracia e o constitucionalismo. Mas, vejamos: tivesse o Poder Judiciário, no momento histórico oportuno, logo após 1988, firmado posição sobre a aplicação do mandado de injunção, estaríamos hoje, no caso concreto das crianças sem escola em Joinvile, diante de típico caso de seu manejo. Ou seja, ao invés da ação civil pública, talvez fosse possível o manejo do mandado de injunção (repito, não tivesse o mandado de injunção sido esvaziado alhures, e que, aliás, poderia ser coletivo). Para aqueles que consideram a decisão do Juiz de Joinvile equivocada, acusando-a de "ativista" e/ou de "jurisprudência dos valores" (ou, ainda, "comunitarista"), cabe, então, a seguinte indagação: a utilização do mandado de injunção – instrumento tão festejado e, ao mesmo tempo, pranteado por todos os juristas (inclusive pelos habermasianos) – *não representaria, também, um ativismo judicial*? Qual seria a diferença entre conceder vagas em escolas ou remédios para doentes via mandado de segurança ou via mandado de injunção?

Insistindo: em cada hipótese de utilização de mandado de injunção não haveria também a necessidade de o Judiciário decidir acerca de que direitos devem ser priorizados? Afinal, o instituto do mandado de injunção é compatível com a democracia procedimental habermasiana e com o papel reservado por Habermas aos Tribunais? Não esqueçamos, ademais, que o mandado de injunção, pela sua característica e em face da primazia da isonomia e da igualdade, assumiria efeitos coletivos.

Ora, em sede de realização de direitos, da concretização de direitos fundamentais, *sempre se estará em face desse dilema*. E o problema não é o texto constitucional, recheado de direitos; *o problema é que a Constituição do Brasil vige e vale em país no qual os direitos de primeira dimensão ainda não foram atendidos*, circunstância que assume foros de dramaticidade no caso dos direi-

tos de segunda e terceira dimensões. Talvez em *terrae brasilis* o problema esteja no "excesso de faticidade"!

Observe-se que, mesmo que Habermas diga, em seu *Pensamento Pós-Metafísico*, que, embora a razão comunicativa seja uma tábua insegura e vacilante, e que esta não se afunda no mar das contingências, ainda quando tal estremecimento em alto-mar seja o único modo de dominar as contingências, é preciso ter claro que o mundo prático – o excesso de faticidade em um país como o Brasil – *produz tantas contingências que, sem dúvida, vão além desse estremecimento.*

Outra tese de minha lavra e transformada em jurisprudência em várias Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que tem sido objeto de contundentes críticas é a que entendeu inconstitucional (não-recepcionado) o instituto da reincidência em nosso Código Penal, com fundamento no princípio da proporcionalidade e na proibição do *bis in idem*. Segundo alguns críticos, em especial Álvaro Souza Cruz, a decisão tomada inicialmente pela 5ª Câmara Criminal é equivocada, porque transforma o Judiciário em legislador. E sustenta a sua crítica em Habermas,[11] no sentido de que *meios e fins, por uma exigência democrática, são definidos originariamente pelo legislador político.* Ao Judiciário, dentro das noções do senso de adequabilidade, cabe tão-somente verificar se a medida tem caráter discriminatório, ou seja, se a medida viola a noção de reciprocidade inerente ao princípio da moralidade (e, posteriormente constatar-se-á, também ao princípio da democracia), ou se ela viola direitos fundamentais, que, ver-se-á mais tarde, concebem-se a partir do discurso".[12]

Na crítica, fica bem visível a postura restritiva acerca da jurisdição constitucional (e observe-se que essa decisão foi proferida em sede de controle difuso). Afinal, para Habermas, não cabe ao Judiciário examinar os fins e meios da legislação; ao Judiciário – e, por via de conseqüência óbvia, à justiça constitucional – cabe tão-somente verificar se uma medida tem caráter discriminatório. Trata-se de uma posição que, por ser procedimentalista, *coloca sérios obstáculos à discussão dos direitos fundamentais constantes na Constituição.*

11 Interessante notar que é o próprio Habermas quem coloca a vedação ao *bis in idem* penal e tributário como direito fundamental, passível de postulação judicial (a vedação ao *bis in idem* integra o rol dos direitos que fazem parte das cinco categorias de direitos fundamentais universais sustentadas por Habermas). Cf. Habermas, *Direito e Democracia I, op. cit.*, pp. 162 e segs.; e, também, Souza Cruz, *Habermas, op. cit.*, pp. 168 e segs.

12 Cf. Habermas, *Direito e Democracia I, op. cit.*, pp. 310 e segs.

Também penso que meios e fins devem ser definidos originariamente pelo legislador (princípio da maioria). Mas, quando esses "fins e meios" se mostram inadequados, violando, por exemplo, regras jurídicas constitucionais (sempre sustentadas por princípios) como a proibição de excesso ou de insuficiência na proteção de bens jurídicos, é tarefa da jurisdição constitucional efetuar uma atividade corretiva, para preservar a força normativa da Constituição (que, aliás, aponta, em seu texto, os parâmetros para o exercício do contramajoritarismo).

No caso sob exame (inconstitucionalidade da reincidência, ou, se se quiser, não-recepção, porque o Código Penal é anterior a 1988), a prevalência da regra que estabelece o agravamento da pena para os reincidentes viola exatamente a proibição de excesso,[13] porque acarreta um *bis in idem*, sendo, pois, um meio claramente desproporcional aos fins a que se destina a pena corporal. Na hipótese, uma pena já cumprida pelo acusado é novamente utilizada contra ele. Isso não viola direitos fundamentais?

Se é correta a crítica de que a referida decisão representa a adesão a uma "jurisprudência de valores" (ou "ativismo judicial")[14] e de que "acarreta um problema de legitimidade", implicando um tipo de concretização de normas que coloca a jurisprudência constitucional no estado de uma "legislação corrente" (sic), parece razoável pensar que, à luz das posturas procedimentalistas, *seria ilegítimo e inadequado, mesmo no controle difuso, declarar a inconstitucionalidade de uma lei que viesse, por exemplo, a descriminalizar o estupro* (ou alguma lei que, de algum modo, acarrete *déficit* de proteção penal a direitos considerados fundamentais).

13 É possível, no plano epistemológico-argumentativo – e foi o que ocorreu na origem desse julgamento – considerar a proibição de excesso (Übermassverbot) como uma "variável" do princípio da proporcionalidade, o que também vale para a propibição de proteção insuficiente (Untermassverbot). É evidente que esse "chamamento" da proporcionalidade pode acarretar problemas, na hipótese desse "uso" não ser feita como equanimidade e igualdade. Como venho deixando claro há a aprtir da segunda edição desta obra e em outros textos, a alusão à proporcionalidade somente tem sentido como aplicação equânime do direito e para afastar aquilo que Dworkuin chama de "leis de conveniência". O sentido do que seja "proporcional" ou "desproporcional" deve ser data pela reconstrução da história institucional do direito, nos estritos caminhos da integridade e da coerência.

14 Como se pode perceber nas presentes reflexões, as acusações de que defendo "ativismos judiciais" são absolutamente despropositadas, até porque, trabalhando de há muito com os pressupostos da hermenêutica filosófica, jamais incentivaria discricionariedades ou decisionismos, pela simples razão de que a hermenêutica é avessa a qualquer forma de relativismo. Para isso, basta uma leitura do item 12.10 de meu *Hermenêutica Jurídica (E)m Crise – Uma exploração hermenêutica da construção do direito* e também no pós-posfácio (8ª ed.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Em síntese: a hermenêutica filosófica – nos moldes aqui propostos – é absolutamente incompatível com atitudes pragmatistas-decisionistas.

Do mesmo modo – se seguirmos fielmente as diretrizes fixadas pelas teses discursivo-procedurais –, não seria possível inquinar de inconstitucional o art. 9º da Lei nº 10.684/03, que concede benefícios (descriminalização) aos sonegadores de tributos.[15] E, se por acaso a resposta fosse positiva, restaria a pergunta: por que nesta lei seria possível e em outras tantas, não? Por que a reincidência não pode(ria) ser sindicada constitucionalmente e o art. 9º da Lei nº 10.684/03, sim?

Na esteira da defesa hermenêutica que tenho feito acerca da necessidade de se fazer uma filtragem hermenêutico-constitucional – porque, afinal, o direito é um saber prático –, várias críticas têm sido dirigidas a uma decisão do Tribunal de Justiça do RS, repetida/adotada já em vários outros Tribunais, com apoio em importantes setores da doutrina e elaborada a partir da adoção na íntegra de parecer de minha lavra, *que aplicou a majorante do roubo para as hipóteses de furto qualificado*, com base em uma leitura constitucional da isonomia e da "proporcionalidade" – na variante da proibição de excesso. Essa decisão, seguindo a linha das críticas dirigidas por Souza Cruz e outros a decisões similares – epitetadas de "ativistas" e "jurisprudência de valores", por certo não passaria pelo severo crivo discursivo-procedural de cariz habermasiano, como, aliás, não passou – o que é de se lamentar - pelo crivo do Superior Tribunal de Justiça.

De qualquer modo, cito a decisão no contexto destas reflexões exatamente para demonstrar as possibilidades de concretização que a hermenêutica filosófica fornece, para efetivar o respeito aos direitos fundamentais, mesmo na inércia do legislador e em área tão "agreste" como o direito penal, *que possui um histórico de "quase blindagem" contra a Constituição*. No julgamento, estava em jogo a seguinte questão: a qualificadora do concurso de pessoas (regra jurídica prevista pelo Código Penal de 1940), que no crime de furto tem o condão de duplicar a pena, podia continuar a ser aplicada literalmente, enquanto, no crime de roubo, a mesma circunstância (concurso de pessoas, aqui com o nome de "majorante" – *sic*) acarreta o aumento de (apenas) um terço da pena? Ou seja, meu parecer pretendia que o Tribunal respondesse a seguinte pergunta: é possível compatibilizar a referida "desproporcionalidade"[16] (excesso legislativo) entre as regras penais com as tão festejadas *garantias constitucionais* (proibição de excesso, igualdade, isonomia e assim por diante)?

A Quinta Câmara Criminal – a partir da percuciente relatoria de Amilton Bueno de Carvalho – respondeu afirmativamente a minha indagação,[17] deixando assentado que havia, efetivamente, uma flagrante violação da proporcionalidade (proibição de excesso – *Übermassverbot*) representada pela duplicação da pena na hipótese de concurso de pessoas no crime de furto. Sustentei que a regra do Código Penal que determina a duplicação da pena toda vez que o furto seja cometido por duas ou mais pessoas fere a Constituição do Brasil. Entre tantas distorções que existem no Código Penal (e nas leis esparsas), este é um ponto que tem sido deixado de lado nas discussões daquilo que hoje denominamos de *necessária constitucionalização do direito penal* e das possibilidades de, via jurisdição constitucional, realizar uma filtragem hermenêutico-constitucional. O acórdão ficou assim ementado:

> "Furto qualificado pelo concurso. Agride aos princípios da proporcionalidade e da isonomia o aumento maior na pena ao furto em concurso do que ao roubo em igual condição. Aplica-se o percentual de aumento deste a aquele. A atenuante pode deixar a pena aquém do mínimo abstrato. Deram parcial provimento aos apelos." Nº 70000284455 – Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho. Unânime. Participaram do julgamento os Desembargadores Aramis Nassif e Paulo Moacir de Aguiar. Porto Alegre, 09 de fevereiro de 2000.

Atentemos para a discrepância: tanto no furto como no roubo, o concurso de agentes qualifica; entretanto, no primeiro, a pena dobra; no segundo, a pena acresce em um terço. Ora, no furto a presença de mais pessoas não coloca em risco a integridade física da vítima, e, sim, facilita o agir subtraente; já

15 Nesse sentido, ver Streck, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da Proibição de Excesso (*Übermassverbot*) à Proibição de Proteção Deficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 80, Coimbra, 2004, pp. 303-345.

16 Veja-se o sentido que assume a "proporcionalidade", isto é, é possível utilizá-la para denunciar exatamente a desproporcionalidade existente entre crimes e penas no âmbito do ordenamento jurídico de um país. Proporcionalidade tem relação com igualdade de tratamento. Mas – e isso é de extrema releância – não é ela, a proprocionalidade, inserindo autonomamente – que irá proporcionar a solução. A resposta ao problema deverá exsugir de uma análise integrativa do direito, que é o que foi feito, na espécie.

17 Com o advento da Súmula Vinculante n. 10, que praticamente repete o conteúdo do art. 97 da CF, as Câmaras Criminais do TJRS (5ª e 6ª) que aplicavam o referido entendimento passaram a não mais fazê-lo. Trata-se de uma interpretação equivocada da referida Súmula, que somente se aplica aos casos em que, de fato, o Órgão Fracionário se esquiva de fazer incidente de inconstitucionalidade. Ora, o caso da desproporcionalidade das penas não exigia essa análise *per saltum*. Não fosse por outra coisa, trata-se de dispositivos anteriores a Constituição, sendo que o sistema brasileiro não admite inconstitucionalidade superveniente. O mesmo equívoco da 5ª Câmara Criminal se dá no caso da não-recepção do dispositivo que trata da reincidência. Desde o advento da Súmula, a reincidência passou a ser novamente vez aplicada.

no roubo, a presença de mais pessoas colocam em risco sobremodo a integridade física da vítima. Não obstante, o Código Penal valoriza mais a coisa (propriedade privada) que a vida/integridade física.

O que propus, na ocasião, foi uma (re)leitura constitucional do tipo penal do furto qualificado (por concurso de pessoas) à luz do princípio da proporcionalidade (logicamente, enquanto "proibição de excesso"). Para tanto, mediante uma interpretação conforme a Constituição e levando em conta o princípio ou os princípios que decorrem da igualdade constitucional, propus a redefinição da norma do art. 155, § 4º, inc. IV, do Código Penal. Tratava-se, pois, de uma nítida "lei de conveniência", para usar a expressão cunhada por Dworkin. A tese – ao contrário de algumas críticas que a ela são dirigidas – não representa ativismo judicial. Tratou-se de uma correção de flagrante violação de direitos fundamentais. Fez-se, no caso, uma interpretação construtiva, a exemplo do Tribunal Constitucional alemão (*BverfGE 39, 1; Staatsgerichtshof de Baden-Württenberg, ESVGH, 26, 129).*

O que se pretendeu corrigir foi o fato de que, para o "legislador" brasileiro de 1940, cometer um furto mediante participação de mais de uma pessoa é circunstância mais gravosa do que cometer um roubo em circunstâncias semelhantes. Tudo idêntico, como lembra Amilton Bueno de Carvalho no corpo do acórdão: "no qualificar, no furto, e no majorar, no roubo, 'concurso de duas ou mais pessoas'. Qual o discurso para o aumento de pena, pelo concurso? A facilitação do delito, impedir coligação de forças, há maior periculosidade. Mas a identidade é de tal forma espetacular que os doutrinadores, como regra, comentam a hipótese do § 4º, IV, do art. 155, e no momento da análise do § 2º, do art. 157, simplesmente remetem o leitor para leitura do que disseram acerca do furto qualificado ou se repetem (Fragoso, Hungria, Mirabete, Costa Junior, Damásio de Jesus, para citar apenas estes)".

Numa palavra, parece óbvio que o moderno direito penal e o contemporâneo direito constitucional não podem compactuar com tais anomalias. Desnecessário referir que um preceito jurídico tem dois âmbitos: vigência e validade (Ferrajoli). Ele pode ser vigente e, entretanto, *não ser válido.* No caso em discussão, o dispositivo legal (texto) em questão, que estabelece a duplicação da pena, é vigente; entretanto, sua validade deve ser aferida na confrontação com os princípios da proibição de excesso e o da isonomia, isso para dizer o menos.[18]

18 A favor da tese, colocam-se Alberto Silva Franco, César Bitencourt e Damásio de Jesus. O Superior Tribunal de Justiça rejeita a tese (por todos, os Recursos Especiais nºs 683094-RS, 664293-RS e 668336-RS, 554676-RS) O argumento nuclear do STJ é que a tese viola o princípio da legalidade, o que, ao meu sentir, é equivocado, uma vez que, antes de tudo, o princípio da legalidade é princípio constitucional. *Se um dispositivo legal é inconstitucional, a sua interpretação – como foi o caso da decisão sob comento – não viola a reserva legal.*

Na mesma linha, isto é, a considerar como corretas as críticas feitas – a partir da teoria habermasiana – às decisões antes assinaladas, não haverá espaço, nas posições procedimentalistas, para a utilização da proibição de insuficiência (*Untermassverbot*). Afinal, fins e meios são tarefas do legislador (sic), circunstância que, ao que parece, provocaria uma blindagem das escolhas do legislador penal, para citar apenas este ramo do direito.

Não se pode olvidar que, em Habermas, há uma desconfiança com o contramajoritarismo, uma vez que a Constituição representa limitação do exercício da soberania popular (portanto, da participação política dos cidadãos). Nesse sentido, não parece desarrazoado afirmar que, em Habermas, a Constituição tem um espaço mais identificado com um certo "iluminismo", admitindo-a muito mais como um instrumento de defesa do cidadão contra qualquer privação abusiva de sua liberdade, e não para corrigir omissões estatais (legislativas ou não) na defesa (insuficiente) de direitos fundamentais.

De igual modo, tudo está a indicar que, no procedimentalismo, não há modo de corrigir escolhas (fins e meios) flagrantemente equivocadas feitas pelo legislador[19] ou pelo Poder Executivo, como, *v.g.*, a hipótese da concessão

19 Exemplo que simboliza bem uma inadequação legislativa foi a institucionalização - desde o advento da alteração feita ao art. 557 do Código de Processo Civil – da prerrogativa de o relator de qualquer recurso decidir, a partir de seu solipsismo - o mérito da demanda. Uma decisão eminentemente colegiada passou a ser monocrática, agravada pelo fato de que o relator possa apreciar inclusive o mérito do recurso (qualquer recurso), desde que manifestamente improcedente (por exemplo, recurso manifestado contra jurisprudência pacífica e contra súmulas); o relator também pode prover recurso desde logo. Observe-se que, afora a dificuldade de se aferir o que seja "jurisprudência dominante", há ainda o problema da indevida vinculação das súmulas, discussão antiga em *terrae brasilis*. A partir dessa alteração, parcela significativa de recursos nos diversos Tribunais da República tem sido apreciada monocraticamente. Essa questão vem sendo agravada desde a Lei dos Recrusos Repetitivos. *Daí a pergunta:* tais alterações legislativas não se traduzem em prejuízo ao exercício dos direitos em sede jurisdicional? Tenho, pois – e isso venho deixando explicitado desde a primeira alteração do CPC com esse propósito "monocratista" - como de duvidosa constitucionalidade os aludidos dispositivos. Na verdade, a contradição principal do problema reside no seguinte aspecto: o art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, diz que cabe recurso especial quando a decisão recorrida contrariar *lei federal*. Nos termos da Lei nº 9.756, o relator (ou a Turma, depois do agravo) negará, de plano, seguimento a recurso de decisão que for contrária *a uma Súmula* ou jurisprudência (dominante). *Ora, como jurisprudência não é lei, o art. 557 – e as alterações posteriores – do CPC está em desacordo com a Constituição Federal.* O mesmo vale para a letra *c* do art. 105, III, da CF, pois, se, em tese, deve ser admitido até mesmo recurso especial com pedido flagrantemente *contra legem*, bastando que haja um acórdão paradigma em sentido contrário à decisão recorri-da, não é possível admitir que *a ofensa à Súmula (ou jurisprudência dominante) do Tribunal* possa impedir o conhecimento do mérito do recurso. Lamentavelmente, o Supremo Tribunal Federal, ao ser questionado a respeito por ocasião do Mandado de Injunção 375 (AgRg), não enfrentou o problema, ficando, tão-somente, na contradição secundária.

de indulto para condenados por crimes hediondos e para os condenados a quaisquer penas, desde que atendidos dois requisitos objetivos: estar em regime semi-aberto e ter, no último ano, cinco saídas temporárias (Decreto nº 5.295/04, cujas inconstitucionalidades argüi em sede de controle difuso).[20]

Uma intervenção da justiça constitucional nesses casos, mormente em sede de controle difuso, seria interpretada – e crítica desse jaez Habermas faz a M. J. Perry – como sendo algo "mais ousado que a hermenêutica de Gadamer".[21] Para se ter uma idéia a esse respeito, veja-se a crítica de que a decisão sobre a inconstitucionalidade da reincidência – que, registro, nem sequer é resultante de uma proibição de insuficiência (*Untermassverbot*), mas, sim, de uma (simples) proibição de excesso (*Übermassverbot*), face negativa mais comum de proteção de direitos fundamentais – seria autoritária, porque "alça o juiz constitucional ao papel de um professor profético que procura garantir a continuidade de uma tradição constitucional para a vida da comunidade, interpretando a palavra divina dos fundadores".[22]

Importa referir, nesse sentido, que a existência de sentenças aditivas, manipulativas e construtivas não é novidade no direito. Para tanto, observe-se a sentença nº 15, de 17 de fevereiro de 1969, do Tribunal Constitucional da

20 Ver, nesse sentido, incidente de inconstitucionalidade que suscitei junto à 5ª Câmara Criminal do TJRS. Sustentei, na oportunidade, a absoluta violação do princípio da proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*), além da afronta ao princípio constitucional da individualização da pena) em face de o legislador estabelecer como requisito para a concessão do indulto (art. 1º, V, do Dec. nº 5.295/04) *a simples fruição de cinco saídas temporárias ao apenado em regime semi-aberto, ainda mais se considerarmos que, em muitos estados da federação, concede-se tal benefício ao arrepio da lei, de forma automatizada* (contra o que já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça no RESP 668384/RS). É, também, inconstitucional admitir que alguém que ainda nem poderia obter o livramento condicional, para o que se exige o cumprimento de mais de um terço da pena, se primário, e mais da metade, se reincidente (art. 83, incisos I e II, do Código Penal), possa ser contemplado com o benefício do indulto, benefício bem mais amplo, (perdão definitivo da pena), como se já a houvesse cumprido integralmente, sem cumprir qualquer outra condição que não as do decreto presidencial, depois de cumpridos apenas mais de um sexto ou mais de um quarto da pena, conforme seja primário ou reincidente, e usufruído de cinco saídas temporárias. Ou seja, se, de um lado, o Estado-legislador deve proteger o cidadão contra os excessos/arbítrios do direito penal e do processo penal (garantismo no sentido negativo, que pode ser representado pela aplicação do princípio da proibição de excesso – *Übermassverbot*), esse mesmo Estado não deve pecar por eventual proteção deficiente (garantismo no sentido positivo, representado pelo princípio da proibição da proteção insuficiente – *Untermassverbot*), nos exatos termos em que fez o Tribunal Constitucional da Alemanha no acórdão *BverfGE 88, 203*.

21 Cf. Habermas, *Direito e Democracia I*, *op. cit.*, p. 320.

22 Aqui, Souza Cruz (*Habermas e o Direito*, *op.cit.*) baseia suas críticas nas teses de M. J. Perry, que, "reinterpretando arrojadamente os direitos fundamentais, que deixam de ser princípios deontológicos do direito para se tornarem bens teleológicos do direito, formam uma ordem objetiva de valores, que liga a justiça e legislador à eticidade substancial de uma determinada forma de vida".

Itália, que resolveu uma questão de legitimidade constitucional acerca do art. 313.3. do Código Penal. Esse dispositivo tipificava o delito de desacato à Corte Constitucional e estabelecia que o processamento desse crime dependeria de autorização do Ministro da Justiça. O Tribunal entendeu que semelhante preceito vulnerava o art. 134 da Constituição sobre a independência e a autonomia do Tribunal Constitucional. Baseado nesse fundamento jurídico, declarou inconstitucional o art. 313.3. do CP, substituindo o requisito da decisão (autorização) do Ministro da Justiça por uma norma "construída" pela própria Corte Constitucional, *in verbis*: *"Dichiara la illegitimità constituzionale dell'art. 313.3., terzo comma, cp., nei limiti in cui attibuisce il potere di dare l'autorizzazione a procedere per il delitto di vilipendio della Corte Constituzionale al Ministro di grazia e giustizia anzichè allá Corte stessa"*. Outro exemplo importante advém da sentença nº 353, de 27 de julho de 1994, na qual a Corte Constitucional Italiana resolveu uma questão de legitimidade constitucional que dizia respeito ao art. 600, 3, do Código de Processo Penal. Esse dispositivo estabelecia a faculdade de o juiz da apelação condicionar a suspensão da execução provisória da sentença condenatória ao pagamento de uma determinada quantia *"cuando puedan derivarse daños graves e irreparables"*. A Corte entendeu que a norma impugnada violava o princípio de "*ragionevolezza*" do art. 3 da Constituição, decidindo que deveria corresponder ao juiz de apelação um amplo espaço decisório sobre o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. Desse modo, substituiu o inciso "*cuando puedan derivarse daños graves e irreparables*" por um com a seguinte redação: "*cuando concurran motivos graves*". Também o Tribunal Constitucional Espanhol fornece exemplos interessantes: a sentença do TC 103/83, de 22 de novembro, resolveu uma questão de inconstitucionalidade instada pela Magistratura do Trabalho de Madrid sobre o art. 160 da Lei Geral da Seguridade Social, por possível violação dos arts. 14 (princípio da igualdade) e 41 (garantias de regime público da Seguridade Social) da Constituição. A questão de inconstitucionalidade tratava de uma demanda de um cidadão frente ao Instituto de Seguros por haver-lhe negado a pensão de viuvez decorrente da morte de sua esposa, sob o argumento de que o demandante já percebia uma pensão de invalidez permanente absoluta. A Administração negou o pedido, aplicando o art. 160 da Lei da Seguridade, onde o parágrafo 1º regulava os requisitos para que uma viúva adquirisse o direito à pensão de viuvez ("Terão direito à pensão de viuvez [...] a viúva, quando, ao falecimento de seu cônjuge, estejam presentes os seguintes requisitos: [...] prova da vivência marital e período de contribuição suficiente do cônjuge causante"). Entretanto, mais adiante, no parágrafo 2º, eram exigidos outros requisitos para o viúvo ("O viúvo terá direito a

pensão unicamente se, além de cumprir os requisitos anteriores, estivesse ao tempo da morte da esposa incapacitado para o trabalho"). O Tribunal Constitucional entendeu como discriminatória e contrária ao princípio da igualdade o fato de o direito à pensão do viúvo sofrer mais limitações que o da viúva. Em conseqüência, o Tribunal, junto às viúvas, adicionou os viúvos como sujeitos com direito a perceber a pensão de viuvez, em condições de igualdade. Em sentido similar, as sentenças nºs 116/87, 222/92, 204/88, 134/96, 154/89, entre outras. Especificamente como manipulativas, as sentenças nºs 5/81 e 97/90.[23]

Finalmente – em face das críticas às decisões judiciais por mim apoiadas e incentivadas referidas anteriormente – vejo-me na obrigação de acrescentar algumas questões. Assim, ao argumento de que a concretização de direitos via judiciário (jurisdição constitucional) enfraquece a cidadania e coloca em risco a própria democracia (sic), cabe lembrar que não há qualquer registro de que a democracia brasileira tenha sido colocada em xeque em face de decisões judiciárias concessivas de direitos, consideradas como "jurisprudência de valores", "ativismo judicial", etc.

Ao contrário, há um conjunto de avanços sociais, fruto de pressões de movimentos sociais, que tem recebido o selo jurídico, a partir da jurisprudência dos tribunais e, em determinadas situações, "convalidadas" por legislações emanadas do Poder Legislativo. Observem-se as lutas dos mutuários do Sistema Nacional de Habitação, as lutas dos movimentos dos sem-terra e sem-teto, que têm, a partir de uma série de decisões judiciais, produzido importantes alterações na legislação e no modo de aplicar o direito. Embora em alguns casos os avanços permaneçam restritos a julgamentos isolados, finca-se, ali, um ponto de apoio para o futuro. De forma exemplificativa, registrem-se os julgamentos de Segundo Grau e do Superior Tribunal de Justiça, entendendo que as ocupações de terra não configuram o crime de esbulho,[24] a garantização do direito à saúde,[25] o reconhecimento da função social da propriedade como condição de possibilidade para a concessão de liminares em ações de

23 Cf. Lafuente Balle, José Maria. *La judicialización de la interpretación constitucional*. Madrid: Colex, 2000, p. 136.

24 Em especial, o voto do Min. Cernicchiaro, proferido no HC 4.399/SP.

25 Direito à saúde. Constitucional e administrativo. Fornecimento pelo Estado de medicamentos excepcionais para pessoas necessitadas na forma da Lei Estadual nº 9.908/93. Paciente portador do vírus HIV. Direito à vida e à saúde. Garantia constitucional. Obrigação do Estado de fornecer os medicamentos excepcionais de uso freqüente e permanente – Epivir e Invirasse – aos necessitados. Todos têm o direito à vida e à saúde (...) na forma dos arts. 5, *caput*, 6, 196 e 203 da Constituição Federal. MS nº 596159988, TJRS.

reintegração de posse,[26] a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (com ou sem a devida especificação acerca do *excesso* ou da *insuficiência* em termos de proteção constitucional dos direitos fundamentais) e a aplicação ampla da principiologia da Constituição como elemento de filtragem hermenêutico-constitucional no Direito Penal[27] e no Processo Penal.[28]

Em síntese, é a situação hermenêutica instaurada a partir do segundo pós-guerra que proporciona o fortalecimento da jurisdição (constitucional), não somente pelo caráter hermenêutico que assume o direito, em uma fase pós-positivista e de superação do paradigma da filosofia da consciência, mas também pela força normativa dos textos constitucionais e pela equação que se forma a partir da inércia na execução de políticas públicas e na deficiente regulamentação legislativa de direitos previstos nas Constituições.

É nisto que reside o que se pode denominar de deslocamento do pólo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário. Ora, tal circunstância implica um novo olhar sobre o papel do direito – leia-se Constituição – no interior do Estado Democrático de Direito, que gera, para além dos tradicionais vínculos negativos (garantia contra a violação de direitos), obrigações positivas (direitos prestacionais). E isso não pode ser ignorado, porque é exatamente o cerne do novo constitucionalismo.

26 Função social da propriedade. Art. 5º, XXII e XXIII, da Constituição Federal. Por unanimidade, a 19ª Câmara Cível do TJRS, (re)intepretando dispositivos do Código de Processo Civil, à luz da Constituição Federal, deferiu agravo de instrumento interposto por multidão de réus sem terra contra liminar deferida a favor de pessoa jurídica autora de ação de reintegração de posse proposta por força de ocupação promovida na Fazenda Primavera, em Bossoroca.

27 Direito penal. Princípio da secularização do direito. Dicotomia vigência-validade. A 6ª Câmara Criminal do TJRS, acolhendo posição que defendi em parecer escrito, entendeu não-recepcionado pela Constituição o crime de casa de prostituição (art. 229 do Código Penal). No caso específico, duas mulheres haviam sido condenadas a 3 anos de reclusão, cada uma, por manterem casa de prostituição em uma pequena cidade. Por unanimidade, a Câmara deixou assentado que tipos penais como o do art. 229 não são condizentes com o princípio da secularização do direito própria do Estado Democrático de Direito, introduzido pela Constituição de 1988 (Ac. 698383932). Adotando a mesma posição, o Acórdão nº 699160826. Em decisão inédita, a 5ª Câmara Criminal do TJRS, por maioria de votos, entendeu ser inconstitucional (não-recepcionado) o dispositivo do Código Penal que regula a reincidência, por ser um *bis in idem* e violar o princípio da proporcionalidade (Ac. 699291050).

28 Direito Processual Penal. O artigo 384, do CPP, ao transformador o juiz em inquisidor, ataca a Constituição. Prova oral policial – por medieval – não pode autorizar condenação, sob pena de agressão à democracia processual. A Câmara entende como inconstitucional o art. 384 (*mutatio libeli*). No caso, em face da inércia do Ministério Público, o juiz de-veria ter julgado o processo no estado em que estava e não "baixar" (sic) os autos para aditamento da denúncia. Processo nulo. Apelação nº 70000936716 – 5ª Câmara Criminal – Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho.

Parece evidente que, como conseqüência disto, o grau de intervenção da justiça constitucional dependerá do nível de concretização dos direitos estabelecidos na Constituição. Ou seja, *o nível das demandas inexoravelmente comandará a intensidade da tensão entre legislação e jurisdição.*

De todo modo, concordo com a tese de que a defesa de um certo grau de intervencionismo da justiça constitucional – que venho sustentando sem a menor ilusão de que existam apenas "bons ativismos e bons ativistas" – implica o risco, e esta aguda crítica é feita por Gilberto Bercovici,[29] da ocorrência de decisões judiciais emanadas, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal, contra a Constituição, *com o conseqüente esvaziamento de sua força normativa (da qual dependem os direitos fundamentais na sua perspectiva substancial), o que representa – aí sim – usurpação de poderes constituintes.*

Entretanto, sem tirar a razão da percuciente observação de Bercovici, entendo que o Tribunal Constitucional (no caso, o STF) sempre faz política. E isso é inexorável. O que ocorre é que, em países de modernidade tardia como o Brasil, na inércia/omissão dos poderes Legislativo e Executivo (mormente no âmbito do direito à saúde, função social da propriedade, direito ao ensino fundamental, além do controle de constitucionalidade de privatizações irresponsáveis, que contrariam frontalmente o núcleo político-essencial da Constituição), *não se pode abrir mão da intervenção da justiça constitucional na busca da concretização dos direitos fundamentais de várias dimensões.* Claro que essa discussão necessita de uma análise acerca da tensão entre constitucionalismo (e jurisdição constitucional) e a democracia, conforme já explicitado no capítulo 2, retro. Nesse sentido, sem retomar (ess)a discussão, entendo corretas as observações de Peña Freire, para quem os juízes constitucionais podem participar do diálogo coletivo, recordando aos cidadãos e a seus representantes o peso de certos direitos, enriquecendo a deliberação pública com argumentos e pontos de vista não levados em conta na discussão parlamentária. Se esta prática é valiosa, quem sabe mereça ser protegida e garantida, evitando, por exemplo, *que a maioria parlamentar possa solapar sem custo algum o poder dos juízes mediante uma reforma constitucional meramente formal.* O juízo de inconstitucionalidade tem que ter algum efeito no sistema institucional e político e alterar significativamente os termos em que se desenvolve o debate político, fundamentalmente obrigando o legislador a oferecer razões adicionais que contrastem com as que foram postas pelo juiz constitucional e que justifiquem decisivamente sua pretensão. Essa operatividade, de todo modo, deve ter um limite, para que não seja bloqueada a ati-

29 Cf. Bercovici, Gilberto. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

vidade do legislador democrático. Por isto, o peso do controle de constitucionalidade deve ser compensado com o poder dos órgãos políticos de "responder" de algum modo aos juízes constitucionais, já que, de outro modo, a instituição do controle judicial perderia sua legitimidade. Em suma, acrescenta o autor, pode não *ser razoável que o órgão de controle de constitucionalidade tenha a última palavra sobre o alcance e os limites de nossos direitos, porém, desde logo, o que me parece conveniente é que tenha a palavra.*[30]

Não se pode confundir, portanto, a adequada/necessária intervenção da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismos por parte de juízes e tribunais. Seria antidemocrático. Com efeito, *defender um certo grau de dirigismo constitucional e um nível determinado de exigência de intervenção da justiça constitucional não pode significar que os tribunais se assenhorem da Constituição.*

Além disso, é necessário alertar para o fato de que a afirmação "a norma é (sempre) produto da interpretação do texto", ou de que o "intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto", nem de longe pode significar a possibilidade deste – o intérprete – poder "dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa", atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem "existência" autônoma). O texto "limita a concretização e não permite decidir em qualquer direção, como querem as diversas formas de decisionismo", alerta Adeodato.[31]

Numa palavra: o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito é, indubitavelmente, incompatível com quaisquer posturas discricionário-decisionistas, porque estas estão assentadas em subjetividades assujeitadoras, enfim, em axiologismos que, no seu cerne, são antidemocráticos.

Não tem sentido delegar para o intérprete-juiz a resolução de casos difíceis (aliás, como se fosse possível identificá-los *prima facie*). Essa delegação positivista é, antes de tudo, ilegítima. Mais do que isso, a discricionariedade delegada ao intérprete-juiz é responsável pela crise de efetividade do direito.

Nesse sentido é que, a pretexto de construir novos horizontes críticos, juristas de diversos matizes teóricos acabam reforçando essa discricionariedade hermenêutica, colocando na "inventividade" do sujeito cognoscente o *locus* do processo interpretativo. Isso dá azo a que se decida *em qualquer dire-*

30 Cf. Peña Freire, Antonio Manuel. "Constitucionalismo Garantista y Democracia". *Crítica Jurídica*, nº 22, Curitiba, Unibrasil, 2003, p. 63.

31 Cf. Adeodato, João Mauricio. Jurisdição Constitucional à brasileira – situações e limites. *Neoconstitucionalismo – ontem, os códigos; hoje, as Constituições. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, nº 2, Porto Alegre, IHJ, 2004, p. 176.

ção (por isso, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça aplica o princípio da insignificância para valor acima de mil dólares nos casos de crimes de descaminho e, ao mesmo tempo, nega a aplicação do princípio para um furto no valor de menos de vinte dólares), uma vez que, sob a máscara de pretenderem constituir discursos críticos, as posturas assentadas em subjetivismos desprezam os próprios textos legais e constitucionais produzidos democraticamente.

Por isso devemos desconfiar de discursos que sustentam serem os textos apenas o início da interpretação ou que os textos (a "letra da lei" – sic) são, tão-somente, a "ponta do iceberg". Há que se tomar cuidado. Tais posturas são tão metafísicas como aquelas que se sustentam em conceitualizações, pensando que o sentido está nas "coisas" e, porque estas (coisas) "possuem" uma essência, é dali que "extraem" o "exato sentido da norma".

7.2. A intervenção da justiça constitucional (difusa e concentrada): a democracia em risco? A discussão da máxima habermasiana de que "os tribunais devem se limitar a assegurar os procedimentos da democracia" e o problema representado pelas demandas por direitos prestacionais constantes na Constituição.

Tenho a convicção de que as decisões até aqui analisadas – e tantas outras similares – não coloca(ra)m em xeque a democracia e o exercício da cidadania no Brasil. Do mesmo modo, não há elementos que apontem para o fato de que, em face da tão criticada *jurisprudência de valores*[32] praticada pelo

32 *Despiciendo frisar que não defendo e nunca defendi a aplicação ou "repristinação" da jurisprudência de valores no Brasil.* Ao contrário. A jurisprudência dos valores se inscreve nos quadros do paradigma da subjetividade, em que os valores superam o próprio texto, que seria a ponta de um iceberg, estando os valores submersos, prontos para serem descobertos pelo intérprete. Nesse sentido, permito-me remeter o leitor para o meu *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, em especial a 8ª edição; na mesma linha, o texto publicado na Revista da Faculdade de Direito da UFMG, denominado *8*. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, Faculdade de Direito da UFMG, v. 89, pp. 121-160, jan.-jun. 2004. Na verdade, *estou me referindo à jurisprudência dos valores porque, por vezes, tenho sido acusado de incentivar o seu uso no Brasil*, como se eu estivesse, ao lutar por uma jurisdição constitucional mais efetiva, defendendo um "ativismo judicial", utilizando, para tanto, a "jurisprudência dos valores" (sic). Essa crítica equivocada é feita, v.g., por Inocêncio Mártires Coelho, In: *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. pp. 51/51, que não entendeu a diferença entre a defesa que faço de um constitucionalismo compromissório (e dirigente) e aquilo que se denomina de "judicialização da política". *Ora, uma coisa é defender uma jurisdição constitucional efetiva, substancialista e republicana; outra coisa é aceitar decisionismos, muitas vezes – ou na maioria das vezes – feitos contra a própria Constituição (vol-*

Tribunal Constitucional da Alemanha[33] ou do intervencionismo dos Tribunais Constitucionais da Itália, Portugal e Espanha nos primeiros anos de existência das respectivas Constituições e da instalação dos Tribunais *ad-hoc*, a democracia nesses países tenha sido enfraquecida.

A preocupação de Habermas com o enfraquecimento da democracia não se concretizou. Não há elementos que atestem que, em face da efetiva atuação dos tribunais constitucionais, a cidadania nesses países tenha ficado debilitada. Pelo contrário. Veja-se, nesse sentido, a importância do Tribunal Constitucional alemão nos primeiros anos do segundo pós-guerra, tendo ativa participação no processo de legitimação de uma Constituição que nascera imposta pelas forças de ocupação, fazendo com que juristas como Bachof abandonassem a tese da existência de "normas constitucionais inconstitucionais". Não teria espaço neste texto para enumerar as importantes decisões do *Bundesverfassungsgericht* que influenciaram toda uma geração de constitucionalistas no mundo todo. Não teria espaço para enumerar a importância de uma análise principiológica (entendida lato sensu), que serviu – e serve, mesmo que, por vezes, com a invocação de princípios que não passam de standarts argumentativos – de sustentáculo à preservação de direitos fundamentais no mundo todo, através dos mecanismos de controle de constitucionalidade.

Não consta que a cidadania dos portugueses tenha sofrido um retrocesso ou que a democracia daquele país tenha sido colocada em risco pela decisão proferida no acórdão 34/84, que anulou lei que representava retrocesso no direito à saúde dos cidadãos portugueses, mediante a aplicação do princípio – herança do *Bundesverfassungsgericht* – da "proibição do retrocesso social".[34]

ta-se à diferença entre ativismo e judicialização). Já a hermenêutica aqui defendida é anti-discricionária e antirrelativista, o que a diferencia totalmente de posturas como a teoria da argumentação jurídica, que tem a ponderação como pedra de toque. Nesse sentido, é despiciendo lembrar qual é o argumento mais utilizado nas decisões em *terrae brasilis* que podem ser epitetadas de decisionistas e/ou pragmatistas: o princípio da proporcionaliadde, mecanismo que "resolve" a ponderação.

33 A toda evidência, merece críticas o apelo à fórmula Radbruch feita pelo Tribunal Constitucional alemão quando do julgamento do recurso dos soldados da antiga RDA, condenados à prisão em flagrante violação do princípio da reserva legal. O *Bundesverfassungsgericht* negou provimento aos recursos constitucionais (*Verfassungsbeschwerde*) interpostos pelas sentinelas que mataram um fugitivo (BGHSt 39, 1) e dos altos funcionários da RDA, condenados pelas mortes de fugitivos por minas terrestres (BGHSt 39, 168, entre outros). O Tribunal Constitucional considerou que as condenações dos acusados pelas instâncias ordinárias não violaram o art. 103, 2, da Lei Fundamental alemã, que trata do *nullum crime, nulla poena, sine lege*.

34 "A partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito so-

Do mesmo modo, não consta que a cidadania italiana tenha ficado abalada com a decisão do Tribunal Constitucional (sentença nº 1, de 1969), pela qual ficou assentado que a lei de indenização por erros judiciários não realizava plenamente o princípio constitucional enunciado no art. 24 da Constituição. Entretanto, negou-se justamente a declarar a inconstitucionalidade da lei para não suprimir o pouco que já se havia feito naquele sentido. Desse modo, "no sería inconstitucional una ley que, respecto del momento actual, redujera la ya de por si estrecha esfera de intervención del Estado para reparar los errores judiciales?"[35]

Tampouco a cidadania brasileira sofreu retrocesso com a concessão de liminares para a área da saúde, a abertura de vagas em escolas, etc. Pode, sim, à luz de uma leitura mais substancialista, ter sofrido revezes com as posturas *self restrainting* dos tribunais e do Supremo Tribunal Federal, que, *ainda nesta quadra da história, por vezes, adotam posturas normativistas de cariz kelseniano, fazendo valer regras com pretensões de suficiência ôntica* (portanto, afastadas de uma análise principiológica).[36]

O problema é que o Judiciário sempre se encontra diante de um dilema: se assume postura intervencionista, imiscuindo-se até mesmo no controle de políticas públicas ou de instalação de CPIs, é acusado de ativista[37] (quando não, de utilizar a jurisprudência dos valores); se assume uma postura *self restrainting* (veja-se o caso do mandado de injunção e a discussão sobre a cassação das liminares durante a "grande privatização" ocorrida no governo Fernando Henrique), é criticado pela sua timidez ou conservadorismo.

cial, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social" (Ac. 34/84 – TC). Em linha similar, o acórdão nº 509/2002.

35 Cf. Bonifácio, Francisco P. Constitucionalidad, legislación regresiva y civilidad jurídica. In: *División de poderes e Interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*. Edición e prólogo de Antonio Lopez Pina. Madrid: Tecnos, 1987, p. 80.

36 Nesse sentido, veja-se a decisão do plenário do STF, no RE nº 346084, em que se discutiu o conceito de faturamento bruto para os efeitos de cobrança de PIS e COFINS e a constitucionalidade da Lei nº 9.718/97, na parametricidade com a EC 20. Na ocasião, essa discussão ficou patente na declaração de voto (oral) do Min. Eros Grau, que votou vencido pela constitucionalidade da lei (e, portanto, da cobrança). Só para registrar – embora não esteja sob qualquer hipótese sustentando a necessidade de se fazer raciocínios finalísticos – a repercussão financeira da decisão nos cofres públicos, segundo os jornais, foi da ordem de 22 bilhões de reais.

37 A toda evidência, não ignoro que o próprio Habermas, no seu *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*, justifica um forte ativismo dos tribunais constitucionais nos casos em que se trate da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa na formação da opinião e vontades políticas.

Aqui, talvez, seja importante que *os defensores das posturas procedimentalistas*[38] *deixem mais claro o que pode e o que não pode ser feito pela jurisdição constitucional*. Talvez seja necessária – no universo dos defensores das teses procedimentais no Brasil – a construção de um discurso de fundamentação prévio que ilumine a atribuição de sentido acerca da (i)legitimidade da atuação da justiça constitucional.

De qualquer sorte, as críticas procedimentalistas não captam a circunstância de que o estado da arte da esfera pública no Brasil depende – porque o país é, efetivamente, um país de modernidade tardia – da implementação de direitos substantivos, previstos, aliás, na Constituição (dirigente e compromissória) do Brasil. O problema estará, assim, no papel que se atribui à Constituição.

Relembre-se, aqui, a bem fundamentada crítica de Apel: a autonomia política pregada por Habermas, enquanto existirem Estados particulares, não pode ter a mesma categoria quanto à fundamentação da validade universal.[39] Daí a minha insistência *na tese da necessidade de uma Teoria da Constituição Adequada a Países Periféricos*. Daí a minha discordância com a tese da existência de uma teoria geral da Constituição ou de uma teoria geral do constitucionalismo, problemática também reconhecida por autores como J. J. Gomes Canotilho, Gilberto Bercovici e Martônio Barreto Lima.

Neste ponto, é necessário levantar algumas contradições no discurso habermasiano, naquilo que diz respeito à sua aplicação no Brasil. Veja-se, por exemplo, a crítica de Souza Cruz[40] às decisões elencadas como equívocas (já comentadas retro):

38 Veja-se as contundentes críticas de Wálber Moura Agra (*A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 229) às teses procedimentais: "A principal crítica concernente à legitimação procedimental da jurisdição constitucional é ao seu distanciamento quanto ao conteúdo agasalhado pela Constituição. Para as doutrinas procedimentais, não existe um teor material a ser perseguido, com uma supervalorização ou da seqüência de atos que formam o processo, ou de um processo comunicativo que encontre seu apogeu no espaço público, ou na participação efetiva dos cidadãos no regime democrático". Mais ainda, Agra vai dizer que "o processo de esvaziamento da substância do direito, produzido pelas teorias procedimentais, representa grave perigo para os direitos fundamentais dos cidadãos. Com a ausência de um parâmetro de natureza substancial de atuação, as normas jurídicas podem apresentar os mais variados conteúdos, legitimando-se desde que cumpram o procedimento devido. Com isso, os direitos fundamentais ficam completamente relegados, podendo ser até mesmo afrontados ou mitigados desde que as normas infraconstitucionais sigam o procedimento previamente estabelecido. As prerrogativas dos cidadãos deixam de ser referencial para a atuação normativa".

39 Cf. Apel, *op. cit.*, pp. 236-237.

40 Cf. Souza Cruz, *Habermas e o Direito*, *op. cit.*, pp. 143 e segs.

"No instante em que o Judiciário julga poder aplicar o direito com suporte em valores, não percebe estar assumindo indiretamente a condição de refém de argumentos axiológicos, tais como os que dizem respeito à impossibilidade de se declarar a inconstitucionalidade de leis (especialmente as que mais interessam à sanha arrecadatória do Governo) de 'lacunas perigosas', de 'prejuízo financeiro', de 'dano econômico irreversível' e da 'reserva do possível'. No debate atual sobre a efetividade dos direitos sociais, esta tem sempre esbarrado no argumento da reserva do possível e no princípio (sic) da reserva parlamentar em matéria orçamentária. Em outras palavras, as prestações positivas exigíveis ao Estado no tocante a direitos sociais e econômicos se submeteriam necessariamente aos seguintes condicionamentos: a) gradualidade na sua concretização; b) disponibilidade financeira/orçamentária prévia; c) liberdade de conformação pelo legislador; d) insuscetibilidade de controle jurisdicional de programas políticos legislativos".

Mais adiante, aduz:

"Ao invés de examinar se os mesmos violam os direitos fundamentais, o raciocínio se inverte e a prioridade se torna a viabilização da política econômico-financeira do Estado. O Judiciário, preocupado com os arbítrios cometidos pelo Estado, procura saná-los com sua decisão, mesmo que 'alguns' direitos fundamentais sejam violados. Essa atitude por parte das Cortes Constitucionais é adjetivada como postura 'responsável', ou seja, o Judiciário não 'quebrou o Estado', não fez a 'inflação explodir'. Ao contrário, ele se coloca na posição de reparar os erros do Executivo e do Legislativo. Contudo, o comunitarismo não questiona o fato de essa postura do Judiciário vir a chancelar implicitamente os abusos dos governantes. Ele não percebe que sua postura intransigente em favor de um ativismo do judiciário pode levar a tais distorções. Com isso não se fala em punição de governantes irresponsáveis e tudo continua como antes...".

Inegavelmente, está-se diante uma pesada crítica – registre-se, em grande parte, acertada – à postura do Poder Judiciário, no tocante à discussão acerca da efetivação (ou não) *de políticas públicas* (ou direitos fundamentais-prestacionais em casos de extrema necessidade, como fornecimento de remédios, tratamento médico, etc). Todavia, fica difícil entender se o seu autor é favorável ou não à efetivação das políticas públicas através da jurisdição constitucional. Se aqui as objeções se dirigem ao argumento da reserva do possível utilizado freqüentemente pelo Judiciário, alhures as críticas se dirigem ao "ativismo". Nesse sentido, – a par de conterem um certo "iluminismo tardio", no sentido de ver o Estado como "mau" e como um "mal", no confronto com o "bom cidadão rousseauniano" –, as críticas devem ser confrontadas com algumas posições do próprio autor. Com efeito, essa crítica está baseada no fato de que a postura que defendo "mantém intacta a perspectiva de voltar para o Estado o centro de suas preocupações".[41]

Sim, é verdade. Assumo plenamente "essa culpa", assim como a de que acredito "que a regulação do modo de produção capitalista passa necessariamente por medidas intervencionistas capazes de reduzir o enorme fosso social presente na sociedade brasileiro".[42]

De fato, a postura que defendo aposta no papel transformador assumido pelo Estado neste momento histórico. O Estado deixa de ser ordenador (modelo liberal) e promovedor (social) para assumir a feição de transformar as estruturas sociais. Não é por nada que a Constituição estabelece que o Brasil é uma República que tem os objetivos de erradicar a pobreza, promover justiça social, colocando a idéia de *Welfare State* como núcleo essencial da Constituição (art. 3º), além dos dispositivos que tratam da intervenção do Estado na economia, no papel do Estado na promoção de políticas públicas, etc.

Este é o ponto: *em um país como o Brasil, em que o intervencionismo estatal até hoje somente serviu para a acumulação das elites, a Constituição altera esse quadro, apontando as baterias do Estado para o resgate das promessas incumpridas da modernidade.* D'onde é possível dizer que não será a iniciativa privada que fará a redistribuição de renda e a promoção da redução das desigualdades, mas, sim, o Estado, no seu modelo alcunhado de Democrático de Direito, *plus* normativo em relação aos modelos que o antecederam. Deixemos de lado, pois, tanta desconfiança para com o Estado. *O Estado, hoje, pode – e deve – ser amigo dos direitos fundamentais.* E esta é uma questão paradigmática.

Afinal, devemos ou não devemos efetivar direitos fundamentais-sociais através da jurisdição constitucional em situações limite? Veja-se que o professor mineiro elege como padrão uma decisão do Superior Tribunal de Justiça, que permitiu o levantamento do FGTS de uma mãe que pretendia utilizá-lo em benefício de seu filho que padecia da enfermidade provocada pelo vírus da AIDS.[43] A despeito do rol de hipóteses de levantamento do fundo, elencado

41 Cf. Souza Cruz, *Habermas e o Direito*, *op. cit.*, p. 165.
42 Idem, ibidem, p. 176.
43 Cf. Souza Cruz, *Jurisdição Constitucional Democrática*, p. 253.

no artigo 20, inciso XI, da Lei nº 8.036/90, não prever a situação, o Tribunal, em razão dos direitos fundamentais à saúde, à vida e à dignidade, entendeu, em função do caráter social do FGTS, que o mesmo deveria garantir o bem-estar, não apenas do indivíduo, mas também de seus familiares (STJ, REsp nº 249026-PR).

Além de tecer rasgados elogios à referida decisão do Superior Tribunal de Justiça (que permitiu o levantamento do FGTS, mesmo sem previsão "legal"), Souza Cruz não vê qualquer ativismo judicial no caso de uma lei que conceda benefícios a parcela do funcionalismo, em que parte dos funcionários foi "esquecida" (isso talvez seja justificado por ele a partir daquilo que Habermas chama de "zonas cinzentas que surgem entre legislação e aplicação do direito", *não explicando, entretanto, as condições para a formação do discurso de validade* prima facie *que serviria, contrafaticamente, para a aferição da decisão nesse caso concreto*, principalmente porque, mesmo nessa "zona cinzenta", "os discursos acerca da aplicação têm que ser complementados, de modo claro – sic –, por elementos dos discursos de fundamentação", para utilizar as próprias palavras de Habermas). Para tanto, propõe a "extensão do benefício através de ação judicial": "*O caso parece exigir o reconhecimento da constitucionalidade da lei acompanhado de uma 'sentença normativa aditiva'*", conclui, enfaticamente. O exemplo é deveras interessante. O autor tem razão. Não faço qualquer objeção ao que foi dito. E acrescento: eis aí o correto manejo da jurisdição constitucional! *O problema, entretanto, é que decisões idênticas e com fundamentos similares são por ele criticadas em outros momentos*, como já se viu.

Deixando mais claro esse ponto: qual é a diferença substancial entre a decisão – tão contestada – do Tribunal de Justiça do RS que – também invocando a dignidade humana – inverteu a ordem (legal – sic) de recebimento de créditos em favor do trabalhador e a decisão do Superior Tribunal de Justiça que "criou" uma nova hipótese para levantamento do FGTS, também sustentado na preservação da dignidade da pessoa humana? *Por que em uma situação a intervenção da justiça constitucional é legítima e em outra não?*

Frise-se que, apesar de tantas críticas feitas ao "ativismo judicial" e ao "comunitarismo", Souza Cruz aceita a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade da lei do salário mínimo.[44] Ora, creio que nem o

[44] Idem, ibidem. Acerca desse tema, Ingo Sarlet (*A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 302) é definitivo: ainda que declarada fosse a inconstitucionalidade e, por via de conseqüência, a nulidade da lei, não se teria dado solução ao problema. Pelo contrário, cuidar-se-ia de hipótese relativamente à qual se advoga a possibilidade de uma declaração de

Bundesverfassungsgericht, nos seus "bons tempos" de "ativismo" ou de "jurisprudência dos valores" concordaria com a referida tese.

Ou seja, quero chamar a atenção para o fato de que não há indicativos acerca de qual é o critério para se admitir certas doses de "ativismos" ou de que como – à luz da teoria discursiva – devem ser epitetadas decisões como a que declarasse inconstitucional o salário mínimo ou a que cria nova hipótese de levantamento de FGTS, não prevista em lei.

Em face disso tudo, tenho que repetir a pergunta: é possível efetivar direitos sociais através da jurisdição constitucional? A reserva do possível – esgrimida indevidamente pelo Judiciário – é obstáculo para a efetivação dos direitos sociais? Sim ou não e em que circunstâncias?

Afinal, de um lado, critica-se a invasão da esfera da legislação a partir do que os procedimentalistas chamam de *ativismo judicial, jurisprudência dos valores, comunitarismo ou constitucionalismo da efetividade*; de outro, tem sido lamentado o uso da tese da reserva do possível e de outros artifícios de caráter *self restraint*, aplicados indevidamente pelo Supremo Tribunal Federal. De minha parte, sempre tenho defendido a possibilidade da utilização da jurisdição constitucional para realizar direitos fundamentais sociais (inclusive, de políticas públicas), criticando, com veemência, a objeção representada pela invocação da "reserva do possível". *O paradoxo é que é exatamente por isso que tenho recebido as maiores críticas.*
Entendo estar presente, aqui, a contradição. De fato,

- se o Judiciário viesse a atender, em sede de jurisdição constitucional, demandas de direitos sociais e, conseqüentemente, determinasse o seu cumprimento ao Poder Executivo, isso não significaria – levando em conta a tese procedimentalista habermasiana – uma judicialização da política?
- não é isso que, fundamentalmente, o procedimentalismo mais critica? *Afinal, os tribunais não devem ficar restritos a assegurar os procedimentos da democracia*? Não é o próprio Habermas quem diz que "o Judiciário não deve assumir uma postura ativista, *de modo a pretender usurpar as funções de legislador político*"?
- como fica a democracia deliberativa? A partir da tese procedimentalista, qual seria a legitimidade do Judiciário para determinar a

inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, já que a ausência de lei ensejaria uma inconstitucionalidade ainda maior: em vez de um valor insuficiente, não teríamos valor algum.

implementação de direitos sociais (*considerando que este não mais invocasse a reserva do possível e tampouco a reserva parlamentar em matéria orçamentária*, como um dos obstáculos para a realização de direitos)? *Neste caso, por que seria equivocada a decisão do juiz de Joinville?*

– por que razão seria compatível com a teoria procedimental uma decisão judicial que determinasse a efetivação de direitos sociais (salário mínimo, extensão de direitos via "sentença aditiva", etc.), e não uma outra que *determinasse a anulação de leis violadoras da moralidade administrativa* (lei que concede gratificação de férias para inativos)?

Registro: minhas observações estão baseadas nas críticas – corretas, diga-se de passagem – à indevida invocação, pelos tribunais, dos argumentos sustentados na reserva do possível, na reserva parlamentar em matéria orçamentária, etc, além das críticas feitas ao esvaziamento do mandado de injunção. Mais: na suposição de que o Supremo Tribunal Federal alterasse sua posição em relação à tese da reserva do possível e em relação às demais teses desse jaez, como seria feita a efetivação dos direitos sociais previstos na Constituição, a partir da jurisdição constitucional?

7.3. O que pode e o que não pode ser objeto de intervenção do Poder Judiciário depende de um discurso de fundamentação *prima facie*?

Com essas críticas à "visão comunitarista" (sic) e ao "ativismo judicial" (sic) – que a mim têm sido dirigidas –, tem-se a nítida impressão de que a atribuição de sentido do que "é" e do que "não-é-ativismo" *é uma tarefa "exclusiva" de um sujeito cognoscente* (esquema sujeito-objeto), em que este – em face da própria dificuldade (quiçá, impossibilidade) de explicitar o que é, por exemplo, o "mínimo existencial" – constrói, procedimentalmente, essa "conteudística" autorizativa da ação/intervenção da jurisdição constitucional (ou seja, é o resultado da análise contrafática em relação à situação ideal de fala que será a luz verde para a "intervenção" da justiça constitucional). Veja-se, pois, novamente, o problema da pré-compreensão: o que fazer com ela?

Vista desse modo, a tese procedimentalista (de cariz habermasiano) corre o risco de fazer interpretações *ad-hoc* da Constituição, em que o procedimento é hipostasiado e posto como condição de possibilidade para a efetivação de um ou mais direitos fundamentais sociais, além de – fatalmente – deixar de

lado os direitos fundamentais-sociais-prestacionais, tornando-se tautológica a discussão, porque dependente da atribuição de sentido do que seja "mínimo existencial" e do que seja "máximo existencial".

Ora, "mínimo existencial" não decorre de meta-interpretações (e tampouco creio que seja possível elaborar conceitos ideais acerca do que seja um mínimo existencial). As interpretações também – e fundamentalmente – fazem parte do mundo prático, de onde emerge o sentido do texto constitucional. E isso é conteudística (e não processo), que exige – na maioria das vezes – uma ação rápida da jurisdição constitucional. Negar isso é negar a força normativa e dirigente da Constituição.

Numa palavra, veja-se a enorme dificuldade representada pela aferição *da fronteira entre o que pode ser considerado ativismo e o que é efetivamente uma decisão sem esse epíteto.* Com efeito, na Ação Civil Pública nº 70010810844 (Rel. Des. Rogério Gesta Leal), foi deferido, judicialmente, direito a transporte gratuito a todos os idosos de determinada cidade, com base no art. 230, § 2º. Já no Agravo de Instrumento nº 70013968771, também da lavra de Gesta Leal, adepto explícito das teses habermasianas, sob fundamento similar, a decisão trilhou caminho inverso, cassando a tutela antecipada concedida em primeiro grau, que obrigava a municipalidade a fornecer, meio a meio com o Estado do Rio Grande do Sul, remédio de uso diário, em face de determinada pessoa estar acometida de Doença Pulmonar Obstrutiva Crônica. Em resumo, a decisão: a) reconhece que a saúde pública deve ser garantida mediante políticas públicas, estando em debate o mínimo existencial à dignidade da vida humana, b) reconhece que os Poderes Estatais e a própria Sociedade Civil estão vinculados a estes indicadores norteadores da República; c) reconhece que, "*no caso concreto, é a vida humana que está periclitando em termos de seu mínimo existencial (mantença da saúde), razão pela qual se impõe medidas de eficácia objetiva a resguardar e promover tal interesse público indisponível, tal como a de determinar que o Estado preste imediatamente a providência, quando for o caso efetivamente*" (grifei); d) reconhece, fazendo menção a Alexy, que a matéria vertente precisa ser enfrentada através de uma "ponderação de valores e princípios" que estão em jogo e que demandam abordagem à solução do caso: o bem jurídico vida da parte-autora, envolvendo a moléstia de que está acoimada, correlato ao dever do Estado para com a saúde pública; o bem jurídico saúde pública de toda a Sociedade para com quem este mesmo Estado possui o dever de tutela; e) assinala, finalmente, que, em que pese a suposta emergência do pleito, a autora não trouxe aos autos qualquer elemento a indicar a efetiva urgência do pedido (a não ser o atestado médico), ou até mesmo que somente o medicamento postulado é

eficaz no tratamento de que necessita, limitando-se a argumentar acerca da gravidade da doença e do dano irreparável que poderá sobrevir na falta de administração do tratamento. "Assim, não há qualquer indicação acerca de grave periclitação à vida do paciente, a fim de ensejar o investimento público tão emergencial que sequer proporcione maior sindicabilidade no âmbito do devido processo legal". Em razão disso, fazendo ainda considerações sobre os requisitos para a concessão de tutela antecipatória, previstos no art. 273 do CPC, determinou a cassação da tutela concedida.

Além de a decisão em tela nitidamente desbordar do entendimento majoritário do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do próprio Supremo Tribunal Federal (*v.g.*, RE 256327 e RE 273042/RS), há uma série de questões que não foram enfrentadas e/ou resolvidas no seu bojo. Nesse sentido, seria importante que tivesse sido reconstruída a "história institucional" (Dworkin) desse tipo de caso. Por outro lado, não é relevante discutir se o direito à saúde é ou não fundamental. É evidente que é. Habermasiamente falando, isso é indiscutível. Entrar nesse tipo de discussão é confundir a perspectiva hermenêutica própria do processo jurisdicional com a do processo legislativo (constituinte!). É despiciendo justificar o caráter constitucional do direito à saúde. Como o direito é um saber prático, o importante é discutir as condições para o provimento ou não do pedido.

Mais ainda, veja-se que o acórdão sustenta que, ao contrário do que fora decidido em primeira instância, não estava caracterizada a periclitação da vida da paciente; ocorre que o juiz de primeiro grau deferiu a tutela antecipada com base em laudo médico, o que tem sido considerado suficiente para a comprovação do evento (doença) pela jurisprudência do próprio Tribunal. De todo modo, outras questões estão em jogo, e não somente o risco de vida da paciente. Dito de outra forma, não convence o argumento de que não houve a necessária dilação probatória em primeiro grau (argumento utilizado também em voto vencido – proc. 70013173372). A questão da legitimidade ou não da jurisdição constitucional para o caso de fornecimento de remédios não está (e não pode estar) – sob a ótica da matriz teórica habermasiana – *restrita ao fato de se provar ou não* (devido processo legal) a necessidade do tratamento e/ou remédios ou a gravidade da doença; fosse assim, isto é, se em todos os pedidos esses requisitos estivessem cumpridos, não haveria maiores problemas em relação à "judicialização do problema da saúde pública".

Parece-me, pois, que isso não é suficiente. Tudo está a indicar que, a partir de Habermas, o obstáculo à intervenção da justiça constitucional em caso de políticas públicas não se restringe à obediência do processo *stricto sensu*; processo (entendido como procedimento, no sentido de que fala Habermas),

aqui, significaria *condições de possibilidade de formação de um discurso de fundamentação apto a abarcar todas as hipóteses de aplicação da norma que trata da obrigatoriedade por parte do Estado de fornecer saúde pública.*

Por fim, cabe ainda ressaltar que o caso concreto e seus elementos juridicamente relevantes não podem nunca ser tratados como um obstáculo para o direito, mas, sim, como parte integrante da aplicação do direito, para utilizar um autor caro às teorias discursivo-argumentativas, como Klaus Günther, cuja tese do princípio da adequabilidade é utilizada por Habermas.

Aliás, se o parâmetro utilizado pelo Des. Gesta Leal, relator dos processos, é a teoria habermasiana, parece incongruente – e aqui estou utilizando Gesta Leal contra Gesta Leal – que faça menção à ponderação de bens, valores ou interesses propostos por Alexy. Em Habermas,[45] em face de o discurso de aplicação não tratar da validade da norma (que, como se sabe, é dado previamente através dos discursos de fundamentação),

> "se entendêssemos a 'colisão' das normas ponderadas no processo de interpretação como uma 'contradição' no sistema de normas, estaríamos confundindo a 'validade' de uma norma, justificada sob o aspecto da fundamentação, com a 'adequação' de uma norma que é examinada sob o aspecto da aplicação".

Mais do que isso, Habermas, na mesma obra, chama a ponderação de "juizos irracionais":

> "E porque para isso faltam critérios racionais, a ponderação se efetiva de forma arbitrária ou irreflexiva, segundo *standards* e hierarquias às quais se está acostumado".

Em resumo, onde Gesta Leal coloca a similitude entre Habermas e Alexy, é ali que está a contradição/incompatibilidade entre ambos.

Nesse sentido, Günther vai dizer que a colisão de normas não pode ser reconstruída como um conflito de pretensões de validade.

Percebe-se, assim, que a atribuição de sentido do que pode (ou deve) receber a chancela da jurisdição constitucional carece (ainda), para utilizar os próprios pressupostos habermasianos, de um discurso de fundamentação prévio (discursos de validade), do qual se possa extrair os limites e as condições

45 Cf. Habermas, *Direito e Democracia I*, *op. cit.*, p. 271.

FACULDADE DE DIREITO BIBLIOTECA

de possibilidade sobre a oportunidade (ou não) de lançar mão do direito constitucional através de um controle judicial de constitucionalidade apto para estabelecer, entre outras coisas,

a) "a clareza do direito e para a manutenção de uma ordem jurídica coerente",[46]
b) a possibilidade de intervenção nos casos de "zonas cinzentas que surgem entre legislação e aplicação do direito",[47]
c) quais as situações permissivas de "configuração criativa"[48] da jurisdição constitucional.[49]

Afinal, para Habermas, a jurisdição constitucional se insere dentro da lógica da divisão dos poderes; todavia, se e somente se tal divisão efetivamente garantir, ao mesmo tempo, a primazia da legislação democrática e a retroligação do poder administrativo ao comunicativo, legitimando-se através de procedimentos e processos pelos quais a soberania popular resta homenageada como artífice da sua própria história. Para que os cidadãos politicamente autônomos possam ser considerados autores do direito, ao qual estão submetidos enquanto sujeitos privados, é necessário que o direito legitimamente estatuído por eles determine a direção da circulação do poder político.[50]

Em face disso, parece contraditório que – à luz da teoria habermasiana[51] – possa ser considerada *legítima* a intervenção da jurisdição constitucional na hipótese da decisão proferida no Recurso Especial nº 264736, que concedeu à mulher em situação de união estável, que viveu com seu companheiro no final da vida, o direito à moradia e à pensão pela mútua colaboração, não tendo de se falar de indenização por "serviços domésticos prestados",[52] e, ao mesmo

46 Cf. Habermas, *Direito e Democracia II*, *op. cit.*, pp. 302 e segs.
47 Idem, ibidem.
48 Idem, ibidem.
49 À evidência, estou falando, aqui, da intervenção da jurisdição fora do espaço bem delimitado por Habermas para a sua utilização *stricto sensu* em sua proposta de democracia procedimental, isto é, para garantir os procedimentos da democracia. Nesse sentido, a posição habermasiana é competentemente explicitada por Marcelo Cattoni (*Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 174): "embora a tarefa de garantir as condições processuais para o exercício das autonomias pública e privada dos cidadãos necessite de uma jurisdição constitucional ofensiva, nos casos em que se deve impor o processo democrático e a forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade, *isso não pode fazer da jurisdição constitucional uma guardiã republicana do processo político e da cidadania*".
50 Cf. Habermas, *Direito e Democracia I*, *op. cit.*, p. 233.
51 Cf. Gesta Leal, *As potencialidades*, *op. cit.*
52 Interessante notar que o mesmo STJ, no RE nº 274263, decidiu em sentido contrário!

tempo, possa ser epitetada como *ilegítima* a utilização da jurisdição constitucional, igualmente à luz de Habermas, em casos como a decisão do Supremo Tribunal Federal (HC nº 73662/MG) que trancou ação penal por estupro entendendo que a presunção prevista no Código Penal, contextualizada e analisada no caso concreto, deveria ser relativizada; a autorização do aborto em feto com anencefalia (processo nº 70011918026, TJRS); a decisão judicial que alterou a ordem cronológica da lista de espera para transplantes de órgãos (processo nº 10524020543, 4ª Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre, RS); o caso da ADPF nº 54, em que se busca a interpretação conforme a Constituição de dispositivo do Código Penal que trata do aborto de feto anencéfalo. Todas essas situações sofrem objeções de Gesta Leal,[53] por tratarem de indevida intervenção da jurisdição constitucional, isto é, para ele, as matérias em questão deveriam ser submetidas a debate nacional, porque, em sua maioria, dizem respeito a questões morais e éticas e porque a judicialização de tal enfrentamento retira a possibilidade de se aferir a opinião pública no particular.

Efetivamente, os diversos exemplos demonstram a extrema complexidade da matéria. Fica difícil entender – à luz do procedimentalismo – as razões pelas quais é possível aceitar como correta a *concessão liminar de transporte coletivo gratuito para idosos*, ou uma decisão que, contra disposição do Código de Processo Civil, aceitou a apresentação de rol de testemunhas fora de prazo,[54] e, ao mesmo tempo, sob a alegação da necessidade de um debate públi-

53 Cf. Gesta Leal, *As potencialidades*, *op. cit.*. Registro que a intenção, aqui, não é a de discutir o mérito das referidas decisões, mas, sim, tão-somente colocá-las lado a lado, visando a uma crítica à "escolha" das hipóteses em que deve ou não haver a intervenção da jurisdição constitucional.
54 Em processo cível, o juiz deixou de designar audiência para a ouvida de testemunhas porque o rol foi apresentado fora de prazo pela parte interessada. Essa decisão gerou o Agravo de Instrumento nº 70012496048, sob a alegação de que a decisão foi desproporcional e injusta, porque não havia sido marcada data da audiência de instrução quando do despacho de intimação para a apresentação do rol. Na espécie, apesar de o rol das testemunhas ter sido entregue após o prazo determinado pelo julgador, ficou decidido que, no caso concreto, a oitiva das testemunhas da agravante poderão contribuir de forma significativa à cognição das pretensões colidentes, citando-se, para tanto, o seguinte precedente: "*Apelação. Partilha. Testemunhas. Rol intempestivo. Verdade real. Conquanto o rol de testemunhas da apelante tenha sido apresentado fora do prazo, tem-se, no caso concreto, a necessidade de oitiva dessas testemunhas arroladas. Respeito ao contraditório, à busca da verdade real e ao livre convencimento do juiz. Deram provimento para cassar a sentença*" (*Apelação nº 70010053460, Rel. Des. Rogério Gesta Leal*). A decisão, em que pese fazer alusão à principiologia constitucional, careceu de uma fundamentação constitucional, uma vez que afastou dispositivo do Código de Processo Civil sem uma filtragem constitucional (interpretação conforme ou outro tipo de sentença adequadora do texto infraconstitucional ao texto da Constituição). Por outro lado, o precedente citado não esclarece a concreta situação que possibilitou que, à revelia do CPC, pudesse o rol de testemunhas ser apresentado extemporaneamente, sem contar a peculiaríssima alusão – em tempos de guinada lingüística — à busca de "verdade real" (sic) e ao "livre convencimento do juiz" (sic). Não parece que uma abordagem à luz da teoria

co, considerar *indevida a intervenção da jurisdição constitucional para proteger, por exemplo, via habeas corpus, os direitos fundamentais (no caso, a liberdade) de um acusado por estupro*, em que o caso concreto evidenciava a falta de adequação típica da conduta, ou buscar, via argüição de descumprimento de preceito fundamental, a interpretação conforme de um dispositivo do Código Penal que visivelmente fere a Constituição, ou, ainda, o caso do fornecimento de tratamento quimioterápico a pessoa portadora de câncer.[55]

Ao meu sentir, antes de discutir as condições processuais-procedimentais para a concessão de *habeas corpus* em caso de violação de direitos fundamentais, ou o fornecimento (ou não) de remédios para doentes crônicos, e antes de discutir a necessidade de se fazer um debate público (com a presença de todos os requisitos para a formação de uma livre comunicação buscando o consenso) acerca da viabilidade da intervenção da jurisdição constitucional para corrigir equívocos, *v.g.*, em legislação penal que extrapola os fins e meios exigidos pelas regras e princípios constitucionais, talvez fosse conveniente que se fizesse um exame acerca do papel da Constituição, se ela tem, de fato, como apregoam os juristas de *terrae brasilis*, força normativa e sobre o perigo que representa o não-cumprimento de um direito fundamental como o da saúde, para citar apenas este. E, mais ainda, talvez fosse o caso de se discutir qual o efetivo alcance da dicção do art. 196 da Constituição do Brasil.

Veja-se, aqui, a distância entre o procedimentalismo e o substancialismo. Veja-se a diferença entre consenso e verdade – ou, se se quiser, entre os modos

do discurso seja compatível com os antigos princípios gerais do direito (verdade real e livre convencimento do juiz – sic). No Estado Democrático de Direito, não há mais que se falar em livre convencimento do juiz, porque traz imbutido uma dose considerável de subjetividade (esquema sujeito-objeto). Aliás, segundo consta, foi exatamente por isso que Habermas substituiu a razão prática (solipsista) pela razão comunicativa.

55 Nessa mesma linha e utilizando a mesma fundamentação, Gesta Leal, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 70013900584, deferiu efeito suspensivo a favor do Estado do Rio Grande do Sul, cassando decisão de primeiro grau que concedera a pessoa idosa e portador de *Nódulos Cervicais Malignos, classificados como Linfoma não-hondkin*, o pagamento de tratamento quimioterápico, associado à medicação especial. Já na Apelação Cível nº 70013173372, o Tribunal de Justiça, por maioria, negou recurso do Estado contra decisão de primeiro grau que obrigou o Estado ao fornecimento contínuo dos medicamentos Spiriva 18mcg, Seretide Diskus 50/250 mcg, Berotec e Atrovent, indispensáveis para o controle do Enfisema Pulmonar avançado em determinada pessoa. Contra a jurisprudência do Tribunal de Justiça do RS, que considera desnecessária a realização de prova pericial e que considera suficiente o laudo médico juntado à inicial e/ou diagnóstico, exames, e contra a jurisprudência do STF, Gesta Leal, com a mesma sustentação, votou – vencido – pelo provimento da apelação, com a destituição da sentença de primeiro grau e realização de perícia médica (com a conseqüente cassação da decisão que concedeu o remédio).

de correção dos discursos jurídicos –, por mais meritórios que possam ser os argumentos baseados nas teorias discursivo-procedimentais e na preocupação de que a democracia possa ser enfraquecida pela "excessiva" (sic) intervenção da justiça constitucional.

Esta é a diferença entre uma teoria que se sustenta no mundo prático, no modo-de-ser no mundo, e que tem na consciência da história efetual (*Wirkungsgeschichtliches Bewußtsein*) o seu requisito para a aferição dos prejuízos verdadeiros (autênticos, corretos); e uma teoria que substitui a razão prática pela razão comunicativa e que se sustenta em discursos de fundamentação elaborados *prima facie*, que desoneram o juiz (Judiciário) da tarefa de elaboração do discurso que fundamenta a validade da norma a ser aplicada.

Neste ponto, concordo plenamente com Alexy, que, em palavras duras, alerta para o fato de que quem pretenda escrever na Constituição ideais políticos não justiciáveis deve estar consciente do que está em jogo. Com uma só *disposição constitucional que esteja fora do controle judicial já se abre o caminho para a perda da obrigatoriedade*.[56] E, no limite, escutemos a advertência de Konrad Hesse, ao falar de uma "obrigação positiva" de "fazer tudo para a realização dos direitos fundamentais, ainda quando não exista a esse respeito nenhum direito subjectivo por parte dos cidadãos".

De minha parte, fico com Ingo Sarlet, que ressalta a particular relevância da função exercida pelos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que não apenas se encontram, eles próprios, também vinculados à Constituição e aos direitos fundamentais, mas que exercem, para além disso (e em função disso) o controle de constitucionalidade dos atos dos demais órgãos estatais. Nesse sentido, Sarlet, na linha de Jorge Miranda,[57] chama a atenção para a dupla faceta da proteção dos direitos fundamentais, isto é, além da faceta "negativa" de proteção contra atos e abusos dos poderes estatais, é obrigação da jurisdição constitucional efetuar uma efetiva proteção positiva, estando os juízes e tribunais obrigados, por meio da aplicação, interpretação e integração, a outorgar às normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico. É dever dos juízes e tribunais aplicar as leis em conformidade com os direitos fundamentais, além de estarem obrigados a "colmatarem" lacunas à luz das normas de direitos fundamentais, o que alcan-

56 Cf. Alexy, Robert. Derechos fundamentales y Estado Constitucional Democratico. In: Carbonell, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s), op. cit.*, p. 33.

57 Cf. Miranda, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editores, 1996, vol. IV, pp. 283 e segs.

ça, inclusive, a jurisdição cível, abrangendo, de forma horizontal, as normas de direito privado. Daí o oportuno alerta de Sarlet – que serve para ficarmos atentos não somente às decisões provedoras de direitos fundamentais, mas, também, às decisões sonegadoras de direitos fundamentais –, no sentido de que *ainda no âmbito de uma vinculação dos juízes e tribunais aos direitos fundamentais, não se deverá perder de vista que os próprios atos judiciais que atentem contra os direitos fundamentais poderão constituir objeto de controle jurisdicional.*[58]

E, no específico direito à saúde, é o mesmo Sarlet quem vai dizer que

> "por mais que os poderes públicos, como destinatários precípuos de um direito à saúde, venham a opor – além da já clássica alegação de que o direito à saúde (a exemplo dos direitos sociais prestacionais em geral) foi positivado como norma de eficácia limitada – os habituais argumentos da ausência de recursos e da incompetência dos órgãos judiciários para decidirem sobre a alocação e destinação de recursos públicos, não nos parece que esta solução possa prevalecer, ainda mais nas hipóteses em que está em jogo a preservação do bem maior da vida humana".

Tem-se, assim, que, em que pese a infindável discussão acerca da eficacialidade dos direitos fundamentais prestacionais, há um deles – o direito à saúde – que está ligado àquilo que a doutrina denomina de garantia ao mínimo existencial, isto é, como bem ressalta Sarlet, "pela sua relevância sob o aspecto de garantia do próprio direito à vida, poder-se-á ter como certo que o direito à saúde, ainda que não tivesse sido reconhecido expressamente pelo constituinte, assumiria a feição de direito fundamental implícito".[59] Isso significa afastar a tese da "reserva do possível" enquanto obstáculo para o reconhecimento desse "mínimo existencial". Assim, essa posição é compartilhada por juristas brasileiros adeptos das mais variadas correntes de pensamento, como, *v.g.*, Marcelo Cattoni,[60] Álvaro Souza Cruz,[61] Paulo de Tarso Brandão,[62]

58 Cf. Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, *op. cit.*, pp. 351 e segs.

59 Cf. Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, *op. cit.*, p. 345.

60 Cf. Cattoni de Oliveira, Marcelo. Teoria Discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. In: Cattoni de Oliveira, Marcelo. *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

61 Cf. Souza Cruz, *Habermas*, *op. cit.*

62 Cf. Brandão, Paulo de Tarso. *Ações Constitucionais: novos direitos e acesso à justiça*. Florianópolis: Habitus Editora, 2001.

Alexandre da Rosa,[63] Andreas Krell,[64] Luis Alberto David de Araújo e Vidal Serrano Nunes Jr.,[65] Ana Paula de Barcellos[66] e Ricardo Lobo Torres[67] (que, embora não concorde com a tese de que os direitos sociais sejam todos fundamentais, não transige em relação ao direito à saúde, que, para ele, faz parte de um núcleo que traduz o "mínimo existencial"). Sustentando posição diametralmente oposta, representando aquilo que se pode denominar de "análise econômica do direito" (que ingressa fortemente em nosso meio), Carlos Ari Sundfeld faz condundente crítica aos juízes que proferem decisões que obrigam o Estado a fornecer medicamentos e tratamentos de saúde. Com efeito, ao considerar acertada recente decisão do Supremo Tribunal Federal que suspendeu decisão de primero grau que obrigava o fornecimento de todos os medicamentos necessários para o tratamento de *pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados*,[68] Sundfeld deixa claro o seu posicionamento: "o juiz olha o caso e se sente muito tentado a resolver a situação, porque parece que aquilo está ao seu alcance e não tem efeito negativo. Só que, evidentemente, quando se soma o dinheiro necessário para isso, acaba se desviando recursos que o Estado investiria em outra coisa. *Os juízes são espécies de vítimas do mundo simplório em que vivem*. É o mundo da ação individual, da ação proposta como um conflito binário isolado. E ele acaba sendo um administrador de Justiça no sentido mais tradicional".[69]

63 Cf. Rosa, Alexandre M. da. A Vida como critério dos Direitos Fundamentais: Ferrajoli e Dussel. In: Cruz, Paulo Márcio; Gomes, Rogério Zuel (org.). *Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2006, pp. 225-266.

64 Cf. Krell, Andreas. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: Sarlet, Ingo W. (org.). *A Constituição Concretizada – construindo pontes para o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

65 Cf. Araújo, Luis Alberto David de; Serrano Jr, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Os autores consideram o direito à saúde como de eficáCia imediata. Do mesmo modo, o fornecimento de remédios e terapias é garantia constitucional, exigível como direito subjetivo.

66 Cf. Barcellos, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

67 Cf. Torres, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo, nº 177*, São Paulo, 1989, pp. 20-49.

68 Segundo a decisão, a norma do artigo 196 da Constituição, ao assegurar o direito à saúde, "refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não em situações individualizadas". A liminar foi deferida parcialmente, diante da constatação de que o estado de Alagoas não estava se recusando a fornecer tratamento aos associados. A decisão do STF limitou a responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do Estado de Alagoas ao fornecimento apenas dos medicamentos listados na Portaria 1.318, do Ministério da Saúde.

69 Cf. Sundfeld, Carlos Ari. Saúde constitucional. Não se deve confundir direito à saúde com direito a remédio. *Revista Consultor Jurídico*, 2 de março de 2007. (grifei)

Resta saber se uma análise econômica do direito (AED) desse jaez encontra algum respaldo em um texto compromissório-principiológico como o da Constituição do Brasil. Não é difícil de perceber na tese de Sundfeld um enfraquecimento da força normativa da Constituição, mormente naquilo que se pode denominar de "resgate das promessas incumpridas da modernidade". Daí que a crítica de Sundfeld afasta-se do paradigma neoconstitucionalista, transformando-se em um discurso ideológico, que fragiliza os direitos fundamentais-sociais.

Refira-se, por derradeiro, que a análise econômica do direito (AED)[70] fragiliza sobremodo a autonomia do direito. Nesse sentido, parece não haver dúvida de que o direito exsurgido do paradigma do Estado Democrático de Direito deve ser compreendido no contexto de uma crescente autonomização, alcançada diante dos fracassos da falta de controle *da e sobre* a política (aqui compreendida também a economia). A Constituição, nos moldes construídos no interior daquilo que denominamos de constitucionalismo social e compromissório é, assim, a manifestação desse (acentuado) grau de autonomia do direito, devendo ser entendido como a sua dimensão autônoma face às outras dimensões com ele intercambiáveis, como, por exemplo, a política, a economia e a moral (e aqui há que se ter especial atenção, uma vez que a moral tem sido utilizada como a *porta de entrada* dos discursos adjudicadores com pretensões corretivas do direito, levando consigo a política e a *análise econômica do direito*; é nesse contexto em que deve ser vista a "retomada" da moral pelo direito, a partir daquilo que Habermas tão bem denomina de co-originariedade). Essa autonomização dá-se no contexto histórico do século XX, tendo atingido o seu auge com a elaboração das Constituições do segundo pós-guerra.

Trata-se de uma autonomia entendida como ordem de validade, representada pela força normativa de um direito produzido democraticamente e que institucionaliza (ess)as outras dimensões com ele intercambiáveis (portanto, a autonomia do direito não emerge apenas na sua perspectiva jurisprudencial; há algo que se coloca como condição de possibilidade ante essa perspectiva jurisprudencial: a Constituição entendida no seu todo principiológico). Em outras palavras, sustentado no paradigma do Estado Democrático Constitucional, o direito, para não ser solapado pela economia, pela política e pela moral (para ficar apenas nessas três dimensões), adquire uma autonomia que, antes de tudo, funciona como uma blindagem contra as próprias dimensões que o engendra(ra)m. No fundo, a análise econômica do direito (AED) se insere no conjunto de discursos predadores do direito (e de sua autonomia), ao lado da política e da moral (lembremos o viés corretivo assumido pela moral no interior das teorias argumentativas, em especial a

70 Uma das melhores críticas à AED é feita por Aroso Linhares e Alexandre Morais da Rosa, em Diálogos com a Law & Ecomics. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

de Alexy). Estes podem ser denominados de "predadores externos"; já os "predadores internos" são incontáveis e encontram terreno fértil na dogmática jurídica (senso comum teórico dos juristas) e até mesmo em algumas teorias críticas, valendo referir as teses que pretendem relativisar a coisa julgada, a substituição dos direito legislado pela jurisprudencialização e, talvez o mais perigoso de todos: a discricionariedade judicial (caminho para arbitrariedades).

Capítulo 8

Hermenêutica e "abertura" interpretativa: da discricionariedade (positivista) à ponderação (argumentativa). A teoria da argumentação jurídica e a não-superação do paradigma da filosofia da consciência. A "abertura" principiológica e o "fechamento" hermenêutico.

8.1. Levemos o texto a sério e deixemos que nos diga algo. De como texto é evento. A superação das pretensões objetivistas e subjetivistas. Um novo olhar sobre a relação texto-norma.

Freqüentemente a hermenêutica – na matriz aqui (re)trabalhada – tem sido acusada de relativismo, isto é, se não há um fundamento no sentido propugnado pela(s) metafísica(s),[1] questão que é bem representada pelo *Trilema*

1 A toda evidência, a tese de que o "fundamento é um modo-de-ser" provoca profundo estranhamento na comunidade jurídica. Afinal, a filosofia do direito de cunho tradicional e a teoria geral do direito têm dedicado toda a sua história ao problema da segurança jurídica. Não se pode esquecer, entretanto, que essa "questão do fundamento" foi a principal preocupação de Hans Kelsen, tornando-se a razão principal da construção da tese da Norma Fundamental (*Grundnorm*), representada por uma "norma pressuposta", "pensada", "não posta", deduzível de um fundamento hipotético de cariz kantiano. Ou seja, Kelsen sempre teve a perfeita noção da impossibilidade de se buscar o fundamento a partir do raciocínio *ad regressum infinitum*. Tinha consciência de que deveria existir uma "parada" nessa busca incessante pelo fundamento. Essa "parada", denominada na *Teoria Pura do Direito de Grundnorm*, toma o nome de *als ob* (a filosofia do "como se" baseada em Hans Vahinger) em sua obra póstuma *(Teoria Geral das Normas)* que significa: "é como se existisse uma norma que...", traduzida por uma "ficção necessariamente útil". Assim, em Kelsen, não se pode confundir o fundamento de validade do sistema jurídico, que é a Constituição, com o fundamento de validade da Constituição (que é a *Grundnorm* ou um *als ob*, como queiram). Por tudo isto, não deveria haver novidade na tese de que o fundamento não é *incon-cussum*, mas, sim, abissal, que se dá no modo-de-ser. A diferença é que a solução encontrada por Kelsen é metafísica, porque construída sobre uma hipótese ou sobre a ficção do "como se", de onde o jurista/intérprete, por intermédio de um raciocínio dedutivo, verificaria a compatibilidade

de Münchausen, e se não há uma metodologia que sustenta a verdade dos discursos (problemática ínsita às posturas procedimentais), isso implicaria um "decisionismo claramente irracional" (Velasco Arroyo).

Desse modo, como combinar a pretensão de verdade com o compreender diversamente, pergunta Jean Grondin? A partir de Gadamer, o autor vai dizer que compreendemos diversamente com freqüência porque nós mesmos falamos novamente sobre a verdade, quando aplicamos à nossa situação algo verdadeiro (uma afirmação exata, uma crítica, etc). Sem dúvida, a cada época e, eventualmente, cada indivíduo o faz a sua maneira e, assim, "diversamente". Mas, continua Grondin, o que cada tentativa de compreensão pretende segue sendo uma verdade, sobre a qual se pode eventualmente discutir. Seria um curto-circuito histórico, explicar como relativista a verdade aceita, no caso, de maneira diversa. Na medida em que a hermenêutica o supera, o relativismo nada mais foi/é do que um fantasma, isto é, uma construção, que deve provocar susto, mas que não existe. Porque um relativismo, comumente entendido como a concepção segundo a qual determinada coisa, ou mesmo qualquer coisa, é exatamente como qualquer outra, de fato nunca foi defendido seriamente. Em todo o caso, não pela hermenêutica, que afirma, certamente, 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 mesmo e com os outros.[2]

da norma no sistema. Problema semelhante tem perturbado a mente dos juristas, *na busca incansável por uma espécie de método dos métodos ou meta-critérios que possam fornecer o fundamento último do processo hermenêutico-interpretativo*. Neste ponto, o próprio Kelsen, exatamente por ter se dado conta da circunstância de que não é possível levar ao infinito a cadeia indagativa pelo fundamento, deixou claro, no oitavo capítulo de sua obra maior, que não há qualquer critério ou "meta critério" que possa estabelecer que uma interpretação é melhor (ou mais acertada) que a outra. É evidente que a hermenêutica aqui trabalhada não se coaduna com esse decisionismo kelseniano; *entretanto, a assertiva de Kelsen serve para demonstrar que a questão do fundamento deita raízes nas profundezas da filosofia, atravessando milênios nas diversas concepções que assumiram os princípios epocais na determinação da concepção da ciência, da moral, da arte e da religião*. Cada época organizou sua concepção de fundamento a partir da vigência de cada princípio. O rompimento com as concepções metodológicas próprias da filosofia da consciência não alcançou a necessária recepção no campo jurídico. A hermenêutica jurídica predominante no pensamento dogmático (na doutrina e na jurisprudência) continua refém das práticas dedutivas-subsuntivas, que pressupõem a existência de categorias ou significantes primordiais-fundantes. Em outras palavras, a hermenêutica tradicional (de cunho reprodutivo) calca-se ainda na subsunção do particular ao geral-abstrato-universal. E sustentando a "correção" do resultado desse processo subsuntivo-dedutivo está o método, supremo momento da subjetividade. Por tais razões, assume absoluta relevância o rompimento paradigmático na hermenêutica proporcionada por *Verdade e Método*, de Hans-Georg Gadamer, exatamente pela circunstância de que a hermenêutica não mais será uma "questão de método", passando a ser filosofia.

2 Cf. Grondin, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 1999, pp. 229 e segs.

Jamais existiu um relativismo para a hermenêutica. São antes os adversários da hermenêutica que conjuram o fantasma do relativismo, porque suspeitam existir na hermenêutica uma concepção de verdade, que não corresponde às suas expectativas fundamentalistas. Dessa forma, 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. Quem fala do relativismo pressupõe que poderia existir para os humanos uma verdade sem o horizonte dessa conversação, isto é, uma verdade absoluta, ou desligada de nossos questionamentos. Como se alcança uma verdade absoluta e não mais discutível? Isso nunca foi mostrado de forma satisfatória. No máximo, "ex-negativo": essa verdade deveria ser não-finita, não-temporal, incondicional, insubstituível, etc. Nessas caracterizações, chama a atenção a insistente negação da finitude. Com razão, pode-se reconhecer nessa negação o movimento básico da metafísica, que é exatamente a superação da temporalidade.[3]

Por tais razões, há uma marcante diferença entre aquilo que tem sido chamado de *ativismo judicial* ou *jurisprudência dos valores* e aquilo que denomino *Crítica Hermenêutica do Direito* ou *Nova Crítica do Direito*, tendo como base teórica a filosofia hermenêutica e a hermenêutica filosófica.[4] A tese que desenvolvo deve ser entendida como processo de desconstrução da metafísica vigorante no pensamento dogmático do direito (sentido comum teórico). A tarefa dessa crítica é a de "desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos" (Heidegger-Stein). A metafísica pensa o ser e se detém no ente; ao equiparar o ser ao ente, entifica o ser, através de um pensamento objetificador.[5] Ou seja, a metafísica, que na modernidade recebeu o nome de teoria do conhecimento (filosofia da consciência), faz com que se esqueça justamente da diferença que separa ser e ente.

No campo jurídico, esse esquecimento corrompe a atividade interpretativa, mediante uma espécie de extração de mais-valia do ser (sentido) do direito. O resultado disso é o predomínio do método, do dispositivo, da tecnicização e da especialização, que na sua forma simplificada redundou em uma cultura jurídica estandardizada, na qual o direito não é mais pensado em seu aconte-

3 Idem, ibidem.

4 *A Crítica Hermenêutica do Direito* é originária das pesquisas que venho desenvolvendo junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS-RS e ao DASEIN – Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Originariamente, levou o nome de *Nova Crítica do Direito* – NCD. Tais estudos estão delineados nos meus *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise* – 8ª ed. e *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica* – 2ª ed.

5 Cf. Stein, Ernildo. *Diferença e Metafísica*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000, pp. 67 e segs.

cer. Há que se retomar, assim, a crítica ao pensamento jurídico objetificador, refém de uma prática dedutivista e subsuntiva, rompendo-se com o paradigma metafísico-objetificante (aristotélico-tomista e da subjetividade), que impede o aparecer do direito naquilo que ele tem (deve ter) de transformador.

Por intermédio da *Nova Crítica do Direito* (Crítica Hermenêutica do Direito), fincada na matriz teórica originária da ontologia fundamental, busco, através de uma análise fenomenológica,[6] o des-velamento (*Unverborgenheit*)

6 Nesse sentido, veja-se as reflexões que são construídas com nítida inspiração nessa (nova) matriz de sentido, cabendo destacar, *v.g.*, a obra coletiva *Olhares Hermenêuticos sobre o Direito – em busca de sentido para os caminhos do jurista*, de Doglas Cesar Lucas (*Hermenêutica Filosófica e os limites do acontecer do direito numa cultura jurídica aprisionada pelo "procedimentalismo metodológico)*, Raquel Sparemberger (*O direito "estátua" e a hermenêutica da produção: espelho e reflexo da sociedade)*, Angela Espindola e Jânia M. L. Saldanha (*Constituir a Constituição para a cidadania – a compreensão e a linguagem na nova crítica do direito afastando os mitläufers jurídicos)*, Fabiana M. Spengler (*A Constituiçção e a compreensão hermenêutica – da sua (in)efetividade e do seu constituir*) e Thiago Fabres de Carvalho (*Direito Penal, Hermenêutica e Estado Democrático de Direito*) (2ª ed., Ijui, Unijui, 2007); Hupffer, Haide Maria. Ensino Jurídico – Um novo caminho a partir da Hermenêutica Filosófica (Viamão, Entremeios, 2008); também as pesquisas constantes na Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica (ns. 1-5, organizados por André Karan Trindade, Roberta Magalhães Gubert e Alfredo Copetti); há também um conjunto de trabalhos sob minha orientação no PPGD-UNISINOS e no DASEIN – Núcleo de Estudos Hermenêuticos, tratando de diversos temas à luz da Crítica Hermenêutica do Direito, como as dissertações: *Análise das Estruturas Normativas Abertas sob a perspectiva da hermenêutica filosófica*, de Clório Erasmo Traesel; *Bases para uma leitura hermenêutica dos tratados internacionais de direitos humanos*, de Nelson Camata Moreira; *Mauerschützen (o caso dos atiradores do muro) e a pretensão de correção do direito na teoria de Robert Alexy: aportes hermenêuticos ao debate acerca da relação entre Direito e Moral*, de Roberta Magalhães Gubert; *Em defesa da Constituição material: a constituição dos princípios e os princípios que constituem-a-ação*, de Mônia Clarissa Hennig Leal; *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*, de André Karan Trindade; *O Ato de Julgar como Atividade concretizadora da Constituição: uma proposta à luz da Hermenêutica Filosófica*, de Ângela Martini; *O Princípio da Proibição do Retrocesso Social: uma análise a partir dos pressupostos da Hermenêutica Filosófica*, de Mário de Conto; *Sentido de Constituição e Constituição de Sentido: O Dirigismo Constitucional na Perspectiva Gadameriana de Jogo e Arte*, de Cristiano Fraga Tutikian; *Nulidade Parcial Sem Redução de Texto: um mecanismo constitucionalizante e seu modo de ser a partir da hermenêutica filosófica*, de Rafael Corte Mello; *As Possibilidades de Reconstrução Hermenêutica dos Conceitos de Argumentação, Retórica e Tópica*, de Maria Isabel Merino de Freitas Xavier, entre outras; e teses de doutorado, como, *v.g.*, *A ponderação no regime administrativo brasileiro: contributo da Fenomenologia Hermenêutica*, de Leonel Pires Ohlweiler, *O Direito Penal entre o Indivíduo e a coletividade: fundamentos hermenêuticos para uma política criminal adequada a países de modernidade tardia*, de André Coppeti; *Uma tópica jurídica como clareira para a emergência do ser do direito*, de Antonio Carlos Nedel; *Fundamentos para a compreensão hermenêutica do processo civil*, de Adalberto Hommerding; *Os princípios da lei natural e as exigências metodológicas da razoabilidade prática desenvolvidas por John Finnis: em busca de uma justificativa ética para a hermenêutica de cunho filosófico*, de Wilson Engelmann; Considerável parcela das referidas dissertações e teses está publicada ou no prelo. Seus resumos estão no site www.unisinos.br.

daquilo que, no comportamento cotidiano, ocultamos de nós mesmos (Heidegger): o exercício da transcendência, no qual não apenas somos, mas percebemos que somos (*Dasein*) e que somos aquilo que nos tornamos através da tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o direito da sociedade, porque o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser, sendo o direito entendido como a sociedade em movimento), onde o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico). Afinal, conforme ensina Heidegger, "o ente somente pode ser descoberto seja pelo caminho da percepção, seja por qualquer outro caminho de acesso, quando o ser do ente já está revelado".

Trata-se, enfim, da elaboração de uma ananálise antimetafísica (clássica e moderna), porque, a partir da viragem lingüística e do rompimento com o paradigma metafísico aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, a linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, passando a ser condição de possibilidade. Ao mesmo tempo, o processo interpretativo deixa de ser reprodutivo (*Auslegung*) e passa a ser produtivo (*Sinngebung*). É impossível ao intérprete despreender-se da circularidade da compreensão, isto é, como aduz com pertinência Stein,[7] nós, que dizemos o ser, devemos primeiro escutar o que diz a linguagem. A compreensão e explicitação do ser já exige uma compreensão anterior.

Há sempre um sentido que nos é antecipado. Opto, desse modo, por adotar a matriz hermenêutica, enquanto superação do esquema sujeito-objeto, representada pela busca na filosofia de um fundamento para o conhecimento, a partir do discurso em que impera a idéia de juízo (Stein). O privilegiamento que procuro dar à hermenêutica filosófica (e suas adaptações ao novo paradigma constitucional) radica na construção das condições de possibilidades que esse ferramental representa para uma crítica ao pensamento objetificador que domina o pensamento dogmático do direito. A ontologia fundamental rompe com o processo de entificação do ser próprio do pensamento dogmático-jurídico.

Dito de outro modo, enquanto a dogmática jurídica tenta explicar o direito, a partir da idéia de que o ser (o sentido) é um ente (isto é, como se o conceito de "coisa julgada" ou "direito adquirido" fosse um ente apreensível como ente), a partir dessa análise hermenêutica que proponho, pretendo mostrar que há uma clivagem entre nós e o mundo, porque nunca atingimos o mundo dos objetos de maneira direta, mas, sim, sempre pelo discurso.[8] E,

7 Cf. Stein, Ernildo. *Diferença e Metafísica. Ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000; *Compreensão e Finitude*. Ijuí: UNIJUÍ, 2004; *Pensar é Pensar a Diferença*. Ijuí: UNIJUÍ, 2004.

8 Cf. Stein, *Diferença*, *op. cit.*, p. 48.

como pretendo demonstrar na continuidade, isso nem de longe pode significar uma espécie de "livre disposição do discurso"; ao contrário, é exatamente a hermenêutica que melhor propiciará as condições para encontrar respostas corretas no direito.

A tese de que a linguagem é condição de possibilidade, superadora do esquema sujeito-objeto e que é comandada pela "coisa mesma" (ir às coisas mesmas), torna-se absolutamente relevante para o direito, exatamente pelo fato de que o pensamento dogmático do direito (positivista, sustentada em um discricionarismo no sentido forte), por ser objetificador e pensar o direito metafisicamente, esconde a singularidade dos casos, obnubilando o processo de interpretação jurídica. Essa "coisa mesma" que Heidegger persegue é a questão do ser no horizonte da diferença ontológica (Stein). Por isso, todo o trabalho de desconstrução do pensamento dogmático-objetificador do direito é feito sob o signo desses aportes filosóficos.

Tendo como base esse referencial teórico, é inexorável que eu venha a combater toda e qualquer atividade discricionária, voluntarista ou decisionista do Poder Judiciário e, de igual forma e com a mesma contundência, da doutrina positivista que guarnece tais posições. Registre-se minha posição firme – fundada na hermenêutica filosófica[9] – no sentido de que "levemos o texto a sério",[10] entendido o texto como evento.

Dizendo de outro modo, afirmar que "devemos levar o texto a sério" ou que devemos deixar "que o texto nos diga algo" ou, ainda, que "questão de direito (texto) e questão de fato (caso concreto) não podem ser cindidos", não quer significar, por exemplo, uma adesão ao *slogan* pós-moderno de Derrida de que *Il n' y a pas de hors-texte* (não há nada fora do texto). Texto é evento;[11] textos não produzem "realidades virtuais"; textos não são meros enunciados lingüísticos; textos não são palavras ao vento, conceitos metafísicos que não digam respeito a algo (algo como algo). Eis a especificidade do direito: tex-

9 A toda evidência, os objetivos desta obra não permitem especificar todas as categorias que sustentam a hermenêutica filosófica. Para tanto, permito-me remeter o leitor aos meus *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, *op. cit.* e *Jurisdição Constitucional*, *op. cit.*

10 Afinal, como bem diz Gadamer, *Wer einen Text verstehen will, ist vielmeher bereit, sich von im etwas zu sagen lassen* (quem quer compreender um texto, deve, primeiro, deixar que o texto lhe diga algo).

11 Textos tratam de coisas, pois. E a interpretação deve voltar-se para essa coisa (a coisa mesma). Nesse sentido, Gadamer (Wahrheit und Methode, *op. cit.*, p. 271) vai dizer que *Alle rechte Auslegung muss sich gegen die Willkür von Einfallen und die Beschränkheit unmerklicher Denkgewohnheiten abschirmen und den Blick "auf die Sache selber" richten (die beim Philologen sinnvolle Texte sind, die ihrerseits wieder von Sachen handeln).*

tos são importantes; textos nos importam; não há norma sem texto; mas nem eles são "plenipotenciários", carregando seu próprio sentido (o Mito do dado, fantasia de texto que se interpreta por si mesmo e se extrai por si mesmo, nas palavras de Simon Blackburn) e nem são desimportantes, a ponto de permitir que sejam ignorados pelas posturas pragmatistas-subjetivistas, em que o sujeito assujeita o objeto (ou, simplesmente, o inventa).

Em outras palavras, *o texto não existe em uma espécie de "textitude" metafísica*; o texto é inseparável de seu sentido; textos dizem sempre respeito a algo da faticidade; interpretar um texto é aplicá-lo; daí a impossibilidade de cindir interpretação de aplicação. Salta-se do fundamentar para o compreender (e, portanto, aplicar). Aqui, a importância da diferença ontológica entre texto e norma, que é, pois, a enunciação do texto, aquilo que dele se diz, isto é, o seu sentido (aquilo dentro do qual o significado pode se dar), que exatamente representa a ruptura dos paradigmas objetivista-aristotélico-tomista e da subjetividade (filosofia da consciência). Trata-se, enfim, da superação dos dualismos que caracterizam o pensamento metafísico.

A toda evidência – e desse modo respondo algumas críticas que me são feitas acerca da recepção da diferença ontológica pelo direito –, não há qualquer relação da diferença ontológica com a dicotomia "constituição real-constituição formal". Ao contrário: a diferença ontológica é exatamente – junto com o círculo hermenêutico – o sustentáculo da hermenêutica filosófica. Com ela, o ser é – e somente pode ser – o ser de um ente, e o ente só é – e somente pode ser – no seu ser (aqui se encontra o sustentáculo da *applicatio*). E isso constitui a superação do paradigma da flosofia da consciência, isto é, compreender que não há dois mundos, não há espaço para os dualismos metafísicos, enfim, não há um sujeito separado de um objeto. Ser e ente não são idênticos (não estão colados, não há imanência); mas também não estão cindidos. É a *diferença* que faz a *diferença* entre a hermenêutica e as demais teorias discursivo-procedurais e que é condição de possibilidade para alcançar a resposta correta.

Dizendo de outro modo, é esta, basicamente, a *aplicação da diferença ontológica que fiz ao direito* – e creio que de forma pioneira no Brasil – a partir da ruptura com a dicotomia texto-norma e vigência-validade. Ou seja, é *assim que se supera qualquer pretensão objetivista* (pelo qual a norma estaria "contida" no texto) *e qualquer pretensão subjetivista* (o texto perde importância, na medida em que o intérprete atribui "qualquer" norma ao texto, a partir de um conjunto de valores – *v.g.*, o que ocorre com a jurisprudência de valores e com as demais teorias axiológicas da interpretação jurídica).

Trata-se, pois, de uma importante contribuição da hermenêutica filosófica para a superação das insuficiências das teorias discursivas e das teorias da

argumentação. A partir desse suporte hermenêutico – batizado desde meu *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise* como uma *Crítica Hermenêutica do Direito* –, a relação texto-norma, regra-princípio, *easy-hard cases*, discursos de fundamentação-discursos de aplicação, para ficar apenas nestes "dualismos", passa a ser vista à luz do novo paradigma, que supera o paradigma representacional causal-explicativo, fundado no esquema sujeito-objeto.

Aliás, tenho deixado igualmente claro que não se pode – e não se deve – confundir a adequada/necessária intervenção da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismos por parte de juízes e tribunais. Seria antidemocrático. Em síntese, defender um certo grau de dirigismo constitucional e um nível determinado de exigência de intervenção da justiça constitucional não pode significar que os tribunais se assenhorem da Constituição.

E me permito acrescentar: não há implicação necessária entre jurisdição constitucional e discricionariedade judicial, pela simples razão de que uma coisa não implica a outra. Pelo contrário: a admissão da discricionariedade judicial e de decisionismos (o que dá no mesmo) *é próprio do paradigma positivista que o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito procura superar, exatamente pela diferença "genética" entre regras e princípios* (além da nova teoria das fontes e do novo modelo hermenêutico que supera o modelo exegético-subsuntivo, refém do esquema sujeito-objeto).

Por mais paradoxal que possa parecer, os princípios têm a finalidade de impedir "múltiplas respostas". Portanto, os princípios "fecham" a interpretação e não a "abrem", como sustentam, em especial, os adeptos das teorias da argumentação, por entenderem que, tanto na distinção fraca como na distinção forte entre regras e princípios, existe um grau menor ou maior de subjetividade do intérprete.[12] A partir disso é possível dizer que é equivocada a tese de que os princípios são mandatos de otimização e de que as regras traduzem especificidades (d'onde, em caso de colisão, uma afastaria a outra, na base do "tudo ou nada"), pois dá a idéia de que os "princípios" seriam "cláusulas abertas", espaço reservado à "livre atuação da subjetividade do juiz", na linha, aliás, da defesa que alguns civilistas fazem das cláusulas gerais do novo Código Civil, que, nesta parte, seria o "Código do juiz" – sic.

12 Até jusfilósofos de *corte positivista* como Luigi Ferrajoli rejeitam a tese de "abertura semântica dos princípios", *verbis*: "Por muito que sejam vagos e estejam formulados em termos valorativos, os princípios constitucionais servem em todo o caso para aumentar a certeza do direito, uma vez que limitam o vai e vem das possíveis opções interpretativas, obrigando aos juízes a associar às leis unicamente os significados normativos compatíveis com aqueles". Cf. Ferrajoli, Luigi. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid, Trotta, 2006, p. 67.

Com efeito, parcela considerável dos doutrinadores civilistas brasileiros trilha pelo caminho de entender o novo Código Civil como um sistema aberto, em face, principalmente, da adoção das cláusulas gerais. Nesse sentido, veja-se o comentário de Miguel Reale ao então projeto do novo Código Civil, para quem o Código deve conferir "ao juiz não só poder para suprir lacunas, mas também para resolver, onde e quando previsto, de conformidade com valores éticos, ou se a regra jurídica for deficiente ou injustável à especificidade do caso concreto".[13] Na mesma linha, Fabiano Mencke,[14] para quem as cláusulas gerais são normas "que se caracterizam pela abertura e possibilidades de criação conferida ao intérprete" e "o esforço intelectual do operador do direito que trabalha com normas abertas, como o são as cláusulas gerais, é sobremaneira dimensionado", porque carecem de "complementação valorativa", o que faz com que o intérprete se veja "obrigado a buscar em outros espaços do sistema, ou *até mesmo fora dele*, a fonte que inspirará e fundamentará a sua decisão".

Ora, pensar assim é fazer uma concessão à discricionariedade positivista, o que pode ser facilmente percebido em assertivas do tipo "a lei [o Código Civil, na parte relativa às cláusulas gerais] confia ao intérprete-aplicador, com absoluta exclusividade e larga margem de liberdade, a inteira responsabilidade de encontrar, diante de um modelo vago, a decisão justa para cada hipótese levada à decisão judicial".[15] Ora, de tudo o que foi dito, não parece democrático delegar ao juiz o preenchimento conceitual das assim chamadas "cláusulas gerais"[16] (a mesma crítica pode ser feita ao uso da ponderação para a "escolha" do princípio que será utilizado para a resolução do problema causado pela "textura aberta da cláusula").

13 Cf. Reale, Miguel. *Visão Geral do Projeto de Código Civil*. www.miguelreale.com.br/artigos.

14 Cf. Mencke, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista da AJURIS*, ano XXXIII, nº 103, Porto Alegre, set. 2006, pp. 69 e segs. – grifei.

15 Cf. Neves, Frederico Ricardo Almeida. Conceitos jurídicos indeterminados e direito jurisprudencial. In: Bento Herculano Duarte e Ronnie Preuss Duarte (org). *Processo Civil – aspectos relevantes*. São Paulo: Método, 2006, pp. 85 e 86.

16 As cláusulas gerais não são, entretanto, unanimidade no seio da doutrina civil e processual civil. Nesse sentido, registre-se a crítica de Humberto Theodoro Jr. contra o emprego legislativo desse tipo de estratégia, muito embora admita a introdução, pelo juiz, de valores éticos na lei. (A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista da EMERJ*, v. 9, n. 35, 2006, pp. 15 e segs.). Em linha similar, Marcus Eduardo de Carvalho Dantas, para quem "entender que o recurso às cláusulas gerais é um expediente idôneo a garantir um tratamento mais responsável das normas por parte do juiz é altamente discutível, já que não há pré-determinação da interpretação das normas, o que remete à dicotomia subjetivismo-objetivismo" (Acerca das funções sociais do contrato. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 27, PUC-RJ – Departamento de Direito, jul./dez. 2005, p. 108).

Em pleno paradigma do Estado Democrático de Direito, em que os princípios resgatam o mundo prático, não parece recomendável – sem um adequado "cuidado constitucional" – que o Código Civil reintroduza, no direito, cláusulas que autorizem o juiz – solipsisticamente – a "colmatar lacunas" ou incompletudes legislativas, a partir da "descoberta" de valores que estariam em uma metajuridicidade.

Por isso não se pode confundir ou tentar buscar similitudes entre os princípios constitucionais e as referidas cláusulas gerais (abertas).[17] São coisas absolutamente distintas. Aliás, seria incompatível com a democracia que uma Constituição estabelecesse, por exemplo, "princípios" (sic) que autorizassem o juiz a buscar, em outros "espaços" ou fora dele, as fontes para complementar a lei. É como se a Constituição autorizasse que ela mesmo fosse "complementada" por qualquer aplicador, à revelia do processo legislativo regulamentar (portanto, à revelia do princípio democrático). Ou seja, qualquer tribunal ou a própria doutrina poderiam "construir" princípios que substituíssem ou derrogassem até mesmo dispositivos constitucionais, o que, convenhamos, é um passo atrás em relação ao grau de autonomia que o direito dever ter no Estado Democrático de Direito.

Neste ponto, nada melhor do que remeter a discussão a Kelsen, porque, no fundo, há sempre um retorno às suas teses decisionistas: nele, não há espaço para princípios. No positivismo-normativista kelseniano *não há* espaço *para o "caso concreto"* (e, como veremos na sequencia – na linha do que venho sustentando – falar em princípios é falar em mundo prático, em faticidade e não em "enunciados assertóricos"). Até mesmo um positivista considerado moderado como Hart – este epíteto lhe foi dado por Dworkin –, ao tratar da textura aberta, procura resolver os casos difíceis (*hard cases*) através da interpretação das zonas de penumbra (textura aberta) da norma. Também ali não há lugar para os princípios (volta-se sempre para a contraposição "discursos de fundamentação-discursos de aplicação"). Abre-se, assim, a possibilidade da discricionariedade do intérprete. Afinal, se a tese hartiana da zona da penumbra (vagueza e ambigüidade da norma) é atrativa, também é verdade que ela não se resolverá na aplicação, mas, sim, no campo da conceitualização. Só quu isso deixa a interpretação do direito insulado na velha razão teórica.

Portanto, sempre sobrará realidade. Ou seja, na medida em que não há espaço para os princípios, as regras devem resolver todos os casos de forma subsuntiva-dedutiva. Este é o calcanhar de Aquiles das posturas positivistas: face às insuficiências/limitações das regras, face aos "casos difíceis", face à pluralidade de regras ou sentidos da(s) regra(s), o positivismo permite que o juiz *faça a "melhor escolha"*. O direito é, assim, apenas a moldura na qual serão subsumidos os "fatos" (*como se fosse possível separar* fato e direito). Significa dizer, trabalhando com a idéia de sistema sem lacunas, que a própria previsão da "correção" e da "colmatação" das insuficiências do ordenamento faz parte do próprio ordenamento jurídico. Desse modo, remete-se ao próprio direito a tarefa da correção do direito (veja-se, no caso brasileiro, a "perfeita" combinação/complementariedade entre o art. 4º da LICC e o art. 126 do CPC, agora realimentados pelas cláusulas "abertas" do Código Civil).

Observe-se como esse problema da discricionariedade, que exsurge no positivismo, a partir da "delegação" em favor do juiz do poder de "resolver os casos difíceis", acaba sofrendo um deslocamento em direção a uma "objetividade textual", não propriamente da regra (texto jurídico), *mas das conceitualizações prévias elaboradas pela dogmática jurídica.*

Ou seja, o próprio positivismo procura controlar a discricionariedade judicial, mediante a elaboração de um discurso prêt-à-porter, principalmente – e paradoxalmente – advindo do próprio Judiciário, para, em um processo de retroalimentação, servir de controle das decisões judiciais. *Provavelmente por isso, parte considerável da doutrina reproduz a posição dos tribunais, que elaboram uma espécie de versão positivista de "discursos de fundamentação prévia".* Isso é feito através de uma estandartização da cultura jurídica (verbetes, ementas, súmulas, etc.).

Essa construção dogmática é fruto de uma espécie de adaptação darwiniana *do positivismo jurídico* face à crescente judicialização do direito, que funciona a partir da elaboração de conceitos jurídicos com objetivos universalizantes, utilizando, inclusive, os princípios constitucionais. Os princípios constitucionais, que deveriam superar o modelo discricionário do positivismo, *passaram a ser anulados por conceitualizações*, que acabaram por transformá-

17 Registre-se as bem construídas pesquisas feitas no Brasil acerca da recepção da hermenêutica filosófica pelo direito, mormente no que tange à uma aplicação na cotidianidade das "práticas" jurídicas, valendo destacar, *v.g.*, *Hermenêutica Filosófica e Direito – o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual* (2ª ed. Lumen Juris, 2006), de José Carlos Moreira da Silva Filho. A obra faz um adequado "enquadramento" da discussão das cláusulas gerais do Código Civil, ferindo a questão fundamental: a crítica à filosofia da consciência. Para que as cláusulas gerais, entre elas, a boa-fé, funcionem como o esperado – acentua Moreira da Silva – é fundamental um ambiente juscultural propício a esta prática. "De nada adianta a simples previsão legal *se não houver uma verdadeira reformulação no modo de pensar do jurista, mormente associado ao paradigma filosóficos da consciência* e à mumificação de conceitos e categorias jurídicas, expressivas de um contexto ideológico diverso ao que hoje se desenha" (p. 246 – grifei). Também com ênfase na *applicatio*, Alexandre Morais da Rosa, em seu *Decisão Penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

los em "regras" ou "proto-regras" (verbetes, conceitos lexicográficos, enunciados, súmulas, etc.). E tudo volta à origem, com o sacrifício da singularidade do caso concreto, isto é, o que caracteriza o direito como saber prático é obnubilado pelo modelo conceitualista que domina a operacionalidade do direito.

Daí a inevitável pergunta: que importância tem, no plano da "fundamentação" de sentenças e acórdãos, a citação de enunciados ou verbetes do tipo "prova para condenar tem que ser robusta", "a palavra da vítima assume especial relevância nos crimes sexuais", "o excesso de prazo caracteriza a ilegalidade da prisão", "a palavra da vítima, em crime de roubo, é prevalente, inclusive, para configurar o *animus* do agente", "a boa-fé do litigante sempre se presume" ou "a boa-fé do litigante é presunção relativa", "segundo a doutrina de Hungria, Fragoso, Noronha e Damásio, o roubo próprio atinge a consumação, tal como o crime de furto, quando o agente logra tirar a coisa da esfera de proteção da vítima e passa, ele próprio, ainda que por pouco tempo, a desfrutar de sua posse tranqüila" (sic), *a não ser para fazer deduções e, com isto, deixar de lado a especificidade do caso, que se "amolda" ao "conceito"*? Afinal, o que é prova "robusta"? Em que circunstâncias a palavra da vítima tem valor pleni-potenciário e em que circunstâncias não tem valor algum? Quantos dias devem decorrer para configurar "excesso de prazo"? O que é boa-fé e por que ela sempre é (ou não é) presumida? Quanto tempo o agente do furto deve manter a posse da coisa furtada para configurar consumação?

Na verdade – e venho fazendo essa denúncia desde a primeira edição de Hermenêutica Jurídica E(m) Crise –, a utilização desses "conceitos", no interior desse "positivismo da causalidade", tem a função (metafísica) de "esconder" o "caso concreto" (não deixá-lo se revelar, porque sua revelação representa a faticidade e o mundo prático).

A construção desses conceitos prévios, abstratos, com pretensões universalizantes, objetiva "facilitar" o ato "aplicativo". A partir desses "conceitos" (v.g., "prova robusta", "palavra da vítima", "excesso de prazo", "esfera de proteção", "posse pacífica"), o intérprete exercerá – discricionária e/ou arbitrariamente – a sua subjetividade, isto é, o "conceito", alçado à categoria universalizante, servirá tanto para absolver como para condenar, tanto para deferir como para indeferir o pleito. Servirá, enfim, para qualquer resposta. Afinal, trata-se de "conceitos sem coisas".

Numa palavra: a "abertura principiológica" deve ser examinada no contexto de ruptura paradigmática com o modelo subsuntivo. O positivismo colocou à disposição da comunidade jurídica o "direito como um sistema de regras". A conseqüência disso é que a "faticidade" (o mundo prático) ficava de fora (afinal, foram anos de predominância do positivismo).

E, a propósito, não devemos esquecer que os princípios vieram justamente para superar a abstração da regra, desterritorializando-a de seu *locus* privilegiado, o positivismo. Os princípios (constitucionais) possuem um profundo enraizamento ontológico (no sentido da fenomenologia hermenêutica), porque essa perspectiva ontológica está voltada para o homem, para o modo de esse homem ser-no-mundo, na faticidade. O fio condutor desses princípios é a diferença ontológica (*ontologische Differenz*). É por ela que o positivismo é invadido pelo mundo prático. A regra recebe do princípio a sua "espessura", a sua significatividade (Bedeutsamkeit). É nesse contexto que deve ser entendida a relação da fenomenologia hermenêutica com o direito, isto é, do mesmo modo como o mundo prático é introduzido na filosofia (esse é o papel da viragem lingüístico-ontológica), também o direito sofre uma viravolta.

Por conseguinte, há que se discordar daqueles que querem descaracterizar a noção de princípio, transformando-o em um mero "postulado" ou "mandato de otimização".[18] Por trás disso está um projeto positivista, pretendendo resgatar a abstratalidade da regra e afastar o mundo prático ínsito aos princípios. As posturas que advogam a possibilidade de uma regra superar um princípio (constitucional) correm o risco de incentivar teses pelas quais é possível interpretar a Constituição de acordo com as leis ordinárias (regras). Isso acarretaria um retrocesso hermenêutico.

Através dos princípios – compreendidos evidentemente a partir da superação dos *discursos fundacionais* acerca da interpretação jurídica e da superação da distinção lógico-estrutural – é que se torna possível sustentar a existência de respostas adequadas (corretas para cada caso concreto). Portanto, a resposta dada através dos princípios é um problema hermenêutico (compreensão), e não analítico-procedimental (fundamentação). A presença dos princípios na resolução dos assim denominados "casos difíceis" – embora a evidente inadequação da distinção entre *easy* e *hard cases* – tem o condão exatamente de evitar a discricionariedade/arbitrariedade judicial. A resposta não provém de um discurso adjudicador (de fora); ela provém de uma co-originariedade.

18 Embora não concorde com a tese da separação estrutural que Humberto Ávila faz entre regras e princípios, tem ele razão quando critica a proliferação de princípios, assinalando que parcela considerável destes não passa de postulados. Nossa discordância se dá em outro plano, como poderá ser percebido na seqüência.

8.2. A ponderação como repristinação da discricionariedade positivista nos "casos difíceis": a diferença entre hermenêutica e teoria da argumentação. Uma ruptura necessária: a compreensão da proporcionalidade como coerência e integridade e não como juizo de eqüidade ou de ponderação.

Parece pacífico afirmar que princípios "acontecem" sempre no "caso concreto", porque é por eles que o *ethos*, o *factum* social – sempre ficcionalizados pelo positivismo – "penetram" no direito. Na verdade, preceitos (se assim se quiser, regras) igualmente "acontecem" em situações concretas. Não fosse assim e estaríamos cindindo situações de direito de situações fáticas. Isso parece indubitável. Daí a impossibilidade de hierarquizar ou metodologizar a aplicação dos princípios a partir de critérios *prima facie*; daí a impossibilidade de se compreender os princípios como enunciados assertóricos, o que os transformaria em meta ou super regras. Afinal, se o positivismo avançou na história separando a moral do direito, foram exatamente as suas insuficiências (modelo formal-liberal-burguês) que engendraram as condições para o surgimento de um novo direito, a partir do constitucionalismo social-interventivo. E os sucessos históricos bem demonstram as razões pelas quais o direito e o Estado passaram a assumir tal dimensão.

Além do texto constitucional que representou – e representa – um *plus* normativo (e qualitativo, em face da legitimidade que se torna condição de possibilidade) em relação às "etapas" anteriores do direito (e do Estado), é nos princípios que se institucionalizou a moral, compreendida como o "ideal de vida boa" da sociedade (demandando, por isso, um Estado que deixa de ser "inimigo", para ser "amigo dos direitos fundamentais"). A moral, nesse sentido, é normativa; a ética é que é axiológica (veja-se como essa questão afetará a teoria da argumentação jurídica, na questão dos valores a serem "sopesados".

Os princípios – ou, se se quiser, a materialidade principiológico-constitucional – *passam a compor, dessa maneira, o novo perfil da sociedade contemporânea, enquanto resposta às insuficiências jurídico-políticas decorrentes das "fases" anteriores do Estado e do direito.* Falar de princípios significa: o direito passa a cuidar do mundo prático; a faticidade penetra no terrritório jurídico antes inacessível face às barreiras opostas pelo positivismo (direito como modelo de regras). Supera-se igualmente a contraposição sociedade-Estado (veja-se, por exemplo, o problema dessa dicotomia no direito administrativo ou no direito tributário, em que parte considerável da doutrina continua a incorrer no "confronto" Estado mau-cidadão bom; em linha similar, parte considerável do direito penal sustenta, em pleno Estado Democrático de Direito, a existência de apenas "bens jurídicos de carne e osso"). Bens jurídicos devem ser entendidos, desse modo, como direitos ou como "violações a um dever", de onde exsurge a dupla face na proteção dos direitos fundamentais (*Übermassverbot* e *Untermassverbot*).

Por isso, o avanço representado por esse importante fenômeno que atravessa o direito da fase do Estado Democrático de Direito: a moral deixa de ser autônoma-corretiva, para se tornar co-originária ao (e com o) direito. Tem-se, assim, a todo o momento, como pano de fundo, a recorrência da discussão acerca da relação "direito-moral". Afinal, está-se a tratar de uma questão eminentemente paradigmática. Tudo porque

> as questões jurídicas e as questões morais tem relação com os mesmos problemas: *como ordenar legitimamente as relações interpessoais, como coordenar entre si as ações por intermédio de normas justificadas e como solucionar consensualmente os conflitos de ação a partir de princípios normativos e regras intersubjetivamente reconhecidas.* De forma distinta, direito e moral se referem aos mesmos problemas.[19]

Essa "origem comum" e a "mesma preocupação" será o sustentáculo dessa *nova forma de "relacionamento" entre direito e moral nas sociedades democráticas exsurgidas a partir do segundo pós-guerra:*

> "O postulado inicial aqui é que não apenas aquilo que tradicionalmente faz parte da moral, mas também o que hoje se chamam o político e o jurídico pertencem ao significado do termo ética. Isso não implica dizer que normas morais, normas de trato social, normas religiosas, normas jurídicas e políticas não se distinguem, *mas apenas vem confirmar sua origem comum, os limites imprecisos entre elas e, principalmente, sua função social semelhante.*"[20]

Classes distintas – mas não cindidas - de normas que se complementam mutuamente, dirá Habermas. Há uma co-originariedade que se transforma em

19 Cf. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Tradução Manuel Jiménez Redondo. 3. ed. Madri: Trotta, 2001, p. 171.

20 Cf. ADEODATO, *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 122.

complementariedade. Em outras palavras, trata-se de uma incindibilidade, que, no plano da hermenêutica filosófica, ocorre como uma diferença ontológica (*ontologische Differenz*). Dizendo de outra maneira: assim como não se cinde a interpretação da aplicação (lembremos sempre à crítica de Gadamer às três *subtilitatae*), também não há cisão (estrutural) entre moral e direito (nem na origem, nem na aplicação).

Veja-se: são exatamente as contingências históricas que fazem com que a moral se institucionalize no direito (mas sem servir de instrumento para legitimar uma busca de "valores" escondidos debaixo dos textos jurídicos). Essa institucionalização dá-se a partir da faticidade (ou, se se quiser, do *a priori* da faticidade). Em termos hermenêuticos, é o (novo) modo prático do sentido do ser do direito no contexto dessa tentativa de resgatar aquilo que o positivismo havia descartado. Dito de outro modo, esse fenômeno ocorre como um agir prático – um "desde já faticamente dado" – que proporciona uma alteração na forma da razão prática no interior da qual se torna possível discutir os comportamentos sociais à luz da legislação democraticamente produzida, que – registre-se – passa a assumir um lugar cimeiro no Estado Democrático de Direito.

Assim, o que ocorre é uma normatização (juridiscização) nos limites do *a priori* da faticidade a partir das condições de aplicação da moral pós-convencional, sendo, assim, também um *a priori* jurídico (institucionalização das expectativas normativas).[21] Essa moral pós-convencional, entretanto, por estar eivada de solipsismo, não consegue dar o suporte necessário ao direito, *em face de sua condição de refém do esquema sujeito-objeto, circunstância que somente se altera com a viragem lingüística-ontológica ocorrida no campo da filosofia.* Observe-se: a moral pós-convencional, presa às amarras do sujeito da subjetividade assujeitadora da modernidade, não pôde (e não pode) ser recepcionada no interior de um paradigma que supera a relação sujeito-objeto. São coisas absolutamente antitéticas.

É nesse sentido que se dá a transição da moral para o direito. E essa transição somente poderia se dar a partir de uma intersubjetividade reconhecedora de direitos recíprocos na sociedade (veja-se que não é gratuito o nome do sujeito que domina o esquema sujeito-objeto na modernidade: o *Selbstsüchtiger*, o sujeito egoísta, o que "se basta", o sujeito da consciência de si do pensamento pensante, que constrói o seu próprio objeto de conhecimento). Melhor dizendo, essa transição – que ocorre pelo contingenciamento his-

21 Sobre a relação "direito-moral", ver também Niquet, Marcel. *Teoria Realista da Moral*. Trad. De F. Herrero Botin e Nélio Schneider. São Lepoldo, Ed. Unisinos, 2002, em especial, pp. 95 e segs.

tórico – pode ser percebida pelo grau de preservação e garantia dos direitos sociais-fundamentais nas legislações democráticas construídas a partir do segundo pós-guerra.

Numa palavra, direito e moral possuem esse "ponto de estofo" (para usar uma expressão de Lacan) – que pode ser chamado de "co-originariedade", "complementariedade" ou "razão hermenêutica-estruturante-que-impede-a-cisão-entre-o-direito-e-a-moral" - porque o direito do Estado Democrático de Direito, sustentado nos princípios que traduzem o mundo prático, origina-se de um lugar que não (mais) "sobrevive" como "território da convencionalidade jurídica" sem compromisso com a faticidade e a historicidade. A moral não é (mais) uma instância paramétrico-corretiva, pela simples razão de que a fundamentação moral já está nesse "ponto de estofo" referida "ao direito gerado democraticamente" e juridicamente institucionalizado.[22] Expulsa pelo positivismo, ela retorna – agora como uma necessidade –, não mais como corretiva/autônoma, e, sim, traduzindo as insuficiências do direito que o positivismo pretendia que fossem dar "conta do mundo" a partir do "mundo de regras". Efetivamente, é por ela que o direito se abre ao déficit social representado pelo superado modelo liberal-individualista de direito. É nesse sentido que corretamente Vicente Barretto vai dizer que

> "o Estado Democrático de Direito, do ponto de vista jurídico-constitucional, expressa, assim, uma idéia moral de organização do poder político, antes de ser uma ordenação dos poderes do Estado e de definição de direitos e garantias individuais e coletivas. É, portanto, conseqüência, e não fonte, de uma determinada concepção de homem e da sociedade, do homem considerado como ente moral, dotado de direitos anteriores à própria organização estatal".[23]

Por isso, para Barretto, o processo hermenêutico próprio do Estado Democrático de Direito supõe a consideração de princípios e condições sociais e políticas, não se confundindo com o jogo semântico ou com o entendi-

22 Sobre a legitimidade do direito nesta quadra da história, ver Pepe, Albano M. Bastos. A recepção habermasiana da sociologia do direito de Max Weber. In: Leonel Severo Rocha e Lenio Luiz Streck (org.). *Constituição, Sistemas Jurídicos e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 141 e segs.

23 Cf. Barretto, Vicente de Paulo. Da interpretação à hermenêutica constitucional. In: Margarida Lacombe (org.). *1988-1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 391.

mento da aplicação da lei como a simples subsunção da norma positiva aos fatos sociais.

A institucionalização da moral no direito, a partir do direito gerado democraticamente (Constituições compromissório-sociais), mostra a especificidade do Estado Democrático de Direito, isto é, ambas as matrizes (teoria do discurso habermasiana e hermenêutica filosófica) somente se sustentam em sistemas jurídicos que promove(ra)m essa institucionalização. O direito incorporou um conteúdo moral, passando a ter um caráter de transformação da sociedade. Esse ideal de "vida boa" deve ser compreendido como dirigido e pertencente a toda a sociedade (esse é o sentido da moral), sendo a Constituição o modo para alcançá-lo. Com desideratos semelhantes, em Habermas o direito – a Constituição – garante abertura para que a justiça social venha a ser construída ao longo do tempo – daí a ênfase em uma democracia procedimental; na hermenêutica – na leitura feita no espaço destas reflexões – a aplicação da Constituição representa a concretização do conteúdo substancial e dirigente do texto; a hermenêutica não prescinde do procedimento, mas aposta na realização dos direitos substantivos, que tem caráter cogente, d'onde decorre uma maior valorização da jurisdição constitucional.

Mas, talvez na própria função da operacionalidade do direito – em especial a jurisdição constitucional – esteja um dos componentes que afastam uma matriz da outra. Para a hermenêutica, o papel do direito não pode ser "reservado" para uma discussão que, ao dar primazia aos procedimentos para a sua realização, corre o risco de fazer o próprio texto constitucional (entendido em sua materialidade principiológica) soçobrar, o que se constitui – aos olhos da hermenêutica – em um paradoxo: se a moral foi institucionalizada no direito, o foi nos textos principiológicos; enfraquecendo o próprio texto, enfraquece-se a gênese da (re)introdução da moral que havia sido sequestrada pelo positivismo.

De todo modo, o que importa demonstrar é que ocorreu uma superação das concepções positivistas (marcadamente semanticistas) a partir da "reinserção da moral no direito". Com isso, a par de não se poder confundir regras com princípios, também é certo que estas não subsistem autonomamente, como se fosse possível isolar o direito no interior da regra ("purificada" da moral). Dito de outro modo, regras não se sustentam em uma espécie de "suficiência ôntica". Aliás, nenhum texto se sustenta nessa "suficiência apofântica". Por isso, a impossibilidade, em qualquer hipótese, de se falar em exercícios subsuntivos-dedutivos (causais explicativos). Isto porque há sempre um algo que se antecipa e que é condição de possibilidade a qualquer interpretação.

Por isso, devemos ter claro que algumas teorias procedurais-argumentativas não levam em conta a relevante circunstância de que, antes da explica-

ção causal (se se quiser, o raciocínio subsuntivo-dedutivo), há algo mais originário *e que é condição de possibilidade* de qualquer explicação causal. Trata-se de um acontecer, que se dá no âmbito da pré-compreensão, da antecipação de sentido, onde o horizonte de sentido (pré-juízos) limita o processo de atribuição de sentido. E, veja-se: essa pré-compreensão (*Vorverständnis*) não é sinônimo de "visão de mundo", "ideologia", "subjetividade", etc, como equivocadamente apregoam alguns jusfilósofos contemporâneos, ao pretenderem agregar uma "pitada de hermenêutica" às suas posturas ainda reféns do esquema sujeito-objeto. A pré-compreensão constitui aquilo que Schnädelbach chama de "razão hermenêutica". Trata-se de um existencial, sobre o qual não temos domínio (e isso especialmente os adeptos das teorias argumentativas não conseguem entender).

Sendo mais específico: essa dimensão pré-compreensiva, forjada no mundo prático (faticidade) não é um elemento formal, traduzível por regras de argumentação, por exemplo, como se fosse um caminho para algo. Essa dimensão ocorre em uma totalidade de nossa realidade, a partir da conjunção de múltiplos aspectos existenciais, que fazem parte de nossa experiência (faticidade, modo-de-ser-no-mundo) e são, portanto, elementos a que temos acesso mediante o esforço fenomenológico de explicitação.[24]

É problemático, assim, estabelecer *standards* conceituais "aptos" à prática de raciocínios subsuntivo-dedutivos, porque isso elimina as situações concretas, que passam, desse modo, a ser "abarcadas" pelos referidos conceitos. Ou seja, uma vez "eliminada/abstraída" a situação concreta, tem-se o terreno fértil para o exercício daquilo que é o cerne do positivismo: a discricionariedade interpretativa e a conseqüente multiplicidade de respostas.

Veja-se que, se no positivismo os "casos difíceis" – e essa problemática será analisada em capítulo específico – eram "deixados" a cargo do juiz resolver, discricionariamente (com as consequencias históricas de que já falei anteriormente), na era assim denominada de pós-positivismo e naquilo que se denominou de teoria(s) da argumentação jurídica, os *hard cases* passaram a ser resolvidos a partir de ponderações de princípios (quando os princípios entram conflito, devem ser ponderados, diz, por todos, Alexy).[25] Segundo a teoria da

24 Nesse sentido, consultar Stein, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia. Limites de um paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004; *Diferença e metafísica*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000; Vida humana, um conceito da antropologia filsófica. *Veritas*, n. 4, v. 48, Porto Alegre, dez./2003.

25 Autores como Écio Oto consideram que "o método de resolução de conflitos entre princípios proposto por Alexy [a ponderação] causa uma revolução (ruptura) epistemológica quanto aos caracteres-postulados das teorias decisionistas do direito e da discricionariedade pregada pelo positivismo jurídico, pois introduz um critério de racionalidade que insere o controle da decisão juri-

argumentação jurídica, os princípios devem ser hierarquizados axiologicamente. *O problema é saber como é feita essa "escolha"*.

Penso, aqui, que o calcanhar de Aquiles da ponderação – e, portanto, das diversas teorias argumentativas (e suas derivações) – reside no deslocamento da hierarquização "ponderativa" em favor da "subjetividade" (assujeitadora) do intérprete, com o que a teoria da argumentação (para falar apenas desta), como sempre denunciou Arthur Kauffman, não escapa do paradigma da filosofia da consciência. Ou seja, independentemente das colorações assumidas pelas posturas que, de um modo ou de outro, deriva(ra)m da teoria da argumentação de Robert Alexy, o cerne da problemática está na continuidade da

dica dentro de pautas interpretativas que funcionam como garantias da fundamentação racional de enunciados, os quais prevalecem (prefiribilidade para o caso) não mais em função de uma lógica estritamente dedutiva, mecanicista ou binária que põe os 'pesos' das regras ou princípios neles mesmos, mas no espaço do grau de satisfatoriedade (ótima) de aplicação daquele princípio dentro de uma racionalidade comunicativa (procedimental-discursiva)" (*Teoria do Discurso & Correção normativa do direito*. São Paulo: Landy, 2004, p. 203).

Não é possível concordar com a assertiva. Com efeito, não parece que a teoria da argumentação de Alexy tenha superado o paradigma epistemológico da filosofia da consciência. Isto porque, sem superar o esquema sujeito-objeto, não está superada a dedução (ou subsunção), *questão que aparece na tese alexyana de que, para os casos simples, basta a subsunção, "reservando-se" a ponderação para os casos difíceis* (tese com a qual o autor está de acordo), em que ocorre conflito entre princípios (ou até mesmo entre regras). Embora busque uma aproximação/imbricação entre Habermas e Alexy – que, registre-se, não é aceita pela parcela expressiva de adeptos das teses habermasianas no Brasil, como Marcelo Cattoni e Álvaro Souza Cruz (ao lado de Oto, podem ser elencados Rogério Gesta Leal e Antonio Maia, que não vêem incompatibilidades entre a teoria do discurso habermasiana e a ponderação) –, Oto assume a tese de uma moral corretiva (tese que é forte em Alexy), em que o direito acaba sendo passível de "substituição" pelo discurso moral-corretivo. Com isso, pode soçobrar a própria Constituição, como se pode perceber pela seguinte passagem da mesma obra: "De fato, confrontado a uma regra cuja norma contida pareça discutível, embora conforme a Constituição, o intérprete, num regime democrático, não dispõe de nenhum princípio metodológico específico para safar-se". Neste caso, citando Constantin Stamatis, "para obter uma solução razoável, entretanto, é em princípio legítimo que o intérprete possa avaliar antecipadamente as consequencias legais que sobreviveriam numa ou outra alternativa, estabelecendo-se num lugar privilegiado de escolha". E continua: "Neste caso, o jurista pode então medir (ponderar) as consequencias possíveis de seu próprio julgamento". A questão é saber de que forma é possível fazer essa "operação interpretativo-procedimental"; de que forma o direito justo pode depender do procedimento argumentativo, que geraria consenso e, portanto, a correção? Veja-se a complexidade da questão, mormente porque o autor objetiva – *registre-se, a partir de aprofundada pesquisa* – a construção de um modelo de correção normativa do discurso constitucional, que, ao imbricar Habermas e Alexy, pretende (*Neoconstitucionalismo e positivismo, op. cit.*, pp. 29 e segs.) "levar para a discussão da validez jurídica, atinente ao discurso constitucional, os procedimentos de fundamentação (de justificação) da correção normativa dos juízos de valor jurídico, delineados por aqueles modelos de racionalidade argumentativa" (de Habermas e Alexy, que manteriam um conteúdo de racionalidade externo, que não é autonomamente determinado pelo direito posto).

"delegação" em favor do sujeito da relação sujeito-objeto. Isso é assim porque a ponderação implica essa "escolha" subjetiva. Daí a incompatibilidade com a circularidade hermenêutica, uma vez que o círculo atravessa o esquema sujeito-objeto (é através dele que se dá a antecipação de sentido, impedindo qualquer interpretação em etapas).

No fundo, volta-se, com a ponderação, ao problema tão criticado da discricionariedade, que, para o positivismo (por todos, Kelsen e Hart) é resolvido por delegação ao juiz. Assim, também nos casos difíceis dos quais falam as teorias argumentativas, a escolha do princípio aplicável "repristina" a antiga "delegação positivista" (na zona da penumbra, em Hart, ou no perímetro da moldura, em Kelsen). Isto é, cabe ao intérprete dizer qual o princípio aplicável, ou seja, tal como no positivismo, é tarefa (prerrogativa?) do juiz decidir nas "zonas de incertezas" e em face das "insuficiências ônticas" (para usar aqui uma expressão que faz parte do repertório que identifica a "dobra da linguagem" que sustenta a ausência de cisão entre *hard* e *easy cases*).

Para ser mais claro: nos casos difíceis (indeterminações, insuficiências ônticas, limitações da semântica que não conseguem apresentar uma resposta satisfatória, ou outras denominações que queiramos dar para os *hard cases*), o problema no positivismo era – assumidamente – resolvido pela discricionariedade. Não se deve olvidar, nesse sentido, que, para esse desiderato positivista, o próprio ordenamento jurídico sempre foi constituído de dispositivos autorizatórios para essa completude "autopoiética", a partir do recurso aos princípios gerais do direito, à experiencia do juiz, aos usos e costumes e assim por diante.

Na seqüência, em face da profunda alteração paradigmática ocorrida no campo do constitucionalismo, que introduziu princípios "trazendo de volta" o mundo prático expungido pelo positivismo, o mesmo problema se coloca novamente ao jurista: como resolver os casos difíceis?

Em lugar da discricionariedade e dos mecanismos aptos para tal, as teorias procedurais de cariz argumentativo colocam a ponderação como modo de solucionar colisão de princípios (e de regras). Para tanto, Alexy, por exemplo, apresenta a lei da colisão, de onde se extraem critérios *prima facie* (para ele, as duas fórmulas, a subsunção – elaborada com as regras da lógica – e a ponderação – elaborada com as regras da aritmética –, permitem alcançar o mesmo nível de certeza). Veja-se que, em Alexy, há direitos que, em abstrato, possuem peso maior que outros (por exemplo, o direito à vida em relação à liberdade de ação).

De forma discordante, entendo que a ponderação vem a ser o mecanismo exterior pelo qual se encobre o verdadeiro raciocínio (estruturante da

compreensão). Por ela, encobre-se a seguinte questão: a de que não existe semântica perfeita e de que, enfim, não é possível a superposição de significados. E por que não existe a semântica perfeita? Porque não há a possibilidade de extrair analiticamente de enunciados qualquer sentido; nos enunciados é preciso um *a priori* para extrair sentidos. Definitivamente, não somos seres isomórficos! Assim, o "remédio" contra a ponderação é um remédio contra um mecanismo de encobrimento de um raciocínio que se faz incompleto, porque é sobre o equívoco de duas situações que se decidem sobre a ponderação, que, assim, retorna ao método.

Disso se extrai que a ponderação, modo simples, acaba por repetir a idéia da subsunção. Mesmo que – como propõe Alexy – devam ser feitas fórmulas e critérios de hierarquização, isso não retira a ponderação – própria da teoria da argumentação – do velho problema da metodologia criticada (e superada) por Gadamer em *Verdade e Método*.

Não é demais lembrar que até adeptos da teoria da argumentação como Luis Prieto Sanchis[26] admitem que o "juizo de ponderação" implica uma margem (considerável) de discricionariedade.[27] Pergunta-se, então: qual é a distância daí até a arbitrariedade interpretativa (ou, se quiser, do decisionismo)?

Numa palavra, a partir da derrocada da metódica racionalista acende-se o debate acerca da condição de possibilidade para interpretar. Em uma apressada leitura da história, poder-se-ia entender que, cortadas as "amarras do supremo momento da subjetividade", isso poderia representar uma espécie de abertura do processo de compreensão, mormente em um direito repleto de princípios e cláusulas abertas. Veja-se, entretanto, que a herança *kelseniana* do decisionismo não foi superada até hoje e que a discricionariedade *hartiana* foi, de algum modo, reapropriada pelas teorias argumentativas, mas sob o manto de uma racionalidade argumentativa com a pretensão de dar solução ao problema de uma pós-metódica. Com efeito, a teoria da argumentação alexyana, tese que mais tem sido utilizada na tentativa de solucionar os dile-

26 Nesse sentido, ver Sanchís, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. *Op. cit.*

27 Assim também Luis Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos (*O começo da história*, *op. cit.*, p. 315), para quem os "casos difíceis" dependerão "de valorações subjetivas a serem feitas à vista do caso concreto". Mais ainda, para os autores, "cláusulas de conteúdo aberto, normas de princípio e conceitos indeterminados envolvem o exercício de discricionariedade do intérprete". Em sentido contrário, criticando a ponderação pelo seu subjetivismo, ver Rivas, Pedro. Notas sobre las dificuldades de la doctrina de la ponderación de bienes. *Persona y Derecho*, n. 41, 1999, p. 115.

mas destes tempos pós-positivistas – embora seus avanços –, não conseguiu fugir do velho problema engendrado pelo subjetivismo: a discricionariedade. Esse fato, aliás, é reconhecido pelo próprio Alexy, no posfácio que compõe a edição da tradução para o português, corroborando, assim, aquilo que importantes adeptos de sua teoria da argumentação, como Prieto Sanchís e Manuel Atienza, já afirmavam/aceitavam de há muito, isto é, que a ponderação estava umbilicalmente ligada à discricionariedade judicial: "Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que inclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento –, de forma a torná-los praticamente sem importância. Neste caso, então, existe *uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade tanto do legislativo quanto do judiciário*".[28] Esse é o ponto que liga a teoria alexyana ao protagonismo judicial, isto é, o *sub-jectum* da interpretação termina sendo o juiz e suas escolhas.

Dizendo de outra maneira, eis mais uma vez presente a diferença entre a hermenêutica e a teoria da argumentação: enquanto a teoria da argumentação compreende os princípios (apenas) como mandados de otimização, portanto, entendendo-os como abertura interpretativa, o que chama à colação, necessariamente, a subjetividade do intérprete (filosofia da consciência), a hermenêutica – como já referido à saciedade – parte da tese de que os princípios *introduzem o mundo prático no direito*, "fechando" a interpretação, *isto é, diminuindo, ao invés de aumentar*, o espaço da discricionariedade do *intérprete*. Claro que, para tanto, a hermenêutica salta na frente para dizer que, primeiro, são incindíveis os atos de interpretação e aplicação (com o que se supera o método) e, segundo, não há diferença estrutural entre hard cases e easy cases.

E nesse contexto, isto é, por acreditar na existência de hard cases e easy cases e, sobremodo, por "dispensar" a pré-compreensão antecipadora, a teoria da argumentação utiliza-se do princípio da proporcionalidade como "chave" para resolver a ponderação, a partir das características de todos conhecidas.[29] Na medida em que a proporcionalidade só "é chamada à colação"

28 Cf. Alexy, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. De Luis Virgilio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros, 2008, *op. cit.*, p. 611).

29 Alexy indica que o intérprete, ao realizar a ponderação, deverá valer-se da "máxima da proporcionalidade", que nada mais é do que um critério procedimental a ser seguido pelo "ponderador". A "máxima da proporcionalidade" é composta de três máximas parciais, quais sejam: adequação, que, ao estabelecer a relação entre o meio empregado e o fim atingido, mede seus efeitos a partir de hipóteses comprovadas ou altamente prováveis; *necessidade*, que estabelece que a medida empregada (vale dizer, a norma) deve considerar, sempre, o meio mais benéfico ao destinatário;

em caso de necessidade de ponderação para os casos difíceis – uma vez que, como se sabe, para os casos simples isso é dispensável, porque "basta" a dedução (sic) –, caberá ao intérprete "hierarquizar" e "decidir" acerca de qual deve ser o princípio aplicável.

Aqui, mais grave do que a ponderação de princípios é a assertiva de que também há ponderação entre regras, como se, primeiro, as regras subsistissem "como" regras, com sentido autônomo, e, segundo, como se fosse possível estabelecer uma metodologia, ou outro nome que se queira dar a essa operação, que seja apta a fazer essa "escolha" da melhor regra aplicável. Ora, se, ao fim e ao cabo, cabe ao intérprete hierarquizar (e escolher) o princípio (ou a regra) aplicável, a pergunta que cabe é: *qual é a diferença entre o "intérprete ponderador" e o "intérprete do positivismo", que discricionariamente escolhe qual a "melhor" interpretação?* Parece-me que o positivismo, neste ponto, era mais explícito. E mais sincero.

Claro que a Teoria da Argumentação Jurídica – mormente a de Alexy – responderá que há um conjunto de critérios que deverão sempre balisar a escolha (e se sabe muito bem que Alexy, em sua festejada Teoria da Argumentação, expõe detalhadamente esse conjunto de critérios). Conforme Alexy, os direitos fundamentais possuem uma estrutura normativa de princípios, que podem ser cumpridos em variados graus. Quando princípios entram em colisão e esta não puder ser resolvida pelos critérios "normais" (critérios hierárquico, cronológico ou da especialidade), busca-se socorro na ponderação (sic). É, pois, uma "decisão de preferência", diz Alexy. Nos casos simples, não ocorre a necessidade de se ponderar, porque a subsunção resolve o problema (mesmo nos casos de colisão de regras, poderá ocorrer a necessidade da ponderação, aludem os adeptos da teoria da argumentação).

Assim, a ponderação traria uma densificação valorativa das normas (regras ou princípios). Para a resolução do conflito colisivo, Alexy apresenta a "a lei de colisão", que pretende traçar critérios para essa atividade ponderativa. Especificam-se, desse modo, os modos pelos quais um princípio terá precedência sobre outro, isto é, a prevalência vai depender do peso dados aos princípios envolvidos em um determinado caso: as condições sob as quais um princípio precede a outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa

e *proporcionalidade em sentido estrito*, que é a ponderação com base nos valores *jusfundamentais* propriamente ditos, os quais encontram na noção de dignidade da pessoa humana uma espécie de meta-valor a orientar a interpretação dos demais direitos fundamentais. Cf. Alexy, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993-2002, pp. 111-115.

a conseqüência jurídica do princípio precedente. Por isso, o princípio P1 tem, em um caso concreto, um peso maior que o oposto P2, quando existem razões suficientes para que P1 preceda P2, sob as condições C dadas no caso concreto.

Essa precedência constitui um caráter *prima facie* do valor dos princípios. Veja-se que isso é assim porque Alexy entende que a teoria da argumentação jurídica é um caso especial de uma argumentação prática, sendo que, por isso, reporta-se à existência de interpretações *prima facie*, ou seja, dissociadas de casos concretos, distinguindo, a partir do modelo de Kriele, o *process of discovery* e o *process of justification*, ou seja, "descoberta e comprovação de hipóteses de normas".

Não é difícil de perceber, portanto, a cisão entre aplicação e fundamentação (descoberta e justificação). Ou seja, para Alexy, a aplicação se dá em processos de justificação interna e externa. Na justificação interna, Alexy, em uma clássica postura lógico-analítica, retoma, paradoxalmente, o modelo subsuntivo, "suficiente" para os casos fáceis e outras formas corretivas para casos difíceis. Na justificação externa, o problema diz respeito às "premissas não extraídas diretamente do direito positivo", constantemente presentes no processo de aplicação (entra aqui o problema da moral – enquanto justificativa das premissas externas ao direito positivo – , que tem uma função corretiva em Alexy, embora tal circunstância não seja assumida explicitamente).

Na realidade, a teoria procedimental de Alexy pretende ser uma teoria da argumentação prática do tipo jurídico em condições pós-metafísicas. Mas, na linha do que vem sendo aqui referido, é possível – e necessário – contestar essa pretensão. Com efeito, independentemente das possibilidades de rompimento da metafísica pelas teorias discursivas e até mesmo da possibilidade de total superação de todo e qualquer tipo de ontologia por epistemologias contemporâneas, a proposta de Alexy,[30] *principalmente quando focada no tipo especial*

30 As críticas à teoria da argumentação de Alexy não obscurecem a relevantíssima contribuição do autor no campo dos direitos fundamentais-sociais. Em sua teoria (*Theorie der Grundrechte*, 3ª ed., Frankfurt a, M., 1996, em especial acerca da fundamentação dos direitos sociais fundamentais, pp. 196 e segs. e pp. 458 e segs., traduzida para o castelhano como *Teoría de los derechos fundamentales* por Ernesto G. Valdés, CEC, Madrid, 1997); Alexy construí uma fundamentação explícita dos direitos fundamentais-sociais, que remete ao seu conceito de direito subjetivo. Tais teses vem influenciando uma geração de juristas, contribuindo sobremodo para a concretização dos direitos sociais-fundamen- tais em *terrae brasilis*. Para tanto, basta verificar as inúmeras dissertações e teses elaboradas no decorrer dos últimos anos, tratando das condições e das possibilidades de realização da Constituição, o que também pode ser constatado na jurisprudência dos tribunais. O "método" da ponderação de valores provavelmente é o mais citado e reverenciado na doutrina e na jurisprudência pátrias.

de argumentação jurídica, encontra-se, ao contrário de suas pretensões, completamente deslocada das linhas de pensamento pós-metafísico.

Observe-se que a construção de um discurso prático geral que se tornasse imune às críticas já dirigidas a Habermas trouxe ao seu "procedimento" vinte e oito "regras" que acabam retomando o pensamento metafísico em suas versões subjetivista e objetivista. Alexy ainda está preocupado com o problema da fundamentação (*fundamentum inconcussum*), não tendo deslocado o problema para um fundamento existencial (sem fundo), como fez Heidegger, nem tendo radicalizado a partir da existência de um grau zero na discussão sobre o dissenso, como fez Habermas. Alexy propõe, no fundo, uma teoria procedimentalista que pressupõe um substancialismo preso ao modelo da filosofia da consciência.

Não é desarrazoado afirmar, deste estado d'arte, que a tentativa de construção de uma teoria da argumentação jurídica a partir do discurso prático geral se frustra quando as estruturas procedimentais não são transpostas e a teoria da argumentação jurídica acaba sendo, por não ter tido o ímpeto da ruptura habermasiana, uma revisão da clássica teoria do direito. Habermas enfrenta o problema hermenêutico, por exemplo, com uma noção de interpretação coerente com o seu espaço epistemológico do dissenso, que se dá a partir de um grau zero (veja-se a crítica que lhe faz Apel). Alexy, ao contrário, não coloca o direito como um mediador do discurso a partir de um dissenso, mas como o depositário de um sentido previamente dado e que deve ser "procedimentalmente" descoberto. Essa é uma postura que somente se coaduna com uma visão pós-metafísica se o problema do fundamento for enfrentado a partir das estruturas existenciais, caso contrário se cairá na armadilha metafísica.

Os sinais de presença da filosofia da consciência no procedimentalismo de Alexy são muitos. O mais evidente é, sem dúvida, a insistência em um modelo lógico-subsuntivo para casos fáceis[31] e a utilização de versão renovada dos cânones de interpretação. O modelo subsuntivo pressupõe um sentido previamente dado da premissa maior e uma visão meramente descritiva da premissa menor, sob pena de inviabilizar o silogismo.

A alternativa para fugir desse modelo é uma alternativa hermenêutica, quando se supera a dicotomia questões de fato-questões de direito, ainda adotada por Alexy, e se parte para um novo modelo que coloca o texto como um evento, e a norma como o resultado da compreensão do texto e do evento a partir da diferença ontológica. A manutenção da subsunção, por pressupor um

31 Idem, ibidem, pp. 218 e segs.

dado previamente dado, é, portanto, metafísica. Em outras palavras, manter a subsunção, mesmo que para "resolver" casos fáceis, é incorrer no esquema sujeito-objeto. E nisso reside a raiz do problema.

De igual modo, a utilização dos cânones de interpretação – e isso já é (mera) conseqüência do paradigma epistemológico da filosofia da consciência – também demonstra essa prisão metafísica. De fato, Alexy tenta retomar os cânones por outro ângulo, na medida em que eles não seriam mais regras de interpretação, mas tão-somente "formas de argumentos", conforme Perelman.[32] Mas, no fundo, não é isso que acontece, já que o modelo de fundamentação metafísica logo se mostra e Alexy é obrigado a dar às "formas de argumentos" uma função constitutiva e diretiva, na medida em que, para ele, "formas distintas (de argumentos) podem levar, no contexto da discussão de um problema, a soluções completamente diferentes". Esse problema é típico da hermenêutica técnico-normativa bettiana e acaba sendo resolvido a partir de um meta-critério ou de uma solução metafísica objetivista (isso também ocorre com as teses que trabalham com "postulados" normativos, pelas quais é possível uma regra "valer" mais do que um princípio, assim como até mesmo transformar um princípio em uma regra). Alexy acaba resolvendo-o da primeira forma quando pressupõe, na teoria do discurso prático geral, a utilização de "regras de prioridade de segundo nível" para solução de conflitos de "regras de prioridade" de primeiro nível. Na teoria do discurso prático jurídico, vai sustentar que determinados argumentos tenham *prima facie* um maior peso. Novamente, o trilema de Münchausen surge e o retrocesso sucessivo de soluções metafísicas vai se impondo.

Daí a pergunta: qual é a diferença desses critérios (ou fórmulas) dos velhos métodos de interpretação, cujo calcanhar de Aquiles – na feliz expressão de Eros Grau e Friedrich Müller – é(ra) exatamente não ter um critério para difundir qual o melhor critério, que, em outros palavras, comparei, em textos anteriores, com a "ausência/impossibilidade" de um Grundmethode?[33]

Portanto, neste ponto há que se dar razão a Habermas e aos adeptos de sua teoria, sobre as suas críticas ao "uso discricionário da ponderação" e à "ponderação discricionária" (aliás, a própria ponderação passa a ser, por si só, instrumento para o "livre exercício" da relação sujeito-objeto). A ponderação sempre leva a uma abstração em face do caso, circunstância que "reabre" para o juiz a perspectiva de argumentação sobre "o caráter fundamental ou não do

32 Idem, ibidem.

33 Cf. Streck, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

direito", já reconhecido desde o início como fundamental, e assim acaba tratando esses direitos como se fossem "valores negociáveis", com o que se perde a força normativa da Constituição, que é substituída pelo "discurso adjudicador" da teoria da argumentação jurídica.

Assim, por exemplo, quando se está dizendo que uma determinada lei é inconstitucional porque fere o princípio da proporcionalidade,[34] em realidade, antes disso, a referida lei é inconstitucional porque, por certo, violou um determinado preceito constitucional (com perfil de princípio ou não). Mais especificamente, ao invés de dizer que o artigo 107, VIII, do CP é inconstitucional porque fere o princípio da proporcionalidade na sua face de proteção insuficiente (*Untermassverbot*), melhor – e correto – afirmar que o artigo 107, VIII, é inconstitucional porque o Estado está proibido de se omitir na proteção de um direito fundamental (e vários dispositivos constitucionais podem ser invocados).

Na verdade, segundo essas (corretas) críticas de Habermas, não se deve ponderar valores, nem no abstrato, nem no concreto. Por isso, a proporcionalidade *não* será legítima se aplicada como sinônimo de eqüidade. Proporcionalidade[35] será, assim, o nome a ser dado a necessidade de coerência e integridade de qualquer decisão (aqui há uma aproximação de Habermas com Dworkin).

Por isso, para a hermenêutica (filosófica), o princípio da proporcionalidade não tem – e não pode ter – o mesmo significado que tem para a teoria da argumentação jurídica. Para a hermenêutica, *o princípio da proporcionalidade é como uma metáfora*, isto é, um modo de explicar que cada interpretação – que nunca pode ser solipsista – deve obedecer a uma reconstrução integrativa do direito, para evitar interpretações discricionárias/arbitrárias sustentadas em uma espécie de "grau zero de sentido",[36] que, sob o manto do caso concreto, venham a estabelecer sentidos para aquém ou para além da Constituição (veja-se que o próprio Habermas admite o uso da proporcionalidade, se esta ocorrer nos espaços semânticos estabelecidos nos discursos de fundamentação, que tem em uma Constituição democrática o seu corolário).

Explicando melhor: em Recasens Siches – e repristino, aqui, o velho exemplo que é usado para a explicação do "princípio da razoabilidade" –, o "caso" da proibição de cães na plataforma, aos olhos da hermenêutica filosófica aqui trabalhada, teria necessariamente um novo desdobramento no paradigma do novo constitucionalismo instituído a partir do segundo pós-guerra (que aqui podemos tratar como sinônimo de "paradigma neoconstitucionalista"). Com efeito, parece óbvio que, *se é proibido* o trânsito de cães, parece "razoável" *também proibir* o trânsito de ursos. Até aqui se chega à mesma conclusão. O problema é que, em uma leitura positivista – e esse era o contexto no qual Siches escreveu sua obra –, as demais hipóteses de "trânsito de animais" ficariam a critério da discricionariedade do juiz. Essa é a fragilidade da invocação da proporcionalidade e da proporcionalidade no modo como tem sido feito pela doutrina e jurisprudência. Do mesmo modo que foi aplicada a "proporcionalidade devida" na proibição de ursos, também o seria na resolução acerca da permissão (ou não) do trânsito de um camelo. A diferença é que, para a compreensão hermenêutico-filosófica, a resposta correta não decorreria desse juízo de ponderação do juiz, mas, sim, *da reconstrução principiológica do caso, da coerência e da integridade do direito*. Seria uma decisão sustentada em argumentos de princípio e não em raciocínios finalísticos (ou de políticas). É por isso que a hermenêutica salta do esquema sujeito-objeto para a intersubjetividade (sujeito-sujeito).

Na realidade, é preciso entender que, já no exemplo dos cães na plataforma, não havia regras ou princípios a serem ponderados. No caso, a proibição de cães que gerasse uma "permissão" de ursos seria *visceralmente inconstitucional*, por violação, de um lado, da proibição de insuficiência (a permissão de ursos violaria um dever de proteção do Estado, colocando em risco a incolumidade física dos usuários da plataforma), e, de outro, da proibição de excesso, na hipótese, *v.g.*, de que a decisão proibisse pequenos animais entendidos na tradição autêntica reconstruída de forma integrativa como não perigosos. Em outras palavras, estamos, na hermenêutica, livres da apreciação pragmático-subjetivista do juiz, que pode ser decorrente – nas diversas posturas positi-

34 Aqui é pertinente a crítica que Luis Virgílio – embora defensor da teoria da argumentação de Alexy – faz do recurso à regra da proporcionalidade na jurisprudência do STF, que, segundo ele, "pouco ou nada acrescenta à discussão e apenas solidifica a idéia de que o chamado princípio da razoabilidade e a regra da proporcionalidade seriam sinônimos. A invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um *topos*, com caráter retórico, e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula 'a luz do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional'". Cf. Afonso da Silva, Luís Virgílio. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, nº 798, ano 91, pp. 23-50, São Paulo, abr. 2002, p. 31.

35 Ao invés da proporcionalidade – que acaba sendo utilizada como uma panacéia para resolver "qualquer problema" –, parece mais indicado utilizar as suas duas "faces": a proibição de excesso (*Übermassverbot*) e proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*).

36 Instituir um "grau zero" de sentido leva, no momento seguinte, à incontrolabilidade dos sentidos, pelo sacrifício da intersubjetividade e da tradição, culminando em um processo de atribuição de sentidos sem "controle". Em face dessa dispersão de sentido, as teorias discursivas-argumentativas pretendem aglutinar esses significados em torno de jogos argumentativos, em uma práxis argumentativa que visa, *sem sucesso, a repor a controlabilidade dessa incontrolabilidade*.

vistas – das preferências pessoais sobre animais (traumas, simpatias, etc.). E isso não importa para a hermenêutica.

Assim, a "era dos princípios" não é – de modo algum – um *plus* axiológico-interpretativo que veio para transformar o juiz (ou qualquer intérprete) em superjuiz que vai descobrir os "valores ocultos" no texto, agora "auxiliado/liberado" pelos princípios. Nesse sentido, é importante referir que alguns defensores das teorias discursivas não se dão conta dessa problemática relacionada à "abertura" proporcionada pelos princípios e sua conseqüência no plano da hermenêutica jurídica. Nessa linha, não é possível concordar com Antonio Maia,[37] estudioso incansável de Habermas, quando diz que "neste quadro atual, (...) *os magistrados dispõem de uma área maior de liberdade* do que a *tradicionalmente garantida em nossa história jurídica*" e que, por isso, "impõe-se uma atenção maior à questão concernente às justificativas pelas quais os juízes chegam às decisões que dirimem as lides a eles submetidas".

Ora, não há dúvida de que as decisões dos juízes devem ser (cada vez mais) controladas. Este é o papel da doutrina, que deve "doutrinar", *coisa cada vez mais rara em um país dominado por uma cultura manualesca, baseada em vereditos jurisprudenciais*. O Estado Democrático de Direito exige fundamentação detalhada de qualquer decisão. Minha discordância com Maia está em outro ponto: ao contrário do que afirma o ilustre jusfilósofo, o novo paradigma (neoconstitucionalismo principiológico) *não proporcionou maior liberdade aos juízes. Princípios, ao superarem as regras, proporciona(ra)m a superação da subsunção. Princípios não "facilitam" atitudes decisionistas e/ou discricionárias.*

Trata-se, portanto, da superação do paradigma epistemológico da filosofia da consciência e da certeza de si do pensamento pensante (*Selbstgewissheit des denkenden Denken*). A superação do esquema sujeito-objeto faz com que os sentidos se dêem em uma intersubjetividade. A maior liberdade na interpretação (atribuição de sentidos) em favor dos juízes *acarretaria na afirmação da subjetividade assujeitadora*,[38] o que afastaria o mundo prático, introduzido

37 Cf. Maia, Antonio. A importância da dimensão argumentativa à compreensão da práxis jurídica contemporânea. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 8, 2001, pp. 280-281.

38 Também aqui é importante registrar o caráter "não-relativista" da hermenêutica e o perigo representado pela "liberdade de atribuição de sentidos", que coloca a dogmática jurídica refém de um mero convencionalismo lingüístico (veja-se, nesse sentido, *Crátilo*, de Platão, em que Sócrates debate com Hermógenes e Crátilo). Tome-se o seguinte caso: está em curso em *terrae brasilis* importante debate acerca da (im)possibilidade de o Ministério Público realizar investigações criminais, problemática que teve início com o julgamento do Habeas Corpus nº 81.326-DF, em que o Supremo Tribunal Federal, por uma de suas Turmas, negou-lhe essa atribuição. Trata-se de uma questão de grande relevância para a hermenêutica jurídica. Afinal, havendo dispositivo constitucional prevendo a privaticidade da ação penal pública em favor do Ministério Público e a previsão

pela fenomenologia hermenêutica (primeiro, pela filosofia hermenêutica e, logo depois, pela hermenêutica filosófica).

de que, além das atribuições estatuídas diretamente no texto constitucional, outras poderiam lhe ser atribuídas por lei, como negar à Instituição o poder investigativo-criminal, diante da dicção exsurgente do art. 8º, V, da LC 75/93, pelo qual "nos procedimentos de sua competência" o Ministério Público poderá, "realizar inspeções e diligências investigatórias"? Parece evidente, a menos que o aludido art. 8º seja inconstitucional – o que não é o caso – que não é possível comprometer o sentido, cunhado pela tradição, das expressões "diligências investigatórias", atribuindo-se uma norma absolutamente distinta e que lhe confere o sentido contrário...! Embora a norma seja sempre o produto da atribuição de sentido a um texto, isto não significa que o intérprete – nem mesmo o Supremo Tribunal Federal – detenha o poder de atribuir qualquer sentido a um texto jurídico. Ainda que assim não fosse, melhor sorte não socorreria àqueles que intentam singularizar o fenômeno hermenêutico, reduzindo-o à procura de um sentido único e "fundante" às expressões que manipulam. Pelo menos neste caso, sequer a gramática lhes auxilia, pois a capacidade investigatória do Ministério Público desponta vívida a até mesmo a partir de uma análise – aproximativa, é bem verdade – que se poderia estabelecer entre as demais disposições do art. 8º da Lei Complementar 75/93 e o significado que a expressão "investigar" adquiriu na tradição (no sentido que Gadamer atribui a essa palavra). Nesse sentido, ainda que a utilização de conceitos lexicográficos possa acarretar o risco de definições de caráter metafísico – e sobre isto minhas críticas têm sido contundentes –, não é demais trazer a lume, em face das peculiaridades do caso sob comento, o significado comumente atribuído a essa expressão. Afinal, como já dizia Saussure, se queres saber o significado de um significante, pergunte por aí...! Com efeito, investigar pode significar "1. Seguir os vestígios de; 2. Fazer diligências para achar; pesquisar, indagar, inquirir; 3. Examinar com atenção; esquadrinhar" (sic), como, aliás, consta no Dicionário Aurélio...! Definitivamente, há uma tradição (hermenêutica) que aponta para o sentido da expressão "investigar". Dito de outro modo, embora o sentido hermenêutico dependa sempre de um dado contexto, isto é, de uma *applicatio*, é possível buscar no significado de base da expressão os indícios que apontam para a atribuição do sentido do que seja "investigar", donde se extrai que as expressões "realizar diligências investigatórias" não podem, jamais, significar o seu oposto! Ou seja, não podem significar que o Ministério Público "não" tem esse poder. É possível discutir os limites da realização da investigação; mas, jamais, que o Ministério Público não tenha essa prerrogativa, isto porque o texto jurídico "realizar diligências investigatórias" contém uma norma mínima, que é a de investigar, significado que se pode atribuir a partir da tradição jurídico-lingüística. Ver, para tanto, Streck, Lenio Luiz; Feldens, Luciano. *Crime e Constituição. A legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. 3ª ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Capítulo 9

A crise de dupla face que atravessa o direito e a necessidade da formação de um "comportamento constituonal" para superar os diversos âmbitos da resistência positivista à Constituição.

9.1. Ainda a questão da crise de paradigmas de dupla face.

Além de – e para além de – tudo o que foi dito, torna-se necessário, ainda, reafirmar uma velha questão sobre a qual venho me debruçando, mormente a partir da Constituição de 1988: trata-se da crise de paradigmas que assola o direito. Passados mais de dezoito anos, a crise está longe de ser debelada. Com efeito, como tenho referido em várias ocasiões, a crise possui uma dupla face:

- de um lado, uma crise de modelo de direito, porque, preparado para o enfrentamento de conflitos interindividuais, não tem condições de enfrentar/atender as demandas de uma sociedade repleta de conflitos transindividuais;[1]
- de outro, a crise dos paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, o que significa dizer, sem medo de errar, que ainda estamos reféns do esquema sujeito-objeto.

Fundamentalmente, essa crise de dupla face sustenta o modo positivista de fazer e interpretar o direito. Explicando melhor: se, de um lado, parte considerável da doutrina e jurisprudência do direito ainda sustenta posturas objeti-

1 Esta terminologia é sugerida por José Luis Bolzan de Morais, quem tratou desta temática no contexto aqui referido, chamando a atenção para as transformações sofridas pelo direito contemporâneo, com a incorporação de interesses novos que não se vinculam ao modelo liberal-individualista, em que a figura do sujeito titular da pretensão estava vinculada ao indivíduo isolado, ator principal desta tradição. Cf. Bolzan de Morais, Jose Luis. *Do direito social aos interesses transindividuais. O Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

vistas (em que a objetividade do texto sobrepõe-se ao intérprete, ou seja, a lei "vale tudo", espécie de consolidação do "paraíso dos conceitos do formalismo" de que falava Hart), de outro, há um conjunto de posições doutrinário-jurisprudenciais assentadas no subjetivismo, segundo o qual o intérprete (sujeito) sobrepõe-se ao texto, ou seja, sustenta-se que "a lei é só a ponta do *iceberg*, isto é, que o que vale são os valores 'escondidos' debaixo do *iceberg*" (sic), com o que a tarefa "crítico-revolucionária" do intérprete seria a de "descobrir" esses valores "submersos"...! O aspecto "crítico" que o jurista estaria manejando residiria no fato de que o barco do positivismo bateria contra os "valores submersos"...!

Não é desarrazoado afirmar, destarte, que existem – especialmente no direito brasileiro – posturas que, de algum modo, acabam tendo um ponto comum, isto é, o de que as interpretações dos textos normativos consistem em sua substancial reescritura em função do "presente" do intérprete. Segundo tais teses, o juiz não encontra um direito já dado, não registra aquilo que o direito é, mas o cria (com relativa liberdade), enquadrando-o na moldura dos textos que interpreta.

Ocorre que – e isso pode parecer paradoxal –, com o passar do tempo, as razões políticas acabaram por engendrar um redimensionamento nas diversas teses: o juiz já não é vinculado pelos textos normativos, porque não existe um direito pronto para uso, fornecido por um texto qualquer (aqui, veja-se a contundente denúncia de Hart acerca do ceticismo das regras). Tais teses – que podem ser denominadas de subjetivistas-realistas, de nítido viés pragmatista –, podem ser classificadas do seguinte modo – e aqui me socorro de Pietro Costa, na feliz compilação feita por Emílio Santoro: a) o sujeito interpreta os textos a partir da totalidade da situação em que se encontra; b) o sentido do texto não é uma qualidade objetiva dele próprio, a ele imanente, mas que lhe é atribuído pelo intérprete; c) o intérprete reescreve o texto em função das questões, dos interesses, das exigências características de seu presente; d) não ocorrem critérios racionais e absolutos de veracidade ou falsidade de uma interpretação; e) a veracidade de uma interpretação não se traduz no consenso que ela está em grau de obter, sob a base dos pressupostos compartilhados num grupo, numa sociedade, num determinado contexto; f) não podendo a interpretação de um texto se apresentar como apoditicamente verdadeira, isso se traduz numa estratégia de persuasão do interlocutor com base em pressupostos "localmente" compartilhados com o próprio interlocutor; g) a argumentação intertretativa não pertence ao domínio da lógica, mas, sim, ao da retórica.[2]

2 Cf. Santoro, Emilio. *Estado Direito e Interpretação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 41 e segs.

Tem sido assim porque, com sustentação em Kelsen e Hart (para falar apenas destes), passando pelos realistas norte-americanos e escandinavos, construiu-se, com o passar dos anos, uma resistência ao novo paradigma de direito e de Estado que exsurgiu com o segundo pós-guerra. O novo constitucionalismo – que exige uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma e um novo modo de compreender o direito – ainda não aconteceu em terrae brasilis.

Ainda não compreendemos o cerne da crise, isto é, que o novo paradigma do direito, instituído pelo Estado Democrático de Direito, é nitidamente incompatível com a velha teoria das fontes,[3] com a plenipotenciariedade dos discursos de fundamentação, sustentada no predomínio da regra e no desprezo dos discursos de aplicação, e, finalmente, com o modo de interpretação fundado (ainda) nos paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência. Assim, a teoria positivista das fontes vem a ser superada pela Constituição; a velha teoria da norma dará lugar à superação da regra pelo princípio;[4] e o velho *modus* interpretativo subsuntivo-dedutivo – fundado na relação epistemológica sujeito-objeto – vem a dar lugar ao giro lingüístico-ontológico, fundado na intersubjetividade.

Trata-se, pois, de três barreiras à plena implementação do novo paradigma representado pelo Estado Democrático de Direito. Essas barreiras fincam raízes na concepção positivista de direito, que identifica *texto* e *norma*, *vigência* e *validade*, ignorando a parametricidade formal e material da Constituição, fonte de um novo constituir da sociedade. Se o positivismo está fundado em um mundo de regras que, metafisicamente, pretendem abarcar a realidade – circunstância que afasta toda perspectiva principiológica –, torna-se necessário compreender a origem da diferença entre regra e princípio, porque nela – na diferença – está novamente a questão que é (ou deve ser) recorrente em

3 Talvez o exemplo mais contundente acerca desse problema ocasionado pela (ainda) não superada teoria das fontes é a interpretação que o Supremo Tribunal Federal deu ao texto que estabelece a garantia fundamental ao mandado de injunção. Para a Suprema Corte brasileira, o dispositivo constitucional não é auto-aplicável, carecendo, pois, de *interpositio legislatoris*.

4 Antes que alguém faça um juízo apressado, invocando, contra minha tese, a preexistência dos "princípios gerais do direito" (art. 4. da LICC e o próprio art. 126 do CPC), é importante referir que a crítica aqui tratada se refere à velha teoria positivista da norma jurídica que a identificava como uma estrutura proposicional de dever ser (por todos, Kelsen). Os princípios especificados na LICC, além de seu papel subsidiário, apenas reforç(av)am o papel discricionário do juiz para resolver "casos difíceis" (não previstos pela regra). Como referido em outra parte da obra, a redação de tais dispositivos é incompatível com o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito e com a intersubjetividade superadora do esquema sujeito-objeto.

qualquer teoria que se pretenda crítica e que objetive transformar o direito em um saber prático:

a) pela regra fazemos uma justificação de subsunção (portanto, um problema hermenêutico-filosófico), que no fundo é uma relação de dependência, de subjugação, e, portanto, *uma relação de objetivação* (portanto, um problema exsurgente da predominância do esquema sujeito-objeto);

b) já por intermédio do princípio não operamos mais a partir de dados ou quantidades objetiváveis, porque, ao trabalhar com os princípios, o que está em jogo não é mais a comparação no mesmo nível de elementos, em que um elemento é causa e o outro é efeito, mas, sim, o que está em jogo *é o acontecer daquilo que resulta do princípio, que pressupõe uma espécie de ponto de partida, que é um processo compreensivo.*

Tal é o estado da arte do *modus interpretativo* que ainda domina o imaginário jurídico prevalente em parcela considerável da doutrina e da jurisprudência praticadas no Brasil. Trata-se, fundamentalmente, de um problema paradigmático, bem representado por aquilo que venho denominando de "baixa constitucionalidade" e de "crise de paradigma de dupla face", caudatárias de uma espécie de acoplamento do "Trilema de Münchausen" ao mundo jurídico brasileiro.[5]

9.2. As diversas manifestações da operacionalidade do direito como sintomas da crise.

Por essas razões, talvez não cause estranheza à comunidade jurídica recente decisão proferida em Vara Federal que, em resposta aos embargos de declaração em que o advogado questionava o fato de a sentença não ter se

5 Transcendendo as fronteiras do direito *stricto sensu*, o país assistiu em rede nacional ao humorista e apresentador da TV, Jô Soares, ironizar a Constituição do Brasil, comparando-a em tamanho com a dos Estados Unidos. Para piorar o quadro, uma jornalista presente – eram quatro na mesa para comentar as várias CPI's instaladas em 2005 – explicou a discrepância nas dimensões das respectivas Constituições: a dos Estados Unidos "era sintética, porque fora fruto do sistema germânico" (sic); a do Brasil era "grande", porque inspirada no sistema romano... (sic)! E os estudantes de direito presentes aplaudiram, entusiasticamente, a "explicação". Enfim, estávamos diante da crise do direito transmitida em rede nacional.

manifestado sobre a "obrigação de controle difuso da constitucionalidade" levantada como questão prejudicial, rejeitou-os, sob o argumento de que "ao cumprir seu dever constitucional de fundamentar as decisões, o juiz não é *obrigado a analisar ponto por ponto todas as alegações deduzidas*". O problema é que o ponto principal questionado pelo advogado era, exatamente, a *inconstitucionalidade de um ato normativo*!

Do mesmo modo, veja-se a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, deixando assentado que *"a inconstitucionalidade de uma lei, ou ato normativo, sabidamente, não se presume, nem seria possível declará-la no âmbito restrito do* habeas corpus",[6] colocando por terra um século de luta pela plena implementação do controle difuso de constitucionalidade. Aliás, se fosse possível "eleger" um instituto que mais bem representasse a jurisdição constitucional em defesa da força normativa da Constituição e de tudo o que representa o constitucionalismo no decorrer da história, este seria o *habeas corpus*, principalmente em um país que teve poucas décadas de democracia no entremeio de tantas outras comandadas por regimes autoritários (lembremos o discurso de Rui Barbosa no Supremo Tribunal Federal, no nascedouro da República, instando o Tribunal a fazer controle difuso de constitucionalidade; interessante notar que a luta de Rui era justamente *buscar a declaração da inconstitucionalidade de um dispositivo legal através de um* habeas corpus).

Em linha similar:

> "Ação rescisória. Fundamento em incompetência da Turma julgadora e violação literal de lei. Procedência pelo segundo fundamento. (...) O controle difuso da constitucionalidade das leis ocorre quando qualquer órgão judicial (monocrático ou colegiado) para decidir a causa, tenha que examinar, previamente, a questão de ser ou não constitucional a norma legal que tenha incidência na demanda. Por esse exame, que independe de argüição do incidente de inconstitucionalidade, não declara o órgão judicial a inconstitucionalidade da lei. Simplesmente deixa de aplicá-la em face do caso concreto, por considerá-la inconstitucional. Há diferença entre declarar-se que a lei é inconstitucional (controle direto, com efeito erga omnes) e deixar-se de aplicar a lei por se a considerar inconstitucional (controle difuso, com efeito apenas no caso concreto)".[7]

6 HCs nº 752396 e nº 753097, Acórdãos nº 94116 e 94117, Rel. Des. Lécio Resende, 1ª Turma Criminal, TJDF, j. em 20/03/97.

7 ARC, nº 50896, Acórdão nº 108914, Rel. Des. Valter Xavier, 1ª Câmara Cível, TJDF, j. em 02/09/98, DJU 14/10/98, p. 30.

Já o Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede de Agravo de Instrumento,[8] deu por inconstitucional a Lei Federal nº 10.628/02 – que tratava do foro especial para prefeitos –, sem qualquer menção à necessidade do cumprimento do disposto no art. 97 da Constituição, como se não existissem regras para o exercício do controle difuso de constitucionalidade.

Como se pode facilmente perceber, há uma confusão entre conceitos de controle difuso e controle concentrado de constitucionalidade. Em primeiro lugar, cabe referir que o art. 97 da Constituição, que estabelece a reserva de plenário (*full bench*), não é aplicável tão-somente ao controle concentrado/direto/abstrato de constitucionalidade. Ao contrário, exatamente em face da reserva de plenário, é que o art. 97 aplica-se ao controle difuso. É por ele que ocorre a cisão de competência, fazendo com que, *per saltum*, a questão constitucional (portanto, questão prejudicial), seja catapultada do órgão fracionário para o plenário do tribunal (ou órgão especial). Em segundo lugar, ao contrário do que consta em alguns dos acórdãos, não há diferença, em sede de segundo grau, entre "declarar que a lei é inconstitucional" e "deixar de aplicar a lei por considerá-la inconstitucional". Na verdade, se o órgão fracionário entender que a lei é inconstitucional, ele não pode deixar de a aplicar sem suscitar o respectivo incidente (a exceção consta no parágrafo único do art. 481 do CPC). Ao deixar de aplicar a lei por entendê-la inconstitucional, o órgão fracionário estará subtraindo do plenário do tribunal a prerrogativa (que é só dele, neste caso) de declarar a inconstitucionalidade da lei, no âmbito do controle difuso, ocorrendo, destarte, flagrante violação do art. 97 da Constituição.

Os problemas decorrentes de uma "baixa constitucionalidade" podem ser detectados em vários âmbitos do direito e sob os mais diversos matizes. O déficit de constitucionalização da operacionalidade do direito tem suas feridas expostas na (metafísica) equiparação entre vigência e validade (o que equivale hermeneuticamente a equiparar texto e norma). Em conseqüência, a Constituição fica relegada a um segundo plano, porque sua parametricidade perde importância na aferição da validade de um texto. Como veremos na continuidade, isso coloca em risco a própria (sobrevivência da) Constituição de 1988.

Nesse sentido, calha registrar o não distante episódio da entrada em vigor do Código Civil em 2003, em que foi possível – e ainda é – detectar o grau de arraigamento às concepções metafísico-dualísticas. Com efeito, na medida em

8 Agravo de Instrumento nº 313.238-5/1-00 (TJSP).

que o Código demorou quase três décadas para ser aprovado, é inexorável que o produto final estivesse eivado de erros (de simples incompatibilidades no plano das antinomias até flagrantes inconstitucionalidades). Assim, já nos primeiros meses, centenas de emendas foram encaminhas ao Congresso Nacional, buscando a correção das anomalias. O que causa maior estranheza é que dezenas dessas emendas são despiciendas, uma vez que os alegados vícios são perfeitamente sanáveis a partir de um adequado manejo da interpretação constitucional, *mediante a aplicação da jurisdição constitucional. É evidente que sempre é melhor que uma lei seja corrigida pelo próprio legislador.* Entretanto, a cidadania não pode ficar à mercê dessa longa espera pelo legislador, correndo-se o risco do solapamento da própria Constituição. O inusitado advém do fato de que, em alguns casos, os juízes continua(ra)m aplicando determinados dispositivos, mesmo que haja emendas propondo a derrogação, por violação da Constituição (*v.g.*, art. 1.621, § 2º; art. 1.641, II; art. 1.614; art. 1.694, § 2º, para citar tão-somente algumas incidências). Em outros casos, bastaria a aplicação da interpretação conforme a Constituição e as emendas se tornariam dispensáveis (*v.g.*, art. 1.602; art. 1.638, inc. III; art. 1.566, inc. I e II; art. 1.727-A, para ficar apenas em alguns dos casos objetos de emendas). Ou seja, uma adequada filtragem hermenêutico-constitucional do novo Código Civil eliminaria, de imediato, a maior parcela de suas anomalias.

A ausência de uma nova teoria das fontes fez – e continua fazendo – vítimas nos diversos campos do direito. Para se ter uma idéia, a garantia constitucional da ampla defesa ficou quinze anos sem ser aplicada nos interrogatórios judiciais, sem que a doutrina e a jurisprudência – com raríssimas exceções – tivesse reivindicado a aplicação direta da Constituição. Com efeito, até o advento da Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, os acusados eram interrogados sem a presença de defensor. Os raríssimos acórdãos (*v.g.*, da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do RS) que anulavam interrogatórios realizados sem a presença de advogado, eram sistematicamente atacados via recursos especial e extraordinário. E, registre-se, o Superior Tribunal de Justiça anulava os acórdãos que aplicavam a Constituição sem *interpositio legislatoris*, reforçando, assim, a problemática relacionada a um dos três obstáculos que o positivismo opõe ao neoconstitucionalismo: a teoria das fontes. De qualquer sorte, não há notícias de que os manuais de direito processual penal, neste espaço de vigência da Constituição, tenham apontado na direção de que seria nulo qualquer interrogatório sem a presença do defensor. Mas – e aqui transparece a confissão da crise paradigmática – bastou que a nova Lei viesse ao encontro da (tênue) jurisprudência forjada inicialmente na 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul para que a polêmica – ins-

tantaneamente – se dissolvesse no ar. Sendo mais claro: *os juristas prefeririam não obedecer à Constituição, da qual era possível extrair, com relativa facilidade, o império do princípio do devido processo legal e da ampla defesa*. Entretanto, com o advento da Lei nº 10.792/03, estabelecendo exatamente o que dizia a Constituição, cessaram os problemas. Obedece-se à lei,[9] mas não se obedece à lei das leis...!

Não deixa de ser elucidativo o episódio que envolveu a aplicação, por centenas de juízes, de um dispositivo não votado – introduzido de forma não muito bem explicada no corpo da Lei nº 9.639/98 (parágrafo único do art. 11). Explico: o Congresso Nacional aprovou projeto do Poder Executivo, concedendo anistia aos agentes públicos que retiveram contribuições previdências dos segurados da Previdência Social. Tal matéria constou no art. 11 do projeto. Mas o texto que foi à sanção presidencial levou o acréscimo do parágrafo único, estendendo a anistia aos sonegadores de tributos. O Presidente da República sancionou a Lei sem perceber a irregularidade. Constatado o equívoco da sanção, o ato foi republicado no dia seguinte. Pois bem: com base na "vigência" do parágrafo fantasma "por um dia", começaram a ser concedidas anistias a todas as pessoas envolvidas nos crimes alcançados por esse "acréscimo", sob fundamentos do tipo "em nome da segurança jurídica, o texto publicado, apesar de erro, existe e entrou em vigor...", etc., aduzindo-se ainda citações doutrinárias (sic) acerca da interpretação do art. 1º, parágrafo 4º, da LICC...! Em face disso, o Ministério Público Federal teve que ingressar com milhares de recursos extraordinários, a ponto de o Supremo Tribunal Federal, ao indeferir o HC nº 77724-3, levar a matéria a plenário, declarando inconstitucional o referido dispositivo. No fundo, decidiu-se a coisa mais prosaica do mundo: a de que uma lei fantasma não pode gerar efeitos no mundo jurídico...! O inusitado da questão é que um grupo expressivo de juízes não conseguiu resolver o "problema gerado por uma lei fantasma", tendo que ser chamada a Suprema Corte para solver o litígio, ficando patente a crise de baixa constitucionalidade, pela metafísica equiparação entre vigência e validade que serviu de base para as decisões que determinaram o arquivamento (sic) dos processos.

9 Registre-se a dimensão da crise que obstaculiza o acontecer da Constituição: mesmo com o advento da lei, um dos manuais mais vendidos no Brasil (Nucci, Guilherme. *Código de Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 385) resiste em aceitar essa constitucionalização do direito de defesa, *verbis*: "A realização do interrogatório, sem a presença do seu defensor ou, pelo menos, de defensor *ad hoc*, configura, em nosso entendimento, nulidade relativa, afinal, pode não ter acarretado prejuízo algum ao réu".

Por outro lado, parece inconcebível que a Constituição possa vir a ser interpretada de acordo com uma lei ordinária ou com uma súmula. Parece que ninguém admitiria tal possibilidade. Entretanto, o próprio Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de dispositivo de medida provisória, tendo como parametricidade uma súmula de origem anterior à Constituição.[10]

Mais ainda, em várias ocasiões o Supremo Tribunal Federal deixou de apreciar inconstitucionalidades, sob pretexto de que a violação, antes de ser da Constituição, é da lei ordinária. É o caso, por exemplo, em que a parte alega violação do dispositivo do art. 5º da CF, que trata do direito adquirido, ocasião em que o STF remete a discussão da inconstitucionalidade para o plano da resolução de antinomia, uma vez que o direito adquirido também está previsto na Lei de Introdução ao Código Civil (sic).

Em linha similar, veja-se o caso do julgamento do processo nº 70006855142, no qual a 5ª Câmara Criminal do TJ-RS, à unanimidade, rejeitou preliminar que suscitava o incidente de inconstitucionalidade do inciso IV do § 3º do art. 10 da Lei nº 9.437/97, que a mesma Câmara, de há muito, vinha "julgando" inconstitucional, mas sem a remessa ao *full bench*, nos termos do art. 97 da CF. Ao arrepio da Constituição, o órgão fracionário entendeu que, antes de violar a Lei Maior, o dispositivo em tela entrava em choque com o dispositivo do Código Penal que estabelece o princípio da reserva legal, verbis:

> "o inciso IV do par. 3. do art. 10 da Lei nº 9.437/97 não padece necessariamente de inconstitucionalidade. Seu vício é outro e está relacionado com o princípio da reserva legal, este também consagrado na legislação ordinária (art. 1º do CP), situação a fazer dispensável o incidente de inconstitucionalidade para arredar a aplicação do dispositivo legal identificado".

Mutatis mutandis, a partir de tal raciocínio, seria (ou é) possível afirmar que, acaso o Código Penal repetisse todo o conteúdo da Constituição, não haveria mais inconstitucionalidades...!

Ainda no mesmo diapasão: a dimensão da crise faz com que não cause maiores perplexidades (na comunidade jurídica) o modo-de-agir dos juristas que, sob uma outra perspectiva, negam a validade da Constituição como instituidora de um novo *modus* interpretativo, apto a superar o modelo subsuntivo próprio do (ainda) prevalecente positivismo jurídico, valendo referir, *v.g.*:

10 Informativo do STF nº 240/2001.

- *denúncia criminal por porte ilegal de arma feita contra um cidadão que tentou suicídio em sua própria casa, desgostoso que estava com o iminente abandono de sua esposa amada (e o juiz o condenou a um ano e dois meses de prisão);*[11]
- o caso do juiz que, no ano da graça de 2005, condenou um indivíduo – não esqueçamos que, para tanto, o Promotor de Justiça ofereceu a respectiva denúncia – à pena de um ano e dois meses de reclusão, mais multa, *a ser cumprida em regime fechado* (sic), por ter subtraído três panelas usadas, de ínfimo valor;[12]
- também no ano de 2005, um indivíduo condenado à pena de um ano e sete meses de reclusão, a ser cumprida em regime semi-aberto, por ter "cometido crime de estelionato", consistente no ato de "enganar" o proprietário de um estabelecimento comercial na compra de dois copos (pequenos) de aguardente;[13]
- cidadão que foi processado criminalmente porque, na noite de natal, pagou o ingresso de um baile com um cheque sem fundos de R$ 60,00 (o ingresso custou R$ 6,00), tendo sua prisão preventiva requerida, e que posteriormente sofreu condenação a dois anos de reclusão;[14]
- levantamento feito em 2.600 casos, entre processos e inquéritos, abrangendo os anos de 2000-2004, identificou 26 pessoas, das quais 19 foram presas, processadas por furtos de até R$ 8,00;[15]
- ou, quiçá, o fato ocorrido em São Paulo, em que, enquanto uma mulher respondia presa a processo criminal por furtar sabonetes (ou algo desse tipo), Maluf e seu filho foram liberados por decisão do

11 Apelação-crime nº 70001945070, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, 5ª Câmara Criminal, TJRS, j. em 07/02/01 (decisão reformada).

12 Apelação-crime nº 70013630520, Rel. Des. Aramis Nassif, 5ª Câmara Criminal, TJRS, (decisão reformada).

13 Apelação-crime nº 70013705769, Rel. Des. Aramis Nassif, 5ª Câmara Criminal, TJRS (decisão reformada).

14 Para se ter uma idéia da ausência da consciência da história efetual, condição de possibilidade para uma compreensão adequada do direito, foi constatado, em grau de recurso, que nem sequer estava provado que o cheque era produto de furto e tampouco estava provado que o cheque tinha sido preenchido pelo acusado, alegações sob as quais havia sido processado.

15 A pesquisa é da Promotora de Justiça Fabiana Costa Barreto (dissertação de mestrado na UnB), que envolveu cinco capitais (São Paulo, Recife, Porto Alegre, Belém e Brasília). Há pelo menos, no universo da amostra, 6 casos de pessoas processadas pelo furto de objetos no valor de R$ 1,00, das quais 4 foram recolhidas à prisão. Dos 6 processos, o mais rápido, em primeira instância, levou 2 anos e 1 mês; o mais lento, 4 anos e 7 meses (Justiça demora 2 anos para decidir sobre furtos de R$ 1. *Folha de São Paulo*, Caderno C, p. 5).

STF, que contrariou sua própria súmula 691, não havendo, ao que se saiba, nenhum clamor "jurídico-popular", nem no primeiro e nem no segundo casos.

E o que dizer da decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, que considerou deserto (falta de pagamento das despesas processuais) Recurso Ordinário porque a guia de depósito recursal apresentada, em que pese constar o nome do recorrente e do recorrido (partes), não trouxe indicação da Vara do Trabalho em que o processo tramitou? No caso, a questão teve que ser examinada pelo Tribunal Superior do Trabalho,[16] que decidiu, com base nos princípios da instrumentalidade e da finalidade do ato processual, que a falta do número do processo ou da vara não constituem óbice ao exame do recurso. Também aqui é possível detectar a dimensão da crise: em nome de uma racionalidade meramente formal-instrumental – e, na especificidade, de um defeito de forma singelo e banal –, um órgão colegiado de segundo grau deixa de examinar um recurso, obrigando o pronunciamento do órgão de cúpula da justiça do trabalho. Como diriam os romanos, *forma dat esse rei*!

Mencionem-se, ainda – e os exemplos constituem uma ínfima parcela do que ocorre contidianamente –, as idiossincrasias constantes na legislação penal brasileira, na qual "adulterar chassi de automóvel" tem apenamento maior que "sonegação de tributos", e "furto de botijão de gás" realizado por duas pessoas recebe tratamento penal (bem) mais gravoso do que "fazer caixa dois". Se alguém sonega tributos, tem a seu favor um longo e generoso REFIS;[17] já na

16 ERR 28.997, TST.

17 Recentemente foi promulgada a Lei nº 10.684/03, que, seguindo a tradição inaugurada pela Lei nº 9.249/95 (que, no art. 34, previa a extinção de punibilidade dos crimes fiscais pelo ressarcimento do montante sonegado antes do recebimento da denúncia), estabeleceu a suspensão da pretensão punitiva do Estado referentemente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90 e nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento (art. 9º). Mais ainda, estabeleceu a nova lei a extinção da punibilidade dos crimes antes referidos quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios. De pronto, cabe referir que inexiste semelhante favor legal aos agentes acusados da prática dos delitos do art. 155, 168, *caput*, e 171, do Código Penal, igualmente crimes de feição patrimonial não diretamente violentos. Fica claro, assim, que, para o estabelishment, é mais grave furtar e praticar estelionato do que sonegar tributos e contribuições sociais. Daí a pergunta: tinha o legislador discricionariedade (liberdade de conformação) para, de forma indireta, descriminalizar os crimes fiscais (*lato sensu*, na medida em que estão incluídos todos os crimes de sonegação de contribuições sociais da previdência social)? Poderia o legislador retirar da órbita da proteção penal as condutas dessa espécie? Creio que a resposta a tais perguntas deve ser negativa. No caso presente, não há qualquer justificativa de cunho empírico que aponte para a desnecessidade da utilização do direito penal para a proteção dos bens jurídicos que

hipótese do ladrão de botijões ou de panelas velhas, mesmo que devolva a *res subtraída*, não terá a seu favor os benefícios concedidos aos sonegadores.

Do mesmo modo, a crise paradigmática conseguiu esconder muito bem (não esqueçamos que o discurso ideológico tem eficácia na medida em que não é percebido) o fato de que, com o advento da Lei nº 10.259/01, os crimes de abuso de autoridade, maus-tratos em crianças, sonegação de tributos, fraude em licitações, foram transformados em "soft crimes", isto é, em crimes de "menor potencial ofensivo" (sic), tudo sob o manto silenciador do imaginário jurídico forjado a partir das diversas posturas positivistas.

É possível, contudo, ir mais além, uma vez que tais anomalias (resultantes de pré-juízos ilegítimos, para usar a linguagem da hermenêutica) não se restringem ao direito penal ou ao processo penal. Depois de tantas mini-reformas do Código de Processo Civil, todas elas buscando – de forma equivocada – uma "efetividade quantitativa", que vão desde a alteração do art. 557 até a emenda constitucional institucionalizando as súmulas vinculantes (EC 45/04), a comunidade jurídica se depara agora com duas novas leis, que, a despeito de serem inconstitucionais, colocam em risco a teoria processual até hoje estudada. Com efeito, pela Lei nº 11.277, de 7 de fevereiro de 2006, foi acrescentado ao Código de Processo Civil um novo dispositivo, com o seguinte teor:

> "Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada".

Não fosse pela violação flagrante de várias garantias constitucionais, como a do acesso à justiça, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa (e o duplo grau de jurisdição), âncoras do exercício da cidadania e da jurisdição no Estado Democrático de Direito, a referida Lei incorre no vício – herdado da revolução francesa – que separa a questão de fato da questão de direito. Insisto: o problema não reside na possibilidade de o juiz poder "repetir" a sentença de um caso idêntico anteriormente prolatada, e sim no uso descontextualizado dado à permissão legislativa. A história bem demonstra o que

estão abarcados pelo recolhimento de tributos, mormente quando examinamos o grau de sonegação no Brasil. No fundo, a previsão do art. 9º da Lei nº 10.684/03 nada mais faz do que estabelecer a possibilidade de converter a conduta criminosa – prenhe de danosidade social – em pecúnia, favor que é negado a outras condutas. Também aqui – com raríssimas exceções – não tem havido qualquer resistência constitucional no plano da operacionalidade do direito.

a dogmática jurídica tradicional entende por "caso concreto", "situações idênticas", etc.[18] Parece óbvio que a aplicação de um dispositivo dessa espécie exigiria uma reconstrução do caso, em suas particularidades, a partir de uma integridade do direito. Na prática, as decisões são dadas a partir de standards e pequenos enunciados (proto sumulares), previamente elaborados pelas instâncias julgadores, que acabam escondendo aquilo que, na hermenêutica, se denomina de "a coisa mesma". E, como já venho referindo, a coisa mesma, comumente, nem de longe é a "mesma coisa".

Afinal, o que são "casos idênticos"? Se são "casos", não podem ser somente "de direito", pois não? Pois a figura do "caso idêntico" só ocorreria se as partes fossem as mesmas, o pedido e a causa de pedir fossem os mesmos. Ou seja, se estivéssemos diante do mesmo caso já submetido à apreciação do Judiciário, e não somente daquele juízo. Então, estaríamos diante de litispendência ou de coisa julgada! E o que é proferir sentença reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada? E o que dizer da nova figura jurídica criada: o juiz profere sentença "reproduzindo" a anterior, rechaçando o pedido. Contudo, se o autor reclamar da decisão, o mesmo juiz pode revogar a sua própria decisão, consoante o disposto no parágrafo primeiro da mesma lei. Ou seja, o novel dispositivo permitirá que o juiz – de primeiro grau – decida de forma terminativa duas vezes...! Numa palavra: como apelar de algo do qual não se participou a não ser pedindo pela nulidade do processo? Porém, há mais. Na mesma data, foi promulgada a Lei nº 12.276, dando nova redação ao art. 518, § 1º, do CPC, com o seguinte teor:

18 Sintomático, nesse sentido, é a criação – autorizada e incentivada – pela Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal do Mato Grosso do portal chamado banco de sentenças. O Tribunal de Justiça daquele Estado desenvolveu, desde 2007, um sistema de armazenamento e compartilhamento de sentenças entre os juízes com a finalidade de "contribuir para a celeridade processual", trazendo, dessa maneira, "benefícios para a sociedade", conforme declarou o Corregedor-Geral de Justiça do TJ-MT, desembargador Orlando Perri. A medida pretendia/pretende possibilitar aos juízes uma "economia de tempo", pois apresenta aos magistrados modelos de decisões que podem ser reutilizadas em seus julgamentos, permitindo, inclusive, fazer uso da fundamentação exaurida na resolução de outro caso. Segundo consta da notícia, até agora já se encontram armazenadas quase 74.000 decisões emanadas de juízes de todo o Estado, sendo que, em um único dia (29/12/2008), foram registrados 2.528 acessos, números que demonstram o uso freqüente desta ferramenta virtual. Cf. http://www.conjur.com.br/2008-dez. Fica evidente que a preocupação com efetividades qualitativas comprometidas com uma legitimação democrática da atuação jurisdicional é deixada em segundo plano, pois o interesse burocrático na demonstração de uma eficiência numérica (efetividades quantitativas) é aquilo que deve ser privilegiado pelo Poder Judiciário.

"§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal".

Aqui também presente a violação do devido processo legal, além do princípio da legalidade (afinal, a Constituição estabelece que ninguém poderá fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, e não em virtude de súmula!). Ora, as súmulas, a par de constituírem "conceitos" que pretendem aprisionar os "fatos" – e esse parece ser o objetivo dos seus defensores/idealizadores –, não são também textos? Conseqüentemente, em sendo textos, não são, portanto, interpretáveis? Mas, então, em sendo assim, qual é o problema das súmulas? A razão principal pode estar na denúncia que Kaufmann faz acerca do modo como os juristas interpretam e aplicam as leis ainda nos dias atuais: *se examinarmos a prática judicial actual de um ponto de vista metodológico, ficamos com a impressão de que, neste campo, o tempo parou. Ainda é dominante o método subsuntivo igual ao utilizado no século XIX.* O perigo maior representado pelas súmulas vinculantes – e, agora, pelas súmulas impeditivas de recursos – está no fato de que cada uma delas transforma-se em uma "premissa maior" ou "categoria" (significante) própria para a elaboração de deduções/subsunções. Trata-se, entre outras coisas, da introdução de um paradoxo em nosso sistema jurídico: os juízes podem contrariar leis; se o fizerem, caberá recurso. O que os juízes não podem fazer é ousar contrariar súmulas (este é o teor da Lei nº 12.276).

Ou seja, em *terrae brasilis* – e essa problemática será analisada amiúde mais adiante na presente obra – *a lei não vincula; a súmula, sim, mesmo que ela seja contrária à lei e à Constituição*! Assim, muito além da lei, a súmula assume, no labor cotidiano da dogmática jurídica, um *status* de repositório de uma universalização conceitual-essencialista (como se a súmula contivesse a substância da "coisa").

É como se do verbete sumular irradiasse uma "certeza-significativa-fundante", tornando a tarefa interpretativa do jurista um "simples" caso de *adequatio* do fato ao direito (que, no caso da súmula, estará pré-definido). Para atingir esse desiderato, a dogmática jurídica procura critérios absolutos, cuja função é pré-normatizar o (sentido do) texto, suprimindo-lhe a história e o tempo.

Conseqüentemente, seqüestra-se a possibilidade ôntico-ontológica própria do ato hermenêutico-aplicativo. É relevante que se discutam tais particulares, até porque, sabidamente no Brasil, as súmulas já exercem, na prática, um poder vinculante, por intermédio do que se pode chamar de controlabilidade

difusa que exercem no sistema e pelo fortíssimo poder de violência simbólica com que estão ungidas.

Ao lado disso, é necessário lembrar que, desde 1990, existe a Lei nº 8.038, a qual, no seu art. 38, concede poderes ao relator do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário, para negar seguimento a recurso que contrariar, nas questões predominantemente de direito, súmula do respectivo Tribunal. O que é isso senão uma forma de vinculação sumular?

Para completar, pela redação da Lei nº 9.139, de 30 de novembro de 1995, que alterou o art. 557 do Código de Processo Civil, essa modalidade de vinculação sumular foi trazida para o âmbito dos tribunais inferiores, mediante a faculdade de o relator negar seguimento ao recurso que for contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior. Sem olvidar que, já de há muito, existe, na Justiça do Trabalho, o art. 896 da CLT, que tem a mesma *ratio* do art. 38 da Lei nº 8.038/90 e da nova redação do art. 557 do CPC.

Portanto, já existem, há muito tempo, vários mecanismos – formais e informais – de vinculação sumular no direito brasileiro, como a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), aliás, sem similar no mundo todo... E, queiramos ou não, nada disso tem servido para agilizar o Judiciário! E por quê? Porque o emperramento do aparelho judiciário não depende de soluções *ad hoc*. Numa palavra: se até então se buscava a vinculação sumular impedindo a interposição de recursos aos Tribunais Superiores, agora desceu-se à base do sistema, passando-se a impedir recurso de decisões do juiz de primeiro grau, circunstância que é agravada pela redação da Lei nº 12.277, que dá poderes ao juiz de rejeitar ação *ab ovo*, dispensando-se a instalação da relação processual.

9.3. Uma batalha em duas frentes – a manutenção do pacto constituinte e a formação de um "comportamento constitucional" pelo qual possamos levar a sério a Constituição.

Todas essas questões não chocam por sua explicitude; chocam, sim, pelo silêncio eloqüente que produzem; enfim, chocam pelo não-dito. *Isso ocorre porque uma produção legislativa e jurisprudencial do tipo anteriormente analisado encontra terreno fértil no imaginário dos juristas.*

E, por isso, devem ser analisadas no contexto do estado d'arte da crise de paradigmas que atravessa o direito. Efetivamente, é muito difícil mensurar a dimensão da crise – agravada pelo fato de que parte considerável da Constituição continua ineficaz, mormente se nos dermos conta de que, desde meados de 2005, o país vem assistindo perplexo à tentativa de reforma radical da

Constituição, com propostas que vão desde uma Assembléia Constituinte exclusiva até uma Assembléia Revisora. No parlamento brasileiro, tramita Proposta de Emenda Constitucional (PEC 157/03), pela qual, segundo o substitutivo proposto pelo relator, Dep. Michel Temer, autoriza a realização de Assembléia de Revisão Constitucional, formada pelos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, *em sistema unicameral* e votação *por maioria absoluta, em dois turnos*, com previsão de referendo popular. A tese adotada pelo Deputado relator é a de que devemos abandonar – e, para tanto, busca socorro em Manoel Gonçalves Ferreira Filho –, "*a teoria do Poder Constituinte, utópica e metafísica, que aponta apenas um paradigma* (rarissimamente seguido – sic)", sendo lícito, portanto, que se faça, agora, o que "o Congresso Nacional fez em 1985: *adotar uma Emenda que, alterando o processo de mudança formal da Constituição, permita o estabelecimento de uma outra. Mas que desta vez sejam os mais sábios os incumbidos de estabelecê-la*".

A tese revisional, além de antidemocrática, é absolutamente inconstitucional.[19] Se aprovada a emenda, o Brasil será a primeira democracia a se autodissolver, cometendo um *haraquiri* institucional. Em dezoito anos, passamos por crises econômicas, reformas constitucionais e um *impeachment*. Tudo na mais plena normalidade. Ao que tudo indica, a tentativa de reformar radicalmente a Constituição coloca esta como causadora da crise política e da corrupção. Caso contrário, por que fazer uma "lipoaspiração" no seu texto, expungindo direitos e garantias, como propôs o então Ministro Nelson Jobim, na condição de Presidente da Suprema Corte brasileira, em depoimento junto à Comissão Especial que examinou o assunto no parlamento? *Mutatis mutandis*, é como se o Código Penal fosse o culpado pelos furtos! E assim por diante.

Ora, é preciso entender que só se pode convocar uma Assembléia Constituinte na hipótese de ruptura institucional, contra um regime político ditatorial, que deve ser grave, com as instituições inviabilizadas, povo na rua, economia em crise, etc. Não se dissolve, portanto, um regime democrático simplesmente porque se quer fazer outro. Aliás, como seria esse *outro*? A Constituição da República, nascida da ruptura institucional com um regime autoritário e excludente, é coisa séria, fruto de uma repactuação (*we the people...*), visando à construção democrática de uma sociedade livre, justa e solidária.

19 Ver, para tanto, Manifesto Republicano "Revisão é golpe: porque ser contra a revisão constitucional", disponível em www.ihj.org.br.

Não foi por outra razão que nela foram previstas cláusulas pétreas e estabelecida uma forma especial de elaborar emendas.

É nesse sentido que a supremacia da Constituição democrática impede, como garantia dos direitos fundamentais, qualquer alteração que descumpra as normas nela previstas para reger uma reforma constitucional. É inconstitucional e antidemocrático, portanto, querer transformar o Congresso Nacional em *constituinte ou revisor*, com poderes, quer para revogar, quer para reformar a Constituição com *quorum* facilitado. Qualquer tentativa de convocação de Assembléia Constituinte, exclusiva ou revisora, deve ser denunciada e resistida como sendo um golpe, um grave atentado contra o Estado Democrático de Direito.

Prestemos atenção, portanto, ao que vem sendo gestado em pleno Estado Democrático de Direito e que pode ser retirado da cartola a qualquer momento. A convocação de uma Assembléia Constituinte congressual, com poderes para alterar a Constituição com *quorum* de maioria absoluta, rompe com tudo o que a tradição ocidental nos legou até hoje. E o irônico é que se faz buscando apoio na soberania popular, como se estivéssemos nos séculos XVIII e XIX, ou na véspera da derrubada de algum poder despótico.

Alegar a soberania popular para passar por cima da tese do poder constituinte é solapar tudo o que se tem estudado e escrito sobre democracia, constitucionalismo e contramajoritarismo. É como usar a democracia para sufocar a democracia. Ora, qualquer um sabe que a soberania popular inscrita na Constituição está limitada pela própria Constituição; se a soberania fosse ilimitada, não se precisaria sequer de Constituição.

Vingando a tese, poderemos ter, a todo o momento, uma nova revisão e, portanto, uma nova Constituição. Afinal, basta que o povo, representado no parlamento, decida fazer um nova revisão, e assim por diante. A menos que aqueles que neste momento sustentam que o poder constituinte é uma ficção só o façam para este caso específico, isto é, para mutilar esta Constituição, que ainda choca alguns setores por conter em seu bojo os direitos fundamentais sociais, que historicamente vêm sendo sonegados à população.

A questão que fica é: se aprovada a tese e, de fato, a atual Constituição for alterada por maioria absoluta, o que diremos para o resto do mundo? E o que estudaremos nas aulas de direito constitucional? As Ordenações Filipinas? Por tudo isso, a proposta revisional choca muito mais por seu aspecto simbólico, porque corremos o risco de colocar por terra toda uma tradição democrático-constitucional que foi sendo construída passo a passo nestes últimos anos.

Portanto, a crise é resultado de um conjunto de elementos. Nesses dezoito anos, a baixa constitucionalidade do sistema jurídico vem impedindo a formação de um sentimento constitucional (no sentido de que fala Verdú) que provoque, a todo o momento, *a resistência da comunidade jurídica contra iniciativas parlamentares antidemocráticas e legislações inconstitucionais* e o fomento de uma cotidiana capacidade de indignação dos juristas.

Entretanto, mais do que um sentimento (Pablo Verdú), penso que é necessário forjarmos um "comportamento constitucional", e aqui parafraseio Gadamer, quando se refere à necessidade de tomarmos atitudes face aos grandes problemas que assolam a sociedade. Com efeito, um "comportamento constitucional" significa fazer algo mesmo; a práxis é um comportamento, e isto requer uma consciência desperta. Comportar-se, pois, é mais do que sentir ou fazer. Nesse sentido, para Gadamer, é alguém aquele que se comporta como. E isso exige autocontrole, autocrítica e exemplaridade. Não há *ethos* sem *logos*, como já de há muito assinalava Aristóteles.[20]

Comportar-se constitucionalmente é, pois, resistir constitucionalmente. Um comportamento constitucional implica compreender a Constituição existencialmente, enquanto presença constante no nosso cotidiano e no nosso labor jurídico. É compreender que sempre estamos a fazer juízos acerca da (in)constitucionalidade de qualquer ato que tenha relevância jurídico-social. E tenhamos claro que, no campo da aplicação do direito, sempre fazemos jurisdição constitucional. Quando examinamos um texto, este já nos vem filtrado pelos nossos pré-juízos, que podem ser legítimos (verdadeiros) ou ilegítimos (falsos).

Um comportamento constitucional não permite que o direito – que é sempre "direito constitucional" (assim como o ser é sempre um ser de um ente) – seja transformado em uma mera racionalidade instrumental, ou algo do qual os juristas possam livremente dispor, para fazer emendas, reformas, interpretações despistadoras e outras manobras que visam a enfraquecer a força normativa da Constituição. Em síntese, a destruição da própria Constituição.

Com efeito, a ausência de um comportamento constitucional torna-se visível quando confrontamos a idéia paradigmática de Constituição com uma espécie de território preservado pelo senso comum teórico que continua a sustentar as teses positivistas, nas mais variadas acepções, mas que têm em comum, como já dito, a dependência do esquema sujeito-objeto.

20 Cf. Gadamer, Hans-Georg. In: Darsten Dutt (Editor). *En conversación con Hans-Georg Gadamer*. Madrid: Tecnos, 1993, p. 101.

9.4. A resistência positivista e o seu componente simbólico: de como a discricionariedade continua a ter amparo "legal" – o direito é aquilo que os juízes e tribunais dizem que é?

Nesse sentido, basta observar algumas questões que, pelo seu valor simbólico, representam o modo pelo qual a instituição "positivismo" assegura a sua validade mesmo em face da emergência de um novo paradigma.[21] É o caso de três dispositivos que funcionam como elementos de resistência no interior do sistema jurídico, *como que para demonstrar a prevalência do velho em face do novo.*

Vejamos: mesmo com a vigência de um novo Código Civil desde 2003, continua em vigor a velha Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942. Um dos pilares da Lei é o artigo 4º , que, ao lado do artigo 126 do Código de Processo Civil, funcionam como uma espécie de fechamento autopoiético do sistema jurídico. Segundo o artigo 4º, *quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.* Em linha

21 Com efeito, é possível dizer que – e aqui penso que um retorno a Castoriadis é de fundamental importância –, tomada a palavra "instituição" no seu sentido mais amplo e mais radical, o positivismo jurídico tem a força de uma instituição, porque compreende normas, valores, modo próprio de linguagem, instrumentos, procedimentos e métodos de fazer frente às coisas e de fazer coisas e ainda, é claro, o próprio indivíduo. E como se impõem as instituições? De modo superficial, diz Castoriadis, e, apenas em alguns casos, mediante coerção e as sanções. Menos superficialmente e de forma mais ampla, mediante a adesão, o apoio, o consenso, a legitimidade, a crença. Contudo, em última análise, complementa o pensador greco-francês, por meio e através da moldagem da matéria prima humana em indivíduo social, no qual estão incorporados tanto as próprias instituições como os "mecanismos" de sua perpetuação. Por isso, não pergunte "como é possível que a maioria das pessoas não venham a roubar, ainda que tivessem fome"? Não pergunte nem mesmo como é possível que elas continuem a votar em tal ou qual partido mesmo após terem sido repetidamente enganadas? Pergunte-se antes: qual é a parcela de todo o meu pensamento e de todas as minhas maneiras de ver as coisas e de fazer coisas que não está condicionada e codeterminada, em um grau decisivo, pela estrutura e pelas significações de minha língua materna, pela organização do mundo que essa língua carrega consigo, pelo meu primeiro ambiente familiar, pela escola, por todos os "faça" e "não faça" com que freqüentemente fui assediado, pelos meus amigos, pelas opiniões correntes a meu redor, pelos modos de fazer que me são impostos, pelos inumeráveis artefatos que me cercam e assim por diante. Somos, pois, fragmentos ambulantes da instituição de nossa sociedade e nos movemos naquilo que Castoriadis chama de "magma de significações imaginárias sociais". E são imaginárias essas significações porque elas não correspondem a – e não se esgotam em – referências a elementos "racionais" ou "reais" e porque são introduzidas por uma criação. E são sociais, pois elas somente existem enquanto são instituídas e compartilhadas por um coletivo impessoal e anônimo. Cf. Castoriadis, Cornelius. O imaginário: a criação no domínio social-histórico. In: *As encruzilhadas do labirinto 2: os domínios do homem*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, pp. 225 e segs.

similar, tem-se o artigo 3º do Código de Processo Penal, também da década de 40 do século passado, segundo o qual *a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito.* Já o artigo 335 do Código de Processo Civil, furto do regime militar, acentua que, *em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.*

Os dispositivos, a par de sua inequívoca inspiração positivista (permitindo discricionariedades e decisionismos) e sua frontal incompatibilidade com uma leitura hermenêutica do sistema jurídico, superadora do esquema sujeito-objeto (filosofia da consciência), mostram-se tecnicamente inconstitucionais (não-recepcionados). Com efeito, com relação à LICC, na era dos princípios, do neoconstitucionalismo e do Estado Democrático de Direito, tudo está a indicar que não é mais possível falar em "omissão da lei" que pode ser "preenchida" a partir da analogia (sic), dos costumes (quais?) e dos princípios gerais do direito. De todo modo, não se pense que isso é assim porque a LICC é de 1942. Os dois projetos de lei (PL 243/02 e 269/04) que tramitam no Congresso Nacional e que objetivam alterar a LICC, "adaptando-a ao novo Código Civil" repetem o dogma positivista da década de 40 do século passado. Isso tudo em pleno Estado Democrático de Direito, em que a Constituição é tema de milhares de dissertações de mestrado, centenas de teses de doutorado, para não falar da farta literatura sobre a matéria. Agregue-se, ainda, por relevante, que a LICC é fruto de um modelo de direito liberal-individualista (modelo formal burguês, se assim se quiser) que resume o direito às relações privadas. Daí que, quando se lia (ou ainda se lê) "Lei de Introdução ao Código Civil", é(ra) o mesmo que ler "lei de introdução ao (próprio) direito". Ora, ao se manter, nesta quadra da história, uma "lei de introdução ao direito" (sic) pautada na interpretação do Código Civil e nos parâmetros para uma aplicação "geral" do direito, está-se contribuindo para uma resistência de um modelo (positivista) em relação ao novo constitucionalismo, que ingressa na história justamente para superar o antigo modelo. Desse modo, jamais se terá a constitucionalização do direito civil; no máximo, ter-se-á uma "codificação" da Constituição. É por isso que uma (nova) LICC apenas confirma a resistência positivista aqui denunciada. Trata-se, pois, de uma contradição: em pleno pós-positivismo, a manutenção do principal ferramental do positivismo (na verdade, do positivismo mais primitivo e ingênuo).

O artigo 3º do Código de Processo Penal repete a alusão ao apelo que o juiz deve fazer aos princípios gerais do direito (sic), tal qual o aludido artigo 4º da Lei

de Introdução ao Código Civil. A questão que se coloca também aqui é: sob o primado dos princípios constitucionais, que, segundo quase unanimidade dos constitucionalistas, vieram para substituir o modelo de regras do positivismo, de que modo é possível continuar a falar em "princípios gerais do direito"?

Observe-se que o problema não é só de nomenclatura, não valendo, portanto, a assertiva, por vezes vista em parte da literatura nacional, de que os princípios gerais do direito foram "positivados" na Constituição. Trata-se de uma análise equivocada da função dos princípios constitucionais, ou seja, enquanto os princípios gerais do direito se constituiam em uma "autorização" para a discricionariedade (foi para isso que dispositivos desse jaez foram colocados nos Códigos), os princípios constitucionais apresentam-se, contemporaneamente, como um contraponto a essa discricionariedade.

Já com relação ao artigo 335 do Código de Processo Civil, a inconstitucionalidade e a incompatibilidade paradigmáticas parecem ser ainda mais graves, ao se admitir a validade de dispositivo processual prevendo a aplicação de "regras de experiência comum subministradas pela observação...", como se ao juiz fosse dado, em pleno Estado Democrático de Direito, o poder de suprir lacunas a partir de juízos solipsistas. Dizendo de outro modo, a questão, no fundo, é paradoxal: os princípios antes autorizadores do "fechamento do sistema" a partir do exercício da discricionariedade nos "casos difíceis (omissão da lei, lacunas, etc), agora soçobram diante dos princípios constitucionais instituídos justamente para evitar essa "delegação" de índole kelseniana-hartiana.

A força simbólica de dispositivos que fincam os marcos do positivismo no interior do (novo) constitucionalismo enfraquece sobremodo o valor da doutrina na construção do conhecimento jurídico, com o conseqüente fortalecimento do papel do aplicador da lei. Cada vez mais, os juristas ficam à mercê de decisões tribunalícias, como a dar razão ou a repristinar as velhas teses do realismo jurídico, pelas quais o direito se realiza na decisão, forma acabada de um positivismo que, buscando superar o normativismo exegético, abriu, historicamente, o caminho para discricionariedades e deciosinismos.

Para ilustrar a dimensão dessa problemática, veja-se contemporânea decisão do Superior Tribunal de Justiça,[22] na qual o Ministro Humberto Gomes de Barros assim se pronunciou:

> "*Não me importa o que pensam os doutrinadores.* Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdi-

22 AgReg em ERESP nº 279.889-AL, STJ.

ção. 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" (grifos meus).

Guardado o contexto no qual foi proferida, a assertiva do magistrado não pode ficar isenta de uma crítica à luz dos pressupostos filosóficos que sustentam as contemporâneas teorias do direito. De efetivo, é preciso dizer, de pronto, que o direito não é aquilo que os Tribunais dizem que é, como se estivéssemos a sufragar a velha tese do realismo norte-americano. Só que não é bem assim, ou, melhor dizendo, *não pode ser assim*. Com efeito, o direito é algo bem mais complexo do que o produto da consciência-de-si-do-pensamento-pensante (*Selbstgewissheit des denkenden Denken*), que caracteriza a (ultrapassada) filosofia da consciência, como se o sujeito assujeitasse o objeto. O ato interpretativo não é produto nem da objetividade plenipotenciária do texto e tampouco de uma atitude solipsista do intérprete: *o paradigma do Estado Democrático de Direito está assentado na intersubjetividade*.

Repetindo: o direito não é aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é (lembremos, aqui, a assertiva de Herbert Hart, em seu *Concept of Law*, acerca das regras do jogo de críquete, para usar, aqui, um autor positivista contra o próprio decisionismo positivista que claramente exsurge do acórdão em questão). *A doutrina deve doutrinar, sim. Esse é o seu papel*. Aliás, não fosse assim, o que faríamos com as mais de mil faculdades de direito, os milhares de professores e os milhares de livros produzidos anualmente? E mais: não fosse assim, o que faríamos com o parlamento, que aprova as leis? E, afinal, o que fazer com a Constituição, lei das leis?

Portanto, há que se ter o devido cuidado: a afirmação de que o "intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto" nem de longe pode significar a possibilidade de autorizá-lo a "dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa",[23] atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem "existência" autônoma). Como bem diz Gadamer, *der Richter, welcher das überlieferte Gesetz den Bedürrnissen der Gegenwart anpasst, will gewiss eine praktische Aufgabe lösen. Aber seine Auslegung des Gesetzes ist deshalb noch lange nicht eine willkürliche Umdeutung*. Portanto, todas as formas de decisionismo e discricionariedades devem ser afastadas.[24]

23 Nesse sentido, meu *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, *op. cit.*, item 12.10, pp. 310 e segs. Na mesma linha, as relevantes críticas de Jacinto Coutinho à discricionariedade no ato interpretativo, no texto Dogmática Crítica e Limites Lingüísticos da Lei, publicada na Revista do *IHJ – Crítica à Dogmática*, *op. cit.*, em especial pp. 41 e segs.

24 O seguinte acórdão, originário do TJRS – com fundamentação similar a outras decisões oriundas da Tribunal Regional Federal da 4ª Região –, bem demonstra uma espécie de retorno (tardio) a uma jurisprudência de valores. Com efeito, enquanto a Constituição do Brasil estabelece que "para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o *homem* e a *mulher* como *entidade familiar*, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento" (art. 226, § 3º), o Tribunal gaúcho "colmatou" uma "omissão do constituinte" (sic), *verbis*:
"União estável homoafetiva. Direito sucessório. Analogia. Incontrovertida a convivência duradoura entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas impõe que a Justiça colmate a lacuna legal fazendo o uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe seja feita analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada" (*Revista de Jurisprudência do TJRS*, n. 230, pp. 110 e segs.).
Despiciendo assinalar que não cabe ao Poder Judiciário "colmatar lacunas" (sic) do constituinte (nem originário e nem derivado). Ao permitir decisões desse jaez, estar-se-á incentivando a que o Judiciário "crie" uma Constituição "paralela", estabelecendo, a partir da subjetividade assujeitadora de seus integrantes, aquilo que "indevidamente" – a critério do intérprete – não constou no pacto constituinte. A resolução das querelas relativas às uniões homoafetivas deve ser feita – enquanto não for emendada a Constituição ou elaborada lei ordinária (a exemplo do que ocorreu na Espanha) – no âmbito do direito das obrigações, e não a partir do direito sucessório ou do direito de família. *Há limites hermenêuticos a que o Judiciário se transforme em legislador*. Veja-se que um dos argumentos utilizados – ao menos no plano retórico para justificar as referidas decisões – é o de que o Judiciário deve assegurar a união estável (portanto, equiparação ao casamento) de casais homossexuais porque o Legislativo não pretende, a curto prazo, por não dispor de "condições políticas" para tal, elaborar legislação a respeito. Mas é exatamente esse argumento que se contrapõe à própria tese: *em uma democracia representativa, cabe ao Legislativo elaborar as leis* (ou emendas constitucionais). O fato de o Judiciário – via justiça constitucional – efetuar "correções" à legislação (filtragem hermenêutico-constitucional e controle *stricto sensu* de constitucionalidade) não significa que possa, nos casos em que a própria Constituição aponta para outra direção, construir decisões "legiferantes". A Constituição reconhece união estável entre homem e mulher. Isso não significa que, por não proibir que essa união estável possa ser feita en-

O fato de não existir um método que possa dar garantia à "correção" do processo interpretativo – denúncia presente, aliás, já em Kelsen, no oitavo capítulo de sua *Teoria Pura do Direito* – não pode dar azo a que o intérprete possa interpretar um texto (relembremos: texto é um evento; textos equivalem a fatos) *de acordo com a sua vontade, enfim, de acordo com a sua subjetividade*, ignorando até mesmo o conteúdo mínimo-estrutural do texto jurídico (portanto, mesmo entendido, neste caso, como "enunciado lingüístico"). A "vontade" e o "conhecimento" do intérprete não permitem a atribuição arbitrária de sentidos, e, tampouco, uma atribuição de sentidos arbitrária. Afinal, e a lição está expressa em *Wahreit und Methode: wer einen Text verstehen will, ist vielmeher bereit, sich von im etwas zu sagen lassen.*

Correta, pois, a advertência de Dworkin, ao lembrar que devemos evitar a armadilha em que têm caído tantos professores de direito: a opinião falaciosa de que, como não existe nenhuma fórmula mecânica para distinguir as boas decisões das más e como os juristas e juízes irão por certo divergir em um caso complexo ou difícil, *nenhum argumento é melhor do que o outro e de que o raciocínio jurídico é uma perda de tempo.* Devemos insistir, em vez disso, em um princípio geral de genuíno poder: a idéia inerente ao conceito de direito em si de que, quaisquer que sejam seus pontos de vista sobre a justiça e a eqüidade, *os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da integridade, nas decisões que tomam.*[25]

tre pessoas do mesmo sexo, a própria Constituição possa ser "colmatada", com um argumento kelseniano do tipo "o que não é proibido é permitido". *Fosse assim e inúmeras não proibições poderiam ser transformadas em permissões.* A Constituição de 1988 também não proíbe ação direta de inconstitucionalidade de leis municipais face à Constituição Federal (o art. 102, I, "a", refere apenas a possibilidade de argüição que trate de leis federais e estaduais). E nem por isso torna-se possível falar em ADIn contra lei municipal em sede de STF. Os munícipes poderiam alegar que a Constituição originária violou o princípio da isonomia e que a falta de um mecanismo desse quilate viola direitos fundamentais, etc. Mas nada disso pode ser "colmatado" por um ato voluntarista do Judiciário (veja-se que a ADPF acabou resolvendo o problema, ao admitir-se o sindicamento de leis municipais em face da Constituição sempre que não houver outro modo de solucionar a querela; mas, insista-se: foi por via legislativa a alteração do estado da arte). Ainda para exemplificar: a legislação civil trata apenas da alteração do prenome. Isso não significa, entretanto, a partir da máxima "o que não é proibido é permitido", que o Judiciário possa determinar a alteração do apelido de família, na hipótese de alguém se sentir humilhado pelo sobrenome que carrega, alegando, *v.g.*, o princípio da dignidade da pessoa humana. Em síntese: não há um lado "b" da Constituição a ser "descoberto" axiologicamente. A resposta correta para o caso da união estável (homoafetiva) depende de alteração legal-constitucional. Veja-se, *v.g.*, o caso espanhol, em que o problema foi resolvido mediante a edição de lei.

25 Cf. Dworkin, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais.* São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 203 e segs.

À luz da hermenêutica de cariz filosófico, portanto, não relativista, é necessário advertir, nesse contexto e em concordância com Dworkin, que a afirmação de que o "intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto" nem de longe pode significar que este esteja autorizado a atribuir sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem "existência" autônoma). Nas palavras de Stein, texto não é o lugar em que se produz a "realidade objetiva"; texto não é uma coisa que "espera que o compreendamos"; texto é o lugar produzido pela pré-compreensão.[26] E, como bem diz Gadamer, quando o juiz pretende adequar a lei às necessidades do presente, tem claramente a intenção de resolver uma tarefa prática (veja-se, aqui, a importância que Gadamer dá ao programa aristotélico de uma *praktische Wissenschaft*). O que não quer dizer, de modo algum, que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária, uma invenção.

Sendo mais claro: a hermenêutica jamais permitiu qualquer forma de "decisionismo" ou "realismo". Gadamer rejeita peremptoriamente qualquer acusação de relativismo à hermenêutica (jurídica). Falar de relativismo, reafirma o mestre de Tübingen, é admitir verdades absolutas, problemática, aliás, jamais demonstrada. A hermenêutica afasta o fantasma do relativismo, porque este nega a finitude e seqüestra a temporalidade. A multiplicidade de respostas é característica não da hermenêutica, mas, sim, do positivismo.

É possível dizer, sim, que *uma interpretação é correta, e a outra é incorreta.* Decidimos sobre nossas escolhas entre o que é bom ou não. Em toda deliberação em que nossa racionalidade exprime a vigência da liberdade, sempre trabalhamos com esse *a priori* que é a base de todos os enunciados descritivos e dos enunciados prescritivos. Movemo-nos no mundo exatamente porque podemos fazer afirmações dessa ordem. E disso nem nos damos conta. Ou seja, na compreensão os conceitos interpretativos não resultam temáticos enquanto tais, como bem lembra Gadamer; ao contrário, determinam-se pelo fato de que desaparecem atrás daquilo que eles fizeram falar/aparecer *na* e *pela* interpretação.[27]

26 Cf. Stein, *Por uma filosofia*, *op. cit.*, p. XV.

27 Como bem diz Gadamer (*Wahrheit und Method*, Ergänzung, *op. cit.*, p. 402), *das gilt der Sache nach auch dort, wo sich das Verständnis unmittelbar einstellt und gar keine ausdrückliche Auslegung vorgenommen wird. Denn auch in solchen Fällen von Verstehen gilt, dass die Auslegung möglich sein muss. Sie bringt das Verstehen nur zur ausdrücklichen Ausweisung. Die Auslegung ist also nicht ein Mittel, durch das da verstehen herbeigeführt wird, sondern ist in den Gehalt dessen, was da verstanden wird, eingegangen. Wir erinnern daran, dass das nicht nur heisst, dass die Sinnmeinung des Textes einheitlich vollziehbar wird, sondern dass damit auch die Sache, von der Text spricht, sich zu Worte bringt. Die Auslegung legt die Sache gleichsam auf die Waage der Worte.*

Aquilo que as teorias da argumentação ou qualquer outra concepção teorético-filosófica (ainda) chamam de "raciocínio subsuntivo" ou "raciocínio dedutivo" nada mais é do que esse "paradoxo hermenêutico", que se dá exatamente porque a compreensão é um existencial (ou seja, por ele eu não me pergunto porque compreendi, pela simples razão de que já compreendi, o que faz com que minha pergunta sempre chegue tarde).

9.5. O caráter hermenêutico assumido pelo direito e as conseqüentes demandas desse novo perfil: a necessidade de "controlar" a atribuição de sentido. A superação do modelo de regras.

Desde o nascimento da hermenêutica – nas suas duas vertentes (teológica e jurídica) – sempre houve uma tensão entre o texto proposto e o sentido que alcança a sua aplicação na situação concreta, seja em um processo judicial ou em uma pregação religiosa. Essa tensão entre o texto e o sentido a ser atribuído ao texto coloca a hermenêutica diante de vários caminhos, todos ligados, no entanto, às condições de acesso do homem ao conhecimento acerca das coisas.

Assim:

- ou se demonstra que é possível colocar regras que possam guiar o hermeneuta no ato interpretativo, mediante a criação, *v.g.*, de uma teoria geral da interpretação;
- ou se reconhece que a pretensa cisão entre o ato do conhecimento do sentido de um texto e a sua aplicação a um determinado caso concreto não são, de fato, atos separados;
- ou se reconhece, finalmente, que as tentativas de colocar o problema hermenêutico a partir do predomínio da subjetividade do intérprete ou da objetividade do texto não passaram de falsas contraposições fundadas no metafísico esquema sujeito-objeto.

Como já se viu, a crise que atravessa a hermenêutica jurídica possui uma relação direta com a discussão acerca da crise do conhecimento e do problema da fundamentação, própria do início do século XX. Veja-se que *as várias tentativas de estabelecer regras ou cânones para o processo interpretativo a partir do predomínio da objetividade ou da subjetividade*, ou, até mesmo, de conjugar a subjetividade do intérprete com a objetividade do texto, *não resistiram às teses da viragem lingüístico-ontológica*, superadoras do esquema sujeito-objeto, compreendidas a partir do caráter ontológico prévio do conceito de sujeito e da desobjetificação[28] provocada pelo círculo hermenêutico e pela diferença ontológica.

Nesse emaranhado de posições e correntes que buscam tratar da interpretação do direito, parece que, no fundo, como bem denuncia Vicente Barretto,[29] o nó górdio da questão da hermenêutica jurídica contemporânea consiste em avaliar as possibilidades e os limites de um projeto hermenêutico que se proponha a superar os impasses encontrados na interpretação clássica, sem cair nas idealizações das correntes jusnaturalistas.

É preciso ter presente – e essa questão se afigura como extremamente relevante e central no campo jurídico nesta quadra do tempo – que a afirmação do caráter hermenêutico do direito e a centralidade que assume a jurisdição nesta etapa 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. Este é o ponto central da metodologia jurídica contemporânea. Nenhum intérprete (juiz, promotor de justiça, advogado, etc.) está autorizado a fazer interpretações discricionárias.

Portanto, não se pode justificar – e há setores da doutrina que ainda sustentam tais assertivas – que seja permitido ao jurista fazer interpretações de acordo com a sua vontade (como, aliás, era a tese kelseniana do tipo de interpretação feita pelo juiz, no oitavo capítulo de sua *Teoria Pura do Direito*), que interpretar a lei seja uma "tarefa" de descobrir o "conteúdo da lei", que interpretar seja um procedimento pelo qual o jurista "disseca" a norma (afinal, a

28 Essa desobjetificação deve ser compreendida no contexto da ruptura paradigmática provocada pela obra *Ser e Tempo*. Isto é, temos aqui toda uma conquista que nos anos 20 era esperada, isto é, a superação do pensar objetualizador (*vergegenständlich*), encontrando um outro modo de descrever a origem dos conceitos, através dos indícios formais (*formale Anzeige*). Se compreendermos esses elementos da tradição – os conceitos de verdade e realidade – sendo corrigidos por todo o projeto da primeira seção de *SuZ*, constituindo os últimos dois parágrafos da primeira seção, então compreenderemos a dimensão da revolução copernicana que Heidegger produziu. Não que ele quisesse negar a possibilidade de podermos "objetificar" (*vergegenständlichen*) objetos que estão à nossa frente, enfim, de conhecê-los através de uma descrição científica e lógica. Claro que podemos descrevê-los. Só que, para descrevê-los, desde sempre já estamos mergulhados em uma situação em que nos compreendemos e compreendemos a nossa relação com o mundo, e isso se dá em uma unidade. Esse elemento da pré-compreensão (*Vorverständnis*) permite a desobjetificação. Portanto, trata-se de uma relação com o mundo que não é mais uma relação que converte as coisas apenas em objetos, como ocorre na(s) teoria(s) do conhecimento. E isso vai permitir compreender o ser humano como modo de acontecer, como modo de ser. Daí a noção de *Dasein*, ente privilegiado que compreende o ser.

29 Cf. Barretto, *Da Interpretação à Hermenêutica*, *op. cit.*, p. 382.

norma já não é o sentido do texto?), ou, ainda, que a interpretação objetiva extrair o significado "real" do texto jurídico (como se o sentido estivesse nas coisas e ainda estivéssemos na metafísica clássica).[30]

Veja-se como tais questões se reproduzem, tanto no campo tido como "conservador" do direito como no interior das chamadas "teorias críticas" (ou que sustentam teorias que podem ser consideradas "não-formalistas" ou ainda "não-dogmáticas"). Assim, Ernane Fidélis dos Santos[31] dirá que, "para assegurar a imparcialidade do Juiz, é ele dotado de completa independência, a ponto de não ficar sujeito, no julgamento, a nenhuma autoridade superior. No exercício da jurisdição, o juiz é soberano. Não há nada que a ele se sobreponha. Nem a própria lei, embora esta procure fazer limitações ao poder de julgar, como é o caso da proibição do julgamento por eqüidade, previsto no art. 127 do Código, preceito que resulta inócuo".

Em outro campo, notoriamente ligado às teorias críticas do direito, Rui Portanova – destacado jurista e um dos expoentes do direito alternativo nos duros tempos do *ancién régime* (ao lado de outros não menos importantes, como, por todos, Amilton Bueno de Carvalho, Márcio Puggina, James Tubenschlak e Antonio Carlos Wolkmer) – não discrepa dessa posição, quando diz, por exemplo, que "enfim, todo homem, e assim também o juiz, é levado a dar significado e alcance universal e até transcendente àquela ordem de valores imprimida em sua consciência individual. Depois, vê tais valores nas regras jurídicas. Contudo, estas não são postas só por si. É a motivação ideológica da sentença". Embora Portanova reconheça que "o sentenciar alternativo não é autorização para motivações arbitrárias" e que o "o juiz deve manter-se dentro de um sistema jurídico, mas com liberdade para assumir posição diante da lei, na busca de traduzir o sentimento de justiça da comunidade", mais adiante concorda com o próprio Fidélis, citando-o, *no sentido de que não há nada que se sobreponha ao juiz*, nem a própria lei.

30 Nessa linha, claramente assentada no paradigma da filosofia da consciência, pode-se referir, *v.g.*, Uadi Lamnego Bulos, que sustenta ser justificado "ao intérprete estimular as interpretações possíveis, de acordo com sua vontade e o seu conhecimento" (*Manual de Interpretação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997); Guilherme Nucci, para quem a interpretação é um processo de descoberta do conteúdo da lei (*Código Penal Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000); Maria Helena Diniz, que sustenta que "interpretar é extrair da norma tudo o que nela se contém", ou com que interpretar é dar o verdadeiro sentido do vocábulo (*Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1993); ou, ainda, Eduardo Soares de Melo, que diz que interpretar é descobrir o "real significado" da regra jurídica (*Interpretação e integração da legislação tributária*. São Paulo: Saraiva, 1994).

31 Cf. Fidélis dos Santos, Ernane. *Manual de Direito Processual Civil: processos de conhecimento*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1.

Em várias oportunidades, parece nítida a prevalência do paradigma da filosofia da consciência, como quando Portanova diz que "o que importa para o juiz é fazer justiça conforme *sua convicção* na apreciação da matéria de fato (fundada em prova) ou no acolhimento das questões de direito em debate" e, mais adiante, que "o juiz não é escravo da lei. Pelo contrário, o juiz deve ser livre, deve ser responsável. *Enfim, dotado de inteligência e vontade, o juiz não pode ser escravo, nem da lei.* A sentença, provindo de *sentir*, tal como *sentimento*, deve expressar o que o juiz sente, diante desse sentimento definir a situação. Não há como afastar, assim, o subjetivismo no ato de julgar".[32]

Em outra obra não menos relevante, Portanova[33] assevera que "*é difícil acreditar em algo que possa restringir a liberdade do juiz de decidir como quiser. É preciso reconhecer realisticamente: nem a lei, nem os princípios podem, prévia e plenamente, controlar o julgador*". E complementa: "Depois de tantos anos, os juízes aprendem como moldar seu sentimento aos fatos trazidos nos autos e ao ordenamento jurídico em vigor. *Primeiro se tem a solução, depois se busca a lei para fundamentá-la*". Em outras palavras, a interpretação (aplicação) do direito fica nitidamente dependente de um sujeito cognoscente, o julgador. E essa questão vem de longe, na verdade, do século XIX. Desde então, há um problema filosófico-paradigmático que continua presente nos diversos ramos do direito passados dois séculos, mormente na problemática relacionada à jurisdição e o papel destinado ao juiz. Desde Oskar von Büllow – questão que também pode ser vista em Anton Menger e Franz Klein –, a relação publicística está lastreada na figura do juiz, "porta-voz avançado do sentimento jurídico do povo", com poderes para além da lei, tese que viabilizou, na seqüência, a Escola do Direito Livre. Essa aposta solipsista está lastreada no paradigma racionalista-subjetivista que atravessa dois séculos, podendo facilmente ser percebida, na seqüência: em Chiovenda, para quem a vontade concreta da lei é aquilo que o juiz afirma ser a vontade concreta da lei; em Carnellutti, de cuja obra se depreende que a jurisdição é "prover", "fazer o que seja necessário"; também em Couture, para o qual, a partir de sua visão intuitiva e subjetivista, chega a dizer que "o problema da escolha do juiz é, em definitivo, o problema da justiça"; em Liebman, para quem o juiz, no exercício da jurisdição, é livre de vínculos enquanto intérprete qualificado da lei.

32 Cf. Portanova, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. (grifei)

33 Cf. Portanova, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. (grifei)

No Brasil, essa dependência do juiz atravessou o século XX (*v.g.*, de Carlos Maximiliano a Paulo Dourado de Gusmão), sendo que tais questões estão presentes na *concepção instrumentalista do processo*, cujos defensores admitem a existência de escopos metajurídicos, estando permitido ao juiz realizar determinações jurídicas, *mesmo que não contidas no direito legislado*, com o que o aperfeiçoamento do sistema jurídico dependerá da "boa escolha dos juízes" (*sic*) e, conseqüentemente, de seu ("sadio") protagonismo.

É nessa linha que, *v.g.*, José Roberto dos Santos Bedaque, prestigiado processualista, procura resolver o problema da efetividade do processo a partir de uma espécie de "delegação" em favor do julgador, dotando-o de poderes para reduzir as formalidades que impedem a realização do direito material em conflito. E isso é feito a partir de um novo princípio processual – decorrente do princípio da instrumentalidade das formas – denominado *princípio da adequação ou adaptação do procedimento à correta aplicação da técnica processual*. Por esse princípio se reconhece "ao julgador a capacidade para, *com sensibilidade e bom senso, adequar o mecanismo às especificidades da situação, que não é sempre a mesma*".[34] Ou seja, "deve ser o juiz investido de amplos poderes de direção, *possibilitando-lhe adaptar a técnica aos escopos do processo em cada caso concreto, mesmo porque a previsão abstrata de todas as hipóteses é praticamente impossível*".[35] E como a previsão legislativa não comporta todas hipóteses de aplicação, "observado o devido processo legal, *deve ser reconhecido ao juiz o poder de adotar soluções não previstas pelo legislador, adaptando o processo às necessidades verificadas na situação concreta*".[36] Em sua – refira-se – sofisticada tese, embora demonstre preocupação em afastá-la da discricionariedade, Bedaque termina por sufragar as teses hartianas e kelsenianas, quando admite que as fórmulas legislativas abertas favorecem essa atuação judicial: "Quanto mais o legislador valer-se de formas abertas, sem conteúdo jurídico definido, maior será a possibilidade de o juiz adaptá-la às necessidades do caso concreto. Esse poder não se confunde com a 'discricionariedade judicial', *mas implica ampliação da margem de controle da técnica processual pelo legislador*".[37]

Sob outra perspectiva, esse fenômeno se repete no direito civil, a partir da defesa, por parte da maioria da doutrina, do poder interpretativo dos juízes

34 Cf. Bedaque, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 45 (grifei).
35 Idem, ibidem, pp. 64-65 (grifei).
36 Idem, ibidem, p. 571 (grifei).
37 Idem, ibidem, p. 109 (grifei).

nas cláusulas gerais, que "devem ser preenchidas" com amplo "subjetivismo" e "ideologicamente"; no processo penal, não passa despercebida a continuidade da força do "princípio" da "verdade real" e do "livre convencimento"; já no direito constitucional, essa perspectiva é perceptível pela utilização descritoriosa dos princípios, transformados em "álibis persuasivos"; fortalecendo, uma vez mais, o protagonismo judicial.

Em terras espanholas, Alejandro Nieto não discrepa, no essencial, do paradigma da filosofia da consciência, ao fazer, em obra denominada *El arbítrio judicial*, uma profissão de fé na subjetividade e no realismo jurídico: "O paradigma renovador sustenta que, ordinariamente, a lei oferece uma pluralidade de soluções corretas, dentro das quais o juiz, mediante um ato de vontade, escolhe uma a partir do exercício de seu arbítro. O ordenamento jurídico abre um vazio e encomenda ao juiz que coloque sua decisão em qualquer dos pontos desse vazio. *A determinação do 'oco', isto é, dos limites externos lícitos das decisões, é uma questão de legalidade; a determinação do ponto exato onde vai situar-se a decisão concreta é uma questão de arbítrio*".[38]

Também Mauro Cappelletti acaba atribuindo um poder ao juiz que não discrepa das antigas teses positivistas, ao dizer que a escolha que faz o julgador significa "discricionariedade", "valoração" e "balanceamento": "é envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. E a experiência ensina que tal abertura sempre ou quase sempre está presente".[39]

Karl Engish parece resumir com fidelidade os conteúdos das teses que, avançando para além da clássica visão exegético-normativista do "juiz como boca da lei", terminam por admitir uma espécie de "fatalidade subjetivista", isto é, de que não há como fugir de uma dose (maior ou menor) de discricionariedade:

> "O resultado a que chegamos com referência a tão discutida discricionariedade é, portanto, este: que pelo menos é possível admitir – na minha opinião é mesmo de admitir – a existência de discricionariedade no seio da nossa ordem jurídica conformada pelo princípio do Estado de Direito. De discricionariedade, note-se, neste sentido: no sentido de que, no domínio da administração ou no da jurisdição, a convicção pessoal (particularmente, a valoração) de quem quer que seja chamado a decidir, é

38 Cf. Nieto, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel, 2000, pp. 28 e segs. (grifei).
39 Cf. Cappelletti, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 33.

elemento decisivo para determinar qual das várias alternativas que se oferecem como possíveis dentro de 'certo espaço de jogo' será havida como sendo a melhor e a 'justa'. É problema da hermenêutica jurídica indagar onde e como e com que latitude essa discricionariedade existe".[40]

Aparentemente, a tese de Engish estaria na contramão do positivismo; entretanto, a *holding* do seu discurso reforça a principal característica positivista: a discricionariedade. E, nesse sentido, é preciso ter claro a seguinte questão: colocar em xeque a discricionariedade não é apenas uma questão de colocar-se a favor ou contra a prerrogativa de o juiz-intérprete atribuir sentidos e fazer "escolhas" entre "vários sentidos possíveis". Trata-se, para além disso, de uma questão relacionada à democracia, da produção democrática da lei e das condições de possibilidade do controle das decisões judiciais. Definitivamente, em regimes e sistemas jurídicos democráticos, não há espaço para que "a convicção pessoal do juiz" seja o "critério" para resolver as indeterminações da lei, enfim, "os casos difíceis". Assim, uma crítica do direito *stricto sensu*, isto é, uma crítica que se mantenha nos aspectos semânticos da lei, pode vir a ser um retrocesso democrático

Em linha similar, Fritz Baur acentua que "o juiz (na fase pós-liberal) sai de seu papel passivo e assume de alguma maneira, a responsabilidade pela 'cura' de uma relação 'doente' entre o direito e a vida",[41] deixando nítida, assim, a sua aposta no sujeito solipsista.

Cristina Queiroz, igualmente, faz concessão à discricionariedade, ao acentuar que a "abertura [interpretativa dos princípios] comporta uma 'delegação' em favor dos órgãos concretizadores. As 'cláusulas gerais' e os 'conceitos indeterminados', para além de favorecerem uma certa aderência à realidade histórica, transferem parte da valoração jurídica do legislador para o intérprete".[42]

Aceitando a discricionariedade como componente indispensável para solucionar "casos difíceis", Ana Paula Barcellos e Luis Roberto Barroso sustentam que "cláusulas de conteúdo aberto, normas de princípio e conceitos indeterminados envolvem o exercício de discricionariedade do intérprete".[43]

40 Cf. Engish, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Caulouste Gulbenkian, 1996, p. 227.
41 Cf. Baur, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*, n. 27, ano VII, jul.-set., 1982, pp. 193-194. A tese é endossada ehasivamente, *v.g.*, por Benedito Cerezzo Pereira Filho. O poder do juiz: ontem e hoje. *Revista da AJURIS*, Ano XXXIII, n. 104, dez. 2006, pp. 19 e segs.
42 Cf. Queiroz, Cristina. *Interpretação constitucional*, *op. cit.*, p. 176.
43 Cf. Barcellos; Barroso, *O começo da história*, *op. cit.*, p. 315.

Ainda no campo da crítica contemporânea do direito, Nereu Giacomolli, falando sobre o mito da neutralidade na motivação das decisões, depois de sofisticada e percuciente abordagem sobre as projeções (in)conscientes na motivação e o valor da pré-compreensão hermenêutica, acaba fazendo concessões ao paradigma solipsista (filosofia da consciência), ao afirmar que "o juiz, ao mergulhar no processo, há de inteirar-se da verdade de ambas as partes, cabendo-lhe extrair dos argumentos apresentados por cada uma delas, sua convicção pessoal, de qual dos discursos pode ser tido como justo ou ajustável aos mandamentos jurídicos positivos, para que, através deles, possa dar a solução mais justa ou a possível para solucionar o problema que lhe é posto...".[44]

Já Rogério Gesta Leal, embora fundamente suas posições na teoria do discurso habermasiana, termina por defender a discricionariedade judicial, fazendo-o com apoio justamente em Herbert Hart, corifeo do positivismo, quando este sustenta, no seu *Concept of Law*, que "a decisão judicial, especialmente em assuntos constitucionais, envolve muitas vezes uma escolha entre valores morais, e não apenas entre um único princípio cardeal, pois é de todo impensável acreditar que, quando o significado da lei não resulta claro, a resposta se encontra sempre na moralidade. Chegados a este ponto, os juízes terão de proceder de novo a uma escolha, que não é nem por isso arbitrária nem mecânica, mas conforme o sistema jurídico, utilizando para tal suas virtudes, como a neutralidade e a imparcialidade...".[45] É nessa mesma linha que Gesta Leal defende as cláusulas abertas da Constituição como oportunizadoras de valorações de razoabilidade, adequação, proporcionalidade e tolerabilidade, aproximando-se, desse modo, da função que parte da doutrina civilista comete às cláusulas gerais do novo Código.[46]

Observe-se o grau de complexidade do problema relacionado à recepção de teorias e paradigmas. Mirreile Delmas-Marty também não consegue superar o paradigma que sustenta a relação sujeito-objeto e suas conseqüências na teoria do direito. Isso pode ser percebido em diversos momentos de sua tentativa de "reinventar o direito comum" a partir de um novo princípio de hierarquia da ordem jurídica capaz de lhe proporcionar estabilidade. Isto porque, primeiro, Marty considera os direitos do homem como princípios gerais do direito, aproximando-os do direito natural, *visualizando-os como fora do sis-*

44 Cf. Giacomolli, Nereu. O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos. *Revista da AJURIS*, Ano XXXIII, n. 102, jul. 2006, pp. 287 e segs.
45 Cf. Gesta Leal, Rogério. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea – uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 96.
46 Cf. Gesta Leal, *O Estado-Juiz*, *op. cit.*, p. 97.

tema jurídico e com um alto grau de abstração e generalidade, com o que passa a impressão de que os direitos do homem funcionariam como uma espécie de fundamento de harmonização da interação de sistemas jurídicos hierarquicamente alternativos (sistemas jurídicos nacionais da União Européia) ou invertidos (sistema jurídico comunitário com sistemas jurídicos nacionais); segundo, porque repete, no mais e no menos, a distinção forte e fraca dos princípios, caracterizando os princípios gerais do direito (veja-se, a autora não fala dos princípios constitucionais) como *normas imprecisas*, que provocam ameaças de desordem e riscos, além de atribuir aos princípios *uma função corretiva*; como terceiro aspecto, tem-se que Marty não consegue superar a teoria kelseniana da interpretação, ou seja, a da "margem de apreciação" do juiz, *com o que termina por admitir discricionaridades*; em quarto, proporciona – implicitamente – um retorno ao sistema de regras do positivismo, ao considerar a jurisprudência como fonte do direito unicamente em função da *margem de apreciação que lhe é reconhecida*; o quinto problema é a sua crença em uma certa objetividade da lei, como se esta, em si mesma, pudesse oferecer critérios para um equilíbrio na interpretação;[47] o sexto elemento problematizador exsurge da constatação que Marty faz de uma nova concepção do tempo *a partir das fontes evolutivas*, isto é, presente instável, passado do costume e futuro das leis, o que, junto com as "falhas do direito escrito" (as conhecidas lacunas), torna a interpretação delicada, liberando "diretamente o receptor relativamente ao emissor da norma"; em sétimo, professa sua crença nas "diretrizes", ou seja, em métodos de interpretação, circunstância que provoca na sua tese uma volta à superada discussão da crise do método, à revelia das conquistas da viragem lingüístico-ontológica; em oitavo, o mesmo problema se repete quando Delmas-Marty fala *da "dedução amplificadora" e do "trabalho de extração" que o intérprete faria no momento da interpretação dos princípios gerais do direito*; em nono, é possível perceber um afastamento do paradigma neoconstitucionalista – ainda tão importante e útil em países de modernidade tardia (por isso, sua teoria é feita para a Europa) – ao entender a constitucionalização do direito e suas complexas relações entre Constituição (constitucionalismo) e Lei (democracia) apenas como produção de "desordens" e "descontinuidades nas hierarquias"; a décima objeção advém de sua pretensão de enfrentamento dessa "desordem" e "decomposição", que, segundo ela, deve ser feita a partir de um "pluralismo ordenado", mas ordenado desde critérios lógicos de juridicidade. Vê-se, assim, que, embora sendo uma proposta de "estrutura do sentido" e "solução do problema" europeu, a tese de Delmas-Marty não pode ter a pretensão de escapar a um olhar fenomenológico hermenêutico atento e vigilante ao "sentido da estrutura" e ao "problema da solução". Percebe-se na tese da autora uma tentativa de escapar da dificuldade que determinadas teorias têm em problematizar o fenômeno hermenêutico (ontologia da compreensão) – inexoravelmente presente no direito. Isso fica evidente na sua tentativa em "corrigir" Teubner e Luhmann.[48] Isso porque há, de certo modo, um déficit filosófico em tais perspectivas de análise do direito, pois, pretendendo-se vincular à ciência social, hipostasiam a vida fática humana no eterno problema sociológico, qual seja, a solução do problema "ação e estrutura". Tais questões também podem ser vistas em Habermas (*Teoria de la acción comunicativa* e *La lógica de las ciencias sociales*) e em Negri (*O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*), que buscam corrigir essa dualidade: o primeiro, através da substituição da razão prática pela razão comunicativa; e o segundo, pela busca de uma nova subjetividade social ou coletiva.

Percebe-se, destarte, nas diversas concepções justeóricas – que vão do campo mais tradicional (perspectiva formal-liberal) ao mais avançado (na linha do neoconstitucionalismo e das diversas teorias que apostam na constitucionalização do direito) –, uma questão que é anterior e que estrutura o pensamento. Trata-se, pois, de uma questão paradigmática.

Daí a minha insistência: se interpretar é dar sentido (*Sinngebung*), e não reproduzir sentido (*Auslegung*), isto não significa que, nesta quadra da história, em pleno giro lingüístico-ontológico, seja aconselhável estimular subjetivismos e/ou axiologismos, alçando o intérprete a senhor do texto, ou que, a partir de uma operação ontológica (clássica), seja "possível" captar a essência dos textos jurídicos, como se estes contivessem conceitos em-si-mesmos. Há – e deve haver – limites no processo interpretativo. *O processo hermenêutico não autoriza atribuições discricionárias ou segundo a vontade e o conhecimento do intérprete* (ou baseadas nas virtudes pessoais do juiz).

47 Mas, ao mesmo tempo, parece fazer uma aposta em um certo subjetivismo, quando diz que "a interpretação começa com o texto", havendo "várias maneiras de conceber a relação entre ambos: relação de antagonismo entre o texto, que se esforça em sujeitar o intérprete com suas definições tão precisas quanto o possível sem deixar margem, e o intérprete, que se introduz nos interstícios do texto, localiza as falhas ou as brechas e nelas encontra um poder criador de direito; ou complementaridade de um par que pertence ao mesmo universo mental e trabalha junto com a geração do direito...". Cf. Delmas-Marty, Mirreile. *Por um direito comum*. Trad. de Maria Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 73.

48 Cf. Delmas-Marty, op. cit., pp. 63 e 98-99.

O mundo do direito não é um "estado de natureza" (lembremos – como o faremos mais adiante – a tese hobbesiana sobre a origem do Estado absolutista) em que ocorre uma "guerra de sentidos contra sentidos". Veja-se, para tanto, a dura resposta que Gadamer dá àqueles que acusam a hermenêutica de proporcionar o relativismo. Frise-se, ademais, que este é um ponto fundamental da luta pela superação do positivismo-normativista (e de suas variações, como o realismo, o normativismo, as posturas analíticas, etc.): *o constitucionalismo coloca freios à discricionariedade interpretativa.*

9.6. A inserção do mundo prático no direito e a incompatibilidade com subsunções. As pautas gerais e conceitos jurídicos que escondem aquilo que querem revelar: o "caso concreto".

Parcela expressiva dos juristas ligados à teoria do direito e à teoria constitucional não se deu conta de que a superação do modelo de regras implica uma profunda alteração no direito, porque, através dos princípios, passa a canalizar para o âmbito das Constituições o elemento do mundo prático. Mas isso não pode significar o apelo a uma pragmática de cariz fragmentário e realista, pela qual as decisões passam a ser casuísticas, em que o assim denominado "caso concreto" é significado a partir de um "isolamento de sentido", como se ele fosse único e pudesse assim ser resolvido, sem estar integrado, de forma coerente, com outros casos, que também são concretos (aliás, um caso é sempre concreto, ou não é caso).

Isso significa poder afirmar que não basta 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 particulares. O que não é evidente é que o processo interpretativo é *applicatio*, que o direito é parte integrante do próprio caso e que uma questão de fato é sempre uma questão de direito e vice-versa. Hermenêutica não é filologia.

Assim, embora os juristas – nas suas diferentes filiações teóricas – insistam em dizer que a interpretação deve ocorrer sempre em "cada caso", tais afirmações não encontram comprovação, nem de longe, na cotidianidade das práticas jurídicas. A discricionariedade positivista superou os próprios limites do positivismo, uma vez que, mesmo nos casos assim denominados (equivocadamente) "simples", passou a imperar um ceticismo hermenêutico, pelo qual, além da discricionariedade, o juiz passou a não fundamentar/justificar as suas

decisões, perdendo qualquer possibilidade de análise acerca da integridade que a norma por ele produzida deve ter. Veja-se que a integridade é duplamente composta, conforme Dworkin:[49] um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um *princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto o possível, seja vista como coerente nesse sentido.*

Dito de outro modo – e essa questão assume foros de gravidade em um sistema jurídico como o brasileiro –, o "caso concreto" passou a servir de álibi para qualquer decisão, proferida segundo a subjetividade (vontade) do juiz ou do tribunal.

Como ilustração do problema, veja-se o seguinte case, que indelevelmente deixa demonstrada a prática decisionista que pode ser constatada a partir de um simples exame das decisões judiciais nos distintos graus da justiça brasileira e que se repete – e é retroalimentada – pela intensa produção de manuais, que se sustentam em verbetes descontextualizados.

Com efeito, dois indivíduos invadiram uma casa e dali subtraíram – à vista dos moradores – alguns objetos, parte deles avaliados em cerca de R$ 100,00 (um dos objetos, um aspirador de pó, não foi avaliado).[50] Foram presos em flagrante e denunciados por tentativa de furto qualificado. Entretanto, a denúncia foi rejeitada pela juíza de direito, sob o "fundamento" de o fato ser insignificante, o que por si só não constitui irregularidade; o problema é que a decisão careceu de fundamentação, o que levou o Ministério Público a interpor recurso. Exarei parecer no recurso, *entendendo ser nula a decisão, por total falta de fundamentação*, que pura e simplesmente fez menção a um "precedente" (na verdade, um *prêt-à-porter*), sustentado no (assim denominado) princípio da insignificância. Eis o precedente, utilizado plenipotenciariamente como fundamentação do ato decisório:

> "Furto. Rejeição da denúncia. Princípio da Insignificância. Hipótese que caracteriza o delito de bagatela, ensejando a aplicação do princípio da insignificância. Apelo improvido".

E nada mais foi dito na decisão.

Aparentemente – e só aparentemente –, poder-se-ia afirmar que a julgadora estava diante de um caso singelo (se se quiser, um *easy case*). Afinal, a

49 Cf. Dworkin, *O Império do Direito*, *op. cit.*, p. 213.
50 Ver, para tanto, Apelação nº 70012342515, TJRS.

ementa citada "justificava" a aplicação do princípio da insignificância. Resta, no entanto, a pergunta: é possível "enquadrar" casos absolutamente diferentes entre si em uma mesma "regra"? No caso *sub* exame, a ementa transformou-se em super-regra, um conceito universal, que "conteria todas as hipóteses de insignificâncias"...!

Daí a necessidade de insistir no ponto: a juíza, ao aplicar o "princípio", *fê-lo como se fosse uma regra*. E, para esse desiderato, optou por uma fundamentação pretoriana, que poderia ser chamada de fundamentação jurisprudencial, mas que necessitaria de uma série de cuidados, sob pena de o assim denominado "caso concreto" – no caso, o furto tentado, realizado em uma residência, de forma ousada, eivado de peculiaridades, como qualquer "caso concreto" – ficar obnubilado por uma conceitualização, repristinando, para dizer o menos, a velha jurisprudência dos conceitos.

Desse modo, como fica a assertiva mais festejada na contemporaneidade de que "o direito é uma questão de caso concreto"? Setores da doutrina chegam a falar em resolver casos concretos mediante o uso do "método dedutivo". Inseridos no sentido comum teórico, os juristas, sob pretexto de "resolver problemas concretos", estão, na realidade, escondendo, metafisicamente, o "caso concreto" atrás de um verbete (enunciado, súmula, etc) que, além de tratar de matéria absolutamente diversa, não tem a possibilidade – por uma impossibilidade filosófica – de abarcar as diversas hipóteses de aplicação. Observe-se, finalmente, que o acórdão utilizado pela juíza como precedente plenipotenciário dizia respeito a um furto qualificado pelo abuso de confiança: uma empregada doméstica foi acusada de furtar, da residência em que trabalhava, uma oração de Santo Expedito e dois porta-retratos, avaliados em R$ 56,00. Assim, cotejando o aludido "precedente" com o caso sob análise, tem-se a abissal incompatibilidade, sem considerar, ainda, que o furto foi praticado por duas pessoas, que invadiram uma residência.

Repita-se: no caso concreto – e é o que importa discutir –, o valor dos bens subtraídos ultrapassa R$ 100,00;[51] os ladrões estavam dentro da residência da vítima, que é manifestamente pobre, representando, portanto, que a subtração constituiu desfalque relevante em seu patrimônio; no outro caso, utilizado como "precedente", a subtração não se deu do mesmo modo, tendo sido perpetrada por apenas uma pessoa, além de que o prejuízo não foi relevante, até pela comparação do patrimônio das vítimas. Isso para dizer o mínimo a partir de uma reconstrução integrativa do direito aplicável ao caso, que deve levar em conta a interpretação coerente com as regras, princípios e decisões judiciais preexistentes no cotidiano das práticas judiciárias – mormente aquelas mais condizentes com o contexto da sociedade em que se realiza o julgamento –, sendo vedado, portanto, que o juiz lance mão (exclusivamente) de seus princípios de conduta pessoal, sua visão própria de mundo, etc, para concretizar a decisão. Nesse sentido, a preciosa lição de Dworkin (*Law's Empire*), ao lembrar que, quando mais de uma solução se apresentar a partir dessa "conduta interpretativa", o juiz deverá optar pela interpretação que, do ponto de vista da moral política, melhor reflita a estrutura das instituições e decisões da comunidade, ou seja, a que melhor represente o direito histórico e o direito vigente, sendo que esta seria, assim, a resposta correta para o caso concreto.

O caso sob comento bem demonstra o problema representado pela construção, por parte dos juristas, de "pautas gerais", "conceitos lexicográficos", "verbetes doutrinários e jurisprudenciais" ou súmulas aptas a "resolver" casos futuros, com o que se sacrifica a singularidade do caso concreto em favor dessas espécies de "pautas gerais", fenômeno, entretanto, que não é percebido no imaginário jurídico. Aliás, no caso da rejeição da denúncia do *case* sob comento, o julgamento se deu baseado em uma "pauta geral" que, exatamente, escondeu a singularidade do caso concreto. Em outras palavras, o paradoxo é que justamente a a alusão ao caso concreto é que provocou o seu "escondimento". Daí a indagação de Gadamer: *existirá uma realidade que permita buscar com*

51 Veja-se a complexidade do direito, que parece ser constantemente negada pela comunidade jurídica: enquanto no caso em tela uma denúncia foi rejeitada com base em um *standard* jurisprudencial sem contexto, mas que, no terreno fático, tratava de furto de valor em torno de R$ 100,00, que foi considerado insignificante pela julgadora, o Superior Tribunal de Justiça (HC nº 39.847-RJ), na mesma época, debatia-se em torno de um furto de uma garrafa de vinho, avaliada em R$ 40,00, subtraída de uma loja de conveniência de um posto de gasolina. Nesse caso, o STJ negou pedido de *habeas corpus* para trancar a ação penal, com fundamento de que "*o valor do bem, considerando a nossa realidade sócio-econômica, não é absolutamente desprezível. Ademais, há o aspecto subjetivo a ser considerado: inexistindo a persecução penal, aguça-se o sentimento de injustiça das vítimas, o que pode incentivar o reprovável instinto de se 'fazer justiça' pelas próprias mãos, além de constituir-se em estímulo à difusão de tal ilicitude*" (grifei). Registre-se, ademais, que o mesmo STJ considerou como insignificante o valor de 1.183 dólares, ao absolver, à unanimidade, acusado da prática do crime de descaminho (art. 334 do Código Penal) nesse valor. Seguindo magistério de Assis Toledo, Heleno Fragoso e Mir Puig, o STJ deixou assentado que, se o tipo penal – que deve ser sempre analisado em sua materialidade – não tiver expressividade econômica (sic), "é de ser afastada a condenação, porque não ocorrem aí, a subsunção do conceito de crime, segundo a teoria finalista." Tais decisões apontam para o cerne da problemática da crise do direito (multiplicidade de respostas), isto é, a ausência de uma coerência e de uma integridade do direito (no sentido delineado nesta obra, a partir de Dworkin). Os exemplos em questão – que, no fundo, são apenas a ponta do *iceberg* – somente demonstram que as (diversas e diversificadas) decisões acabam sendo fruto de discricionariedades/arbitrariedades interpretativas, o que reforça, ao meu sentir – e essa problemática percorre toda a presente obra – a necessidade de se buscar respostas corretas em direito.

segurança o conhecimento do universal, da lei, da regra, e que encontre aí a sua realização? Não é a própria realidade o resultado de sua interpretação?

Veja-se a complexidade: assim como não se procede subsuntivamente quando se interpreta (e, portanto, se aplica) um texto normativo em relação a uma situação fática, *também quando se interpreta um texto com base na Constituição não ocorre esse processo subsuntivo/dedutivo*. O sentido do texto se dá a partir do modo de ser-no-mundo no qual está inserido o intérprete. Não se percebe o texto primeiramente enquanto "ser-objeto". Há um mundo circundante onde acontece essa manifestação. Ao vislumbrar o texto, já há um ter-prévio, um ver-prévio e um pré-conceito acerca da Constituição.

Desse modo, (também) a Constituição não é um elemento objetivo, separado do intérprete, fora da circularidade hermenêutica; dela é impossível "deduzir" "outro" elemento "objetivado". Por isso, é possível dizer que a noção de Constituição é um paradoxo, ao fundar sem ser "fundamento *inconcussum*" (porque não é uma categoria ou uma hipótese a partir da qual se possa fazer "deduções") e, ao mesmo tempo, embora sendo o ponto de partida (e de chegada) do ordenamento, frustra essa pretensão de ser esse ponto, já que esse "começo" sempre se renova na forma de antecipação de sentido e na circularidade hermenêutica.

9.7. A superação da subsunção como um problema paradigmático: ainda é possível falar em "interpretações por partes ou em etapas"?

Não importa, pois, se o texto jurídico (preceito normativo) é "claro" ("definido semanticamente", "destituído de imprecisões") ou se é complexo (portanto, demandando "densificações valorativas"). O uso de raciocínios subsuntivos para solucionar os casos simples (regras "destituídas de imprecisões") é inadmissível no paradigma pós-metafísico da intersubjetividade. A subsunção não é condizente nem com a interpretação de textos claros e nem de textos obscuros e tampouco de "acoplamentos" entre fato e texto jurídico.

Isso quer dizer que a subsunção, tão criticada nestes tempos (difíceis) de pós-positivismo e neoconstitucionalismo, não pode ser entendida (apenas) como a aplicação mecânica da lei (sic), como um pensamento no qual o sistema é fechado e imóvel (sic) ou, ainda, como um método que se sustenta em uma identidade conceitual entre o conceito fático e o conceito normativo (sic) e assim por diante.

A subsunção deve ser entendida no contexto paradigmático da relação sujeito-objeto, portanto, nos marcos da filosofia da consciência, em que o

sujeito é o encarregado de fazer essa operação mental entre a sua subjetividade e a coisa. Não é correto, assim, pensar que subsumir é uma "adequação" de um caso fácil entre um dispositivo legal sem vaguezas e ambigüidades e a situação concreta, como se ocorresse um "acoplamento" do conceito com a coisa.

Afinal, mesmo na ponderação – compreendida nos marcos em que vem sendo apresentada pela(s) teoria(s) da argumentação jurídica –, por mais que se negue tal circunstância, ocorre a subsunção, quando se busca "subsumir" o geral (norma ou hierarquias *prima facie*) ao caso concreto (ou vice-versa). Lembremos que uma de suas máximas é: "o intérprete tem a função de hierarquizar". *Mutatis mutandis*, é também o caso dos discursos de fundamentação prévios, que, ao serem (e por serem) elaborados *prima facie*, a partir de hipotéticas situações "quase ideais", acabam servindo para esse "procedimento acoplativo".

Desse modo, pautas gerais (conceitualizações, etc), sob pretexto do "esclarecimento" dos significados de cláusulas abertas, princípios e/ou conceitos indeterminados (ou, ainda, textos vagos e ambíguos), podem, sob o jugo do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, servir a esse desiderato, não se diferenciando de qualquer raciocínio dedutivo. Corre-se o risco, por exemplo, de transformar princípios em regras. E pautas gerais – e as súmulas são exatamente isso – podem vir a substituir a própria obra do legislador.

Daí a insistência no sentido de que, em pleno paradigma da intersubjetividade, é equivocado admitir raciocínios subsuntivos, como se fosse possível nos movermos a partir de raciocínios causais-explicativos para determinadas interpretações e elaborarmos um outro tipo de raciocínio para outro tipo de questionamentos. Pensar assim é ignorar a dupla estrutura da linguagem.

Aquilo que se diz que é decorrente de um raciocínio subsuntivo nada mais é do que um compreensão que se deu em face de uma adequada pré-compreensão do intérprete. Não fosse assim, como se justificaria que uma norma que antes necessitava de "uma integração ou densificação valorativa" (exigência de normas jurídicas que não são resolvidas "subsuntivamente", segundo os adeptos das diversas teorias argumentativas-ponderativas) passe, depois de devidamente compreendida, a não mais exigir essa "integração valorativa"?

Em outras palavras: fosse possível a permanência da subsunção (ou dedução) nesta quadra da história, como admitir que um "caso difícil" se transforme, depois de devidamente compreendido, em um "caso fácil"? Quem decide se a norma exige a subsunção ou a ponderação (ou outro nome que se dê a "raciocínios complexos")? Ao que tudo está a indicar, é o sujeito, a partir de sua subjetividade (consciência de si). Mas, em que condições isso pode ocorrer? Por que, para um intérprete "basta a subsunção" e, para outro, não?

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. Exige, pois, uma compreensão que ultrapasse os quadros do esquema sujeito-objeto. Para além disso, trata-se de superar a problemática dos métodos, considerados pelo pensamento exegético-positivista como portos seguros para a atribuição dos sentidos.

Compreender não é produto de um procedimento (método) e não é um modo de conhecer. Compreender é, sim, um modo de ser, *porque a epistemologia é substituída pela ontologia da compreensão*. Significa, pois, romper com as diversas concepções que se formaram à sombra da hermenêutica tradicional, de cunho objetivista-reprodutivo, cuja preocupação é de caráter epistemológico-metodológico-procedimental, cindindo conhecimento e ação, buscando garantir uma "objetividade" dos resultados da interpretação. A mesma crítica pode ser feita à tópica retórica,[52] cuja dinâmica não escapa das armadilhas da subsunção metafísica. Aliás, *o fato de ligar-se "ao problema" não retira da tópica sua dependência da dedução e da metodologia tradicional*, o que decorre fundamentalmente de seu caráter não-filosófico.

Apesar da revolução copernicana produzida pelo giro ontológico, é possível detectar nitidamente a sua não-recepção pela hermenêutica jurídica praticada nas escolas de direito e nos tribunais, onde ainda predomina o método, mesmo que geneticamente modificado pelas teorias discursivas. A existência de tantos métodos e procedimentos interpretativos postos à "disposição" dos juristas faz com que ocorra a *objetificação da interpretação*, porque possibilitam ao intérprete sentir-se desonerado de maiores responsabilidades na atribuição de sentido, colocando no fetichismo da lei e no legislador a responsabilidade pelas anomalias do direito. Esfumaça-se, pois, a ética no discurso jurídico. Afinal, como bem alerta Gadamer, o que constitui a essência da metodologia é que seus enunciados sejam uma espécie de tesouraria de verdades garantidas pelo método. Entretanto, acrescenta, "como toda a tesouraria, também a da ciência tem uma previsão para uso discricionário", circunstância que denuncia o caráter arbitrário/discricionário do(s) método(s).[53]

Por isso é razoável afirmar que, em face da inexistência de um "método fundamental, metamétodo ou metacritério" que sirva como "fundamento último" (espécie de repristinação do *fundamentum inconcussum absolutum veri-*

52 Para uma crítica à tópica jurídica, consultar Nedel, Antonio. *Uma tópica jurídica – clareira para a emergência do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

53 Cf. Gadamer, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode. Ergänzungen Register*. Hermeneutik II. Tübingen: Mohr, 1990, p. 389.

tatis) de todo o processo hermenêutico-interpretativo, o uso dos métodos é sempre arbitrário, propiciando interpretações *ad-hoc*, discricionárias.

A impossibilidade de um *Grundmethode* constitui, assim, o calcanhar de Aquiles da hermenêutica jurídica exegético-positivista. Neste ponto, aliás, reside o forte vínculo entre a hermenêutica metodológica e o positivismo jurídico, que assim se coloca refratário ao paradigma estabelecido pelo neoconstitucionalismo.

Resistente ao giro hermenêutico-ontológico, o *modus* interpretativo prevalecente na dogmática jurídica vem possibilitando a sobrevivência das velhas teses positivistas-normativistas acerca da interpretação, como a subsunção, o silogismo, a individualização do direito na "norma geral" a partir de "critérios puramente cognitivos e lógicos",[54] a liberdade de conformação do legislador, a discricionariedade do Poder Executivo, assim como o papel da Constituição como estatuto meramente regulamentador do exercício do poder.

Por tais razões, 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. Conseqüentemente, na medida em que a filosofia não é lógica, a hermenêutica jurídica não pode ser apenas uma ferramenta para a organização do pensamento. A hermenêutica possui uma temática específica, dirá Gadamer. Apesar de sua generalidade, não pode ser integrada legitimamente na lógica. Em certo sentido, partilha com a lógica a universalidade. Entretanto, em outro, supera-a. Portanto, na hermenêutica filosófica, a ferramenta não é decisiva, porque na linguagem existe algo muito além do enunciado, isto é, o enunciado não carrega em-si-mesmo o sentido, que viria a ser "desacoplado" pelo intérprete. Na interpretação sempre fica algo de fora, o não-dito, o inacessível. É assim que "ser que pode ser compreendido é linguagem"(*Sein, das verstanden werden kahn, ist Sprache*), dirá Gadamer.

Como já dito anteriormente, não se pode confundir a hermenêutica jurídica com as teorias da argumentação jurídica ou com qualquer teoria lógico-analítica, que possuem nítido caráter procedimental, tratando, pois, de outra racionalidade, que é apenas discursiva. De registrar que, em textos anteriores, desenvolvi e trouxe para o âmbito da hermenêutica jurídica, com base em Ernildo Stein e Hillary Putnam, a tese de que as teorias da argumentação jurídica e/ou as teorias discursivas constituem um vetor (*standard*) de racionalidade de segundo nível, ficando, pois, no plano apofântico, enquanto a herme-

54 A expressão é de João Maurício Adeodato, *Jurisdição constitucional à brasileira*, *op. cit.*, p. 177.

nêutica filosófica, que não cinde interpretação e aplicação, perfaz uma racionalidade de primeiro nível (estruturante), a partir de um "como hermenêutico". Isso significa dizer que não interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar. Desse modo, interpretar é explicitar – argumentativamente – o (já sempre) compreendido (Gadamer). O *standard* ou vetor de racionalidade de segundo nível é de caráter lógico-epistemológico, com forte dependência procedural, em que a conteudística (mundo prático) tem lugar secundário. Esse fenômeno pode ser verificado na teoria da argumentação de Alexy, *v. g.*, entre outros textos, no alentado comentário do julgamento dos soldados que atiraram nos fugitivos da então RDA – República Democrática da Alemanha. Alexy põe-se de acordo com a decisão do *Bundesverfassungsgericht*, que negou provimento aos recursos constitucionais (*Verfassungsbeschwerde*) interpostos pelas sentinelas que mataram um fugitivo (BGHSt 39, 1) e dos altos funcionários da RDA, condenados pelas mortes de fugitivos por minas terrestres (BGHSt 39, 168, entre outros). O Tribunal Constitucional considerou que as condenações dos acusados pelas instâncias ordinárias não violaram o art. 103, 2, da Lei Fundamental alemã, que trata do *nullum crime, nulla poena, sine lege*. Para tanto, os tribunais lançaram mão da "fórmula Radbruch", pela qual o direito vigente à época na RDA era direito injusto, portanto, era um "não-direito" (o direito extremamente injusto não é direito, segundo a referida "fórmula"). Logo, as leis que autorizavam as sentinelas a atirar e as causas de justificação que os acusados/condenados alegaram em seu favor não constituíam direito válido. Conseqüentemente, ratificando a "fórmula Radbruch", o Tribunal Constitucional considerou que as condenações não ofenderam o princípio da legalidade constante na Lei Fundamental. Para Alexy, com exceção da solução do problema da culpabilidade – que é por ele criticada, pelo fato de o Tribunal não ter levado essa questão devidamente em conta –, a decisão do Tribunal Constitucional foi correta quanto ao resultado final (portanto, concordou com o uso da "fórmula Radbruch"). Segundo o autor, a decisão constitui um clássico exemplo de que um resultado correto não basta ali onde o que importa é a fundamentação. Assim é que, ainda que a indeterminação e a falta de clareza possam favorecer ocasionalmente o consenso, o certo é que não fazem justiça à gravidade de um verdadeiro debate público sobre o correto, que não somente é atrativo por si mesmo, mas que também constitui um pressuposto de estabilidade política duradoura.[55] Em outras palavras – sem adentrar, neste momento, nas (necessárias) críticas à utilização da "fórmula Radbruch" em pleno Estado Democrático de Direito –, é possível perceber que Alexy admite que a decisão pode ser alcançada a partir de diversas fundamentações, o que coloca a fundamentação como algo que está "à disposição" do intérprete, como se fosse uma mera técnica, circunstância que, ao meu sentir, nada mais faz do que reforçar a tese de que a teoria da argumentação jurídica não superou – como sempre denunciou Kaufmann – o esquema sujeito-objeto.

55 Cf. Alexy, Robert. Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal, *Doxa*, n. 23, 2004, pp. 197-230.

Penso, assim, que uma hermenêutica jurídica que se pretenda crítica, hoje, deve, fundamentada nessa revolução copernicana, procurar corrigir o equívoco freqüentemente cometido por diversas teorias críticas (teorias da argumentação, teorias analíticas, tópica jurídica, para citar apenas estas) que, embora reconheçam que o direito se caracteriza por um processo de aplicação a casos particulares (concretude), incorrem no paradigma metafísico, ao elaborarem um processo de subsunção a partir de conceitualizações (veja-se o paradigmático caso das súmulas vinculantes no Brasil), que se transformam em "significantes-primordiais-fundantes" ou "universais jurídicos", "acopláveis" a um determinado "caso jurídico". Isso ocorre nas mais variadas formas no *modus* interpretativo vigorante na doutrina e na jurisprudência, como o estabelecimento de *topoi* ou de metacritérios para a resolução de conflitos entre princípios, além das fórmulas para "regrar" a interpretação, propostas pelas diversas teorias da argumentação jurídica.

Anote-se, neste ponto, que, "apesar de também combater a perspectiva do positivismo normativista tradicional, *a teoria da argumentação tem em comum com essa corrente a tentativa de deduzir subsuntivamente a decisão a partir de regras prévias*",[56] problemática presente, aliás, em autores como Manuel Atienza,[57] para quem "para ser considerada plenamente desenvolvida, uma teoria da argumentação jurídica tem de dispor (...) de um método que permita representar adequadamente o processo real da argumentação – pelo menos a fundamentação de uma decisão, tal como aparece plasmada nas sentenças e em outros documentos jurídicos – assim como de critérios, tão precisos quanto possível, para julgar a correção – ou a maior ou menor correção – dessas argumentações e de seus resultados, as decisões jurídicas".

56 Cf. Kaufmann, Arthur; Hassemer, Winfried (orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneo*. Lisboa: Gulbenkian, 2002. p. 176.

57 Cf. Atienza, Manuel. *As razões do direito. Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2000, pp. 319-320.

De certo modo, *tais questões também estão presentes na teoria do discurso proposta por Habermas*, que, embora não fale em "regras prévias", propõe a antecipação de um discurso ideal, contrafático. Nas palavras do próprio Habermas, somente a antecipação formal do diálogo idealizado como uma forma de vida a realizar garante a intenção condutora última, contraposta à existente de fato, que nos une previamente e sobre cuja base toda intenção de fato, se é falsa, pode ser criticada como falsa consciência.[58] Essa formação discursiva (também) é prévia; sua função é a de servir como princípio regulativo, isto é, conforme Habermas, todo discurso racional é um necessário princípio regulativo de todo discurso real. A compreensão assim denominada "racional" não é pensada em contraposição com a tradição, cuja linguagem é insuficiente e inadequada para abarcar o "real"; a compreensão é pensada como a realização de um ideal por consumar, contrafaticamente. Novamente, vê-se a cisão do incindível; vê-se, mais uma vez, o problema da dispensabilidade do mundo prático (porque este está "traduzido" em uma linguagem inadequada, insuficiente, distorcida).

Penso que não é desarrazoado afirmar que, embora a sofisticação de suas teses, Atienza *permanece nos quadros do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, ao sustentar uma função instrumental para a interpretação, otimizada, para ele, a partir da teoria da argumentação jurídica*, mesmo problema – diga-se de passagem – encontrado na maioria das teses caudatárias das teorias da argumentação no Brasil.

Para Atienza, uma das funções da argumentação é oferecer uma orientação útil nas tarefas de produzir, de interpretar e de aplicar o direito (já neste ponto, é possível perceber a subdivisão do processo interpretativo em partes/etapas, questão tão bem denunciada por Gadamer!). Para corroborar a tese, o mesmo Atienza afirma que "um dos maiores defeitos da teoria padrão da argumentação jurídica é precisamente o fato de ela não ter elaborado um procedimento capaz de representar adequadamente como os juristas fundamentam, de fato, as suas decisões". É evidente que não se pode olvidar – e o registro insuspeito é feito por Kaufmann[59] – que especialmente Alexy desenvolveu de forma notável regras prescritivas de argumentação e de preferência. A única desvantagem, assinala, "reside no fato de estas regras se ajustarem ao discurso racional, mas já não ao procedimento judicial".

58 Cf. Apel, et.al. *Hermeneutik und Ideologiekritik*, *Frankfurt*: Suhrkamp, 1971, pp. 164 e segs.
59 Cf. Kaufmann, *op. cit.*, p. 194.

Daí a importância da pré-compreensão, que passa à condição de condição de possibilidade nesse novo modo de olhar a hermenêutica jurídica. Nossos pré-juízos, que conformam a nossa pré-compreensão, não são jamais arbitrários. Pré-juízos não são inventados; eles nos orientam no emaranhado da tradição, que pode ser autêntica ou inautêntica. Mas isso não depende da discricionariedade do intérprete e tampouco de um "controle metodológico". O intérprete não "domina" a tradição. Os sentidos que atribuirá ao texto não dependem de sua vontade, por mais que assim queiram os adeptos do (metafísico) esquema sujeito-objeto. O processo unitário da compreensão, pelo qual interpretar é aplicar (*applicatio*) – que desmitifica a tese de que primeiro conheço, depois interpreto e só então eu aplico – transforma-se em uma espécie de blindagem contra as opiniões arbitrárias.

A interpretação jamais se dará em abstrato, como se a lei (o texto) fosse um objeto cultural. Há, sempre, um processo de concreção, que é a *applicatio*, momento do acontecer do sentido, que ocorre na diferença ontológica. Não há textos sem normas; não há normas sem fatos. Não há interpretação sem relação social. É no caso concreto que se dará o sentido, que é único, irrepetível.

É evidente que não é simplesmente a *applicatio* que será a garantia contra arbitrariedades interpretativas. É a explicitação do compreendido que terá esse papel de trazer a lume o "lado epistemológico" da hermenêutica. Afinal, conforme Gadamer, interpretar é explicitar o compreendido. Assim, no dizer de Arango, a superação da relatividade das propostas normativas se alcança no plano da justificação, segundo as regras de êxito do empreendimento jurídico, e não a partir de um ponto de vista externo ou metafísico que assegure a verdade das proposições normativas.[60]

Não é difícil constatar que a análise das condições para uma adequada compreensão do significado da Constituição deve estar atravessada por essa perspectiva hermenêutica que desvela – e denuncia – a metafísica que sustenta o discurso fundacional próprio do positivismo. A inserção da justiça constitucional no contexto da concretização dos direitos fundamentais sociais – compreendida essa concretização de forma subsidiária, na omissão dos poderes encarregados para tal – deve levar em conta, necessariamente, o papel assumido pela Constituição no interior do novo paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito.

60 Cf. Arango, Rodolgo. *Hay respuestas correctas en el derecho?* Santafé de Bogotá: Ediciones Uniandes, 1999, p. 131.

E não se deve esquecer, aqui, a perspectiva paradigmática representada pelo advento do (neo)constitucionalismo, que reúne, ao mesmo tempo um forte conteúdo normativo (Constituições "embebedoras", no dizer de Guastini) e as possibilidades garantidoras de direitos a partir da jurisdição constitucional. Parece evidente que, como conseqüência disto, o grau de intervenção da justiça constitucional dependerá do nível de concretização dos direitos estabelecidos na Constituição. Ou seja, o nível das demandas inexoravelmente comandará a intensidade da tensão entre legislação e jurisdição.[61]

Por isso, o salto paradigmático representado pela hermenêutica é de fundamental importância para a compreensão do fenômeno do neoconstitucionalismo. É preciso compreender que a revolução copernicana representada pelo neoconstitucionalismo tem em outra revolução a sua condição de possibilidade, isto é, a *ontologische Wendung* aponta para a superação do esquema sujeito-objeto, que sustenta(va) o paradigma da filosofia da consciência.

Sendo mais claro: mais do que uma guinada lingüística, o que aconteceu foi um giro ontológico, *pela introdução do ser-no-mundo na compreensão*. Assim, se a filosofia passou a ser compreendida como hermenêutica, a hermenêutica passou a ser compreendida como filosofia. Do fundamentar passamos para o compreender. E a interpretação não se faz mais em etapas (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi* e *subtilitas applicandi*).

Nesse sentido, releva registrar que, efetivamente, a denúncia de Gadamer de que a interpretação (compreensão) não se faz por partes ou por etapas continua sem a necessária recepção no plano de algumas concepções baseadas nas teorias discursivas-procedimentais. Por todos, veja-se as propostas de ponderação em três etapas feitas por Ana Paula Barcellos[62] e Humberto Ávila,[63] as quais, embora bem construídas e sedutoras, não se é possível aderir. As teses de Ana Paula e Ávila aproximam-se sobremodo. Para a primeira, a etapa inaugural é identificar os enunciados normativos em tensão, circunstância que justificaria o recurso à ponderação (já em Ávila, esta primeira etapa se refere à preparação da ponderação, examinando o mais exaustivamente possível todos os elementos e argumentações pertinentes); na segunda etapa, na tese de Ana Paula, o intérprete identifica os fatos relevantes, que seriam as circunstâncias concretas do caso, fase em que, na tese de Ávila, já seria a realização da ponderação, a partir da fundamentação da relação estabelecida entre os elementos objeto do sopesamento; finalmente, a terceira etapa trata da decisão propriamente dita, em que serão examinados conjuntamente os diferentes grupos de enunciados, a repercussão dos fatos sobre eles e as diferentes normas que podem ser construídas, tudo a fim de apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos da disputa (nesta etapa, em Ávila, reconstrói-se a ponderação, isto é, reformulam-se a relação das regras de relação com pretensão de validade para além do caso).

61 Sobre o assunto, permito-me remeter o leitor ao meu *Jurisdição Constitucional, op. cit.*
62 Cf. Barcellos, *Ponderação, op. cit.*, pp. 91 e segs.
63 Cf. Ávila, *Teoria dos Princípios, op. cit.*, pp. 79 e segs.

Importante notar o modo pelo qual as diversas teorias discursivas-procedurais (veja-se, por todos, a preocupação de Klaus Günther com a matéria) não "abrem mão" do círculo hermenêutico, *que assim se transforma em álibi teórico para superar as inexoráveis armadilhas da metafísica*. Com efeito, não é difícil perceber a maneira pela qual as teorias que colocam na ponderação (nos seus diversos modelos) o *modus* de resolver as incertezas lingüísticas (enfim, os casos difíceis) têm, ao longo do tempo, sustentado *que o resultado do processo interpretativo aparece em uma "circularidade hermenêutica"*, utilizando-se desse teorema hermenêutico (a expressão é de Ernildo Stein) para superar o dualismo "interpretar-aplicar" ou entre "questão fática-questão normativa". Veja-se que também a interpretação sistemática (Canaris-J. Freitas) não dispensa a virtuosidade do círculo.

Penso que isso necessita ser melhor esclarecido, ou seja, é preciso compreender que o círculo hermenêutico caracteriza *uma determinada* concepção hermenêutica, que tem origem em Heidegger (aliás, esse autor acaba sendo – no mais das vezes – esquecido ao se fazer referência ao *hermeneutische Zirkel*, como se "o círculo" fosse uma criação de Gadamer). Assumir o círculo hermenêutico implica um caminho que vai da filosofia hermenêutica à hermenêutica filosófica, portanto, *para além de qualquer postura epistemo-analítica*. Isso porque Heidegger, corifeo da tese hemenêutico-filosófica de Gadamer, deve ter sua teoria analisada no contexto de uma ruptura paradigmática, e não apenas como um adorno para justificar posturas que, com ele, são completamente incompatíveis. Observe-se: Heidegger constrói uma teoria fundada na ontologia fundamental que não se compatibiliza com teses/posturas epistemo-dualísticas (aliás, geralmente, quando é feita referência a Heidegger, *é olvidada a – devida – referência à ontologia fundamental*). Quando Heidegger entrou em contato com a fenomenologia de Husserl, rapidamente percebeu que ali se apresentava o início de uma possibilidade de um recomeço da filosofia, *desde que fossem feitos alguns corretivos na fenomenologia vigorante, ainda prisioneira do esquema sujeito-objeto*.

Esse é ponto. A hermenêutica não deveria mais ser uma teoria das ciências humanas, e nem uma expressão da teoria da subjetividade. Com isso, *não*

mais se poderia repetir o erro e a confusão que as teorias metafísicas faziam entre ser e ente. A fenomenologia heideggeriana terá um duplo nível: no nível hermenêutico, de profundidade, a estrutura da compreensão; no nível apofântico, os aspectos lógicos, expositivos. É nesse sentido que Heidegger pensa as bases da diferença ontológica (*ontologische Differenz*). Na medida em que se constrói sobre a interpretação e a hermenêutica, a diferença ontológica só é possível dentro do contexto do círculo hermenêutico (*hermeneutische Zirkel*), no qual eu me compreendo em meu ser, cuido de mim e me preocupo, sendo que, nesse preocupar-me eu tenho o conceito de ser, e, assim, compreendo a mim mesmo. Portanto, diferentemente do que se tem visto no campo das diversas tentativas de recepcionar as teses de Heidegger e Gadamer no direito, *a diferença ontológica e o círculo hermenêutico articulam-se em um mesmo movimento*, que se tornarão a chave do pensamento filosófico de Heidegger e de todos os que o seguiram, mormente para compreender a viragem hermenêutica produzida por Gadamer no campo da hermenêutica jurídica. Portanto, é inapropriado colocar uma ênfase no círculo hermenêutico sem vinculá-lo à diferença ontológica. Ora, isso significa também que compreender em Heidegger e em Gadamer é um existencial. Logo, não é um método. Não pode ser um método e não pode ser dividido em partes. Compreender não é um modo de conhecer, mas um modo de ser. Por isto – e 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 (o nível hermenêutico, de profundidade, que estrutura a compreensão, e o nível apofântico, de caráter lógico, meramente explicitativo, ornamental), 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 aquilo que tem dominado o pensamento dos juristas:* o problema do método, considerado como supremo momento da subjetividade e garantia da "correção dos processos interpretativos". Definitivamente, 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 há muito, 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". A menos que se entenda que os sentidos e os entes (que, assim, estariam à espera do "acoplamento significativo") existam independentemente um do outro; a menos que seja possível argumentar a partir de "categorias metafísicas" (significantes primordiais-fundantes, espécie de "universais") ou que se acredite na existência de proposições que possam representar o mundo. Enfim, a diferença ontológica 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.

Tais questões sustentam, nesta quadra do tempo, as teses discursivo-argumentativas que entendem o ato interpretação como sendo produto de um processo tripartite. Entretanto, observe-se – e lembremos Günther – isso sempre é feito procurando *não abrir mão das teses que são por demais caras à hermenêutica filosófica, como, especialmente, o círculo hermenêutico.* Ana Paula Barcellos trilha por esse caminho, quando chama a atenção para o fato de que as três etapas propostas *não são* "estanques ou incomunicáveis", isso porque, "*como em toda atividade hermenêutica, o movimento de ir e vir (o círculo hermenêutico)* entre as diferentes premissas, fáticas e normativas e as possíveis conclusões, até que se chegue à solução final". E complementa: "em todo o caso, a necessidade de fundamentação posterior impõe a ordenação do raciocínio".

Cabem aqui algumas observações, em face da tentativa de Ana Paula procurar enquadrar a sua tese em uma perspectiva hermenêutica (filosófica), como se a "ponderação em etapas" não fosse um exercício argumentativo-procedural, *de caráter nitidamente analítico.* Assim, em primeiro lugar, parece inegável que as etapas ponderativas repristinam o antigo problema da interpretação por partes ou fases (as três *subtilitatae*) tão bem denunciadas por Gadamer. Mas atenção: isso não é uma mera observação de Gadamer ou capricho retórico do mestre de Tübingen. Assumi-lo significa compromissos teóricos. Com efeito, as críticas – e tenho insistido nisso – de que não se interpreta por fases ou etapas dão-se em face do rompimento com o esquema sujeito-objeto; enfim, é a superação da epistemologia pela fenomenologia hermenêutica (por isso, repita-se, *Verdade e Método* é lido como Verdade contra o Método).

Em segundo lugar, a ponderação em etapas não se constitui, como quer Ana Paula, em uma "atividade hermenêutica" no sentido da hermenêutica filosófica, por tudo o que a hermenêutica filosófica, derivada da filosofia hermenêutica, representa na ruptura com as duas metafísicas. Mais do que isso,

parece inadequado concluir que as três fases ponderativas constituiriam um "movimento de ir e vir", que, segundo ela, seria o "círculo hermenêutico". O que ocorre – e nisso reside o equívoco da autora – é que o círculo hermenêutico (*hermeneutische Zirkel*) é exatamente um dos dois teoremas fundamentais da hermenêutica que sustentam o contrário do afirmado, isto é, de que uma interpretação (se se quiser, "ponderação") pode ser realizada por etapas ou fases. Longe de sustentar a possibilidade levantada pela autora, o círculo hermenêutico é o elemento que aponta para o lado contrário, porque ele rompe com o esquema sujeito-objeto (lembremos: etapas ou métodos utilizados na interpretação pressupõem um patamar analítico, em que a interpretação constitui um vetor de racionalidade de segundo nível, que na hermenêutica é denominada de *logos apofântico*).

Em terceiro lugar, na própria explicitação da justificativa, mormente na parte final da nota,[64] reside a incompatibilidade da ponderação em etapas com a hermenêutica filosófica, quando é dito que "o movimento de ir e vir (o círculo hermenêutico)" ocorreria "entre as diferentes premissas, fáticas e normativas e as possíveis conclusões". Ora, na hermenêutica de Gadamer, para ficar apenas neste autor, por seu caráter fenomenológico e por estar sustentada na ontologia fundamental traçada por Heidegger já em *Ser e Tempo*, não há lugar para premissas, sejam "fáticas" ou "normativas", e tampouco há espaço para "conclusões". O rompimento com o esquema sujeito-objeto supera qualquer possibilidade de dualismos, como "fato" e "norma", "universalidade" e "singularidade", "interpretação" e "aplicação", e assim por diante. Não esqueçamos que a hermenêutica supera o problema do *fundamentum inconcussum* (aliás, Heidegger constrói sua tese para superar o problema do fundamento último que caracteriza o pensamento metafísico), que continua presente nas teorias argumentativas.

Por fim, com relação à afirmação de Ana Paula de que é a "necessidade de fundamentação posterior [que] impõe a ordenação do raciocínio", também nela está presente a incompatibilidade da "ponderação em três etapas" com a hermenêutica. Isso porque a compreensão é condição de possibilidade, isto é, não interpreto para compreender, mas sim, compreendo para interpretar (na hermenêutica, interpretar é explicitar o que já se compreendeu, em face da pré-compreensão). Em face da antecipação de sentido – que, aliás, é a blindagem hermenêutica contra relativismos e arbitrariedades interpretativas –, não é possível metodologizar pensamentos ou raciocínios (ou, se se quiser, é

64 Cf. Barcellos, *Ponderação, op. cit.*, p. 123, nota 178.

impossível metodologizar a interpretação, porque o método sempre chega tarde; aliás, o método é o extremo momento da subjetividade). Por isso, na hermenêutica, a compreensão é um existencial. Daí a incompatibilidade de qualquer forma de ponderação em etapas com a hermenêutica.

Também Klaus Günther se insere nesse contexto,[65] ao dizer que "entre a fundamentação situacionalmente independente de uma regra e o seu descobrimento situacionalmente dependente, ainda, há, porém, o estágio particularmente *autônomo da justificação da sua adequação situacional*". O mesmo Günther, ao dizer que o significado de uma norma ou aquilo que se pretenda dizer com as "circunstâncias inalteradas", de modo nenhum está estabelecido: "muitas vezes o significado deverá primeiro ser fixado por meio de uma regra de uso lexical, a qual, por sua vez, deverá ser fundamentada. Porém, só saberemos quais são os significados relevantes na situação. Em virtude disso, o princípio da aplicação imparcial de norma afirma que, neste caso, a norma deverá ser aplicada depois de esgotadas todas as possibilidades de significados que puderem ser obtidos em uma descrição situacional completa".

Percebe-se, mais uma vez, além da divisão da interpretação em partes, a cisão que Günther faz entre o texto e a busca de seu significado e a situação fática, como se fosse possível estabelecer sentidos apartados da questão fática (note-se que isso está presente na ponderação a ser feita em etapas).

Também, aqui, aparece a diferença entre uma teoria que se sustenta na razão prática (hermenêutica, antidualista) e uma teoria – como a discursiva – que substituiu a razão prática pela razão comunicativa.

Numa palavra: interpretar é compreender. E compreender é aplicar. A hermenêutica não é mais metodológica. Não mais interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar. A hermenêutica não é mais reprodutiva (*Auslegung*); é, agora, produtiva (*Sinngebung*). A relação sujeito-objeto dá lugar ao círculo hermenêutico.

De todo modo, importa lembrar – como, aliás, já referido no decorrer destas reflexões – que a hermenêutica não quer ter a última palavra; não se retira o valor da teoria da argumentação e de seu principal instrumento, a ponderação e os modos pelos quais esta é (ou pode ser) feita. A crítica aqui elaborada parte do espaço de fala da metodologia do direito compreendida como teoria do direito nesta etapa da história. Trata-se, pois, de uma questão paradigmática: o paradigma da filosofia da consciência possui especificidades (e por isso é um paradigma) que não guardam relação com a fenomelogia hermenêutica.

65 Cf. Günther, *Teoria da Argumentação, op. cit.*, p. 400.

Capítulo 10

A indevida distinção estrutural entre *easy cases* e *hard cases* e as conseqüências hermenêuticas.

10.1. De como a dicotomia *easy cases-hard cases* atende uma exigência do esquema sujeito-objeto.

A guinada hermenêutica sofrida pelo direito em tempos de efetivo crescimento do papel da jurisdição – mormente a jurisdição constitucional – acentuou a preocupação em torno da necessidade de discutir as condições de possibilidade que o intérprete tem para a atribuição dos sentidos aos textos jurídicos, uma vez fracassadas as experiências exegético-subsuntivas e as tentativas de controlar os sentidos através de operações lógico-analíticas. As diversas concepções sobre como interpretar e como aplicar têm como objetivo alcançar respostas corretas ou a "melhor resposta", metódica ou conteudisticamente.

A construção de racionalidades discursivas implicou a substituição da razão prática, questão bem presente nas diversas teorias da argumentação (a teoria do discurso é também uma teoria da argumentação). Isso fez com que a questão da interpretação fosse alçada ao patamar da argumentação, a partir da construção de racionalidades comunicativas, estabelecendo previamente modos de operar diante da indeterminabilidade do direito.

Ocorre que, desse modo, deixou-se de lado a dupla estrutura da linguagem, confundindo-a com a cisão entre casos fáceis e difíceis, em que os primeiros seriam produtos de "meras" deduções/subsunções, enquanto os segundos exigiriam a construção de uma racionalidade discursiva que assegurasse condições para uma universalização do processo de atribuição de sentido.

Nesse sentido – e aqui me permito insistir –, confunde-se a "era dos princípios" com a "abertura hermenêutica" e a conseqüente necessidade da construção de racionalidades de cariz epistemo-metodológicas. A todo tempo é necessário referir: regras não estão ligadas/limitadas à subsunção; princípios não são ínsitos às teorias argumentativas. Em outras palavras, princípios não se constituem em álibis teóricos para suplantar problemas metodológicos

oriundos da "insuficiência" das regras. Não são, pois, "mandados de otimização" ou postulados interpretativos. Devem, sim, ser entendidos no contexto da ruptura paradigmática pela qual se superou o positivismo (afinal, esta não é a era pós-positivista?).

Do mesmo modo, as teorias da argumentação, nas suas diversas acepções ou modelos, não se constituem em "reserva hermenêutica" para resolver *hard cases*. Fosse isso verdadeiro e seria difícil responder à pergunta acerca de como se interpretava antes do surgimento das teorias da argumentação. É como se a elaboração do procedimento apto à universalização dos discursos fundamentadores partisse de um marco zero, ignorando a pré-compreensão antecipadora, isto é, como se um *easy case* fosse um *easy case* em si (como se contivesse uma essência) ou como se ele mesmo não pudesse ser um *hard case* ou, ainda, como se essa aferição do que seja um *easy case* pudesse ser feita previamente, proceduralmente.

Esse equívoco de distinguir *easy* e *hard cases* é cometido tanto pelo positivismo de Hart como pelas teorias discursivo-procedurais que vão desde Habermas e Günther até Alexy e Atienza, para citar apenas estes.[1] Observe-se que em *On Reading the Constitution*, Laurence Tribe e Michael Dorf criticam a distinção dos casos jurídicos em simples (*easy cases*) e difíceis (*hard cases*): "é um erro básico supor que os grandes problemas de interpretação só aparecem nos casos difíceis – apenas quando o objeto tratado se refere a aspectos para os quais o texto é vago ou ambíguo. Esta é a armadilha favorita de determinados críticos da *Supreme Court*, que apontam as discórdias entre os juízes como se quisessem dizer: 'vejam como eles discordam, cinco a quatro. Deve ser porque na realidade não estão lendo a Constituição, mas procurando um espelho no qual eles querem acreditar'".[1] Já de Habermas é possível extrair a tese de que o problema da razão prática – e, portanto, a necessidade de superar o sujeito solipsista e a justificação posterior de suas ações egocêntricas – somente se torna necessária no plano da justificação de atos mais complexos. Assim, os "casos simples" prescindem dessa fundamentação prévia, elaborada com a obediência de todos os requisitos da formação discursiva (situação ideal de fala). A pergunta solipsista "o que devo fazer" vem substituída pela pergunta "o que se deve fazer?". E esse dever não pode depender de fins e preferências subjetivas.

1 Cf. Tribe, Laurence e Dorf, Michal. On reading the Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

Portanto, em Habermas, a razão comunicativa torna-se necessária para resolver problemas de fundamentação que passem pelo teste de universalização, isto é, a razão prática solipsista possibilita apenas que se faça um teste de universalização egocêntrica, quando surge uma insuficiência no plano da explicação do agir em uma razão prática. Günther faz a sua teoria distinguindo discursos de fundamentação e discursos de aplicação, buscando solucionar os casos difíceis. Pois Habermas constrói a teoria do discurso preocupado com a fundamentação prévia *para resolver questões complexas da razão prática*. E, desse modo, a substitui. Afinal, como ele mesmo diz, não é necessário que se pergunte acerca das questões triviais ou débeis.

O problema da razão prática, assim, não estaria nas decisões sobre questões simples. A fundamentação de decisões sobre temáticas complexas demanda um deslocamento do problema da fundamentação em direção a uma razão comunicativa que permita a interação entre os indivíduos que objetivam o entendimento, sendo que, para isso, devem empreender determinadas idealizações, como que suspendendo o contexto. Para Habermas, se antes o agir estava determinado por um sujeito que, em face das questões complexas, necessitava justificar posteriormente os seus atos, agora, com a epistemologização da fundamentação, transfere-se esta carga do sujeito para a coletividade, a partir de uma formação discursiva forjada em uma racionalidade comunicativa, intersubjetiva.

Em síntese, o que a concepção acerca da existência de casos fáceis (simples) e difíceis (complexos) de Habermas, Günther e Dworkin têm em comum é o fato de eles considerarem, nos *hard cases*, que os princípios para solvê-los não se encontram no plano da aplicação, mas, sim, devem ser retirados de uma "história jurídica" que somente é possível no plano de discursos *a priori* (no fundo, discursos de fundamentação prévios).

Embora Dworkin também faça essa (indevida) distinção (veja-se: ele distingue, e não cinde), o faz por outras razões. Dworkin trabalha com a noção de "casos difíceis" a partir da crítica que elabora ao positivismo discricionário de Hart. A diferença é que Dworkin não distingue discursos de fundamentação de discursos de aplicação. Conseqüentemente, não "desobriga" ou "desonera" o juiz (discursos de aplicação) da elaboração dos discursos de fundamentação, que se dão previamente. É a integridade do direito e sua reconstrução que devem dar as condições para a resposta correta nos casos difíceis. Porém – e essa diferença é de fundo –, esse "lugar" em que se "localizam" os princípios que serão aptos à resolução do caso não é dado *a priori* e de forma descontextualizada. De fato, para Dworkin, nos casos difíceis, se os princípios não são criados pelas autoridades de aplicação, também não são previamente

dados, em um plano contrafactual. Dworkin, contrapondo-se ao formalismo legalista e ao mundo de regras positivista, busca nos princípios os recursos racionais para evitar o governo da comunidade por regras que possam ser incoerentes em princípio. É nesse contexto que Dworkin trabalha a questão dos *hard cases*, que incorporam, na sua leitura, em face das dúvidas sobre o sentido de uma norma, dimensões principiológicas, portanto, não consideradas no quadro semântico da regra.

Distinguir casos simples de casos difíceis não é o mesmo que cindir casos simples de casos difíceis. Essa pode ser a diferença entre a dicotomia *hard* e *easy cases* de Dworkin e a das teorias discursivo-procedurais. Cindir *hard cases* e *easy cases* é cindir o que não pode ser cindido: o compreender, com o qual sempre operamos, que é condição de possibilidade para a interpretação (portanto, da atribuição de sentido do que seja um caso simples ou um caso complexo). Afinal, *como saber se estamos em face de um caso simples ou de um caso difícil? Já não seria um caso difícil decidir se um caso é fácil ou difícil?*

Para que se entenda tal problemática – e o socorro vem da percuciente análise de Stein –, é preciso ter presente que, em todo processo compreensivo, o desafio é levar os fenômenos à representação ou à sua expressão na linguagem, chegando, assim, ao que chamamos de objetivação. Isso naturalmente tem um caráter ôntico, uma vez que é a diversidade dos fenômenos e dos entes que procuramos expressar referindo-nos a esse ou àquele fenômeno ou ente. Quando chegamos ao final de tais processos de objetivação, realizamos provavelmente aquilo que é o modo máximo de agir do ser humano. Entretanto, esse resultado da objetivação pressupõe um modo de compreender a si mesmo e seu ser-no-mundo que não é explicitado na objetivação, mas que podemos descrever como uma experiência fundamental que se dá no nível da existência e que propriamente sustenta a compreensão como um todo.[2]

Por isso, a cisão entre *easy cases* (casos fáceis) e *hard cases* (casos difíceis) é metafísica, porque, em um primeiro momento, antes da distinção – que tem o caráter causal-explicativo –, já há um compreender antecipador, pré-compreensivo, de caráter existencial, em que se enraízam estes dois elementos de caráter epistemológico. *Na medida em que se chega a esse nível e se faz a concessão de que "é possível fazer a cisão", sobra uma questão essencial*: acredita-se que no *easy case* há uma espécie de naturalismo, enfim, que há apenas uma explicação, que emergiria de um raciocínio dedutivo.

2 Cf. Stein, Ernildo. *Nas proximidades da antropologia*. Ijuí: Unijuí, 2003, pp. 113 e segs.

Já no *hard case* ocorreria – a partir desta distinção – uma complexidade trazida pelo modo de ser-no-mundo e, por ser trazido desse modo (compreensivo), não seria possível reduzi-lo a uma simples explicação causal. Na verdade, o explicar – utilizado para o que se classifica de *easy case* – é da ordem da causalidade; já o compreender é da ordem do acontecer, não procedimental.

Dito de outro modo, *a separação entre casos fáceis e casos difíceis atende a uma exigência do esquema sujeito-objeto*. Essa cesura, entretanto, é apenas objetivista, metodológica, de teoria do conhecimento. Só que, quando determinada teoria discursiva-argumentativa opera com tal distinção estrutural, não se dá conta de que ali existem dois tipos de operar: no caso assim denominado simples, o operar explicativo, que é da ordem da causalidade; no caso complexo, não adianta trazer a causalidade, porque é necessário ampliar o processo.

Há, assim, uma "insuficiência" no processo de conhecimento, que não "dá conta do caso" – que já então não é mais um *easy case*. Ocorre que, ao contrário do que acredita, por exemplo, a teoria da argumentação, isso não se define em uma relação meramente ôntico-explicativa. É preciso compreender que nessa relação ôntico-explicativa (causal) já ocorre – como condição de possibilidade – o acontecer da diferença ontológica.[3]

Veja-se, nesse sentido, que, embora críticos do positivismo, autores como Alexy e MacCormick fazem equivocadamente essa divisão entre "procedimentos interpretativos próprios para casos fáceis" e "procedimentos interpretativos para resolução de casos difíceis", ao considerarem que os casos jurídicos fáceis (simples) são resolvidos pelo juiz a partir de inferência lógico-dedutiva. Essa justificação de índole lógico-dedutiva é sempre necessária, porém, por vezes, é necessário algo mais, aduzem. *A Teoria da Argumentação Jurídica* seria, assim, um *plus* em relação à mera justificação lógico-dedutiva – espécie de justificação interna (assim a denomina Alexy, enquanto MacCormick chama esse procedimento de "justificação de primeiro nível"). Ou seja, quando o raciocínio lógico-dedutivo não consegue dar conta do problema, busca-se socorro na *Teoria da Argumentação Jurídica*. Na mesma linha, considero equivocada a tese de Atienza, para quem "quando as premissas contêm toda a informação necessária e suficiente para chegar à conclusão, argumentar é um processo dedutivo".[4]

3 Ver, nesse sentido, meu *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, *op. cit.*

4 Ver, para tanto, Atienza, Manuel. Argumentación jurídica. In: *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta, 2000, pp. 231 e segs; Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: CEC, 1989; MacCormick, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978.

Assim, quando procuro demonstrar que a distinção estrutural (ou cisão) entre casos fáceis e casos difíceis é metafísica, não estou excluindo a dimensão da causalidade e tampouco a possibilidade de que os assim denominados casos simples ocorram de forma objetivada. O que procuro questionar, com base no paradigma hermenêutico (fenomenologia hermenêutica), é que – em relação à distinção *easy-hard cases* – a dimensão da causalidade não pode esconder a explicação *de sua origem essencial*. Ao fazer a distinção entre as operações causais-explicativas (deducionismo), destinadas a resolver os casos simples e as "ponderações", calcadas em procedimentos que hierarquizam cânones e princípios (ou postulados hermenêuticos) para solver os casos complexos, reduz-se o elemento essencial da interpretação a uma relação sujeito-objeto.

Acreditar na cisão entre casos (fáceis) simples e casos difíceis (complexos) é pensar que o direito se insere em uma "suficiência ôntica", enfim, que a "completude" do mundo jurídico pode ser "resolvida" por raciocínios causais-explicativos, em uma espécie de "positivismo da causalidade". Pensar assim é esquecer que essa "metafísica da causalidade" é apenas uma etapa necessária para chegarmos aos entes. Entretanto, não é suficiente, pois, presa à causalidade (afinal, como diz Atienza, sem discordância das demais teorias da argumentação, casos simples se resolvem *dedutivamente*, isto é, são os casos que demandam respostas corretas que não são discutidas), ela não atinge os entes em seu acontecer (na sua compreensão).

Há, pois, um equívoco em pensar que exista uma espécie de "institucionalização" de casos fáceis e casos difíceis, como se fosse possível colocar um divisor entre ambos. É como se existissem casos fáceis e casos difíceis em si, já de antemão demarcados. O problema é saber em que momento "a suficiência ôntica", que possibilita a resolução dos casos fáceis, exige o algo a mais, isto é, em que momento essa "falta de sentido" permite que se esteja diante de um caso difícil.

Antes de qualquer raciocínio subsuntivo-dedutivo, ocorre a pré-compreensão, em que o horizonte de sentido (pré-juízos) limita o processo de atribuição de sentido. Ao contrário do que pensam os adeptos das teorias da argumentação, essa dimensão pré-compreensiva, forjada no mundo prático (faticidade), não é um elemento formal, traduzível por regras de argumentacão. Essa dimensão ocorre em uma totalidade de nossa realidade, a partir da conjunção de múltiplos aspectos existenciais. Não são, portanto, elementos que estejam à nossa disposição e nem de longe podem ser confundidos com "visões de mundo", "subjetividades" ou "pressupostos ideológicos".

Esses elementos existenciais, que conformam nossos pré-juízos e a consciência da história efetual, situam-nos para além das explicações causais pela

simples razão de que resultam de uma autocompreensão que não pode ser reduzida – como fazem as teorias discursivas nos casos fáceis – a relações de *causa e efeito*. O simples objetivismo, resultante de raciocínios causais-explicativos, não subsiste em face da complexidade das relações sociais (são, pois, as contingências).

Ou seja, não se nega que possam existir casos fáceis; o problema está no *fato de que é impossível uma institucionalização de casos fáceis e casos difíceis*. No plano da fenomenologia hermenêutica, mesmo em face de uma "suficiência ôntica" que se expresse em um caso simples (raciocínio causal-explicativo), já estarão dadas – em face da pré-compreensão – as condições para um "ir além", na direção de um acontecer (ontológico), isto é, mesmo que o acontecer possa ser dar de forma objetivada, sempre já existe um indicador a partir do qual essa objetivação faz sentido.

Definitivamente, o intérprete não pode escolher o sentido que melhor lhe convier. *O intérprete também não escolhe o que seja um caso fácil e um caso difícil*. O resultado da interpretação não é um resultado de escolhas majoritárias e/ou produto de convencionalismos. Não se trata, evidentemente, de verdades ontológicas no sentido clássico. Claro que não! Os sentidos não estão "nas coisas" e, tampouco, na "consciência de si do pensamento pensante". Os sentidos se dão intersubjetivamente. Conseqüentemente, na medida em que essa intersubjetividade ocorre *na* e *pela* linguagem, para além do esquema sujeito-objeto, *os sentidos arbitrários estão interditados*.

10.2. Casos fáceis e casos difíceis: do ôntico ao ontológico – uma questão de compreensão e não de dedução (ou subsunção): a resposta (correta) aos casos difíceis.

Isso faz com que se retorne, sempre, ao contraponto "regra-princípio", "lei-Constituição", "subsunção-atribuição de sentido", teoremas nos quais estão assentados os problemas decorrentes dessa "afirmação do caráter hermenêutico do direito" e daquilo que está ínsito a essa "guinada-do-papel-do-direito-no-neoconstitucionalismo": o controle dos atos de jurisdição; enfim, os atos dos intérpretes do direito (controlá-los significa uma aposta hermenêutica).

Inserido no imaginário positivista – em seus vários matizes –, o jurista não percebeu que o ponto de ligação com a filosofia (processo de compreensão ainda sustentado no esquema sujeito-objeto, que mutila a interpretação do direito) se dá exatamente no fato de que o direito, entendido como conjunto

de regras, procura(va), a partir de uma metodologia fulcrada no método, abarcar a realidade onticamente, possibilitando que, de forma causalista-objetivista, "desse conta" de suas complexidades a partir da adjudicação de teorias acerca de como devem proceder os intérpretes quando colocados em face dos assim denominados "casos difíceis".

Ora, a inserção da faticidade se dá através de um direito novado, produzido democraticamente, e colocando ênfase nos princípios (lembremos a cooriginariedade entre direito e moral), que, para além do causalismo-explicativo de caráter ôntico, vai situar as pretensões, funções e perspectivas de transformação no campo do acontecer de caráter ontológico (não-clássico). Daí a questão de fundo para a compreensão do fenômeno: antes de estarem cindidos, há um acontecer que aproxima regra e princípio em duas dimensões, a partir de uma anterioridade, isto é, a condição de possibilidade da interpretação da regra é a existência do princípio instituidor. Portanto, é um algo que antecipa o sentido que deve ser dado ao direito nesta quadra da história.

Ou seja, a regra está "subsumida" no princípio. Mas isso não significa afirmar que as regras dependem dos princípios. E nem estes dependem de outros princípios. O que se quer dizer – e isso parece que não é bem entendido – é que entre regras e princípios há uma diferença que não é lógico-estrutural. Quando afirmo que a regra está subsumida no princípio ou que o mundo prático – representado pela dura faticidade (promessas da modernidade incumpridas) que engendrou a construção democrática desse especial modelo de direito, que é o do Estado Democrático de Direito – ingressa no direito a partir dos princípios, significa que, em sendo o direito formado por textos[5] jurídicos, cada texto jurídico tem uma motivação, ou seja, o enunciado possui uma motivação (*Jede Aussage ist motiviert*), que não está simplesmente à disposição dos intérpretes do direito. E se o constitucionalismo está assentado em regras e princípios – e isso faz parte da tradição – não se pode ignorar o papel fenomênico dos princípios de cariz constitucional.

Não se pode negar a tradição representada pela "evolução" do direito. É impossível negar que o direito do modelo liberal-individualista (formal-burguês) estava assentado no modelo de regras. Moral, política, tudo fora expungido. E, para tanto, as regras tinham uma determinada função. Os princípios – que eram os "gerais do direito" – tinham a função positivista de "fechar" o sistema, que explicitavam mais fortemente a prerrogativa de os juízes agirem de forma discricionária.

5 Todos os objetos, todos os fatos, todos os casos são textos. Cf. Stein, Ernildo. *Aproximações Hermenêuticas*. Porto Alegre, Edipucrs, 2004, p. 111.

A assim denominada "era dos princípios" representa simbolicamente a ruptura com o modelo de regras. Os direitos humanos-fundamentais-sociais ingressam – enquanto mundo prático – por intermédio da principiologia (que, evidentemente, pode levar a infindáveis discussões acerca da "distinção" entre regras e princípios; só que essa é uma discussão semântica). Mas antes da distinção (que não é a mesma coisa que diferença), há algo que se antecipa, isto é, a questão que sustenta a revolução copernicana proporcionada pelo ontologische *Wendung*, condição de possibilidade para a superação de qualquer dualismo decorrente do esquema sujeito-objeto. Se não há entes desnudos, ou seja, o ente só é (algo enquanto algo) no seu ser (essa é a diferença ontológica), não é possível falar em regras que não digam respeito a algo (não há conceitos em abstrato). Conseqüentemente, estas regras somente podem ser compreendidas à luz da diferença entre texto jurídico e o sentido que este texto adquire a partir de sua aplicação (aqui ingressa a faticidade, o modo prático de ser no mundo). Nesse sentido, é relevante ressaltar que a diferença ontológica entre regra e princípio, que supera, portanto, as dimensões decorrentes de distinções semânticas, não implica a "transformação de uma regra em um princípio ou vice-versa", porque, neste caso, ocorre a entificação da regra ou do princípio. Com isso, perde-se a dimensão hermenêutica (por exemplo, é como transformar um princípio em um "sentido acumulado" de uma súmula). Aqui, reside também a questão relacionada à subsunção/dedução: a entificação de uma regra ou de um princípio reduz a discussão da interpretação ao nivel apofântico.

A analítica e as atividades procedurais – assim como a distinção (cisão) entre discursos de aplicação e discursos de justificação – chegam tarde nessa operação compreensivo-aplicativa. Em síntese, a diferença entre regra e princípio significa apenas que, nos "casos fáceis" (utilizando, aqui, argumentativamente, a distinção que a teoria da argumentação faz), a regra apenas encobre o princípio, porque consegue se dar no nível da pura objetivação. Havendo, entretanto, "insuficiência" (sic) da objetivação (relação causal-explicativa) proporcionada pela interpretação da regra, surge a "necessidade" do uso dos princípios. Na hermenêutica, não surge essa "necessidade" do uso dos princípios como "capas de sentido", justamente em face da diferença, e não da distinção.

Numa palavra – e permito-me insistir –, é importante notar que essa distinção entre regra e princípio deve ser vista à luz do paradigma hermenêutico, sob pena de não ser compreendida e provocar confusões. Estará equivocado aquele que achar que se trata da distinção obtida pelo "critério forte", que vê nos princípios uma estrutura lógica diferenciada daquela percebida nas regras (dado A deve ser B). Essa "diferença", a rigor, somente será percebida

no plano apofântico, quando criamos um mínimo de entificação necessário para transmitir mensagens. Neste plano – e apenas neste –, podemos dizer que o princípio (independente da sua forma textual), diferentemente das regras, traz consigo a carga de uma filosofia prática. Os princípios, portanto, representam a tentativa de resgate de um mundo prático abandonado pelo positivismo. As regras, por outro lado, representam uma técnica para a concretização desses direitos, ou seja, meios (condutas) para garantir um "estado de coisas" desejado. É por isso, portanto, que a compreensão da regra exige esse "princípio instituidor", sob pena de uma interpretação "alienada". Mas, convém notar, que essa distinção somente poderá ser feita no plano apofântico, não cabendo como uma analítica constituidora de sentido. No plano hermenêutico, o *Dasein* chega antes de qualquer distinção reflexiva (ou analítico constitutiva) entre regras e princípios. Por isso, o círculo hermenêutico é condição de possibilidade, e não um ornamento para justificar posturas interpretativas.

Distinguir regra e princípio não pode significar que as regras sejam uma espécie de renegação do passado – e de seus fracassos – e nem que os princípios traduzam o ideal da "boa norma". Regra e princípio são textos, d'onde – de modos distintos – se extraem normas. Regras (se se quiser, preceitos) produzidas democraticamente podem/devem, igualmente, traduzir a institucionalização da moral no direito. A distinção regra-princípio não pode significar, assim, maior ou menor grau de subjetividade. Isso é equivocado e proporciona mal-entendidos. Se assim o fosse, os princípios não representariam uma ruptura com o mundo de regras. Mas regras não são "boas" nem "más"; carregam, inegavelmente, um capital simbólico que denuncia um modelo de direito que fracassou: o modelo formal-burguês, com suas derivações que cresceram à sobra do positivismo jurídico. E isso não pode ser olvidado.

É neste contexto que deve ser compreendida a diferença entre regra e princípio, e não no contexto que o princípio seja a norma da regra (sic) ou que a regra seja um "ente disperso no mundo jurídico, ainda sem sentido". A diferença é que sempre há uma ligação hermenêutica entre regra e princípio. *Não fosse assim, não se poderia afirmar que atrás de cada regra há um princípio instituidor.* Esse princípio, que denominamos instituidor, na verdade, constitui o sentido da regra na situação hermenêutica gestada no Estado Democrático de Direito. Essa é a especificidade; não é um princípio geral do direito, um princípio bíblico, um princípio (meramente) político. No fundo, quando se diz que entre regra e princípio há (apenas) uma diferença (ontológica, no sentido da fenomenologia hermenêutica), é porque regra e princípio se dão, isto é, acontecem (na sua norma) no interior do círculo hermenêutico. O sentido depende do outro, a partir desse engendramento significativo.

Em síntese: há uma essencial diferença – e não separação (se se quiser, distinção lógica) – entre regra e princípio, com o que é necessário chamar a atenção para uma espécie de senso comum que se forma em determinadas matérias. É o caso das (inadequadas) "classificações" entre "distinção fraca" e "distinção forte", que existiriam entre regra e princípio. Com efeito, pela distinção "fraca", os princípios seriam normas com elevado nível de abstração e generalidade, dando azo a uma forte subjetividade do aplicador (veja-se como essa tese é conveniente para a transformação dos princípios e das cláusulas gerais do Código Civil em álibis para discricionariedades). Já as regras não teriam esse grau de abstração, demandando um grau menor de subjetividade (essa tese é conveniente para firmar a prevalência, em determinadas situações, da regra sobre o princípio, além de servir de suporte para a institucionalização das súmulas com caráter vinculante).

Com relação à distinção "forte", os princípios seriam aplicados por ponderação, ao contrário das regras, que seriam aplicadas por dedução/subsunção. Isso seria assim porque os princípios são passíveis de confronto com outros; já as regras, não. Nesse caso, há uma tendência em sempre colocar Dworkin como institucionalizador da máxima "a regra se decide no tudo ou nada". No entanto, o que não se diz é que Dworkin, além de estar inserido no sistema da *common law* e tratar da resposta correta (e essa questão não pode ser ignorada, pela sua relevância no contexto da discussão da superação do positivismo), é, fundamentalmente, ferrenho inimigo de discricionariedades, caindo por terra, conseqüentemente, a outra face da distinção, isto é, a aludida "abertura dos princípios". Mais ainda, Dworkin *não faz a cisão* entre interpretar e aplicar; tampouco admite dedutivismos; conseqüentemente, não se pode colocá-lo na mesma seara, por exemplo, dos adeptos das teorias da argumentação, que aproveitam essa cisão de outro modo; mais ainda, o texto de Dworkin – *The model of rules* – é de 1967 e deve ser lido no contexto da crítica que faz ao modelo de regras de Hart.

Desse modo, antes de sustentar uma distinção "lógica" entre regras e princípios (em que regra se definiria no "tudo ou nada") com base em Dworkin, é necessário ter presente que a tese dworkiniana deve ser lida nessa superação da discricionariedade positivista justamente através dos princípios. Por isso, a diferença entre regras e princípio. Regras devem ser lidas a partir de Dworkin como um contraponto ao dedutivismo, subsunção e, principalmente, a qualquer pressuposto da filosofia da consciência (esquema sujeito-objeto).

Esse "contraponto" "regra-princípio" deve ser compreendido a partir da hermenêutica filosófica (embora Dworkin tenha feito referência à obra de Gadamer apenas duas vezes). Mas as aproximações são múltiplas. Também a

tese da "comunidade de princípios" (é nisso que o direito é visto como para "um além da regra") deve ser levada em conta na assim denominada "contraposição" entre regra e princípio.

Penso que o estabelecimento das duas distinções (fraca e forte), que, na verdade, são cisões/dualismos metafísicos, dá-se *a latere* da distinção dworkiniana (e da que pode ser feita a partir da hermenêutica aqui trabalhada). Talvez por isso, até mesmo as posturas que pretendem elaborar uma crítica a essa distinção "tradicional" terminam por não superar a dualização, ou seja, embora procurem ultrapassar esse confronto ou dilema "distinção forte-fraca", acabam por autonomizar a regra e o próprio princípio. Ora, todo enunciado tem uma motivação.

Desse modo, mesmo que se procure dizer, por exemplo, que as regras prevêm comportamentos finalísticos e terminativos e que os princípios não possuem essa "independência" semântico-significativa, ainda assim estar-se-á "dividindo" (inadequadamente) o direito em dois mundos distintos: o das regras, que subsistiriam isoladamente, e o dos princípios, que teriam uma função complementar, representada por uma espécie de "reserva de sentido", chamado à colação apenas quando a regra não "resolver" a querela. No fundo, por essa análise, ocorre um retorno à semiótica: quando a sintaxe e a semântica são insuficientes, apela-se à pragmática, na qual estariam alojados os valores.

Na teoria da argumentação ocorre essa cisão (cesura) entre regra e princípio, *circunstância que provoca uma ligação umbilical do problema dos princípios, como a também cisão entre casos fáceis e casos difíceis.* Isso pode ser facilmente detectado em Alexy, para quem todos ordenamentos jurídicos possuem um âmbito de abertura, lugar em que se enquadram os casos difíceis, duvidosos, denominados de *hard cases*, para os quais não haverá "regra aplicável". Nesse caso, o juiz se valerá dos princípios (princípios, aqui, tem a forte conotação moral, porque "corretivos").

O equívoco de Alexy está exatamente na separação entre regra e princípio, porque uma regra não subsiste isoladamente; se assim fosse, o princípio não cumpriria a função de introduzir o mundo prático no direito. Ou seja, se assim fosse, a regra cumpriria apenas o papel de "explicação causalista", que, na "insuficiência ôntica" da regra, só então demandaria o uso dos princípios.

Podemos até fazer a distinção pela via da relação sujeito-objeto, pela teoria do conhecimento. Entretanto, essa distinção será apenas de grau, de intensidade; não será, entretanto, uma distinção de base entre regra e princípio. No fundo, o equívoco da(s) teoria(s) da argumentação está em trabalhar com os princípios apenas com uma diferença de grau (regrando os princípios), utilizando-os como se fossem regras de segundo nível (equívoco que se repete ao

se pensar que, além dos princípios, existem metaprincípios, metacritérios ou postulados hermenêuticos). Enfim, como se fosse possível transformar a regra em um princípio (e vice-versa).[6] Mas ela jamais será um princípio, porque no princípio está em jogo algo mais que a explicação causalista.

Para essa compreensão, torna-se necessário superar os dualismos próprios da metafísica. Trata-se, assim, não de fundamentar – metódica ou epistemologicamente –, mas de compreender (fenomenologicamente). E compreender é aplicar, o que significa dizer que estamos diante de um problema hermenêutico, no sentido de uma teoria da experiência real, que é o pensar. O compreender não é um dos modos do comportamento do sujeito, mas, sim, o modo de ser da própria existência, como ensina Gadamer.

6 Esse entendimento é corrente no campo jurídico brasileiro. Por todos, registre-se a posição de Jane Reis Gonçalves Pereira, ao sustentar que entre regra e princípio há uma diferença lógica, uma vez que um mesmo dispositivo pode originar uma regra ou um princípio – ou ambos – embora isso não ocorra sempre. Essa diferenciação lógica que a autora faz está sustentada em dois aspectos: 1) os princípios podem ser qualificados como normas de aplicação gradual e 2) o entendimento de que a ponderação é o método adequado para solucionar conflitos entre estes (*Interpretação constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 501). A tese, ao propugnar uma diferença lógica entre regra e princípio, assume claramente uma perspectiva dual, de cisão metafísica e por isso ainda presa à filosofia da consciência, foco de todo o debate contemporâneo (veja-se, para tanto, a importância do *linguistic turn* e do *ontological turn*). Essa diferença "lógica" é, pois, pré-lingüística. Isso vem confirmado pela defesa que a autora faz da utilização do *método ponderativo*, afastando-se, dessa forma, do paradigma intersubjetivo, e isso por três razões: *primeira*, porque, ao assumir a ponderação, está cindindo estruturalmente casos simples e casos difíceis, aderindo à tese que é comum às teorias argumentativas: nos casos simples, usa-se a subsunção; nos casos difíceis, a ponderação; *segunda*, porque, ao sustentar a ponderação, aceita que o ato interpretativo possui um grau de discricionariedade (em suas palavras, "acomodando certa dose de subjetivismo", e, embora afirme que isso não implica legitimar o arbítrio ou o subjetivismo, concorda com uma das teses que caracterizam o direito no interior do paradigma da filosofia da consciência, isto é, a de que "as insuficiências do sistema normativo autorizam o juiz, por vezes, buscar a solução jurídica além do texto" – pp. 506 e 74); *terceira*, porque alça a ponderação à "técnica indispensável quando se trata de solucionar conflitos entre princípios, sendo, dentre as diversas alternativas que se apresentam, o método que confere maior transparência e controlabilidade à hermenêutica constitucional" (p. 113).
Penso que essa opção metodológica feita pela autora – embora sofisticada e profundamente assentada nas teorias argumentativas – é incompatível com uma certa perspectiva hermenêutica que pretende dar à obra, quando, por exemplo, advoga a questão da pré-compreensão (p. 47) e traz para dentro da discussão o círculo hermenêutico (p. 48). Aqui é preciso entender que o círculo hermenêutico, um dos dois teoremas fundamentais da ontologia fundamental juntamente com a diferença ontológica, afasta qualquer possibilidade teóretica que guarde relação com o esquema sujeito-objeto (por exemplo, o método ponderativo não se coaduna com a perspectiva antimetodológica de Gadamer). Mais ainda, na medida em que Gadamer rejeita qualquer possibilidade de subsunção – exatamente pela introdução do círculo hermenêutico –, não é possível sustentar que casos simples se resolvam desse modo.

É preciso compreender, assim, que as explicações decorrentes de nosso modo prático de ser-no-mundo (o desde já sempre compreendido, sobre o qual eu não me questiono) são resolvidas no plano ôntico, o que, na linguagem da filosofia da consciência, denomina-se "raciocínio causal-explicativo" (é o que as teorias discursivo-argumentativos denominam de "casos simples", solvidos "dedutivamente").

Mas atenção: esse modo ôntico (causal-explicativo) permanecerá e será aceito como tal se a sua objetivação – que é o modo máximo de agir do ser humano, na feliz expressão de Stein – não causar estranheza no plano daquilo que se pode entender como tradição legítima. Isso ocorrerá desse modo se não existir um "choque hermenêutico", se o intérprete não estranhar o que lhe era mais familiar.[7] Nesse caso, devidamente conformados os horizontes de sentido, a interpretação "desaparece" (no dizer de Gadamer, *das gilt der Sache nach auch dort, wo sich das Verständnis unmittelbar einstellt und gar keine ausdrückliche Auslegung vorgenommen wird*). Em síntese, é quando ninguém se pergunta sobre o sentido atribuído a algo (que, evidentemente, pode ser falso ou verdadeiro).

Para exemplificar, chamo a atenção para o caso de uma regra jurídica como a do art. 509 do Código Penal da Espanha, punindo todo aquele que *tuviera en su poder ganzúas y otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo y no diere descargo suficiente sobre su adquisición o conservación*. Ninguém discutirá que estará sujeito à penalidade aquele que for detido no pátio de uma casa, em circunstâncias que apontem para o fato de que estava colocando em risco bens jurídicos patrimoniais de terceiros (aqui não se está questionando a liberdade de conformação do legislador, isto é, não se coloca em xeque a escolha dos fins e meios para a punição da conduta e também não se questiona, no plano geral, as políticas de combate aos crimes contra o patrimônio). Também não se discutirá a hipótese do enquadramento no tipo penal daquele que for detido já em plena utilização dos referidos instrumentos, uma vez que os pré-juízos legítimos, que conformam o modo-de-ser no mundo dos juristas, apontam para o sentido – que é trazido pela tradição na qual estamos desde sempre inseridos – do que seja "instrumento próprio para o cometimento de furto", "o significado de proteção à propriedade privada", "crime", "norma jurídica", "teleologia da regra",

7 Ver, para tanto, Almeida, Custódio L. S. Hermenêutica e dialética: Hegel na perspectiva de Gadamer. In: *Hermenêutica Filosófica nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000, p. 65.

"função do direito penal", etc. Está-se diante, assim, da resposta correta para cada uma das hipóteses. Não haverá, portanto, qualquer dificuldade para procurar a resposta, porque, antes disso, já foi encontrada pelo intérprete. Antes de procurar, ele já a achou.

Mas essa fusão de horizontes pode se mostrar mal sucedida, na hipótese de ocorrer a demanda pela superação das insuficiências do que onticamente objetivamos (esta demanda só ocorre para quem tem condições de identificar os falsos pré-juízos como tais). Sendo mais claro, aqui me refiro às ocorrências do mundo prático que superem a situação ou situações consideradas *standard*, o que implica perguntar: estaria correto dizer que qualquer indivíduo que seja detido transportando instrumentos aptos para cometer furtos e não dê conta dessa posse estaria "subsumido" no aludido tipo penal? Antes de tudo, é possível afirmar que, no âmbito das respostas proferidas a partir de raciocínios causais-explicativos, a simples posse dos instrumentos e o "não dar conta" da aquisição ou "transporte" dos mesmos, já seria suficiente para o enquadramento. É o que se chamaria de "caso simples".

Entretanto – e aqui aparece o problema da distinção entre casos simples e casos complexos –, uma pré-compreensão forjada no paradigma de um direito penal garantista demandará uma resposta que vá além do que "onticamente objetivamos". Mas isso somente ocorre quando a coisa interpela o intérprete, convoca-o a compreendê-la, em face do estranhamento que lhe provoca, o que não acontecerá nos casos em que sequer nos perguntamos acerca das razões pelas quais a resposta é aquela. Trata-se da hipótese de horizontes distintos, que provocará o "choque hermenêutico", que ocorre quando algo estranho ao seu horizonte se lhe apresenta, circunstância que faz com que o intérprete ponha em questão seus pré-juízos (obviamente, se ele tiver condições pré-compreensivas para tal). Como já referido, esse "choque hermenêutico" faz o intérprete estranhar o que lhe era familiar e, ao mesmo tempo, interpela-o para que torne familiar o que lhe surge como estranho (como demonstrarei mais adiante, é quando um *"hard case"* se transforma em um *"easy case"*, o que comprova a inadequação hermenêutica de tal distinção).

Pois é nesse exato sentido que deve ser examinado o exemplo anterior, acrescido, agora, desse elemento provocador do estranhamento, isto é, no caso de alguém ser detido na posse de *ganzúas y otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo y no diere descargo suficiente sobre su adquisición o conservación*, em plena via pública, em decorrência de uma blitz feita pela polícia. Parece que, aqui, emerge claramente a "insuficiência da regra", isto é, no caso em tela, está-se diante de uma fusão de horizontes que não encontra guarida na mera objetivação. Está-se, assim, diante de

uma demanda significativa que só pode ser atendida a partir da compreensão da dupla estrutura da linguagem.

Estando o intérprete inserido em uma tradição autêntica (legítima) do direito, em que os juristas reintroduzem no mundo jurídico o mundo prático seqüestrado pela regra (para utilizar apenas estes componentes que poderiam fazer parte da situação hermenêutica do intérprete), a resposta correta advirá dessa nova fusão de horizontes, envolvendo a principiologia constitucional.

O caso concreto demanda uma série de análises, que ultrapassam o raciocínio causal-explicativo, buscando no *ethos* principiológico a fusão de horizontes demandada pelo estranhamento que provoca essa nova situação. Antes de qualquer outra análise, deve-se sempre perquirir a compatibilidade constitucional do dispositivo legal com a Constituição (entendida, à evidência, no seu todo principiológico) e a existência de eventual antinomia. Deve-se sempre perguntar se, à luz da Constituição, a regra jurídica é aplicável à hipótese (ao caso). Mais ainda, há que indagar: em que sentido aponta a pré-compreensão, condição para a compreensão do fenômeno? *In casu*, é lícito que o Estado lance mão da responsabilidade objetiva no direito penal? O direito penal é compatível com a punição de condutas em que não esteja comprovado o risco de um bem jurídico concreto? No Estado Democrático de Direito, o papel da teoria do bem jurídico não aponta para novas direções?

A resposta (correta) foi dada pelo Tribunal Constitucional espanhol, através da sentença nº 105/88, dando como contrária à Constituição, ao *art. 24.2. da Constituição (garantia da presunção da inocência)*, qualquer interpretação do referido tipo penal que viesse a castigar tão-somente a posse de instrumentos idôneos: "*en cuanto se interprete que la posesión de instrumentos idôneos para ejecutar el delito de robo presume que la finalidad y el destino que les da su poseedor es la ejecución de tal delito*". Tratou-se, pois, de uma declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto *(Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung)*, embora a ela o Tribunal não tenha feito menção explícita.

Entendeu acertadamente o Tribunal espanhol que, *sem a prova da possibilidade de efetivo dano, não se pode punir*. A presunção de que alguém vai cometer um furto, pelo fato de estar portando instrumentos próprios para tal, *não é razão suficiente para o enquadramento no tipo penal*. Meras condutas não podem ser punidas; tampouco se pode punir alguém com base em presunções. Trata-se, assim, de um argumento de princípio, que pode ser utilizado em circunstâncias posteriores.

Eis aqui, pois, a diferença entre uma análise linear, rasa, como se a linguagem não tivesse uma dupla estrutura, *e uma análise elaborada a partir*

dessa "demanda significativa" decorrente de um choque hermenêutico entre o standard ôntico-causal e a complexidade compreensivo-ontológica. Não se interpreta somente textos, porque no aparecer positivado já se esconde o elemento estruturante da compreensão, o que somente nos é proporcionado pelos nossos pré-juízos verdadeiros.

O senso comum teórico faz com que objetivemos[8] os temas que debatemos, porque não nos damos conta dessa dupla estrutura da linguagem, de que, aquilo que não se mostra (que fica escondido sob a regra positivista), está apenas encoberto. É nesse espaço "significativo" que se encaixam os assim denominados "casos simples", que são resolvidos a partir de um horizonte de sentido não questionado (que os adeptos das teorias argumentativas denominam de raciocínio dedutivo), em que os participantes se movem no plano do senso comum teórico dos juristas. Nesse universo pré-dado (e predado), nessa realidade pré-estruturada simbolicamente, é que se movem os indivíduos a partir dos pré-juízos inautênticos, forjados a-paradigmatizamente, ficando impedidos de compreender aquilo que vai além – as demandas significativas do que se denomina de "casos difíceis" – desse horizonte não-problematizado.

Essa dobra da linguagem, em que há o *como* apofântico e o *como* hermenêutico, aponta para a impossibilidade (hermenêutica) de cindir casos fáceis e casos difíceis, *uma vez que a resolução dos casos fáceis encontra-se no nível do universo não questionado*. O que as teorias discursivas não "dominam", ou seja, o que não pode ser controlado por um discurso de adjudicação, é o que vai além, isto é, são os limites do sentido que vão determinar a compreensão das demandas de casos não *standard*.

A circunstância de estar refém de um universo significativo limitado por um determinado nível de pré-juízos é que determina a permanência do intérprete no plano das explicações causais, "satisfazendo-se" com ela (e por essa razão as demandas significativas não provocarão o choque hermenêutico, enfim, o devido estranhamento). O senso comum proporciona o "pacote significante" (E. Verón) através do qual o jurista se socializa e interpreta o direito.

A partir disso, é possível estabelecer determinados padrões interpretativos (generalizações hermenêuticas minimamente necessárias), tendo-se presente essa dupla estrutura da linguagem. Veja-se, nesse sentido, o art. 16 da Lei

8 Trata-se daquilo que José Carlos Moreira da Silva (*Hermenêutica Filosófica e Direito – o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 265), de forma percuciente, denominou de "pré-compreensão profissional de juristas" que evita o acontecer da manifestação mais própria do direito.

nº 10.826/03, que especifica que os atos de "portar", "transportar" ou "guardar" (para referir apenas alguns verbos do extenso tipo penal) arma sem registro e sem licença constituem crime punível com pena de dois a quatro anos de prisão. A rasa aplicação do dispositivo (raciocínio causal-explicativo) acarreta problemas de índole constitucional. Aqui, a reconstrução do direito e a integridade entendida como uma comunidade de princípios (Dworkin)[9] apontam para uma análise acerca das garantias penais do cidadão, isto é, o exame de como o direito penal trata dos demais tipos. Não esqueçamos que, para Dworkin,[10] a integridade está umbilicalmente ligada à democracia, exigindo que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito. Trata-se de uma garantia contra arbitrariedades interpretativas. A integridade limita a ação dos juízes; mais do que isso, coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é uma forma de virtude política.

No caso sob comento, exsurgem, pois, várias indagações, como: a garantia (se se quiser, princípio) da presunção da inocência permite que outras condutas delituosas (outros crimes) sejam punidas sem a necessidade de comprovação de efetiva violação de bem jurídico? É lícito que o Estado puna alguém que esteja portando uma arma sem munição ou que tenha uma arma guardada em sua casa, sem que esteja demonstrada a violação de um bem jurídico específico? O que fazer na hipótese de um campesino preso portando uma velha espingarda (de caça ou não), no caminho entre sua casa e a lavoura?

9 Para Dworkin *(O Império do Direito, op. cit.)*, há "três modelos gerais de associação política". O modelo acidental "pressupõe que os membros de uma comunidade tratam sua associação apenas como um acidente de fato da história e da geografia, entre outras coisas, e, portanto, como uma comunidade associativa que nada tem de verdadeira (...) Chamo de modelo 'das regras' ao segundo modelo de comunidade. Pressupõe que os membros de uma comunidade política aceitam o compromisso geral de obedecer a regras estabelecidas de um certo modo que é específico dessa comunidade" (*op. cit.*, p. 253). Para Dworkin, esses dois modelos (o acidental e o de regras) são incompatíveis com a integridade. "O terceiro modelo de comunidade é o modelo do princípio. Concorda com o modelo de regras que a comunidade política exige uma compreensão compartilhada, mas assume um ponto de vista mais generoso e abrangente da natureza de tal compreensão" (*op. cit.*, p. 254). Neste tipo de comunidade, as pessoas "aceitam que são governadas por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político. Para tais pessoas, a política tem uma natureza diferente. É uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, que concepção deve ter de justiça, eqüidade e devido processo legal e não a imagem diferente, apropriada a outros modelos, na qual cada pessoa tenta fazer valer duas convicções no mais vasto território de poder ou de regras possível" (*op. cit.*, p. 254). "Uma comunidade de princípios aceita a integridade. Condena as leis conciliatórias e as violações menos clamorosas desse ideal como uma violação da natureza associativa de sua profunda organização" (*op. cit.*, p. 258).

10 Cf. Dworkin, Ronald. *O Império do Direito, op. cit.*; e também Chueiri, *op. cit.*, pp. 260 e segs.

Tudo está a indicar que também aqui é aplicável a filtragem hermenêutico-constitucional da qual se tratou no exemplo do dispositivo do Código Penal espanhol. Trata-se de aplicar, *mutatis mutandis*, aquilo que no direito português se denomina de *decisão redutiva*. Ou, melhor ainda, na acepção de Jean-Claude Béguin, trata-se de "anulação parcial qualitativa" (quando a norma, no seu conjunto, não deve ser aplicada a certa situação, por tal aplicação ser inconstitucional).[11] Nesse sentido, há um interessante precedente jurisprudencial da então Comissão Constitucional (que antecedeu o Tribunal Constitucional português): face a uma norma que regulava as atenuações extraordinárias previstas no art. 298, prevendo certas atenuações obrigatórias, verificadas determinadas circunstâncias, *entendeu-se declarar a norma parcialmente inconstitucional na parte em que consagrava as referidas atenuações extraordinárias obrigatórias* (ou legislativas, como são designadas no texto do acórdão), considerando-se que seriam, porém, admitidas como meramente facultativas para os juízes.[12]

Na jurisdição brasileira, vale registrar a decisão da 5ª Câmara Criminal do TJRS, que, acatando parecer que exarei, absolveu cidadão que fora condenado a dois anos de reclusão mais multa, por estar portando revólver, sem porte e sem registro (e sem munição).[13] O Tribunal aplicou a técnica da inconstitu-

11 Ver, na mesma linha, o processo nº 70009228594, 5ª Câmara Criminal, TJRS, em que lancei parecer assim ementado: "Porte (ilegal) de arma. – Caso de vigilante que transportava arma de fogo em seu automóvel, com o objetivo de verificar a ocorrência de possível ilícito em área de sua responsabilidade. Ausência de porte e registro da arma. *Ausência de danosidade social na conduta.* Atividade lícita, em que pese o caráter informal. Aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*)".

12 Ver, para tanto, Canas, Vitalino. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional.* Os efeitos em particular. Lisboa: Cognitio, 1984, p. 42.

13 Apreciando um caso similar, o Supremo Tribunal Federal, embora sob outro fundamento – e sem alcançar unanimidade –, considerou impunível a conduta de portar arma desmuniciada, desde que a munição não esteja disponível (RHC 81057-SP). O Tribunal tem a mesma posição para os casos de arma sem potencial de funcionamento ou arma de brinquedo. A tese vem sustentada nos princípios da necessidade da incriminação e da lesividade do fato criminoso (Luigi Ferrajoli). A posição contrária sustenta que o crime de porte ilegal de arma é um crime de mera conduta, não havendo óbice em o legislador estipular crimes de perigo abstrato. Também existem decisões do STJ, valendo especialmente citar o REsp. 32322, DJ 2.8.93: "A infração penal não é só conduta. Impõe-se, ainda, resultado no sentido normativo do termo, ou seja, dano ou perigo ao bem juridicamente tutelado. A doutrina vem reiterada e insistentemente renegando os delitos de perigo abstrato. Com efeito, não faz sentido punir pela simples ação, se ela não trouxer, pelo menos, probabilidade (não possibilidade) de risco ao objeto jurídico". De todo modo, *entendo que a matéria merece uma análise constitucional, no sentido do uso integrativo e coerente do direito, na própria acepção da palavra "princípio", para possibilitar o alcance aos casos similares.* No caso, a adoção da tese da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto alcançaria esse desiderato, porque estaria conferindo uma interpretação estritamente constitucional à matéria, na esteira do que decidiu o Tribunal de Justiça do RS.

cionalidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*), em face da violação da garantia da presunção da inocência e da ausência de comprovação acerca da lesividade da conduta.[14]

Vê-se, pois, que qualquer resposta correta é necessariamente uma resposta adequada à Constituição. Uma norma – que é sempre o produto da interpretação de um texto (que, por sua vez, é sempre evento) – somente é válida se estiver de acordo com a Constituição. Portanto, o intérprete deve, antes de tudo, compatibilizar a norma com a Constituição, conferindo-lhe a totalidade eficacial. Para tanto, tem a sua disposição – desde que inserido na tradição autêntica proporcionada pelo paradigma do Estado Democrático de Direito e tudo o que ele representa – um universo de possibilidades para compatibilizar a norma com a Constituição, a partir das diversas sentenças interpretativas, que vão desde a interpretação conforme até a nulidade parcial sem redução de texto, passando pelo apelo ao legislador; enfim, os diversos recursos hermenêuticos que essa mesma tradição nos legou.

Por isso, todo ato interpretativo (portanto, aplicativo) é ato de jurisdição constitucional. Mesmo quando o problema parece estar resolvido mediante a aplicação da regra, deve o intérprete – e se trata de um dever constitucional que tem a sua dimensão ditada pelo nível de seus pré-juízos legítimos (ou ilegítimos) – *verificar se o princípio que subjaz à regra* não aponta em outra direção (quando não se está diante de simples análise paramétrica, em que a regra afronta princípios ou preceitos constitucionais).

Tais questões estão presentes na cotidianidade das práticas jurídicas, embora – admito – de difícil percepção. Afinal, repita-se, por trás de cada regra há um princípio constitucional. Se uma regra proíbe o trânsito (condução) de cães no parque (exemplo similar ao utilizado por Recaséns Siches, já comentado retro e similar ao caso da proibição de veículos no parque, apresentado por Hart), parece não haver dúvida de que está vedado levar um cão da raça pittbull, o que se afigura – facilmente – como a resposta correta para o caso.[15] Mas, se a regra proíbe cães, quais os animais que podem transitar no parque? E se a regra proíbe cães, seria possível levar um filhote de pequinês?

Parece claro, nestes casos, que a regra proibitiva se afigura insuficiente para resolver o problema de condutas não *standard* (sempre lembrando que essa insuficiência da regra deve ser entendida como se essa – a regra – fosse

14 Apelação nº 70007387608, Rel. Des. Aramis Nassif, 5ª Câmara Criminal, TJRS.

15 Como texto é evento e interpretar não é fazer filologia, está implícito que as respostas se referem a circunstâncias *standards*, isto é, cada resposta poderia variar em casos limites, como, por exemplo, a hipótese de estado de necessidade ou, no caso da proibição de cães, o uso do animal por um policial na perseguição de um assaltante.

uma "regra em si" e sem que existisse um princípio enunciador da mesma; evidentemente que, no plano da hermenêutica, isso não ocorre, porque qualquer *regra estará "subsumida" em um princípio*, sendo tarefa do intérprete compreender esse fenômeno a partir da diferença ontológica).

Com efeito, estando o intérprete inserido em uma tradição legítima (autêntica) do direito, em que os juristas reintroduzem no mundo jurídico o mundo prático seqüestrado pela regra (para utilizar apenas estes componentes que poderiam fazer parte da situação hermenêutica do intérprete), a resposta correta advirá dessa nova fusão de horizontes, envolvendo a principiologia constitucional. Será inconstitucional que se proíba cães e, por tal razão, venha a se dar salvo conduto para outros animais que possam causar perigo aos usuários do parque, assim como que se proíba o trânsito de animais que não tenham qualquer possibilidade de causar danos aos freqüentadores do parque, fim último da regra estatuída. Esta é a resposta correta.

Esse *sentido correto* de que falo se dá na coisa mesma (*Sache Selbst*), não a partir de uma "operação" epistemo-procedural, mas, sim, hermeneuticamente. Esse sentido 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.

Por isso, sentido verdadeiro (correto) não é sentido esgotado, já que o processo de compreensão não tem um ponto final, mas está no constante movimento da abertura histórica".[16] No exemplo da regra que criminaliza a posse de gazuas e outros instrumentos para cometer furtos, a reconstrução e a integridade do direito a partir de uma comunidade de princípios exsurgirá da tradição legítima exsurgente do Estado Democrático de Direito, que aponta para a prevalência dos princípios constitucionais, que redefinirão o sentido do texto aplicável, possibilitando, inclusive, uma interpretação que *impeça* a aplicação da regra sem o exame da potencial violação de bens jurídicos, além de garantir a validade do princípio para situações futuras, impedindo a violação de direitos fundamentais (lembremos o princípio da integridade e coerência do direito, o que significa dizer que, em casos semelhantes, deve-se proporcionar a garantia da isonômica aplicação principiológica).

Portanto, mais do que proporcionar a resposta correta para aquele caso concreto, a jurisdição constitucional permite que, mediante uma sentença redutiva ("a lei *x* é inconstitucional se aplicada à hipótese *y*"), desde que dota-

16 Cf. Custódio, *op. cit.*, p. 65.

da de efeito *erga omnes*, possa-se proteger os demais cidadãos contra a aplicação abusiva do direito penal (violação do princípio da presunção da inocência e o uso do direito penal sob o manto da responsabilidade objetiva, o que é incompatível com o Estado Democrático de Direito).

Já no exemplo da regra que proíbe cães no parque, é possível, examinando o caso concreto, apontar para a impossibilidade do trânsito de animais que a tradição (no sentido hermenêutico da palavra) nos indica como sendo "animais perigosos" e para a possibilidade de se levar pequenos animais (inofensivos no sentido do que se entende por animais inofensivos na tradição).

Tais respostas, a toda evidência, não advirão da subjetividade do intérprete alheio à coisa mesma, alheia ao caso sob exame, nas suas especificidades, de modo que o juiz, *v. g.*, não poderá permitir animais perigosos e, tampouco, proibir um cão *yorkshire*, sob a justificativa (discricionária) de que ele – juiz – tem convicção acerca do assunto, ou, o que é pior, a partir de sua subjetividade, tomar uma decisão a partir de seus traumas de infância, quando, por exemplo, fora mordido por um *yorkshire*. Por tais razões é que a interpretação se faz *ex parte principio* (constitucional), e não *ex parte principe* (aqui entendido como o sujeito solipsista).

Isso exsurge da compreensão e do sentido que se tem do papel dos princípios na interpretação do direito. Os princípios funcionarão como uma blindagem contra arbitrariedades, apontando o *modus* operativo que deve ser seguido pelo intérprete, buscando, assim, a coerência e a integridade do direito (antítese das posturas axiologistas-decisionistas). Esse *modus* compreensivo-interpretativo decorre da integridade e da coerência interpretativas, em que, como no círculo hermenêutico, o direito como integridade é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração (Dworkin).

A interpretação parte de outras interpretações. Da parte para o todo e do todo para a parte, colocando em xeque os pré-juízos não verdadeiros. Compreendendo os pré-juízos como pré-juízos, a interpretação sofre uma contínua transformação, a partir do próprio material que a conformou desde o início (por isso as decisões não podem ser "fundamentadas" mediante a simples citação de ementários, enunciados ou súmulas).

Esse "processo" implica a máxima força dos princípios, em que, por vezes, a coerência soçobra diante da integridade, até porque a integridade – que também é um princípio no sentido hermenêutico da palavra – exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e eqüidade na correta proporção, diante do que, por vezes, a coerência com as decisões anteriores será sacrificada em nome de tais princípios[17] (circunstância que assume especial relevância nos sistemas jurídicos como o do Brasil, em que os princípios constitucionais transformam em obrigação jurídica um ideal moral da sociedade). Veja-se o exemplo trazido por Dworkin: durante algum tempo, os juízes ingleses declararam que, embora os membros de outras profissões fossem responsáveis por danos causados por sua negligência, havia sido consagrada pelos tribunais a imunidade dos advogados. Entendida em sentido estrito, a coerência teria exigido a continuidade dessa exceção, mas a integridade condena o tratamento especial dispensado aos advogados, a menos que este possa ser justificado em princípio – o que parece improvável, diz o jusfilósofo.

Entenda-se, aqui, *a importância das decisões em sede de jurisdição constitucional, pelo seu papel de proporcionar a aplicação em casos similares* (por exemplo, o primado da presunção da inocência como inibidor da utilização da responsabilidade objetiva no direito penal, não só naquele caso concreto, mas em favor de todos os cidadãos). Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mas, mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição.

O direito como integridade *coloca limites à subjetividade do juiz*;[18] ele não se encontra (assim como qualquer intérprete) frente a um objeto, como se esse objeto estivesse à sua disposição (do mesmo modo que a linguagem não é uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto); ele faz parte do objeto a ser discutido.

O juiz deve proferir a sua decisão seguindo as regras do jogo; caso contrário, já não teremos um jogo, com regras próprias, mas, sim, o jogo da discricionariedade do juiz. A proposição normativa está imbricada – pela diferença ontológica – com o seu conteúdo. A participação do intérprete na prática social é que permite a compreensão das alterações de sentido e o seu "confronto" com falsos pré-juízos.

Não há conceitos em abstrato. Conceitos não flutuam no ar, para servirem de capas de sentido aos "fatos desnudos". *Não há grau zero na atribuição de sentido.* Insisto: o intérprete deve estar atento à tradição (e à sua autoridade), compreender os seus pré-juízos como pré-juízos, promovendo uma reconstrução do direito, perscrutando de que modo um caso similar (não somente a ementa, é evidente, lembrando, aqui, a questão hermenêutica

17 Ver, para tanto, Dworkin. *Law's Empire*. Londres: Fontana Press, 1986, cap. VI.
18 Veja-se mais uma vez essa relevante questão: "subjetividade" ("visão de mundo", etc.) não tem qualquer relação com a "pré-compreensão" de que trata a hermenêutica filosófica.

representada pelo grau de objetivação abrangente que cada decisão deve ter/conter)[19] vinha sendo decidido até então, confrontando a jurisprudência com as práticas sociais que, em cada quadra do tempo, surgem estabelecendo novos sentidos às coisas e que provocam um choque de paradigmas, o que sobremodo valoriza o papel da doutrina jurídica e a interdisciplinaridade do direito. Como bem diz Gadamer, a compreensão alcança suas verdadeiras possibilidades quando as opiniões prévias com as que se inicia não são arbitrárias.[20]

Em outras palavras, para voltar aos exemplos, não importam para o direito as opiniões pessoais que o intérprete (juiz, tribunal, etc) tenha a respeito de furtos, porte de armas, cães, etc. Dito de outro modo, não importam, para o direito, as opiniões pessoais do intérprete (juiz, promotor de justiça, ministro de tribunal) sobre a sonegação de tributos e sobre (a adequada utilização/emprego dos recursos públicos) se o Estado gasta mal ou bem o produto arrecadado. Não é de sua subjetividade que deve advir o sentido a ser atribuído à lei. Nesse sentido, para evitar mal-entendidos sobre o tema, como, por exemplo, que estamos jogados em mundo de subjetividades e de relativismos ou que o sujeito "morreu" (quando, na verdade, o que morreu foi a subjetividade assujeitadora, o sujeito consciente, solipsista), vale lembrar a advertência de Contardo Calligaris, depois de reconhecer o peso das motivações, intuições, afetos e que boa parte de nossos raciocínios são *wishful thinking* (meditações motivadas pelo desejo), aponta para duas "saídas":

> "é possível desistir da verdade, considerando que o mundo é um vasto teatro em que as subjetividades se enfrentam e que o que importa é apenas a versão de quem ganha a luta (retórica ou armada); ou então, talvez seja possível amparar a verdade, preservá-la de nossas próprias motivações. Podemos, por exemplo, desconfiar de nossas idéias, sobretudo quando nos sentimos particularmente satisfeitos com o entendimento da realidade que elas nos proporcionam. Pois a verdade (com o curso de ação que, eventualmente, ela "impõe") é geralmente pouco gratificante e de acesso trabalhoso".[21]

Além dessa relevante questão hermenêutica – isto é, de que "é possível falar em racionalidades" e na possibilidade de alcançar "respostas conteudísticas" – é preciso acrescentar outro componente, muito caro para o direito nesta quadra da história: o de que *há uma (profunda) responsabilidade política nas decisões*. Nesse sentido, parece que uma decisão de um tribunal (em especial o Supremo Tribunal Federal) sobre sonegação de tributos, considerando incompatível com a Constituição o processamento criminal sem o esgotamento da(s) instância(s) administrativas em um país com o nível de evasão de tributos como o Brasil, mereceria uma análise para além dos fundamentos liberais clássicos do direito penal. Ou seja, não se trata de buscar uma resposta convencionalista, a partir de um grau zero de significação. Uma decisão adequada a Constituição, a toda evidência, exigiria, além da reconstrução principiológica do direito aplicável, um profundo exame da teoria do bem jurídico (entendido o bem jurídico como um direito a ser protegido ou um dever de

19 O ato interpretativo ocorre no interior (e a partir) de uma circularidade, que se dá numa espécie de espiral hermenêutica, onde a circularidade da autocompreensão se desdobra também, ao mesmo tempo, como movimento e também se interrompe na circularidade dos entes disponíveis existencialmente, *onde se produzem paradas*. A lei é uma parada; a própria Constituição o é, em um nível superior, enquanto "matriz de sentido"; a interpretação vinculante igualmente é produto de uma parada – só que entificativa. Mas por que isso é assim? Porque a compreensão do ser do ente se dá na autocompreensão. *Quando ocorre a parada, ela entifica, congela* (temporariamente, porque tempo é ser e ser é tempo) *o sentido*. Dessa parada a condição existencial não pode fugir, a não ser para estabelecer-se dogmaticamente como princípio definitivo, absoluto. Parada é – repita-se – a lei, enfim, qualquer sentido tornado "definitivo". É quando o *Dasein* diz "não preciso mais me auto-compreender", "porque a lei, o dispositivo (sob qualquer modalidade pelo qual é posto no sistema) já sustenta a minha compreensão". O que ocorre é que, em um segundo momento, num resvalo metafísico, esta parada transforma-se numa polaridade categorial em que, na espiral da autocompreensão, *há um congelamento do movimento*, a partir de dois pontos (de parada): *o autor da lei e o intérprete da lei*. Nessa espiral, os dois encontram-se no mesmo nível, mas nunca no mesmo ponto, porque um interrompe o movimento do outro no processo de autocompreensão, para estabelecerem-se como autor e intérprete da lei. É dessa maneira que essa interrupção da circularidade aponta sempre para o movimento de autocompreensão que a precedeu e o movimento de dupla autocompreensão que a sucede. Por isso, a parada é uma entificação. *Mas o que a dogmática jurídica não compreende é que essa parada, que parece uma interrupção do movimento da circularidade da autocompreensão, na verdade rompe constantemente a própria entificação*. O problema é que o pensamento dogmático do Direito *entende a parada como definitiva* – e essa é a de-caída em direção à metafísica – porque não se dá conta do processo de autocompreensão que se realiza no duplo movimento. A autocompreensão e o círculo da compreensão sustentam o duplo movimento através das paradas. Não se pode olvidar que é a historicidade da tradição que sustenta a historicidade dos textos (infraconstitucionais e a Constituição, bem como a norma resultante da interpretação dos textos). Nesse sentido, a Constituição é um ente que se estatui como um *als ob* (como se) enquanto totalidade, que, entretanto, se disperça na multiplicidade dos movimentos da circularidade da compreensão.

20 Nas palavras originais de Gadamer (*Wahrheit und Methode*, *op. cit.*, p. 272): "*Das verstehen kommt nun aber erst in seine eigentliche Möglichkeit, wen die Vormeinungen, die es einsetz, nicht biliebige sind. Es hat darum seinen guten Sinn, dass der Ausleger nicht geradezu, aus der in ihm bereiten Vormeinung lebend, auf den Text zugeht, vielmehr die in ihm lebenden Vormeinungen ausdrücklich auf ihre Legitimation, und das ist, auf Herkunft und Geltung prüft.*"

21 Cf. Calligaris, Contardo. In: Raciocínios "motivados". Caderno E8- Ilustrada. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 22.02.2007.

legislar do Estado) a partir da matriz constitucional do Estado Democrático de Direito, insculpido na Constituição, que determina, entre outras coisas, *que o Brasil é uma república com o compromisso de estabelecer um Estado social* (papel do Estado), em que está ínsito um dever fundamental de pagar impostos (e não um direito fundamental de se subtrair à ação estatal), e que, portanto, para início da discussão, é absolutamente incompatível com a Constituição estabelecer tratamentos desiguais entre delitos que firam bens jurídicos interindividuais (veja-se como o mesmo direito penal é implacável para com o furto e outros crimes dessa espécie) e delitos que firam bens jurídicos supraindividuais, como, em especial, a sonegação de tributos.

Insisto: decisão desse tipo – impedindo o processamento criminal antes do esgotamento da instância administrativa – não poderia deixar de levar em conta, na reconstrução integrativa do direito, a tradição (entendida no sentido hermenêutico da palavra) que se formou em torno do tema no plano internacional, a partir do segundo pós-guerra, na era das Constituições compromissórias e dirigentes. Observe-se o paradoxo: países que ultrapassaram a etapa do *Welfare State* continuam com forte e efetivo combate – com a utilização do direito penal – dos crimes de evasão de divisas e sonegação de tributos; ao mesmo tempo, países em que o *Welfare State* não aconteceu (ainda) – ou em que o *Welfare State* foi um simulacro –, como o Brasil, preferem apontar as baterias repressivas do direito para a criminalidade convencional, a ponto de existirem, desde a promulgação da lei da lavagem de dinheiro (9.613/98), pouquíssimas condenações com sentença transitada em julgado.

Daí o acerto de Rodolfo Arango, ao dizer que os limites da atividade judicial não residem nas virtudes pessoais do juiz, mas, sim, na sujeição às regras do discurso prático geral e na concordância com os princípios e preceitos substantivos previstos no direito[22] (questão que assume especial relevância nos ordenamentos que incorporam princípios substantivos ou materiais, transformando em obrigação jurídica a sua realização, aproximando-as de um ideal moral, como é caso da Constituição do Brasil).

Na mesma linha, e se isso é assim, torna-se impossível sustentar uma sentença judicial que condene alguém por disparar arma de fogo (espingarda de caça) em seu sítio, com o objetivo de espantar animais (no caso concreto, a pena lançada foi de dois anos de reclusão). Obtida a resposta a partir de "simples" subsunção, esta se mostra absolutamente equivocada, *ao ser submetida a um processo de compreensão para além da objetivação* (da "suficiência ôntica" ou do "positivismo causalista"). Ou seja, os falsos pré-juízos dos intérpretes (juiz e promotor) os conduziram a uma inadequada fusão de horizontes, produzindo uma resposta (decisão) absolutamente equivocada.

22 Cf. Arango, *op. cit.*, p. 157.

Também é equivocada decisão condenatória de um usuário de uma velha Kombi, com mais de vinte e cinco anos de uso, a três anos e dois meses de reclusão, por adulteração de marca de veículo, previsto no art. 311 do Código Penal (o que ocorreu, na realidade, foi que o freteiro, dono da Kombi, trocou a placa de seu veículo por uma outra, encontrada em um ferro-velho).[23] Observe-se a total desproporcionalidade (a punição fere frontalmente o primado – se se quiser, princípio, da proibição de proteção contra o arbítrio e excesso – *Übermassverbot*) entre a conduta "lesiva", solucionável na esfera administrativa (ademais, o veículo já estava isento de IPVA), e a sanção (penal) que foi imposta ao cidadão (sem considerar os "efeitos colaterais" de uma decisão desse jaez).

Porém, de que modo decisões/interpretações desse tipo podem (ainda) acontecer em pleno paradigma principiológico do Estado Democrático de Direito? A resposta à luz da hermenêutica é: porque, para os atores jurídicos envolvidos nas querelas, não houve o necessário estranhamento. Não houve, na verdade, a necessária angústia do estranhamento de que fala a fenomenologia hermenêutica. Nos casos em tela, a "explicação causalista" mostrou-se suficiente para resolver o problema. Conseqüentemente, não houve o "choque hermenêutico", exatamente pela predominância de pré-juízos inautênticos, forjados no interior de uma dogmática jurídica refratária aos princípios e ao direito constitucional, assim como, do mesmo modo, avessa à contemporânea teoria do direito, pela qual vigência e validade são coisas diferentes (e não equiparadas).

Aqui, volta à tona a crise paradigmática de dupla face, já examinada anteriormente. Afinal, são *os pré-juízos não percebidos que, no seu domínio, tornam-nos surdos para a coisa de que nos fala a tradição*, como bem explica Gadamer. Pré-juízos falsos/inautênticos devem ser desmascarados, anulando-

23 Na oportunidade, exarei parecer no seguinte sentido: "Adulteração de sinal identificador de veículo automotor. Típico caso de nulidade parcial sem redução de texto (*Teinichtiger- klärung Ohne Normtext Reduzirung*), isto é, a exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. No caso, 'adulterar ou remarcar número de chassi ou qualquer sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento', por si só, não constitui o crime previsto no art. 311 do Código Penal. Só é possível atribuir pena (privativa de liberdade) quando a conduta seja dotada de lesividade, colocando em risco bens relevantes para a coletividade. A simples troca de placas pelo próprio proprietário do veículo, para evitar o pagamento de imposto, somente enseja punição administrativa, resolvendo-se, satisfatoriamente, nesta esfera. Aplicação do princípio da subsidiariedade". Processo nº 70016224511 – TJRS.

se a sua validade, uma vez que, *enquanto continuam a nos dominar, não os conhecemos e nem os repensamos como juízo*. Daí a contundente assertiva de Gadamer, alertando para o fato de que *não será possível desvelar um pré-juízo enquanto ele agir continuada e sub-repticiamente*, sem que saibamos, mas, sim, somente quando ele for, por assim dizer, suscitado. E essa suscitação somente ocorre no encontro com a tradição.

E observemos: se é verdade que existe uma tradição ilegítima que conforma o *modus* interpretativo dos operadores do direito – pelo qual ainda se crê na *plenipotenciariedade da regra*, na equiparação (metafísica) entre texto e norma, entre vigência e validade, e pelo qual ainda se acredita, de um lado, na possibilidade da busca de essências (vontade da norma, espírito do legislador, para dizer o menos) e, de outro, na direção inversa, crê-se em uma espécie de livre atribuição de sentidos –, *também é verdade que há uma tradição legítima, conformada a partir do neoconstitucionalismo e das posturas pós-positivistas que apontam para a superação desse modelo exegético-positivista, que dá azo a decisões fruto de (meras) subsunções, em pleno paradigma do Estado Democrático de Direito*. É nesse universo – de avanços e retrocessos – que se colocam os pré-juízos (autênticos ou inautênticos) conformadores da capacidade de compreensão dos juristas.

Os exemplos sob comento nos mostram que toda interpretação jurídica exige aproximação com o caso concreto, isto é, a coisa mesma. E quando falo da coisa mesma (*Sache selbst*) já ficou para trás o esquema sujeito-objeto e qualquer possibilidade de subsunção/dedução. A coisa mesma significa a síntese hermenêutica da *applicatio*.

O domínio dos pré-juízos forjados no senso comum teórico,[24] pelo qual a "realidade social" (o mundo prático) é deixada de lado na análise da regra

24 Quatro são as funções do *sentido comum teórico dos juristas* especificadas por Luis Alberto Warat, introdutor na teoria jurídica do Brasil desse conceito: a função *normativa*, por intermédio da qual os juristas atribuem significação aos textos legais, estabelecem critérios redefinitórios e disciplinam a ação institucional dos próprios juristas. A segunda função é *ideológica*, uma vez que o *sentido comum teórico* cumpre importante tarefa de socialização, homogeneizando valores sociais e jurídicos, de silenciamento do papel social e histórico do direito, de projeção e de legitimação axiológica, ao apresentar como éticos e socialmente necessários os deveres jurídicos. Num terceiro momento, o *sentido comum teórico* cumpre uma função *retórica*, que complementa a função ideológica, pois sua missão é efetivá-la. Neste caso, o sentido comum teórico opera como condição retórica de sentido, proporcionando um complexo de argumentos (lugares ideológico-teóricos para o raciocínio jurídico). Por último, o *sentido comum teórico* cumpre uma função *política*, como derivativa das demais. Essa função se expressa pela tendência do saber acumulado em reassegurar as relações de poder. Por isso, acrescenta, é fácil perceber como o conhecimento jurídico acumulado consegue apresentar os dispositivos do poder – plurais, dispersos e dependentes de tendências – como um conjunto unívoco e bem ordenado aos fins propostos (*Introdução*

(não esqueçamos que o positivismo busca construir conceitos prévios para serem aplicados independentemente da "coisa"), impede o acontecer da singularidade do caso.

Veja-se que as circunstâncias específicas do caso, daquele "caso concreto" (no exemplo, um campesino que talvez nem soubesse que sua arma necessitasse de registro e que atira para o alto para espantar animais ou o freteiro que substitui o sinal de identificação – placa – de sua velha Kombi) não tiveram o condão de interpelar o intérprete, para que este passasse a estranhar aquilo que lhe parecia familiar. Utilizando uma expressão de Gadamer, *não foi destronado aquilo que guiava a experiência* (tradição) do intérprete.

Esse, aliás, é o proceder dos juristas reféns do sentido comum teórico (que é véu do sentido do ser do direito). Não questionam os pré-juízos, que, ao não serem percebidos enquanto tais, ensurdecem o intérprete para a coisa de que fala a tradição, o que faz com que a atividade interpretativa se transforme em um *habitus*, em uma atividade acrítica, como se a aplicação do direito fosse um mero exercício de dedução do universal ao empírico.

Por isso a minha insistência de que é inadequado separar casos fáceis de casos difíceis, assim como é inadequado fazer a cisão entre regras e princípios. Dito de outro modo, para o promotor de justiça e o juiz de direito, o processo do qual resultou a condenação de um campesino a dois anos de reclusão pelo crime de disparo de arma de fogo não passou de um "caso simples" (*easy case*). Afinal, a regra (art. 15 da Lei 10.826/03) estabelece "exatamente" que o disparo de arma de fogo é crime. E, sem maiores indagações, o problema foi subsumido na regra. Da mesma forma, o caso da falsificação de sinal identificador de veículo retro analisado.

Geral ao Direito II. Porto Alegre: Fabris, 1995, pp. 80 e segs.). A partir de tais premissas waratianas, é possível afirmar que a realidade do cotidiano dos juristas – a sua relação com a lei (texto normativo) e o direito – *por si só não é significativa*. Porém, ela se apresenta dessa maneira graças ao *sentido comum teórico* no ato de conhecer. O que determina a significação dessa realidade é toda a faculdade cognoscitiva, institucionalmente conformada com todos os seus elementos fáticos, lógicos, científicos, epistemológicos, éticos e de qualquer outra índole ou espécie. A significação dada ou construída via *sentido comum teórico* contém um conhecimento axiológico que reproduz os valores sem, porém, explicá-los. Conseqüentemente, essa reprodução (*inautêntica dos pré-juízos, no sentido de Gadamer*) conduz a uma espécie de conformismo dos operadores jurídicos. O sentido comum teórico sufoca as possibilidades interpretativas. *Quando submetido à pressão do novo, (re)age institucionalizando a crítica*. Para tanto, abre possibilidades de disposições apenas possíveis (*delimitadas previamente*). Ou seja, no interior do sentido comum teórico, permite-se, difusamente, (apenas) o debate periférico, mediante a elaboração de respostas que não ultrapassem o *teto hermenêutico* prefixado (horizonte do sentido).

E isso se repete cotidianamente nas práticas jurídicas: a "suficiência ôntica" encerra as possibilidades interpretativas. Foi assim com os juízes que determinaram o arquivamento de milhares de processos com base em uma lei fantasma (Lei 9.639/98), livrando sonegadores de tributos dos processos criminais a que respondiam; como o é para o juiz e o promotor de justiça que promoveram processos (e condenações) de furtos de panelas e de estelionato por pagamento "fraudulento" de um copo de cachaça no valor de R$ 6,00; ou para o STJ, que negou *habeas corpus* para acusado de furto de uma garrafa de vinho avaliada em R$ 40,00 e, ao mesmo tempo, absolveu acusado de crime de descaminho de valor que ultrapassa mil dólares. Interpreta(ra)m-se textos, como se textos fossem apenas enunciados normativos. E sem questionamento.

Há, pois, um déficit de *interpelação*. A faticidade não provocou o "bater de frente" com o horizonte de sentido forjado a partir de pré-juízos não verdadeiros (ilegítimos). Há, na verdade, um déficit de estranhamento. Trata-se da institucionalização da subsunção, possibilitando que *hard cases* sejam examinados e decididos como *easy cases*. Isso somente é possibilitado pela ausência de pré-juízos verdadeiros no horizonte de sentido.

Aliás, nesse sentido há que se concordar com Habermas quando fala na tarefa reconstrutiva da jurisdição, o que implica uma coerência em relação ao restante de toda a ordem jurídica. A vantagem disso, segundo Habermas, reside no fato de que, primeiro, não há a necessidade de introduzir *a posteriori* discursos especializados de fundamentação e de aplicação e, segundo, também não há a necessidade de se recorrer à moral como uma instância corretiva, uma vez que a fundamentação moral já está co-originariamente dada a partir do "direito gerado democraticamente" e juridicamente institucionalizado.[25] A discordância com a teoria habermasiana se dá, apenas, no tocante à questão dos discursos de fundamentação, que, para ele, são sempre dados/construídos *a priori*, a partir de condições ideais (portanto, dispensando a situação concreta) e pelo fato de estes estarem cindidos dos discursos de aplicação (afinal, Habermas encontrou nessa distinção de Günther a possibilidade de "aliviar" os discursos jurídicos do "peso das questões de fundamentação). Em Habermas, desse modo, a jurisdição se caracteriza por discursos de aplicação que não se preocupam com a validade das normas, mas apenas com a "seleção das normas", que já estão sempre validadas *prima facie*. Na hermenêutica, essa distinção (*Begründungsdiskurs-Adwendungsdiskurs*) não pode ser feita; do mesmo modo, em face da pré-compreensão (lembremos a força da tradição, que não

25 Cf. Habermas, *Direito e Democracia, op. cit.*, v. I, p. 292.

pode ser objetificada), o intérprete não se livra – e, portanto, não pode jamais ser "aliviado – dos discursos de fundamentação/justificação.

Em síntese, o que efetivamente ocorre é que o pensamento dogmático do direito não procede a necessária reconstrução da integridade do direito aplicável. Esse fenômeno também se repete em algumas teorias críticas do direito, como aquelas que apostam em pragmatismos.[26] Nesse contexto – para trazer a problemática para o âmbito da cotidianidade das práticas jurídicas, sequer se questiona a não-suscitação de incidentes de inconstitucionalidades, assim como não se põe em xeque o ensino jurídico sustentado em manuais meramente reprodutores da lei em plena era pospositivista e neoconstitucional...! São apenas alguns dos aspectos que perfazem o estado da arte da operacionalidade do direito no Brasil.

26 Pragmatismo é entendido aqui como "quase sinônimo" de realismos e axiologismos. Com efeito, o pragmatismo e suas variantes guarda estreita relação com a sua origem "pragmaticista" de Peirce, isto é, uma "filosofia sem fundamentos ontológicos a priori". Mas sua origem é anterior, na medida em que vem do termo grego "pragma", que quer dizer uma ocorrência, um fato concreto, em particular algo prático, com efeitos relevantes. As primeiras manifestações pramaticistas no direito podem ser encontradas no realimo escandinavo (Alf Ross, Olivecrona) e norte-americano (Wendell, Pound e Cardozo), daí a "semelhança" entre as duas posturas sobre o direito (realismo jurídico e pragmatismo). Para os adeptos do pragmatismo, não se deve conferir "autoridade última a uma teoria, já que o objetivo crítico de raciocinar teoricamente não é chegar a abstrações praticáveis, mas, sim, explicitar pressuposições tácitas quando elas estão causando problemas práticos. Para o o pragmatismo jurídico, teorias éticas ou morais operam sobre a formulação do direito, mas,na maior parte das vezes (ou, ao menos, frequentemente), a porção mais importante de uma legislação é o proviso 'exceto em caso em que fatores preponderantes prescrevam o contrário'" (cf. Eisenberg, José. Pragmatismo jurídico. In Barreto, Vicente de Paulo (org.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo, Ed. Unisinos, 2006, p. 656 e 657). Contemporaneamente, o pragmatismo pode ser identificado sob vários matizes, como a análise econômica do direito, de Richard Posner, nos *Critical Legal Studies* e nas diversas posturas que colocam na subjetividade do juiz o locus de tensão da legitimidade do direito (protagonismo judicial). O pragmatismo pode ser considerado como uma teoria ou postura que aposta em um constante "estado de exceção hermenêutico" para o direito; o juiz é o protagonista, que "resolverá" os casos a partir de raciocínios e argumentos finalísticos. Trata-se, pois, de uma tese anti-hermenêutica e que coloca em segundo plano a produção democrática do direito.

Capítulo 11

A (in)determinabilidade do direito e a (necessidade da) busca de resposta(s) correta(s). Da explicação causalista ao compreender antecipador.

11.1. A tese da resposta correta diante de situações "quase ideais" (teoria do discurso) e da *applicatio* hermenêutica – condições e possibilidades.

Uma filosofia *no* direito – avançando para além de uma filosofia *do* direito – deve estar apta para explicar o caráter hermenêutico assumido pelo direito nesta quadra da história. Superando o modelo de regras, a preocupação das teorias jurídicas passa para a busca das respostas acerca da indeterminabilidade do direito. É possível construir uma racionalidade capaz de resolver o problema decorrente da impossibilidade da legislação prever todas as hipóteses de aplicação? Como superar as práticas subsuntivas? Como superar o dedutivismo?

A tarefa de "preencher" os espaços da "indeterminabilidade" deve ser deixada aos juízes e tribunais, como quer o positivismo? Os assim denominados *hard cases*, que ocorrem, segundo as teorias procedurais, a partir da colisão de princípios (ou de regras), devem ser resolvidos a partir de ponderações? Discricionariedades e ponderações são compatíveis com o paradigma da intersubjetividade?

Tais questões inexoravelmente desembocam nas diversas construções discursivas que pretendem superar os dilemas que surgem com esse novo perfil assumido pelo direito, pelo Estado e pela jurisdição constitucional.

Penso que, a partir da hermenêutica filosófica – que tenho trabalhado como uma *Crítica Hermenêutica do Direito* –, é possível alcançar aquilo que pode ser denominado de "a resposta hermeneuticamente adequada à Constituição", que, se assim se quiser, também pode ser chamada de "resposta correta". Como procuro demonstrar, a interpretação do direito no Estado Democrático de Direito é incompatível com esquemas interpretativo-procedimentais que conduzam a múltiplas respostas, cuja conseqüência (ou origem) são discricionariedades, arbitrariedades e deciosinismos. Evidentemente, isso implica um reforço do *locus* privilegiado da situação concreta: a decisão de pri-

meiro grau e a justificação/fundamentação exaustiva que deve explicitar a resposta dada ao problema.[1]

E isso, como se sabe, já não é um (simples) problema de metodologia do direito: é um problema de democracia. Registro, de pronto, 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 conteudística. 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".

Em outros termos, a resposta correta proposta pela teoria do discurso habermasiana decorre da adequação do discurso de aplicação em relação à norma previamente validada (será, pois, um exame contrafático), na expressão de Günther, "o ideal de uma norma perfeita". Conseqüentemente, a "resposta correta" de Habermas e Günther é, sempre, dependente de regramento externo, porque é procedural. Com efeito, por mais que se diga o contrário, não há, visto sob o ângulo hermenêutico, "a" resposta correta em Habermas e Günther. Há, sim, a possibilidade de diversas respostas corretas, embora Habermas defenda a existência de uma única resposta correta, que resulta de um raciocínio contrafático, em que o discurso fundamentador é prévio. Nas palavras de Habermas, a resposta correta, ou melhor, a aceitabilidade da resposta tida como correta, dependerá "não da qualidade dos argumentos, mas, sim, da estrutura do processo argumentativo". Conseqüentemente, alterando a estrutura prévia de validade da norma e o processo argumentativo, a resposta poderá ser outra. Por isso, a possibilidade de várias respostas, por mais que Habermas negue tal possibilidade.

Volta-se ao problema já especificado anteriormente: a resposta advirá de uma decisão cuja racionalidade não depende do fundamento racional da norma que deve ser aplicada, uma vez que essa problemática já estará resolvida em um discurso distinto e anterior, que é o discurso da validade da norma (*Begründungsdiskurs*). A norma mais apta estará previamente dada, a partir dos requisitos estabelecidos pela teoria do discurso para a obtenção da validade da norma aplicável.

1 Autores como Ovídio Baptista mostram essa preocupação. Embora Ovídio não trabalhe a problemática da "resposta correta", aponta a necessidade de uma severa redução do sistema recursal, com o conseqüente abrandamento do sentido burocrático da administração da justiça, *restituindo à jurisdição de primeiro grau legitimidade política que lhe dê condições de exercer as elevadas funções que a ordem jurídica lhe confere*. Cf. Silva, Ovidio Baptista da. *Processo e Ideologia. O paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 319-320.

Entendo, entretanto, que esse "ideal de norma perfeita" é metafísico, como se nela fosse possível "capturar" as essências das coisas a serem designadas a partir da análise contrafática. Do mesmo modo, não há referências mais explícitas acerca do que se chama em Habermas de "indicativos concretos para o balizamento dessa legitimidade". *Não há um exemplo no direito brasileiro e, quiçá, no direito comparado de decisões que tenham obedecido a todos esses requisitos*, circunstância que reafirma o caráter epistemológico da teoria do discurso. Afinal, o que é a "formação racional de vontade" e a exigência de que "a opinião de todos se manifeste"?

Volta-se, pois, à pergunta:

- como resolver o problema dos alunos sem escola da cidade de Joinville (caso anteriormente relatado) através do procedimentalismo habermasiano?
- o que fazer para resolver o problema da inconstitucionalidade do art. 9ª da Lei do REFIS, que proporciona a descriminalização da sonegação de tributos, além de acarretar tratamento mais gravoso para crimes de perfil interindividual, cometidos sem violência ou grave ameaça? Seria incompatível com a teoria do discurso habermasiana estender esse *favor legis*[2] aos crimes de furto e estelionato, em que não restou prejuízo à vítima?

2 O art. 9º da Lei nº 10.684/03 é idêntico ao anterior art. 34 da Lei nº 9.249/95, estabelecendo a extinção de punibilidade nos casos de pagamento do valor sonegado antes do recebimento da denúncia. Com base no princípio da isonomia e da proporcionalidade, elaborei parecer que foi acatado em vários julgados, aplicando o benefício da extinção da punibilidade às demais hipóteses de crimes contra o patrimônio praticados sem violência ou grave ameaça, desde que a *res furtiva* tivesse sido devolvida ou totalmente recuperada. Assim:
"*Recurso em Sentido Estrito. Extinção da punibilidade. Tentativa de furto.*
Decretada a extinção da punibilidade do réu com base no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, e artigo 34 da Lei nº 9.249, de 26.12.95, por analogia. Princípio da igualdade, insculpido no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, corretamente aplicado na espécie. Decisão de primeiro grau confirmada. Recurso improvido, por maioria" (Rec. Sentido Estrito nº 296026750 – 2ª Câmara Criminal. TARS).
"*Estelionato. Ônus da prova.* No estelionato, mesmo que básico, o pagamento do dano, antes do oferecimento da denúncia, inibe a ação penal. O órgão acusador deve tomar todas as providências possíveis para espancar as dúvidas que explodam no debate judicial, pena de não vingar condenação (Magistério de Afrânio Silva Jardim). Lição de Lenio Luiz Streck: os benefícios concedidos pela Lei Penal aos delinqüentes tributários (Lei nº 9.249/95, art. 34) alcançam os delitos patrimoniais em que não ocorra prejuízo nem violência, tudo em atenção ao princípio da isonomia. Recurso provido para absolver o apelante" (Apelação-Crime nº 297019937 – Segunda Câmara Criminal do TARS – Rel. Amilton Bueno de Carvalho).
Mais recentemente, veja-se parecer que lancei nos autos da Apelação nº 70012564811 (disponível em www.leniostreck.com.br); também o parecer na apelação nº 70012883096, que ficou

– o que fazer diante de uma lei como a que transformou crimes de média e alta ofensividade em *soft crimes* (Lei nº 10.259/01), diante do que delitos como sonegação de tributos, abuso de autoridade, abandono de recém nascido, subtração de incapazes (que equivale a um seqüestro), violação de domicílio, cometido à noite, com emprego de arma, atentado ao pudor mediante fraude, apenas para citar estes, *passaram a receber o tratamento penal idêntico* ao *cometimento de simples contravenções penais*?[3]

assim ementado: "Constitucional. Aplicação do princípio da isonomia. Inaplicabilidade de dispositivo penal (art. 172 do CP). Sentença redutiva. Nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*). Crime de duplicata simulada. Natureza patrimonial. Ausência de prejuízo para a vítima. Ressarcimento do prejuízo após a consumação e antes do início da ação penal. Aplicação dos arts. 34 da Lei nº 9.249/95 e 9º da Lei nº 10.684/03, bem como da súmula 554 do STF, por analogia. Princípio da Isonomia (art. 5º da CF). A vinculação do jurista é, primordialmente, para com a Lei Maior, fazendo desta uma Constituição normativa integral (K. Hesse – C. Clève), e não uma Constituição meramente semântica ou uma Constituição nominal, para usar a terminologia de Loewenstein. O princípio da igualdade de todos perante a lei é um dos direitos fundamentais da Carta Magna".

Aliás, cabe registrar, nesse sentido, o silêncio eloqüente da comunidade jurídica acerca dessa flagrante violação do princípio da isonomia (para dizer o mínimo). É perfeitamente aceitável – em face da prevalência de uma visão ainda fortemente arraigada ao modelo penal liberal-iluminista com raízes no século XIX – que uma parcela expressiva da comunidade jurídica não concorde com a inconstitucionalidade do *favor legis* concedido aos sonegadores de tributos. O que é difícil de sustentar é a convivência no sistema jurídico de tratamentos tão discrepantes entre o crime de furto (para ficar em apenas um dos delitos – sem violência – contra o patrimônio) e o de sonegação de tributos.

No mesmo sentido, exarei parecer com a seguinte ementa: "Estelionato – Art. 171, *caput*, do Código Penal. Reparação do dano antes do recebimento da denúncia. Aplicação analógica das disposições da Lei nº 9.249, Lei nº 10.684 e Súmula 554 do Supremo Tribunal Federal. Extinção da punibilidade. Prejudicada a análise dos pedidos defensivos." No caso, propus uma releitura do art. 16 do Código Penal, alargando, constitucionalmente, o seu rol de ação. É inconcebível subsistirem e se articularem, em um mesmo sistema – quando da análise de crimes de mesma natureza –, hipóteses de extinção da punibilidade e hipóteses de simples diminuição da pena para o mesmo instituto do arrependimento posterior. A previsão de solução legal distinta para situações fáticas semelhantes consiste em medida atentatória à integridade e à coerência do direito. A aplicação analógica do art. 9º da Lei nº 10.684 é exatamente a aplicação da principiologia constitucional ao caso concreto, proporcionando, desse modo, que se alcance, no caso *sub judice*, a resposta correta. A interpretação e reconstrução do direito, em uma filtragem hermeneutico-constitucional, aponta para isso (Apelação nº 70.018.475.574 – TJRS).

3 O caso da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 10.259/03) proporciona um exemplo interessante acerca da visão que a expressiva maioria da comunidade jurídica tem do papel da jurisdição constitucional. Fui o primeiro a suscitar a inconstitucionalidade da referida lei, por ofensa ao princípio da proporcionalidade na sua face de *Untermassverbot* (proteção insuficiente de bens jurídicos). Entretanto, a tese foi barrada pela "baixa constitucionalidade" ainda dominante no Brasil, sustentada em um sistema de regras plenipotenciárias, em que se equiparam os âmbitos da vigência e da validade (e, por conseqüência, texto e norma). Na ocasião, sustentei a aplicação da nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*). A tese

– como resolver o problema do fornecimento de remédios para doentes crônicos?

É claro que não tenho discordâncias com as teses habermasianas no tocante à necessária legitimidade que as decisões judiciais devem ter, assim como não há discordâncias no que tange à adequabilidade (claro que sem a cisão entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação), à coerência/racionalidade que os argumentos devem ter e à integridade dworkiniana face às decisões passadas (que, na hermenêutica filosófica, é o respeito à autoridade da tradição[4] autêntica).

Repito: disso é impossível discordar. Entretanto, o que não fica claro é que, se a resposta correta não se apura de forma conteudística – que, refira-se, é absolutamente coerente com a característica procedural da teoria discursiva, uma vez que, segundo Habermas, a argumentação é o único meio disponível para se certificar da verdade, porque não há outra maneira de examinar pretensões de verdade tornadas problemáticas –, de que maneira devemos entender a afirmação de que

> "o racionalismo habermasiano encontra a resposta correta nas condições procedimentais de institucionalização jurídica das formas de comunicação e de justificação necessárias aos discursos de fundamentação e de aplicação"[5]

Por esse motivo, torna-se inviável coadunar a noção de resposta correta em Habermas com a noção de verdade consensual-procedural extraída a par-

foi rejeitada com base no princípio da legalidade e na proteção que o Estado deve dar ao débil, como se houvesse uma blindagem contra a inconstitucionalidade de normas penais. Em síntese, para o Poder Judiciário, em termos de direito penal – nas hipóteses de leis descriminalizadoras ou que traduzem *favor legis* –, o legislador detém absoluta liberdade de conformação. Para ver minha tese, remeto o leitor para o meu texto "Juizados Especiais Criminais à Luz da Jurisdição Constitucional". A filtragem hermenêutica a partir da aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto. *Caderno Jurídico*, ano 2, vol. 2, nº 5, São Paulo, Escola Superior do Ministério Público, 2002.

4 É importante trazer, aqui, a advertência de Gadamer (*Wahrheit und Methode, Erganzungen, op. cit.*), quando afirma a necessidade de respeitar (aderir) à tradição, uma vez que tal afirmação pode gerar mal-entendidos. Conforme Gadamer, isso não significa, de forma alguma, uma preferência pelo tradicional, ao qual deveríamos nos submeter cegamente. A expressão "adesão à tradição" significa, antes, que a tradição não se esgota no que sabemos de nossa própria tradição e da qual temos consciência, de tal modo que pudéssemos suspendê-la mediante uma consciência histórica adequada. E complementa: "Isso me parece tão evidente que fico assombrado que meus críticos, tanto Giegel quanto no fundo o próprio Habermas, repitam que, insistindo em minha hermenêutica, pretendo contestar a legitimidade da consciência revolucionária e da vontade de mudança. Não há dúvidas de que meus críticos ignoram a pretensão de validade que há na reflexão sobre a experiência hermenêutica. De outro modo não poderiam chocar-se com o fato de que toda possibilidade de entendimento pressupõe a solidariedade".

5 Cf. Souza Cruz, *Habermas e o direito*, *op. cit.*, p. 154.

tir da função paramétrica exercida pela "situação ideal de fala", que exerce papel fundamental para a aferição da verdade, que, além disso, deve ser produto do consenso comunicativo (daí minha insistência: como resolver, nestes casos, problemas como o de fornecimento de remédios a doentes crônicos e em que racionalidade discursiva se sustenta a decisão?).

Parece insustentável a tese de que é possível alcançar a resposta correta ignorando o conteúdo. Volta-se, pois, sempre ao problema representado pela não-superação do paradigma da filosofia da consciência; retorna-se, igualmente, ao problema representado pela situação ideal de fala (comunicação), que isola a pré-compreensão, separando "fato" e "direito".

Não levar em conta a "conteudística" – entendida como a antítese do que Habermas vai denominar de "forma comunicativa purificada de todos os elementos substanciais" – demonstra exatamente a incompatibilidade da teoria discursiva com a possibilidade de se alcançar a resposta correta. Ao deixar de lado as questões substantivas (substanciais), ocorre a hipostasiação dos elementos procedurais. Aqui se explica as razões pelas quais Souza Cruz acredita ser possível alcançar "várias respostas" de um mesmo "caso", ainda que utilizando o mesmo procedimento:

> "Certa vez um aluno propôs a seguinte questão: se dois juízes seguirem estritamente as propostas procedimentais de Habermas e chegarem a conclusões diversas diante do mesmo caso, é possível dizer que um deles não chegou à resposta correta? A pergunta é por demais interessante e lugar-comum entre aqueles que estão a transitar entre propostas paradigmáticas de operações 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*".[6]

Observe-se como o problema é complexo. Sustentar que ambas as decisões podem ser corretas *é uma aposta na discricionariedade*. Afinal, quais as condições de possibilidade para que a decisão do primeiro juiz seja "melhor" do que a do segundo juiz?

6 Idem, ibidem, p. 184.

Se, no exemplo citado, os dois juízes seguiram todos os requisitos procedimentais de cariz habermasiano, como (a) a adequabilidade; (b) a exigência de coerência/racionalidade dos argumentos; (c) o respeito ao código binário do direito; (d) a integridade dworkiniana face às decisões passadas e suas conseqüências futuras; (e) o emprego da moralidade pós-convencional; (f) o respeito ao agir comunicativo e à compreensão do procedimento como mecanismo depurador do agir estratégico das partes litigantes; a pergunta que fica é: *de que modo podem ser justificadas decisões discrepantes?*

Eis o problema: para ele a resposta correta é somente a resposta correta entendida proceduralmente. Por conseguinte, a "resposta correta", paradoxalmente, pode ser mais de uma! A tese de Souza Cruz dá azo a que se dê como correta a antiga súmula 400, do STF, pela qual "decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário". Contrapostas, ambas as decisões sob comento seriam razoáveis (afinal, todos requisitos procedurais foram obedecidos) e, conseqüentemente, corretas.

De qualquer sorte, há, no caso, uma discrepância com o próprio Habermas, porque este vai dizer que o sistema de regras como um todo é que permite idealizar para cada situação de aplicação *uma e somente uma resposta certa*, porque somente a situação particular, adequadamente interpretada, concede em cada caso ao conjunto desordenado de normas válidas a figura bem definida de uma ordem coerente. Desde o ponto de vista da coerência das relações, "*se toda norma válida está necessitada de ser complementada coerentemente por todas as demais normas aplicáveis a uma situação, seu significado se modifica em toda situação. Desta maneira, dependemos da história, dado que é somente esta última que produz para nós as situações imprevisíveis que nos forçam a uma interpretação – distinta em cada vez – de todas as normas válidas*". E complementa Habermas: as éticas deontológicas supõem somente que o ponto de vista moral permanece sendo idêntico, porém tanto nossa compreensão dessa intuição fundamental como as interpretações que damos às regras moralmente válidas, ao aplicá-las a casos imprevisíveis, estão sujeitas à variação. Assim, se todas as normas válidas, em face da historicidade que nos coloca diante de situações imprevisíveis, forçam-nos (sic) a uma interpretação "distinta em cada caso", como fica a questão de que os discursos elaborados *prima facie* desoneram o aplicador da fundamentação (essa "desoneração" tem, pois, direta relação com a superação da razão prática, por ser "uma faculdade subjetiva")? Se cada situação empurra o juiz a uma nova interpretação, então já não há essa "desoneração" proporcionada por discursos de fundamentação prévia (aliás, foi por isso que Habermas substituiu a razão prática pela razão epistemo-comunicativa).

Ou isso ou os discursos de fundamentação são tão vagos e ambíguos – afinal, são elaborados independentemente do contexto e das hipóteses situacionais – que permitem "múltiplas respostas", até porque Günther não explica quais os critérios que devem ser levados em conta para essas "distintas interpretações" exigidas nas situações imprevisíveis (sic). Segundo a posição de Günther, referida e ratificada por Habermas, ao final as éticas deontológicas supõem somente que o ponto de vista moral permanece sendo idêntico, porém tanto nossa compreensão dessa intuição como as interpretações que damos as regras moralmente válidas ao aplicá-las a casos imprevisíveis estão sujeitas à variação.[7]

Resta a pergunta: como compatibilizar essa assertiva com a visão de Habermas sobre a moral (co-originária com o direito), tendo em vista que, ao que consta, no mínimo nos casos complexos (imprevisíveis), os discursos de aplicação dependerão do ponto de vista moral, que permanece inalterado, independentemente das múltiplas variações das interpretações da norma exigidas pelas situações imprevisíveis?

Mais ainda: esse papel reservado aos discursos de aplicação não significaria um retorno àquilo que a teoria do discurso pretendeu superar, isto é, a partir da institucionalização da razão comunicativa, procura justificar, previamente, através de máximas universalizáveis, as decisões e atos da vida (o que os atores devem ou não fazer, uma vez que a razão prática é fonte imediata que estabelece regras de ação)?

É preciso entender, portanto, que a possibilidade de múltiplas respostas é resultado da cisão entre interpretação e aplicação. Ou seja, se a resposta de um determinado caso se dá a partir de uma adequação de uma situação concreta a um discurso de validade e se este se constrói a partir de "condições quase ideais", depois de esgotadas "todas as razões disponíveis a favor e contra essa proposição" e assim ficar "estabelecida a aceitabilidade dela", *a questão que se coloca é:* como antever as possibilidades de aplicação, se o discurso de fundamentação é prévio e as situações de discussão são "quase ideais"?

Daí a minha insistência, fundado na leitura que faço da hermenêutica filosófica: é impossível cindir a fundamentação da aplicação, porque na aplicação já está presente a fundamentação. *Ambos – fundamentação (ou se se quiser, a justificação) e aplicação – operam a partir de um mesmo lugar: do modo-de-ser-no-mundo, que é impossível de esconder.* Entretanto, se se substituir a razão prática pela razão comunicativa, efetivamente será possível

7 Ver para tanto, Habermas, *Aclaraciones, op. cit.*, pp. 109 e segs; Günther, *Teoria da Argumentação, op. cit.*

alcançar tantas respostas quantas forem as regras prévias da estrutura da argumentação. Afinal, a razão comunicativa opera de forma procedimental.

Por tais razões, levando em conta as promessas incumpridas da modernidade em *terrae brasilis*, a revolução copernicana representada pela superação dos paradigmas metafísicos (clássico e moderno) – condição de possibilidade para a compreensão do fenômeno do neoconstitucionalismo e da conseqüente derrota do positivismo – *não pode representar o abandono das possibilidades de se alcançar verdades (correções) conteudísticas.* As teorias procedurais mostram-se insuficientes para as demandas paradigmáticas no campo jurídico de um país como o Brasil.

Ao contrário da hermenêutica filosófica, não há ser-no-mundo nas teorias consensuais-procedurais, pelas quais só é possível atribuir um sentido a alguma coisa quando qualquer outra pessoa que possa dialogar comigo também o possa aplicar. Nelas, a condição de verdade das sentenças (enunciados) *é o acordo potencial de todos os outros.* Ou seja, nelas não há espaço para a substancialidade (conteudística). Portanto, não há ontologia (no sentido de que fala a hermenêutica filosófica), o que demonstra que a linguagem, que na hermenêutica é condição de possibilidade, nas teorias consensuais-procedurais é manipulável pelos partícipes (afinal, a verdade tem garantia apenas na argumentação). Continua sendo, pois, uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, embora os esforços feitos por sofisticadas construções no plano das teorias discursivas, como Habermas e Günther.

Não há, pois, como isolar a pré-compreensão, que desde sempre está conosco. Há um compreender que se antecipa e sobre o qual não há regramento. Portanto, a pergunta pelo fundamento do compreender sempre chega tarde. Interpretar e aplicar são coisas incindíveis. Afinal, o "como" hermenêutico nunca ocorre pela primeira vez na proposição. *Isto é, sempre há algo que garante que não estamos em um mundo naturalista.* Portanto, a pergunta pelo fundamento do compreender sempre chega tarde. A tarefa do intérprete é a de demonstrar aonde a interpretação se "choca" com os limites da produção de sentido.

11.2. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas. A importância de compreender a diferença (e não cisão) entre texto e norma. As razões pelas quais entender sem aplicação não é um entender.

Penso, assim, que, mais do que possível, é necessário buscarmos respostas hermeneuticamente adequadas (corretas). Em outras palavras, o intérpre-

te não pode, por exemplo, atribuir sentidos despistadores da função social da propriedade, do direito dos trabalhadores à participação nos lucros da empresa, ou ignorar um texto jurídico substituindo-se ao legislador (claro que, se o texto for inconstitucional, assim deve ser declarado). O que é evidente é que não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. Afinal – e a percuciente observação é feita por Cattoni –, "o direito sob o Estado Democrático de Direito não é indiferente às razões pelas quais um juiz ou um tribunal toma suas decisões. O direito, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, cobra reflexão acerca dos paradigmas que informam e conformam a própria decisão jurisdicional".[8]

Daí minha insistência no sentido de que entre texto e sentido do texto (norma) não há uma cisão – o que abriria espaço para o subjetivismo (teorias axiológicas da interpretação) – e tampouco existe, entre texto e norma, uma identificação (colagem) – o que abriria espaço para o formalismo de cunho objetivista. Entre texto e sentido do texto há, portanto, uma diferença. Negar essa diferença implica negar a temporalidade, porque os sentidos são temporais. A diferença (que é ontológica) entre texto e norma (sentido enunciativo do texto, ou seja, o modo como o podemos decrever fenomenologicamente) ocorre na incidência do tempo.

Deixo claro – e isto tenho feito também em outros trabalhos – que a distinção entre texto e norma, embora deite raízes na tese de Friedrich Müller (retrabalhada principalmente por Eros Grau) e com ela tenha várias identificações, possui uma série de particularidades que tendem a afastar do original. A distinção texto-norma por mim adotada está baseada na fenomenologia hermenêutica e nos seus teoremas fundamentais, mormente naquele que sustenta a revolução copernicana produzida pela fenomenologia hermenêutica ao introduzir o mundo prático para a compreensão: a diferença ontológica (*ontologische Differentz*).

Portanto, quando trabalho a *diferença* entre texto e norma, não estou me referindo a um texto (enunciado lingüístico-assertórico) ao qual o intérprete atribui uma norma (baseada na "realidade"), ou um ato de subjetividade do intérprete dando sentido a um texto (texto de lei, etc.). Nos pressupostos aqui tratados, texto e norma *não são* coisas separadas (cindidas estruturalmente). Texto e norma não podem ser vistos/compreendidos isoladamente um do

8 Cf. Cattoni de Oliveira, Marcelo Andrade. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: _____. *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 51.

outro. E não é tarefa do intérprete "extrair um sentido oculto do texto", como defendem algumas posturas axiológicas. Não! Definitivamente, não! Texto e norma são diferentes em face da diferença ontológica – e esta é talvez a diferença fundamental entre o que sustento e outras concepções hermenêuticas –, porque o texto só será compreendido na sua norma, e a norma só será compreendida a partir do seu texto. E não há textos "sem coisas".

De todo modo, parece haver um elevado grau de consenso de que texto e *norma não* são a mesma coisa, questão já posta de há muito por Friedrich Müller e Eros Grau. Mas a controvérsia não se esgota com tal constatação. Autores como Humberto Ávila, embora concordem que "não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte", em um segundo momento afirma que

> "em alguns casos há norma mas não há dispositivo. Quais são os dispositivos que prevêem os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. Então há normas, mesmo sem dispositivos específicos que lhes dêem suporte físico. Em outros casos há dispositivo mas não há norma. Qual norma pode ser construída a partir do enunciado constitucional que prevê a proteção de Deus? Nenhuma. Então, há dispositivos a partir dos quais não é construída norma alguma".[9]

Observe-se: sob um prima hermenêutico, *não é possível concordar com as assertivas de Ávila no sentido de que há normas sem textos ou de que há textos sem normas.* Apenas seria possível pensar assim se um texto fosse apenas um enunciado lingüístico e se fosse possível cindir "palavras" e "o sentido das palavras" ou "palavras" e "coisas", enfim, apenas seria possível pensar assim se existissem "entes sem ser" (lembremos, o ser não é um ente; o ser não pode ser visto; ele serve para dar sentido aos entes) ou se existissem conceitos em abstrato, que, posteriormente, seriam "acomplados" aos entes. Em síntese, as assertivas de que "há textos sem normas e normas sem texto" não se sustentam à luz do círculo hermenêutico (de cariz hermenêutico-filosófico).

Repito, pois: o texto é um evento. Texto é fato; fato é texto. Gadamer diz que a interpretação não se limita aos textos e à compreensão histórica que neles se deve alcançar; todas as estruturas de sentido concebidas como textos, desde a natureza passando pela arte, até as motivações conscientes ou incons-

9 Cf. Ávila, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22.

cientes da ação humana são sucetíveis de interpretação.[10] E esse texto, (que é evento) somente é "algo" (*etwas als etwas*) no seu sentido, na sua enunciação, isto é, na sua norma.

É essa inovação, pois, que procuro trazer para a discussão da "dicotomia" texto-norma, desde os meus primeiros textos, em especial, *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*. Dito de outro modo, negar essa diferença é acreditar no caráter fetichista da lei, que arrasta o direito em direção ao positivismo. Daí a impossibilidade de reprodução de sentidos, como se o sentido fosse algo que pudesse ser arrancado dos textos (da lei, etc.). Os sentidos são atribuíveis a partir da faticidade em que está inserido o intérprete e respeitando os conteúdos de base do texto, que devem nos dizer algo. A coisa deve nos dizer (sempre) algo.[11] Levemos o texto a sério, pois.

Isso significa poder afirmar que o texto sempre já traz "em si" um compromisso – que é a pré-compreensão que antecipa esse "em si" – e que é o elemento regulador de qualquer enunciado que façamos a partir daquele texto. Esse elemento regulador é o *als* (como) hermenêutico que acompanha e precede o *als* (como) apofântico (estrutura do texto ou, se se quiser, enunciado manifestativo). A diferença ontológica só se compreende e somente faz sentido porque ela é o elemento fundamental do modo de ser no mundo (modo prático de ser no mundo). Esse modo de ser no mundo já é sempre uma dimensão de mundo que nos determina e que trazemos conosco. *Ser-no-mundo é uma dimensão que é, ao mesmo tempo, hermenêutica e apofântica*. Ou seja,

10 Cf. Gadamer, *Wahrheit, Ergänzungen, op. cit.*, p. 435.

11 Somente quando se encontra a palavra para a coisa é que a coisa é uma coisa. A palavra, diz Heidegger, *nomeia* o âmbito aberto onde habita o homem; o aberto de sua morada torna manifesto aquilo que vem ao encontro da essência do homem e assim, aproximando-se demora-se e conserva em sua proximidade; a *morada do homem contém e conserva o advento daquilo a que o homem pertence em sua essência*. Somente quando se encontrou a palavra para a coisa, é esta uma coisa; somente então é, uma vez que a palavra é o que proporciona o ser à coisa (Cf. Heidegger, Martin. *Unterwegs zur Sprache*. Pfüllingen, pp. 164 e segs.). Sem a palavra, sem a linguagem, não há existência. *Não falamos sobre aquilo que vemos, mas sim o contrário; vemos o que se fala sobre as coisa*. Cf. Heidegger. *Prolegomena zur Geschichte des Zeitbegrimffs. Leciones de Marburgo del semestre de verano de 1920*. Gesamstausgabe vol. 2, Frankfurt, 1988, p.75). Acrescen-te-se, aqui, o dizer de Wilson Gomes (Heidegger e os pressupostos metafísicos da crítica da modernidade. *Ética e razão*. Síntese Nova Fase, v. 22, n. 68, 1995, p. 177), para quem "a palavra, na qual a pergunta pela realidade nos conduz, concede-nos ao mesmo tempo uma direção e um procedimento. A palavra é o caminho e se persistirmos nela estaremos num caminho já percorrido. O que não implica que não possamos nos perder e que tenhamos claro o ponto do caminho em que nos encontramos. Quer dizer apenas que a palavra nos impõe um diálogo com o passado que chega até hoje. É preciso escutar a palavra realidade desde este passado. Só assim ela é um caminho; o qual nos está diante – *pois a palavra nos precedeu e há muito se dirigiu a nós* – mas ao mesmo tempo está às nossas costas porque há muito a pronunciamos".

a partir da diferença ontológica é impossível cindir o elemento hermenêutico do elemento apofântico. É nessa diferença que se dá o sentido, donde é possível afirmar que a incindibilidade do "como hermenêutico" do "como apofântico" é a garantia contra a atribuição arbitrária de sentidos assim como a atribuição de sentidos arbitrários.

O texto diz (sempre) respeito a algo. Objetos só existem – no sentido de existência – quando trazidos à tona por palavras. O "fato" só será "fato jurídico" (se assim se quiser tratar do problema).[12] É nisso que reside a diferença entre questão de fato e questão de direito, para trazer a lume a ruptura com esse dualismo metafísico proporcionada por Castanheira Neves.[13] A assertiva "a norma dá sentido ao texto" *significa que o texto só existe* – no sentido de sua existência – *"normado"* (significado). Este é o cerne de uma hermenêutica jurídica de caráter fenomenológico.

Mas atenção: *esse normado/significado jamais será um produto de uma conceitualização, ou de uma subsunção do geral ao particular ou de deduções do universal ao empírico*. Quando falamos em fatos ou coisas, falamos de fatos ou coisas *porque estes somente são tais porque lhes foi atribuído um sentido*. Afinal, diz Gadamer, "a experiência não se verifica primeiro sem palavras para se tornar depois, através de designação, em objeto de reflexão".[14] Mais ainda, *das Licht, das alles so hervortreten lässt, dass es in sich selbst einleuchted und in sich verständlich ist, ist das Licht des Wortes*.[15] E Castanheira Neves vai lembrar que não se logrou ainda compreender que o facto de deparar-se o jurista nas fontes formais do direito com textos não implica necessariamente que o objecto interpretando seja a significação textual desses textos-dados e não antes a significação normativa porventura

12 É a partir dessa concepção de texto que, por exemplo, Dworkin vai sustentar a sua tese da existência de uma (única) resposta correta para o caso concreto, problemática que é bem apanhada por Menelick de Carvalho Neto (A hermenêutica constitucional sob paradigma do Estado Democrático de Direito. In: Cattoni, *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional, op. cit.*, p. 40): "Dworkin, é claro, sabe tão bem quanto Kelsen que qualquer texto possibilita várias leituras; o problema da decisão judicial, no entanto, é que a mesma se dá como solução de um litígio concreto e envolve igualmente a interpretação dos fatos que configuram uma situação de aplicação única e irrepetível".

13 Embora as aproximações que possam ser feitas das teses de Castanheira Neves com a hermenêutica filosófica – e a importância que reconhece às obras de Gadamer e Heidegger –, este tem deixado claras as suas discordâncias (que, de certo modo, podem ser aplicadas às críticas que o mestre conimbressense faz também a Dworkin). Com efeito, p. 470.

14 Cf. Gadamer, *Wahrheit und Methode, Grundzüge, op. cit.*, p. 394.

15 Idem, ibidem, p. 487.

neles objectivada e que assim não já o texto, mas a norma será o objeto interpretando, não obstante o dado do texto.[16]

Não podemos falar de textos – e, portanto, de coisas que são significadas por textos – que ainda não tenham recebido nossa significação. Quando olhamos um texto, este já nos aparecerá significado (é, pois, a norma). Mas essa significação (atribuição de sentido) só se realiza a partir da relação fato e direito. Essa significação será o conteúdo predicativo do texto. Não haverá textos sem esse conteúdo.

Essa significação será sempre *applicatio*, que ocorrerá sempre em face de uma dada situação, concreta ou imaginada. *Mas, sem dúvida, sempre dirá respeito a algo.* Afinal, como bem lembra Schapp,[17] antes que se possa dizer como é compreendido um texto, deveria se esclarecer como o mundo como tal é compreendido. Também textos não compreendidos somente existem num mundo já compreendido. Seja qual for o modo como forem compreendidos, sua compreensão parte da compreensão do mundo, e não o mundo é compreendido em analogia com textos.

É por isto que – e insisto nessa tecla – *o texto é mais do que um enunciado lingüístico* e nisso se funda a tese da coerência e da integridade do direito. Acreditar que o texto é apenas um enunciado lingüístico é fazer uma simbiose entre conceitualismo e realismo dos conceitos, segundo o qual o universal possui uma existência autônoma, sendo, como tal, plenamente cognoscível.[18] Mais do que isso, pode significar o risco da "fetichização do discurso". Ele seria apenas isto – e com isto a tese "levemos o texto a sério" poderia ser acusada de objetivista-normativista, se:

a) fosse possível interpretar em etapas, cindindo interpretação e aplicação;
b) se os conceitos fossem abstratalizações (significantes primordiais-fundantes);
c) a interpretação fosse produto de subsunções ou deduções.

A expressão "levemos o texto a sério" não implica, a toda evidência, incentivar teses e interpretações normativistas-objetivistas (causal-explicativas), como se fosse possível tratar o fenômeno jurídico por intermédio de "suficiências ônti-

16 Cf. Castanheira Neves, Antonio. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica.* Coimbra: Coimbra Editores, 2003, p. 287.
17 Cf. Schapp, Ian. *Problemas fundamentais da metodologia jurídica.* Porto Alegre: Fabris, 1985, p. 113.
18 Ver, nesse sentido, Schapp, *op. cit.*, pp. 13 e segs.

cas". Ou seja, o texto da regra não resiste à Constituição (e sua principiologia). E nem a Constituição é um texto entificado. Desse modo, sustentar a prevalência da regra infraconstitucional, mesmo em relação a um princípio constitucional, é fazer perigosa concessão ao positivismo (ou a uma de suas facetas).

Do mesmo, só que em outro sentido, "levar o texto a sério" não quer dizer que o texto – embora "levado em conta" – seja considerado apenas como sendo a ponta do *iceberg* e que, debaixo dele, estariam submersos os valores a serem descobertos pela subjetividade do intérprete, como querem certas teorias realistas/axiológicas (de cariz pragmatista).

Portanto, há uma relação clara e insofismável entre a *incindibilidade da interpretação, da compreensão e da aplicação* e a tese hermenêutica (filosófica) de que texto e norma são apenas diferentes, uma vez que:

a) se fossem separados, estar-se-ia admitindo a tese metafísica de que os conceitos podem ser constituídos em abstrato (discursos de justificação acerca da validade a partir do princípio "U"?), independentemente das coisas às quais se referem, com o que os sentidos seriam acopláveis "às coisas-ainda-sem-sentido" (e que assim pudessem ser percebidas, para depois nelas se colar o sentido);
b) se, ao contrário, fossem "colados" um ao outro, repristinando, assim, uma espécie de "naturalismo da linguagem", a (hercúlea) tarefa do intérprete seria a de "extrair" do texto o sentido que lhe está(ria) imanente, ou seja, *como se o texto carregasse, de forma reificada, o seu próprio sentido* (esta é, pois, a tese da reprodução de sentido, traduzida pela expressão *Auslegung*).

Assim, o texto da Constituição só pode ser entendido a partir de sua aplicação. *Entender sem aplicação não é um entender.* A *applicatio* é a norma(tização) do texto constitucional. A Constituição será, assim, o resultado de sua interpretação (portanto, de sua compreensão como Constituição), que tem o seu acontecimento (*Ereignis*) no ato aplicativo, concreto, produto da intersubjetividade dos juristas, que emerge da complexidade das relações sociais.

Em outras palavras, chegamos às coisas do mundo a partir de um ponto de vista, e, nesse sentido,[19] o discurso sobre o mundo tem uma estrutura do

19 Veja-se, assim, os problemas acarretados por um imaginário jurídico de baixa constitucionalidade, que funciona, desse modo, como matriz do sentido que o jurista/intérprete terá da Constituição. O resultado disto todos conhecemos: o positivismo continua a opor sérias resistências ao constitucionalismo.

algo como algo (*etwas als etwas*), isto é, a Constituição como Constituição. E a estrutura do discurso sobre as condições de possibilidade sobre o mundo também é a estrutura de algo como algo, na medida em que o compreender é um compreender algo como algo.[20] Isto significa dizer que o estar-no-mundo depende dessa pré-compreensão (*vorverständnis*), que é condição de possibilidade da compreensão desse "algo". Daí o acerto de Gadamer,[21] ao afirmar que os pré-juízos de um indivíduo, muito mais do que seus juízos, são a realidade histórica de seu ser.

Assim, percebemos (compreendemos) a Constituição "como" Constituição (*etwas als etwas*) quando:

primeiro, a confrontamos com a sociedade para a qual é dirigida;

segundo, compreendemos a Constituição "como" Constituição quando examinamos os dispositivos que determinam o resgate das promessas da modernidade e quando, através de nossa consciência acerca dos efeitos que a história tem sobre nós (*Wirkungsgeschichtliches Bewußtsein*), damo-nos conta da ausência de justiça social (cujo comando de resgate está no texto constitucional);

terceiro, compreendemos a Constituição "como" Constituição quando constatamos que os direitos fundamentais sociais somente foram integrados ao texto constitucional pela exata razão de que a imensa maioria da população não os têm;

quarto, quando compreendemos que a Constituição é, também, desse modo, a própria ineficácia da expressiva maioria dos seus dispositivos (que é, finalmente, o retrato da própria realidade social);

quinto, quando percebemos também que a Constituição não é somente um documento que estabelece direitos, mas, mais do que isto, ao estabelecê-los, a Constituição coloca a lume e expõe dramaticamente a sua ausência, desnudando as mazelas da sociedade;

sexto, quando percebemos que a Constituição não é uma mera Lei Fundamental (texto) que "toma" lugar no mundo social-jurídico, estabelecendo um novo "dever-ser", até porque antes dela havia uma outra "Constituição"; e, antes desta, outras quatro na era republicana..., mas, sim, é da Constituição, nascida do processo constituinte, como algo que constitui, que deve exsurgir

20 Cf. Stein, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2ª ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004, p. 65.

21 *Darum sind die Vorurteile des einzelnen weit mehr als seine Urteile die geschichtliche Wirklichkeit seines Seins*. Cf. Gadamer, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode*, Grundzüge, *op. cit.*, p. 281.

uma nova sociedade, não evidentemente rebocando a política, *mas permitindo que a política seja feita de acordo com a Constituição*.

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

Assim, a força normativa da Constituição dependerá de uma adequada interpretação, uma vez que é esta – a interpretação – que se constitui como condição de possibilidade para o acontecer de *uma nova teoria das fontes* e de *uma nova teoria da norma jurídica*, completando-se, assim, a superação do positivismo a partir dessa batalha travada nessas três frentes (teoria das fontes, teoria da norma e a *hermenêutica*).

Por isso, o texto não está à disposição do intérprete, porque ele é produto dessa correlação de forças que se dá não mais em um esquema sujeito-objeto, mas, sim, a partir do círculo hermenêutico, que atravessa o dualismo metafísico (objetivista e subjetivista). Há, pois, um sentido forjado nessa intersubjetividade que se antecipa ao intérprete. Em outras palavras, o intérprete esta(rá) jogado, desde sempre, nessa lingüisticidade. Por esse motivo, a interpretação da Constituição, isto é, o sentido (norma) do texto constitucional é – parafraseando Radbruch – *o resultado do seu resultado*, que decorre, afinal, desse complexo jogo de relações intersubjetivas e das dimensões simbólicas do poder, que "cercam" desde sempre o intérprete.

E é por isso que é necessário compreender as especificidades da hermenêutica jurídica. Vista de "fora", a hermenêutica jurídica é, por vezes – ou não raras vezes – subestimada, *como se a problemática da interpretação do direito estivesse restrita à análise de vaguezas, ambigüidades, uso contextual ou à discussão entre vontade da lei versus vontade do legislador*. Do mesmo modo, há que se tomar cuidado com análises que não levam em conta o papel da Constituição (mormente no sentido de Constituição principiológica). Assim, como exemplo, vale referir a obra de Marcelo Dascal[22] que, embora sofisticada no plano da compreensão e da interpretação no nível da comunicação, pri-

22 Cf. *Interpretação e compreensão*. Trad. Marcia Heloisa Lima da Rocha. São Leopoldo: Unisinos, 2006, pp. 342 e segs.

vilegia uma analítica da linguagem no campo do direito (na linha de autores como J. Wróblewski). Daí a minha insistência no papel da Constituição: penso que não é o mesmo falar em interpretação do direito no interior de um sistema jurídico com papel reduzido para os princípios e para a jurisdição constitucional e um sistema com uma "baixa incidência" desses elementos. Também não se deve olvidar o estado da arte da doutrina e da jurisprudência de cada país, que conforma a "situação hermenêutica" do autor da respectiva teoria acerca da interpretação do direito.

Assim, parece frágil a descrição – ou prescrição – de Dascal, no sentido de que a interpretação judicial operativa ocorre no caso de dúvida devido à falta da clareza necessária ou da transparência requerida para a aplicação da lei e de que esse tipo de interpretação envolve sempre um componente pragmático (o autor assume uma perspectiva pragmática: "na prática legal, e não raro na teoria também, questões acerca da interpretação de uma lei, de um precedente ou até de uma sentença são freqüentes; às vezes, essas questões se referem à terminologia legal, mas na maioria das vezes elas estão relacionadas a determinadas expressões da linguagem cotidiana que são, ou devem ser, compreendidas de acordo com um determinado contexto de uso", lembra o autor). Na mesma linha, parece não haver dúvida de que o campo da interpretação do direito avançou para além de se dizer que "na ciência jurídica, ao lidar com a sistematização da lei em vigor, uma interpretação doutrinária também é necessária" ou que "o raciocínio da interpretação legal é uma das espécies do raciocínio jurídico", nele estando "subentendida a idéia de racionalidade". Embora o autor assuma que se espera que "uma decisão jurídica não seja arbitrária, isto é, que seja passível de ser justificada por 'boas razões'", coloca a racionalidade como "justificabilidade da decisão". Em um sistema jurídico no qual os princípios ingressam no direito para superar as insuficiência do mundo das regras, há fortes indicativos – advindos dos diversos modelos contemporâneos preocupados com a especificidade da interpretação do direito constitucional – que apontam como superada a dicotomia subjetivismo-objetivismo. Em Dascal, entretanto, tudo está a indicar que a dicotomia persiste, quando, por exemplo, contenta-se com a existência de dois tipos básicos de ideologia de interpretação, de acordo com o tipo de valores subjacentes que comportam: a ideologia estática favorece valores como certeza legal, segurança legal, previsibilidade legal e a estabilidade da lei; a ideologia "dinâmica" está mais preocupada com a adaptação da lei às necessidades mutáveis da vida. Tais necessidades são tidas como a axiologia que fundamenta o contexto funcional da operação da lei na ocasião de sua interpretação (embora também tomem em consideração o contexto sistêmico). A ideologia estática corresponde à cons-

trução do significado como sendo o significado do emissor, tomado como idêntico à vontade do legislador histórico. A idéia de significado da ideologia dinâmica, por outro lado, é a do significado do emissor modificado, que pode ser alterado, embora não haja alteração na letra da lei. Mais ainda, segundo o autor, há na cultura jurídica corrente diretrizes da interpretação jurídica aceitas tanto pela ideologia estática quanto pela dinâmica. Essas ideologias seriam disfarçadas sob o título de "teorias da interpretação" (teoria subjetiva e teoria objetiva). Essas ideologias dependeriam, desse modo, implicitamente, "do ponto de vista tomado em relação ao legislador racional". Do exposto, *não creio que as demandas da hermenêutica jurídica em tempos de neconstitucionalismo e de pós-positivismo possam ficar reduzidas aos usos da linguagem, mesmo que Dascal diga que a pragmática de que trata "deve ser lida não só com os os usos comunicativos ou sociais da linguagem, mas também com os usos que são, de certo modo, puramente privados"*. Esse equívoco é cometido também no âmbito das teorias argumentativas, que não deixam de ser analítico-metodológicas, pois objetivam construir discursos de adjudicação sobre o direito, que, ao fim e ao cabo, substituem o próprio direito, reforçando o esquema sujeito-objeto.

Portanto – insisto – a Constituição faz a diferença. Por isso, também, uma vez compreendida devidamente a questão do sentido que tem a Constituição – que é um texto que recebe uma norma (sentido) –, torna-se mais fácil entender as razões pelas quais uma resposta será correta (constitucional, porque constitucionalmente adequada, depois do exame da coerência e da integridade da resposta a ser dada em um determinado caso) e outra será incorreta (porque incompatível com a coerência e a integridade do direito, que estará fundado na materialidade da Constituição). Portanto, não é possível entender a interpretação do direito sem levar em conta a "diferença constitucional": um vetor de sentido que, embora não seja uma categoria ou uma pauta universal (um *fundamentum inconcussum*), baliza os limites hermenêuticos no momento da *applicatio*.

Para além disso, o que precisa ficar explicitado (colocando uma espécie de blindagem contra acusações de "ontologização da Constituição") é que a Constituição, muito embora fundamento *stricto sensu* de validade do sistema jurídico, *não pode ser considerada como uma "categoria fundante", ou uma premissa maior, de onde se possa* (simplesmente) *deduzir sentidos*. Ora, não se funda um ente em outro. Como já explicitado, coisas não são deduzíveis de coisas. Por isso a noção de co-originariedade, de co-pertença.

Assim como não se procede subsuntivamente quando se interpreta (e, portanto, se aplica) um texto normativo em relação a uma situação fática, *tam-*

bém quando se interpreta um texto com base na Constituição, não ocorre esse processo subsuntivo/dedutivo. O sentido do texto se dá a partir do modo de ser-no-mundo no qual está inserido o intérprete. Não se percebe o texto primeiramente enquanto "ser-objeto". Há um mundo circundante no qual acontece essa manifestação. Ao vislumbrar o texto, já há um ter-prévio, um ver-prévio e um pré-conceito acerca da Constituição.

11.3. A resposta correta (nem a única e nem a melhor) e a concreta relação jurídica. A diferença entre respostas conteudísticas (verdadeiras hermeneuticamente) e respostas procedurais.

A questão da verdade tem sido tratada sob os mais diferentes aspectos. Correção tem relação com (pretensão de) verdade. Em direito, uma decisão judicial suscita sempre a pergunta: a resposta dada ao problema é correta ou incorreta? Essa resposta correta pode ser denominada de "resposta verdadeira"? Quando falamos que alguma coisa é verdadeira, a pergunta inevitável é: qual é a teoria sobre a verdade que sustenta essa afirmação?

Como fazer convergir pensamento e realidade? Desde que o *logos* superou o mito, o homem busca maneiras de desvendar o "abismo gnosiológico" que o separa das coisas. Veja-se, no direito, a luta travada na teoria do processo acerca, por exemplo, da "verdade formal", da "verdade real", do papel das ações de "conhecimento" e assim por diante. No primeiro livro de filosofia da linguagem da história, o *Crátilo*, a principal questão – afora a discussão política que envolverá o "perigo sofista" – era a questão acerca da "justeza dos nomes", isto é, como se dão nomes às coisas e quais as condições de possibilidade para que se afira essa adequação ou veracidade.

É extremamente complexo até mesmo procurar classificar as diversas teorias que tratam da verdade: das teorias correspondenciais e suas variações às teorias analíticas, passando pelas teorias intersubjetivas (que abarcam as teorias consensuais) até as teorias pragmáticas e as teorias hermenêuticas, há um leque de possibilidades compreensivas que, por certo, não conseguem abarcar a enorme dificuldade de tematizar a matéria.

Se a filosofia debate essa problemática desde a aurora da civilização, sendo, pois, o *locus* privilegiado da discussão da verdade, o direito parece ser o outro *locus* envolvido na busca das condições de possibilidade para aferir "quando o que se diz sobre uma coisa é verdadeiro ou falso" (observe-se: a partir da teoria de base aqui adotada, trata-se de discutir sobre aquilo que se diz

sobre algo; a questão estará em discutir esse "algo enquanto algo", e não o "em si" ou apenas "o enunciado assertórico").

Fazendo um pequeno escorço histórico destes vinte séculos, a busca de um *fundamentum absolutum inconcussum veritatis* está já na idéia platônica, na substância aristotélica, no *esse subsitens* do medievo (último suspiro da metafísica clássica), no *cogito* inaugurador da filosofia da consciência, no *eu penso* kantiano, no *absoluto* hegeliano, pela *vontade do poder* nietzscheana e "pelo imperativo do dispositivo da era da técnica", em que o ser desaparece no pensamento que calcula (Heidegger).[23]

Dito de outro modo, se na metafísica clássica os sentidos estavam nas coisas (as coisas têm sentido porque há nelas uma essência)[24] e na metafísica

23 Ver, para tanto, Stein, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença*. Ijui: Unijui, 2004.

24 A Metafísica foi entendida e projetada como ciência por Aristóteles e é a ciência primeira no sentido que fornece a todas as outras o fundamento comum, isto é, objeto ao qual todas se referem e os princípios dos quais todas dependem. A M. é a ciência que tem como objeto próprio o objeto comum de todas as outras e como princípio próprio um principio que condiciona a validade de todos os outros. Na sua historia a M. se apresentou sob três formas fundamentais diferentes, que são: 1 – Metafísica como teologia; 2 – como ontologia e 3 – como gnosiologia. 1 - Na primeira a M. se apresenta como *"ciência daquilo que está alem da experiência"*. Implica em reconhecer como objeto da M. o ser mais alto e perfeito da qual dependem todos os outros seres e coisas do mundo. É o que Aristóteles chama de *"algo de eterno, de imóvel e de separado"* (Met. VI, 1, 1026 a). 2 – A segunda é a ontologia ou doutrina que estuda os caracteres fundamentais do ser: aquilo sem o qual algo não é, se refere às determinações necessárias do ser. Estas determinações estão presentes em todas as formas e maneiras de ser particular. É um saber que precede todos os outros e é por isso ciência primeira enquanto seu objeto está implicado nos objetos de todas as ciências e enquanto, conseqüentemente, o seu princípio condiciona a validade de todos os outros princípios. 3 – O terceiro conceito da M. como gnosiologia é expresso por Kant resgatando Bacon na sua *filosofia primeira*: *"uma ciência universal, que seja mãe de todas as outras e constitua no processo das doutrinas a parte do caminho comum, antes que os caminhos se separem e se desunam"*. Para Kant a M. é o estudo daquelas formas ou princípios cognoscitivos que, por serem constituintes da razão humana, condicionam todo saber e toda ciência e de cujo exame, portanto, se podem extrair os princípios gerais de cada ciência. Um problema metafísico é não distinguir estas três acepções do conceito. Muitos filósofos, mesmo Aristóteles, por vezes sobrepõem estas distinções e são poucos os que realmente dominam este problema primeiro, e último, da filosofia. Entre os eruditos que entenderam bem este problema fundamental da filosofia se destacam: Aristóteles, que por primeiro a formula ordenadamente; Plotino; Tomás de Aquino que leva adiante o projeto de Aristóteles e o aplica às ciências; Duns Scotus que critica fortemente a tradição aristotélico-tomista; Francisco Suarez que recebe a encomenda de fazer uma grande síntese; Roger Bacon e Kant que vão dar as condições para o positivismo filosófico; e Heidegger que será o defensor de uma nova formulação na ontologia fundamental.
Em toda a história da filosofia há apenas um tratado sistemático de Metafísica e é o *Metaphysicarum disputationum (Disputaciones Metafísicas)* em sete volumes do jesuíta Francisco Suarez. O autor faz uma grande síntese de toda a historia do problema e as suas disputas e controvérsias e inova ao considerar a clássica distinção real entre *essência e existência* uma distinção *formal*. Heidegger domina a Metafísica medieval e a obra do Suarez como ninguém entre os clássicos e resgata

moderna passaram a estar na mente (na consciência de si do pensamento pensante), no século XX os sentidos passaram a estar na linguagem, a partir da ruptura com a filosofia da consciência produzida pela invasão da filosofia pela linguagem.

Esse terceiro paradigma (giro lingüístico-ontológico, para usar uma denominação mais adequada aos propósitos destas reflexões) provoca profundas transformações (e reações) no universo jurídico. Veja-se, só para exemplificar, a importância da superação do esquema sujeito-objeto e o que isto representou para o direito naquilo que chamamos de "revolução copernicana" do constitucionalismo contemporâneo, em que os princípios, enquanto mundo prático, ingressam no direito buscando ultrapassar as insuficiências do positivismo, representado pelo déficit de democracia e direitos fundamentais provocado no direito, a partir da admissão explícita da expulsão da moral e da abertura em direção da discricionariedade (e de suas variações, que redundaram em diversas posturas que colocaram no sujeito "do conhecimento" o *locus* do sentido, portanto, do *fundamentum*).

Nos limites destas reflexões, a ênfase é dada ao modo pelo qual a hermenêutica pode tratar da questão da verdade, buscando, especialmente, superar o ceticismo e o relativismo. A verdade não é vista como uma "problema teórico", pela simples razão de que a hermenêutica não separa "teoria e prática". É porque entendo a hermenêutica (jurídica) como integridade e antimetafísica, em face da *applicatio*, é possível dizer que a verdade passa a ter um sentido prático, uma vez que tem referências no modo prático de ser no mundo, na faticidade, em que, por isso mesmo, não se pode dizer "qualquer coisa sobre qualquer coisa".

Há condições de fazer afirmações corretas, mormente se considerarmos o antirrelativismo e anticeticismo da hermenêutica filosófica. Da mesma maneira, há condutas corretas e outras incorretas; mais do que isso, em face da especificidade do direito, em que cada texto jurídico deve estar conformado a

a identificação entre *essência e existência* que receberá uma nova perspectiva já não como uma Metafísica mas como uma *ontologia fundamental*. O lugar onde Heidegger trabalha a Metafísicas clássica de maneira mais sistemática é num curso de 1927 dado na Universidade de Marburg e que foi publicado cinqüenta ano mais tarde sob o titulo de *Die Grundprobleme der Phänomenologie*, famoso volume 24. Nele o autor tem um longo tratado sobre Tomás, Scotus e Suarez que culmina com a seguinte frase: *"se as perspectivas Escolásticas são tomadas de maneira superficial e vistas como escolásticas no sentido usual, como meras controvérsias oferecidas de maneira sofisticadas, teremos que renunciar completamente a querer entender* ***os problemas centrais da filosofia*** *que estão na sua base"*.

um outro que lhe é superior (a Constituição), uma interpretação será constitucional (portanto, correta) e outra inconstitucional (portanto, incorreta).

É evidente, nesse sentido, que "Constituição" deve ser entendida nos moldes do Estado Democrático de Direito e tudo o que a tradição a partir do segundo pós-guerra vem nos legando. Isso implica afirmar sempre o conteúdo ético assumido pelo texto constitucional no plano desse paradigma. Por isso, o Estado Democrático de Direito é um *plus* normativo e qualitativo, sustentado em dois pilares: a democracia e o resgate das promessas incumpridas da modernidade (concretização dos direitos fundamentais sociais). Portanto, a "resposta" aqui trabalhada tem um caráter corretivo a partir desse tipo de constituição jurídica, perdendo totalmente relevância em Estados autoritários (nas suas mais variadas espécies).

Desse modo, criticar a racionalidade não significa negá-la. Também as coisas não serão verdadeiras simplesmente porque há consenso sobre elas. Hermeneuticamente, é possível falar em verdades a partir daquilo que Gadamer denomina de pré-juizos verdadeiros (legítimos, autênticos), dos quais o intérprete se apropria.

Se em Gadamer essa questão está ligada à tradição e sua apropriação, no direito (Estado Democrático de Direito) essa tradição deve ser entendida como uma consolidação de um modelo de constitucionalismo que transforma – ou sustenta as transformações – das sociedades contemporâneas. Por isso, a Constituição é a sua compreensão; tudo o que ocorreu na Alemanha, na Itália, nos Estados Unidos, e assim por diante, engendra a "tradição constitucional".

Daí que a autenticidade da interpretação exsurgirá da possibilidade de o jurista/intérprete *apropriar-se* deste compreendido. A *apropriação do compreendido* passa a ser a sua condição de possibilidade de poder fazer uma interpretação que supere o conteúdo reprodutor/reprodutivo e objetificante representado por esse *habitus dogmaticus* que é o sentido comum teórico dos juristas, que, efetivamente, representa aquilo que se pode denominar de "tradição inautêntica do direito". O *poder apropriar-se* é a chave para *escancarar as portas do mundo inautêntico do direito*.

Como conseqüência, falar a partir da pré-compreensão e dos pré-juízos (tradição) implica assumir que não há a primeira palavra e que há não grau zero de significação; isso implica igualmente entender que nos movemos em um mundo em que a linguagem é condição de possibilidade, e não algo à nossa disposição (nisso reside a ruptura com os paradigmas metafísicos clássico e moderno, fenomenologia que atravessa inexoravelmente o direito). Isso implica afirmar que as coisas (entes) só existem uma vez significadas e que nos compreendemos a partir de textos que significam coisas, e não atra-

vés de deduções feitas a partir de conceitos (universalidades), das quais "extrairíamos a singularidade".

Na hermenêutica, a faticidade é o espaço em que se dará o sentido. Na pré-compreensão, que se manifesta a partir de um ver prévio, um ter prévio e uma pré-visão, *já há um é*. Quando o intérprete (sujeito) busca fundamentar seu modo-de-agir/interpretar em uma instância "superior", em categorias ou marcos idealizados, fruto de concepções metafísicas ou de construção de "lugares ideais de fala", ou ainda a partir de "consensos discursivos", já há um pronunciamento prévio do *Dasein*, que une universalidade e singularidade, onde o sentido é alcançado pré-ontologicamente.

Portanto, nossa estruturação de sentidos – na busca da resposta a um determinado problema jurídico – deve obedecer a uma integridade que, segundo Dworkin, é algo como uma terceira virtude percebida em uma comunidade política, ao lado da Justiça e da Eqüidade (ele a coloca ao lado, também, do "devido processo legal"):

> "Mesmo que rejeitássemos a integridade e fundamentássemos nossa atividade política apenas na eqüidade, na justiça e no devido processo legal, veríamos que essas primeiras virtudes às vezes seguem caminhos opostos (...) Se acreditarmos que a integridade é um terceiro e independente ideal, pelo menos quando as pessoas divergem sobre um dos dois primeiros, então podemos pensar que, às vezes, a equidade ou a justiça devem ser sacrificadas à integridade (...) Mas não podemos esperar defender a integridade da maneira normal, pois sabemos que às vezes a integridade entrará em conflito com aquilo que recomendam a eqüidade e a justiça. Se quisermos afirmar a integridade política como um ideal distinto e dotado de autonomia, precisamos aumentar a amplitude do argumento político (...) Deveríamos procurar nossa defesa da integridade nas imediações da fraternidade (...) Para nós, a integridade é uma virtude ao lado da justiça, da eqüidade e do devido processo legal, mas isso não significa que, em alguma das duas formas assinaladas [legislativa e jurisdicional], a integridade seja necessariamente, ou sempre, superior às outras virtudes".[25]

No plano da hermenêutica, a integridade equivale ao respeito à tardição (autêntica/legítima), circunstância que, no direito, assume especial especificidade: se queremos dizer algo sobre um texto (*que nunca é algo em abstrato,*

25 Cf. Dworkin, *O Império do direito*, *op. cit.*, pp. 214 e segs.

um mero conceito, uma pauta geral ou qualquer enunciado lingüístico), temos que deixar que este nos diga algo (pense-se na jurisprudência, na doutrina, enfim, no modo de explicitação ôntico-proposicional das diversas manifestações do direito). E este texto estará dependente de um fundamento de validade, que é a Constituição, que é fruto de um "contrato" pelo qual, para usar as palavras de Ost, fizemos promessas a nós mesmos.

Mas é preciso ter claro que, no plano da hermenêutica aqui desenvolvida, a Constituição não é um elemento objetivo, separado do intérprete, fora da circularidade hermenêutica; dela é impossível "deduzir" "outro" elemento "objetivado", porque não é uma categoria ou uma hipótese a partir da qual se possa fazer "deduções", e, ao mesmo tempo, embora sendo o ponto de partida (e de chegada) do ordenamento, frustra essa pretensão de ser esse ponto, já que esse "começo" sempre se renova na forma de antecipação de sentido e na circularidade hermenêutica. É preciso compreender, pois, que a interpretação do texto exsurgirá a partir desse lugar originário, produto da antecipação de sentido (estrutura prévia de sentido), isto porque, como assinala Stein, não há conhecimento de objetos no mundo sem que tenhamos uma relação significativa com o mundo ou com o mundo que nos envolve e nos carrega.

É por isso que a pré-compreensão acerca do que significa a Constituição, da função da justiça constitucional e da revolução copernicana ocorrida no constitucionalismo, torna-se condição de possibilidade para a configuração do lugar da co-originariedade, *onde habita a estrutura prévia do compreender* a partir da virtuosidade do círculo hermenêutico. Dizendo de outro modo, o entendimento da Constituição como sendo o produto de um processo compreensivo, é dizer, de uma *applicatio* hermenêutica, pressupõe um rompimento paradigmático, isto é, torna-se imprescindível saltar do "modo apofântico" para o "modo hermenêutico", isto porque o *compreender é um existencial, que é uma categoria pela qual o homem se constitui*. A Constituição é um ente disponível porque o jurista desde sempre se compreende (autêntica ou inautenticamente) na Constituição (portanto, essa discussão não se descola do paradigma do Estado Democrático de Direito). Como ente disponível, *ela faz parte do modo da existência*, na medida em que o jurista/intérprete opera com ela sempre.

Dito de outro modo, na medida em que o ser é sempre o ser de um ente, isto é, o ser não flutua no ar (não pode ser visto), portanto, só ocorre nas coisas (entes), este não pode ser entificado. Portanto, não esqueçamos que *sentido é aquilo dentro do qual o significado pode se dar*, isto é, o significado é o conteúdo predicado de um enunciado. Na fenomenologia hermenêutica, opera-se com os conceitos de abertura e encobrimento, em que o sentido é possibilitado pela abertura e desaparece pelo encobrimento, mas sempre num

horizonte de sentido que depende do modo de ser do Dasein. O sentido *depende do horizonte no qual ele pode dar-se, graças à abertura ou ao encobrimento próprio da existência. A fenomenologia hermenêutica será justamente o modo de descrever as coisas como elas acontecem.*

Assim, se queremos deixar que o texto – que não subsiste como texto *(jurídico), mas, sim, somente como uma norma* (que é o texto em forma de *enunciados, em que o conteúdo veritativo não é nada mais do que a dimensão predicativa, isto é, aquilo que se diz sobre ele*) – sua correção deverá ser aferida *a partir da Constituição, d'onde é possível afirmar que a resposta correta (verdadeira no sentido hermeneutico-constitucional da palavra) será a resposta adequada à Constituição. O intérprete não se depara com um texto infraconstitucional "nu", "carente" do sentido da Constituição. A Constituição é (também) um existencial. Faz parte do modo-de-ser-no-mundo (autêntico ou inautêntico) do jurista/intérprete. Daí que é desnecessário dizer que uma "baixa compreensão" acerca do sentido da Constituição – naquilo que ela significa no âmbito do Estado Democrático de Direito – inexoravelmente acarretará uma "baixa aplicação", problemática que não é difícil de constatar nas salas de aula de expressiva maioria dos cursos jurídicos do país e na quotidianidade das práticas dos operadores do direito. Isso significa poder afirmar que o próprio sentido de validade de um texto jurídico tem esse sentido prévio advindo da pré-compreensão que o intérprete tem da Constituição. Ou seja, se ele somente tem sentido (válido) se estiver de acordo com a Constituição, ontologicamente esse sentido exsurgirá da antecipação do sentido proporcionado pelo movimento da circularidade. Nem o texto infraconstitucional pode ser visto apartado do sentido da Constituição e nem esta (a Constituição) pode ser entendida como se fosse um "ser sem ente" (uma "categoria" ou uma "premissa").*

Vista a questão desse modo, não haverá sinonímia; haverá compreensão do fenômeno jurídico por meio da síntese hermenêutica que se dá a partir da pré-compreensão do intérprete, que falará desde a sua intersubjetividade (integridade de sentidos). Se a verdade objetiva tinha um sentido ontológico (clássico), a verdade hermenêutica terá um sentido ontológico, resultante da diferença ontológica, em que ser e ente não estão cindidos (subjetivismo) e nem colados (objetivismo).

Portanto, o "conceito" de verdade está ligado à possibilidade de elaborar juízos autênticos (legítimos), que dependerão de nossa pré-compreensão. Se nos movemos no mundo a partir de nossa inserção em determinado paradigma, a compreensão (interpretação) que fazemos sobre o direito (para ficar na especificidade) dependerá dessa questão metodológica.

Superando o problema do solipsismo e todas as suas conseqüências, isto é, de que não há mais uma idéia transcendental produzida desse modo (solipsisticamente) no interior de um sujeito transcendental, *podemos dizer que há algo que pode ser apresentado como critério, como limite, e que é algo que faz com que saibamos como nos mover nesse universo de sentidos* (queiramos ou não, no direito temos uma Constituição, e quem ignorar essa circunstância assumirá uma postura idealista).

A interpretação de um texto jurídico jamais será aleatória. Trata-se de compreender que lidamos com sintaxes e que não podemos isolá-la da semântica (por exemplo, a velha cisão fato-norma) e tampouco entender a pragmática como "reserva técnico-hermenêutica" para resolver insuficiências lógico-semânticas.

Daí a aproximação das teses aqui expostas com Dworkin, quando este diz que é possível distinguir boas e más decisões e que, quaisquer que sejam seus pontos de vista sobre a justiça e a eqüidade, os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da integridade, nas decisões que tomam. Importa acrescentar que Dworkin, ao combinar princípios jurídicos com objetivos políticos, coloca à disposição dos juristas/intérpretes um manancial de possibilidades para a construção/elaboração de respostas coerentes com o direito positivo – o que confere uma blindagem contra discricionariedades (se se quiser, pode-se chamar isso de "segurança jurídica") – e com a grande preocupação contemporânea do direito: a pretensão de legitimidade.

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, *o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.* Segundo o direito como integridade, *as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, eqüidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.* O direito como integridade é, portanto, mais inflexivelmente interpretativo do que o convencionalismo ou o pragmatismo. O direito como integridade é

tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração.[26]

Entendo, assim, que a integridade de que fala Dworkin se aproxima daquilo que podemos denominar de "tradição autêntica", na medida em que é possível distinguir pré-juízos autênticos (verdadeiros) de pré-juízos inautênticos (falsos). Pré-juízos são antecipações. É a pré-compreensão, que não dominamos. E como não há mais uma relação gnosiológica sujeito-objeto, *o círculo hermenêutico nos permite que cheguemos antes de qualquer subsunção ou dedução*. É possível dizer, desse modo, que a integridade será algo que não é justiça, nem eqüidade. Não é objetivável, mas nos leva ao estranhamento (à angústia) sobre algumas decisões que não atendem a ela. Dworkin acentua que não há uma hierarquia entre integridade, justiça e eqüidade, isto porque, ora ela poderá prevalecer e ora não prevalecerá. E não poderia ser diferente, já que afirmar que a integridade prevalece, *prima facie*, seria atentar contra a própria integridade. Seria uma contradição performática sustentar essa supremacia. Ou seja, não prevalece porque atender à integridade é deixar acontecer o que se antecipa (por isso, não cisão entre interpretar e aplicar, tal como na hermenêutica filosófica), permitindo uma resposta (correta) a partir e para além da justiça e da eqüidade.

É por isso que a dificuldade na tradução apofântica da integridade se deve ao fato de que o fenômeno chamado por Dworkin de integridade é um fundamento não-metafísico, portanto para longe de um "princípio epocal" (*inconcussum veritatis*). A integridade pode ser traduzida como um existencial, portanto. Eis, assim, a relação de Dworkin com o substancialismo. Veja-se, nesse sentido, a preocupação metódica de Dworkin, percebida quando ele tenta descrever os passos do Hércules, exigindo a colocação desse elemento entre o acontecer e o acontecido. Desse modo, a integridade foi colocada por ele entre o acontecer e o acontecido, tentando justificar esse último. No fundo, a virtude não é ela, porque, a rigor, não há nada entre o acontecer o acontecido, mas sim o estar-aberto-a-ela. O existencial seria, portanto, o que ele tenta explicar com a virtude da integridade, e não a integridade em si. Daí a alusão a Netuno, um planeta que foi descoberto "antes de ser visto". Por isso, é razoável concluir, em Dworkin, que o modo como ele demonstra a presença da integridade a traduz como um "existencial", cuja ausência de descrição apofântica (ôntica) nos angustia. E essa angústia é a todo momento refletida por ele.

26 Cf. Dworkin, *O Império do Direito*, *op. cit.*, pp. 273 e segs.

De outra banda, cabe agregar que a idéia de direito como prática legal proposta por Dworkin – e aqui retrabalhada – não é incompatível com o nosso sistema jurídico (*civil law*). Nem mesmo a *common law* reina tranqüila, sofrendo cada vez mais a concorrência e os influxos da legislação *stricto sensu* (*statutes*). Na medida em que o texto é um evento, o direito como prática legal ou como integridade não significa apenas precedentes analisados integrativamente. Repita-se: como texto é evento, também a doutrina deve ser analisada à luz da integridade, isto é, se no plano das decisões judiciais não se pode decidir de qualquer modo, também na doutrina não se pode dizer "qualquer coisa de qualquer coisa". A coerência e a integridade são requisitos institucionais da prática jurídica.

Daí a indagação e a resposta de Dworkin:

> "Será a integridade apenas coerência (decidir casos semelhantes da mesma maneira) sob um nome mais grandioso? Isso depende do que entendemos por coerência ou casos semelhantes. Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e eqüidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo (...) A integridade é uma norma mais dinâmica e radical do que parecia de início, pois incentiva um juiz a ser mais abrangente e imaginativo em sua busca de coerência com o princípio fundamental".[27]

Para além disso, a tese do direito como integridade (respeito à tradição autêntica) é substancialmente antirrelativista e supera sujetivismos e objetivismos. Na verdade, Dworkin opõe sua tese aos dois pólos do positivismo – e a feliz observação é de Blackburn: um é a visão positivista de que a prática legal é inteiramente ditada por fatos preexistentes, tal como estatutos e decisões em letra gótica que estão, por assim dizer, na folha, ou "simplesmente seja lá como for"; o outro pólo, confusamente chamado de "realismo" na filosofia do direito, é, no fundo, o ponto de vista subjetivo ou puramente pragmático,

27 Cf. Dworkin, O Império do Direito, *op. cit.*, pp. 264-265.

segundo o qual o que os juízes e advogados fazem a nada corresponde, exceto às próprias percepções que eles têm das necessidades momentâneas da sociedade (ou até mesmo só as próprias necessidades dos juízes).[28]

Conseqüentemente, a resposta correta aqui trabalhada é a resposta hermeneuticamente correta, que, limitada àquilo que se entende por fenomenologia hermenêutica, poderá ser denominada de verdadeira, se por verdadeiro entendermos a possibilidade de nos apropriarmos de pré-juízos autênticos e, dessa maneira, podermos distingüi-los dos pré-juízos inautênticos (a tradição será esse "vetor" de sentido, engendrada a partir das duas grandes revoluções copernicanas ocorridas no século XX: a derrocada do esquema sujeito-objeto e o advento do constitucionalismo compromissório e transformador da sociedade).

A resposta correta é, pois, *applicatio* (superada, portanto, a cisão – metafísica – do ato interpretativo em conhecimento, interpretação e aplicação). Isso porque a interpretação do direito é um ato de "integração", cuja base é o círculo hermenêutico (o todo deve ser entendido pela parte, e a parte só adquire sentido pelo todo), sendo que o sentido hermeneuticamente adequado (correto) se obtém das concretas decisões por essa integração coerente na prática jurídica, assumindo especial importância a autoridade da tradição (que não aprisiona, mas funciona como condição de possibilidade). E – registre-se – a tradição não depende da vontade ou da discricionariedade do intérprete.

Exatamente por superar o modelo interpretativo baseado na determinação abstrata dos significados dos textos jurídicos – que proporcionariam, por isso, *múltiplas respostas* (soluções) – e por superar os modelos procedimentais (em que apenas importa a relação de proposições assertóricas) é que a hermenêutica trata da realização concreta do direito. É o caso concreto que será o *locus* desse acontecer do sentido. A esse caso deverá ser dada a resposta (correta), que estará ligada à compreensão do sentido que emerge dessa situação concreta, para além de uma mera fundamentação de caráter ôntico. A resposta (correta) será a explicitação das condições de possibilidade do compreendido (da apropriação e da filtragem dos pré-juízos forjados na tradição).

Veja-se que não é simples dizer – e a advertência enfática vem de Stein – que as verdades que fazem parte do universo hermenêutico ou as verdades de um texto que é produzido no universo da hermenêutica são verdades que se resolvem a partir de um universo ingênuo, a partir de uma afirmação ametódica. Somos incapazes de expor todos os pressupostos que estão no universo hermenêutico. Algo sempre escapa. A compreensão – que faz parte do modo de ser-

28 Cf. Blackburn, *op. cit.*, p. 251.

no-mundo – antecipa qualquer tipo de explicação lógico-semântica, não no sentido temporal, cronológico. *Porque estamos no mundo há uma compreensão que se antecipa a qualquer tipo de explicação.* Temos uma estrutura do nosso modo de ser que é a interpretação. Por isso, sempre interpretamos. *O horizonte do sentido nos é dado pela compreensão que temos de algo. O ser humano é compreender. Ele só se faz pela compreensão. Ele só se dá pela compreensão. Compreender é um existencial, que é uma categoria pela qual o homem se constitui.* A faticidade, a possibilidade, a compreensão são alguns desses existenciais. O fundamento do compreender é o próprio homem. *Na medida em que o compreender se explicita, ele é interpretado.* Este é o ponto central. De tal maneira que o interpretar é o expor, é o desdobrar das próprias possibilidades. O compreender vem a ser algo que se pode explicar pela linguagem, que manifesta algo; o compreender também é algo que faz parte do modo de ser-no-mundo.[29]

Aqui, é fundamental lembrar Gadamer, quando afirma que a *constante tarefa do compreender consiste em elaborar projetos corretos, adequados às coisas*, isto é, ousar hipóteses que só devem ser confirmadas "nas coisas mesmas". Aqui, não há outra "objetividade" além da elaboração da opinião prévia a ser confirmada. Faz sentido afirmar que o intérprete não vai diretamente ao "texto", a partir da opinião prévia pronta e instalada nele. Ao contrário, expressamente, coloca à prova a opinião prévia instalada nele a fim de comprovar sua legitimidade, o que significa, sua origem e sua validade.[30]

11.4. De como a resposta correta ultrapassa a "analítica da proposição". Para além da descrição "rasa" do objeto. "A" resposta correta: nem a única e nem a melhor entre muitas.

A idéia de resposta estará ligada, também e por conseqüência, à fundamentação, mas não como fundamentação apodídica. Aqui, reside o diferencial. Trata-se de inserir na hermenêutica jurídica as teses da ontologia fundamental que fundamentam a fenomenologia hermenêutica, para superar a "resposta transcendental" produzida pelas teorias da consciência. No lugar do sujeito solipsista, auto-suficiente, "consciente de si", colocam-se os limites desse sujeito, que são as condições histórico-concretas (sempre lembrando a questão da tradição, da coerência e da integridade, para inserir essa questão na

29 Nesse sentido, ver Stein, *Aproximações*, *op. cit.*, pp. 45-60.
30 Cf. Gadamer, Wahrheit, *Ergänzungen*, *op. cit.*, p. 60.

superação do esquema sujeito-objeto pela hermenêutica jurídico-filosófica). Estas são as bases a partir das quais deve ser compreendida a "resposta correta" proposta na presente obra.

A resposta (correta) ultrapassa a questão da "analítica da proposição"; ela não estará na proposição, mas, sim, em uma dimensão anterior à dimensão proposicional. Há nela um elemento a priori, que é a pré-compreenção, fundada no modo prático de ser no mundo (é por isso que a coerência e a integridade tornam-se condição de possibilidade na hermenêutica jurídica de cariz filosófico). A questão da integridade do direito (analisado a partir da tradição) está ligada à estruturação da compreensão e do modo de explicitar – não esqueçamos que interpretar é explicitar a compreensão – o fundamento das proposições jurídicas. Como assinala Stein,[31] *trata-se do como hermenêutico (algo como algo) enquanto fundamento da estrutura da proposição (ôntico). Esse é o fundamento prático em que desaparece o sujeito solipsista, introduzindo-se uma pluralidade para afirmar um outro nível, para além da subjetividade, "ali onde já existe uma legitimação coletiva, uma legitimação civil da proposição".*

Trata-se de uma resposta que pretende dar conta das condições de possibilidade não apenas epistemológicas (teorias analíticas), mas, sim, uma resposta que será dada a partir de critérios que não estão ou não se resumem ao plano ôntico-proposicional, uma vez que há algo que a estrutura antepredicativamente (é por isso que o círculo hermenêutico, que conforma a compreensão do intérprete, dá-se em um nível ontológico – não clássico – anterior à distinção entre sujeito-objeto).

Compreendidas tais especificidades da hermenêutica jurídica, que deve ser entendida paradigmaticamente – portanto, sem ignorar o significado da Constituição –, a resposta correta será a resposta constitucionalmente adequada; é, pois, o ponto de estofo em que exsurge o sentido do caso concreto (da coisa mesma). Na coisa mesma (*Sache selbst*), enfim, nessa síntese hermenêutica, em que o "é" do sentido acontece, está essa *resposta hermeneuticamente correta* – porque mais adequada à Constituição. A compreensão correta será alcançada a partir da coisa mesma.[32] Essa coisa mesma será manifestada por

31 Nesse sentido, ver comentários de Stein acerca do como *(wie)* do mundo e o enquanto *(als)* do algo enquanto algo (*Sobre a verdade, op. cit.*, pp. 276 e segs.).

32 Registre-se que, em várias ocasiões, Gadamer (*Wahrheit und Methode, Ergänzungen, op. cit.*, p. 61) aponta para a questão da "compreensão correta" e da "interpretação correta": *Ein mit methodischem Bewußtsein geführtes Verstehen wird bestrebt sein müssen, seine Antizipationen nicht einfach zu vollziehen, sondern sie selber bewußt zu machen, um sie zu kontrollieren und dadurch von den Sachen her das rechte Vertändnis zu gewinnen. Das ist es, was Heidegger meint, wenn er fordert, in der Ausarbeitung von Vohhabe, Vorsicht und Vorgriff aus den Sachen selbst her das wissenschaftliche Thema zu "sichern".*

esse "é". Compreender significa, primeiramente, entender-se na coisa. Como bem diz Gadamer,[33] *Wie eine Sache ist, stellt sich gleichsam erst heraus, wenn wir darüber reden.*

No fundo, é possível afirmar que uma interpretação será correta quando "desaparece" (*Paradoxerweise ist eine Auslegung dann richtig, wenn sie derart zum Verschwinden fähig ist*). É o que se pode chamar de "existenciais positivos", que é manifestação hermenêutica de nosso modo prático de ser no mundo. E quando não nos perguntamos acerca da compreensão que acabamos de fazer, é porque estamos em face dessa "desaparição hermenêutica". Dito de outro modo, aquilo que algumas teorias chamam de "casos fáceis", solucionáveis, portanto, por intermédio de "simples subsunções" ou "raciocínios dedutivos" (por todos, Manuel Atienza), comprovam essa assertiva, claro que sob outra perspectiva, conforme já explicitado anteriormente.

Desse modo, vejamos como a dualização metafísica "casos fáceis/casos difíceis" apresenta problemas sem resposta: casos fáceis, segundo Atienza (que vale também para as demais versões da teoria da argumentação jurídica) *são os casos que demandam respostas corretas que não são discutidas*; já os difíceis são aqueles nos quais é possível propor mais de uma resposta correta "que se situe dentro das margens permitidas pelo direito positivo". Mas, de que modo definir "as margens permitidas pelo direito positivo"? *Como é feita essa definição?*

A resposta parece ser: a partir de raciocínios em abstrato, *a priori*, como se, primeiro, interpretássemos, para, só depois, aplicar... Neste ponto, as diversas teorias do discurso se aproximam: as "diversas" possibilidades de aplicação se constituem em discursos de validade prévia, contrafáticos, que servirão para juízos de "adequação". Ocorre que isso implica um dualismo, que, por sua vez, implica a separação entre discursos de validade e discursos de aplicação, cuja resposta se dará, quer queiram, quer não queiram, mediante raciocínios dedutivos. Por esse motivo, retorno à acusação feita por Kaufmann, acerca da prevalência do esquema sujeito-objeto nas diversas teorias discursivas.

Em linha diversa, na hermenêutica essa distinção entre *easy e hard cases* desaparece em face do círculo hermenêutico e da diferença ontológica, como será demonstrado na seqüência. Aqui se encaixa a discussão acerca da inadequada, porque metafísica, distinção entre casos (fáceis) simples e casos difíceis (complexos). Essa distinção não leva em conta a existência de um acontecer no

33 O modo de ser de uma coisa só se expressa quando falamos sobre ela. Cf. Gadamer, *Wahrheit und Methode, Ergänzungen, op. cit.*, p. 56.

pré-compreender, no qual o caso fácil e o caso difícil se enraízam. Existe, assim, uma unidade que os institui.

Mais ainda, uma resposta (que é um ato de aplicação) *não é construída para responder a outras perguntas.*[34] Mas pode/deve ser utilizada no processo de construção da coerência e integridade do direito, para, enquanto pré-compreensão, servir de indicativo formal – a partir daquilo que denomino, mais adiante, de "grau de objetivação abrangente" – para a conformação da próxima resposta. Até porque, como bem lembra Heidegger, os indícios formais (*formale Anzeige*)[35] não são palavras mágicas. Ao contrário de servir de universalidade ("ser em geral"), a sua função é a de se opor aos conceitos metafísicos. Não fosse assim, ocorreria uma autonomização do texto a ser extraído da resposta anterior (como se o ser se separasse do ente), estabelecendo-se, assim,

34 É necessário ter presente a diferença entre os precedentes da *common law* e as súmulas vinculantes brasileiras. Na *common law*, os precedentes não são criados para responder perguntas futuras; no direito brasileiro, as súmulas foram criadas – e agora institucionalizadas por emenda constitucional – para estabilizar as decisões dos órgãos do Poder Judiciário. Por isso, os precedentes brasileiro facilmente são transformados em pautas gerais, perdendo importância a singularidade do caso.

35 "Para construir uma genealogia do conhecimento, não sobre o mundo da representação, mas no mundo da apresentação, introduzimos a idéia dos indícios formais transformados. Não mais no sentido como Husserl queria, mas os indícios formais como o exercício da descrição das condições existenciais. Ora, como não existe metafísica que fundamente os existenciais, como metafísica é sempre um universo da relação sujeito-objeto, temos que introduzir esses existenciais mediante descrição com a qual se realiza o seguinte processo: não há uma ordem estabelecida, nem na sua completude nem na sua hierarquia, do modo de ser-no-mundo, não há um universo pronto, mas podemos organizar esse universo mediante um processo descritivo. É isso que *Heidegger* vai chamar de *analítica existencial* ou de *ontologia fundamental*. Esse processo descritivo procura a máquina de chegar aos indícios formais mediante uma operação fenomenológica. A operação fenomenológica se diferencia da abstração, porque ela vai atrás dos indícios formais das diversas características do *Dasein*. E se esses indícios aparecem, como Heidegger sempre diz, *primeiramente e o mais das vezes de certo jeito*, eu posso usá-los para designar o ser humano. Assim, ele descobre o indício formal do *sentimento de situação* que é uma ancoragem numa espécie de passividade em que desde sempre eu já sei do meu *ser-jogado-no-mundo*. Ele descobre também os indícios formais de uma *compreensão* ligada ao sentimento de situação, que é uma pré-compreensão, e descreve essa pré-compreensão como sendo o elemento ativo, espontâneo, nesse nível ante-predicativo. Assim, Heidegger vai unir sentimento de situação e compreensão, descrevendo esses elementos como sendo elementos próprios do *Dasein* (...) Então, *o existencial* é posto no lugar do transcendental. O existencial não é uma simples remissão ao empírico, ao existente – os espanhóis traduzem por *existentivo* –, mas é uma dimensão que não tem justamente esse caráter de ser categoria, mas de qualidade existencial. Descrevendo esse universo de categorias de nível existencial, não como completude ou numa hierarquia, enumeramos condições de ser do ser humano, ser humano agora não num nível psicológico, antropológico, mas condições de ser. Com isso, então, se apresenta uma descrição do modo do *ser-em* do *ser-aí*, pelo sentimento de situação, de compreensão e pelas outras características existenciais". Cf. Stein, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença*. Ijui: Unijui, 2002, pp. 35 e segs.

uma universalidade, com o escondimento da singularidade do caso. 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. Aqui também reside a diferença entre múltiplas respostas e a possibilidade de respostas corretas.

Isso não quer dizer que estou simplesmente aderindo à tese da única resposta certa proposta por Dworkin (*the one right answer*).[36] Não devemos esquecer, já de início, a diferença entre o sistema jurídico da *common law* e da *civil law*, além do fato de que a tese aqui sustentada está baseada na hermenêutica filosófica, que – embora, a toda evidência, seja possível fazer uma aproximação Gadamer-Dworkin[37] – não é a teoria de base adotada pelo jusfilósofo norte-americano. De todo modo, há que se compreender que "o juiz Hércules" é um tipo ideal e metafórico criado por Dworkin para demonstrar a tese da única resposta correta.

Considero até mesmo sem relevância "prática" a discussão sobre se é possível uma única resposta correta. Além do mais, enquanto Dworkin sustenta que a indeterminação de regras jurídicas obriga a recorrer a direitos ou a argumentos principiológicos que se encontram fora da ordem jurídica positiva, não podendo, assim, ser identificados por meio de regra de reconhecimento, em sistemas jurídicos como o brasileiro, essa questão assume outra dimensão, isto é, a Constituição abarca em seu texto um conjunto principiológico que contém a co-originariedade – e nisso Habermas tem inteira razão – entre direito e moral,

36 Dworkin, após traçar as bases da integridade como uma virtude política e demonstrar como o direito se coloca a partir da integridade, passa a enfrentar o problema da resposta correta. Para tanto, utiliza-se analogamente do romance em cadeia, tentando demonstrar as aproximações da construção do direito com a construção de um romance. Algo que, em sua narrativa, projeta-se para o futuro dos personagens, sem ignorar a coerência com o seu passado. Para o autor, "uma interpretação tem por finalidade mostrar o que é interpretado em sua melhor luz possível, e uma interpretação de qualquer parte de nosso direito deve, portanto, levar em consideração não somente a substância das decisões tomadas por autoridades anteriores, mas também o modo como essas decisões foram tomadas: por quais autoridades e em que circunstâncias. Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Tentam fazer o melhor possível essa estrutura e esse repositório complexos". Partindo de seis formas de interpretação sobre uma *hard case*, Dworkin contrapõe cada uma delas com a concepção de direito como integridade. A partir da eliminação de quatro formas de interpretação, passa a verificar objeções dirigidas ao seu juiz hipotético (Hércules) que fariam de sua tese da resposta correta uma teoria falha. Cf. Dworkin, *O Império do Direito*, *op. cit.*

37 Essa aproximação é feita por Rodolfo Arango, *op. cit.*, p. 33. Entre outros pontos, importa referir a não-cisão no ato interpretativo, isto é, a separação das funções cognoscitiva, normativa e reprodutiva da compreensão é rechaçada tanto por Gadamer como por Dworkin, para quem a descrição, a interpretação e a aplicação do direito conformam um processo unitário.

isto é, aquilo que Dworkin parece buscar "fora" do sistema, já está contemplado em Constituições fortemente compromissórias e sociais como a brasileira.

Portanto, na situação hermenêutica (no sentido gadameriano do conceito) da Constituição do Brasil, o discurso moral-principiológico não vem de fora, para atuar como "corretivo" para os "impasses" interpretativos, até porque, e isto parece evidente, o direito é aberto à moral, mas não é dela dependente, como quer, v. g., Alexy (embora ele negue tal circunstância). Calha, nesse sentido, a precisa lição de Arango,[38] *para quem os sistemas jurídicos que incorporam princípios substantivos ou materiais como normas básicas valorativamente decisivas (princípios como o Estado Democrático de Direito, o Estado Social, a dignidade da pessoa, a solidariedade social, liberdade, a obrigação de erradicar a pobreza, a função social da propriedade) elevam ao patamar de obrigação jurídica a realização aproximativa de um ideal moral. E, citando Dreyer, lembra que as Constituições políticas dos Estados que incorporam aqueles princípios ao direito positivo como princípios juridicamente válidos e como expressão de e da ética política moderna estabeleceram uma relação necessária entre direito e moral, já que, com isso, se exige por direito próprio, em casos de vagueza e colisão, aproximar a noção do direito como é ao direito como deve ser.*[39]

Mutatis mutandis, trata-se daquilo que Elias Diaz denomina de justificação ética do direito e do Estado, na medida em que os textos constitucionais (típicos do Estado Democrático de Direito) contêm as possibilidades e os comandos de concretização de uma série de direitos humanos básicos derivados da liberdade, porém também da igualdade e da solidariedade (direitos fundamentais sociais), considerados totalmente imprescindíveis e que não devem sacrificar-se a outras diferentes instâncias transpersonalistas às vezes "alegadas como superiores". Desse modo, vê a Constituição como grande pacto social de caráter fundamental e institucional, que sintetiza esse espaço de convergência entre legitimidade democrática e justiça material. A Constituição resultante desse (novo) paradigma, a legitimidade que a origina, com liberdade e com autonomia moral e a justiça material em que aquela se reconhece são, em princípio, segundo Diaz, as melhores vias para construir uma teoria ética e uma teoria crítica da justiça.[40]

Por isso, penso que a discussão da moral no plano da hermenêutica se coloca na questão do "lidar com o mundo prático", a partir da não-cisão entre

38 Cf. Arango, *op. cit.*, p. 126.
39 Dreyer, Ralf. *Derecho y justicia*. Bogotá: Temis, 1994, pp. 82-83.
40 Cf. Diaz, Elias. *Etica contra política*. Madrid: Trotta, 1999, pp. 17 e segs.

conhecer, interpretar e aplicar. O "conceito moral básico" que decide um caso advém da importância assumida pelo texto (veja-se a incorporação dos princípios substantivos pelo direito), a partir do requisito hermenêutico imposto pela consciência da história efetual.

São, pois, os princípios que, ao introduzirem o mundo prático, "garantem" uma espécie de "objetividade" na interpretação, em que pese a "abertura semântica" que lhes é ínsita no plano apofântico. Não proporcionam, portanto, "escolhas arbitrárias de sentidos"; ao contrário, a partir dos teoremas fundamentais da hermenêutica – o círculo hermenêutico (*hermeneutische Zirkel*), que vai do todo à parte e da parte ao todo, do geral para o particular e do particular para o geral, e a diferença ontológica (*ontologische Differentz*), que obstaculiza a dualização entre faticidade e validade – é a *applicatio* que proporciona um "fechamento" da interpretação, isto é, *serve como blindagem contra a "livre atribuição de sentidos"*.

Assim, embora a proximidade das teses de Dworkin e Gadamer (em comum, entre outros pontos, o rechaço da distinção entre descrição e avaliação, em Dworkin, e o processo unitário da compreensão, em Gadamer), entendo que o diferencial em favor da hermenêutica filosófica – ou, melhor, na leitura que dela procuro fazer a partir da *Crítica Hermenêutica do Direito* (*Nova Crítica do Direito*) – reside na diferença ontológica, *que nada mais é do que um axioma que comanda a antecipação de sentido* (o texto só é no seu sentido, e o sentido só é no seu texto, fenômeno que se dá sempre em um mundo prático, ou, se se quiser, na situação concreta do caso jurídico).

Na medida em que o caso concreto é irrepetível, a resposta é, simplesmente, uma (correta ou não) para aquele caso. A única resposta acarretaria uma totalidade, *em que aquilo que sempre fica de fora de nossa compreensão seria eliminado*. O que sobra, o não-dito, o ainda-não-compreendido, é o que pode gerar, na próxima resposta a um caso idêntico, uma resposta diferente da anterior. Portanto, não será a única resposta; será, sim, "a" resposta.

A única resposta correta é, pois, um paradoxo: trata-se de uma impossibilidade hermenêutica e, ao mesmo tempo, de uma redundância, pois a única resposta acarretaria o seqüestro da diferença e do tempo (não esqueçamos que o tempo é a força do ser na hermenêutica). E é assim porque é conteudística, exsurgindo do mundo prático. Ou seja, a resposta correta só pode ocorrer levando em conta a conteudística.

Não se ignora que Habermas e Alexy (para citar apenas estes, pela sua importância incomensurável no campo das teorias discursivas) também defendem a existência de respostas certas (corretas). Alexy defende uma "versão fraca da única resposta correta" de Dworkin, mas, ao mesmo tempo, sustenta

a ponderação como "método" para a resolução de conflitos entre princípios e regras, o que não o afasta do problema da discricionariedade. De todo modo, parece contraditório que o mais importante adepto da teoria da argumentação jurídica – eminentemente procedimental – defenda a possibilidade de resposta certa (única ou não; versão forte ou versão fraca, não importando, aqui, o tipo ou espécie).

O que fundamenta a tese da (versão fraca da) única resposta assumida por Alexy *é a sua visão acerca da relação entre o direito e a moral* (aqui vale sempre a menção da defesa que Alexy faz da "fórmula Radbruch", *v. g.*, no caso do julgamento dos soldados da antiga RDA que faziam sentinela junto ao Muro de Berlim). Certamente por isso ele dirá que "sempre é possível fazer justiça de acordo com o direito", isto é, as insuficiências do direito, representadas pela complexidade dos casos assim denominados "difíceis" são preenchidas pelo *papel corretivo da justiça*, que advém do papel destinado à moral na teoria da argumentação jurídica alexyana.

Já a diferença entre a resposta correta que aqui defendo, a partir da hermenêutica filosófica, e a defendida por Habermas[41] (que fala em "única resposta correta") reside na seguinte questão: enquanto naquela a resposta correta se dá na diferença, na coisa mesma, na incindibilidade entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação, nesta a (única) resposta correta se dá na adequação (adequabilidade) do discurso previamente fundamentado com a situação concreta, isso porque, em Habermas, ocorre um deslocamento da fundamentação, isso é, não se trata de fundamentar cada norma concreta, mas, sim, "as bases do sistema jurídico", que, para ele, ocorre em um ato prévio, a partir de uma série de requisitos, isto é, uma norma a ser aplicada deve ter sua validade fundamentada e, portanto, deve estar apta a mostrar a sua aceitabilidade geral, sendo que somente podem pretender validade aquelas normas que puderem alcançar a aceitação de todos os afetados como participantes em um discurso prático.[42]

Assim, na teoria do discurso habermasiana, o manejo do direito na *aplicação* fica "descompromissado" do discurso de fundamentação, uma vez que este já estará dado, porque o juiz somente poderá aplicar uma norma que tenha passado pelo filtro da validade (que é contrafática). Nas exatas palavras

41 Cf. Habermas, Jürgen. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt a/M: Suhrkamp, 1992, p. 267.

42 Cf. Habermas, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 103.

de Habermas, *"o discurso jurídico é aliviado do peso das questões de fundamentação*. O julgamento adequado extrai sua correção da validade pressuposta das normas estabelecidas pelo legislador político".[43]

O que deve ficar claro, pois, é a opção que Habermas faz pelos discursos de fundamentação, numa clara desconfiança com os assim denominados "discursos de aplicação", isto é, com a jurisdição (veja-se, ademais, a *sua aversão ao controle abstrato de leis*, que para ele, "é função indiscutível do legislador", o que enfraquece sobremodo, ao meu sentir, o papel da jurisdição constitucional e a própria força normativa da Constituição). Desse modo, "ao estabelecer suas políticas, o legislador interpreta e estrutura direitos, ao passo que a justiça só pode mobilizar as razões que lhe são dadas, segundo o direito e a lei, a fim de chegar a decisões coerentes num caso concreto".[44] Não esqueçamos que também em Rousseau não havia espaço para regras contramajoritárias e controle de constitucionalidade. Em Rousseau, não há que se falar em jurisdição constitucional.

É neste contexto que devem ser entendidas as teses acerca da resposta correta. Uma perspectiva é conteudística, fundada no mundo prático e na diferença ontológica; a outra, a habermasiana (aqui, embora relevante, desconsidero a proposta alexyana), é – e continua sendo, não obstante, as alegadas alterações constantes no seu *Verdade e Justificação* – procedural e, portanto, admite a possibilidade de se encontrar a "única resposta correta".

Em síntese, a tese aqui fundamentada na hermenêutica, porque lastreada na incindibilidade entre texto e norma e entre fundamentação e aplicação, admite que se encontre sempre *a* resposta: nem única, nem uma entre várias possíveis. Trata-se da "resposta", que exsurge como síntese hermenêutica, enquanto descrição fenomenológica, e que será o ponto de estofo em que se manifesta a coisa mesma (*die Sache selbst*). Aliás, em seu repto contra relativismos e irracionalidades, Gadamer diz: para a hermenêutica, o relativismo não deve ser refutado; *deve ser destruído*! Mais ainda e de forma contundente, assevera que "toda interpretação correta deve resguardar-se da arbitrariedade dos 'chutes' e do caráter limitado de hábitos mentais inadvertidos, de

43 Do mesmo modo que o discurso de aplicação fica "desonerado" da fundamentação, que é prévia e de outro nível, o princípio da moralidade, tal como reconstruído por Habermas em sua dimensão discursiva, contribui para retirar do indivíduo o peso cognitivo da formação solipsista do juízo moral. Nesse sentido, Souza Cruz, *Habermas e o Direito, op. cit.*, p. 134; e, também, Habermas, *Consciência Moral, op. cit.*, p. 157.

44 Cf. Habermas, *Direito e Democracia II, op. cit.*, p. 183.

maneira a voltar-se 'para as coisas mesmas'". Por isso, para Gadamer, compreender quer dizer "elaborar projetos corretos, adequados às coisas".[45]

Trata-se de afirmar que a resposta correta aqui trabalhada traduz uma resposta verdadeira – no sentido hermenêutico, em que, fenomenologicamente, descrevemos as coisas como acontecem, sendo que esse sentido depende do horizonte no qual ele pode dar-se, graças à abertura ou o encobrimento próprio da existência – que exsurge desse acontecimento hermenêutico. Os conceitos jurídicos (enunciados lingüísticos que pretendem descrever o mundo, epistemologicamente) não são o lugar dessa resposta correta, mas a resposta correta será o lugar dessa "explicitação", que, hermeneuticamente, não se contenta com essa fundamentação de caráter universal, porque nela – nessa resposta – há um elemento *a priori*, "uma espécie de universo antepredicativo ou pré-conceitual que aí é abordado e pretende aí ser expresso"[46] (essa é a tarefa da interpretação, que explicita esse compreendido). Em outras palavras, a resposta correta é a explicitação das condições de possibilidade a partir das quais é possível desenvolvermos a idéia do que significa fundamentar, do que significa justificar.[47]

A resposta correta já sempre opera implícita ou explicitamente com uma pré-compreensão que pode ser mostrada como sendo a condição de possibilidade da correção. *É uma correção que leva em consideração os pressupostos hermenêuticos, e não apenas a afirmação rasa do objeto.* Por isso estará para além do caráter lógico-argumentativo; e nisso estará a sua "ligação originária" ou "co-originariedade" com o mundo prático, porque este somente pode ser compreendido a partir dessa resposta (é uma fundamentação de caráter pragmático, porque esta fundamentação está ligada à faticidade e à historicidade, filtradas/curadas – no sentido da *Sorge* (cuidado)[48] –

45 *So ist die ständige Aufgabe des Verstehen*, die rechten, *sachangemessesen Entwürfe auszuarbeiten, das heist Vorwegnahmen, die sich "an den Sachen" erst bestätigen sollen, zu wagen*. Cf. Gadamer, *Wahrheit und Methode, Ergänzungen, op. cit.*, p. 60.

46 Cf. Stein, *Sobre a verdade, op. cit.*, pp. 156 e segs.

47 Idem, ibidem.

48 *A Sorge*, traduzida por cuidado ou cura, é essencialmente temporal (*zeitlich*). Na acurada explicação de Stein, a dualização metafísica (ser e ente, objeto e coisa, representação e representado, etc) é realizada pelo conceito de afecção (sentimento de situação) *que acompanha a compreensão e que o filósofo expressa de maneira sintética no conceito de cuidado (Sorge)*. Essa palavra tem um sentido ontológico, pois ela pretende romper com a idéia metafísica de que todos os enigmas da filosofia estariam resolvidos por uma resposta objetiva sobre a origem e o fim do ser e dos entes. O cuidado se constitui como ser do *Dasein* porque nele se estabelece uma relação circular entre afecção e compreensão, na medida em que é eliminada a idéia de representação e substituída por um modo de ser-em, de ser-no-mundo e de relação do *Dasein* consigo mesmo como ter-que-ser e ser-para-a-morte (facticidade e existência). O cuidado é o ser do *Dasein* porque o *Dasein* tem nele o horizonte de seu sentido: a temporalidade. Então, o cuidado, com sua tríplice estrutura temporal de futuro, passado e presente, é o caminho pelo qual o *Dasein*, numa relação ontológica consigo mesmo, consegue, pela afecção e pela compreensão, ser, de algum modo, todas as coisas. Assim, foi encontrado um modo de relacionar-se com as coisas e os outros não mais objetificante, pois sensível e inteligível, afecção e compreensão são o modo como as coisas vêm ao encontro do *Dasein*. Isso quer dizer que foi substituído o tempo, no sentido clássico da metafísica, em que os entes são congelados numa sucessão de agoras pela temporalidade, que não permite mais pensar o *Dasein* como oposto ao mundo das coisas. Elas, como entes disponíveis, fazem parte do modo-de-ser-no-mundo e, portanto, do mundo em sua totalidade. Mas, como o *Dasein*, enquanto cuidado, tem seu sentido na temporalidade, a totalidade não se dá nunca como algo objetificado: a transcendência coincide com a existência, isto é, o caráter de temporalidade do *Dasein* é a entrada para qualquer tipo de conhecimento. Então, "ser de algum modo todas as coisas" não é privilégio de uma entidade humana que representa, mas o que em sua finitude (afecção e compreensão não se separam) se dá como temporalidade que é o sentido ontológico do *Dasein*. Tudo isso significa que a compreensão do ser se dá na temporalidade e, através do cuidado, ela recebe ao mesmo tempo a abertura e o limite dessa abertura. *Compreender o ser, assim, vem sempre acompanhado por um acontecer irrepresentável e que não pode ser nominado pelo Dasein.* É assim que o encontro entre *Dasein* e coisas dá-se num acontecer ontológico que precede e acompanha qualquer relação com as coisas e com os outros, conclui. Cf. Stein, Ernildo. "Bases analítico-existenciais da desconstrução e da desobjetificação". *Problemata*, Ano I, n. 1, 1998, pp. 10-11; também *Seis Estudos sobre Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 1990, pp. 10-11. É nesse sentido que, para desenvolver sua tese, Gadamer diz que Heidegger, quando ressuscita o tema do ser e ultrapassa todo o pensamento metafísico, ganha frente às aporias do historicismo uma posição fundamentalmente nova. O aspecto da compreensão não é um conceito metódico como queria Droysen e tampouco é, como entendia Dilthey, uma operação que seguiria, em direção inversa, ao impulso da vida sobre a idealidade. Compreender é o caráter ôntico original da vida humana mesma. Heidegger intenta, assim, registra Gadamer, *cumprir a tarefa de ilustrar a estrutura do estar-aí mediante uma analítica transcendental do estar-aí*. Nas palavras de Heidegger, a questão sobre o sentido do ser só é possível quando se dá *uma compreensão do ser*. O sentido se articula simbolicamente. Encontramos o *Dasein* na estrutura simbólica do mundo. A compreensão do ser pertence ao modo de ser deste ente que denominamos *Dasein*. Quanto mais originária e adequadamente se conseguir explicar esse ente, maior a segurança do alcance na caminhada rumo à elaboração do problema ontológico fundamental (Heidegger). O conceito de ser é o mais universal e o mais vazio, resistindo a toda tentativa de definição. Por ser o mais universal dos conceitos, prescinde de definição. *Não se pode derivar o ser no sentido de uma definição a partir dos conceitos superiores nem explicá-lo através de conceitos inferiores.* Disso exsurge, aqui, claramente a impossibilidade da subsunção e da dedução (volta-se sempre à questão fundamental: da intrínseca relação da fenomenologia hermenêutica com o rompimento com qualquer forma de subsunção ou dedução, porque exatamente na raiz do problema está o rompimento com o esquema sujeito-objeto, ou seja, a subsunção somente é "compatível" com teorias "alocadas" no interior da relação sujeito-objeto). Por isso é possível dizer que todo ato interpretativo é um ato de aplicação.

através da *wirkungsgeschichtliches Bewußtsein)*. Nisso reside aquilo que entendemos por "caso concreto"; já nisso de há muito reside a incindibilidade entre "questão de fato-questão de direito", interpretação-aplicação, e assim por diante.

11.5. A interpretação jurídica e o grau apropriado (minimamente necessário) de generalização para a garantia da integridade e da coerência do direito.

Do que foi visto até aqui, é possível afirmar que a discricionariedade (positivista) – que possibilita múltiplas e multifacetadas respostas – é eliminada pelo processo unitário da compreensão (circunstância que aproxima Gadamer e Dworkin), *ainda que ela* – a compreensão – *seja a base de qualquer diferença*. Desde que o "caso concreto" passou para o centro das preocupações dos juristas, abandonou-se a multiplicidade de respostas, uma vez que somente em abstrato é possível encontrar respostas variadas. O caso (que é, e somente pode ser, concreto) demandará somente uma resposta (que é a resposta).

Entretanto, chamo a atenção para o fato de que o "caso concreto" de que falam as diversas correntes positivistas – que vão desde um exegetismo-normativista até um realismo-pragmatista, passando pelos diversos discursos de adjudicação própria de algumas teorias argumentativas –, que ainda são dominantes no imaginário dos juristas, *não é, nem de longe, o "caso concreto" que emerge na era do pós-positivismo.*

No positivismo – nas suas mais variadas derivações –, o assim denominado "caso" é uma ficção, apontável entre várias alternativas, a partir de um processo subsuntivo/dedutivo, que tem na regra, no verbete ou no conceito, a pretensão de abarcar as diversas hipóteses de aplicação desde conceitos abstratos-universalizantes. Do mesmo modo, torna-se problemático falar de "caso concreto" na teoria discursiva, na medida em que a faticidade deve esperar a contrafação com um discurso prévio, fundamentador.

Para ser mais claro, ao se fazer alusão ao "caso concreto", isso não pode significar uma solução *ad hoc*, – relembremos, aqui, por todos, o caso, relatado retro, da rejeição da denúncia feita com base em uma pauta geral que escondeu a singularidade – como se fosse possível aplicar ao campo da interpretação/aplicação do direito uma espécie de neo-nominalismo, circunstância, aliás, bem presente no direito brasileiro, em que o "caso concreto" assume a característica de alíbi-para-a-prática-de-decisionismos-e-arbitrariedades por parte dos juízes e tribunais, isto é, pensa-se que o caso concreto é passaporte para um "mundo de natureza hermenêutico", em que cada um possui o seu próprio "território" de sentidos. Em outras palavras, o caso concreto passou a ser sinônimo de pragmatismo e desconstrutivismo. Esse misto de desconstrutivismo e pragmatismo invadiu o direito e acaba sustentando uma "ideologia

do caso concreto",[49] em que, na linha do que prega Derrida, a melhor desconstrução será um pensamento além da presença, do *logos*, da metafísica, da identidade e do que pode ser controlado racionalmente.

Disso decorre uma abertura incontrolável do sentido e do significado que se dá no texto (esse mínimo "é" que o texto sempre traz consigo). Destrói-se, pois, o *logos*. Perdem-se os "compromisso de sentido" derivados da pré-compreensão e da tradição.[50] O sentido é o começo (grau zero) e o fim da atribuição do sentido.

Daí a necessária pergunta: de que modo deve o intérprete/juiz proceder a análise do direito para determinar se um direito "declarado" no precedente (ou na jurisprudência de um conjunto de tribunais) deve ser seguido?[51] Como identificar os "compromissos" e as "(in)fidelidades" discursivas? Em que circunstância uma "situação jurídica" é enquadrável no precedente ou dele "deduzível"? Mais ainda: até que *nível de generalização* deve o direito anteriormente protegido e o direito atualmente invocado serem descritos?

Se é despiciendo dizer que o sistema jurídico brasileiro não está sustentado em análise de precedentes, como a *common law*, é necessário lembrar, entretanto, que tal circunstância não retira a importância dos precedentes jurisprudenciais. Ao contrário: uma aplicação integrativa e coerente do direi-

49 Alejandro Nieto chega a dizer que não há normas gerais no direito: o juiz que deve elaborar em cada litígio a regra concreta de sua decisão podendo aproveitar-se do que outros já juízes já fizeram, porém sempre com a consciência de que não está lidando com uma norma geral. Caso por caso, sem admitir generalização alguma, o juiz deve ir ponderando o valor do direito a informar e o direito à intimidade, para decidir posteriormente. Lograr uma harmonia sistêmica entre o juiz e a lei é uma tarefa intelectual fascinante e teoricamente factível que não nos autoriza, sem embargo, a esquecer que o equilíbrio que vale não é das teorias e dos sistemas, senão o que se alcança ocasionalmente por alguns juízes em algumas de suas decisões. Essa tese é corretamente criticada por Manuel Atienza (Sobre el sentido del Derecho. Carta a Tomás-Ramón Fernandez. Doxa nº 23,2000, p. 741), para quem, se os juízes operassem dessa maneira puramente casuística e se construíssem assim a jurisprudência, o direito seria desde logo indeterminado, com o que a segurança jurídica seria um mito e a experiência jurídica, em suma, pareceria bastante a um pesadelo.

50 Ver, nesse sentido, Derrida, Jaques. *Gramatologia*. São Paulo: Perspectiva, 1973; também o comentário que Stein faz à obra de Derrida, em *Diferença e Metafísica* (Porto Alegre: Edipucrs, 2000, pp. 142 e segs.

51 Nesse sentido, David Couzens Hoy (Interpreting the law: hermenutical and poststructuralist perspectives. *Southern California Law Review*, v. 58, n. 1, jan. 1985, p. 145), depois de indagar se é possível tomar decisões justas diante de interpretações conflitantes, responde: o que conta como o "melhor" depende dos propósitos da interpretação, e ainda com os mesmos propósitos, a possibilidade de explicações igualmente boas não pode ser antecipadamente regulada. Entretanto, até que uma interpretação alternativa seja dada, ela não pode ser julgada, de modo que, na ausência de uma alternativa legítima, há motivo suficiente para aceitar a interpretação disponível (até então) como correta.

to deve, necessariamente, levar em conta o modo pelo qual um determinado tribunal ou como os outros tribunais do país vêem decidindo determinada matéria. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte dos juízes. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo, constituído a partir do círculo hermenêutico. *Já a integridade significa rechaçar a tentação da arbitrariedade*, que, no mais das vezes, é variante da discricionariedade.

Para uma melhor compreensão do problema, há que se ter presente que um precedente (súmula ou acórdão que exprima a posição majoritária) é (também) um texto, ao qual deve ser atribuído um sentido, a partir do caso concreto sob análise. É assim que surge o "caso concreto". *É a especificidade que o diferencia (ou não) da cadeia decisional que vem sendo seguida pelo Tribunal.* Conseqüentemente, haverá sempre um grau de generalização a ser extraído do núcleo da decisão, que fará a ligação hermenêutica (compromissos discursivos) com os casos posteriores que serão analisados em sua individualidade.

Isso quer dizer que a norma que surge "desse caso concreto" é, no momento seguinte, também um texto, do qual exsurgirá uma nova norma. Mas, se súmula – para lembrar a todo momento a temática que marca indelevelmente o direito na contemporaneidade – é texto, o que "vincula" a norma a ser dele extraída? E não podemos esquecer – e essa afirmação se faz à luz da hermenêutica filosófica – que o texto sempre já traz "em si" um compromisso, que é a compreensão que antecipa esse "em si" e que é o regulador de qualquer enunciado que façamos a partir daquele texto (quem quer compreender um texto, deve deixar que este lhe diga algo). Trata-se de "um mínimo é" existente em cada texto, princípio que pode ser retirado da *applicatio*. A questão, portanto, será: o que desse texto – desse "mínimo é" do fenômeno levado à representação através da linguagem –, que, confrontado com a tradição, integrará/conformará as possibilidades de atribuição do sentido da norma que se seguirá?

Por isso, a escolha de um nível (ou grau) apropriado de generalização não pode ser arbitrário, como, aliás, não pode ser arbitrária a interpretação em nenhum momento. Insisto: interpretação e relativismo são coisas incompatíveis (lembremos, no mínimo, na aurora da civilização, o problema dos sofistas e o combate a eles perpetrado por Platão, no *Crátilo*, o primeiro livro de filosofia da linguagem do ocidente). Os sofistas foram, pois, os primeiros positivistas (que, aliás, nem sequer respeitavam os limites semânticos do "texto"). Não se pode atribuir qualquer sentido a qualquer texto.

Destarte, a busca da resposta correta (ou hermeneuticamente adequada à Constituição) implica prescrutar os limites desse nível de generalização, que representa uma espécie de "grau de objetivação abrangente", isto é, uma "enti-

ficação minimamente necessária da interpretação jurídica". Trata-se, assim, de uma "fuga do indiferenciado", isto é, uma "suficiência ôntica no limite da dupla estrutura da linguagem" (o apofântico e o hermenêutico), linguagem na qual entificamos enunciados sob os quais queremos transmitir os elementos mínimos para se submeter à generalidade do princípio extraído da norma (norma ou julgamento). Não esqueçamos que todo processo compreensivo tem o objetivo primordial – como bem assinala Stein – de "levar os fenômenos à representação ou à sua expressão na linguagem, chegando, assim, ao que chamamos de objetivação". *Uma decisão judicial (um precedente) leva determinado fenômeno à representação, do mesmo modo como enunciamos sentidos que interpretam fatos.* Há sempre nisso um elemento estruturante.

Dito de outro modo, é esse "grau de objetivação abrangente" que será o texto a ser extraído do julgamento anterior (ou da cadeia de julgamentos). Mas esse texto não carregará o seu próprio significado. Ele adquirirá vida, sentido, a partir da (nova) situação concreta. Afinal, como venho insistindo à saciedade, texto e norma não são nem "colados" (equivalentes) e nem cindidos (separados). São apenas diferentes (*ontologische Differentz*), no sentido de que a questão de direito que surge do julgamento anterior (ou da cadeia de julgamentos) – que aqui denomino de "grau de objetivação abrangente" – será sempre uma questão de fato. E parece não haver mais dúvida, nesta quadra do tempo, de que "questão de fato" e "questão de direito" não podem ser separadas (lembremos Castanheira Neves, que há décadas desmitificou essa cisão metafísica, tese que serviu, ademais, para sustentar teoricamente a decisão do Tribunal Constitucional de Portugal – acórdão 810/93 – que considerou inconstitucional o instituto dos assentos – equivalente às nossas súmulas vinculantes – em terras lusitanas).

Portanto, a questão hermenêutica está em saber de que modo se deve avaliar o limite do sentido e o sentido do limite do "nível de generalização" a ser conferido a esse "fenômeno levado à representação" (essa objetivação minimamente abrangente) e, finalmente, como dimensionar as especificidades do caso.

Ou seja, *o nível de generalização não pode ser transformado em uma categoria ou uma premissa*, que, metafisicamente, pretenda "abranger" a "substância" dos casos jurídicos, em um retorno à metafísica clássica, obnubilando a manifestação hermenêutica da especificidade do caso concreto que efetivamente molda o direito em discussão. É o caso da súmula vinculante, na qual estaria "condensada a substância" (essência) de cada "coisa" jurídica, como se as súmulas (um enunciado, pauta geral, etc) fossem "juízos assertó-

rios" e uma "proposição pudesse mostrar o seu sentido".[52] Como desde sempre *alertou Gadamer, "a aplicação não é o emprego posterior de algo universal, compreendido em si mesmo e, depois, aplicado a um caso concreto".*

Insisto que um precedente (que será significado a partir de sua objetivação) não pode ser transformado em algo universal. Esse é o equívoco das diversas posturas dogmático-positivistas, que se sustentam nas diversas fórmulas metodológicas que foram se formando no decorrer do século passado. Nesse sentido, para exemplificar, trago à colação a discussão acerca da súmula 405 do Supremo Tribunal Federal, sistematicamente aplicada pelos tribunais brasileiros, com o seguinte teor: *"Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo (hoje apelação), dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária."* Aparentemente poder-se-ia dizer que a súmula trata de uma obviedade, pelo fato de que, denegado o principal (o mandado de segurança), seria ilógico que o secundário (a liminar) permanecesse gerando efeitos. Mas não é bem assim. Com efeito, a aplicação tábula rasa do verbete pode gerar graves conseqüências no sistema jurídico, como, por exemplo, a exclusão de todos os casos particulares em que a liminar deveria ser mantida. Pensemos no caso de um universitário matriculado mediante liminar concedida em mandado de segurança; antes do final do semestre (ou do curso), o mérito do mandado de segurança é julgado improcedente; aplicada a súmula, a liminar seria cassada, com gravíssimos prejuízos (a decisão pode ser revertida em grau de apelação). Veja-se, pois, o problema aqui denunciado: *um precedente não possui uma universalidade conceitual como se fosse uma categoria ou uma espécie de significante primordial-fundante.* Do texto do precedente não se pode extrair a norma que "contenha" ou "abarque" todas as hipóteses de aplicação; no texto do precedente – por exemplo, o texto da súmula 405 – não estão "contidos" os conceitos em-si-mesmos acerca da problemática da denegação do mandado de segurança, impedindo, assim, o aparecer da singularidade de todos os casos em que a liminar poderia ser mantida.

Veja-se, também, o caso da pauta geral dominante no Supremo Tribunal Federal, com o seguinte teor: *"Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, antes do lançamento definitivo do tributo".* Isto é, o Tribunal condensa no enunciado a tese de que aquele que sonega tributos não pode ser denunciado por esse crime antes do término do processo administrativo. A par

52 Esta é uma tese que retoma pressupostos da ontologia clássica, encontrável, *v.g.*, no *Tratactus Lógico-Filosófico*, de Ludwig von Wittgenstein. Lisboa, 1995, p. 56, ponto 4.022.

do problema relacionado à impunidade que o texto do enunciado acarreta, uma vez que parcela expressiva dos casos de sonegação alcançarão (como já vêm alcançando) a prescrição, no mínimo naquilo que se denomina de "prescrição em perspectiva", e da sua discutível constitucionalidade, em face da violação da proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*),[53] a sua aplicação tábula rasa, ou seja, sem o exame das peculiaridades de cada caso, impedirá o Ministério Público de denunciar o autor do delito, desde que este interponha recurso administrativo. Na medida em que não estabelece uma "reserva de singularidade", o *prêt-à-portêr* significativo apenas reforça as críticas ao uso descontextualizado de enunciados e pautas gerais, em prejuízo à multiplicidade de situações concretas, em que, por exemplo, uma sonegação de tributos, comprovada à saciedade desde o lançamento, seja levada ao contencioso administrativo apenas com o fito de procrastinar a persecução penal.

Aliás, nesse sentido, vale registrar o outro lado da moeda: no final do ano de 2006, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o dispositivo que proibia a progressão nos crimes hediondos (art. 2º da Lei 8.072/90). De imediato, a decisão – mesmo sem efeitos *erga omnes*, porque proferida em controle difuso e sem a aplicação do art. 52, X, da Constituição – passou a ser aplicada tábula rasa, isto é, os juízes, *sem o exame da situação concreta de cada apenado*, passaram a conceder a progressão de regime. Para controlar essa "indevida universalização", o próprio STF editou súmula, determinando o exame de cada caso concreto. *A pergunta a ser feita é: a aplicação do direito não implica o exame de cada caso concreto?* Neste caso, o Supremo Tribunal foi atropelado pelo imaginário jurídico-dogmático-dedutivista, para quem a decisão de inconstitucionalidade foi entendida como uma categoria, uma abstração, enfim, de um conceito que não exige a coisa. Pura metafísica, que somente pôde ser corrigida pelo próprio emissor da decisão.

Na mesma linha, pensemos na cotidianidade das práticas jurídicas, em que o Judiciário de segundo grau aplica sistematicamente a Súmula 52, do Superior Tribunal de Justiça, pela qual "encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo". Trata-se de uma súmula que restringe direitos fundamentais ou que, no mínimo, concede uma espécie de "carta branca" para convalidação de excessos de prazos em pri-

53 A aplicação da tese da *Untermassverbot*, nesta hipótese, possui os mesmos fundamentos da inconstitucionalidade do art. 9º da Lei 10.684, que extingue a punibilidade do crime de sonegação de tributos na hipótese de pagamento do produto sonegado antes do recebimento da denúncia (favor legal que vem sendo estendido até mesmo aos casos de pagamento parcelado por incentivo governamental e em casos de pagamento posterior).

sões processuais. Além de criar uma regra de processo penal, a súmula impede, metafisicamente, o exame das peculiaridades de cada caso particular de constrangimento por excesso de prazo.

Ao lado das súmulas *stricto sensu* editadas pelo Poder Judiciário, a literatura jurídica (doutrina) "coloca à disposição" dos juristas todo tipo de conceitos (verbetes, ementários, etc), como se estes pudessem abarcar as diferentes especificidades dos casos (concretos!), isto é, as diferentes hipóteses de aplicação. *Verbi gratia*, é como se em um verbete – que assim é transformado em uma "pauta geral", porque de "aplicação universal" – do tipo "legítima defesa não se mede milimetricamente" estivessem contidas todas as legítimas-defesas-que-não-podem-ser-medidas-com-um-esquadro, ou se no verbete "a palavra da vítima assume especial relevância nos crimes de estupro" estivesse contida a essencialidade (ou a *holding*) relativa à credibilidade-da-palavra-da-vítima nos crimes sexuais, ou ainda, a *contrario sensu*, se o verbete "a inidoneidade da vítima retira da palavra da vítima a presunção de veracidade" contivesse, de forma fetichista, a universalidade do conceito de inidoneidade-causadora-da-perda-da-credibilidade da palavra da vítima no crime de estupro/atentado violento ao pudor.[54]

Portanto, o problema não está no fato de o sistema jurídico ter ou não mecanismos vinculatórios. Essa parece ser a contradição secundária do problema. Observe-se que Dworkin criou a tese da "única resposta correta" mesmo estando em um sistema jurídico baseado em precedentes vinculantes. Em outras palavras, sabia ele que não basta um sistema possuir jurisprudência

54 Nesse sentido, veja-se a contribuição da hermenêutica filosófica para a desmi(s)tificação desse uso indiscriminado de verbetes proto-sumulares. No julgamento da Apelação nº 70012674883, o Tribunal de Justiça do RS, acatando parecer que emiti, afastou, por maioria de votos, a aplicação metafísica da "pauta geral" que pretendia abarcar a "essência" da palavra da vítima. No caso, determinada pessoa fora condenada em primeira instância a 6 anos de reclusão, pelo delito de roubo (mediante grave ameaça por arma de fogo). A condenação foi baseada na tese de que, nos crimes dessa espécie (roubo, estupro), a palavra da vítima é de fundamental importância. Sustentei que há uma diferença entre o que pode ser correto e o que é verdadeiro no caso concreto. A palavra da vítima pode ser importante. Pode até ser fundamental. Mas nunca é plenipotenciária. O que aconteceu é que a condenação não esteve baseada na palavra da vítima, mas, sim, *na tese de que a palavra da vítima nos crimes dessa espécie é de fundamental importância*. A tese pode ser correta; mas a faticidade pode mostrar o contrário. Assim, sustentei que uma condenação neste termos é metafísica, porque baseada em universalidades conceituais, enfim, "conceitos sem coisas". No conceito "a palavra da vítima..." não está contida "a própria coisa". O citado verbete "jurisprudencial" escondeu a singu-laridade do caso. A decisão de segundo grau desvelou essa singularidade. Por isso, interpretar não é nunca uma subsunção do individual sob os conceitos do geral. O que é não pode ser tomado como "presença constante".

com força obrigatória ou precedentes vinculantes, seja o nome que se atribua ao mecanismo.

Assim, a contradição principal está na prevalência da principal característica do positivismo jurídico exsurgente das matrizes hartiana e kelseniana, a discricionariedade, que, como se sabe, inexoravelmente leva a decionismos e arbitrariedades interpretativas, fragilizando não apenas a funcionalidade do sistema jurídico, como também a força normativa da Constituição.

Daí a impossibilidade de concordar com a assertiva de Dworkin, no sentido de que a tese da (única) resposta correta somente seria factível em "sistemas jurídicos avançados", entendidos como aqueles que se constituem em complexos normativos suficientemente densos em normas e precedentes que permitam a um juiz resolver casos a partir da história institucional da comunidade. Assim, para ele, um sistema jurídico incipiente em normas e em tradições jurídicas seria tão incerto na regulação da conduta dos indivíduos *que somente poderia operar mediante o exercício da discricionariedade em sentido forte*, o que se contrapõe à tese da resposta correta. Ou seja, sistemas jurídicos atrasados possuem uma relação direta com a discricionariedade dos juízes.

Talvez as objeções de Dworkin (*Taking Rights Seriously*) – compartilhadas, *v.g.*, por Rodolfo Arango[55] – devessem ser invertidas. Com efeito, em primeiro lugar, é possível – e razoável – sustentar que um sistema jurídico é atrasado (portanto, não avançado) não pela ausência de mecanismos vinculativos de decisões judiciais, *e, sim, exatamente pela prevalência da discricionariedade em sentido forte, que acaba redundando, por razões paradigmáticas (prevalência do esquema sujeito-objeto) e meramente pragmáticas, em arbitrariedades*. É, pois, a presença da – antidemocrática – discricionariedade (portanto, do positivismo) que acarreta o atraso de um sistema. Em segundo lugar, penso que um sistema de precedentes não assegura por si só a possibilidade de maior coerência e integridade do direito, porque, em face da não superação do positivismo, os precedentes acabam sendo transformados em pautas gerais, categorias ou significantes primordiais-fundantes, ou seja, transformados em "regras", os precedentes necessitariam sempre de novas vinculações.

Para se ter uma idéia acerca do problema, basta ver a recente alteração promovida pelo Superior Tribunal de Justiça na súmula 111. Originalmente, a súmula tinha o seguinte teor: "Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre prestações vincendas". Em face do caos inter-

55 Cf. Arango, *op. cit.*, p. 56. Essa objeção foi por mim discutida com Arango em colóquio realizado na Unisinos, em 3 de outubro de 2006.

pretativo que se formou e a conseqüente multiplicidade de demandas – porque o texto da súmula foi aplicado sem o recurso à coerência e à integridade do direito –, o Tribunal reeditou-a com a seguinte alteração: "Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre prestações vencidas após a sentença". E não há indicações sobre se, desta vez, as "interpretações" restarão "pacificadas".

Textos geram normas, que geram novos textos. Mas esses (novos) textos gerados não são apenas (novos) significantes (fundantes). Não fosse assim e a simples incorporação ao sistema jurídico da figura do precedente vinculante resolveria o problema da multiplicação de demandas e da falta de racionalidade nas decisões.

Veja-se que, no caso do Brasil, há décadas convivemos com um conjunto de leis e dispositivos legais que institucionaliza(ra)m o sistema de precedentes vinculativos. Ou seja, em 1990 foi aprovada lei que determinava o arquivamento de recursos aos Tribunais Superiores (STF e STJ) que contrariassem súmulas. Pensou-se que ali estava a solução para conter a multiplicidade de demandas. Mais tarde, essa fórmula foi estendida para as demais instâncias judiciárias, a partir da possibilidade de o relator negar seguimento a qualquer tipo de recurso que for contrário à súmula ou "jurisprudência dominante"(sic). Não se pode ignorar que, de há muito, a justiça vem funcionando a partir de julgamentos monocráticos (o relator "julga" a controvérsia, além de negar seguimento a recursos).[56]

Como venho referindo, isso nada mais é do que atribuir força obrigatória à jurisprudência (súmulas e "juriprudências dominantes" – sic), problemática que ficou explícita a partir da aprovação das súmulas com força obrigatória e geral (EC 45/04).[57] A mesma EC 45/04 estabeleceu, no art. 102, § 2º, que

56 Os julgamentos colegiados – transformados em julgamentos monocráticos – ferem vários dispositivos da Constituição, problemática que venho denunciando desde o advento da Lei 9.139/95. Entretanto, parece que a comunidade jurídica não está preocupada com efetividades qualitativas, e, sim, apenas com efetividades quantitativas. Há, pois, um silêncio eloqüente (e constrangedor) dos diversos setores da doutrina processual brasileira acerca do assunto.

57 "Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.[58] Como já ocorrera em

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.
§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."

58 Não há qualquer problema no sentido de a decisão em sede de ação direta de inconstitucionalidade ser vinculante. Isso é decorrência lógica. Do nada, nada resta. Já no caso da decisão de não-pronúncia de inconstitucionalidade – que ocorre nos casos de rejeição da ação –, parece bastante discutível que tal decisão tenha efeito vinculante, porque congela e impede o exercício do próprio Poder Legislativo. Por isso, a dificuldade da comunidade jurídica em absorver a ação que tem sido considerada como sendo o reverso da ação direta de inconstitucionalidade: a ação declaratória de constitucionalidade (que, aliás, só existe no Brasil). Em Portugal, por exemplo, as decisões improcedentes decorrentes das ações diretas de inconstitucionalidade assumem tão-somente uma feição de "não-declaração de inconstitucionalidade"; na Suíça, assumem um "caráter puramente negativo", não passando disso, pois. Na Espanha, Itália, Bélgica, Irlanda e Áustria, os provimentos denegatórios em ação direta de inconstitucionalidade (ou as decisões denegatórias em sede de recursos constitucionais) são caracterizados como "negação de provimento" da ação ou do recurso. Em qualquer das duas variantes, *o que os Tribunais não pronunciam é uma declaração "positiva" da "constitucionalidade"* da lei ou da norma questionada: o correspondente juízo só de maneira "indireta" poderá resultar da decisão. Na Espanha (art. 164.1 da Constituição e 38.1 da Lei Orgânica n. 2/79), embora as sentenças desestimatórias proferidas em recursos de inconstitucionalidade impeçam ajuizamento ulterior da questão na mesma direção, fundado em idêntico preceito constitucional, não há impedimento no sentido de que a matéria não possa ser recolocada perante o Tribunal através de outro instrumento processual; do mesmo modo, uma afirmação da constitucionalidade, no âmbito da questão incidental, não impede que haja novo questionamento futuro. Na Espanha, a lei prevê que as declarações de negação de provimento produzam um "efeito preclusivo" relativamente à apreciação do mesmo problema de constitucionalidade; na Bélgica, as decisões de rejeição de um recurso de constitucionalidade, no controle abstrato, são obrigatórias para os tribunais no que respeitam à questão decidida (Cf. Cardoso da Costa, José Manuel M. *A Justiça Constitucional no quadro das funções do Estado. Justiça Constitucional e espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade das normas*. Lisboa: Tribunal Constitucional, 1987, pp. 41 e segs; Oberndorfer, Peter. A Justiça Constitucional no quadro das funções estaduais, nomeadamente espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a inconstitucionalidade de normas jurídicas. In: *Justiça Constitucional, op. cit.*, pp. 170 e segs; Schäffer, Heinz. In: AJA, Eliseo (org). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel, 1998, p. 33; também Leite Sampaio, *op. cit.*, pp. 242 e segs;). Com relação ao direito alemão, que tem sido utilizado para sustentar a tese da ambivalência (sinal trocado) entre ADI e ADC, a força de lei vale, indiscutivelmente, para as decisões de inconstitucionalidade, *não sendo, entretanto, pacífico* – descreve percucientemente Rui Medeiros – *que a mesma conclusão se aplique às decisões de não-inconstitucionalidade*. Há quem sustente que a declaração da validade de uma norma, ainda que tenha força de caso julgado *inter partes* e efeito vinculante, não tem eficácia *erga omnes*, não impedindo os particulares que não foram partes no ante-

1990, também desta vez se pensou que ali estava a solução. Entretanto, não houve maiores transformações no plano da operacionalidade, isto é, o caos continua(va). E veio uma nova Lei, permitindo, agora, que também os juízes possam "encerrar" e "impedir" a formação de demandas (art. 285-A e § único do CPC, introduzido pela Lei 11.277/06). Resumo do estado da arte: a vinculação, que iniciara com a obstaculização dos recursos ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça e que, cinco anos depois, passara aos Tribunais inferiores, chega, finalmente, aos juízes de primeiro grau.

A possibilidade de se obter "respostas corretas" não está, pois, na vinculação (pura e simples) dos precedentes judiciais, mas, sim, na fundamentação/justificação da síntese hermenêutica que somente ocorre na *applicatio*.[59] Precedentes transformados em pautas gerais – e é preciso insistir nessa afirmação – proporcionam a cisão (metafísica) entre direito e fato, palavra e coisa,

rior processo de questionar ulteriormente a constitucionalidade da norma (Klaus Vogel). E, em 1993, chegou a ser proposto, sem sucesso, limitar no art. 31, abs. 2, a força de lei às decisões que declaram a nulidade ou a incompatibilidade de uma norma com a Lei Fundamental (Mauz/Schmidt-Bleibtreu/F.Klein/Ulsamer). Outros autores, ao revés, admitem que estas decisões também beneficiam de força de lei (ou de força de caso julgado *erga omnes*). Só que, mesmo de acordo com este entendimento, os limites temporais do caso julgado relativizam a vinculação (Hans Brox). Com efeito, neste domínio, o *Bundesverfassungsgericht* reconhece amplamente a existência de limites temporais à vinculação adveniente da declaração de constitucionalidade anteriormente proferida (Jochen Frowein) (Cf. Medeiros, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 2000, p. 775, na esteira de autores como Klaus Vogel (Rechtkraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, I, Tübingen, 1976, pp. 614 e segs); Mauz/Schmidt-Bleibtreu/F.Klein/Ulsamer, *Bundesverfassungsgerichtgesetz Kommentar* 16. Ergänzungslieferung Stand: März 1998. München, Verlag C.H. Beck, 1995, p. 26; Hans Brox (Zur Zulässigkeit der erneuten Überprüfung einer Norm durch das Bundesverfassungsgericht, in *Festschrift für Willi Geiger zum 65*. Geburstag, Tübingen, 1974, pp. 698 e 699); Jochen Frowein (Änderungen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als Rechtsproblem, in *DÖV, 1971*, pp. 794 e 795). Em síntese, assim como não é nem um pouco pacífica a tese do efeito vinculante nas decisões em sede de interpretação conforme no direito alienígena, também não é pacífica a ambivalência (efeito inverso) da declaração de inconstitucionalidade nos países europeus. Portanto, o problema – insisto – *surge quando uma ação direta de inconstitucionalidade é julgada improcedente*. Há uma nítida diferença entre a ADC e a ADI. A improcedência de uma ação direta de inconstitucionalidade não pode ter o condão de ser equiparada a uma declaração de constitucionalidade feita nos moldes próprios que assume a ação declaratória, uma vez que, enquanto para a ADI não se exige a prova de controvérsia anterior, na ADC, a exigência da comprovação da relevância dá a esta um feitio bem diferenciado. Não fosse assim, bastaria que se propusesse uma ação direta de inconstitucionalidade, cujo elenco de legitimados é extenso, que, fadada (de antemão) ao insucesso, alcançaria o efeito inverso, isto é, de declaração de constitucionalidade, *mesmo sem a existência de qualquer controvérsia relevante*.

59 Neste ponto estou de acordo com Arango: a tese da resposta correta somente é factível a partir da hermenêutica filosófica (assim como da fenomelogia hermenêutica, de cariz heideggeriano).

significante e significado, para ficar apenas em alguns dos dualismos que conforma(ra)m as duas metafísicas.

Enunciados jurisprudenciais – vinculantes ou não – somente proporcionam a resposta correta ou permitem a construção de respostas corretas quando compreendidos a partir dos dois teoremas fundamentais da hermenêutica: o círculo hermenêutico e a diferença ontológica.

Mais do que isso – levando em conta a crise que atravessa a operacionalidade do direito (doutrina e jurisprudência) –, é preciso chamar a atenção para o óbvio, isto é, ementas e enunciados em geral, *prêt-à-porters* predominantes no "mundo jurídico", não têm força de lei e não gozam dos "requisitos" da regra-abstração e generalidade. O problema, pois, é que, ao serem assim utilizados, esses "pequenos significantes" transformam-se em regras, escondendo e impedindo o aparecimento do princípio que subjaz em cada regra. Ementários não podem ser aplicados, portanto, de forma irrestrita e por "mera subsunção" (sic).

É lugar comum "fazer" doutrina mediante o uso de pautas gerais. Aliás, isso é recorrente tanto na doutrina como nas práticas jurídicas. Em face disso, uma hermenêutica jurídica inserida no paradigma da linguagem deve apontar para além de qualquer resquício do esquema sujeito-objeto. O paradoxal é que, ao mesmo tempo, há uma crença realista de que as palavras (conceitos) podem abarcar as diversas situações de aplicação, como se contivessem essências, e uma irrestível tendência de ultrapassar/ignorar os "compromissos discursivos" que a linguagem e a tradição nos proporcionam, ultrapassagem essa que é feita a partir do exercício de uma "*Wille zur Macht*", d'onde o direito será aquilo que o intérprete "determinar" (por isso, a doutrina torna-se refém da atribuição de sentido feita pelos tribunais).

Aliás, é prática (re)corrente em *terrae brasilis* – não há sentença ou acórdão que assim não proceda – a menção de acórdãos, utilizados como pautas gerais nas decisões. Tal circunstância acarreta um enfraquecimento da força persuasiva da doutrina, deixando-se às decisões dos tribunais a tarefa de atribuição do sentido das leis, fenômeno que é retroalimentado por uma verdadeira indústria de manuais jurídicos, que colacionam ementários para servirem de "pautas gerais". Tal menção pode confortar uma orientação ou demonstrar a viabilidade jurídica de um entendimento, *mas nunca fundamentar, de per si, a decisão*.

Em síntese, através da ideologia do "caso concreto" esconde-se exatamente aquilo que se quer mostrar, isto é, que o "o direito é uma questão de caso concreto". O que estamos a fazer, efetivamente, é esconder, metafisicamente, o "caso concreto" "atrás" de um verbete (enunciado, súmula, etc.) que

não tem a possibilidade – por uma impossibilidade filosófica – de abarcar as diversas hipóteses de aplicação. Isso para dizer o mínimo, a partir de uma *reconstrução integrativa do direito aplicável ao caso*, que deve levar em conta *a interpretação coerente com as regras, princípios e decisões judiciais preexistentes no cotidiano das práticas judiciárias* – mormente aquelas mais condizentes com o contexto da sociedade em que se realiza o julgamento –, sendo vedado, portanto, que o juiz lance mão (exclusivamente) de seus princípios de conduta pessoal, sua visão própria de mundo, etc., para concretizar a decisão.[60] Nesse sentido, a preciosa lição de Dworkin (*Law's Empire*), ao lembrar que, quando mais de uma solução se apresentar a partir dessa "conduta interpretativa", o juiz deverá optar pela interpretação que, do ponto de vista da moral política, melhor reflita a estrutura das instituições e decisões da comunidade, ou seja, a que melhor represente o direito histórico e o direito vigente, sendo que esta seria, assim, a resposta correta para o caso concreto.

Daí o necessário contraponto pós-metafísico – e aqui me refiro à hermenêutica filosófica –, a partir do qual o "caso" é produto de uma análise conteudística que se constrói no interior de uma intersubjetividade. Afinal, no positivismo – e não só nele – o caso "surge" de uma relação sujeito-objeto; na hermenêutica, não há essa objetificação; no positivismo, a regra se explica representacionalmente; na hermenêutica, a partir da faticidade (mundo prático).

Por outro lado, a resposta a um problema não é etapa subseqüente à interpretação (não esqueçamos, naturalmente, o valor/autoridade da tradição, o círculo hermenêutico, a diferença entre pré-juízos verdadeiros e falsos – ou, se se quiser, legítimos ou ilegítimos, ou, ainda, autênticos e inautênticos –, a antecipação de sentido, categorias fundamentais na hermenêutica filosófica). Seria, destarte, um retorno ao paradigma da filosofia da consciência. Não se interpreta por partes, em etapas.

Uma coisa, contudo, deve ficar clara: a hermenêutica não quer ter a última palavra. Mas o que está em jogo nesta frase? Quando Gadamer diz isso, quer dizer que a hermenêutica sempre supõe que a historicidade do compreender e a historicidade da linguagem têm diversos graus de explicitação ou

60 Para Dworkin (*O Império do Direito*, *op. cit.*), ao juiz não é dado descobrir ou inventar nada, mas sim interpretar os argumentos que lhe são apresentados. A tese da resposta correta quer dizer que sempre haverá um princípio que fundamentará a decisão do juiz. Esse princípio *não é um artifício metafísico*, lembra bem Vera Karam de Chueiri (Cf. Barretto, Vicente de Paulo (org.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo/ Rio de Janeiro: Unisinos/ Renovar, 2005, pp. 262 e segs.), mas, sim, algo que, argumentativamente se constrói, de forma articulada e de acordo com as práticas jurídicas e sociais da comunidade.

de manifestação; vão além dos simples enunciados. Existe uma espécie de *continuum*, em que podemos cair na tentação de convertê-lo em uma classificação de diversas respostas e soluções e, em uma distinção de grau, afirmar que essa resposta é melhor que aquela, que há várias respostas e cada um escolhe uma. Evitando essa tentação – que tem um fundo epistemológico –, temos que nos dar conta de que todas as respostas *se movem em um único horizonte e de que a distinção entre as respostas é apenas uma espécie de artifício*.

Para ser mais claro: essas "variadas/múltiplas respostas", em que cada um "escolhe" uma, implicam – e aqui reside o cerne da problemática – *uma exclusividade de cada uma das respostas*. E disso as diversas teorias que tratam da interpretação – especialmente as teorias da argumentação – não se deram conta, o que é extremamente problemático, porque a possibilidade de múltiplas respostas está fundada na tese de que cada uma se julga, de alguma maneira, absoluta! Ora, na hermenêutica nada é absoluto. Cada resposta tem um enraizamento comum. *Ela se distingue somente no nível da objetivação*. As respostas não estão – de antemão – à disposição do intérprete, *como um catálogo em que este "escolhe" uma delas como sendo a melhor*.

Da mesma forma, se é possível afirmar que o positivismo está sustentado na possibilidade de que existam múltiplas respostas, delegando à discricionariedade judicial a resolução dos "casos complexos" (e esta foi a grande crítica feita por Dworkin a Hart), também é possível dizer que não há garantias no sentido de que a tese da "melhor resposta possível" tenha o condão de afastar/evitar um (elevado) grau de discricionariedade, uma vez que a "melhor resposta" não exclui a existência de várias respostas, não superando, desse modo, o problema fulcral do positivismo, que é a escolha (discricionária) da resposta pelo intérprete.

Veja-se a complexidade da questão. Juarez Freitas, por exemplo, fundado na interpretação tópica-sistemática, da qual é um dos corifeus no Brasil, elabora forte crítica – que, registre-se, supera, em muito, aquelas desenvolvidas por diversos autores sob o pálio da(s) teoria(s) da argumentação – à tese da "única resposta correta". Com efeito, Freitas faz uma incisiva objeção à tese de Dworkin, asseverando que "a pretensão da única resposta correta pode inviabilizar a melhor interpretação".[61]

61 Cf. Freitas, Juarez. A melhor interpretação constitucional *versus* a única resposta correta. In: Silva, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 327 e segs.

A tese de Freitas é sedutora. Afinal, afasta a única resposta em nome da melhor resposta possível. Entretanto, e muito embora me posicione de acordo com a maior parte dos argumentos (*v. g.*, o rechaço total da subsunção e o caráter mais ontológico que metodológico da interpretação), entendo que o jusfilósofo gaúcho coloca demasiada ênfase no intérprete (sujeito), a quem comete o papel de hierarquizar o sistema, que *se revelaria indeterminado* e, por essa razão – a indeterminabilidade –, é que tornaria "*nítida a implausibilidade de soluções únicas e excludentes*".[62] Esse deslocamento em direção ao sujeito aparece, também, na questão da "eleição das premissas" e quando Freitas assinala a função do intérprete "de ir além do texto", dando a entender que o texto é apenas um enunciado lingüístico (além do que, neste caso, o autor parece cindir a interpretação da aplicação, como se fossem fases ou etapas distintas). Por outro lado, Freitas admite que a melhor resposta deve ser extraída de uma *multiplicidade* de respostas possíveis, quando assevera que "uma melhor interpretação tópico-sistemática" deve ser retirada dentre as "'*n's possibilidades interpretativas*",[63] o que parece indicar, também, essa mesma ênfase conferida pelo jusfilósofo ao sujeito da relação, que estaria encarregado dessa "escolha".

Ou seja, de um certo modo, o problema da tese da escolha da melhor resposta entre múltiplas possibilidades continua a estar na subjetividade do intérprete, portanto, caudatária do paradigma da filosofia da consciência. É neste ponto que reside o problema principal da tese das múltiplas respostas e, quiçá, da melhor resposta. O ato interpretativo – que depende de uma pré-compreensão antecipadora – não é uma acoplagem de um significado a um significante, ou, para usar a linguagem tipicamente hermenêutica, não é uma acoplagem de um sentido (ser) a um ente desnudo, que estaria à espera dessa operação.

Se formos a fundo, é possível dizer que a escolha de uma resposta a partir de uma multiplicidade de respostas é uma escolha superficial, que objetifica, que separa, que traz elementos com os quais se pensa excluir outras respostas, mas ela se move no mesmo universo das outras. Ora, 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 possa encontrar o elemento de compreensão que se encontra 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.

62 Cf. Freitas, *op. cit.*, p. 322.
63 Idem, ibidem (grifei).

É, pois, a discricionariedade interpretativa que implica a possibilidade de múltiplas respostas. Mas só podemos falar em múltiplas respostas se ignoramos o modo prático de ser no mundo. Textos analisados em abstrato – se isso pudesse ser feito – é que podem gerar vários sentidos. Mas o texto é sempre significado a partir do algo que esse texto designa. E o texto designa uma determinada coisa, e não a generalidade conceitual dessa coisa.

Sem pretender trazer de volta uma velha discussão própria dos anos 20 do século passado, em que o neopositivismo lógico também buscou a superação das incertezas decorrentes da linguagem ordinária, não é demais lembrar que as múltiplas respostas se movem no campo da sintaxe e da semântica. É como se o direito pudesse ser descrito a partir de sentidos aos quais se acoplam posteriormente fatos. Assim, o direito positivo se move(ria) no nível da semântica, sendo que o jurista só introduz a pragmática quando a semântica não consegue dar conta das complexidades de sentido...!.

Assim, pensar – como as teorias da argumentação – que os casos simples se resolvem dedutivamente, é exatamente pensar que a semântica é auto-suficiente para esse nível que também pode ser chamado de ôntico (na linguagem hermenêutica). E as teorias que acreditam da distinção estrutural entre casos e casos difíceis, no fundo, fazem a velha distinção entre semântica e pragmática. Por isso as teorias argumentativas movem-se no campo da pragmática, substituindo, *quando convém*, a própria semântica. Isto é, no momento em que a semântica não dá conta na busca de *sinonímias*, recorre-se à pragmática, que passa a ser um discurso adjudicador.

A hermenêutica introduz um diferencial nessa questão, para além da discussão analítica, porque é onto-pragmática ou semântico-existencial (Stein). Antes dessa multifacidade decorrente das incertezas constatáveis no plano ôntico, a hermenêutica se move em um *a priori*, em que a faticidade, o modo prático de ser no mundo aponta para a síntese hermenêutica, que supera qualquer dualidade "significante-significado" ou "universalidade-singularidade".

11.6. Desconstruindo os "modelos" de juiz.

Aqui se faz necessária a desconstrução de uma tese que vem servindo de base, de há muito, para a caracterização dos modelos de direito e de juiz nos diversos sistemas jurídicos contemporâneos. Trata-se do texto intitulado *Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juiz*, de Francois Ost,[64] em que o

64 Cf. Ost, François. Jupiter, Hércules, Hermes: três modelos de juiz. *Doxa, Cuadernos de Filosofia del Derecho*, nº 14, Alicante, 1993, pp. 170-194.

professor belga propõe uma espécie de juiz pós-moderno-sistêmico (Hermes) que atuaria em rede e superaria, com grande vantagem, os "modelos anteriores". Com efeito, para Ost, basicamente a teoria do direito trabalha com dois modelos de juiz, que também simboliza(ria)m "modelos de direito" (Júpiter e Hércules). O primeiro representa o modelo liberal-legal, de feição piramidal-dedutivo, isto é, sempre dito a partir do alto, de algum "monte Sinai"; esse direito adota a forma de lei e se expressa em forma de imperativo, vindo a ser representado pelas tábuas da lei ou códigos e pelas Constituições modernas, sendo que dessa parametricidade é que são deduzidas as decisões particulares.

Já o modelo herculeano está sustentado na figura do juiz, que seria a única fonte do direito válido. Trata-se de uma pirâmide invertida, no dizer de Ost. É Dworkin quem, ao revalorizar até o extremo a figura do juiz moderno, atribui-lhe as características de Hércules, afirma o autor. Embora diga que não pretende "equiparar" a tese de Dworkin aos realistas ou pragmatistas, Ost termina por colocar no Hércules dworkiano os "defeitos" que caracterizariam o juiz "monopolizador da jurisdição" no modelo de direito do Estado Social, em que o direito "se reduz ao fato", enfim, à indiscutível materialidade da decisão. Esse juiz propiciaria um deciosionismo, a partir da proliferação de decisões particulares.

Como contraponto, Ost apresenta um *tertius genus*, o juiz Hermes, que adota a forma de rede; nem um pólo, nem dois, isto é, nem a pirâmide, nem um funil e tampouco a superposição dos dois, senão uma multiplicidade de pontos de interrelação; um campo jurídico que analisa como uma combinação infinita de poderes, tanto separados como confundidos, amiúde intercambiados; uma multiplicação dos atores, uma diversificação de regras, uma inversão de réplicas; tal circulação de significados e informações não se deixa aprisionar em um código ou em uma decisão: expressa-se sob a forma de um banco de dados. Assim, segundo Ost, o direito pós-moderno, o direito de Hermes, é uma estrutura em rede que traduz em infinitas informações disponíveis instantaneamente e, ao mesmo tempo, dificilmente matizáveis. Trata-se, em síntese, de uma teoria lúdica do direito. O juiz Hermes não é nem transcendência e nem imanência; encontra-se em uma e outra dialética ou paradoxalmente (uma e outra).

Penso que, examinada à luz da hermenêutica filosófica e do neoconstitucionalismo, assim como a partir das diversas teorias do direito surgidas no século XX, a tese de Ost merece uma série de objeções, não tanto na parte em que propõe o Hermes como solução (que, a toda evidência, apresenta aspectos de grande relevância), mas, fundamentalmente, em relação às críticas ao "modelo herculeano".

Assim, a primeira objeção decorre do fato de haver um excessivo esforço em enquadrar o "modelo herculeano" no modelo de direito do Estado Social, colocando-o como uma antítese do juiz que caracterizaria o modelo de Estado Liberal (o modelo jupiteriano).

Segundo, porque Ost não leva em conta que o juiz Hércules é uma metáfora e que representa exatamente o contrário do que sua tese pretende denunciar, isto é, Hércules definitivamente não é a encarnação do "juiz/sujeito-solipsista", mas, sim, é a antítese do juiz discricionário, este sim refém da filosofia da consciência (essa discussão não aparece no texto, talvez porque a atuação de Hermes "em rede" supere, na tese de Ost, o "sujeito da relação").[65]

Em terceiro lugar, a tese peca também porque tudo aquilo que Ost aponta como missões do Hércules "assistencialista" (*v. g.*, "conciliar as economias familiares em crise"; dirigir as empresas em dificuldades evitando, se possível, a quebra; julgar se corresponde ao interesse da criança ser reconhecido pelo seu pai natural, quando a mãe se opõe – art. 319.3 do Código Civil da Bélgica –; apreciar se a interrupção voluntária da gravidez pode ser justificada pelo "estado de angústia" da mulher grávida – art. 348 e seguintes do Código Penal belga –; intervir efetivamente em conflitos coletivos de trabalho e decidir, em procedimentos de urgência se a greve dos pilotos da companhia de aviação nacional, prevista para o dia seguinte às seis horas, é lícita ou não; julgar se o aumento de capital decidido com o objetivo de opor-se a uma oferta pública de compra de uma *holding*, cuja carteira de ações representa um terço da economia do país, está em conformidade com a lei; ou, ainda, impor sanções a trabalhadores e empresas que ameaçam o equilíbrio ecológico) também pode ser feito sem que o juiz ou o tribunal pratique decisionismos ou arbitrariedades (ou assistencialismos), ou seja, Ost esquece que a coerência e a integridade – própria do modelo dworkiano – constituem-se em blindagem contra aquilo que Ost acredita ser característica do modelo herculeano. Mais ainda, Ost não comenta os efeitos colaterais e as conseqüências para o próprio constitucionalismo de um "não-intervencionismo" do Judiciário (ou justiça constitucional) para atender os pleitos sobre direitos fundamentais (e os exemplos tratam das mais variadas formas de violação de direitos).

65 Essa questão é extremamente relevante, porque a perspectiva sistêmica, ao decretar a "morte" do sujeito", aproxima-a dos modelos desconstrutivistas, isto é, a superação do esquema sujeito-objeto acaba anulando o próprio sujeito. Por isso é necessário insistir, a partir, evidentemente, de um olhar heideggero-gadameriano, que a invasão da filosofia pela linguagem e o resgate do mundo prático não representaram a morte do sujeito, mas, sim, apenas a morte da subjetividade assujeitadora (certeza de si do pensamento pensante).

Em quarto lugar, ao dizer que "na gestão do juiz Hércules" a generalidade e a abstração da lei dão lugar à singularidade e à concretude do juízo, o professor belga passa a impressão de que, mesmo nesta quadra do tempo, ainda vivemos sob a égide do velho modelo de regras, como se não tivesse ocorrido a revolução copernicana do neoconstitucionalismo (ou, se houve alguma ruptura, essa fica reduzida ao modelo de direito do Estado Social); ao que tudo indica, para ele, os princípios não são "os princípios" que institucionalizaram *stricto sensu* a moral no direito (o ideal de vida boa, o "bom direito"), a partir da produção democrática (Constituições compromissórias e dirigentes), não havendo sinais, na tese, sobre o papel da moral no Estado Democrático de Direito. As indicações da tese de Ost, no particular, são de que os princípios são aqueles "gerais do direito", que têm a função de otimizar a interpretação, fechando e abrindo, autopoieticamente, o sistema jurídico.

Isso leva à quinta objeção, representada pelo reducionismo que o autor pretende fazer dos modelos de direito e de juiz. Com efeito, o que fazer com o juiz "ponderador" de Alexy, que, nos "casos difíceis", não solucionáveis por subsunção, apela para um sopesamento entre os princípios que estão em colisão? E os juízes analíticos, característicos de modelos metodológicos apresentados por Áarnio, e MacCormick, para citar apenas estes? E o juiz exsurgente da teoria do discurso habermasiano?

O sexto ponto de discórdia diz com o fato de que a tese de Ost ignora (passa ao largo) (d)o paradigma do Estado Democrático de Direito entendido como um *plus* normativo e qualitativo superador dos modelos de direito liberal e social, circunstância que faz com que *não leve em conta o papel do constitucionalismo enquanto rompimento com o positivismo e o modelo de regras*; prova disso é a observação que faz, baseado em texto de 1990, de André Jean Arnaud (*Le courrier du CNRS. Les sciences du droit*, abril de 1990, p. 81), de que "filósofos, teóricos e sociólogos se esforçam atualmente para substituir o direito rígido, fundado sobre a toda poderosa lei, por um direito flexível que toma em conta o relativismo, o pluralismo e o pragmatismo característicos da época pós-moderna", como se a teoria do direito não tivesse avançado para (muito) além desse debate acerca da superação do "modelo do direito rígido fundado na toda poderosa lei" e a dicotomia "monismo-pluralismo". Veja-se que o próprio Ost diz que "ao monismo haveria-se de opor, não a dispersão, mas, sim, o pluralismo, o absolutismo binário permissão-proibição, válido-não válido, haveria que substituir pelo relativismo e o gradualismo, que não se transforma, por isso, em ceticismo".

Em sétimo lugar, a divergência se instaura porque a tese de Ost passa ao largo do enfrentamento entre positivismo e constitucionalismo e conseqüentemente da superação do modelo subsuntivo e da distinção (não lógico-estrutural, é claro) entre regra e princípio.

Oitavo, porque, ao propor o modelo de Hermes como um avanço em relação ao convencionalismo de Júpiter e ao "invencionismo" de Hércules, isto é, ao afirmar que o seu Hermes respeita o caráter hermenêutico ou reflexivo do raciocínio jurídico, que, portanto, não se reduz nem à imposição e nem à simples determinação anterior, o *Hermes de Ost* acaba sendo, paradoxalmente, o *Hércules de Dworkin* (na leitura que Ost faz do Hércules dworkiano, é claro). Do mesmo modo, ao dizer que as fronteiras que separam o sistema e seu meio ambiente não deixam de ser móveis e paradoxais, como se os limites do direito e do não-direito fossem reversíveis, Ost faz concessões ao Hércules que ele mesmo critica (afinal, como ele mesmo diz, um jogo, como o direito, é sempre, ao mesmo tempo, algo mais que ele mesmo, apesar dos esforços desenvolvidos para uniformizar seu funcionamento e pormenorizar seus dados).

Por fim, em nono lugar, em relação à crítica de Ost de que, afora o fato de que tanto o modelo jupiteriano como o modelo herculeano estão em crise, "eles apenas oferecem representações empobrecidas da situação que pretendiam descrever em sua época", há que lembrar que não se pode cair em idealizações ou idealismos, como se fosse possível ignorar que o paradigma do Estado Democrático de Direito e o tipo de constitucionalismo instituído em grande parte dos países após o segundo pós-guerra aumentou sobremodo a demanda pela intervenção do Poder Judiciário (ou da justiça constitucional, na forma de Tribunais Constitucionais). Ora, isso apenas implica reconhecer que é inexorável que "alguém decida", até para não transformar a Constituição em uma "mera folha de papel".

Assim, em síntese, contrapor o modelo de Hermes aos modelos de Júpiter (Estado Liberal) e Hércules (Estado Social) apenas comprova o grande dilema que atravessa a metodologia contemporânea: como se interpreta e como se aplica, isto é, quais as condições que tem o juiz ou tribunal (porque, permito-me insistir no óbvio, alguém tem que dizer por último o sentido da Constituição) para proferir as respostas aos casos em julgamento.

Não parece adequada, portanto, a tese da contraposição do modelo de direito do Estado Social ao modelo de direito do Estado Liberal. Isso seria ignorar os dois pilares sobre as quais está assentado um terceiro modelo, o do Estado Democrático de Direito: a proteção dos direitos fundamentais sociais e o respeito à democracia.

Em outras palavras, se é inexorável que, a partir do segundo pós-guerra, diminui o espaço de liberdade de conformação do legislador em favor do controle contramajoritário feito a partir da jurisdição constitucional, é exatamen-

te por isso que devem ser construídas as condições de possibilidade para evitar discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos, ou seja, o constitucionalismo destes tempos pós-positivistas assenta seus pilares no novo paradigma lingüístico-filosófico, superando qualquer possibilidades de modelos interpretativos (se se quiser, hermenêuticos) sustentados no esquema sujeito-objeto.

É, portanto, desse modo que se busca a superação do velho positivismo. E é por isso mesmo que o Hércules de Dworkin não pode ser epitetado de "invencionista" ou "solipsista" (ou qualquer variação realista ou pragmatista). Do mesmo modo – embora essa questão não esteja abarcada pelo texto de Ost –, a busca de respostas corretas em direito não pode sofrer críticas porque estaria assentado em um juiz que "carregaria o mundo nas costas". Ao contrário. A busca de respostas corretas é um remédio contra o cerne do modelo que, dialeticamente, engendrou-o: o positivismo e sua característica mais forte, a discricionariedade.

Não há um Hércules no modelo da hermenêutica aqui trabalhado (não podemos esquecer que o Hércules de Dworkin instala-se na teoria do direito para demonstrar que a discricionariedade é antidemocrática e que, ao rejeitar qualquer posição pessoal do juiz e colocar ênfase na sua responsabilidade política, superou o esquema sujeito-objeto). Na hermenêutica, o círculo hermenêutico "atravessa" a compreensão antes que o sujeito pense que se assenhora da interpretação e dos sentidos. Por isso, a resposta correta que sempre pode e deve ser encontrada não reside no juiz/intérprete enquanto sujeito do "esquema sujeito-objeto", mas, sim, no juiz/intérprete da relação de compreensão baseada na intersubjetividade (sujeito-sujeito). Assim, o ponto fulcral não é quem dá a resposta correta, mas como esta se dá.

11.7. Da metáfora do juiz (Hércules) à metáfora da resposta (correta) ou de como a resposta correta deve ser compreendida como uma metáfora.

Frente ao estado da arte representado pelo predomínio do positivismo, que sobrevive a partir das mais diversas posturas e teorias sustentadas, de um modo ou de outro, no predomínio do esquema sujeito-objeto – problemática que se agrava com uma espécie de protagonismo do sujeito-intérprete (especialmente juízes e tribunais) em pleno paradigma da intersubjetividade –, penso que, mais do que uma possibilidade, a busca de respostas corretas em direito é uma necessidade.

Por isso, a resposta correta proposta na presente obra, a partir de uma simbiose entre a teoria integrativa de Dworkin e a fenomenologia hermenêu-

tica (que abarca a hermenêutica filosófica), deve ser entendida como uma metáfora.[66] Afinal, metáforas servem para explicar coisas. Isso, à evidência, implica pensar esse modelo dentro de suas possibilidades. Com efeito, metáforas são criadas porque se acredita que um determinado fenômeno poderá ser melhor explicado a partir da explicação já consolidada de um outro fenômeno, ou seja, a "operação com que transferimos significados não-sensíveis para imagens ou remetemos elementos sensíveis a esferas não-sensíveis".[67] Portanto, se considerarmos que essa distinção fundamental entre sensível e não-sensível não existe, a colocação da metáfora representa uma atitude tipicamente metafísica, induzindo o agente a compreendê-la como um ponto de partida universal.

Contudo – e essa advertência reveste-se de fundamental relevância, para não gerar mal-entendidos –, se a metáfora for pensada dentro das limitações de uma linguagem apofântica, que terá sempre como pressuposto a dimensão hermenêutica da linguagem, ela permitirá, a exemplo do neologismo, uma aproximação entre o dito e o fenômeno já compreendido, uma vez que nela encerra, como já foi visto, um grau de objetivação minimamente necessário.

66 Parece despiciendo referir que a resposta correta não é, jamais, uma resposta definitiva. Do mesmo modo, a pretensão de se buscar a resposta correta não possui condições de garanti-la. Corre-se o risco de se produzir uma resposta incorreta. Mas o fato de se obedecer à coerência e à integridade do direito, a partir de uma adequada suspensão de pré-juízos advindos da tradição, já representa o primeiro passo no cumprimento do direito fundamental que cada cidadão tem de obter uma resposta adequada à Constituição. Veja-se que, em seu *Era das Transições* (Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 224-225), Habermas afirma que "a busca da única resposta correta não é capaz de garantir, por si mesma, um resultado correto. Somente o caráter discursivo do processo de deliberação é capaz de fundamentar a possibilidade de autocorreções reiteradas e, destarte, a perspectiva de resultados racionalmente aceitáveis". Penso que não há dúvida a esse respeito. Hermeneuticamente – e na medida em que o tempo é o nome do ser, e a distância temporal é sempre um aliado, e não um inimigo – a resposta correta é (sempre) provisória, até porque há uma dialética entre velamento e desvelamento. O ser se vela e se desvela. A linguagem proporciona descobertas e encobrimentos. Por isso, os enunciados lingüísticos que descrevem o direito não são o lugar da resposta correta, mas a resposta correta será o lugar dessa "explicitação", que, hermeneuticamente, não se contentará com uma fundamentação de caráter *a priori* dos discursos de fundamentação. Por outro lado, para a hermenêutica, não é possível concordar com a assertiva de que "somente o caráter discursivo do processo de deliberação é capaz de fundamentar a possibilidade de resultados racionalmente aceitáveis...". Há um algo mais do que esse "caráter discursivo de deliberação", que é decorrente da antecipação de sentido, da faticidade e do modo prático de ser no mundo, que impossibilita a formação de "discursos de fundamentação" de caráter prévio, a partir dos quais se formarão as condições para a aferição da resposta.

67 Cf. Stein, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença*. *Op. cit.* O conceito "tradicional" de metáfora pode ser aplicado, *v.g.*, às súmulas vinculantes e aos enunciados *pré-à-porter* proto-sumulares que conformam a cultura jurídica dominante, porque pretendem estabelecer explicações prévias de outros fenômenos a partir da explicação consolidada de um, isoladamente, como se o problema do direito se resumisse à validade (prévia) dos discursos.

A metáfora é entendida, assim, como a possibilidade, a partir da diferença ontológica, de "ligar" significantes e significados. A metáfora significa a impossibilidade de sinonímias "perfeitas".

A metáfora da resposta correta, desse modo, será a explicitação de que é possível atravessar o "estado de natureza hermenêutico" instalado no direito. A metáfora nos mostra que, ao nos situarmos no mundo, isso não implica um genesis a cada enunciação. Dito de outro modo, pela metáfora da resposta correta – compreendida nos moldes aqui delimitados – estabelece-se a convicção (hermenêutica) de que há um desde-já-sempre (existencial) que conforma o meu compromisso minimamente objetivado(r), uma vez que, em todo processo compreensivo, o desafio é levar os fenômenos à representação ou à sua expressão na linguagem, chegando, assim, ao que chamamos de objetivação, como sempre nos lembra Ernildo Stein.

A construção da metáfora da resposta correta deita raízes em outra metáfora. Com efeito, Hobbes criou a metáfora do contrato social para explicar a necessidade de superar a barbárie representada pela fragmentação do medievo. Mas, mais do que isso, fê-lo para demonstrar que o Estado é produto da razão humana. Para tanto, Hobbes contrapôs a soberania "do um" para superar a soberania fragmentada/dilacerada "de todos", isto é, contra a barbárie representada pelo Estado de Natureza contrapôs a civilização. E isso somente seria possível através de um contrato. Não um contrato stricto sensu, mas um "contrato metafórico".

Penso que, de algum modo, é necessário enfrentarmos o "estado de natureza hermenêutico" em que se transformou o sistema jurídico. A "liberdade" na interpretação dos textos jurídicos proporcionada pelo império das correntes (teses, teorias) ainda arraigadas/prisioneiras do esquema sujeito-objeto tem gerado esse "estado de natureza interpretativo", representado por uma "guerra de todos os intérpretes contra todos os intérpretes", como que repristinando a fragmentação detectada tão bem por Hobbes. Cada intérprete parte de um "grau zero" de sentido. Cada intérprete reina nos seus "domínios de sentido", com seus próprios métodos, metáforas, metonímias, justificativas, etc. Os sentidos "lhe pertencem", como se estes estivessem à sua disposição, em uma espécie de reedição da "relação de propriedade" (neo)feudal. Nessa "guerra" entre os intérpretes – afinal, cada um impera solipsisticamente nos seus "domínios de sentido" –, reside a morte do próprio sistema jurídico.

Por tais razões é que a tese da resposta correta em um sistema "não avançado" (lembremos a observação de Dworkin sobre a temática, com a qual não é possível concordar) não é uma possibilidade, e, sim, uma necessidade. Como já explicitado anteriormente, isso implica a superação do esquema sujeito-

objeto, a partir dos dois teoremas fundamentais da hermenêutica: o círculo hermenêutico e a diferença ontológica. Com isso, ultrapassa-se qualquer possibilidade da existência de grau(s) zero(s) de sentido – que se sustentam naquilo que venho denominando de "ideologia do caso concreto" –, resgatando a tradição autêntica (sentido da Constituição compreendido como o resgate das promessas da modernidade) e reconstruindo, a partir dessas "premissas", em cada caso, a integridade e a coerência interpretativa do direito.

A resposta correta é uma metáfora, como o juiz Hércules de Dworkin também o é. Para tanto – e aqui vai uma advertência indispensável –, a ruptura com o "estado de natureza hermenêutico" não se dará através de uma delegação em favor de uma instância última, isto é, um "abrir mão do poder de atribuir sentidos em favor de uma espécie de Leviatã hermenêutico", como parece ser o caso da institucionalização das súmulas vinculantes[68] ou de outros mecanismos vinculatórios (v.g., Leis 8.038, 9.756 e 11.277, para falar apenas destas).

*Dito de outro modo, se a resposta para a fragmentação do estado de natureza medieval foi a delegação de todos os direitos em favor do Leviatã representado pela soberania absoluta do Estado (o Estado Moderno absolutista superou, desse modo, a forma estatal medieval); na hermenêutica jurídica de cariz positivista, a resposta para o império dos subjetivismos, axiologismos, realismos ou o nome que se dê a tais posturas – que colocam no intérprete (juiz, tribunal) o poder discricionário de atribuir sentidos – **não pode ser, sob hipótese alguma, a instauração de uma supra-hermeneuticidade ou a delegação dessa função para uma super-norma** que possa "prever todas as hipóteses de aplicação",[69] que, mutatis mutandis, é a pretensão (dogmática e, portanto,*

68 Sempre com a ressalva de que as súmulas não constituem "um mal em si", conforme tenho deixado claro desde há muito.

69 As súmulas vinculantes podem ser entendidas como uma hipostasiação de discursos de fundamentação, isto é, o pólo de tensão passa a estar somente no plano da validade do discurso jurídico. Essa "redução" ao plano da validade não é novidade na teoria da argumentação jurídica, como se pode ver na crítica que Alexy (*Justification and Application of Norm, op. cit.*) faz à distinção de Günther entre discursos de fundamentação/justificação e discursos de aplicação, onde fica claro um deslocamento da esfera de tensão dessa dicotomia em direção aos discursos de validade (*the application of norms, too, can be considered a justification of norm; in its logical form it only differs from is generally called "justification os norms" insofar, as its object of is not na universal but an individual norm*). Por isso a argumentação é hispostasiada, isto é, tudo se resume ao proceduralismo-argumentativo, que, por ter pretensão corretiva, acaba se substituindo ao próprio direito. Com efeito, Alexy resume essa tensão à validade do direito, buscando uma espécie de discursos com validade universal. Esse discurso de validade, ao que indica, conteria a "idéia" que daria uma validade universalizante das diversas situações aplicativas (norma universal, nas palavras de Alexy). No Brasil, essa tese pode dar respaldo aos defensores das súmulas vinculantes. De

equivocada) das súmulas vinculantes.[70] Assim, contra o caos representado pelos decisionismos e arbitrariedades, o *establishment* corre o risco de criar um "neo-absolutismo hermenêutico".

Sendo mais claro, as súmulas vinculantes – do modo como são compreendidas (erroneamente) pela dogmática jurídica (senso comum teórico) – encarnam essa instância controladora de sentidos, metafisicamente, isto é, através delas acredita-se que é possível lidar com "conceitos sem as coisas", sem as peculiaridades dos casos concretos. Refira-se que o inusitado nisso tudo

fato, ao se constituírem em discursos de validade construídos para resolver problemas futuros que nela se "subsumam" (não parece haver dúvida a esse respeito, porque a súmula busca impedir a construção de discursos de aplicação), as súmulas vinculantes parecem encaixar-se na tese de que tudo se resume a discursos de validade, *uma vez que nos discursos de justificação (validade) já haveria a referência a muitas situações construídas e experenciadas*. Não se pode deixar de lembrar que, para os discursos de justificação – e essa tese é subscrita por Alexy –, a questão é saber qual norma universal é correta. Mas do fato de que essas duas questões (aplicação e justificação) devem ser distinguidas não implica a existência de dois tipos de discurso essencialmente diferentes; para ele, é possível que essas duas questões iniciem duas operações diferentes dentro de uma mesma forma de discurso e, então, leve a duas variações de uma mesma forma de discurso. A pergunta que fica é: como saber em que circunstâncias uma norma "universal" é correta ou "qual" das normas é correta? Mas, mais do que isso, o problema é saber se é suficiente descobrir que – e quando – uma norma universal é correta, uma vez que uma norma pode ser correta, mas inaplicável ao caso concreto. Talvez o problema esteja na exigência de Alexy, de que um juízo em fase de uma situação concreta deve se justificar também em razão da sua universabilidade, ou seja, ele deve ser adequado a toda e qualquer situação que àquela se assemelhe. *Tal juízo cria uma relação de prioridade, ou seja, se se decidiu que num caso a liberdade de expressão deve prevalecer sobre a privacidade, isso em princípio vale para todas as outras situações futuras em que supostamente liberdade de expressão vier a concorrer com a privacidade*. Isso cria um ônus argumentativo a mais para aqueles que, em face de uma situação futura de concorrência entre esses dois "princípios", defendem a relação de priorização inversa, ou seja, que é agora a privacidade, e não a liberdade de expressão que deve prevalecer.

70 Veja-se a esse propósito a arguta observação de Carmem Lúcia Antunes da Rocha, ao denunciar "a força de norma constitucional" que as súmulas podem assumir (*Sobre a súmula vinculante*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 10). Ou seja, se o próprio Supremo Tribunal Federal não revisar ou cancelar determinada súmula, esta somente poderá ser expungida do sistema através de emenda constitucional, *o que equivale a dizer que dois terços do Supremo Tribunal tem poder superior a três quintos do Congresso Nacional*. Tem igualmente razão a autora – hoje ministra do Supremo Tribunal Federal – quando coloca em xeque a súmula vinculante pela inexistência de: a) fonte legítima da representação popular; b) respeito à possibilidade constitucionalmente prevista como direito fundamental do cidadão de participar da formação do direito (art. 14, CF); c) garantia do processo legislativo democrático, discutido, aberto e participativo (arts. 59 e segs.) para a criação de norma jurídica. Em candente crítica ao instituto, Carmem Lúcia acrescenta que, com a introdução da súmula vinculante, o que é hoje uma mutação constitucional por intermédio da interpretação, passa a ser reforma constitucional, ou seja, mudança formal, uma vez que a interpretação se converterá, então, em norma de vigor constitucional em razão da matéria e do órgão judicial da qual emana.

é que, paradoxalmente, o império das múltiplas respostas se instaurou, exatamente, a partir de uma analítica de textos em abstrato!

As súmulas são decisões de caráter aditivo/manipulativo. Afinal, não existe – ou não deveria existir – súmula que refira, por exemplo, que determinado dispositivo é inconstitucional, pela simples razão de que, se tal dispositivo efetivamente fosse inconstitucional, teria sido assim declarado (ou isso ou teremos que aceitar certa esquizofrenia em nosso sistema jurídico). Essa afirmação exige um aclareamento: em um sistema jurídico misto de controle de constitucionalidade, não se poderia admitir que uma súmula viesse a substituir o próprio controle de constitucionalidade. Se uma lei é, efetivamente, inconstitucional, qual a razão de se fazer uma súmula para "atestar" essa relevantíssima circunstância? Despiciendo dizer que são coisas absolutamente diferentes a declaração de inconstitucionalidade de uma lei e a elaboração de uma súmula. Afinal, enquanto no primeiro caso está-se diante da (in)validade de uma lei, no segundo caso está-se diante da institucionalização de uma determinada interpretação de uma lei. Súmulas servem, segundo a EC 45/04, para resolver problemas acerca de várias interpretações que estão sendo dadas a uma lei; no controle de constitucionalidade, ou se invalida ou não se invalida a lei (claro que, ao invés de se declarar, no controle difuso ou concentrado, a nulidade da lei, é possível fazer interpretação conforme ou nulidade parcial sem redução de texto; mas, nesse caso, já não se está a tratar do ponto inicial: de uma súmula que diga que uma determinada lei é inconstitucional). Aliás, admitir que uma súmula "torne vinculante" a invalidade de uma lei é admitir o fracasso do sistema jurídico. Afinal, não esqueçamos que, mesmo se o dispositivo for anterior à Constituição, pode ser declarado inconstitucional (não válido) mediante a utilização adequada da ADPF. Então, para que serve uma súmula nessas circunstâncias?

No mais, vale lembrar que sempre houve no sistema um considerável número de súmulas enquadráveis como *contra legem*/inconstitucionais e *extra legem*. Os tribunais, quotidianamente, constroem normas jurídicas, através de novos textos (além da construção *stricto sensu* de novos textos legais, os tribunais efetuam forte atividade corretiva, o que se pode ver, v.g., no julgamento do HC nº 72862-6),[71] que sequer necessitam ser transformadas em súmulas, que alteram o ordenamento jurídico, sem que isto cause perplexidade no imaginário dos juristas. Veja-se, por exemplo, a *transformação dos embargos declaratórios em embargos declaratórios com efeitos infringentes*.[72]

71 Cf. Jurisprudência do STF, Segunda Turma, DJ 25.10.96.

72 Ver processos nºs 70000171520, 70000179929 e 70000487132, do TJRS.

Não há qualquer previsão desse recurso no Código de Processo Civil. No entanto, os tribunais, a partir de uma construção jurisprudencial de nítido conteúdo discricionário, *já que à revelia de qualquer indicação formal-textual*, criaram esse recurso. Tal procedimento faz parte do processo de atribuição de sentido (*Sinngebung*), próprio de todo processo hermenêutico. Na realidade, somente causam perplexidade – e só então a questão é trazida para a discussão da dicotomia jurisdição-legislação e suas conseqüências – *quando determinadas decisões interpretativas (seja a classificação que se dê) mostram-se em desconformidade com o teto hermenêutico preestabelecido pela doutrina e pela jurisprudência*. Ou seja, o limite do sentido e o sentido do limite ficam adstritos àquilo que o sentido comum aceita como possibilidade construtiva.

Da maneira como são compreendidas no interior do imaginário metafísico-positivista, as súmulas vinculante se colocam como sucedâneos dos conceitos universais próprios da metafísica clássica-essencialista, justamente combatida por Hobbes (para não perder o valor da metáfora que fundamentou a superação da forma de dominação medieval), com a agravante, aqui, de que elas são criadas a partir de uma institucionalização de subjetivismos, axiologismos e realismos (todas variantes do esquema sujeito-objeto).

Forma-se, desse modo, um círculo vicioso: primeiro, admite-se discricionarismos e arbitrariedades em nome da ideologia do caso concreto, circunstância que, pela multiplicidade de respostas, acarreta um sistema desgovernado, fragmentado; na sequência, para controlar esse caos, busca-se construir conceitos abstratos com pretensões de universalização, como se fosse possível uma norma jurídica abarcar todas as hipóteses (futuras) de aplicação.

Isso permite afirmar que, na verdade, o combate ao estado de natureza hermenêutico originário da discricionariedade/arbitrariedade positivista acaba não sendo um combate ao positivismo. Ao contrário, destituído de uma adequada compreensão hermenêutica, a partir dos seus dois teoremas fundamentais, qualquer forma de vinculação sumular, por mais paradoxal que possa parecer, somente reforçará o positivismo, com a conseqüente continuidade do caos decisionista. Ou seja, na medida em que as súmulas são textos, e como o positivismo interpreta textos sem coisas, qualquer tentativa de vinculação jurisprudencial/conceitual receberá uma adaptação darwiniana do senso comum teórico dos juristas.

Neste ponto, cabe outra advertência: a afirmação de que a súmula é (também) um texto deve ser compreendida a partir de um olhar hermenêutico. Uma súmula é um texto que possui peculiaridades, até porque, se assim não fosse, não haveria diferença entre lei "abstrata" e súmula. A súmula – e por isso a responsabilidade político-hermenêutica aumenta consideravelmente

em um país de sistema romano-germânico – é um texto que, na sua pré-compreensão, traz algo mais (ou extremamente diferenciado) que qualquer outro texto legal.

Que as súmulas são textos, parece não haver dúvidas; mas estas não são tão-somente textos, até porque "textos são eventos", na medida em que não existem textos que não se refiram a algo no mundo. Por isso, pensar que a súmula é (apenas) um texto é pensá-la na possibilidade de estar entificada (aliás, nisso reside um dos maiores problemas na sua compreensão pela dogmática jurídica). A súmula é produto de um conjunto de outros textos (lembremos mais uma vez que texto é evento, que tratam de "coisas", isto é, situações concretas). É por essa razão que, em um determinado momento, o Supremo Tribunal Federal institui um enunciado assertórico que, ao invés de resolver um determinado caso concreto, terá a função de "resolver todos os demais casos que podem ser abarcados pelo (novo) texto (o da súmula)". A súmula não exsurge, desse modo, para resolver um caso, mas, sim, para resolver "todos os casos futuros"', *circunstância que a diferencia do precedente norte-americano*. Ora, como é impossível um texto (e a norma que dele se extrai) abarcar/prever múltiplas hipóteses de aplicação, o prejuízo é a singularidade de cada um desses múltiplas hipóteses, que fica "subsumida". No fundo, é a isso que chamamos "metafísica jurídica".

Portanto, uma súmula, mais do que pretende qualquer outro texto jurídico, traz um "em si" (um mínimo "é") decorrente das inúmeras situações concretas que a ensejaram e que conformarão a compreensão do intérprete. Entretanto, isto que poderia ser um argumento a favor da súmula, acaba sendo o seu principal problema: a pré-compreensão decorrente da faticidade das singularidades das situações concretas *é eliminada pelo esquema sujeito-obeto a partir da hipostasiação de uma super-norma, que passa a "sobreviver"*[73] *à revelia das próprias situações concretas que a ensejaram* (de qualquer modo, na medida em que as situações concretas também ficaram escondidas nos julgamentos que engendraram o enunciado sumular, a possibilidade de se levar em conta as próximas singularidades diminui sobremodo). A súmula parte, assim, de um grau zero de significação, o que é anti-hermenêutico. Por isso, a soma de várias situações de "grau zero" redundarão no estado de natureza hermenêutico.

Destarte, quando afirmo que a súmula é um texto, quero dizer que esse texto, ao ser interpretado, deverá ensejar uma norma (sentido) que respeite, de forma radical, *a coerência e a integridade do direito*. Caso contrário, ela

73 Afinal, enquanto enunciado assertórico, é um "conceito sem coisa".

será aplicada de forma objetificada, entificadamente, isto é, será uma categoria a partir da qual se fará deduções e subsunções. Ora, na medida em que a súmula é feita para resolver casos futuros – e nisso reside um equívoco hermenêutico de fundamental importância, em uma simples comparação com os precedentes norte-americanos –, transformando "casos difíceis" em (futuros) "casos fáceis" (parece ser essa a sua razão maior), a tarefa do intérprete estará "facilitada": de um lado, decidir-se-á casos dedutivamente; de outro, será possível decidir milhares de processos de uma só vez. *Em ambas as hipóteses, soçobra a situação concreta.* Afinal, como se diz na teoria da argumentação jurídica (para ficar nessa corrente jusfilosófica que pretende dar respostas ao problema da indeterminabilidade do direito nesta quadra da história), para "casos simples" *basta a subsunção* (sic). Esse é o objetivo e o destino da súmula no interior da dogmática jurídica, isto é, naquilo que se entende como *estabilishment* jurídico de *terrae brasilis*.

E tudo começa(rá) de novo...! Por isso, a necessidade – e não a mera possibilidade – de alcançar respostas corretas em direito.

11.8. A busca de (novas) racionalidades no direito e o papel das súmulas vinculantes: a faticidade "cabe" na súmula? É possível resolver o problema das incertezas no direito com linguagens isentas de vaguezas e ambigüidades?

O advento do (novo) "império das súmulas vinculantes" tem gerado reações das mais diversas. De um lado, os críticos sistemáticos das súmulas, sustentando que estas constituem um mal em si mesmo; de outro, os críticos das súmulas, mas que, paradoxalmente, advogam uma "exatitude" do texto sumular. Há ainda aqueles que, sem serem críticos das súmulas e tampouco defensores *stricto sensu*, sustentam a necessidade de uma teoria geral (sic) dos precedentes, como é o caso de Fredie Didier, conceituado processualista que vem se mostrando preocupado com a vagueza e ambigüidade dos precedentes.[74] Para ele, o STF utiliza de "má técnica na elaboração de súmulas" (sic), especialmente no caso da súmula nº 11 (denominada de "súmula das algemas"). Didier considera que, na elaboração de um precedente – considerado por ele como uma "norma jurídica geral" –, uma das questões mais importantes é a utilização de "uma técnica" para a "redação do preceito normativo jurisprudencial". No fundo, a tese esgrimida por Didier representa parcela considerável do imaginário jurídico de *terrae brasilis*.

74 Cf. editorial n. 49 do site www.frediedidier.com.br.

Como contraponto à pretensão teórica de Didier, penso que o problema já começa na expressão "técnica de redação de precedente". Na verdade, Didier anuncia uma crítica à redação de uma súmula como sendo dirigida à "redação do precedente judicial". Porém, esquece-se que súmula não é "precedente". Isso porque um precedente é um caso anteriormente apreciado e julgado por um juiz ou tribunal. Por ser caso, tem nome, sobrenome e individualidade. Efetivamente, as súmulas, sejam "comuns" ou vinculantes, não podem ser consideradas precedentes *stricto sensu*, por várias razões. Talvez a principal delas seja o fato de o texto ser diferente da norma. Na verdade, não deveria haver uma confusão entre as funções de criar um texto e de concretizar uma norma.[75]

Outro equívoco de Didier ocorre quando da crítica que faz à utilização de palavras vagas na elaboração dos "precedentes". Ora, as palavras não se dividem em categorias como "vagas" e "precisas". Na redação de qualquer texto, é impossível escolher termos "precisos" que garantam a inexistência de "dúvidas" quanto à sua aplicação futura. Aliás, esse é um equivoco também cometido pela doutrina que entende que os princípios "abrem a interpretação", face sua "abertura semântica" (sic). Estou convicto – e essa convicção não é apenas minha – de que não há clareza que dispense a interpretação. E, mesmo que Didier tivesse razão, faltaria explicar por que motivos a lei deveria ser formulada em termos que (ao contrário do precedente) favorecessem o surgimento de dúvidas. Só se fosse para dar (mais) discricionariedade ao intérprete, o que também denuncia uma postura positivista.

Efetivamente, não se deve transportar, da lei para as súmulas, o velho problema da vagueza e da ambigüidade das palavras. Isso não ajuda em nada. Aliás, isso apenas mostra como parcela significativa da doutrina permanece refratária às conquistas filosóficas que o século XX nos legou. Não deveria haver essa preocupação com a "degradação semântica" (sic). Isso é coisa do positivismo jurídico. Esclarecendo melhor: os juristas continuam a tentar encontrar no próprio texto uma "essência" que permita dizer qual seu "real significado". É como se o texto contivesse uma "textitude". Ou seja, "fica-se nos domínios do texto".

Em tempos de produção democrática do direito, a "criação jurisprudencial do direito" deveria ser olhada de soslaio. Aliás, o debate poderia render

75 Nesse sentido, ver STRECK, Lenio Luiz. Súmulas, vaguezas e ambigüidades: necessitamos de uma "teoria geral dos precedentes"? (In: *Direitos Fundamentais & Justiça*. Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUC-RS. Ano 2, nº 5, Porto Alegre: HS Editora, out./dez. 2008).

muitos frutos se se procurasse olhar para o problema dos limites do ato judicante na perspectiva de problematizar a legitimidade e a validade das decisões judiciais. Veja-se, *v.g.*, a falta ou a deficiência de fundamentação das decisões. O Brasil é o único país que possui "embargos declaratórios",[76] que é um recurso "pequeno gnosiológico" feito para salvar decisões mal fundamentadas, que, na verdade, são nulas, exatamente por não obedecerem o art. 93, IX, da CF. Despiciendos maiores comentários à invenção dos "embargos de pré-questionamento" ou, ainda, os "embargos declaratórios com efeitos infringentes" (sic). Isso é um sintoma grave.

Há que se ter claro que a grande viragem metodológica decorrente do novo constitucionalismo é que, agora, os juristas conseguiram o acesso ao *locus* decisional. Só que a cindiram da legislação. A "novidade" aparece no momento em que o "fator de legitimidade" já não esgota o problema, que se estende, inexoravelmente, para o modo "como o juiz decide". Relembremos: as teorias semânticas da legislação (positivismo) sempre reconheceram o problema das vaguezas da lei. Desnecessário (re)lembrar como Hart e Kelsen renderam-se ao discricionarismo e ao decisionismo. Observemos, nesse sentido, como a dogmática jurídica conseguiu fazer um mix com as teses dos três maiores positivistas: de Kelsen, o decisionismo; de Hart, a discricionariedade; de Ross, o positivismo fático, um realismo que se afina até hoje com o ideário dos *Critical Legal Studies*. Resultado disso? Um elevado grau de discricionariedade, que fatalmente descamba para a arbitrariedade. E quem sustenta isso é o paradigma da filosofia da consciência, em que o sujeito solispista *(Selbstsüchtiger)* produz o seu próprio objeto de conhecimento e, ao mesmo tempo, atribui-lhe sentido.

No fundo, parcela considerável da doutrina processual – e aqui me permito incluir Didier, em face de sua proposta de uma "teoria geral dos precedentes" – acredita na possibilidade de isomorfia entre proposições e objetos (com a variante de que, para o direito, basta que se construam juízos assertóricos, isto é, certas posturas do direito estão aquém das posições defendidas, *v.g.*, pelo Wittgenstein da fase do *Tratactus*). Mas não podemos esquecer que a isomorfia defendida por Wittgenstein no seu *Tratactus* foi abandonada ao escrever as *Investigações Filosóficas*. Se antes a sintaxe e a semântica eram as

76 Embargos declaratórios, ao lado da relativização da coisa julgada, vício transrescisório (sic), são institutos predatórios do direito, fragilizando a autonomia do direito. Aliás, cada vez que em nome de discursos morais, políticos ou econômicos – igualmente predatórios – se justificar uma "correção do direito", estar-se-á enfraquecendo aquilo que se quer preservar.

condições de possibilidade de um enunciado ser científico (verdadeiro), agora é na pragmática que se dá o *locus* do sentido.

Veja-se como a busca da exatidão da linguagem está presente no imaginário jurídico, o que pode ser percebido pela principal crítica que a súmula nº 11 (das "algemas"): a de sua imprecisão. E qual é o enunciado da súmula nº 11?

> "Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado".

Para Didier,

> "esse enunciado é tão extenso, e composto de termos de acepção tão vaga ("fundado receio de fuga", "perigo à integridade física própria ou alheia", "justificada a excepcionalidade por escrito" etc.), que mais parece texto legislativo. As dificuldades de sua aplicação serão tantas, que certamente deverão surgir outras "súmulas" concretizando o disposto no enunciado nº 11".

A crítica feita pelo processualista baiano é contraditória. Começa dizendo que o enunciado é muito "extenso", depois diz que os termos são de acepção muito "vaga". Mas se o STF resolvesse, na súmula, especificar o que significa "fundado receio de fuga", o enunciado ficaria muito mais extenso, pois não? E o autor até tem razão quando diz que a súmula "mais parece texto legislativo", porque assim é, mesmo, e sempre foi. Como referi anteriormente, súmulas (vinculantes ou não) têm pretensão de generalidade e abstração, como a lei. É claro que a redação da súmula nº 11 mais parece com a de um artigo ou parágrafo de lei do que com uma decisão judicial, o que, aliás, segue uma certa tradição "sumular" em terrae brasilis: "Não cabe mandado de segurança contra lei em tese" (nº 266 do STF); "A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício" (nº 33 do STJ). Ora, quem acha que as súmulas são "demasiadamente vagas" deixa a impressão de que as dificuldades de aplicação devem ser solucionadas com "outras súmulas" ou um "comentário sobre as súmulas". Não deixa de ser sintomático que a doutrina, ao identificar complexidades no sistema, proponha resolvê-las com "mais do mesmo", ou seja, com outros modelos pré-concebidos de interpretação. Veja-se: sempre se corre o

risco de repristinar uma espécie de "neo-jurisprudência dos conceitos", forma paleo-positivista de isolar o direito do tempo e da faticidade.

De todo modo, a filosofia nos salva. Insisto: é graças a ela que não acreditamos mais em isomorfia entre texto e realidade. Se eu fosse resumir o problema das súmulas em uma frase, diria que "o 'precedente' não cabe na súmula". Trata-se de um "enigma" hermenêutico que deve ser decifrado. É impossível transformar o problema da aplicação *(Anwendungsdiskurs)* em um problema de validade (prévia) dos discursos jurídicos (discursos de justificação – *Begründungsdiskurs*). O problema é que isso já acontece de há muito no direito de *terrae brasilis*. Aliás, é prática recorrente – afinal, não há sentença ou acórdão que assim não proceda – a mera menção de ementas de acórdãos, utilizados como pautas gerais nas decisões. Tal circunstância acarreta um enfraquecimento da força persuasiva da doutrina, deixando-se a tarefa de atribuição do sentido das leis aos tribunais, fenômeno que é retroalimentado por uma verdadeira indústria de manuais jurídicos, que colacionam ementários para servirem de "pautas gerais".[77] Verbetes. Enunciados. Tentativas de *conceptualizações*. Por tudo isso, as súmulas (vinculantes ou não) não deveriam causar surpresa. E nem estranheza. Elas sempre estiveram aí, no nosso imaginário.

Por isso, é possível dizer que quem transforma as súmulas vinculantes em um "mal em si" são as suas equivocadas compreensão e aplicação. Explico: pensa-se, cada vez mais, que, com a edição de uma súmula, o enunciado se autonomiza da faticidade que lhe deu origem. É como se, na própria *common law*, a *ratio decidendi* pudesse ser exclusivamente uma proposição de direito, abstraída da "questão de fato". Se isso é crível, então realmente a súmula e qualquer enunciado ou verbete (e como gostamos de verbetes, não?) será um problema. E dos grandes. E como respondo a isso? Com uma "exigência hermenêutica" que se traduz na frase de Gadamer: só podemos "compreender o que diz o texto a partir da situação concreta na qual foi produzido".

Numa palavra: as súmulas, ou a jurisprudência, vinculam tanto mais quanto mais fundamentadas sejam as suas decisões, ou razões decisórias, num receptáculo de orientação povoado não por uma lógica matemática, mas por uma justeza hermenêutica tributária da razão prática, num continuum de procedência atestado mediante pautas de equanimidade. Portanto, não importa se a súmula é "clara", "vaga" ou "ambígua". No caso paradigmático da súmula

77 Com efeito, a "indústria" que mais cresce é a literatura jurídica recheada de "conceitos sem coisas". O problema alcançou níveis alarmantes no "mercado jurídico" com o surgimento dos "estudos esquemáticos" e "quadros sinópticos" dos Códigos e (até) da Constituição.

vinculante nº 11, o verbete preconizou prudência no manejo de dita reserva, contando com o contributo de responsabilidade futura do intérprete que tiver diante de si semelhante impasse. Como se trata de um enunciado – e isso já foi debatido em linhas anteriores – este somente alcançará sentido em face de uma situação concreta ou de uma sucessão de casos concretos, mediante os quais devemos construir uma tradição de casos concretos que darão sentido aos (vazios) enunciados. Dito de outro modo, se a SV nº 11 deu "nome aos bois" – apontando com isso, de forma geral, para a exigência de prudência no uso das algemas e conseqüente respeito aos direitos fundamentais – é necessário, agora, dar "bois aos nomes", isto é, fornecer "casos concretos" aos enunciados, já que o enunciado só existe (possui sentido) no caso concreto e este só possui existência naquilo que o enuncia (que lhe dá sentido). É por isso que a integridade na aplicação do direito significa reconstrução histórica da cadeia de casos interpretados/julgados (doutrina e jurisprudência).

De efetivo, a SV nº 11 veio para retirar a "discricionariedade" – para não dizer arbitrariedade – do "algemador". É equivocado – para não dizer inútil – tentar conceituar (dar o sentido "exato" de) cada vocábulo do enunciado sumular. Os casos que exigem (ou não) o uso de algemas definitivamente "não cabem na súmula". Assim como as inúmeras hipóteses de agressões injustas não "caberão" no conceito de "injusta agressão" para caracterizar a legítima defesa. Será um longo trabalho para construir uma tradição (no sentido de que fala Gadamer) sobre como devemos e/ou podemos algemar alguém. Assim como levamos vários anos para estabelecer algo que não estava no CPP: o prazo para a conclusão da instrução estando o réu preso. E assim por diante. A formação de significados de significantes depende de um existencial que é a temporalidade.

Insisto: "o precedente" não cabe na súmula. Um outro exemplo pode ajudar ainda mais na compreensão. Imaginemos uma súmula com o seguinte enunciado: "para a aferição do conteúdo do art. 23, II, do Código Penal, a legítima defesa não se mede milimetricamente". Embora não seja uma súmula (mas, vamos fazer de conta que seja), esse enunciado foi/é utilizado como uma "proto-súmula" (afinal, consta na RT 604/327, e nos principais manuais de direito penal) servindo, nas práticas dos juristas, como um álibi para provar as mais diversas teses. Como toda cultura *prét-à-porter* que se preze, o referido enunciado tem sido simplesmente citado como se fosse uma proposição assertórica, como se nele mesmo estivesse contida a substância de "todas as legítimas defesas que não podem ser medidas com um esquadro". Fosse um precedente no sentido norte-americano, essa *holding* somente poderia ser utilizada com força vinculativa se ficassem comprovadas as especificidades do leading case, e seu abandono seria possível apenas a partir de uma *distinguishing*. Não

esqueçamos: lá, o precedente serve para resolver um caso passado; aqui, as súmulas (ou os demais ementários jurisprudenciais) "servem" indevidamente para resolver uma infinidade de casos futuros (novamente, mais um elemento que aponta para a não similitude entre precedente e súmula!).

Também nesse exemplo é irrelevante a discussão acerca da vagueza ou clareza do enunciado. As legítimas defesas e suas densificações "não cabem no enunciado". A sua aplicação depende de cada caso concreto, cujo sentido exsurgirá da reconstrução institucional dos casos que levaram à edição da súmula, como já especificado nos exemplos anteriores. A propósito: o "leading case" que sustenta o verbete "legítima defesa não se mede milimetricamente" é produto de um acórdão assim ementado: "LEGITIMA DEFESA – Proporcionalidade entre a agressão da vítima e a reação do acusado – Inexistência de excesso no uso da excludente – Absolvição mantida" (AP. 35.248-3 – 2ª Câmara, 23.9.1985). E qual é o caso, em suas peculiaridades? O acusado, ao vislumbrar sua mulher conversando com outro homem, foi-lhes pedir explicações; segundo os autos, disse o acusado "que fora ao local apenas para conversar com sua mulher, a quem segurou pelo braço e já atravessavam a rua, sendo que ele falava alto para a mulher que ela lhe deveria explicar o que estava ocorrendo. Aproximou-se o ofendido e disse-lhe inicialmente 'cala a boca, não faça escândalo'. Discutiram e o ofendido deu-lhe um safanão e um empurrão, depois de chamá-lo de idiota e 'cornudo'. Foi nesse momento que o réu reagiu descarregando sua arma contra a vítima, tendo um dos tiros atingido as costas da vítima". Desse julgado surgiu o enunciado "legítima defesa não se mede milimetricamente..." (sic), que passou a ser aplicado a casos concretos de faca contra revólver, pedaço de pau contra espingarda, um simples puxar de um pente para justificar a legítima defesa putativa e até mesmo para justificar a "legítima defesa da honra" (sic), para citar apenas algumas das hipóteses).

Mais uma vez, veja-se o problema da diferença entre a aplicação de um "precedente jurisprudencial" e uma súmula, que deve ser produto de uma sucessão de casos. Esse também é um tema que deve ser pautado para as discussões acerca do "direito sumular-jurisprudencial". No caso, um verbete vem funcionando há mais de vinte anos como uma "quase-súmula", sendo sua *ratio decidendi* (sic) construída à revelia das pecualiaríssimas situações do fato (na verdade, sequer houve desproporcionalidade de armas, na medida em que a vítima não portava arma de espécie alguma). Fosse uma súmula, sua futura aplicação dependeria exatamente da aferição desse DNA factual; desse caso e de outros que, em uma cadeia de casos, formataria e justuificaria a edição do verbete sumular.

O mais grave é que essa situação se repete no cotidiano das práticas dos tribunais, circunstância que venho denunciando há vários anos: verbetes transformados em enunciados assertóricos, com caráter universalizante. Exemplo marcante dessa espécie de (mau) uso de verbetes é o que certifica que "nos crimes sexuais, a palavra da vítima é de fundamental importância". E alguém duvidaria disso? Mas o que ocorre na prática? O seu uso para condenar e para absolver. O que menos se perquire é se, de fato, aquele caso, a palavra da vítima teve especial relevância.

Tudo isso é aplicável à súmula vinculante nº 11. Os diversos casos que ensejam o uso de algemas serão discutidos nos tribunais, com auxílio da doutrina. Esses casos formarão uma "cadeia de casos", que possuem singularidades. Embora uma súmula vinculante não seja precedente *stricto sensu*, é possível dizer – pela "pretensão universalizante" de seu enunciado – que de cada um deva ser extraído um princípio, caminho para o ingresso da razão prática no direito (faticidade, enfim, os casos concretos e suas infinitas peculiaridades). Da súmula vinculante nº 11 deve ser extraída a seguinte interpretação principiológica: "algemas são excepcionais e o seu uso deve preservar – sempre – os direitos fundamentais do acusado". Seguindo esse "mínimo é" da súmula, cada futura aplicação terá que desvendar o DNA das aplicações anteriores,[78] chegando-se a uma "interpretação tradicional" (no sentido autêntico do termo, hermeneuticamente falando). E no que estará fincada essa (re)construção do significado do enunciado sumular? Na fundamentação detalhada, enfim, naquilo que venho denominando de *accountabillity* hermenêutica. E vejamos: de fato, passados tantos anos, construímos uma tradição acerca do prazo para prisão (antes da reforma do CPP, 81 dias); isso não significa que os 81 dias são peremptórios, isto é, no 82º dia o prazo da prisão estará excedido. Claro que não. As circunstâncias de cada processo (portanto, de cada caso – e aí está a riqueza do direito) é que definirão os termos em que a integridade e a coerência exsurgirão. Mas, uma coisa é certa: se é impossível estabelecer a peremptoridade dos 81 dias, com certeza o prazo da prisão não será aquilo que o juiz entender; não será também 130 dias; teremos os limites de sentidos minimamente entificados, com grau de generalização suficiente para que impeçamos prazos arbitrários. É desse modo que se constrói o direito. Sem exatidões, mas com respostas adequadas, fulcradas na reconstrução da cadeia de julgamentos anteriores e a opinião da doutrina acerca daquela espécie de casos.

78 Não desconheço que a SV nº 11 poderia soçobrar em face da não obediência dos requisitos constitucionais para a sua edição. De todo modo, a discussão aqui travada serve também para uma espécie de "direito sumular".

Numa palavra: não teremos jamais um "método" seguro para a aplicação da SV nº 11 (e, portanto, das algemas). E nem para qualquer outra súmula ou lei. Mas teremos, sim, um maior respeito aos direitos fundamentais. E quanto mais faticidade, mais estaremos "apertando/ajustando" o sentido do que seja "uma aplicação das algemas de forma excepcional" e "a preservação dos direitos fundamentais", a partir da principiologia constitucional. Dizendo de outra maneira, se já conseguimos dar nomes aos bois, ou seja, antes da súmula vinculante nº 11 as algemas eram aplicadas ao alvedrio da polícia, agora já podemos dar bois aos nomes.

Uma explicação final para este ponto: eis a importância da lei, das palavras, dos enunciados. Se uma lei diz que é proibido transitar com automóveis aos domingos, o máximo que poderemos fazer – se essa lei não for inconstitucional – é discutir as exceções acerca de ambulâncias, etc. Mas uma coisa é indiscutível: não poderemos dizer que é permitido transitar com automóveis aos domingos...". É o mínimo "é" que nos permite a comunicação e nosso modo-de-ser no mundo.

Na verdade, temos que encontrar o fio condutor da tradição que se liga ao enunciado e, caso nenhuma tradição se ligue ao dito no enunciado, já estaremos diante de uma inconstitucionalidade. Teremos que buscar os "casos" e o "contexto" em que esse enunciado foi produzido (pensemos na súmula nº 5, que, aplicada tábula rasa, revoga dispositivo da CF).[79] Não é possível, portanto, continuarmos analisando os textos das súmulas como se ali fosse "o lugar da verdade" e como se o sentido "imanente" desse texto nos desse as respostas para a sua futura aplicação.

Ainda com relação às críticas de Didier à súmula vinculante nº 11: na medida em que neste caso a interpretação soçobra como decisão, ou seja, incutindo no destinatário a responsabilidade de julgar ou de argumentar com arrimo na súmula, esta de nada vale, segundo o pensamento de Didier, exatamente em vista de sua tese subsuntiva a respeito do direito judicial. A súmula vinculante consiste para ele, pois, na desnecessidade de fundamentar, já sendo sua aplicação mecânica as próprias e bastantes razões de incidência. Em suma, o direito preconizado pelo processualista baiano ou arrefece hermeneuticamente em vista da subalterna subjugação aos textos legislados precisos ou diante da precisão formulada pelos tribunais quando da regência das normas jurídicas indeterminadas.

79 Cattoni de Oliveira, Marcelo Andrade; Nunes, Dierle José Coelho. Súmula Vinculante 5 do STF é inconstitucional. *Revista Consultor Jurídico*, 22 de maio de 2008. Disponível: http://conjur.estadao.com.br/static/text/66508,1.

A tese de que necessitamos de uma teoria para elaboração de precedentes preconizada por Didier dá azo a que se entenda que, para ele, as súmulas vinculantes seriam vocacionadas a se portarem como breviários de "casos fáceis", encarregadas do firme propósito de afetar, diante da total incidência de seus componentes precisos e infensos a dúvidas, os casos futuros de corretáveis pela condenável repercussão valorativa por parte da posterior acomodação interpretativa, eis que a dependência *a posteriori* do crivo seletivo das peculiaridades do caso concreto suscetível de *distinguishment* malbarata a pretensão de segurança jurídica e previsibilidade no sistema judiciário.

O grande problema dessa metodologia judiciária consiste em apregoar no precedente repercussão hermenêutica intransitiva que lhe é indelevelmente avessa, porquanto a sua carga de eficácia vinculante não será jamais atestada pela simplicidade e precisão de seus termos e, conquanto assim seja na rasa gramática de sua dimensão textual, invariavelmente dependerá do cotejo interpretativo vindouro – por razões ou fundamentos devidamente explicitados pela argumentação (racionalidade expositiva) – entre o critério adotado no precedente institucional e a insurgência do caso concreto de onde se proclama tratamento diferenciado ou diverso.

11.9. A compreensão e a explicitação do compreendido. O "momento epistemológico" da hermenêutica e a resposta correta. De como as bases para a iluminação do compreendido dependem da *wirkungsgeschichtliches Bewußtsein*.

Pode-se dizer, depois de tudo o que foi exposto, que a resposta correta à luz da hermenêutica será a "resposta hermeneuticamente correta" *para aquele caso*, que exsurge na síntese hermenêutica da *applicatio*. Essa resposta propiciada pela hermenêutica deverá, a toda evidência, estar justificada (a fundamentação exigida pela Constituição implica a obrigação de justificar) no plano de uma argumentação racional, o que demonstra que, se a hermenêutica não pode ser confundida com teoria da argumentação,[80] *não prescinde, entretan-*

80 Como já dito, há, assim, uma nítida diferença entre a tese da resposta correta a ser dada pela hermenêutica filosófica e o tipo de resposta proposta a partir das teorias do discurso e da argumentação. Assim, embora minha concordância em relação à inviabilidade da "única resposta correta", não é possível, porém, concordar com as críticas à referida tese feitas à luz da teoria da argumenta-

to, de uma argumentação adequada (vetor de racionalidade de segundo nível, que funciona no plano lógico-apofântico). Afinal, se interpretar é explicitar o compreendido (Gadamer), a tarefa de explicitar o que foi compreendido é reservada às teorias discursivas e, em especial, à teoria da argumentação jurídica. Mas esta não pode substituir ou se sobrepor àquela, pela simples razão de que é metódico-epistemológica.

Nesse sentido, a tese da resposta correta (ou da resposta constitucionalmente adequada para o caso concreto) pressupõe uma sustentação (explicitação) argumentativa. A diferença entre hermenêutica e a teoria argumentativo-discursiva é que aquela trabalha com uma justificação do mundo prático, ao contrário desta, que se contenta com uma legitimidade meramente procedimental. Isto é, na teoria do discurso, a pragmática é convertida no procedimento.

Assim, se a teoria do discurso, ao trabalhar com um discurso de fundamentação prévia, construído a partir de situações ideais (ou quase-ideais), prescinde – para essa formulação prévia de sentido que dará a validade da norma – da razão prática, o mesmo não se pode dizer da hermenêutica filosófica, que, partindo do mundo prático (modo-de-ser-no-mundo), não subestima o procedimento.

Dito de outro modo, é possível, mesmo no paradigma hermenêutico-fenomenológico, "fazer" epistemologia. O que não podemos fazer é confundir os níveis nos quais nos movemos. *A separação entre o epistemológico e o nível concreto não é o mesmo que dividir o transcendental e o empírico.* Em muitos momentos, a hermenêutica introduz o elemento epistemológico, se assim se quiser dizer. A posição hermenêutica não pretende eliminar procedimentos. Ela já sempre compreende isso, porque ela é capaz de analisar filosoficamente os elementos da pré-compreensão.

Quando explicito o (já) compreendido, esse processo se dá no nível lógico-argumentativo, e não filosófico. E insista-se: filosofia não é lógica. Esse "proceder epistemológico" é antecipado; não se confunde com o próprio conhecimento. Pela hermenêutica, fazemos uma fenomenologia do conhecimento. Não é uma coisa concreta. É, sim, a descrição da autocompreensão que opera na compreensão concreta. Na explicitação é que haverá o espaço para uma teoria do conhecimento.

ção jurídica, exatamente pelo não abandono, por parte destas, da subsunção e, portanto, do esquema sujeito-objeto (pelo menos, se assim se quiser, para os "*easy cases*"). Nessa linha, podem ser elencados autores como Manuel Atienza (*As razões do direito, op. cit.*, pp. 40 e segs.), Luis Prieto Sanchís (*Neoconstitucionalismo y ponderación, op. cit.*, p. 145) e Luis Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos (*O começo da história, op. cit.*, pp. 292 e segs.).

Isso significa afirmar que, ao contrário do que se diz, não interpretamos para, depois, compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar, sendo a interpretação a explicitação do compreendido, nas palavras de Gadamer. A explicitação da resposta de cada caso deverá estar sustentada em consistente justificação, contendo a reconstrução do direito, doutrinária e jurisprudencialmente, confrontando tradições, enfim, colocando a lume a fundamentação jurídica que, ao fim e ao cabo, legitimará a decisão no plano do que se entende por responsabilidade política do intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Mutatis mutandis, trata-se de justificar a decisão (decisão no sentido de que todo ato aplicativo – e sempre aplicamos – é uma *de-cisão*). A justificativa é condição de possibilidade da legitimidade da decisão. Como bem lembra Dworkin,[81] e aqui chamo a atenção para que se guarde as especificidades da operacionalidade do direito na *common law* e na *civil law*,

> "qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivamente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em 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 mãos 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".

Para esse desiderato, compreendendo o problema a partir da antecipação de sentido (*Vorhabe, Vorgriff, Vorsicht*), no interior da virtuosidade do círculo hermenêutico, que vai do todo para a parte e da parte para o todo, sem que um e outro sejam "mundos" estanques/separados, fundem-se os horizontes do intérprete do texto (insista-se, texto é evento, texto é fato, texto não é um mero enunciado lingüístico). Toda a interpretação começa com um texto, até

81 Cf. Dworkin, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 238.

porque, como diz Gadamer, se queres dizer algo sobre um texto, deixe primeiro que o texto lhe diga algo. O sentido exsurgirá de acordo com as possibilidades (horizonte de sentido) do intérprete em dizê-lo, d'onde pré-juízos falsos acarretarão graves prejuízos hermenêuticos.

Por intermédio do círculo hermenêutico, faz-se a distinção entre pré-juízos verdadeiros e falsos, a partir de um retorno contínuo ao projeto prévio de compreensão, que tem na pré-compreensão a sua condição de possibilidade. O intérprete deve colocar em discussão os seus pré-juízos, isto é, os juízos prévios que ele tinha sobre a coisa antes de com ela se confrontar. Os pré-juízos não percebidos enquanto tais nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição. A tradição necessita ser "curada" (no sentido da Sorge) pela wirkungsgeschichtliches Bewußtsein. É o duro e necessário tratamento a ser dado à tradição pela temporalidade.

Confrontado com um "fato" – que só adquire sentido através de um texto, portanto, pela ação da linguagem –, a busca da resposta correta recebe da *wirkungsgeschichtliches Bewußtsein* uma "garantia" contra reproduções de sentido e evita a tentação solipsista de atribuir sentidos arbitrários. Afinal, se a linguagem surge na falta de sentido, parece evidente que o intérprete não está nunca diante de um nada de sentido. Qualquer palavra é antecipada de um algo. Não há uma primeira palavra, lembra Gadamer, porque na base de sentido da palavra há sempre um sistema de palavras.

Portanto, é incorreto pensar que o intérprete – e não esqueçamos que não há possibilidade de um "espaço não interpretativo" (um vazio de sentido) – possa se deparar com "fatos" brutos. Pensar assim é reproduzir os pressupostos da filosofia da consciência e da hermenêutica clássica (relembremos as *subtilitatae*). Esse é o ponto fulcral: a resposta correta, isto é, a sua (inexorável) procura, acontece *(Ereignen)* já na pré-compreensão. Por isso, compreendemos (porque pré-compreendemos) para interpretar, e não o contrário. O intérprete não "decide" para depois "fundamentar". Se isso fosse verdadeiro, seria possível alcançar o outro lado do abismo gnosiológico do conhecimento e depois construirmos a ponte pela qual "já teríamos passado".

Isso significa dizer que na filtragem feita a partir da cura pela *wirkungsgeschichtliches Bewußtsein* (já) há elementos estruturantes da resposta. Na filtragem hermenêutica – que pode ser vista como uma "consciência dos efeitos da cura" – já se encontra o filtrado e o próprio filtro (é isso que constitui o paradoxo de cada "raciocínio interpretativo"). Não esqueçamos, pois, da pré-compreensão necessariamente como condição de possibilidade.

Jamais, portanto, há respostas "de fora", como se a resposta fosse uma filtragem da "complexidade da coisa interpretada". Ou seja, a resposta (certa)

não é um discurso adjudicador, como se fosse possível ela – a resposta – ser um conceito, e que pudesse se substituir à coisa ou "abarcar" a "multiplicidade" de definições/sentidos que um evento possa ter.

A resposta correta é, ao mesmo tempo, produto e produtor: é a síntese hermenêutica da *Sache selbst*, em que ocorre a fusão de horizontes (de onde surge algo que antes não havia). É onde se encontram integridade e coerência: a tradição filtrada/atravessada pela reconstrução linguística a partir do texto constitucional que representa o *locus* privilegiado do acontecer da atividade do jurista (*plus* normativo e qualificativo do texto constitucional compromissório e dirigente) e a garantia de que o intérprete está comprometido com a intersubjetividade que o coloca no interior de uma cadeia de sentidos; por isso, o intérprete não "dispõe" dos sentidos (essa questão talvez seja a mais difícil para o intérprete do direito, formado em uma tradição filosófica de cariz solipsista).

Com efeito, o imaginário jurídico empurra o jurista em direção à tentação solipsista, forjada no paradigma da subjetividade. Afinal, se os sentidos estão na mente (consciência), é inexorável a "tentação autoritária de sentido". Tais questões receberam fortes influxos dos sistemas de direito autoritários, que exigiam um notável "ir além da tradição" por parte dos juristas preocupados com transformações sociais.

Curiosamente, a sobrevinda de um texto jurídico-constitucional democrático-transformador encontra um jurista ainda arraigado ao paradigma anterior. Quando deveria assumir uma postura de defesa da lei (Constituição) – em face do conteúdo social-transformador do texto constitucional –, o jurista sucumbe à tentação subjetivista, em virtude de sua dificuldade de lidar com intersubjetividades.

Assim, enquanto encontro de sujeitos que se reconhecem como sujeitos, a intersubjetividade é uma concepção moral que recebe a força deontológica de um direito (constitucional) *que nasce junto com a superação do esquema sujeito-objeto*. Ou seja, o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito é incompatível com uma "compreensão" a partir do esquema sujeito-objeto.

Para ser mais claro: não perceber os pré-juízos "como" pré-juízos aliena o intérprete, fazendo-o refém da tradição *ilegítima*. A compreensão tem ínsita a permanente tensão entre coisa e intérprete. Por conseguinte, compreender não é um ato reprodutivo (*Auslegung*), e, sim, um ato produtivo, de dar sentido à coisa (*Sinngebung*). Interpretar será, assim, explicitar uma possibilidade de aplicação correta do texto compreendido. Interpretar *é iluminar as condições sobre as quais se compreende*, para usar as precisas palavras de Gadamer.

Portanto, essa explicitação é o espaço "epistemológico" da hermenêutica. Explicita-se as condições pelas quais se compreendeu. Mais do que fundamen-

tar uma decisão, é necessário justificar (explicitar) o que foi fundamentado. Fundamentar a fundamentação, pois. Ou ainda, em outras palavras, a fundamentação (justificação) da decisão, em face do caráter não procedural da hermenêutica e em face da mediação entre o geral e o particular (o todo e a parte e a parte e o todo) na tomada de decisões práticas (aqui reside a questão da moral, *porque a Constituição agasalha em seu texto princípios que traduzem deontologicamente a promessa de uma vida boa, uma sociedade solidária, o resgate das promessas da modernidade*, etc.), faz com que nela – na fundamentação do compreendido – o intérprete (juiz) não possa impor um conteúdo moral atemporal ou ahistórico, porque o caso concreto representa a síntese do fenômeno hermenêutico-interpretativo.

Compreender é, essencialmente, um processo de história efetual. Quando procuramos compreender um fenômeno histórico a partir da distância histórica que determina nossa situação hermenêutica como um todo, encontramo-nos sempre sob os efeitos dessa história efetual. Como diz Gadamer, ela determina de antemão o que se mostra a nós de questionável e como objeto de investigação; e nós esquecemos logo a metade do que realmente é; mais ainda, esquecemos toda a verdade deste fenômeno, a cada vez que tomamos o fenômeno imediato como toda a verdade. D'onde fazer hermenêutica é desconfiar de nossos pré-juízos.

Aquilo que se apresenta como um caso "simples" deve ser olhado de soslaio. Os efeitos da história efetual operam em toda a compreensão. A dificuldade consiste, pois, em saber o quanto estamos *conscientes desses efeitos* (quando alguém opera por subsunção, gerando decisões absolutamente equivocadas, está-se seguramente diante desse problema). Afinal, isso envolve a faticidade, o nosso modo prático de ser-no-mundo, *que fica obnubilado/velado pela objetificação dos fenômenos, a partir do esquema sujeito-objeto.* Deixar de lado o mundo prático é negar a história efetual na ingenuidade da fé metódico-procedural. Por isso não se pode esquecer que o método é o supremo momento da subjetividade.

A consciência da história efetual é, em primeiro lugar, consciência da situação hermenêutica em que está o intérprete. Ocorre que o tornar-se consciente de uma situação é uma tarefa que em cada caso se reveste de dificuldade própria, porque não temos um saber objetivo sobre ela. Nós estamos nela, já nos encontramos sempre numa situação, cuja iluminação é nossa tarefa. Trata-se da abertura da clareira (*Lichtung*)[82] para a emergência do sentido.

82 Permito-me remeter o leitor para o capítulo 12 de meu *Hermenêutica Jurídica, e(m) Crise, op. cit.*

Em síntese, todo o encontro com a tradição realizado com consciência histórica experimenta por si mesmo a relação de tensão entre texto e presente. A tarefa hermenêutica consiste em não ocultar esta tensão em uma assimilação ingênua, mas em desenvolvê-la conscientemente.[83]

Aqui, retornamos ao problema do sentido comum teórico (tradição ilegítima do direito) e à necessidade de sua superação, possibilitando que o intérprete se localize no interior do paradigma do Estado Democrático de Direito, tendo consciência do papel da Constituição, da jurisdição constitucional (mecanismos de controle de constitucionalidade), do núcleo político da Constituição (construção de um Estado Social), das promessas (ainda incumpridas) da modernidade, da tensão entre texto e norma, entre vigência e validade, da noção paradigmática dos princípios na superação do "mundo" das regras, apenas para lembrar alguns pontos "iluminadores" da situação hermenêutica e, portanto, da tradição em que está inserido.

Mas quais as condições de possibilidade que possui o intérprete para compreender essa fenomenologia? Ou de estranhar o que até então lhe era familiar? A resposta não é simples. Sem modificar o nosso modo de compreender o mundo, sem superar o esquema sujeito-objeto, sem superar a cultura manualesca que assola e domina o imaginário dos juristas, sem superar a discricionariedade positivista e a falsa impressão de que são críticas determinadas posturas subjetivistas-axiologistas que desconsideram o texto (inclusive da Constituição), parece temerário falar no resgate do papel transformador do direito, entendido como aquele que exsurge do papel dirigente e compromissório da Constituição.

Disso tudo é possível extrair a seguinte assertiva: ou se acaba com a estandardização do direito ou ela acaba com o que resta da ciência jurídica.[84] Afinal, passados tantos anos e em pleno paradigma do Estado Democrático de Direito, do giro lingüístico e do neoconstitucionalismo,

83 Cf. Gadamer, *Wahrheit und Methode, Grundzüge, op. cit.*, pp. 303 e segs.

84 É evidente que estou me referindo à cotidianidade das práticas jurídicas, representado pelo universo das centenas de faculdades de direito, os inúmeros cursos de preparação para concursos e a operacionalidade do direito massificada e sufocada pelo excesso de processos e pela desfuncionalidade do sistema processual. Despiciendo registrar a importância da crescente produção teórica (também em qualidade) ocorrida nos últimos anos, mormente no campo do direito constitucional, fruto principalmente da expansão da pós-graduação *stricto sensu* (há, hoje, 62 programas de mestrado e 16 programas de doutorado em funcionamento). Essa benéfica influência já se faz notar nas decisões judiciais, proporcionando relevantes avanços doutrinários e jurisprudenciais.

a) ainda não se construiu um modelo de ensino que "supere" a leitura de leis e códigos comentados (na maioria das vezes, reproduzindo conceitos lexicográficos e sem nenhuma sofisticação teórica);

b) a doutrina, a cada dia, doutrina menos, estando dominada por produções que buscam, nos repositórios jurisprudenciais, ementas que descrevem, brevissimamente, o conceito do texto enquanto "enunciado lingüístico";

c) uma simples decisão de tribunal vira referência – plenipotenciária – para a atribuição de sentido do texto, perdendo-se a especificidade da situação concreta que a gerou;

d) em muitos casos, interpretam-se as leis e os códigos com base em julgados anteriores à Constituição, o que faz com que determinados dispositivos, mesmo que sob um novo fundamento de validade, sejam interpretados de acordo com a ordem jurídica anterior.

e) a doutrina especializada em comentários de legislação não tem efetuado uma filtragem hermenêutico-constitucional dos códigos e leis, com o que casos nítidos de aplicação direta da Constituição acabam soçobrando em face de legislação produzida há mais de cinqüenta anos, como foi o caso da presença (obrigatória) do advogado no interrogatório do acusado, à qual a doutrina e os tribunais resistiram até o advento da lei no ano de 2004.

f) até mesmo em determinados setores da pós-graduação *stricto sensu* (mestrado e doutorado) continua-se a fazer descrições de leis e casos (há dissertações e teses tratando de temáticas monográficas, mais apropriadas para cursos de especialização, para dizer o menos) – a maior parte desvinculada das linhas de pesquisa dos cursos, como, *v. g.*, limitação de fim de semana na lei de execução penal, cheque pré-datado, saídas temporárias na lei de execução penal, inquérito policial, recurso de ofício, perda de bagagem em transporte aéreo, sistema postal, análise jurídica do lixo, o papel do oficial de justiça, o papel do árbitro, suspensão condicional da pena em ação penal privada, embargos infringentes, embargos declaratórios, união homossexual (em um Programa de Pós-Graduação que trata de meio-ambiente), embargos de execução, agravo de instrumento, exceção de pré-executividade, infanticídio, além de uma tese que, em pleno Estado Democrático de Direito, arrasa com o poder constituinte e uma outra que propõe a "inversão do ônus da prova penal" em crimes do colarinho branco, etc.;

g) por outro lado, nem sequer conseguimos elaborar um novo modelo de provas de concursos públicos, continuando com a tradicional múltipla escolha[85] – espaço (indispensável) para personagens fictí-

85 É sabido, como alertam Castoriadis e Lacan, que as sentenças de um tribunal são simbólicas e suas conseqüências o são quase que integralmente, até o gesto do carrasco que, real por excelência, é imediatamente também simbólico em outro nível. Ou seja, um sistema de direito, que se constrói a partir de doutrina, jurisprudência, legislação, etc, *existe socialmente enquanto sistema simbólico*. As coisas não se esgotam no simbólico (os atos reais, individuais ou coletivos, o trabalho, o consumo, a guerra, o amor, a natalidade, não são, nem sempre, nem diretamente, símbolos); *mas elas só podem existir no simbólico e são impossíveis fora de um simbólico* (Castoriadis, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982, p. 142). Assim, as conseqüências de determinados gestos, atos, decisões, são mais graves no aspecto do seu significado simbólico do que no seu aspecto "real". É possível, desse modo, apreender a dimensão da crise que atravessa o direito a partir das representações simbólicas. Dito de outro modo: como no gesto do carrasco, talvez o mais grave seja o que este representa simbolicamente. Nessa linha, observemos como os concursos públicos, modo geral, terminam por simbolizar as ficções do ensino jurídico e o distanciamento da dogmática jurídica (mais) tradicional das práticas sociais. Por todos, vale citar a seguinte questão formulada em concurso público para ingresso em carreira jurídica: Caio quer matar Tício, com veneno; ao mesmo tempo, Mévio também deseja matar Tício (igualmente com veneno, é claro). Um não sabe da intenção assassina do outro. Ambos ministram apenas a metade da dose letal (na pergunta não há qualquer esclarecimento acerca de que como Tício bebe as duas porções de veneno). Em conseqüência da ingestão das meia-doses, Tício vem a perecer...Daí a indagação: qual o crime de Caio e Mévio? Em outro concurso, o examinador queria saber a solução a ser dada no caso de um gêmeo xifópago ferir o outro, *verbis*: "André e Carlos, gêmeos xifópagos, nasceram em 20.01.1979. Amadeu é inimigo capital de André. Pretendendo por (sic) fim a vida de André, desfere-lhe um tiro mortal, que também acerta Carlos, que graças a uma intervenção cirúrgica eficaz, sobrevive." E seguem-se várias alternativas (registre-se que essa questão possui desdobramentos: um dos compêndios de direito penal mais utilizados em *terrae brasilis* explica que se o fato [homicídio de alguém] é cometido por um dos gêmeos xifópagos, sem ou contra a vontade do outro, impor-se-á a absolvição do único sujeito ativo, se a separação cirúrgica é impraticável por qualquer motivo, não se podendo excluir sequer a recusa do inocente, que não está obrigado a fazer a cirurgia). No fundo, reafirma-se o imaginário vigente no ensino e na doutrina e a sua violência simbólica (como se sabe a partir de Pierre Bourdieu, no processo de violência simbólia, *o emissor não age; quem age é o receptor*). Há um importante manual de direito penal que ensina o conceito de erro de tipo do seguinte modo: um indivíduo se fantasia de cervo e vai para o meio da floresta; um caçador, vendo apenas a galhada, atira e acerta o "disfarçado"...! Outro manual ensina que o indivíduo que escreve a carta não pode ser agente ativo do crime de violação de correspondência; outro dá conta de que, para configurar o crime de rixa, é necessário o *animus rixandi*; e que agressão atual é a que está acontecendo enquanto agressão iminente é a que está por acontecer; quadrilha necessita de, no mínimo, quatro pessoas; há também outro manual que explica a diferença entre dolo eventual e culpa consciente do seguinte modo: um jardineiro quer cortar as ervas daninhas e acaba cortando o caule da flor...; em outro compêndio de direito penal, ensina-se, por exemplo, que o abuso é sempre um excesso, um exagero *em regra* (sic) condenável; rompimento é quando se estraga alguma coisa (ou a faz em pedaços); escalada (que qualifica o furto, duplicando a pena) é subir em "algum lugar", "valendo-se de escada"; chave falsa é um instrumento para abrir fechaduras...; coisa é tudo aquilo que existe (objetos inanimados ou semoventes). E assim por diante...

cios como Caio, Tício e Mévio – e com questões dissertativas sobre casos jurídicos (no mais das vezes, sem qualquer sentido "prático") ou sobre conceitualizações jurídicas;

h) o modelo de decisão judicial continua o mesmo há mais de um século: a fundamentação restringe-se à citação da lei, da súmula ou do verbete, problemática que se agrava com a institucionalização da súmula vinculante. Daí a (correta) exigência Dworkin, de uma "responsabilidade política" dos juízes. Os juízes têm a obrigação de justificar suas decisões, porque com elas afetam os direitos fundamentais sociais, além da relevante circunstância de que, no Estado Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão constitui-se em um direito fundamental. O sentido da obrigação de fundamentar as decisões previsto no art. 93, IX, da Constituição do Brasil implica, necessariamente, a justificação dessas decisões;

i) um dos indicadores da prevalência das posturas positivistas – e, portanto, da discricionariedade judicial que lhe é inerente – está no escandaloso número de embargos de declaração propostos diariamente no Brasil. Ora, uma decisão bem fundamentada/justificada (nos termos de uma resposta correta-adequada-à-Constituição, a partir da exigência da máxima justificação) não poderia demandar "esclarecimentos" acerca da *holding* ou do *dictum* da decisão. Os embargos de declaração – e acrescente-se, aqui, o absurdo representado pelos "embargos de pré-questionamento" (sic) – demonstram a irracionalidade positivista do sistema jurídico;

j) registre-se o componente simbólico (lembremos Lacan e Castoriadis) desse problema: somos provavelmente o único país do mundo que mantém um "recurso" (embargos declaratórios) para compelir um juiz ou tribunal a fundamentar (explicitamente) aquilo que decidiu, muito embora a própria Constituição determine que todas as decisões sejam – obrigatoriamente – fundamentadas. Ora, parece óbvio que uma decisão carente de adequada (e necessária) fundamentação não enseja embargos de declaração.[86] É, sim, nula, írrita, nenhuma;

86 Para registrar a dimensão do problema: depois de dizer que o pedido de respeito à hierarquia das leis era um "argumento singelo", o juiz do processo nº 023/1.05.0006047-6, do Estado do Rio Grande do Sul, respondendo aos embargos declaratórios interpostos por uma das partes, acrescentou: "Todavia, não há que se exigir respeito à lei e praticar injustiça". E não "conheceu" os embargos.

k) as decisões devem estar justificadas e tal justificação deve ser feita a partir da invocação de razões e oferecendo argumentos de caráter jurídico, como bem assinala David Ordónez Solís.[87] O limite mais importante das decisões judiciais reside precisamente na necessidade da motivação/justificação do que foi dito.[88] O juiz, por exemplo, deve expor as razões que lhe conduziram a eleger uma solução determinada em sua tarefa de dirimir conflitos. A motivação/justificação está vinculada ao direito à efetiva intervenção do juiz, ao direito dos cidadãos a obter uma tutela judicial, sendo que, por esta razão, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos considera que a motivação integra-se ao direito fundamental a um processo eqüitativo, de modo que "*as decisões judiciais devem indicar de maneira suficiente os motivos em que se fundam. A extensão deste dever pode variar segundo a natureza da decisão e deve ser analisada à luz das circunstâncias de cada caso particular*";[89]

87 Cf. Ordónez Solis, David. *Derecho y Política*. Navarra: Aranzadi, 2004, pp. 98 e segs.

88 A temática relacionada à discricionariedade e/ou arbitrariedade não parece ter estado na pauta das discussões da doutrina processual-civil em *terrae brasilis*. Entretanto, alguns autores como Ovídio Baptista da Silva mostram-se contundentes contra qualquer possibilidade de decisionismo judicial (*Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004). Em linha similar, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira acentua que a solução entre justiça e formalismo concreto – decorrente de o juiz estar diante de lei injusta ou iníqua – "deve encontrar encaminhamento dentro do discurso jurídico, proferido este com a linguagem que lhe é própria. E o discurso jurídico só obriga até onde conduza sua força de persuasão, força vinculante que há de assentar na lei, nas valorações e princípios dela emanantes, ou nas valorações sociais e culturais dominantes no seio da coletividade, enfim, no direito como totalidade, para que tudo não redunde a final em puro arbítrio". (*Do formalismo do processo civil*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 216). Em outro texto, Alvaro de Oliveira alerta contra a arbitrariedade judicial (O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo-excessivo. *Revista da AJURIS*, Ano XXXIII, n. 104, dez. 2006, pp. 55 e segs.). Já Tereza Arruda Wambier faz uma contundente crítica à discricionariedade: "o Poder Juduciário não tem discricionariedade quando interpreta (e aplica ao caso concreto) norma que tenha conceito vago, seja proferindo liminares, seja proletando sentenças. Também não o tem quando se trata de verificar quais fatos ocorreram e como ocorreram, analisando o conjunto probatório. E tampouco na atividade preliminar, relativa à formação deste quadro" (*Omissão Judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 350 e segs.; também *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.). Na linha de Ovídio Baptista, a tese de Tereza Wambier fundamenta-se – muito acertadamente – na absoluta necessidade de fundamentação/justificação das decisões, aproximando-a da exigência da integridade (direito como prática interpretativa) de Dworkin. A autora dá, assim, importante contribuição ao Processo Civil brasileiro, ainda fortemente influenciado e calcado no paradigma racionalista, preocupação constante nos textos mais recentes de Ovídio Baptista da Silva, mormente em seu *Processo e Ideologia*.

89 Sentenças de 9.12.1994 – TEDH 1994, 4, Ruiz Torija e Hiro Balani-ES, parágrafos 27 e 29; de 19.02.1998 – TEDH 1998,3, Higgins e outros – Fr, parágrafo 42; e de 21.01.99 – TEDH 1999,1, Garcia

l) *daí a necessidade de ultrapassar o "modo-positivista-de-fundamentar" as decisões (perceptível no cotidiano das práticas dos tribunais, do mais baixo ao mais alto); é necessário justificar – fenômeno que ocorre no plano da aplicação – detalhadamente o que está sendo decidido. Portanto, jamais uma decisão pode ser do tipo "defiro, com base na lei x ou da súmula y", valendo lembrar que esse problema ficará agravado com a institucionalização das súmulas vinculantes introduzidas pela EC 45/04. Para tanto, basta ver decisão do Supremo Tribunal Federal, entendendo como válida decisão que se restringe à invocação de jurisprudência pacífica corroborada posteriormente em enunciado de súmula. Segundo o STF, nesse caso, não se aplica a exigência contida no art. 93, IX, da Constituição (Ag.Reg. no RE 359.106-1-PR). Veja-se o problema decorrente do entendimento do que é fundamentação/justificação/motivação de uma decisão: para o Supremo Tribunal Federal, basta a citação do enunciado sumular, que é, assim, alçado à categoria de "conceito abstrato", com caráter de universalidade, "mantendo-se" no sistema à revelia de qualquer situação concreta (reduz-se, pois, a problemática relacionada aos discursos jurídicos aos discursos sobre a validade). No referido acórdão, o Tribunal decidiu que não só a decisão que apenas cita a súmula é legítima como o recurso deve ser dirigido contra a fundamentação dos precedentes em que se alicerça a súmula. Essa tese desborda daquilo que deve ser entendido como

Ruiz-ES. No mesmo sentido, ressalte-se a posição do Tribunal Constitucional da Espanha (sentença 20/2003, de 10 de febrero): "Este Tribunal, con carácter general, ha reiterado que el derecho a la tutela judicial efectiva, en su dimensión de necesidad de motivación de las resoluciones, implica que las decisiones judiciales deben exteriorizar los elementos de juicio sobre los que se basan y que su fundamentación jurídica ha de ser una aplicación no irracional, arbitraria o manifestamente errónea de la legalidad (por todas, STC 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6); haciéndole especial incidencia en reforzar esa obligación de motivación en los supuestos de resoluciones judiciales en el ámbito penal por la trascendencia de los derechos fundamentales que quedan implicados en ese tipo de procedimientos (por todas, SSTC 209/2002, de 11 de noviembre, FFJJ 3 y 4, o 5/2002, de 14 de enero, FJ 2). El fundamento de dicha exigencia de motivación se encuentra en la necesidad, por una lado, de exteriorizar las reflexiones que han conducido al fallo, como factor de racionalidad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que paralelamente potencia el valor de la seguridad jurídica, de manera que sea posible lograr el convecimiento de las partes en el proceso respecto de la corrección y justicia de la decisión; y, de otro, en garantizar la posibilidad de control de la resolución por los Tribunales superiores mediante los recursos que procedan, incluido este Tribunal a través del recurso de amparo (por todas STC 139/2000, de 29 de mayo, FJ 4)" [TC (Sala 2ª), sentencia 20/2003, de 10 de febrero (amparo parcial por falta de motivación de sentencia condenatoria por delitos de imprudencia temeraria y omisión del deber de socorro].

jurisprudência e sua consolidação. Além disso, fica a pergunta: se uma decisão que apenas cita a lei é nula, por qual razão uma que cite apenas uma súmula não o é?

Para além da crise aqui denunciada e procurando permanecer fiel às coisas mesmas, à intersubjetividade, ao mundo prático, à faticidade, à busca da construção de um "comportamento constitucional" já referido anteriormente, torna-se necessário superar as diversas posturas que ainda percebem o direito a partir de *hipóteses, categorias, construções imaginárias ou de quaisquer outras herdadas da tradição filosófica de índole metafísica* (Villalibre). Para tanto, a resposta correta para cada caso deverá estar revestida – e será resultante – da condição hermenêutica suprema: a suspensão dos pré-juízos que deve se dar quando algo nos interpela. No dizer de Gadamer, uma hermenêutica adequada à coisa em questão deve mostrar na própria compreensão a realidade da história.

No fundo, a consciência dos efeitos da história cumpre o papel da "moralidade institucional" de que fala Dworkin.[90] As bases para a explicitação do compreendido e a iluminação da situação hermenêutica dependem da consciência da historia efetual. Essa explicitação é a justificação da resposta. É, pois, a própria resposta traduzida em linguagem jurídica.

A *applicatio* evita a arbitrariedade na atribuição de sentido, porque é decorrente da antecipação (de sentido) que é própria da hermenêutica filosófica. *Aquilo que é condição de possibilidade não pode vir a transformar-se em um "simples resultado" manipulável pelo intérprete.* Afinal, não podemos esquecer que mostrar a hermenêutica como produto de um raciocínio feito por etapas foi a forma pela qual a hermenêutica clássica encontrou para buscar o controle do "processo" de interpretação. Daí a importância conferida ao método, "supremo momento da subjetividade assujeitadora". Ora, a pré-compreensão antecipadora de sentido de algo ocorre à revelia de qualquer "regra

90 Nesse sentido, ver Arango, *op. cit.*, pp. 97 e segs. Conforme Dworkin, quando se faz uma interpretação constitucional, esta deve passar por dois "testes". Pelo primeiro, uma interpretação constitucional deve ser rejeitada se a prática jurídica for totalmente inconsistente com os princípios que a mesma recomenda. Trata-se da exigência de uma base sólida na experiência jurídica (a tradição, se utilizarmos a linguagem da hermenêutica). O segundo diz respeito à "justiça": se duas perspectivas acerca da melhor interpretação de um texto constitucional forem igualmente compatíveis com a tradição, deve-se optar por aquela que concretize princípios que melhor reflitam os direitos e deveres morais. Aqui, é possível – como já referido – anotar a diferença que faz uma Constituição como a norte-americana (e a partir dela o papel conferido à moral por Dworkin) e uma Constituição compromissório-principiológica como a brasileira.

epistemológica" ou método que fundamente esse sentido. Não há métodos e tampouco metamétodos ou metacritérios (ou um *Grundmethode*,[91] para imitar Kelsen e "escapar" do problema – insolúvel – do *fundamentum inconcussum*). A compreensão de algo *como* algo (*etwas als etwas*) simplesmente ocorre, porque o ato de compreender é existencial, fenomenológico, e não epistemológico. Qualquer sentido atribuído arbitrariamente será produto de um processo decorrente de um vetor (*standard*) de racionalidade de segundo nível, meramente argumentativo/procedimental,[92] porque filosofia não é lógica e, tampouco, um discurso ornamental.

Nesse sentido, cabe lembrar, com base no argumento de Kaufmann, que a maior parte dos teóricos das teorias argumentativas não se preocupa, ou se preocupa apenas marginalmente, com o problema do relativismo. Kaufmann, aliás, dá razão à análise que Ulfrid Neumann faz da hermenêutica do ponto de vista da(s) teoria(s) da argumentação:

> "Evidentemente que consenso e intersubjetividade, argumentação e reflexão não são domínio exclusivo do pensamento hermenêutico. Mas, ao contrário da teoria analítica do direito, a hermenêutica jurídica logra conciliar tais momentos com o texto. Enquanto a teoria analítica tem de separar o significado do texto do entendimento intersubjetivo, porque apenas consegue determinar o significado do texto com base em regras gerais de semântica, o pensamento hermenêutico proporciona *a inclusão do texto no processo da constituição intersubjetiva de uma decisão 'correta'*".[93]

Em síntese, a afirmação de que sempre existirá uma resposta constitucionalmente adequada – que, em face de um caso concreto, será *a* resposta correta (nem a melhor e nem a única) – decorre do fato de que uma regra somente se mantém se estiver em conformidade com a Constituição, seja a partir de uma parametricidade *stricto sensu*, seja a partir de uma parametricidade decorrente da resolução de conflitos de princípios. Mesmo na mais "simples" resolução de um "caso fácil" (sic) estará presente o exame da adequação constitucional, porque todo ato interpretativo é um ato de filtragem hermenêutico-constitucional.

91 Sobre a problemática do "método", ver o capítulo 5 do meu *Jurisdição Constitucional*, *op. cit.*

92 Idem, ibidem, pp. 246 e segs., em que trabalho a noção de vetores de racionalidade de Hilary Putnam e Ernildo Stein.

93 Cf. Kaufmann, *op. cit.*, pp. 155-156.

Daí que, por mais que o caso seja passível de ser "resolvido por intermédio de uma operação dedutiva" (sic), o ato interpretativo já estará impregnado pelo sentido (antecipado, pré-compreendido) que o intérprete tem da Constituição, que não decorre, obviamente, de sua subjetividade (assujeitadora). Repita-se: a compreensão, condição de possibilidade para a interpretação, é um existencial (portanto, não procedimental), pois não decorre de uma relação sujeito-objeto.

Capítulo 12

Balanço final: tempos difíceis de pós-positivismo e (neo)constitucionalismo: a hermenêutica e as possibilidades de superação do esquema sujeito-objeto que sustenta as diversas formas de discricionariedade (positivista).

Um decálogo contra concepções equivocadas sobre hermenêutica jurídica.

I. Nesta quadra da história, algumas teses tornaram-se lugar-comum no campo jurídico, a partir da formação de uma espécie de unanimidade teórica em torno de assertivas como a de que *vivemos a era da concretização dos direitos constitucionais, a norma (somente) se realiza no "caso concreto", todo o direito privado está "atravessado" pelo público (publicização do direito privado)*, além da cotidiana ode aos princípios e à jurisdição constitucional. Isso deveria ser alvissareiro, não fosse a visível crise que decorre da distância entre, de um lado, os direitos proclamados por esse novo paradigma constitucional e, de outro, as demandas decorrentes de uma sociedade carente de atendimento dos mais básicos direitos fundamentais sociais, assim como, até mesmo, dos próprios direitos de primeira dimensão (basta verificar como são tratados os pobres no plano da justiça criminal). Do mesmo modo, de um lado, a produção acadêmico-doutrinária apontando para o papel transformador do direito e da jurisdição constitucional, sustentada em potentes teorias que têm na interpretação o *locus* privilegiado de ação, e, de outro, o "bater de frente" com a cotidianidade do ensino jurídico (estandardizado e refém de uma cultura manualesca) e a operacionalidade *stricto sensu* do direito, mergulhada em uma crise de efetividade qualitativa e quantitati-

va,[1] a ponto de se buscar, dia a dia, para além da súmula vinculante, outros mecanismos que "acelerem" e "desafoguem" a prestação jurisdicional (veja-se, *v. g.*, para além do poder monocrático conferido ao relator nos recursos – art. 557 do

1 As constantes reformas processuais vêm se restringindo à busca de "efetividades quantitativas", com a institucionalização de mecanismos que "delegam" aos juízos mocráticos a decisão, além da possibilidade da "reunião" de um número ilimitado de processos para serem julgados "em julgamento único". Como exemplo, vale referir a decisão do Supremo Tribunal Federal do dia 09/02/2007, julgando um conjunto de 4908 processos de pensão por morte. Por maioria, o Tribunal conheceu e deu provimento aos REs 416827 e 415454, interpostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). O Plenário analisou todos os recursos em conjunto. Os ministros relatores (Sepúlveda Pertence, Gilmar Mendes, César Peluzo, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia) fizeram uma triagem em todos os processos sob sua responsabilidade que tratavam do tema e se enquadravam na decisão dos recursos julgados no dia anterior. O julgamento em bloco tornou-se possível após a alteração instituída pelo artigo 131 do Regimento Interno do STF. A emenda altera o tempo de sustentação oral, de 15 minutos para as causas normais, para 30 minutos nos casos de recursos idênticos ou causas conjuntas. Esse tempo será compartilhado entre os advogados presentes interessados na causa. No início da sessão, o ministro Marco Aurélio levantou questão de ordem, para que os processos fossem retirados de pauta e cada relator, ante o precedente do plenário, atuassem de forma individual. Ele revelou sua preocupação "quanto à inserção em pauta de 4908 processos". Para ele, o INSS advoga para fazer frente a uma avalanche de processos. E que por vezes pode surgir um descompasso entre os fundamentos da decisão e as razões recursais, bem como a falta de oportunidade de observância do prazo recursal. "Jamais a Corte fez inserir em pauta processos a revelarem Recursos Extraordinários para serem apreciados sem sequer o pregão específico do processo, mediante remissão a listas". O Min. Marco Aurélio afirmou que há situações diversificadas em cada um dos recursos, além de situações anteriores diferentes. Por isso, a questão de ordem. Ele disse que o julgamento em massa pode provocar a interposição desenfreada de embargos declaratórios. "É um procedimento inédito, que poderá ter desdobramentos nefastos", finalizou o ministro. A ministra Ellen Gracie asseverou que o ato de pautar esses processos resultou de uma iniciativa da presidência da Corte e contou com a concordância da maioria dos ministros. "Considero que se alguma questão há, perante esse STF, que mereça o título de questão de massa, homogênea e absolutamente uniforme, é exatamente a questão que ontem decidimos nos dois REs chamados a julgamento". Ela ressaltou que tratar como se fossem casos individuais, com peculiaridades extremas, uma questão que é absolutamente homogênea, "seria uma perda de tempo". E concluiu dizendo que a proposta de Marco Aurélio, de julgamentos monocráticos por parte dos relatores de cada processo, atraria, da mesma forma, o agravo regimental (www.stf.gov.br). Mas essa questão não fica restrita ao Judiciário (lembremos, nesse ponto, os poderes conferidos aos relatores nos tribunais através de várias mini-reformas levadas a cabo no Código de Processo Civil). Com efeito – e para demonstrar que essa questão é (também) um problema decorrente da formação de um determinado imaginário jurídico (lembremos aqui as antigas, porém ainda atuais, noções de ideologia) –, registro notícia publicada no *Informativo da Ordem dos Advogados do Brasil* – seção Distrito Federal (ano 27, n. 196, novembro de 2005), dando conta de que o secretário-geral, durante exercício da Presidência, "deu especial atenção aos processos disciplinares pendentes. Em 48 horas, ele proferiu despachos justificados e fundamentados determinando o arquivamento de aproximadamente 520 representações, após receber os processos, devidamente instruídos, de vários membros do Tribunal de Ética e Disciplina".

CPC –, a nova Lei nº 12.277/06, que institui o julgamento da ação sem a ouvida da outra parte; registre-se a edição, por parte de Turmas Recursais de Juizados Federais,[2] de enunciados "com força de lei" impeditivos de reexame da matéria).

II. Assim, se é verdade que o direito assume, definitivamente, nesta quadra da história, um caráter hermenêutico, decorrente de um efetivo crescimento no grau de deslocamento do pólo de tensão entre os poderes do Estado em direção à jurisdição (constitucional), também é verdade que, em plena era da "sociedade aberta de intérpretes", do triunfo do constitucionalismo, da argumentação jurídica e da viragem lingüística, a teoria do direito vem sendo dominada por uma crescente sincretização de cunho a-paradigmático.

III. Conseqüentemente – para aquilo que interessa aos objetivos destas reflexões – expressões como "caso concreto", "hermenêutica", "interpretação", "discurso", "argumentação" e "concretização" vêm sofrendo de forte anemia significativa. Em face desse estado d'arte e na medida em que a problemática acerca da interpretação é uma questão que envolve concorrência *de* ou *entre* paradigmas de direito, de pré-compreensões acerca de como se deve interpretar e aplicar direito, na feliz assertiva de Marcelo Cattoni,[3] algumas advertências se

2 Por todos, o RE 418.918-6-RJ, que afastou, por inconstitucional, o enunciado nº 26, pelo qual "decisão monocrática proferida pelo relator não desafia recurso à Turma Recursal", motivando o seguinte comentário do Min. Marco Aurélio de Mello: "Mas, aí, verifica-se que as turmas recursais acabam por criar um sistema que é um terceiro gênero, tendo em conta o texto do Código de Processo Civil: o relator pode acionar o art. 557 e chegar, até mesmo, ao julgamento de fundo, reformando a decisão do juízo especial, mas fazendo-o, contrariando uma sistemática que é da tradição do direito brasileiro, a parte prejudicada não tem acesso ao colegiado; fazendo-o, deixa o art. 557 capenga, no que a Turma Recursal afasta o agravo previsto no parágrafo segundo do art. 557. Foi justamente isso que ocorreu no caso, neste processo".

3 Isto significa dizer, por exemplo, que a opção pela teoria do discurso habermasiana torna incompatível a utilização da ponderação de princípios de que fala Alexy. Veja-se, nesse sentido, as percucientes críticas e advertências acerca desse assunto feitas por Marcelo Cattoni, Álvaro Souza Cruz, Menelick de Carvalho Neto e Lúcio Chamon, que melhor detectaram essa problemática em terras brasileiras. Já a opção pela hermenêutica filosófica implica trabalhar, mais do que com a viragem lingüística, com o giro ontológico (*ontologische Wendung*), com o que ser e ente (na adaptação que fiz para a hermenêutica jurídica, norma e texto) somente subsistem a partir da diferença ontológica, o que implica igualmente evitar qualquer tipo de dualismo metafísico (palavras e coisas, questão de fato e questão de direito, essência e aparência, para referir apenas estas). Optar pelo paradigma hermenêutico (fenomenologia hermenêutica, de matriz heideggero-gadameriana)

impõem desde o paradigma da hermenêutica filosófica, isto é, *é preciso ter claro que a "opção" por um paradigma implica uma série de compromissos teóricos*, com os quais não se pode transigir. Como referi no decorrer da presente obra, entendo que há uma série de aproximações e pontos comuns entre a teoria interpretativa-integrativa de Dworkin e a hermenêutica filosófica de Gadamer. Seu caráter não-epistemológico, a não-cisão entre interpretação e aplicação (caráter unitário do compreender), a incorporação da reflexão moral como elemento necessário da decisão judicial (o aspecto normativo incorpora a reflexão moral, perceptível em Gadamer na relação entre o geral e o particular), o rechaço de ambos à arbitrariedade interpretativa, a incompatibilidade com as teorias da argumentação, por serem procedurais e a superação do esquema sujeito-objeto, entre outras questões. De modo que, embora as observações se relacionem à hermenêutica filosófica, também podem ser válidas para a teoria interpretativa dworkiniana, pelos pontos em comum entre ambas e pelas incompatibilidades com as teorias realistas, analíticas e discursivo-procedurais. Assim, a hermenêutica não se pretende "imperialista" ou "invasora" de outras teorias, do mesmo modo que não pretende substituir qualquer outra teoria (epistemológica ou não) ou ter a última palavra.

Nessa linha de raciocínio, chamo a atenção para o seguinte decálogo, no sentido de que:

primeiro, não se pode confundir hermenêutica com teoria da argumentação jurídica, isto é, a hermenêutica (filosófica) não é similar a nenhuma teoria da argumentação (e suas derivações); portanto, não é possível com ela (con)fundir – *por mais sofisticadas e importantes que sejam* – as teses de Alexy, Atienza e Günther, para falar apenas destas;[4] também não é

implica abandonar qualquer possibilidade de uso de métodos, metamétodos ou metacritérios interpretativos ou a ponderação (em etapas ou não). Também não se pode confundir hermenêutica filosófica com as teorias ligadas à tópica jurídica, como as de Perelman e Viehweg.

4 De ressaltar o que parece evidente: a tese habermasiana é bem mais sofisticada que a teoria da argumentação *stricto sensu*. Portanto, as críticas à teoria argumentação não podem ser estendidas, *tábula rasa*, à teoria do discurso. As críticas à teoria do discurso assumem outra perspectiva, exaustivamente examinada no decorrer desta obra. Mas, ao dizer que os participante de uma situação dis-

possível sustentar que a ponderação (feita em etapas ou não) seja uma "atividade hermenêutica", uma vez que o círculo hermenêutico aponta exatamente para a superação de qualquer atividade interpretativa ligada ao esquema sujeito-objeto, rejeitando, *ipso facto*, toda e qualquer possibilidade de subsunções ou deduções;

segundo, quando se diz que a Constituição e as leis são constituídas de plurivocidades sígnicas (textos "abertos", palavras vagas e ambíguas, etc), tal afirmativa não pode dar azo a que se diga que sempre há várias interpretações e, portanto, que o direito permite múltiplas respostas, circunstância que, paradoxalmente, apenas denuncia – e aqui chamo à colação as críticas de Dworkin a Hart – as posturas positivistas que estão por trás de tais afirmativas; por isso também são incompatíveis com a hermenêutica as teses que sustentam que o advento dos princípios e das cláusulas gerais possibilitam uma (maior) "abertura" (liberdade) interpretiva em favor dos juízes, circunstância que recoloca, no paradigma neoconstitucionalista, a principal característica do positivismo: a discricionariedade;

terceiro, quando, por exemplo, Gadamer confronta o método, com o seu *Verdade e Método*, não significa que a hermenêutica seja relativista e permita interpretações discricionárias/arbitrárias; portanto, a hermenêutica é incompatível com discricionariedades e arbitrariedades interpretativas;

quarto, quando se fala na invasão da filosofia pela linguagem, mais do que a morte do esquema sujeito-objeto, isso quer dizer

cursiva tematizam uma pretensão de validade que se tornou problemática e verificam, num enfoque hipotético e *apoiados apenas em argumentos*, se a pretensão do oponente tem fundamento, parece que para Habermas *a obtenção da resposta estará dependente da obediência da forma da argumentação*, podendo soçobrar a conteudística, problemática que assume especial relevância quando se tratar da discussão de direitos fundamentais prestacionais. E, com isso, pode soçobrar a Constituição. Observe-se que, a "substituição" da tese do consenso por uma "práxis argumentativa", conforme Habermas em *Verdade e Justificação*, implica colocar toda a ênfase na argumentação, que "permanece o único meio disponível para se certificar da verdade", *porque não há outra maneira de examinar pretensões de verdade tornadas problemáticas*. Tal circunstância permite uma aproximação da teoria do discurso habermasiana da teoria da argumentação, pela qual, ao fim e ao cabo, somente é verdadeiro um enunciado se estiver em conformidade com um determinado procedimento, isto é, os procedimentos que regram a argumentação (em Habermas, a resposta estará dependente da obediência da forma da argumentação).

que não há mais um sujeito que assujeita o objeto (subjetivismos/axiologismos que ainda vicejam no campo jurídico) e tampouco objetivismos; também por isso não é mais possível falar em subsunções ou deduções e dualismos (cisões) entre regra e princípio, casos fáceis e casos difíceis;

quinto, o fato de ter se popularizado a máxima de que "interpretar é aplicar" e de que "interpretar é confrontar o texto com a realidade", não significa que texto e realidade sejam coisas que subsistam por si só ou que sejam "apreensíveis" isoladamente, sendo inadequado sustentar, portanto, que interpretar é algo similar a "fazer acoplamentos entre um texto jurídico e os fatos" ou, como numa metáfora que circula nas salas de aula, "entre um parafuso e uma porca" (sic), em que o parafuso seria o texto e a porca, a realidade, sendo a aplicação, *ipso facto*, o resultado dessa "junção";

sexto, de igual maneira, quando se popularizou a assertiva de que o texto não é igual à norma e de que a norma é o produto da interpretação do texto, nem de longe se quis dizer que o texto não vale nada ou que norma e texto sejam "coisas à disposição do intérprete", ou, ainda, que depende do intérprete (solipsista) a "fixação da norma"; em realidade, esquece-se que a "norma" deve ser compreendida como o texto em forma de enunciados, em que o conteúdo veritativo não é nada mais do que a dimensão predicativa, isto é, *aquilo que se diz sobre ele*;

sétimo, se texto e norma não são a mesma coisa, tal circunstância não implica a afirmação de que estejam separados (cindidos) ou de que o texto contenha a própria norma (as súmulas e os verbetes "proto-sumulares" são a prova disso), mas, sim, que apenas há uma diferença (ontológica) entre ambos;

oitavo, é um equívoco pregar que o texto jurídico é apenas "a ponta do *iceberg*" e que a tarefa do intérprete é a de revelar o que está "submerso", porque pensar assim é dar azo à discricionariedade e ao decisionismo, características do positivismo;

nono, a fundamentação de decisões (pareceres, acórdãos, etc) a partir de ementas jurisprudenciais sem contexto e verbetes proto-lexicográficos apenas reafirma o caráter positivista da

interpretação jurídica, pois esconde a singularidade dos "casos concretos";

décimo, é preciso ter em mente que a reprodução de ementas e verbetes sem contexto apenas enfraquece a reflexão crítica, fenômeno que pode facilmente ser constatado nas práticas tribunalícias (decisões que tão-somente reproduzem ementários), retroalimentadas pela doutrina ("cultura" dos manuais), que vem assumindo, dia-a-dia, um conceitualismo que a joga de volta ao realismo filosófico.

A viravolta hermenêutica e a crise dos modelos interpretativos – está superado o esquema sujeito-objeto?

IV. Se é certo que essa corrida em direção à hermenêutica jurídica (nas suas diversas formas e vertentes), isto é, essa "viravolta concretizadora", propiciou efetivos avanços no campo da efetivação dos direitos (*lato sensu*), também é certo que algumas posturas fomentaram uma verdadeira "ideologia decisionista", em que a situação concreta desaparece no interior da "conceitualização" (conceitos doutrinários, ementas jurisprudenciais descontextualizadas, etc.). Ou seja, é a pretensão universalizante dos conceitos prévios, sempre feita a partir da justificativa de que a lei não pode abarcar todas as hipóteses de aplicação. O paradoxal é que a institucionalização da súmula com efeito vinculante aponta na direção contrária, isto é, parece que os juristas "descobriram" um modo de "abarcar as múltiplas hipóteses de aplicação de uma lei...".

V. Em suma, a alusão ao "caso concreto" transformou-o em álibi teórico, a partir do qual se pode atribuir qualquer sentido ao texto e qualquer decisão pode ser produzida. Nesse rol, podem ser elencadas as diversas posturas positivistas, que, de um modo ou de outro, trabalham com a possibilidade de múltiplas respostas, ou transferindo o problema da interpretação do direito para os conceitos elaborados previamente pela dogmática jurídica (pautas gerais, súmulas, verbetes jurisprudenciais) ou deixando a cargo do sujeito-intérprete a tarefa de "descobrir os valores ocultos do texto".

VI. 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. A vontade geral atuava como prévia fundamentação. 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.

VII. Assim, quando hoje – em pleno paradigma principiológico, neoconstitucionalista e superador do positivismo que se sustenta(va) pela regra e pela 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"*.

VIII. Ora, isso não é assim e não pode ser assim. A norma (sentido) a ser aplicada pelo juiz não é produto de sua vontade (ou de sua "discricionariedade"). Para a hermenêutica de vertente gadameriana, esse problema da discricionariedade se resolve pelo seu caráter anti-relativista. A antecipação de sentido que se dá na *applicatio* – porque não há cisão entre interpretar e aplicar – funciona como uma blindagem contra a discricionariedade na atribuição dos sentidos.

IX. Esse problema da discricionariedade, a toda evidência, não passou despercebido para teorias com pretensões críticas como a teoria do discurso habermasiana. Entretanto, Habermas tentou resolver esse problema relacionado à "subjetividade do juiz" (seu solipsismo), dividindo/cindindo, como já se viu, a partir de Günther, o discurso jurídico em "discurso de fundamentação" e "discurso de aplicação". Nas sua palavras, "ao estabelecer suas políticas, o legislador interpreta e estrutura de direitos, ao passo que a justiça só pode mobilizar as razões que lhe são dadas, segundo o 'direito e a lei', a fim de chegar a decisões coerentes num caso concreto".[5] Tal circunstância, na leitura de

5 Cf. Habermas, *Direito e Democracia II*, p. 183.

Garcia Amado, *retira 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 em um discurso distinto y anterior, sino de la interpretación discursiva de la situación e la concreción de la norma mas apta, que será la norma de esse preciso caso".[6]

X. Parece não haver dúvida de que, ao transferirem/delegarem aos juízes a tarefa de solucionar – discricionariamente – casos difíceis, as posturas positivistas não fazem qualquer aposta hermenêutica. Assim, *Kelsen parece ser o mais pessimista de todos os autores*, porque coloca em plano secundário a interpretação judicial do direito, bastando, para tanto, uma leitura do oitavo capítulo da *Teoria Pura do Direito*. *Mutatis mutandis*, sob outros fundamentos, essa desconfiança para com o ato interpretativo (portanto, aplicativo) vem repetido nas teorias que retiram do intérprete (ou o desoneram) (d)a tarefa de fazer discursos de justificação. Guardadas as diferenças – e não são poucas –, tanto Kelsen como Habermas e Günther sempre consideraram a impossibilidade de superar o esquema sujeito-objeto, isto é, para eles, o modo para ultrapassar o sujeito solipsista não poderia ser feito a partir de uma alteração no modo de ser do sujeito, mas, sim, somente a partir da construção de uma metalinguagem, uma espécie de linguagem de segundo nível, livre das impurezas desse sujeito (razão prática, *locus* do sujeito solipsista, segundo Habermas). Olhado por esse aspecto, *Habermas e Günther ultrapassam a filosofia da consciência*, mas não a superam *stricto sensu*, ou seja, esse paradigma é visto como algo que faz parte – inexoravelmente – de uma razão prática que deve ser substituída por uma razão comunicativa. Por isso, Habermas inicia seu *Faticidade e Validade* anunciando a substituição da razão prática pela razão comunicativa. Observe-se: não há superação; há substituição.

XI. Disso decorre que, se a fundamentação racional da norma deve ser previamente dada a partir dos assim denominados discursos

6 Cf. Garcia Amado, Juan Antonio. *La filosofia del derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá: Universid Externado, 1997, p. 55.

de fundamentação ou, se se quiser, de justificação, tem-se, de certo modo, uma nova modalidade de juiz: *não mais um juiz que é a boca da lei, mas, sim, agora, um juiz que é a boca dos discursos da norma racionalmente fundada* prima facie, o que complica sobremodo as pretensões da teoria do discurso habermasiana, ao supervalorizar os discursos de fundamentação, que são os discursos sobre a validade do direito. Pode-se dizer, assim, que, enquanto no modelo liberal-burguês se proibia o juiz de pronunciar discursos de validade, na teoria do discurso desonera-se o juiz dos discursos de fundamentação (validade).[7] Mas, pergunto, há tanta diferença assim entre essa "proibição" e essa espécie de "desoneração"?

XII. Com efeito, se o modelo exsurgente da revolução burguesa tinha a lei (vontade geral) como categoria (premissa) para a tomada de decisões do juiz, que, politicamente, estava impedido de "imiscuir-se" na interpretação da vontade do povo (leia-se, burguesia), ficando restrito à analise dos fatos (faticidade), tem-se agora, na teoria do discurso, em pleno Estado Democrático de Direito, a substituição da "categoria-lei" pela "categoria-discurso-de-fundamentação-prévia". Ou seja, na teoria do discurso, ao que tudo indica, resta ao juiz a "autonomia" da tomada de decisões nas "zonas cinzentas que surgem entre legislação e aplicação do direito", devendo, entretanto, sempre serem complementados pelos discursos de fundamentação.[8]

XIII. Penso, assim, que Habermas cai em uma nova objetividade: a dos discursos fundacionais previamente dados acerca da racionalidade das normas a serem aplicadas pelo juiz. Como lembra Arango, o afã de Habermas em apresentar uma fundamentação pós-metafísica do direito lhe roubou a possibilidade de oferecer um conceito autenticamente aberto, discursivo, de direito subjetivo, que poderia servir-lhe como base de seu sistema de direitos. A estreiteza do conceito de direito subjetivo em Habermas conduz a que os direitos fundamentais sociais somente podem ser fundados relativamente, desde que, para tanto, sejam determinados pela participação política, o que, em muitos casos (crianças, velhos, enfermos graves, discriminação sistemática à mulher, etc.) resulta inadequado e de conseqüências imprevisíveis.[9] Ocorre, assim, uma objetificação do discurso de fundamentação. Por esse motivo, não parece desarrazoado dizer que Habermas não distingue, paradigmaticamente, o empírico do transcendental. Tanto é assim que *sua pragmática é universal*, e não transcendental (que se faz com discursos práticos). A pragmática não tem nada de elemento prévio, circunstância, aliás, que o coloca contra Apel.

XIV. Para além de cisões, a aplicação hermenêutica não é somente a aplicação pelo juiz. Na hermenêutica filosófica, nem a norma está previamente fundamentada e nem é o juiz quem a "faz". Portanto, torna-se despiciendo 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 é em face do outro. *Esse fenômeno ocorre na diferença ontológica.* Em conseqüência, é possível dizer que sempre aplicamos. Na discordância com a teoria do discurso habermasiana aqui exposta – sem precisar ressalvar a grande contribuição da teoria do discurso haberma-

7 *É evidente que não se ignora a relação que Habermas faz entre os discursos de fundamentação prévia e os discursos de aplicação. O questionamento tem relação com o caráter prévio da fundamentação (validade), elaborada sem a necessidade da situação concreta e a retirada dessa carga (fundamentadora/justificadora) do discurso de aplicação.*

8 *Nas palavras de Habermas, Direito e Democracia II, op. cit.*, p. 183, "na medida em que os programas legais dependem de uma concretização que contribui para o desenvolvimento do direito – a tal ponto que a justiça, apesar de todas as cautelas, é obrigada a to-mar 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".

9 Cf. Arango, El concepto de derechos sociales fundamentales, *op. cit.*, pp. 269-270, que alerta para o fato de que o conceito de direito subjetivo acolhido por Habermas não se encontra em harmonia com a sua teoria da ação comunicativa e nem se adequa à sua teoria discursiva do direito. Isso porque Habermas limita de antemão as possíveis razões para os direitos subjetivos de modo que outras razões (p. ex., as necessidades básicas), não deriváveis indiretamente da autonomia individual, ficam excluídas da discussão constitucional. Ernst Tugendhat, acertadamente, coloca sua preocupação acerca dessa questão, ao dizer que a orientação unilateral pela liberdade é equivocada até para a tardição liberal, porque em especial o direito à vida e à integridade física não são em absoluto direitos de liberdade (*Leciones sobre ética*. Barcelona, Gedisa, 1997, p. 344). Se o que pretende Habermas – continua Arango – é apresentar uma teoria discursiva dos direitos, deveria apoiar seu sistema de direitos sobre um conceito aberto e, nesse sentido, discursivo, e não no limitado valor da liberdade.

siana para a afirmação do Estado Democrático de Direito –, *a questão principal reside na impossibilidade de cindir discursos de fundamentação e discursos de aplicação.* E isso acarreta conseqüências. 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.

XV. O que a teoria do discurso não leva em conta – e essa problemática se estende as diversas teorias da argumentação *stricto sensu*, embora com outras consequências (p. ex., *em favor da teoria do discurso habermasiana registre-se a acertada rejeição de se recorrer a valores e à ponderação, ao contrário das teorias argumentativas*) – é que, antes da explicação causal (se se quiser, o raciocínio subsuntivo-dedutivo), há algo mais originário e que é condição de possibilidade de qualquer explicação causal. Trata-se da pré-compreensão, da antecipação de sentido, onde o horizonte de sentido (pré-juízos) limita o processo de atribuição de sentido. Essa dimensão pré-compreensiva, forjada no mundo prático (faticidade), não é um elemento formal, traduzível por regras de argumentação, por exemplo, como se fosse um caminho para algo. Essa dimensão ocorre em uma totalidade de nossa realidade, a partir da conjunção de múltiplos aspectos existenciais, que fazem parte de nossa experiência (faticidade, modo-de-ser-no-mundo) e são, portanto, elementos a que temos acesso mediante o esforço fenomenológico de explicitação (Stein).

XVI. Essa problemática terá reflexos incomensuráveis na discussão dos assim denominados "casos fáceis" e casos difíceis" e qualquer outra distinção de ordem estrutural (regras e princípios, subsunção e ponderação, interpretação e aplicação, texto e norma, para referir apenas estas). A dupla estrutura da linguagem comanda essa "blindagem" antidualística.

XVII. "Casos fáceis" e "casos difíceis" partem de um mesmo ponto e possuem em comum algo que lhes é condição de possibilidade: a pré-compreensão.

XVIII. Acreditar na distinção (cisão) entre casos (fáceis) simples e casos difíceis (complexos) é pensar que o direito se insere em

uma "suficiência ôntica", enfim, que a "completude" do mundo jurídico pode ser "resolvida" por raciocínios causais-explicativos, em uma espécie de "positivismo da causalidade". Pensar assim é esquecer que essa "metafísica da causalidade" é apenas uma etapa necessária para chegarmos aos entes.

XIX. Partir de uma pré-elaboração do que seja um caso simples ou complexo é incorrer no esquema sujeito-objeto, como se fosse possível ter um "grau zero de sentido", insulando a pré-compreensão e tudo o que ela representa como condição para a compreensão de um problema. Não esqueçamos jamais que a discricionariedade interpretativa é fruto do paradigma da filosofia da cosnciência e se fortalece na cisão entre interpretar e aplicar, o que implica a prevalência do dualismo sujeito-objeto. E essa discricionariedade/arbitrariedade positivista – sob as mais variadas vestes – ainda domina o modo-de-agir dos juristas.

XX. Enquanto Dworkin considera o discricionarismo antidemocrático, Hart vai dizer que o poder discricionário é o preço necessário que se tem de pagar para evitar o inconveniente de métodos alternativos de regulamentações desses litígios (casos difíceis), por exemplo, o reenvio ao Legislativo. Embora as correntes positivistas possam não concordar com a afirmação, Hart representa uma espécie de pensamento médio: aliás, há uma coisa em comum entre o positivismo e as diversas teorias da argumentação: a distinção/divisão "casos simples – casos complexos" (fáceis-difíceis), o que demonstra a presença (e permanência) do paradigma da filosofia da cosnciência, emergente do dualismo metafísico e do esquema sujeito-objeto.

Constituir-a-ação: a permanência do caráter dirigente e compromissório da Constituição – a incindibilidade entre o constitucionalismo e a realização dos direitos fundamentais-sociais.

XXI. Na medida em que o direito é um saber prático que deve servir para resolver problemas e concretizar as promessas da modernidade que ganharam espaço nos textos constitucionais, a superação dos obstáculos que impedem o acontecer do constitucionalismo de caráter transformador, estabelecido pelo novo paradigma do Estado Democrático de Direito, pressupõe a

construção das bases que possibilitem a compreensão do estado da arte do *modus* operacional do direito, levando em conta um texto constitucional de nítida feição compromissória e dirigente e que, passadas mais de duas décadas, longe está de ser concretizado.

XXII. Na base dessa inefetividade, para além do problema relacionado à configuração política e econômica da sociedade brasileira (democracia em consolidação, alternando longos espaços de ausência de Estado de Direito, a histórica desigualdade social, a cultura patrimonialista, o regime presidencialista que se mantém com governabilidade *ad hoc*), encontra-se consolidada uma cultura jurídica positivista que coloniza a operacionalidade (doutrina e jurisprudência) e o processo de elaboração das leis, em um processo de reatroalimentação.

XXIII. O problema da inefetividade da Constituição não se resume a um confronto entre modelos de direito. *O confronto é, pois, paradigmático.* Veja-se, nesse sentido, o problema surgido na Espanha pós-Constituição de 1978, que formalmente encerrava a transição da ditadura franquista à democracia constitucional. Confronto paradigmático significa o embate entre o novo e o velho, como bem demonstra Hernández Gil, lembrando a necessidade de mudar radicalmente a linguagem jurídica, o sistema de linguagem ou o marco de referência jurídico de todos os operadores do direito da Espanha para uma compreensão adequada do novo paradigma constitucional recém-instituído. Neste ponto, assinala o professor espanhol, o ano de 1981 pode ser considerado crucial para esse intento. Com efeito, basta que se examine a correlação semântica que os juristas tinham antes e têm agora acerca de expressões como igualdade, discriminação, inocência, prova, domicílio ou lei fundamental, cujos significados sofreram radical alteração se comparados com a versão a-técnica e pré-técnica que tinham antes da entrada em funcionamento do Tribunal Constitucional. Sem a existência de um Tribunal Constitucional, tais modificações não teriam se firmado com tanta firmeza ou, ao menos, tal fenômeno não teria ocorrido com tanta rapidez. E isso pode servir para colocar uma questão de relevante interesse: o Tribunal Constitucional não somente utiliza normas de interpretação, como as

constrói e impõem à comunidade jurídica. Assim, na sentença 64/83, impôs aos juízes e Tribunais a obrigação de interpretar as leis em conformidade com a Constituição.[10]

XXIV. A Constituição ainda constitui, pois. E algumas posições precisam ser assumidas. Como bem diz Bercovici, "a principal crítica às Constituições que contêm programas de atuação, chamadas de 'Constituição dirigente', como a nossa, é a acusação de que elas 'prendem' os sucessivos governos à realização de seus objetivos, não respeitando o ideal da alternância política dos governos. A discricionariedade das políticas de governo é larga, mas não absoluta. Discricionariedade não significa plena liberdade e nem arbitrariedade; afinal, os governos constitucionais devem atuar de acordo com a Constituição. Do mesmo modo, a política não pode ser conduzida simplesmente por juízos de oportunidade, mas também está vinculada a padrões e parâmetros jurídicos, especialmente constitucionais. Ao contrário do que alegam seus críticos, a Constituição não substitui a política. Do mesmo modo, a Constituição é base para a legislação, mas a legislação não é simples execução da Constituição. O legislador tem margem de atuação política própria, embora possa ser limitado pelas diretrizes constitucionais. A Constituição, portanto, não é neutra, pois contém um programa de atuação que se impõe para o Estado e a Sociedade. Também não quer dizer que o texto constitucional tira a liberdade de opções políticas dos cidadãos. Este programa é, nas palavras de Diaz Revorío, 'suficientemente abierto', garantindo o pluralismo político".[11]

XXV. Daí que, analisando a problemática a partir do estado da arte da (in)efetividade dos direitos fundamentais sociais no Brasil, com os olhos voltados ao conteúdo dirigente e compromissário da Constituição de 1988, penso que esta *tem uma força sugestiva*

10 Cf. Hernández Gil, Antonio. La justicia en la concepción del derecho según la Constitución española. In: *División de Poderes*, *op. cit.*, p. 155. No caso brasileiro, veja-se, p. ex., os conceitos de direito adquirido, ato jurídico perfeito, uso da propriedade, etc., cujos conceitos continuam sendo buscados em doutrina e textos legais infraconstitucionais escritos há dezenas de anos, como se os textos e as expressões tivessem conceitos-em-si-mesmos, metafísicos, portanto.

11 Cf. Bercovici, *Desigualdades*, *op. cit.*, pp. 289 e 290.

relevante quando associada à idéia de estabilidade que, em princípio, se supõe lhe estar imanente.[12] Esta estabilidade está articulada com o projeto da modernidade política, que, sucessivamente implementado, respondeu a três violências ("triângulo dialéctico"), através da categoria político-estatal: a) respondeu à falta de segurança e de liberdade, impondo a ordem e o direito (o Estado de Direito contra a violência física e o arbítrio); b) deu resposta à desigualdade política, alicerçando liberdade e democracia (Estado Democrático); c) combateu a terceira violência – a pobreza – mediante esquemas de socialidade.[13] Tenho presente, assim, que a "Constituição dirigente" continua a ser o suporte normativo do desenvolvimento deste projeto de modernidade.

XXVI. Na medida em que não resolvemos essas três violências, mostra-se equivocado falar em desregulamentação do Estado, "lipoaspiração da Constituição" (sic) e enfraquecimento do papel da jurisdição constitucional. A pretensão é que os mecanismos constitucionais postos à disposição do cidadão e das instituições sejam utilizados, eficazmente, *como instrumentos aptos a evitar que os poderes públicos disponham livremente da Constituição.* A Constituição não é simples ferramenta; não é uma terceira coisa que se "interpõe" entre o Estado e a Sociedade.

XXVII. Descumprir os dispositivos que consubstanciam o núcleo básico da Constituição, isto é, aqueles que estabelecem os fins do Estado, implica solapar o próprio contrato social. O texto constitucional, fruto desse processo de repactuação social, não pode ser transformado em um latifúndio improdutivo. Afinal, como bem alerta Friedrich Müller, a função do direito constitucional, da legislação e da concretização da Constituição é exatamente a de manter a legitimidade do agrupamento político-estatal.

XXVIII. A Constituição, além de ser *o elo conteudístico que une "política e direito"* em um determinado Estado, é também um (eficiente) remédio contra maiorias. E, ao se constituir em remédio contra maiorias (eventuais ou não), tem-se que a Constituição traz ínsito um núcleo político que somente pode ser extirpado/solapado a partir de uma ruptura institucional. Esta é a regra do jogo democrático e o custo que representa viver sob a égide do Estado Democrático de Direito. E é dessa intrincada engenharia política que exsurge um *novo papel para o direito* e, por conseqüência, para a Constituição.

12 Ver, para tanto, Canotilho, *O Estado Adjetivado, op. cit.*, p. 40.
13 Idem, ibidem.

XXIX. Contemporaneamente, o papel da Constituição, sua força normativa e o grau de dirigismo vão depender da assunção de uma das teses (eixos temáticos) que balizam a discussão: de um lado, os defensores das teorias processuais-procedimentais e, do outro, os que sustentam posições materiais-substanciais acerca da Constituição. Alinho-me aos defensores das teorias materiais-substanciais da Constituição, porque trabalham com a perspectiva de que a implementação dos direitos fundamentais-sociais afigura-se com condição de possibilidade da validade da própria Constituição, naquilo que ela representa de elo conteúdistico que une política e direito. Como bem diz Laurence Tribe, as teorias procedimentalistas parecem apreciar que o processo é algo em si mesmo valioso; porém, dizer que o processo é em si mesmo valioso é afirmar que a Constituição é inevitavelmente substantiva.

XXX. A função da jurisdição constitucional deve fazer prevalecer a Constituição contra as maiorias eventuais, sem, a toda evidência, resvalar em direção a ativismos e/ou decisionismos, discussão, aliás, que perpassou estas reflexões em toda a sua extensão. Ou seja, a existência de um contramajoritarismo é condição de possibilidade para a efetivação dos direitos substantivos previstos na Constituição, funcionando, assim, essa regra, como uma garantia contra o enfraquecimento do núcleo político essencial que aponta para a construção de um Estado Social (art. 3º da CF). É essa tensão entre política e direito que inexoravelmente desaguará na discussão do papel a ser desempenhado pela jurisdição constitucional.

XXXI. Definitivamente, não se pode confundir a defesa de posturas substancialistas com ativismos judiciais. A defesa da Constituição – nos moldes substancialistas aqui definidos à luz da hermenêutica – está muito além de acusações desse jaez. Ativismos judiciais e discricionariedades interpretativas caminham,

no mais das vezes, lado a lado. *É a possibilidade efetiva de respostas corretas que se constitui como blindagem contra ativismos/discricionariedades.* Neste ponto, a hermenêutica aparece como um diferencial, deixando claro que suas preocupações em relação às teorias da argumentação (questão dos valores, papel da moral corretiva e a problemática relacionada ao uso da ponderação) são similares às da teoria do discurso habermasiana, isto é, é neste ponto que se pode dizer que há um convergência entre hermenêutica filosófica e a s teses habermasianas.

XXXII. Torna-se evidente – e não deve pairar qualquer dúvida a esse respeito – que não é difícil sustentar que a defesa de um substancialismo material-constitucional não dispensa – e não pretende dispensar – o papel fundamental que deve ser exercido pelo procedimento. Na verdade, o problema é exatamente o oposto, ou seja, o problema está na pretensão de autonomização das teorias processuais. Ora – e o alerta vem em boa hora formulado por José Adércio Leite Sampaio –, a Constituição não pode ser meramente procedimental a dispor sobre as regras de formação da vontade política exclusivamente. Entretanto, aduz, também não pode ser uma ordem dura de valores. É, sim, uma simbiose que assume as formas jurídicas e se limita às suas contingências, ao seu tempo e ao seu povo. A Constituição é uma obra inacabada e que tende a se rebelar contra seus criadores. A tarefa do jurista é pôr em marcha essa tendência dispersiva do texto sem permitir que se esvaia o sentido de norma ou que se destrua a engenharia original dos fundadores. É tentar domar o mito e decodificá-lo juridicamente. E é nesse contexto que deve ser analisada a jurisdição constitucional.[14]

XXXIII. Uma "baixa compreensão" acerca do sentido da Constituição – naquilo que ela significa no âmbito do Estado Democrático de Direito – inevitavelmente acarretará uma "baixa aplicação", com efetivo prejuízo para a concretização dos direitos fundamentais sociais. As condições de possibilidades para que o intérprete possa compreender um texto implicam (sempre e inexoravelmente) a existência de uma pré-compreensão (seus pré-juízos)

14 Cf. Leite Sampaio, José Adércio. *A Constituição reiventada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 19.

acerca da totalidade (que a sua linguagem lhe possibilita) do sistema jurídico-político-social. Desse belvedere compreensivo, o intérprete formulará (inicialmente) seus juízos acerca do sentido do ordenamento. E, sendo a Constituição o fundamento de validade de todo o sistema jurídico – e essa é a especificidade maior da ciência jurídica –, de sua interpretação/aplicação (adequada ou não) é que exsurgirá a sua (in)efetividade.

XXXIV. Nesse confronto paradigmático, as velhas teses acerca da interpretação (subsunção, silogismo, individualização do direito na "norma geral", a partir de "critérios puramente cognitivos e lógicos", liberdade de conformação do legislador, discricionariedade do Poder Executivo, o papel da Constituição como estatuto de regulamentação do exercício do poder) dão lugar a uma hermenêutica que não trata mais a interpretação jurídica como um problema (meramente) "lingüístico de determinação das significações apenas textuais dos textos jurídicos".[15] Trata-se, efetivamente, de aplicar o grande giro hermenêutico ao direito e, portanto, à Constituição.

XXXV. O novo constitucionalismo nascido da revolução copernicana do direito público traz para dentro do direito temáticas que antes se colocavam à margem da discussão pública: a política, representada pelos conflitos sociais, os direitos fundamentais sociais historicamente sonegados e as possibilidades transformadoras da sociedade a serem feitas *no* e *a partir* do direito. Afinal, direito constitucional é direito político (H. P. Schneider).

XXXVI. Tais perspectivas nos aparecem a partir de um constitucionalismo compromissório e (ainda) dirigente,[16] mormente em países

15 Veja-se, a propósito, a contundente crítica de Neves, Antonio Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 287 e segs.

16 As características desse novo constitucionalismo provocam profundas alterações no direito, proporcionando a superação do paradigma positivista, que pode ser compreendido no Brasil como produto de uma simbiose entre formalismo e positivismo, no modo como ambos são entendidos pela(s) teoria(s) crítica(s) do direito. Na verdade, embora o positivismo possa ser compreendido no seu sentido positivo, como uma construção humana do direito enquanto contraponto ao jusnaturalismo, e tenha, portanto, representado um papel relevante em um dado contexto histórico, no decorrer da história ele acabou se transformando – e no Brasil essa questão assume foros de dramaticidade – em uma concepção matematizante do social, a partir de uma dogmática jurídica formalista, de nítido caráter retórico. Com efeito, se o formalismo e o positivismo marca(ra)m indelevelmente o pensamento jurídico moderno, no Brasil é possível dizer que em muitos aspec-

onde as promessas da modernidade nunca foram cumpridas. E a materialidade das Constituições se institucionaliza a partir da superação dos três pilares nos quais se assenta(va) o positivismo jurídico (nas suas variadas formas e facetas): o problema das *fontes* (a lei), a teoria da *norma* (direito é um sistema de regras em que não há espaço para os princípios) e as condições de possibilidade para a compreensão do fenômeno, isto é, a questão fulcral representada pela *interpretação*, ainda fortemente assentada no esquema sujeito-objeto, donde a permanência do modelo subsuntivo, como se a realidade fosse acessível a partir de raciocínios causais-explicativos.

XXXVII. As características desse novo constitucionalismo provocam profundas alterações no direito, proporcionando a superação do paradigma positivista, que pode ser compreendido no Brasil como produto de uma simbiose entre formalismo e positivismo, no modo como ambos são entendidos pela(s) teoria(s) crítica(s) do direito. Na verdade, embora o positivismo possa ser compreendido no seu sentido positivo, como uma construção humana do direito enquanto contraponto ao jusnaturalismo e tenha, portanto, representado um papel relevante em um dado contexto histórico, no decorrer da história, ele acabou se transformando – e, no Brasil, essa questão assume foros de dramati-

tos ambos (ainda) se confundem, isto porque se engendrou um imaginário jurídico atrelado, ao mesmo tempo, ao formalismo e às suas insuficiências para explicar o direito e a realidade (o direito é concebido no plano abstrato e entendido como sendo apenas um objeto histórico-cultural), e ao positivismo, com as suas características que vêm delineando os caminhos da doutrina e jurisprudência, como: a não-admissão de lacunas; o não-reconhecimento dos princípios como normas; as dificuldades para explicar os "conceitos indeterminados"; as normas penais em branco e as proposições carentes de preenchimento com valorações, proporcionando *a discricionariedade do juiz, que acaba se transformando em arbítrio judicial (ou decisionismos voluntaristas)*; refira-se, ainda, a inoperância em face dos conflitos entre princípios, *culminando, via de regra, na sua negação, com a remessa da solução à discricionariedade do juiz*; por último, tem ficado visível que o positivismo não tem como tratar da questão da legitimidade do direito. Por isto, a legalidade ocupa o lugar da legitimidade (ver Grau, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 30 e segs.). Como conseqüência dessa (con)fusão entre normativismo e positivismo, tem-se uma verdadeira blindagem contra a "intervenção" da Constituição (entendida nos quadros do neoconstitucionalismo), que introduz as condições para a superação do problema da identificação (imanência) normativista-positivista entre vigência e validade: na verdade, a Constituição introduz a *diferença* entre vigência e validade, alçando a validade à condição primeira, caindo por terra a plenipotenciariedade textual-normativa e tudo o que isto vem representando no campo jurídico.

cidade – em uma concepção matematizante do social, a partir de uma dogmática jurídica formalista, de nítido caráter retórico. Com efeito, se o formalismo e o positivismo marca(ra)m indelevelmente o pensamento jurídico moderno, no Brasil é possível dizer que em muitos aspectos ambos (ainda) se confundem, isso porque se engendrou um imaginário jurídico atrelado, ao mesmo tempo, ao formalismo e às suas insuficiências para explicar o direito e a realidade (o direito é concebido no plano abstrato e entendido como sendo apenas um objeto histórico-cultural), e ao positivismo, com as suas características que vêm delineando os caminhos da doutrina e da jurisprudência, como: a não-admissão de lacunas; o não-reconhecimento dos princípios como deontológicos; as dificuldades para explicar os "conceitos indeterminados"; as normas penais em branco e as proposições carentes de preenchimento com valorações, proporcionando *a discricionariedade do juiz, que acaba se transformando em arbítrio judicial (ou decisionismos voluntaristas)*; refira-se, ainda, a inoperância em face dos conflitos entre princípios, *culminando, via de regra, na sua negação, com a remessa da solução à discricionariedade do juiz*; por último, tem ficado visível que o positivismo não tem como tratar da questão da legitimidade do direito. Por isso, a legalidade ocupa o lugar da legitimidade. Como conseqüência dessa (con)fusão entre normativismo e positivismo, tem-se uma verdadeira blindagem contra a "intervenção" da Constituição (entendida nos quadros do neoconstitucionalismo), que introduz as condições para a superação do problema da identificação (imanência) normativista-positivista entre vigência e validade: na verdade, a Constituição introduz a *diferença* entre vigência e validade, alçando a validade à condição primeira, caindo por terra a plenipotenciariedade textual-normativa e tudo o que isto vem representando no campo jurídico.

A resistência positivista em tempos de neoconstitucionalismo e os inadequados dualismos: de como Kelsen e Hart foram traídos.

XXXVIII. Não se pode menosprezar o papel do positivismo ainda nos dias atuais. Com efeito, o positivismo acredita que o mundo pode ser abarcado pela linguagem e que a regra – no plano do direi-

to – abarca essa "suficiência do mundo", isto é, a parte do mundo que deposita na regra as universalidades conceituais que pretendem esgotar a descrição da realidade. Na insuficiência daquela parte da linguagem para fornecer as respostas, chama-se à colação a subjetividade do intérprete, que, de forma solipsista, levanta o véu que "encobre" a resposta que a regra não pôde dar (sic). Ora, a diferença entre a regra (positivista) e o princípio é que este está contido naquela, atravessando-a, resgatando o mundo prático. Na medida em que o mundo prático não pode ser dito no todo – porque sempre sobra algo –, o *princípio traz à tona o sentido que resulta desse ponto de encontro entre texto e realidade, em que um não subsiste sem o outro* (aqui, o antidualismo entra como condição de possibilidade para a compreensão do fenômeno).

XXXIX. O princípio é a enunciação do que está enunciado. O enunciado pretende impor um universo significativo auto-suficiente. No fundo, a dogmática positivista não conseguiu ainda superar nem mesmo a metafísica clássica, circunstância facilmente perceptível em setores importantes da doutrina que a sustenta, que acreditam que a palavra da lei (regra) designa não a coisa individual, mas a "comum a várias coisas individuais", ou seja, a essência captável pelo intérprete (as súmulas são um típico exemplo da tentativa de abarcar a "substância" dos diversos casos jurídicos); por outro lado, a dogmática jurídica também não superou a metafísica moderna, o que se pode perceber nas posturas de considerável parcela dos juristas que – a pretexto de "ultrapassar" a "literalidade" do texto – coloca no sujeito a tarefa solipsista de descobrir os valores "escondidos" debaixo da regra, isto é, na "insuficiência" da regra – construída a partir da consciência de si do pensamento pensante – entra em cena o intérprete, para levantar o véu que "encobre o verdadeiro sentido da regra" (sic).

XL. Enquanto as insuficiências provocadas pela limitação própria das regras eram "superadas" pelas teorias da argumentação e correlatas (mas sempre ainda atreladas a teses axiológico-subjetivas), através do manuseio das incertezas (inerentes) da linguagem, o paradigma que supera esse modelo, sustentado no novo constitucionalismo, *passa a ter na aplicação dos princípios* – e não na sua ponderação como quer, por exemplo, Alexy – o modo de alcançar respostas adequadas constitucionalmente (respostas hermeneuticamente corretas), além de evitar a descontextualização do direito, cindindo o que é incindível: fato e direito, texto e norma, palavra e coisa, interpretação e aplicação, enfim, tantos dualismos que sustentam o modelo positivista-metafísico do direito. Na verdade, Alexy confunde texto e norma, deixando de lado a necessária problematização da aplicação, esquecendo-se, assim, do caso concreto. A teoria da argumentação proposta por Alexy busca uma espécie de ultra ou transracionalidade, alcançável a partir de fórmulas aptas a realizar o que ele denomina de ponderação de princípios (para além de Alexy, já se fala em ponderação de regras, como é o caso de Humberto Ávila).

XLI. Nesse embate paradigmático, assume relevância a *tensão* entre regras e princípios. Ante o conceitualismo provocado pelo império das regras, transformadas em significantes primordiais-fundantes, aptos para subsunções e deduções, reforçando, portanto, a subjetividade (discricionariedade) do intérprete, *os princípios* (constitucionais ou decorrentes da materialidade da Constituição) *ingressam no cenário* para superar esse paradigma da dedução (causalista-explicativo), que se move ainda no plano da teoria do conhecimento (esquema sujeito-objeto). Portanto, para esse setor da comunidade jurídica que defende tais posturas, a questão não é só metodológica; é ontológica no sentido clássico – esse paradigma é o da objetivação; nesse paradigma, há uma questão de método –; é uma posição ontológico-metafísica. *Move-se, pois, no campo do fundamentar.* Em outras palavras: *há um fundamento objetivamente ontológico e disso resulta o método positivista.* E é por tais razões que o método positivista exclui o hermenêutico e a pré-compreensão. *Quem está preso a esse paradigma é incapaz de entrar no campo do compreender, fixando-se na fundamentação de caráter objetificante.* O método é a forma, por excelência, de objetificação metafísica.

XLII. Parece não haver dúvida de que o positivismo – compreendido *lato sensu* – não conseguiu aceitar a viragem interpretativa ocorrida na filosofia do direito (invasão da filosofia pela

linguagem) e suas conseqüências no plano da doutrina e da jurisprudência.

XLIII. A discricionariedade positivista (no seu sentido clássico-original) – embora "limitada" pelo ordenamento jurídico – gera, de forma inexorável, uma espécie de *mundo da natureza hermenêutico*, em que viceja a liberdade interpretativa (veja-se, por todos, o decisionismo kelseniano e a discricionariedade admitida por Hart para a resolução dos *hard cases*), em que, no fundo, sustentado em uma subjetividade "assujeitadora", "cada juiz decide como quer, de acordo com a sua subjetividade".

XLIV. Isto ocorre porque as "limitações textuais" que deveriam fazer a contenção da discricionariedade (não esqueçamos que o poder do juiz em Hart, por exemplo, sofre, como não poderia deixar de ser, as limitações do ordenamento jurídico), confinando-a nos marcos do ordenamento, *acabam sendo ultrapassadas por um "aprimoramento genético" do positivismo:* não satisfeito com uma "discricionariedade contida nos marcos do ordenamento", o positivismo, a partir do esquema sujeito-objeto, constrói diversas maneiras de ultrapassar esses obstáculos. Afinal – e o direito, longe de estar imune, é instrumento de poder –, há momentos em que o texto jurídico não reflete o interesse do intérprete, o que, de aliado, transforma-o em obstáculo. E essa ruptura/ultrapassagem do *sentido limitado apofanticamente* é feito a partir de diversas teorias que colocam na subjetividade do intérprete o *locus* do processo hermenêutico, como as teorias realistas e axiologistas (por vezes, simplesmente voluntaristas) em geral, que, quando lhes interessa, colocam os textos jurídicos em um plano secundário, sob o pretexto de que cabe ao intérprete a "descoberta" dos valores "escondidos" embaixo do texto. Nesse caso, *até mesmo os textos constitucionais podem soçobrar diante da plenipotenciaridade da consciência do intérprete.*

XLV. O que ocorreu é que os positivistas de *terrae brasilis* traíram Herbert Hart e Hans Kelsen, os quais, embora defensores do poder discricionário dos juízes, admitiam que este se dava somente nos limites da "moldura do texto" (limites semânticos, portanto), e não para além desses contornos. Ou seja, a discricionariedade admitida pelos positivismos hartiano e kelseniano foi transformada em arbitrariedade. Assim, para o positivismo praticado no Brasil parece natural que, em determinados momentos – mesmo em plena vigência da Constituição democrática de 1988 – os "limites semânticos" (a moldura) possam vir a ser ultrapassados, sob "argumentos" tais como: em nome da "justiça", "dos valores esculpidos na norma", etc. Nesse sentido, veja-se, só para exemplificar: a) a interpretação dada pela Comissão de Comissão e Justiça da Câmara dos Deputados ao art. 60 da Constituição do Brasil para sustentar a "constitucionalidade" da emenda constitucional – PEC 157 –, buscando "autorizar uma revisão constitucional no ano de 2007"; b) a "transformação" do art. 89 da Lei 9.099/95, em que o vocábulo "poderá" passou a ser entendido como "deverá";[17] c) a "criação" de um recurso processual pelos Tribunais, não previsto na legislação (os embargos declaratórios com efeitos infringentes); d) as incontáveis súmulas inconstitucionais e *contra-legem* emitidas pelos Tribunais, como o recente enunciado nº 330 do STJ, que "altera a redação" do art. 514 do Código de Processo Penal, restringindo direitos fundamentais.[18]

XLVI. O resultado disso é uma situação incontrolável no plano da operacionalidade do direito. É tarefa da teoria do direito, pois, construir um discurso que coloque um freio nesse "ir além" dos marcos do ordenamento, que deveria demarcar o espaço da discricionariedade-arbitrariedade interpretativa de que falaram Hart e Kelsen. Isto é, nem mesmo no interior do positivismo

17 Há decisões que simplesmente negam a legislação, invocando razões pragmáticas, desacompanhadas de fundamentação constitucional, como a da Câmara do Tribunal de Justiça do RS, que, entendendo que, por ser "uma das finalidades da pena penal o castigo", os fatos graves cometidos pelo acusado exigiam um cumprimento maior da pena que lhe foi imposta no regime que a sentença lhe impôs, *verbis*: "Ainda que implementou o requisito objetivo de um sexto da pena, por outro lado, não o cumpriu com relação ao efeito retributivo da condenação" (Agravo em Execução nº 70009949967).

18 Súmula 330: "É dispensável a resposta preliminar de que trata o art. 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial". Tem-se, no caso, típico exemplo de decisionismo e arbitrariedade que decorre da discricionariedade positivista. A súmula contraria o Código de Processo Penal (nesse sentido, ver Streck, Maria Luiza S. A súmula 330 do STJ – desvelando os sintomas de uma crise. *Revista Ibero-americana de ciências penais*, Porto Alegre, n. 15, 2007, pp. 66-77). Portanto, não poderia ser emitida, uma vez que o Tribunal não é legislador. Isso para dizer o menos.

foi possível controlar o *(ab)uso* da subjetividade do intérprete. Por outro lado, se foi calcado no esquema sujeito-objeto da filosofia da consciência que o positivismo ultrapassou os limites normativos – veja-se a jurisprudência dos valores e o realismo jurídico norte-americano e escandinavo –, é com uma espécie de retorno à metafísica clássica (não confessada, evidentemente) que o mesmo positivismo buscará conter esse "mundo da natureza" hermenêutico.[19] E o faz através de verbetes, enunciados e súmulas vinculantes, *que pretendem abarcar todas as hipóteses de aplicação de cada texto jurídico* (com o sacrifício da situação concreta). Na medida em que, como sustenta parte considerável da teoria do direito, é impossível impedir que os juízes decidam "como querem" – porque, afinal, obedecem apenas à sua subjetividade –, buscou-se construir conceitualizações prévias (discursos de fundamentação prévios?) acerca do sentido das normas, *pensando-se, assim, que seria possível combater os "excessos" do positivismo através do próprio positivismo* (ou através de outras teorias de cariz analítico-discursivo).

XLVII. Essa construção dogmática é fruto de uma espécie de *adaptação darwiniana* do positivismo jurídico, que funciona a partir da elaboração de conceitos jurídicos com objetivos universalizantes, utilizando, inclusive, os princípios constitucionais, que passam a ter a "função de mandados de otimização". Ou seja, os princípios constitucionais que deveriam superar o modelo discricionário do positivismo, passaram a ser anulados por conceitualizações, que acabaram por transformá-los em regras. Basta ver, para tanto, que a preocupação sempre foi com a efetividade quantitativa, que, aliás, foi gerada pelo *modus* compreensivo-interpretativo calcado no esquema sujeito-objeto ainda vigorante no direito.

XLVIII. Parte considerável da doutrina reproduz a posição dos tribunais, que elaboram uma espécie de versão positivista de "dis-

19 É possível perceber uma certa imbricação dos paradigmas metafísicos clássico e moderno no plano da metodologia do direito no Brasil. Enquanto alguns autores colocam na consciência do sujeito-juiz o *locus* da atribuição de sentido, outros ainda sustentam as teses formalistas que negam a figura do juiz como "órgão criador de direito".

cursos de fundamentação prévia". Ora, se os diversos mecanismos que buscaram resolver a multiplicidade de demandas não tiveram êxito até hoje – e todos eles possuem um perfil que objetiva colocar em segundo plano a substancialidade do direito –, é porque está sendo atacada tão-somente a contradição secundária do problema. Ou seja, se as múltiplas respostas e a discricionariedade (ausência de "controle" na interpretação e nas decisões judiciais) está ligada ao positivismo (em suas diversas matizes) – e é isso que gera o "caos" no sistema jurídico –, parece que a resposta está para além do positivismo e sua "*ratio essendi*".

XLIX. Trata-se, pois, de examinar essa complexa problemática a partir de um câmbio paradigmático, que envolve, certamente, um salto da subsunção à compreensão, do esquema sujeito-objeto para a intersubjetividade, da regra para o princípio e, fundamentalmente, do positivismo para o (neo)constitucionalismo, conseguindo-se, assim, uma solução adequada ao terceiro[20] problema que envolve a metodologia contemporânea: em face do caráter hermenêutico assumido pelo direito nesta quadra da história (paradigma do Estado Democrático de Direito) e em face da indeterminabilidade do direito, quais as possibilidade que temos para encontrar respostas corretas, evitando-se tanto os objetivismos como os subjetivismos interpretativos?

L. Contra o objetivismo do texto ou do "sentido previamente dado do texto" (posturas normativistas-semânticas)[21] e o subjetivismo (posturas axiológicas *lato sensu* que desconsideram ou relativizam o texto) do intérprete, cresce o papel da hermenêu-

20 Como já se viu, o primeiro problema é como se interpreta, enquanto o segundo é como se aplica. Ambos são resolvidos, no plano da hermenêutica, a partir de sua não-cisão, isto é, a partir da *applicatio*.

21 Como assinala Dworkin, o problema das teorias semânticas é que elas estão presas por um aguilhão semântico. Daí que, ou os advogados, apesar das aparências, realmente aceitam, em linhas gerais, os mesmos critérios para decidir quando uma afirmação sobre o direito é verdadeira, ou não pode existir absolutamente nenhum verdadeiro acordo ou desacordo sobre o que é direito, mas apenas a estupidez de pessoas pensando que divergem porque atribuem significados diferentes ao mesmo som. O segundo termo desse dilema parece absurdo. Portanto, os filósofos do direito adotam o primeiro e tentam identificar as regras fudnamentais ocultas que devem estar contidas, mas não reconhecidas, na prática jurídica. Elas produzem e discutem as teorias semânticas do direito. Cf. Dworkin, *O Império do Direito*, *op. cit.*, pp. 55-56.

tica de cariz filosófico e seu antirrelativismo. Embora o avanço e a importância das teorias do discurso para o enfrentamento das demandas de um universo de direito pós-positivista, em que a jurisdição assume especial relevância, pela necessidade de controlar a (in)determinabilidade das normas que não conseguem – por impossibilidade filosófica – abarcar as diversas hipóteses de aplicação, *a hermenêutica aqui proposta* (para superação do positivismo) *pretende ir além dos discursos prévios de fundamentação trazidos pelas teorias discursivas como solução para o problema da subjetividade* (e, portanto, da discricionariedade) *do juiz.*

O papel de uma Crítica Hermenêutica do Direito: a busca (e a necessidade) de respostas corretas.

LI. A hermenêutica, a partir do que venho denominando de uma *Crítica Hermenêutica do Direito* ou *Nova Crítica do Direito*, que introduz na relação texto-norma a diferença ontológica (*ontologische Differentz*), *locus* do mundo prático que é afastado pelas diversas teorias discursivo-procedurais, procura ultrapassar igualmente o dualismo "regra-princípio", evitando-se, assim, a repristinação da subsunção e da dedução para os assim denominados "casos simples" (lembremos a todo instante que, paras as teorias argumentativas, os casos simples são resolvidos dedutivamente!).

LII. A concepção hermenêutica que introduzo a partir d(ess)a *Nova Crítica do Direito* procura ir além da cisão/separação entre texto e norma. Texto não é um enunciado lingüístico; texto é evento; norma é produto da interpretação desse texto; portanto, a norma é a condição de possibilidade do sentido do texto. Normas não são, pois, "capas de sentido". Isso faz com que não se possa atribuir qualquer norma a um texto. É nisso que reside a superação do esquema sujeito-objeto; não há um sujeito que terá o objeto à sua disposição. O sentido de algo exsurgirá, assim, de uma síntese hermenêutica, que – por estar superado o esquema sujeito-objeto – não se dá subsuntiva ou dedutivamente.

LIII. Definitivamente, é preciso ter claro que a dedução sempre chega tarde. Subsunções e deduções dependem de um sujeito e

de um objeto, contexto no qual a linguagem é apenas um instrumento, e o método (cânone jurídico) passa a ser o supremo momento da subjetividade. O problema é que, tanto a construção da categoria (enunciado) apta para a dedução, como o estabelecimento de qualquer procedimento para controlar o processo interpretativo, sempre tem como pressuposto um fundamento último. E tal circunstância não consegue descolar as teorias procedimentais (nas suas variadas formas) das *aporias da metafísica.*

LIV. Daí a tarefa fundamental de qualquer teoria jurídica nesta quadra da história: concretizar direitos, resolvendo problemas concretos. Ou seja, passar da filologia (semanticidade) para a sangria do cotidiano. Desse modo, se os dilemas da teoria jurídica nestes tempos de resgate de direitos são "como se interpreta", "como se aplica" (Ian Schapp) e de como é possível superar o decisionismo positivista que permite múltiplas e variadas respostas, é necessário dar um salto em direção às perspectivas hermenêuticas que têm na linguagem não um instrumento ou uma terceira coisa que se coloca entre um sujeito e um objeto, mas, sim, a sua própria condição de possibilidade.

LV. É, pois, a incindibilidade entre interpretar e aplicar que irá representar a ruptura com o paradigma representacional-metodológico. E é o círculo hermenêutico que vai se constituir em condição de ruptura do esquema (metafísico) sujeito-objeto, *nele introduzindo o mundo prático* (faticidade), que serve para cimentar essa travessia, até então ficcionada *na* e *pela* epistemologia. Não há como isolar a pré-compreensão.

LVI. Negar a possibilidade de que possa existir (sempre), para cada caso, uma resposta conformada à Constituição, portanto, uma resposta correta sob o ponto de vista hermenêutico (porque é impossível cindir o ato interpretativo do ato aplicativo), pode significar a admissão de discricionariedades interpretativas, o que se mostra antitético ao caráter não-relativista da hermenêutica filosófica e ao próprio paradigma do novo constitucionalismo principiológico, introduzido pelo Estado Democrático de Direito, incompatível com a existência de múltiplas respostas.

LVII. Uma interpretação é correta quando "desaparece", ou seja, quando fica "objetivada" através dos "existenciais positivos", *em que não mais nos perguntamos sobre como compreendemos algo ou por que interpretamos dessa maneira, e não de outra: simplesmente, o sentido se deu (manifestou-se) do mesmo modo como nos movemos no mundo através de "nossos acertos cotidianos"*, conformados pelo nosso modo-prático-de-ser-no-mundo. Fica sem sentido, destarte, separar/cindir a interpretação em *easy cases* e *hard cases*. Na medida em que o nosso desafio é levar os fenômenos à representação (pela linguagem), casos simples (*easy cases*) e casos complexos (*hard cases*) estão diferenciados pelo nível de possibilidade de objetivação, tarefa máxima de qualquer ser humano. Daí que, paradoxalmente, o caso difícil, quando compreendido corretamente, torna-se um "caso fácil". É aqui que – por ser correta (porque nem sequer nos perguntaremos sobre ela) – a interpretação, por mais paradoxal que possa parecer, "desaparece" (*Paradoxerweise ist eine Auslegung dann richtig, wenn sie derart zum Verschwinden fähig ist*). Ou seja, reiterado a partir da existencialidade compreensiva, o caso (que não é simples e nem complexo, mas, sim, *um caso*) passará ao *nível da objetivação* e sobre o qual não haverá perquirição acerca dos motivos da compreensão. Por tais razões, torna-se inviável – como querem, *v. g.*, os teóricos da teoria da argumentação – sustentar "raciocínios dedutivos" (causais-explicativos) para os "casos fáceis".

LVIII. Para melhor explicar esse fenômeno, é possível dizer – fundado em Gadamer – que a possibilidade de múltiplas respostas está calcada no *logos apofântico*, cuja função é significar o discurso, isto é, a proposição cujo único sentido é a de realizar o *apofainesthai*, o mostrar-se do que foi dito. *É uma proposição teórica no sentido de que ela abstrai de tudo que não diz expressamente*. O que constitui o objeto da análise e o fundamento da conclusão lógica é apenas o que ela própria revela pelo seu dizer.[22] Ora, na medida em que sempre há um déficit de previsões, as posturas positivistas "delegam" ao juiz uma excessiva discricionariedade (excesso de liberdade na atribuição dos sentidos), além de dar azo à tese de que o direito é (apenas) um conjunto de normas (regras). Em conseqüência, transforma-se a interpretação jurídica em filologia, forma refinada de negação da diferença ontológica. E também não se pode, a pretexto de superar o problema da arbitrariedade (subjetivista-axiologista) do juiz, "desonerá-lo" da "tarefa" de elaboração de discursos de fundamentação, que, na teoria do discurso de Habermas e Günther, dão-se *prima facie*.

22 Cf. Gadamer, *Wahrheit und Methode, Ergänzung*, *op. cit.*, pp. 193-194.

LIX. Nitidamente, há, ainda, uma resistência à viragem hermenêutico-ontológica, instrumentalizada em uma dogmática jurídica[23] (que continua) refratária a uma reflexão mais aprofundada acerca do papel do direito nesta quadra da história. Sejamos claros: no campo da interpretação do direito, não houve ainda a invasão da filosofia pela linguagem. E não há como esconder essa evidência: inserido nessas crises, o jurista (ainda) opera

23 A crítica à dogmática jurídica não significa, a toda evidência, qualquer pregação no sentido de que a dogmática jurídica seja despicienda. A dogmática jurídica pode ser crítica. E deve ser crítica. Afinal, não há direito sem dogmática, como bem assevera Jacinto Coutinho. É exatamente a partir de uma dogmática jurídica consistente e crítica que se pode construir as condições para evitar – ou minimizar – os decisionismos e as discricionariedades. Na arguta observação de Jacinto Coutinho, "não há direito sem uma dogmática onde as palavras tenham um sentido aceito pela maioria, ainda que elas escorreguem e, de tanto em tanto, mereçam – e tenham – uma alteração de curso. Metáforas e metonímias (ou condensações e deslocamentos, como queria Freud), a partir da demonstração de Lacan, esvaziam de sentido (ou conteúdo) preestabelecido qualquer palavra que ganhe um giro marcado pela força pulsional e, portanto, determinada pelo inconsciente. Falar de dogmática – enquanto descrição das regras jurídicas em vigor (Haesaert) –, contudo, não é falar de dogmatismo; e isto é despiciendo discutir. Sem embargo, não são poucos os que confundem – e seguem confundindo – os dois conceitos, com efeitos desastrosos para o direito. Quando se fala de dogmática e o interlocutor pensa em dogmatismo, a primeira reação, invariavelmente, é de desprezo; e por que não de medo, mormente se se quer algo que possa suportar uma postura avançada, de rompimento com o *status quo*. Sem embargo do erro grosseiro, a situação cria embaraços e constrangimentos, exigindo uma faina dissuasiva elaborada e complexa, com efeitos duvidosos porque se não tem presente os reais resultados (...) A dogmática, então, precisa ser crítica (do grego *kritiké*, na mesma linha de *kritérion* e *krisis*) para não se aceitar a regra, transformada em objeto, como uma realidade. Isso só é possível, por evidente, porque se tem presente que o real é impossível quando em jogo a sua apreensão e, com muito custo, que a parcialidade a que se chega depende, no seu grau (embora difícil mensurar o *quantum*), de muitos saberes que não aquele jurídico. Trata-se, portanto, de uma linha média, que não abdica, de forma alguma, da dogmática (dado ser imprescindível o seu conhecimento, sob pena de se não ter juristas, mas verdadeiros gigolôs), a qual deve estar sempre atenta ás arapucas ideológicas do positivismo e, assim, abre-se, por necessidade, por ser imperioso, a outros saberes, a serem dominados na medida do possível". Cf. *Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei*, *op. cit.*, pp. 37 e segs.

com as conformações da hermenêutica clássica, vista como *pura técnica* (ou técnica pura) de interpretação (*Auslegung*), na qual a linguagem é entendida como uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito cognoscente (o jurista) e o objeto (o direito) a ser conhecido. *Sempre sobra, pois, a realidade!* Esse modo-de-ser encobre o acontecer propriamente dito do agir humano, *objetificando-o na linguagem e impedindo que se dê na sua originariedade, enfim, na sua concreta faticidade e historicidade.*

LX. A tarefa de um discurso crítico é a de mostrar que sempre há algo que nos antecede, que é a dimensão da linguagem, que é condição de possibilidade. Para que o ôntico nos apareça, há um algo (pré-)ontológico que nos antecipa o sentido. Aí está a pré-compreensão, *e esta é impossível de negar*, mesmo que obedeçamos a todos os procedimentos necessários para a conformação de uma verdade consensual. No ser-no-mundo, no mundo prático, está a superação do paradigma epistemológico. Afinal, é exatamente por isso que interpretar e aplicar são coisas incindíveis. Sempre aplicamos. As coisas não estão à nossa disposição; do mesmo modo, os textos não nos aparecem "desnudos" para, neles, aplicarmos "capas de sentido". Nem objetivismos, nem subjetivismos, pois.[24]

LXI. Nesta quadra do tempo, em pleno paradigma do Estado Democrático de Direito, de ruptura com o positivismo e da invasão da filosofia pela linguagem, parece que a preocupação primordial dos juristas e de qualquer teoria jurídica que se pretenda transformadora é a de realização do direito (as promessas da modernidade incumpridas). Nesse sentido, o esforço das diversas teorias buscando a superação dos obstáculos à realização dos direitos fundamentais sociais elencados nos textos constitucionais exsurgidos do interior dessa verdadeira revolução copernicana do direito constitucional, trazendo para o seu campo questões que antes faziam parte apenas do "território independente" das relações privadas. As Constituições – mormente a brasileira, fortemente dirigente e compromissória –

24 Ou, como bem diz Müller, *op. cit.*, p. 47, nem o dogma da evidência, nem o dogma voluntarista.

invade as relações privadas e as submete à esfera pública. O direito não mais apenas regula; nem tampouco apenas promove; agora, transforma as relações sociais.

LXII. Para esse desiderato – a realização das promessas incumpridas da modernidade –, as teorias críticas (teoria do discurso habermasiana, as diversas teorias da argumentação, a hermenêutica, etc.), todas inseridas no paradigma do Estado Democrático de Direito, têm um objetivo comum: *a superação do positivismo jurídico e do dogmatismo que se enraizou na doutrina e na jurisprudência brasileiras, responsáveis em grande medida pela inefetividade da Constituição*. Se existem pontos convergentes – como a necessidade de suplantar as velhas teorias das fontes e da norma –, o mesmo não se pode dizer acerca do que representa o processo de compreensão (interpretação) dessas rupturas paradigmáticas.

LXIII. Da analítica à teoria da argumentação mais tradicional, passando pela teoria do discurso mais sofisticada como a de Habermas e a hermenêutica filosófica gadameriana (herdeira da filosofia hermenêutica de Heidegger), *existe um manancial de possibilidades para que se olhe o novo com os olhos do novo*. O procedimentalismo de cariz habermasiano está, de uma forma ou de outra, conectado com a mudança estrutural da esfera pública ocorrida no seio do pensamento pós-metafísico, próprio de um "agir comunicativo e de uma razão destranscendentalizada". Da mesma forma que a hermenêutica e o que é denominado de constitucionalismo da efetividade, o pensamento habermasiano está preocupado com a revisão humanista do pensamento do jovem Marx ou direcionado "para a reconstrução do materialismo histórico", sendo possível vislumbrar em ambos os discursos a preocupação com a "inclusão do outro".[25] E isso é alvissareiro. Cada uma das correntes filosóficas ou teorias, a seu modo, apontam as possíveis saídas para a superação da crise do direito brasileiro, cada vez mais aguda. Nessa intensa procu-

25 Estou inteiramente de acordo com Souza Cruz (*Habermas e o Direito*, *op. cit.*, p. 249) neste ponto, que é crucial para o desenvolvimento das condições de um discurso crítico superador da dogmática positivista.

ra, há algo que é inacessível e, ao mesmo tempo, incontornável. Ou algo que é incontornável e que, por isso, é inacessível. Conteudística ou procedimentalmente, é essa incerteza que parece mover os juristas rumo a essa longa travessia. Daí a importância do presente debate entre hermenêutica e teorias discursivas. Qual é a teoria (mais) correta? Qual é a que melhor responde às demandas do direito brasileiro? Essa resposta, a toda evidência, é muito difícil de ser alcançada. Para esse desiderato, é necessário manter um elevado grau de coerência na "escolha" e utilização da teoria. Para ser mais claro, é preciso evitar "mixagens teórico-metodológicas". Há, por exemplo, nítidas diferenças entre verdade e consenso, verdade e método e conteudística e procedimento, para citar apenas estas. Na busca das soluções para a complexidade do direito, não é adequado que o intérprete/aplicador lance mão apenas "das partes nobres" das teorias ou daquelas que interessem ad hoc para o "seu caso". Assim, *v.g.*, hermenêutica filosófica é incompatível com métodos, circunstância que não a transforma em "intrumento" para sacramentar relativismos, conforme já explicitado à saciedade no decorrer destas reflexões. Se assim agir, o "usuário" acabará com a própria razão de existir da teoria hermenêutica, isto porque ela foi forjada a partir da crise e das insuficiências da filosofia e da metodologia tradicional, saltando da epistemologia para a ontologia, enfim, do fundamentar para o compreender! O mesmo se diga em relação à teoria habermasiana, incompatível – para citar apenas esta – até a raiz com a ponderação de que fala Alexy.

LXIV. Daí a contradição: não é possível servir a dois (ou mais) senhores da ciência ao mesmo tempo. Trata-se de uma opção paradigmática, o que acarreta uma impossibilidade de misturar, por exemplo, posturas ainda assentadas no esquema sujeito-objeto (em menor ou maior grau) e posturas antiepistemológicas. Definitivamente, hermenêutica não é teoria da argumentação, do mesmo modo que verdade não é consenso.

LXV. Mas, é possível "fazer" epistemologia hermeneuticamente. A hermenêutica não afasta a epistemologia. Entretanto, o que não é possível fazer é confundir os níveis nos quais nos movemos. *A separação entre o epistemológico e o nível concreto não é o mesmo que dividir o transcendental e o empírico.* Em muitos momentos, a hermenêutica introduz o elemento epistemológico, se assim se quiser dizer.

LXVI. A posição hermenêutica não pretende eliminar procedimentos. Ela já sempre compreende essa circunstância, porque é capaz de analisar filosoficamente os elementos da pré-compreensão. Ou seja, quando explicito o (já) compreendido, esse processo se dá no nível lógico-argumentativo, e não filosófico. E insista-se: filosofia não é lógica. Esse "proceder epistemológico" é antecipado; *não se confunde com o próprio conhecimento.* Pela hermenêutica, fazemos uma fenomenologia do conhecimento. Não é uma coisa concreta. É, sim, a descrição da autocompreensão que opera na compreensão concreta. Na explicitação é que haverá o espaço de uma teoria do conhecimento.

LXVII. Mais do que fundamentar uma decisão, é necessário justificar (explicitar) o que foi fundamentado. Fundamentar a fundamentação, pois. Ou ainda, em outras palavras, a fundamentação (justificação) da decisão, em face do caráter não procedural da hermenêutica e em face da mediação entre o geral e o particular (o todo e a parte e a parte e o todo) na tomada de decisões práticas (aqui reside a questão da moral, porque a Constituição agasalha em seu texto princípios que traduzem deontologicamente a promessa de uma vida boa, uma sociedade solidária, o resgate das promessas da modernidade, etc), faz com que nela – na fundamentação do compreendido – o intérprete (juiz) não possa impor um conteúdo moral atemporal ou ahistórico, porque o caso concreto representa a síntese do fenômeno hermenêutico-interpretativo.

LXVIII. A Constituição do Brasil, ao estabelecer a obrigatoriedade da fundamentação das decisões, não o fez no plano de uma "repetição" dogmático-histórica do conceito, mas, sim, fê-lo sob a égide das duas grandes revoluções copernicanas que atravessaram o século XX: o constitucionalismo, que traz para dentro do direito os conflitos sociais e tudo aquilo que era território "exclusivo" do normativismo-privatístico, e a invasão da filosofia pela linguagem, que redundou na derrocada do esquema sujeito-objeto (nas versões das duas metafísicas).

LXIX. Suplantou-se, assim, a idéia de uma subjetividade assujeitadora, que sempre deu – e lamentavelmente ainda dá – azo às diversas posturas axiologistas no âmbito do direito. Portanto, a fundamentação/justificação do compreendido – a partir de uma intersubjetividade que traduza a tradição legítima do legado do Estado Democrático de Direito – passa a ser um direito fundamental do cidadão. A derrota do positivismo não se dará apenas no plano da superação da regra pelo princípio; também não se dará apenas na desmitificação da discricionariedade do intérprete para a solução dos casos difíceis; *dar-se-á, fundamentalmente, pela suplantação do paradigma da filosofia da consciência.*

LXX. Por isso, ao contrário do que se diz, não interpretamos para, depois, compreender, mas, sim, *compreendemos para interpretar*, sendo a interpretação a explicitação do compreendido, nas palavras de Gadamer. Essa explicitação não prescinde de uma estruturação no plano argumentativo. Significa, pois, "iluminar as condições sobre as quais se compreende".[26] A explicitação da resposta de cada caso deverá estar sustentada em consistente justificação, contendo a reconstrução do direito, doutrinária e jurisprudencialmente, confrontando tradições, enfim, colocando a lume a fundamentação jurídica que, ao fim e ao cabo, legitimará a decisão no plano do que se entende por responsabilidade política do intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito.

LXXI. De minha parte, insisto na assertiva de Gadamer, no sentido de que a hermenêutica filosófica (fenomenologia hermenêutica) não quer ter a última palavra. As críticas dirigidas às teses habermasianas nem de longe têm a pretensão de obscurecer e/ou negar a contribuição de Habermas (ou de Alexy, Atienza, e outros importantes jusfilósofos preocupados com a interpretação do direito) para a reflexão sobre temas sociais, políticos, jurídicos, etc.

LXXII. A hermenêutica não quer corrigir ou substituir qualquer teoria discursivo-argumentativa-procedimental. Não pretende, pois,

26 Cf. Gadamer, *Wahrheit und Methode, Grundzüge, op. cit.*, p. 300.

concorrer com uma teoria do conhecimento que procure justificar os elementos do conhecimento empírico. A hermenêutica não proíbe que se faça essa justificação/explicitação de forma procedural. *Só que a hermenêutica não concorda com a eliminação do primeiro passo na compreensão, que é exatamente o elemento hermenêutico.* Em outras palavras, não sou contra a teoria procedimental; só afirmo que o modo de ser manifestativo da compreensão precede a teoria do conhecimento.

LXXII. Na acepção aqui trabalhada, ressalvando, à evidência, outras interpretações elaboradas sobre as teorias desenvolvidas ao longo do tempo por autores como Heidegger, Gadamer, Grondin, Stein, entre outros, a hermenêutica apenas pretende, e aqui parafraseio Villalibre, *permanecer fiel às coisas mesmas, partindo da base do próprio caso jurídico concreto, da singularidade desses casos, e não de hipóteses, categorias, construções imaginárias ou de quaisquer outras posturas desse jaez herdadas da tradição filosófica de índole metafísica.*[27]

LXXIV. Diante de uma demanda por uma tutela que esteja relacionada com a vida, com a dignidade da pessoa, enfim, com a proteção dos direitos fundamentais, o que fazer? A guinada lingüística representou a morte do sujeito da subjetividade assujeitadora, *mas não a morte do sujeito da relação*, que se preocupa com as coisas, com o mundo prático.

LXXV. Sendo mais claro: a morte da subjetividade (consciência de si do pensamento pensante) não significa que não há mais sujeitos. *Portanto, o novo paradigma não trouxe a indiferença.* Ao contrário, ao colocar a linguagem como condição de possibilidade, colocou por terra o esquema sujeito-objeto. Daí a importância do mundo prático, enfim, da "sangria" do cotidiano, da dura realidade de um país em que as promessas da modernidade até hoje estão incumpridas! Por tais razões é que é impossível "abrir mão" da razão prática.

27 Cf. Villalibre, Modesto Bercaino. *La revolución filosófica de Martin Heidegger*. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2001, pp. 163 e segs.

FACULDADE DE DIREITO BIBLIOTECA

LXXVI. A viragem lingüística-hermenêutica (*ontologische Wendung*) demonstrou que ambas as metafísicas (clássica e moderna) foram derrotadas. E o direito, *locus* privilegiado do processo hermenêutico – porque os textos necessitam sempre de interpretação, questão que a própria dogmática jurídica reconhece –, não pode caminhar na contramão desse rompimento paradigmático. Tais conclusões, porque hermenêuticas, não são, a toda evidência, definitivas. Como já referido acima, a hermenêutica, por ser crítica, está inexoravelmente condenada à abertura e ao diálogo. Aliás, como reconhece o próprio Habermas,[28] *Wort behalten. Gadamer ist der erste, der die Offenheit des Gesprächt betont. Von ihm können wir alle die hermeneutische Grundweisheit lernen, dass es eine Illusion ist, zu meinen, man könne das letze Wort behalten.*

LXXVII. Em suma, na era das Constituições compromissórias e sociais, uma hermenêutica jurídica capaz de intermediar a tensão inexorável entre o texto e o sentido do texto *não pode continuar a ser entendida como uma teoria ornamental do direito*, que sirva tão-somente para colocar "capas de sentido" aos textos jurídicos. No interior da virtuosidade do círculo hermenêutico, o compreender não ocorre por dedução ou subsunção.

LXXVIII. Conseqüentemente, o método (ou o "procedimento discursivo") sempre chega tarde, porque pressupõe saberes teóricos (discursos de fundamentação) separados da "realidade". *Antes de argumentar, o intérprete já compreendeu.* O uso da linguagem não é arbitrário, isto é, "a linguagem não depende de quem a usa" (Gadamer). A compreensão antecede qualquer argumentação, porque lhe é condição de possibilidade.

LXXIX. Portanto, é equivocado afirmar que o juiz primeiro decide e só depois fundamenta (justifica), tese defendida, por exemplo, pela teoria da argumentação de Atienza, que, ao propor um modelo que permita reconstruir racionalmente o processo de argumentação em um "caso difícil", estabelece *como um dos*

28 Cf. Habermas, Jürgen. Urbanisierung der Heideggerschen Provinz Laudatio auf Hans-Georg Gadamer. In: *Das Erbe Hegels. Zwei Reden aus Anlass der Verleichung des Hegel-Preises 1979.* Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1979, p. 31.

passos (mais especificamente, o quarto) a justificação das hipóteses de solução formuladas, isto é, "hay que presentar argumentos en favor de la interpretación propuesta", como se a solução pudesse ser encontrada *antes* da fundamentação, isto é, como se, para encontrar a solução, a compreensão – que depende sempre de uma pré-compreensão – não fosse, ela mesma, a condição de possibilidade do encontro da referida resposta.[29]

LXXX. Na verdade, o juiz só decide porque já encontrou, na antecipação de sentido, o fundamento. O fundamento, no caso, é condição de possibilidade para a decisão tomada. Há um sentido que lhe é antecipado, onde a decisão é parte inexorável (dependente) do fundamento. E a resposta está em Heidegger: quando olho para um lugar e vejo um fuzil, é porque antes disso eu já sei o que é uma arma. Sem isso, a questão do sentido do fuzil não se apresentaria, ou seja, o fuzil não exsurgiria como (als) fuzil. *O que quero referir é que não é possível desdobrar o ato de aplicação em dois momentos: decisão e fundamentação. Um faz parte do outro, questão que vem bem explicada pelo teorema ontológico-fundamental do círculo hermenêutico.*

LXXXI. Vê-se, aqui, a relevância da compreensão acerca da diferença entre a estruturação do sentido e o sentido da estruturação. Mas somente é possível compreender isso a partir da admissão da tese de que a linguagem *não é um mero instrumento* ou uma "terceira coisa" que se interpõe entre um sujeito (cognoscente) e um objeto (cognoscível). O "abismo gnosiológico" que "separa" o homem das coisas e da compreensão acerca de como elas são não depende – no plano da hermenêutica jurídico-filosófica – de pontes que venham a ser construídas, paradoxalmente, depois que a travessia (antecipação de sentido) já tenha sido feita...!

A (metáfora da) resposta correta como antídoto ao estado de natureza hermenêutico.

LXXXII. Numa palavra final: frente a esse estado d'arte, representado pelo predomínio do positivismo que sobrevive a partir das mais

29 Cf. Atienza, *Argumentación Jurídica, op. cit.*, p. 236.

diversas posturas e teorias sustentadas, de um modo ou de outro, no predomínio do esquema sujeito objeto – problemática que se agrava com uma espécie de protagonismo do sujeito-intérprete (especialmente juízes e tribunais) em pleno paradigma da intersubjetividade –, penso que, mais do que uma possibilidade, a busca de respostas corretas em direito é uma necessidade.

LXXXIII. Portanto, trata-se de afirmar que a resposta correta aqui trabalhada traduz uma resposta verdadeira, no sentido hermenêutico, em que, fenomenologicamente, descrevemos as coisas como acontecem, sendo que esse sentido depende do horizonte no qual ele pode dar-se, graças à abertura ou ao encobrimento próprio da existência. Os conceitos jurídicos (enunciados lingüísticos que pretendem descrever o mundo, epistemologicamente) não são o lugar dessa resposta correta, mas a resposta correta será o lugar dessa "explicitação", que, hermeneuticamente, não se contenta com essa fundamentação de caráter universal, porque nela – nessa resposta – há um elemento *a priori*, "uma espécie de universo antepredicativo ou pré-conceitual que aí é abordado e pretende aí ser expresso"[30] (essa é a tarefa da interpretação, que explicita esse compreendido). Em outras palavras, a resposta correta é a explicitação das condições de possibilidade a partir das quais é possível desenvolvermos a idéia do que significa fundamentar, do que significa justificar.[31]

LXXXIV. A resposta correta – nem a única e nem uma entre várias – já sempre opera implícita ou explicitamente com uma pré-compreensão que pode ser mostrada como sendo a condição de possibilidade da correção. É uma correção que leva em consideração os pressupostos hermenêuticos, e não apenas a afirmação rasa do objeto. *Por isso estará para além do caráter lógico-argumentativo*; e nisso estará a sua "ligação originária" ou "co-originariedade" com o mundo prático, porque este somente pode ser compreendido a partir dessa resposta (é uma fundamentação de caráter pragmático, porque esta fundamentação está ligada à faticidade e à historicidade, filtradas através da

30 Cf. Stein, *Sobre a verdade*, *op. cit.*, pp. 156 e segs.
31 Idem, ibidem.

wirkungsgeschichtliches Bewußtsein). Nisso reside aquilo que entendemos por "caso concreto"; nisso já de há muito reside a incindibilidade entre "questão de fato-questão de direito", interpretação-aplicação e assim por diante.

LXXXV. A resposta correta proposta na presente obra, a partir de uma simbiose entre a teoria integrativa de Dworkin e a fenomenologia hermenêutica (que abarca a hermenêutica filosófica), guardadas, a toda evidência, as especificidades/particularidades dos modelos de direito da *common law* e *civil law*, deve ser entendida como uma metáfora. A resposta correta é uma metáfora, como o juiz Hércules de Dworkin também o é.

LXXXVI. Se a resposta para a fragmentação do estado de natureza medieval foi a delegação de todos os direitos em favor do Leviatã representado pela soberania absoluta do Estado (o Estado Moderno absolutista superou, desse modo, a forma estatal medieval), na hermenêutica jurídica de cariz positivista a resposta para o império dos subjetivismos, axiologismos, realismos ou o nome que se dê a tais posturas – que colocam no intérprete (juiz, tribunal) o poder discricionário de atribuir sentidos – *não pode ser, sob hipótese alguma, a instauração de uma supra-hermeneuticidade ou a delegação dessa função para uma supernorma* que possa "prever todas as hipóteses de aplicação", que, *mutatis mutandis*, é a pretensão última das súmulas vinculantes.

LXXXVII. Na realidade, o combate ao estado de natureza hermenêutico – originário da discricionariedade/arbitrariedade positivista – termina por não ser um combate ao positivismo. Ao contrário, destituído de uma adequada compreensão hermenêutica, a partir dos seus dois teoremas fundamentais, qualquer forma de vinculação sumular, por mais paradoxal que possa parecer, reforçará o positivismo, com a continuidade do caos decisionista.

LXXXVIII. Com a institucionalização das súmulas vinculantes por intermédio da EC 45/04[32] (não esqueçamos que as que não são vinculantes possuem força semelhante em face do poder de vio-

32 Uma advertência deve ser feita: a alteração constitucional deixa claro que uma súmula, a partir da EC 45/04 – para ter efeito vinculante – *somente poderá versar sobre matéria constitucional*. Como conseqüência imediata, fica afastada qualquer possibilidade de vir a ser sumulada, com *efeito vinculante*, matéria infraconstitucional. É muito simples: as súmulas com efeito vinculante

lência simbólica que exercem, com o que a assertiva vale para todo tipo de pauta geral com pretensão normativa), a dogmática jurídica pretende dar uma solução final a um determinado "caso difícil", para que o intérprete/usuário se depare, no momento seguinte, com um caso (tornado) fácil. Conseqüentemente, a súmula se transforma em uma regra e, na medida em que as "regras se interpretam por subsunção/dedução – sic – (como sustentam as teorias da argumentação), *o sistema alcança o seu apogeu*: uma volta ao mundo das regras e às facilidades oferecidas pela metodologia subsuntiva-dedutiva. Ou seja, quando o sistema se encontra em face de incertezas significativas (casos difíceis e tudo o que isso representa), basta elaborar

somente podem ser editadas em matéria constitucional. Veja-se que, em matérias sumuladas mais contemporaneamente à EC/45 (*v.g.*, súmulas 700, 706, 713, 714, 720), há visível conteúdo infraconstitucional. *Tais súmulas não se enquadram no dispositivo constitucional.* Conseqüentemente, é possível afirmar que as súmulas que versem sobre matéria constitucional anteriores à EC 45, para receberem o manto de "validade vinculante", deverão passar pelos seguintes requisitos: a) que versem sobre controvérsia atual, sendo que essa controvérsia deve ser de âmbito nacional, envolvendo decisões de diferentes tribunais e não meramente de divergência entre órgãos fracionários de tribunais; b) que sejam confirmadas pelo quorum de dois terços; c) se for o caso de súmula que diga respeito à matéria constante no final do parágrafo primeiro (controvérsia entre os tribunais, e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica), parece razoável concluir que deve ser exigido que a referida controvérsia *não seja antiga*. Isto implica dizer que não pode haver efeito *ex tunc* na aferição dos requisitos para a edição de súmulas vinculantes. Súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal em matéria *não constitucional* não podem ser vinculantes (nem as anteriores à emenda e nem as que serão produzidas no futuro). Mas o que significa a afirmação de que as súmulas que tratam de matéria infraconstitucional ou que não preencham os demais requisitos da emenda constitucional "não podem ser vinculantes"? A resposta é simples: a Reforma do Judiciário instituiu dois tipos de súmulas: a vinculante, editada pelo Supremo Tribunal, obedecendo aos requisitos previstos no art. 103-A e parágrafos, e as demais, que *não são vinculantes*. As antigas súmulas do Supremo Tribunal e as demais súmulas existentes no ordenamento devem servir apenas de indicação, pela singela razão de que pertencem à categoria das "súmulas não vinculantes", que passam a fazer parte de um grupo de súmulas de segundo nível. No fundo, creio que, em meio a tantas tentativas de emendar a Constituição, o *establishment* caiu em uma armadilha. Talvez por saber da gravidade e das conseqüências da vinculação jurisprudencial em países cujo direito é de filiação romano-germânica, a EC 45 veio a restringir a edição de súmula vinculante. Registre-se, ainda, que ficam sem "validade" as súmulas do Superior Tribunal de Justiça – e de outros tribunais – *que versem sobre matéria constitucional*. A alteração constitucional deixou claro que *somente o Supremo Tribunal Federal pode emitir súmulas sobre matéria constitucional*. Aliás, seria um contra-senso estabelecer súmulas vinculantes sobre matéria constitucional e permitir que outros tribunais continuem a elaborar súmulas sobre matéria constitucional! Assim, de pronto, ficam revogadas, por exemplo, a súmula nº 2 do STJ e o enunciado 310 do TST, para falar apenas destas. E muito menos podem tais súmulas servir de obstáculo para aferição de juízo de admissibilidade. São súmulas que se tornaram inconstitucionais.

uma súmula, que será apta para resolver os "casos futuros". Retorna-se, de forma sofisticada, ao modelo formal-burguês: na medida em que as súmulas antecipam o discurso de validade, a tarefa dos aplicadores estará restrita ao "encaixe" da situação fática (subsunção). Com um agravante: na medida em que súmulas são textos e na medida em que o positivismo interpreta textos *sem coisas*, qualquer tentativa de vinculação jurisprudencial/conceitual receberá uma adaptação *darwiniana* do senso (demasiadamente) comum teórico dos juristas. E tudo começa de novo...!

LXXXIX. Numa palavra final: podemos achar que o conhecimento do mundo, a interpretação que fazemos e as conclusões que tiramos, são produtos de nossas subjetividades, de nossos interesses, de nossas intuições e desejos. E que tudo é relativo. E que, afinal, vale a interpretação de quem tem o poder de fazê-la (ou de impô-la, como um arbitrário juridicamente prevalecente, para ficar nos limites do direito). Em face disso – e busco socorro em Contardo Calligaris – *parece que estamos diante da seguinte encruzilhada:*

– ou desistimos da verdade, considerando que o mundo é um vasto teatro em que as subjetividades se enfrentam e que o que importa é apenas a versão de quem ganha a luta (retórica ou armada),

– ou, então, talvez seja possível amparar a verdade, preservá-la de nossas próprias motivações.

Podemos, por exemplo, desconfiar de nossas idéias, sobretudo quando nos sentimos particularmente satisfeitos com o entendimento da realidade que elas nos proporcionam.

Pois a verdade (com o curso de ação que, eventualmente, ela "impõe") *é geralmente pouco gratificante e de acesso trabalhoso!*

Aceito, pois, este (penoso) desafio, porque penso, com Simon Blackburn, que podemos remover as aspas pós-modernistas das coisas com que devemos nos importar: verdade, razão, objetividade e confiança. Elas não são nada menos, se não mais, *que as virtudes que todos devíamos estimar enquanto tentamos entender o mundo desconcertante que nos cerca.*

Capítulo 13
Sobre as Críticas à Hermenêutica Filosófica – Prolegômenos de uma Teoria da Decisão e uma Teoria dos Princípios: Um Posfácio Necessário.

13.1. Definitivamente, o Direito não está Imune às Rupturas Paradigmáticas Ocorridas na Filosofia. Ainda o Problema dos Dualismos "Teoria-Prática", "Direito-Moral" e "Sujeito-Objeto".

Embora o ceticismo de parcela considerável da comunidade jurídica, é impossível negar as conseqüências da viragem lingüístico-ontológica para a interpretação do direito. Está-se a tratar de uma ruptura paradigmática que supera séculos de predomínio do esquema sujeito-objeto. E, consequentemente, está-se a tratar da superação daquilo que, no direito, representou o *locus* privilegiado da relação sujeito-objeto: o positivismo. Essas questões (são as que mais) têm gerado críticas (e perplexidades) em determinados setores da comunidade jurídica, a partir de uma série de sub-temas: por que a hermenêutica filosófica – que representou a ruptura com o método – assume tamanha importância? Por que é necessário romper com a discricionariedade na interpretação do direito? Por que a hermenêutica é anti-relativista e por que essa circunstância não é devidamente compreendida pela comunidade jurídica? Por que a relação "direito-moral" está umbilicalmente ligada ao papel dos princípios? E, finalmente, por que propugnar por respostas corretas em direito?

Essas perguntas foram respondidas no decorrer da obra. Mas há alguns pontos que atravessam as diversas temáticas e que nos cobram, a todo o momento, um *reforço de sentido*, porque dizem respeito à legitimidade e validade do direito em tempos de ruptura com a tradição positivista *lato sensu*. Com efeito, parece recorrente dizer que esse problema (central) está localizado na discussão entre *direito e moral*. E, consequentemente, no papel desempenhado pela razão prática no contexto d(e um)a teoria do direito que já não pode conviver com as divisões/cisões entre faticidade-validade, moral-direito, teoria e prática, para ficar apenas nestas.

Nesse sentido, faz-se necessário alertar para a existência de nítidas diferenças entre uma razão prática (stricto senso) e o "mundo prático" de que fala a hermenêutica (filosófica), problemática que assumirá ainda maior relevância na discussão do papel dos princípios (constitucionais), que, como venho afirmando, introduzem o mundo prático no direito, pondo fim a serôdia cisão estrutural "regra-princípio". (Re)lembremos: a razão prática nos vem desde a filosofia grega quando Aristóteles delimitou uma filosofia teórica (que pergunta pela verdade ou pela falsidade) e uma filosofia prática (que pergunta pelo certo e pelo errado). Na primeira está em jogo uma observação de uma determinada realidade, ao passo que, na segunda, tem-se o questionamento de uma ação concreta. Na modernidade a problematização entre razão teórica e razão prática foi retomada por Kant em sua Crítica da Razão Pura e na Crítica da Razão Prática. O que há de comum entre Kant e Aristóteles é que *em ambos há uma barreira que separa a filosofia teórica da prática* e nenhum deles conseguiu explicar como a filosofia teórica pode determinar a filosofia prática ou vice-versa. A partir de Kant e da revolução copernicana por ele instaurada, o problema razão teórica/razão prática *passa a agregar a questão da subjetividade que não estava presente na problemática grega.* Desse modo, além do problema da cisão, tem-se por acrescido também o problema do solipsismo do sujeito transcendental kantiano.

Com o giro ontológico operado por Heidegger[1] se dá – de uma forma inédita em toda tradição filosófica – uma *reconciliação* entre prática e teoria e, ao mesmo tempo, ocorre um deslocamento do solipsismo subjetivista para *um contexto intersubjetivo de fundamentação.* Há um texto que é particularmente importante no contexto desta questão. Trata-se das *Interpretações Fenomenológicas de Aristóteles* na qual Heidegger apresenta, pela primeira

1 Há uma tendência – muito peculiar ao pensamento jurídico – de se falar em hermenêutica, círculo hermenêutico, pré-compreensão e alguns outros conceitos filosóficos sem citar – ou, na pior das hipóteses, ignorando completamente – aquele que foi o grande filósofo que introduziu estes conceitos ou, no caso do conceito de hermenêutica e de círculo hermenêutico, renovou seu conteúdo. Este filósofo foi Martin Heidegger. Registre-se que uma tal lembrança é condição de possibilidade para se falar em Hermenêutica filosófica. O próprio Gadamer reconhece que seu projeto filosófico retira da obra heideggeriana seu elemento mais fundamental: a descoberta da estrutura prévia da compreensão. Ou seja, *falar em hermenêutica no contexto atual e não enfrentar a obra de Heidegger é como falar em Metafísica e ignorar Aristóteles, Tomás de Aquino ou Francisco Suarez* (ou, no Brasil, falar em Heidegger e em hermenêutica sem citar a vasta obra de Ernildo Stein). Há uma fundamentalidade na obra de Heidegger com respeito ao modo como se trabalha com a hermenêutica, que não pode ser afastada por conveniência ou por um pseudo mal-estar político. Isso será ressaltado com freqüência – até porque é um dos seus motes – no desenvolvimento deste posfácio.

vez, a operação que estaria na base de *Ser e Tempo*: a ontologização dos conceitos éticos e a eticização dos conceitos ontológicos. A partir disso é possível dizer que Heidegger cria um novo conceito que descreve um ambiente no interior do qual conhecimento prático e conhecimento teórico se relacionam a partir de uma circularidade: o *círculo hermenêutico* (*hermeneutische Zirkel*). Há uma espécie de "privilégio" do conhecimento prático em virtude da estrutura do *logos hermenêutico.*

Esse (novo) modo de tratar a relação entre teoria e prática passa a privilegiar a dimensão de *vivências fáticas.* É assim que (re)aparece o "mundo prático" na filosofia – que se manifestou no início grego com os pré-socráticos, mas que foi encoberto pelo *logos* socrático-platônico. Por isso, que as preleções de 1921 até 1923 estão recheadas de expressões como *vivência, mundanidade* e *faticidade.* Como nos lembra Safranski na sua excepcional biografia de Heidegger, era o tempo da iluminação da "postura primordial do vivenciar".

É desse modo, pois, que a hermenêutica irá responder ao problema da relação entre teoria e prática: um contexto intersubjetivo de fundamentação (a noção de pré-compreensão, contexto antepredicativo de significância etc) no interior do qual tanto o conhecimento teórico quanto o conhecimento prático se dão na abertura do pré-compreender estruturante (razão hermenêutica, para usar a expressão cunhada por Schnädelbach). É – por assim dizer – desse comportamento moral que se dá na pré-compreensão que podemos extrair a idéia de resposta correta e de institucionalização do mundo prático pelos princípios.

Nesse contexto, as teorias positivistas do direito recusaram-se a fundar suas epistemologias numa racionalidade que desse conta do agir propriamente dito (escolhas, justificações, etc). Como alternativa, estabeleceram um princípio fundado em uma razão teórica pura: o direito, a partir de então, deveria ser visto como um objeto que seria analisado segundo critérios emanados de uma lógica formal rígida. E esse "objeto" seria produto do próprio sujeito do conhecimento. Daí o papel do sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*).

Na verdade – e o socorro vem de Castanheira Neves - é dessa maneira que se distinguia no pensamento jurídico uma perspectiva "teórica" ("científica") e uma perspectiva "prática" – a "teoria" e a "prática" – e se instituía o que se poderá designar por *dualismo normativista* – ser do direito nas normas (as normas do sistema jurídico) e interpretação e conhecimento dele através destas, primeiro, e a sua aplicação, depois: dualismo de entidades, de momentos, de atos. O que exatamente significava, por um lado, que o pensamento jurídico entendia o direito como uma entidade racional auto-subsistente ou segundo um platonismo de normas que o pensava normativo-dogmaticamente autô-

nomo e objetivado no seu sistema de normas ("o direito que é") – ou seja, como um sistema autônomo perante a realidade histórico-social da sua prática realização, ou sem que, quer as exigências normativas-práticas provindas dessa realidade, quer a problemática também normativamente específica dessa sua concreta realização nessa realidade, se reconhecessem com qualquer influência co-determinante da sua sistemático-dogmática normatividade.[2]

Isto significa dizer que, para o positivismo jurídico, pouco importava colocar em discussão – no campo d(e um)a teoria do direito – questões relativas à *legitimidade* da decisão tomada nos diversos níveis do poder estatal (legislativo, executivo ou judicial). No fundo, *operou-se uma cisão entre validade e legitimidade*, sendo que as questões de validade seriam resolvidas através de uma análise lógico-semântica dos enunciados jurídicos,[3] ao passo que os problemas de legitimidade – que incluem uma problemática moral – deveriam ficar sob os cuidados de uma teoria política que poucos resultados poderiam produzir, visto que esbarravam no problema do pluralismo de idéias presente num contexto democrático o que levava inexoravelmente a um relativismo filosófico (essa problemática se gravou em países com grandes períodos de ausência de democracia como o Brasil).

Por certo, a pretensão das teorias positivistas era oferecer à comunidade jurídica um objeto e um método seguro para produção do conhecimento científico no direito. Isso levou – de acordo com a atmosfera intelectual da época (problemática que, entretanto, ainda não está superada) – a uma aposta em *uma racionalidade teórica asfixiante* que isolava/insulava todo contexto prático de onde as questões jurídicas realmente haviam emergido. Melhor dizendo, essa racionalidade teórica possibilitou – e continua a possibilitar – a "entender" o direito em sua "autônoma objetividade". Ou ainda em outras palavras, os fatos sociais, os conflitos, enfim, a faticidade, não faziam parte das "preocupações" da teoria do direito. Portanto, ironicamente, a pretensão estabilizadora e cientificizante do positivismo jurídico acabou por criar uma babel resultante da separação produzida entre questões teóricas e questões práticas, entre validade e legitimidade, entre teoria do direito e teoria política.

Essa questão tem em Kelsen o seu corifeo. Mas Kelsen era um pessimista moral, uma espécie de cético que apostava em uma moral *relativista*. Para Kelsen, o problema da vinculação do direito à moral se apresenta problemático porque não há como sustentar uma moral absoluta – valida e vigente em todos os lugares e em todos os tempos – que possa servir como parâmetro para determinação dos conteúdos das normas jurídicas. Sua argumentação procura demonstrar como há vários sistemas morais que variam de acordo com a época e o lugar de onde se originam: "o que é mais importante, porém – o que tem de ser sempre acentuado e nunca o será suficientemente – é a idéia de que não há uma única Moral, 'a' Moral, mas vários sistemas de Moral profundamente diferentes entre os outros e muitas vezes antagônicos".[4] Ou seja, há uma impossibilidade de conhecimento dos *conteúdos* morais expressos nas condutas dos indivíduos. A única coisa que permanece uniforme em todos os sistemas morais é – tal qual acontece com os sistemas jurídicos – sua forma, seu caráter de *norma*. A *forma* da moral é estudada, segundo os postulados kelsenianos, pela ética; ao passo que a forma do direito é responsabilidade da ciência jurídica. "A necessidade de distinguir o Direto da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica *não tem de aprovar ou desaprovar seu objeto*, mas apenas tem de conhecê-lo e descrever descrevê-lo".[5]

No fundo, Kelsen estava convicto de que *não era possível fazer ciência sobre uma casuística razão prática*. Desse modo, todas as questões que exsurgem dos problemas práticos que envolvem a cotidianidade do direito são menosprezados por sua teoria na perspectiva de extrair da produção desse manancial jurídico algo que possa ser cientificamente analisado. Aqui reside o ponto fulcral, cujas conseqüências podem ser sentidas mesmo em "tempos pós-positivistas": um dos fenômenos relegados a esta espécie de "segundo nível" foi exatamente *o problema da aplicação judicial do direito*. Com efeito, não é sem razão que a interpretação judicial é tratada como um apêndice em sua Teoria Pura do Direito e apenas apresenta interesse para auxiliar a diferenciação entre a interpretação que o cientista do direito realiza e aquela que os órgãos jurídicos proferem em suas decisões. Daí as conclusões de todos conhecidas: a interpretação dos órgãos jurídicos (os tribunais, por exemplo) é um problema de vontade (interpretação como ato de vontade) no qual o intérprete sempre possui um espaço que poderá preencher no momento da aplicação da norma (é a chamada "moldura da norma", que, no limite, pode até ser ultrapassada); enquanto que a interpretação que o cientista do direito realiza

2 Cf. Castanheira Neves, *Escritos Acerca do Direito, op. cit.*, p. 389.
3 Veja-se a umbilical relação/ligação entre o positivismo normativista e as teorias analíticas da linguagem.

4 Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito. op. cit.*, p. 74.
5 Kelsen, Hans. Idem, ibidem.

é um ato de conhecimento que pergunta – logicamente – pela validade dos enunciados jurídicos. É nesse segundo nível que reside o cerne do paradigma da filosofia da consciência. É também nesse nível que faz morada a discricionariedade positivista.

Conforme insisto em todo o transcurso do presente livro – na linha de outros escritos – há um ponto que marca definitivamente o equivoco cometido por todo o positivismo *ao apostar em certo arbítrio* (eufemisticamente epitetado como "discricionariedade") do julgador no momento de determinar sua decisão: sendo o ato jurisdicional um *ato de vontade*, ele representa uma *manifestação da razão prática*, ficando fora das possibilidades do conhecimento teórico. Isso ainda não foi devidamente entendido pela(s) teoria(s) do direito.

Note-se, agora, o modo pelo qual a questão da interpretação entendida como ato de vontade e a separação entre direito e moral se cruzam: ambos fazem parte daquilo que, desde os gregos, chamamos de filosofia prática e que, na modernidade kantiana, recebeu o nome de razão prática. Ou seja, o positivismo *aposta na discricionariedade* porque o paradigma filosófico sob o qual está assentado *não consegue apresentar uma solução satisfatória para a aporia decorrente da dicotomia "razão teórica-razão prática"*.

Dito de outro modo, na medida em que esta questão carece de solução, os positivistas preferiram – e ainda preferem – *apostar na razão teórica*, deixando as questões relativas a razão prática fora de seu campo de preocupações. Por isso a aposta na discricionariedade. Por isso, a admissão de multiplicidade de respostas no direito. Mas aqui é necessário um esclarecimento acerca da compreensão do significado do termo "discricionariedade", para além da noção consolidada por Dworkin nas críticas ao positivismo hartiano. Com efeito, não desconheço a hipótese teórica delineada por Castanheira Neves desde o seu clássico Questão de Facto – Questão de Direito. Ou o problema metodológico da juridicidade,[6] quando, em tópico específico acerca da discricionariedade, algum tempo depois publicado autonomamente em *O problema da discricionariedade*,[7] radica posição pela qual o arbítrio não se insere no plano da decisão discricionária, muito embora, todos sabemos, o *discrímen* tenha sido durante longos anos apelo rudimentar de repúdio contra atos contrários ao direito. Entretanto, no que pareceria ser uma contradição aos termos propostos em meus trabalhos – *nos quais deixo claro ser a decisão discricionária espécie de embuste ou tergiversação sofisticada para o acolhimento de sentenças e acórdãos absolutamente divorciados do filtro constitucional da resposta correta* (ou, pois, constitucionalmente adequada), isto é, a discricionariedade especialmente utilizada nos dias atuais em favor de um positivismo "revitalizado", ainda essencialmente legalista-subjetivo, subjacente à abundância de teses sobre princípios, casos fáceis e difíceis, conceitos vagos e determinados – *entendo que nossas posições se encontram ou resultam compatíveis na sua formulação substantiva*, nada obstante o formato terminológico implicar repercussões distintas entre o meu posicionamento e o do professor lusitano.

Isto é, ambas as conjecturas teóricas vindicam o necessário marco da realização (ou concretização) do direito por intermédio da ineliminável categoria da applicatio – conquanto aqui neste pressuposto gadameriano haja alguma dissintonia (abordada no decorrer da obra) –, em que a diferença ontológica se assenta na singularidade do caso concreto, cuja problemática decidenda, pela sua infungibilidade, *jamais poderá ser subsumida por expedientes abstratos de vinculação geral*, a despeito do movimento legislativo (e também jurisprudencial) atual cada vez mais acentuado em direção à intensificação/utilização *de teses em detrimentos de causas*, em prol de mecanismos de absoluta subjugação do hermenêutico – numa pretensa relação subalterna – ao *apofântico*, ou, em termos jurídicos, *da norma ao texto*. De certo modo, está-se diante de uma espécie de "repristinação" da jurisprudência dos conceitos, problemática bem presente na questão das súmulas vinculantes de *terrae brasilis*, questão já superada, justamente, desde o clássico *Questão de Facto e Questão de Direito*, do mestre conimbricense. Nestes termos, quando Castanheira Neves proclama a dissociabilidade entre a arbitrariedade e a discricionariedade, não toma em verdade esta última no sentido clássico administrativista – análogo à hipótese geral do positivismo jurídico em sua essencialidade –, ou seja, na margem de liberdade do sujeito (solipsista) a quem compete decidir, nos casos de abertura ou indeterminação dos comandos legais aos quais sucumbe obedecer, em que já se imputa, de antemão ao problema da "lacuna" (aprioristicamente, portanto), a legitimidade decisória de optar por quaisquer sentidos, tidos por indiferentes, equivalente ou fungíveis entre si, que se encontrem na "moldura" de decidibilidade possível, cujos únicos limites se impõem em face de eventual comportamento explicitamente absurdo, anômalo ou despropositado, situação que se identifica com a arbitrariedade. A discricionariedade reivindicada por C. Neves situa-se no plano de contrariedade ao postulado de que cada situação jurídica detenha, *em abstrato*, expectativa de ser resolvida através da única decisão correta, ou, dito de outro modo, *que a cada enunciado normativo corresponda uma idêntica reso-*

6 Cf. Castanheira Neves, Antonio. *Questão-de-facto questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Almedina: Coimbra, 1967.

7 Castanheira Neves , Antonio. *Digesta I*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

lução de caráter geral, com o que a discricionariedade, no sentido de uma transitividade hermenêutica dedicada ao caso concreto e à sua problemática decidenda, em que são convocadas (e transformadas, eis ai a importância da diferença ontológica, teorema fundamental da hermenêutica) as teses jurídicas em causas de pretensão interpretativa *in casu*, pela incidência do círculo hermenêutico (eis a segunda pedra angular da hermenêutica) aferida na situação singular sob exame. Assim vista a questão, a discricionariedade ganha nuances significativas e compatíveis à proposta hermenêutica, com sede em Gadamer e Dworkin, aqui assinalada e a todo tempo imbricada pelos pontos convergentes. Se se quiser, poder-se-á dizer que *a discricionariedade que combato* – e nesse sentido me aproximo da posição de C. Neves – *é aquela decorrente do esquema sujeito-objeto*, da consciência de si do pensamento pensante, enfim, da subjetividade assujeitadora de um sujeito que se considera "proprietário dos sentidos (abstratos) do direito" e que nada "deixa" para a faticidade.

Permaneço, destarte, fiel à tese assumida de há muito, de maneira a enfatizar e a reprimir com veemência – a começar pela nomenclatura – *a possibilidade de o discricionário* (repita-se, de aceitabilidade conceitual cogitável uma vez contextualizada a discricionariedade naqueles limites traçados por Castanheira Neves) *revestir-se de arbitrário*. Na hermenêutica aqui defendida não há respostas/interpretações (portanto, aplicações) antes da diferença ontológica ou, dizendo de outro modo, antes da manifestação do caso decidendo. Para ser mais simples: *não há como definir "aplicações" da lei em abstrato*, porque isso seria retornar ao mito do dado (metafísica clássica). Aliás, é Gadamer quem diz que o sentido somente ocorre na situação concreta. Ou seja, no plano de uma "autônoma objetividade" do direito – em que a aplicação se dá a partir de um conceito previamente elaborado e onde a resolução concreta do direito se subsume nesse conceito – até é possível – e talvez necessário – distinguir a discricionariedade da arbitrariedade. *Ocorre que não posso perder de vista que a discricionariedade pregada e defendida pela maior parte da teoria do direito* – em especial as teorias procedurais-argumentativas – *é exatamente a que se confunde com a arbitrariedade*. Nelas, o afastamento da arbitrariedade é argumento e álibi teórico para a justificação da discricionariedade (retome-se, sempre, admissão da "necessidade da discricionariedade" para que o intérprete possa ponderar, conforme defendem Alexy e Prieto Sanchis, para falar apenas destes). Este é o ponto. A discricionariedade que combato é a do *sub-jectum*, que *dis-põe* dos sentidos do direito, circunstância que a aproxima das teses pragmatistas em geral, em que o caso concreto-decidendo é transformado em álibi para voluntarismos, a partir de um "grau zero de significado".

De todo modo – e penso estarmos de acordo com tal premissa – a aposta na discricionariedade acarretou *uma vitória de pirro da epistemologia*, isto porque, afastando a razão prática e apostando na razão teórica, os positivistas do direito acabaram "obrigados" a permitir – como uma espécie de "compensação" – esse "acentuado grau de discricionariedade" (sic) para dar conta dessa, para eles incontornável, questão: a razão prática tem guarida no domínio da moral e é impossível cindi-la do "mundo epistêmico" da pureza de intenções...!

É preciso ter claro, pois, que o direito, no paradigma do Estado Democrático de Direito, passa – em razão das contingências históricas – a se preocupar com a democracia e, portanto, com a legitimidade do direito (o problema da validade, pois), problemática que até então era "cindida" pela "ciência do direito": de um lado o direito, sem preocupações com a "razão prática" e, de outro, o território no qual a penetração do direito não tinha "conotação valorativa".

Nesse sentido é que se torna interessante notar como Kelsen (e aqui basta apenas me referir a ele) acaba preservando – mesmo com toda sofisticação de sua teoria – o elemento messiânico presente nas teorias objetivistas e subjetivistas da interpretação jurídica (vontade da lei e vontade do legislador), voluntarismo esse que o coloca no último princípio epocal da modernidade: a *vontade de poder* de Nietzsche. Na verdade, por justiça é preciso reconhecer que Kelsen foi um autêntico positivista – talvez "o" autêntico positivista – porque percebeu que o único modo de "desindexar" definitivamente a moral do direito seria de um modo artificial, ficcional, circunstancia que o identifica inexoravelmente como o neopositivismo e toda tradição epistemológica que se seguiu. Explica-se o seu pé no neopositivismo lógico, que lhe proporcionou tratar a ciência do direito como uma metalinguagem elaborada sobre uma linguagem objeto. De efetivo, esse é o *corte epistemológico* que provocou tantos mal-entendidos no decorrer do século XX e início deste século. Não é por nada que na segunda "versão" da sua *Grundnorm* ele passou a denominá-la de "ficção", inspirada na filosofia do "*als ob*" (como se), do filósofo Hans Vahinger. Assim, a norma fundamental passou a ser uma "ficção necessariamente útil"...

13.2. A Continuidade desses Dilemas na Teoria do Direito Contemporânea.

O resultado disso é que – mesmo em tempos de "consenso pós-positivista" – o estado da arte da teoria do direito continua apontando para o fato de que, muito embora as transformações ocorridas no campo do conhecimento, continuamos reféns da antiga contraposição "objetivismo-subjetivismo", com

algumas variações que, ao fim e ao cabo, acabam retornando a uma dessas posturas que perpassam o imaginário dos juristas há mais de dois séculos.

Com efeito – e venho insistindo nisso – se a primeira "etapa" do *linguistic turn* foi recepcionada (principalmente) pelas concepções analíticas do direito, proporcionando consideráveis avanços no campo da teoria do direito, o segundo "giro" (que adiciona o mundo prático à filosofia, que se pode denominar de giro lingüístico-ontológico ou *hermeneutic turn*) ainda não conseguiu seduzir suficientemente os juristas a ponto de levá-los a superar as velhas concepções que apostam, de um lado na objetividade textual e, de outro, no protagonismo do sujeito-intérprete.

Se ficarmos atentos, não é difícil constatar – em um universo que calca o conhecimento em um fundamento último e no qual a "epistemologia"[8] é confundida com o próprio conhecimento (problemática presente nas diversas teorias discursivas-argumentativas e nas perspectivas analíticas em geral) – que a hermenêutica jurídica dominante no imaginário dos operadores do direito no Brasil (*perceptível a partir do ensino jurídico, da doutrina e das práticas dos tribunais*) continua sendo entendida como um (mero) saber "operacional" (talvez por isso os juristas se autodenominem de "operadores do direito").

Domina, no âmbito do campo jurídico, o modelo assentado na idéia de que "o processo/procedimento interpretativo" possibilita que o sujeito (a partir da certeza-de-si-do-pensamento-pensante, enfim, da subjetividade "instauradora" do mundo) alcance o "exato sentido da norma", "o exclusivo conteúdo/sentido da lei", "o verdadeiro significado – semântico – do vocábulo", "o real sentido da regra jurídica", etc. Tais pretensões parece sofrerem, pois, daquilo que Dworkin denomina de "aguilhão semântico". Ocorre que, paradoxalmente, esse "sentido da norma" exsurge de um *sub-jectum* que, sustentado em uma "adequada metodologia", alcança essa "certeza", que, estranhamente, pode ser "uma entre várias". O que não se pode esquecer – e isso é de uma relevância ímpar – é que o método para alcançar/controlar esse sentido decorre do próprio *sub-jectum*, como se fosse possível "isolar" o conteúdo a ser buscado do método controlador desse mesmo resultado...! Volta-se, uma vez mais, à cisão entre razão teórica e razão prática.

8 Veja-se: muito embora essa ruptura no seio da filosofia – com as repercussões que todos conhecemos – parte da teoria do direito, examinada *granu salis*, não conseguiu incorporar até mesmo aquilo que foi denominado de "epistemologia". Como bem lembra Rorty, não é mais possível pensar que existe um conjunto especial de termos nos quais todas as contribuições à conversação deveriam ser colocadas. Para a epistemologia, ser racional é encontrar o conjunto apropriado de termos para os quais todas as contribuições deveriam ser traduzidas, se for necessário que a concordância se torne possível. A epistemologia encara os participantes como unidos no que Michael Oakeshott (*On the Character of a Modern European State*) chama uma *universitas* – um grupo unido por interesses mútuos para alcançar um fim comum. A hermenêutica os encara como unidos no que ele chama de *societas* – pessoas cujos caminhos através da vida se reuniram, unidas antes pela civilidade que por uma meta comum e muito menos por um terreno comum. Cf. Rorty, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 314.

Isso também pode ser dito de outra maneira. Ou seja, mesmo hoje, em plena era do tão festejado giro lingüístico-ontológico (no qual se insere o que também pode ser epitetado de *interpretativ turn*), o pensamento jurídico, de um modo ou de outro, continua a reproduzir o velho debate "formalismo-realismo". Mais ainda, e na medida em que o direito trata de relações de poder, tem-se, na verdade, em muitos casos, uma *mixagem* entre posturas "formalistas" e "realistas", isto é, por vezes, a "vontade da lei" e a "essência da lei" devem ser buscadas com todo o vigor; em outras (e, as vezes, ao mesmo tempo), há uma ferrenha procura pela solipsista "vontade do legislador";[9] finalmente, quando nenhuma das duas orientações é "suficiente", *põe-se no topo a "vontade do intérprete"*, colocando-se em segundo plano (até mesmo) os limites semânticos do texto, fazendo soçobrar (até mesmo) a Constituição (como veremos mais adiante, é nesse "espaço epistêmico" que tem lugar o panprincipiologismo). Vontade da lei, vontade do intérprete, discricionariedade e vontade de poder (no sentido filosófico da expressão): *eis os ingredientes pragmatistas para o enfraquecimento da autonomia do direito*.[10]

O que importa referir é: uma vez que passamos da epistemologia para a hermenêutica (fundada no giro lingüístico-ontológico), é razoável pensar (e esperar) que essa ruptura paradigmática deveria obter uma ampla recepção nessa complexa área do conhecimento que é o direito, mormente se parti[r]mos da concepção de que há uma indissociável ligação entre o positivismo

9 Registre-se que, no contexto desta "busca metafísica das vontades" (que obviamente encontra problemas filosóficos sérios), também o presidente do Supremo Tribunal Alemão, Günter Hisch, professa a tese de que o problema metodológico da interpretação do direito se resume a uma decisão, no que tange aquilo que se busca como *telos* interpretativo, ou seja, a *vontade da lei* ou a *vontade do legislador*. Nas palavras do autor: "el método de la interpretación de la le yes la brújula de la determinación de derecho. La pregunta fundamental es si el objetivo de la interpretación es lá investigación y el respeto de la voluntad real del legislador o si lo es el sentido normative de la ley. Esta dicotomía de las llamadas teorías subjetiva y objetiva marcó la doctrina filosófico-jurídica y metodológica relevante de los siglos XIX y XX en Europa" (La jurisdicción en el Estado de derecho: entre la sujeición a la ley y la interpretación cuasilegislativa. In: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Ano 14. Berlin/Montevideo: Konrad – Adenauer – Stiftung, 2008, pp. 127/147).

10 Como exemplo dessa corrupção pragmatista da autonomia do direito é possível citar as posturas derivadas da *law and economics*. Para um enfrentamento crítico do discurso produzido por esta vertente teórica, consultar o excelente *Diálogos com a Law and Economics*, de Alexandre Morais da Rosa e José Manuel Aroso Linhares, *op. cit.*

jurídico – que tanto queremos combater – e o esquema sujeito-objeto (afinal, ninguém admite, principalmente no Brasil, ser epitetado de "positivista").

Em Heidegger e Wittgenstein essas questões ficam extremamente bem delineadas, embora sob perspectivas diferenciadas. A utilização da filosofia hermenêutica e da hermenêutica filosófica dá-se na exata medida da ruptura paradigmática introduzida principalmente por Heidegger (e também por Wittgenstein) nos anos 20-30 do século XX, a partir da introdução do mundo prático na filosofia, circunstância que aproxima os dois filósofos.

Essa alteração radical na estrutura do pensamento proporcionou a ruptura com os paradigmas metafísicos clássico e moderno. Veja-se que Heidegger, buscando superar Dilthey e Husserl, desloca a questão da hermenêutica em direção de uma nova ontologia, de uma ontologia fundamental, no interior da qual o *ser* é pensando não da perspectiva de um ente absoluto e eterno, mas sim nas estruturas precárias e finitas da própria condição humana (a faticidade do *Dasein*, seu modo-de-ser-no-mundo), deixando para trás o "plano epistemológico" (nível cognitivo e perceptivo em que se moviam Husserl e Dilthey). Com isso se supera a metodologia como "uma terceira coisa" com objetivo de dar certeza ao conhecimento. O método não é, nem de longe, o fator determinante para a preparação e formação de conhecimento válido. Há estruturas que *se situam antes de qualquer aporte metodológico que já constituem conhecimento*. E mais! São estas estruturas que determinam os espaços intersubjetivos de formação de *mundo*. E, advirta-se: essa autêntica "revolução copernicana" *não foi apenas relevante para o direito*, mas para a totalidade da estrutura do pensamento da humanidade. A partir daí, já não se fala em *fundamentum inconcussum* – eis a presença dos princípios epocais – e, sim, no *compreender* e nas suas condições de possibilidade.

Nesse contexto, há uma pergunta que se torna condição de possibilidade: *por que o direito estaria "blindado" às influências dessa revolução paradigmática?* Aliás, talvez por assim se pensar – e parece não haver dúvida de que a dogmática jurídica e até mesmo algumas posturas que se pretendem críticas apostam na presença da filosofia no campo jurídico tão-somente como "capa de sentido" – é que o direito continua até hoje refém, de um lado, do objetivismo e, de outro, do solipsismo próprio da filosofia da consciência. Ou seria possível conceber o direito isolado das transformações ocorridas na filosofia (da linguagem)?

Nesse sentido, penso que os críticos – e me refiro especialmente àqueles advindos de alguns campos da filosofia e da sociologia e que olham de "soslaio" o crescimento do uso da hermenêutica filosófica (fenomenologia hermenêutica) no direito – deveriam observar melhor esse fenômeno, buscando uma maior aproximação com o direito, assim como fazem os juristas cada vez mais

em relação à filosofia e à sociologia, o que hoje já é facilmente perceptível no campo jurídico. Essa aproximação/imbricação, a toda evidência, não objetiva, sob hipótese alguma, transformar a filosofia em um discurso otimizador do direito, mas, *sim, alçá-la à condição de possibilidade* (filosofia entendida, à evidência, não como lógica ou "capa de sentido").

Por isso, aliás, é que cunhei a expressão "filosofia *no* direito", para diferenciá-la da tradicional "filosofia "*do* direito". Afinal, o direito é um fenômeno bem mais complexo do que se pensa. Em definitivo: o direito não é uma mera racionalidade instrumental. *Isso implica reconhecer que fazer filosofia no direito não é apenas pensar em levar para esse campo a analítica da linguagem ou que os grandes problemas do direito estejam na mera interpretação dos textos jurídicos*. Mais importante é perceber que, quando se interpretam textos jurídicos, há um acontecimento que se mantém encoberto, mas que determina o pensamento do direito de uma maneira profunda.

Ou seja, fazer filosofia *no* direito não expressa uma simples "terapia conceitual", mas sim um exercício constante de pensamento dos conceitos jurídicos fundamentais de modo a problematizar seus limites, demarcando seu campo correto de atuação. Enfim, filosofia *no* direito implica construção de possibilidades para a correta colocação do fenômeno jurídico que, na atual quadra da história não pode mais ser descolado de um contexto de legitimação democrática.

É preciso compreender que o direito, na medida em que não está imune/blindado contra as transformações ocorridas no campo filosófico, é um fenômeno inserido em uma intersubjetividade racional (chamada por *Schnädelbach* de "razão hermenêutica") e que deve ser sempre primeiramente produzida e garantida em processos de compreensão. Por isso, "compreender sentido" – que significa compreensão de *ser* – não é apenas uma conseqüência, *mas o fundamento da própria razão*. O problema do sentido *se situa sistematicamente antes do problema do conhecimento*, pois devem ser pressupostos já como resolvidos, em todas as produções de conhecimento, os problemas da compreensão hermenêutica.[11] No campo do conhecimento do direito, a questão é saber, de efetivo, *de que modo um processo lógico-argumentativo pode "acontecer" sem a pré-compreensão*. É possível interpretar para depois compreender? Por que isolar o conhecimento jurídico do fenômeno da compreensão?

Esclarecendo melhor: o peso filosófico do tema "compreender", ensinanos magnificamente *Herbert Schnädelbach*, reside no fato de que, sob as con-

11 Cf. Schnädelbach, Herbert. Compreender. Epílogo. In: Stein, Ernildo. *Racionalidade e Existência. O ambiente hermenêutico e as ciências humanas*. Ijuí: Unijuí, 2008, pp. 127 e segs.

dições do historicismo emergente, em sua forma uniformalizada e fundamentalizada, ele toca a autocompreensão da própria razão e, com isso, obriga a ser levada em consideração essa autocompreensão em qualquer teoria da razão – não apenas na teoria da razão hermenêutica: a transcendentalização da razão histórico-hermenêutica significa, ao mesmo tempo, uma historicização da filosofia transcendental. Em síntese, *o que é nosso objeto não pode ser pensado independentemente do modo como nos aparece*. Esse é o "teorema" fundante do compreender que se insere na revolução copernicana representada pela inserção do mundo prático na filosofia. Aplicado à problemática da compreensão, isso tudo quer significar que as condições históricas, sob as quais nosso modo de compreender possui/adquire um significado constitutivo para aquilo que nós cada vez compreendemos e para o fato de que não há razão para excluir quaisquer condições de compreensão – sejam as da *ratio*, da intuição e da inspiração –, *criam uma situação teorética nova*, na medida em que qualquer penetração no sentido transcendental de nossas condições históricas de compreensão do sentido como tal atinge não apenas o elemento histórico e, com isso, qualquer situação de comunicação.[12]

À margem de tais transformações, a hermenêutica jurídica torna-se cada vez mais caudatária de teorias dualistas que acreditam na possibilidade de o direito ser pensado independentemente do nosso modo próprio de ser no mundo, no qual o fenômeno (jurídico) nos aparece. Por tais razões, assume absoluta relevância o rompimento paradigmático na hermenêutica proporcionada por *Wahrheit und Method*, de Hans-Georg Gadamer, exatamente pela circunstância de que a hermenêutica não mais será uma "questão de método", passando a ser filosofia. E isso faz a diferença.

A opção pela hermenêutica filosófica acarreta compromissos teóricos, devendo ser evitada qualquer forma de mixagens teoréticas. Assim, quando Gadamer diz que não se interpreta por etapas, isso quer dizer que compreensão e aplicação são incindíveis. Por isso a sua contundente crítica às três *subtilitatae*. E isso não é mera observação de Gadamer ou capricho retórico do mestre de Tübingen. Com a hermenêutica tem-se a ruptura com qualquer possibilidade de prevalência do esquema sujeito-objeto, seja pelo paradigma metafísico-clássico, seja pelo paradigma da filosofia da consciência. Trata-se da superação da epistemologia pela fenomenologia hermenêutica (por isso, repita-se, Verdade e Método pode ser lido como Verdade contra o Método).

A impossibilidade da cisão entre compreender e aplicar implica a impossibilidade de o intérprete "retirar" do texto "algo que o texto possui-em-si-

12 Idem, ibidem.

mesmo", numa espécie de *Auslegung*, como se fosse possível reproduzir sentidos; ao contrário, para Gadamer, fundado na hermenêutica filosófica, o intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*). Mais ainda, essa impossibilidade da cisão – que não passa de um dualismo metafísico – afasta qualquer possibilidade de fazer "ponderações em etapas", circunstância, aliás, que coloca a(s) teoria(s) argumentativa(s) como refém(ns) do paradigma do qual tanto tentam fugir: a filosofia da consciência. O acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes (*Horizontenverschmelzung*), porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmos.

Volta-se, como um eterno retorno, à questão apontada anteriormente a partir de Schnädelbach: o problema do sentido do direito se situa antes do problema do conhecimento (o jurista não "fabrica" o seu objeto do conhecimento); a compreensão, pela sua "presença antecipada", é algo que não dominamos; o sentido não está à nossa disposição.

Por isso é que – e de há muito venho insistindo nisso – não interpretamos para compreender, e, sim, compreendemos para interpretar. A interpretação, como bem diz Gadamer, é a explicitação do compreendido. Com isso, são colocados em xeque os modos procedimentais de acesso ao conhecimento. Se a filosofia é hermenêutica (Heidegger) e a hermenêutica é filosófica (Gadamer), é porque estão superados os dualismos metafísicos que atravessaram dois milênios.

Dito de outro modo, a hermenêutica assim compreendida vem para romper com a relação sujeito-objeto, representando, assim, uma verdadeira revolução copernicana. Coloca em xeque, dessa forma, os modos procedimentais de acesso ao conhecimento. E isso tem conseqüências. Seriíssimas.

13.3. *Applicatio* e Decisão Jurídica – o Problema da Validade: as Razões Pelas Quais Não se Pode Confundir o Nível Hermeneutico com o Nivel Apofântico.

13.3.1. Introdução ao problema da *validade* no interior da(s) Teoria(s) do Direito(s).

A hermenêutica filosófica tem sido – impropriamente – criticada no campo do direito pelo fato de que, embora ela tenha oferecido o modo mais preciso de descrição do processo compreensivo, por outro lado ela não teria possibilitado a formação (normativa) de uma teoria da validade da compreensão assim obtida. Esse é um problema central que precisa ser enfrentado com

muito cuidado. Por isso, vejamos primeiro o que significa validade no contexto das teorias do direito de cunho positivista e na proposta de realização do direito – que incluiria uma teoria da validade – daquele que faz a melhor crítica do problema da validade da compreensão na hermenêutica filosófica: Castanheira Neves. Num segundo momento, demonstrarei como a questão da validade aparece no horizonte das teorias hermenêuticas; como esta mesma validade pode ser sustentada; e, de que modo isso implica construir uma teoria da decisão. Farei isso a partir de um confronto com as críticas feitas por Castanheira Neves.

Validade foi, sem dúvida nenhuma, a expressão de ordem das teorias do direito surgidas na primeira metade do século XX. Através deste termo queria-se apontar para as possibilidades de determinação da verdade de uma proposição produzida no âmbito do direito. Ou seja, no contexto das teorias do direito que emergiram nesta época a preocupação estava em determinar as condições de possibilidade para a formação de uma *ciência jurídica*. Tomemos, neste ponto, um conceito de ciência que nos vem de Heidegger: "a ciência se mostra como um contexto de fundamentação de proposições verdadeiras que possuem *validade*, um contexto de verdades na medida justamente em que a verdade é equivalente a uma proposição verdadeira".[13] Portanto, para se pensar em uma ciência jurídica, primeiro é preciso estar de posse de um contexto de significados que nos permita dizer a conexão interna que existe entre *verdade* e *validade*.

Para o positivismo de matriz kelseniana o vínculo entre verdade e validade dava-se da seguinte maneira: a validade é atributo das normas jurídicas, enquanto prescrições objetivas da conduta; ao passo que a verdade é uma qualidade própria das proposições jurídicas que, na sistemática da Teoria Pura do Direito, descrevem – a partir de um discurso lógico – as normas jurídicas. Ou seja, novamente estamos diante da principal operação epistemológica operada por Kelsen que é a cisão entre Direito e Ciência Jurídica. O Direito é um conjunto sistemático de normas jurídicas validas; enquanto a Ciência Jurídica é um sistema de proposições verdadeiras.[14] Disso decorre o óbvio: *normas jurídicas* ou são *válidas* ou *inválidas*; *proposições jurídicas* são *verdadeiras* ou *falsas*.

A aferição da validade é feita a partir da estrutura supra-infra-ordenada (lembro aqui da metáfora da pirâmide, embora Kelsen nunca tenha se referido desta forma ao ordenamento jurídico) que dá suporte para o escalonamento das normas jurídicas. Desse modo, uma norma jurídica só será *válida* se puder ser subsumida a outra – de nível superior – que lhe ofereça um fundamento de validade. Assim, a sentença do juiz é valida quando pode ser subsumida a uma lei – em sentido lato – e a lei é válida porque pode ser subsumida à Constituição. Já a validade da Constituição advém da chamada *norma hipotética fundamental* que, por sua vez, deve ter sua validade pressuposta. Isto porque, se continuasse a regredir em uma cadeia normativa autorizativa da validade da norma aplicada, a Teoria Pura nunca conseguiria chegar a um fundamento definitivo, pois sempre haveria a possibilidade da construção de outro fundamento e isso repetido ao infinito. Assim, Kelsen oferece a tautologia como forma de rompimento com esta cadeia de fundamentação: a norma fundamental hipotética *é* porque *é*, por isso se diz que sua validade é pressuposta.[15]

Ocorre que a relação de validade – que autoriza a aplicação da norma, fundamentando-a – não comporta uma análise lógica na qual a pergunta seria por sua *verdade* ou *falsidade*. Como afirma Kelsen: "as normas jurídicas como prescrições, isto é, enquanto comandos, permissões, atribuições de competência, não podem ser verdadeiras nem falsas"[16] (porque elas são válidas ou inválidas – acrescentei). Desse modo, o jusfilósofo austríaco indaga: como é que princípios lógicos como o da não-contradição e as regras de concludência do raciocínio, podem ser aplicados à relação entre normas? A resposta de Kelsen é a seguinte: "os princípios lógicos podem ser, se não direta, indiretamente aplicados às normas jurídicas, na medida em que podem ser aplicados às proposições jurídicas que descrevem estas normas e que, por sua vez, podem ser verdadeiras ou falsas".[17] É dessa maneira que Kelsen liga verdade e validade, pois, no momento em que as proposições que descrevem as normas jurídicas se mostrarem contraditórias, também as normas descritas o serão e a determinação de qual proposição é a verdadeira, por conseqüência, determinará qual norma será igualmente válida.

Já no chamado "positivismo moderado" de Herbert Hart algumas diferenças são notadas. No que tange ao predomínio da determinação da *validade* com critério absoluto para determinação de fundamento do direito, não há grandes dessemelhanças. Porém, é na forma como Hart formula o fundamento do ordenamento jurídico que as divergências entre o seu modelo teórico e

13 Heidegger, Martin. *Introdução à Filosofia*. Tradução de Marco Antônio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 167.

14 Cf. Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*, *op. cit.*, pp. 78 e segs.

15 Para uma crítica pormenorizada ao problema do fundamento e a *Grundnorm* kelseniana vide o Capítulo V, consultar Streck, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

16 Kelsen, Hans. Idem, Ibidem, p. 82.

17 Kelsen, Hans. Idem, Ibidem.

aquele fornecido por Kelsen aparecem com maior evidência. Com efeito, vimos que Kelsen resolve o problema do regresso ao infinito de seu procedimento dedutivista para determinação da validade com uma tautológica norma hipotética fundamental. Ou seja, ele se mantêm no nível puramente abstrato da cadeia de validade de seu sistema e resolve o problema do fundamento neste mesmo nível, a partir de uma operação lógica.

Já Hart usará outro expediente para resolver o problema do fundamento. Na sua descrição do ordenamento jurídico, identificará a existência de dois tipos distintos de *regras* (normas): as primárias e as secundárias. As chamadas regras primárias são aquelas que determinam direitos e obrigações para uma determinada comunidade política. Tais regras seriam aquelas que estabelecem o direito de propriedade, de liberdade etc. Já as regras secundárias são aquelas que autorizam a criação de regras primárias. Neste caso, uma regra que estipule como deverão ser feitos os testamentos, é um exemplo de uma regra secundária e todas as regras que criem órgãos, estabeleçam competências ou fixem determinados conteúdos que deverão ser regulados concretamente pelas autoridades jurídicas também são consideradas regras secundárias. Portanto, o que determina a validade do direito em Hart é a compatibilização – dedutivista, evidentemente – das regras que determinam obrigações (primárias) com as regras secundárias.[18]

Hart afirma ainda que, em sociedades menos complexas – sendo que por sociedades menos complexas devem ser entendidas todas aquelas que antecedem a modernidade –, não existiam regras secundárias desenvolvidas com a sofisticação que encontramos em nosso contexto atual. Neste caso, estas sociedades primitivas baseavam suas regras de obrigação apenas em critérios de *aceitação*. Como afirma Dworkin, "uma prática contém a *aceitação* (grifei) de uma regra somente quando os que seguem essa prática reconhecem a regra como sendo obrigatória e como uma razão para criticar o comportamento daqueles que não a obedecem".[19] Nos modernos sistemas jurídicos, toda fundamentação do direito depende da articulação do conceito de *validade*. No entanto, há uma única regra – que Dworkin chama de "regra secundária fundamental" – que rompe com a necessidade de demonstração da validade e se baseia em critérios de aceitação para determinação de seu fundamento: trata-se da chamada *regra de reconhecimento*. Em síntese: a regra de reconhecimento está para Hart assim como a norma hipotética fundamental está para

18 Cf. Hart, Hebert. *O Conceito de Direito*. *op. cit.*, pp. 89 e segs.
19 Dworkin, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. *op. cit.*, p. 32.

Kelsen: em ambos os casos funcionam como resposta para o problema do fundamento último do sistema jurídico. Todavia, a regra de reconhecimento tem um caráter mais "sociológico" do que a norma hipotética fundamental kelseniana. Como afirma Hart: "*sua existência* (da regra de reconhecimento – acrescentei) *é uma questão de facto*".[20]

Mas o que há de errado com os projetos positivistas de ciência jurídica? Em ambos os casos não estão eles de acordo com a definição heiddegeriana de ciência que ofereci no início desta argumentação? *Por certo que a resposta é não*. Na realidade, a própria definição heideggeriana precisa ser olhada com cuidado. Isto porque Heidegger demonstra que esse conceito corrente de ciência (como um universo teórico de proposições válidas-verdadeiras) esconde um modo mais originário do fenômeno da verdade. Isso porque a verdade deve ser percebida já em meio à lida com o mundo prático e não reduzida ao universo teorético das ciências. Afinal, a própria verdade "teórica" das ciências é produto da interpretação do compreender.

Portanto, há algo anterior à verdade da ciência que, de certa forma, lhe é condição de possibilidade. No caso do direito, o equívoco dos projetos positivistas está no próprio recorte na totalidade do ente que tais teorias efetuam para caracterizar o estudo do fenômeno jurídico. Dito de outro modo, o modelo excessivamente teórico de abordagem gera uma espécie de *asfixia da realidade*, do mundo prático. Ou seja, o contexto prático das relações humanas concretas, de onde brota o direito, não aparece no campo de análise das teorias positivistas. Isso gera problema de diversos matizes. O fato de nenhuma das duas teorias conseguir resolver o problema da eficácia do sistema pode ser elencado com um destes problemas.

Para mim, entretanto, o principal problema aparece quando se procura determinar *como ocorre e dentro de quais limites deve ocorrer a decisão judicial*. Ambas as teorias apostam na vontade do intérprete para resolver o problema gerando a discricionariedade judicial. Ora, evidente que tais teorias *sofrem de um letal déficit democrático*. Pergunto: como justificar, legitimamente, esta decisão tomada pelo Poder Judiciário? Isso tais teorias não respondem. E nem poderiam responder, uma vez que essa dimensão dos acontecimentos fica fora de seu campo de análises.

Diante disso, autores como Castanheira Neves reivindicam uma reabilitação da filosofia prática para o direito, de modo que este "enforcamento teórico" operado pelo positivismo possa ser superado e o direito seja recolocado

20 Hart, Herbert. *O Conceito de Direito*. *op. cit.*, p. 121.

em seu lugar correto. Penso, contudo, que o caminho que o mestre conimbricense encontrou para realizar a propalada "reabilitação da filosofia prática" sofre, de certo modo, do mesmo mal que já acometia as estruturas epistemológicas do conhecimento jurídico. Com efeito, o grande jusfilósofo de Coimbra acusa a hermenêutica de não fornecer uma teoria da decisão apta a contribuir para determinação da validade do direito realizado em concreto. E, com isso não é possível concordar.

Vejamos: na tentativa de operar a chamada reabilitação, Castanheira Neves afirma – em sua proposta de um modelo de realização do direito – que "a verdade jurídica é uma *verdade prática*, não uma verdade teorético-científica. É uma verdade em si mesma função da intenção especificamente jurídica, *i.e.*, dos objetivos práticos que o direito se propõe na consideração e resolução dos seus problemas normativos".[21] Note-se: o professor português, com esta afirmação, cinde a verdade em dois âmbitos: as verdades teóricas – próprias das ciências naturais – e as verdades práticas, que tem lugar em ambientes teóricos onde está em jogo o agir. Continua, portanto, a asseverar um conceito dualista de racionalidade, que comportaria uma razão teórica e uma razão prática, deixando de lado, portanto, a transformação que o mundo prático da hermenêutica efetua no que tange ao rompimento com esta estrutura dual da organização do pensamento.

No modelo de realização do direito que propõe, o jusfilósofo procura realizar uma espécie de esquematismo do raciocínio jurídico. Ele separa os níveis em que o pensamento jurídico se mostra atuante, que formarão, ao final, o sistema jurídico. Estes níveis são compostos, respectivamente, 1) pelos princípios jurídicos; 2) pelas normas editadas pelas autoridades jurídicas; 3) pela jurisprudência em seu papel aplicador/realizador do direito; e 4) pela doutrina, que analisa e comenta – criticamente – todo material produzido pelos níveis anteriores.

Embora o modelo de Castanheira Neves não seja estritamente teórico, pois comporta certa invasão prática no modo como ele trabalha com os princípios jurídicos, por exemplo, há nele alguma medida de repetição de pontos positivistas. Um deles é a distinção – a meu ver inadequada – entre *fundamento* e *justificação*. Com efeito, para o autor, o fundamento constitui um problema relativo à validade normativa do direito realizando. Nas palavras do autor: "a validade não é para o direito positivo simples premissa, mas verdadeiramente fundamento"; enquanto a justificação seria a legitimidade político-social ou teleológico-estratégica deste mesmo direito.[22] Ou seja, tal qual acontecia nas teorias positivistas, temos novamente por separado contextos de validade de contextos de legitimação, o que, como venho afirmando, é impossível de ser aceito no nosso contexto atual. Isso porque, a colocação do fenômeno jurídico não pode ser realizada fora de um contexto de legitimação democrática. Do mesmo modo, não é possível conceber a possibilidade de uma "correção posterior" da validade jurídica por uma legitimidade externa, uma espécie de moral coletiva. Nesse sentido, penso que a análise correta do fenômeno jurídico implica a construção de um espaço em que validade e legitimidade se dão unitariamente num mesmo acontecimento. Sendo mais simples: *há uma co-originariedade entre validade e legitimidade, tal qual há entre direito e moral.*

Por fim, o mestre português irá ainda afirmar que esse contexto sistemático acima descrito se relaciona dialeticamente com o problema a ser resolvido, de modo que, dessa relação, se terá a decisão que realiza o direito. Neste momento, dá-se uma nova aproximação das teses de Castanheira com a discricionariedade para resolver os problemas das chamadas "lacunas". "A solução (...) só será concludentemente correta, bem sabemos, se for normativamente adequada à concreta problematicidade dos mesmos casos – se lograr relativamente a estes uma pragmática decisória".[23]

Vejamos agora, com mais vagar, como a hermenêutica responderia ao problema da validade no direito a partir de um contraponto com as teses de Castanheira Neves.

13.3.2. As críticas à Hermenêutica: é possível uma Teoria da Decisão Judicial?

No contexto daquilo que se discute neste posfácio, parece claro que existe razoável nível de consenso no sentido de que é possível compatibilizar constitucionalismo e democracia. Esse me parece um ponto fundamental, pois é neste debate que aparece com maior evidência o problema do papel democrático do poder judiciário e da justiça constitucional em geral. Ou seja, de que modo podemos reivindicar e defender a democracia se, no final do processo decisório, deixamos uma "margem de atuação" para a livre escolha do juiz? Isso é possível num Estado Democrático de Direito? Mas, se o constitucionalismo atua no plano do contramajoritarismo – e esse é o ponto de compatibilização a partir da discussão dos limites da jurisdição constitucional – também

21 Castanheira Neves, Antônio. *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 164.

22 Castanheira Neves, Antônio. *Metodologia Jurídica*, *op. cit.*, p. 156.

23 Castanheira Neves, Antônio. Idem, p. 157.

é possível dizer que tal circunstância acarreta outro grande debate: como impedir que os juízes (ou os Tribunais Constitucionais) se substituam ao legislador? Isso implica, à evidência, discutir as condições de possibilidade de um efetivo controle das decisões judiciais. Enfim, *trata-se de discutir a validade dos discursos jurídicos e as condições de possibilidade de uma teoria da decisão.*

A teoria integrativa de Dworkin e a hermenêutica filosófica têm procurado responder a essas questões, o que se pode verificar por algumas teses comuns, já amplamente examinadas no decorrer da presente obra. Embora a teoria dworkiniana aposte na existência de uma única resposta correta e a hermenêutica em verdades conteudísticas, *superando* qualquer possibilidade de subsunção a partir da ruptura com o esquema sujeito-objeto (veja-se, nesse sentido, a força da noção da *applicatio*[24] de Gadamer), ambas sofrem, ainda, fortes contestações.

Conforme foi antecipado no item anterior, uma das *críticas mais sofisticadas* feitas à hermenêutica filosófica vem exatamente de Castanheira Neves (que ele estende, de certo modo, à teoria dworkiniana). Embora reconheça a importância de Heidegger e Gadamer – circunstância que o aproxima por vezes da própria hermenêutica filosófica – Castanheira Neves vem deixando claras as suas discordâncias tanto com a hermenêutica como com a teoria integrativa de Dworkin.

Com efeito, o jusfilósofo português acusa a hermenêutica filosófica de ficar restrita a *quaestio facti*, não resolvendo (e não atingindo) a *quaestio júris* da compreensão, ou seja, segundo o autor, a hermenêutica diz-nos o que acontece e segundo as condições em que compreendemos, mas não dá resposta à questão da validade da compreensão-interpretação assim obtida em razão de não ser "especificamente normativa".[25] Também critica a hermenêutica em

24 No contexto da (re)afirmação da importância paradigmática da *applicatio* gadameriana, ressaltando inclusive sua importância para o campo do direito, é importante ter presente a seguinte passagem de Habermas, na qual o filósofo não apenas reconhece o mérito da descoberta de Gadamer como assinala sua concordância com relação à tese gadameriana: "Para mí el gran mérito de Gadamer consiste en haber demostrado que la comprensión hermenéutica está referida, de forma trascendentalmente necesaria, a la articulación de una autocomprensión orientadora de la acción. Analizando el caso de la teología y la jurisprudencia se puede mostrar la conexión interna entre comprensión y aplicación. La interpretación de la Biblia en la predicación, al igual que la interpretación del derecho positivo en la judicatura, sirven a la vez, en tanto que interpretación, a la aplicación del contenido a una situación dada. La referencia práctica a la autocomprensión de los destinatarios, en este caso la comunidad eclesial y la comunidad jurídica, no es algo que se añada posteriormente después de hecha la interpretación. Antes bien, la interpretación sólo se cumple en la aplicación misma." (Habermas, Jürgen. La lógica de las ciencias sociales. In *La lógica de las ciencias sociales*. 4. ed. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trota, 2007, p. 247).

25 Cf. Castanheira Neves, Antonio. *Metodologia jurídica*, *op. cit.*, p. 84.

face do que ele denomina de *déficit* metodológico. Nesse sentido é também sua acusação à teoria dworkiniana, que não teria se preocupado com uma teoria da decisão.[26]

Não é possível concordar com o Emérito Professor de Coimbra também neste ponto. E isso por vários motivos. *Em primeiro lugar*, a hermenêutica deve ser examinada a partir dos dois teoremas fundamentais que a conformam – e que são os sustentáculos da ontologia fundamental: o círculo hermenêutico e a diferença ontológica. Isso implica dizer que a hermenêutica também deve ser compreendida desde uma dobra da linguagem, isto é, o como hermenêutico e o como apofântico. A compreensão ocorre a partir da pré-compreensão, que é estruturante. Por isso – e permito-me repetir a menção a Ernst Schnädelbach já feita em outro momento deste posfácio – "compreender sentido" não é apenas uma conseqüência, *mas o fundamento da própria razão*. E é exatamente por isso que o problema do sentido *se situa sistematicamente antes do problema do conhecimento*, pois devem ser pressupostos já como resolvidos, em todas as produções de conhecimento, os problemas da compreensão hermenêutica.

No campo do conhecimento do direito é preciso ter presente que *nenhum processo lógico-argumentativo pode "acontecer" sem a pré-compreensão*. Trata-se daquilo que Stein denomina de "vetor de racionalidade" de primeiro nível (estruturante, transcendental não-clássico). Lembremos que, na esteira de Ricouer, Castanheira Neves preocupa-se com o aspecto secundário que a hermenêutica dedicaria ao plano "epistemológico" (apofântico). Ocorre que a hermenêutica filosófica jamais negou a possibilidade de "se fazer epistemologia". Aliás, é desnecessário lembrar que a hermenêutica não se volta contra qualquer epistemologia já que esta é um instrumento de que pode servir a qualquer análise filosófica quando pergunta pelos elementos que constituem o conhecimento científico. Do mesmo modo, toda tradição hermenêutica reconhece que a teoria do conhecimento representa/representou um passo importante na tradição filosófica, na medida em que significou já um primeiro passo para além de uma simples submissão do conhecimento a uma espécie de ditadura do objeto (metafísica clássica). A teoria do conhecimento foi um movimento no qual se passou a buscar a intelegibilidade, não simplesmente como vinda apenas dos objetos, mas sendo resultado de uma análise dos processos cognitivos que preparavam a formação de uma epistemologia e dos conseqüentes recursos metodológicos de que se serve a ciência.

26 Cf. Castanheira Neves, Antonio. *Escritos acerca do Direito*, *op. cit.*, pp. 413-495.

A hermenêutica não chega a estender a sua pretensão aos campos específicos em que tem autoridade aquele tipo de analise que se preocupa com os problemas da teoria do conhecimento e os problemas metodológico-epistemológicos. Porém, é preciso ter claro que a hermenêutica apresenta um espaço que deve ser examinado como sendo o lugar onde se enraíza qualquer teoria do conhecimento ou uma epistemologia. Esse espaço é o que resulta de um processo pré-compreensivo que não é levantado como um argumento contra a teoria do conhecimento, ou da fundação epistemológica de uma determinada ciência – como é o caso do direito – mas é apenas um aprofundamento de aspectos que geralmente são encobertos pelas tentações de recorrer, no conhecimento, a posturas subjetivas ou a certas imposições dos objetos e de estruturas metodológicas rígidas e definitivas que encobrem o que há de essencial no processo compreensivo.

Portanto, *a hermenêutica apenas amplia o espaço de legitimação dos processos cognitivos*. Ela terá que dar conta do que significa esse processo de pré-compreensão, quais os limites da sua pretensão de universalidade, diante de outras pretensões que se apresentam na discussão, enfim, ela terá sim que dar conta de sua validade enquanto conhecimento efetivo.

Nessa medida, é possível perceber que a hermenêutica vai muito além da pergunta "como sabemos?"; na verdade – e aqui já aparece, de pronto, um forte aspecto a sustentar a existência de uma preocupação com a decisão/validade, a pergunta a ser respondida na ontologia fundamental é: *qual – o modo de ser deste ente que só existe compreendendo*, o que demonstra a incindibilidade entre o hermenêutico e o apofântico.

Observemos como e porque Gadamer diz que interpretar é explicitar o compreendido. Ora, isso sempre significou a evidente preocupação com essa "comunicação detalhada" do que já ocorreu (compreensão) no modo próprio de ser no mundo. Explicitar o compreendido quer dizer que a compreensão ocorre em um nível estruturante (razão hermenêutica) em que o sentido se dá de forma antecipada, face aos nossos inelutáveis pré-juízos (autênticos ou inautênticos) que temos acerca dos entes intramundanos. A explicitação desse compreendido é a forma de entificação minimamente necessária para que, no plano da intersubjetividade – portanto, superando o cognitivo esquema sujeito-objeto – consigamos nos comunicar.

Assim, na medida em que a hermenêutica é filosófica – logo, não é lógica, pois no contexto da fenomenologia hermenêutica a lógica é uma metodologia, ou seja, uma espécie de disciplina que se constitui *a partir* da filosofia, o filosofar propriamente dito está ligado ao esforço explicitativo de algo que ainda não chegou a ser enunciado logicamente – esse nível explicitativo ocorre argumentativamente (se se quiser utilizar a expressão tão reclamada pelos críticos da hermenêutica). Ela não pretende "dispensar" os recursos argumentativos. Só que ela sabe que toda a argumentação se movimenta em um processo que a sustenta. E nós podemos chamar esse processo de hermenêutico, em que já sempre compreendemos para interpretar e não o contrário. Ou seja, e isso é definitivo, a interpretação é a articulação do sentido projetado pela compreensão.

Ora, *sem compreensão não há interpretação; sem compreensão não há explicitação*. Só que tudo isso somente se dá em um círculo (do todo para a parte e da parte para o todo), portanto, sem categorias abstratas-universalizantes das quais se possa fazer deduções ou subsunções. É nesse espaço que se dá a *não cisão* entre interpretar e aplicar, porque não há conceitos (ou atribuições de sentido) "sem coisas". Não é demais reforçar, aqui, a tese hermenêutico-filosófica com autores como T. Gizbert-Studnicki, para quem o sentido de um texto somente aparece (se dá) ao intérprete em referência a um determinado caso, imaginado ou real, que se tenha de decidir[27] e Ralph Christensen, convicto de que o sentido de um texto da norma só se constitui na ação prática do interprete/aplicador, não havendo nenhuma significação fora de uma situação concreta situação de fala.[28]

Não há, assim, como acusar a hermenêutica de apenas se preocupar com a *quaestio facti*, como o faz Castanheira Neves. O círculo hermenêutico é antitético a qualquer possibilidade de cisão (ou insulamento) da faticidade. E, mais do que isso, qualquer atribuição de sentido somente ocorre na diferença ontológica, ou seja, o ser é sempre o ser de um ente e o ente só é no seu ser. E esse ponto é fundamental: o que organiza o conhecimento no paradigma da fenomenologia hermenêutica – que é o solo em que a hermenêutica filosófica deita suas raízes – é a *diferença ontológica*. O mal entendido das críticas ao problema da validade da compreensão na hermenêutica esta radicado no fato de que se cobra das teorias hermenêuticas uma validade que tem como elemento organizador o princípio da causalidade (que sustentava a filosofia da consciência desde Kant).

Ora, a validade da hermenêutica se dá no contexto dos dois teoremas fundamentais que a sustentam: a diferença ontológica e o círculo hermenêutico. A validade entendida como uma sucessão de raciocínios causais-explica-

27 Cf. Gizbert-Studnicki T. Das hermeneutische Bewusstsein der Juristen. *Rechtstheorie*, vol. 18, nº 3, p. 357. Berlin: Duncker & Humblot, 1970.

28 Cf. Christensen, Ralph. *Was heißt Gesetzesbindung? Eine rechtslinguistische Untersuchung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1989, pp. 272 e 273.

tivos que dêem conta da estrutura normativa do direito que aparece nas teorias descritas no item anterior, fica fora da validade que se determina hermeneuticamente. A validade hermenêutica é mais radical porque pensa o problema a partir das estruturas do próprio compreender e não através de um elemento naturalista (a causalidade) introduzido como que a contrabando no interior do pensamento jurídico.

Pensar que a hermenêutica não se preocupa com a validade (*quaestio júris*) é não levar em conta que foi justamente Heidegger que provocou a grande ruptura com a epistemologia, na medida em que introduz – com a diferença ontológica – o mundo prático na filosofia (no que tem a companhia do segundo Wittgenstein).

Já na *quaestio facti* está a *quaestio juris*, pela incindibilidade entre ser e ente (não esqueçamos o caráter marcadamente anti-dualista da hermenêutica filosófica). Também na superação do esquema sujeito-objeto fica nítida essa coriginariedade entre *quaestio facti* e *quaestio juris* e a impossibilidade de sua cisão, tese admitida pelo próprio Castanheira Neves quando sustenta uma "unidade problemático-metodológica que bem se poderá dizer circular",[29] embora essa circularidade esteja fora dos ditames da diferença ontológica. Aliás, o círculo hermenêutico (na diferença ontológica) é o que, de fato, proporciona a ruptura com qualquer possibilidade de cisão entre fato e direito, palavra e coisa (para falar apenas nesses dualismos). *Graças a esse conjunto de elementos é que Gadamer rompe com qualquer possibilidade de subsunção ou dedução.*

E não poderia ser diferente: a partir desses dois teoremas (diferença ontológica e círculo hermenêutico) não há categorias e tampouco o empírico. Daí a ruptura provocada pela hermenêutica, com grande repercussão no direito: para que haja subsunção deve haver, antes, um conceito "sem coisa" (esse é o império da "razão teórica", na indevida cisão feita pelo positivismo entre razão prática e razão teórica). O sentido se dá na síntese hermenêutica da coisa mesma (*die Sache Selbst*). Assim, não é possível concordar com a assertiva de que a hermenêutica não dá resposta à questão da validade (normatividade), apenas a enfrenta da maneira possível ao nosso modo-de-ser-no-mundo.

Insisto: a grande preocupação da hermenêutica foi sempre a de demonstrar que não interpretamos para compreender e, sim, compreendemos para interpretar. É nesse sentido que não se pode confundir os dois níveis em que se dá o "processo hermenêutico". As teorias que se preocupam com o nível apofântico, explicitativo, acabam tentando colocar esse nível lógico no lugar

29 Cf. Castanheira Neves, Antonio. *Metodologia jurídica*, *op. cit.*, p. 165.

da pré-compreensão, condição de possibilidade para a compreensão. Volto, pois, com a pergunta: *de que modo um processo lógico-argumentativo pode "acontecer" sem a pré-compreensão?*

Em segundo lugar, também não é possível concordar com o mestre conimbricense, quando fala do déficit metodológico da hermenêutica. Trata-se de uma crítica que ingressa no cerne da hermenêutica e, sendo verdadeira, retiraria desta a sua própria razão de ser. Dito de outro modo, a crítica põe em xeque toda a luta gadameriana, denunciadora do problema do método, demonstrando as suas insuficiências, porque assentado sobre o esquema sujeito-objeto. Nesse sentido a crítica de Castanheira Neves sobre o problema da "validade" (com a qual a hermenêutica não se preocuparia) tem direta relação com a crítica ao déficit metodológico.

Como contraponto, penso que, a uma, o mestre conimbricense vem alterando a sua concepção, quando, noutros trabalhos (Metodologia Jurídica – 1993), convoca vários elementos da hermenêutica filosófica (mormente o círculo hermenêutico) para evidenciar fundamento de repúdio a posturas positivistas ou tendentes a resultados arbitrários ou infensos a controle. Aliás, no próprio tomo atinente à Interpretação Jurídica, daquela obra, reconhece a hermenêutica filosófica como de indispensável valia ao aprimoramento da hermenêutica tradicional. A duas, entendo possível contextualizar a crítica de Castanheira Neves, deslocando-a para um lugar próprio (sem ainda quedar numa discordância própria), não no sentido de inexistirem filtros de validade no anteparo epistemológico da hermenêutica gadameriana, senão assinalando uma deficiência de especificação jurídica, cuja intencionalidade não foi assumida, em termos sistemáticos, por Gadamer, embora tenha ele se debruçado sobre temas conexos (*v.g.*, ao relevar a prudência aristotélica e o paradigma de interpretação das leis em Betti). Em verdade, se quisermos relevar, por efetivo, uma crítica ao pensamento de Castanheira Neves neste aspecto, seria interessante, *em primeiro lugar*, assinalar que a pré-compreensão, enquanto categoria indissociável dos marcos da hermenêutica filosófica, resulta assumida não de forma inconteste na sua inelutável circunstância ontológico-existencial, mas com a responsabilidade fundamentante de erradicar o inautêntico, de acordo com o ir-e-vir do unitário fenômeno de interpretar-aplicar-compreender, ou seja, na própria mediação da situação concreta (o "como" [*als*] hermenêutico), o que, no bojo do direito, reivindica plenamente a consagração, assumida pelo próprio Castanheira, *de uma inerente interpretação conforme a Constituição*. *Em segundo lugar*, o próprio ditame de compreensão está incorporado, para a hermenêutica de Gadamer, no todo unitário das outrora cindidas *subtilitatae*, de modo que a justaposição entre interpretar-

compreender-aplicar, longe de relevar apenas a questão de fato, em verdade, como propõe o próprio Castanheira, enaltece a compreensão no âmbito compenetrado e indistintamente relacionado entre matéria de fato e de direito.

Por fim, não se consegue vislumbrar onde, ou em que medida, a doutrina de Castanheira Neves, a meu ver de inegáveis pressupostos tributários da hermenêutica filosófica, oferece aquilo que faltaria neste alegado "déficit metodológico e prescritivo de validade" ínsito ao programa filosófico de Gadamer. Penso, pelo contrário, que o combate que o próprio Castanheira propõe ao procedimentalismo habermasiano (principalmente em A Crise Actual da Filosofia) e ao funcionalismo luhmanniano (desde O Instituto dos Assentos até o Digesta 3) identifica-o, sem mais, à empresa gadameriana ou aos ditames abrangentes da hermenêutica filosófica, no que toca à compatibilidade de se defender o jurisprudencialismo constitucional de fundamentável juridicidade concreta (ou, nos termos que utilizo em Verdade e Consenso, em prol do direito fundamental à resposta constitucionalmente adequada). Lembremos aqui, também, de como a não cisão entre questão de fato e questão de direito pode ser tributária da diferença ontológica preconizada por Heidegger.

No fundo, parece que ambos concordamos que a hermenêutica contribui em muito no que toca à realização do direito como um processo constante, inacabado diacronicamente, mas que, do ponto de vista sincrônico, na sua concreta e singular aplicação, reivindica respostas corretas (circunstância com a qual, bem sei, Castanheira não concorda). De todo modo, uma insistência com relação à cobrança de uma validade ou das condições para a sua aferição pode levar a um prestigiamento excessivo de uma metodologia – que, na especificidade, registre-se, não é o caso de Castanheira Neves – mas que, no contexto da teoria do direito, dia a dia ganha adeptos, correndo-se o risco de repristinar uma hermenêutica subsunção do direito, retomando-se um caminho que de há muito buscamos abandonar.

Dizendo de outro modo – e venho insistindo nesse ponto – essa problemática da "validade da explicitação da compreensão" (portanto, da validade da interpretação) deve ser analisada a partir da destruição do método que é proporcionada por Gadamer. Com efeito, não há nisso um déficit de metodologia ou de racionalidade. Essa ruptura não significou um ingresso na irracionalidade ou no relativismo filosófico. *Muito pelo contrário.* Assim como a integridade em Dworkin, a hermenêutica está fundada na autoridade da tradição, que pode ser autêntica e inautêntica, além da importância do texto (que, em Gadamer, é um evento, como já demonstrei alhures). Gadamer deixa claro que a ausência do método não significa que se possa atribuir sentidos arbitrários aos textos. Na medida em que a interpretação sempre se dá em um caso concreto, não apenas fica nítida a impossibilidade de cisão entre *quaestio facti* e *quaestio júris*, como também confere a essa matriz a dimensão problemática tão enaltecida pelo próprio Castanheira Neves. A hermenêutica não trata apenas da faticidade; ela não apenas explica como se dá o sentido ou as condições pelas quais compreendemos. Na verdade, por ela estar calcada na circularidade hermenêutica, fato e direito se conjuminam em uma síntese, que somente ocorre concretamente, na *applicatio* (lembremos sempre que não se cinde conhecimento, interpretação e aplicação). Se interpretar é explicitar o que compreendemos, a pergunta que se faz é: essa explicitação seria o *locus* da validade? Se verdadeira essa assertiva – e creio que não é – então estaríamos diante de outro problema: o que fazer com a *quaestio facti*?

Em *terceiro* e último, *tenho que a hermenêutica filosófica, assim como a teoria integrativa dworkiniana, tratam, sim, de uma teoria da decisão.* A diferença é que ambas não admitem aquilo que está no cerne da expressiva maioria das teorias jurídicas contemporâneas: a discricionariedade dos juízes. Se a hermenêutica e a teoria integrativa não se preocupassem com a decisão, estas seriam relativistas, admitindo várias respostas para cada problema jurídico. *Não há dúvida de que uma teoria jurídica democrática deve se preocupar com a validade normativo-jurídica do concreto juízo decisório. O que não se pode concordar é que, para alcançar esse juízo decisório são possíveis juízos discricionários, o que reforça(ria) novamente o solipsismo interpretativo.*

Numa palavra: a questão da validade reside na circunstância de que não podemos simplesmente confundir essa validade com uma espécie de imposição ontológica (no sentido clássico) nas questões com que se ocupam determinações do conhecimento cientifico. Também não podemos mais pensar a validade como uma cadeia causal sucessiva que tornaria verdadeiro um determinado conjunto de proposições jurídicas. *A validade é o resultado de determinados processos de argumentação em que se confrontam razões e se reconhece a autoridade de um argumento.*

E que fique bem claro que o reconhecimento da autoridade de um argumento não está ligado a uma imposição arbitrária. Pelo contrário, a hermenêutica é incompatível com qualquer tipo de arbitrariedade. Como afirma Gadamer – ao proceder a reabilitação da *autoridade* da tradição: "o reconhecimento da autoridade está sempre ligado à idéia de que o que a autoridade diz não é uma arbitrariedade irracional, mas algo que pode ser *inspecionado principalmente*. É nisso que consiste a essência da autoridade que exige o educador, o superior, o especialista".[30] Em conseqüência, devemos primeiro com-

30 Gadamer, Hans-Georg. *Verdade e Método*, *op. cit.*, p. 420.

preender o problema da validade como uma questão que pode ser amplamente desenvolvida pela ciência e pela lógica. Mas não há duvida de que aqui também reaparece um certo tipo de pressuposto que está sempre presente para produzir o campo comum de interação próprio para troca de argumentos.

Mas, penso que também poderíamos discutir o problema da validade em outro nível. Sob esse aspecto, a validade foi durante o neokantismo muitas vezes apresentada como o sentido que sustenta qualquer teoria dos enunciados. É desse conceito de validade que Heidegger extrai a necessidade de se fazer uma distinção entre a validade na ciência e a validade na filosofia, questão que ele, sob certos aspectos, utilizou para se inspirar na lenta determinação do que significa a diferença ontológica, na medida em que a validade que se coloca no nível dos entes é a validade para a qual nós temos instrumentos de argumentação/discussão, enquanto a outra validade termina já sempre operando nesses tipos de argumentação, que é o sentido. *E esse sentido dos neokantianos passou em Heidegger precipuamente no conceito de ser.* Por isso, para alguns autores, a diferença ontológica nasceu de uma leitura que Heidegger fez de certas discussões neokantianas.[31]

Em linha similar à Castanheira Neves,[32] Cláudia Bittner[33] faz contundente crítica à falta de uma teoria da decisão em Dworkin. Com efeito, diz a autora[34] que na teoria dworkiniana há um abismo entre a teoria interpretativa da prática jurídica, necessariamente muito abstrata, e o problema do caso concreto, devendo ser ultrapassado por Hércules, cuja tarefa é desenvolver as amplas concepções sobre os conceitos que figurariam na interpretação abstrata da prática jurídica até que sejam bastantes para estes casos concretos. Essa formação de conceitos não é trabalho com o caso concreto – acusa Bittner –, mas, sim, uma formação interpretativa relativamente aos materiais de à instituição como um todo. Diz também que em Dworkin permanecem obscuras questões como o modo como se realiza a concretização no problema do caso e a forma como a situação a decidir influencia de algum modo a formação inter-

31 Também Stein aponta para este fato indicado no texto: "a diferença ontológica, cuja envergadura se desdobrou muito com o labor do filósofo, lhe foi ao menos possibilitada pelas análises de Emil Lask. O pensamento de Heidegger que se quer nos antípodas do problema gnosiológico, contudo, lhe deve algo de essencial" (Stein, Ernildo. *Uma Breve Introdução à Filosofia*. 2ª ed. Ijuí: Unijuí, 2005, p. 83)

32 Cf. Castanheira Neves, Antonio. *Escritos acerca do Direito, op. cit.*, pp. 494 e 495.

33 Cf. Bittner, Cláudia. *Recht als Interpretative Práxis, Zu Ronald Dworkins allgemeiner Theorie des Rechts*. Berlin: Duncker u. Humblot, 1988, p. 72.

34 Bittner é citada por Castanheira Neves, valendo registrar, entretanto, que, embora a acompanhe nas críticas à Dworkin, *com ela não concorda no que pertine a sua concepção acerca da compreensão hermenêutica.*

pretativa das teorias. O caso, todavia, não fica ainda decidido: da teoria assim elaborada como um todo somente poderá se obter a norma aplicável ao caso, a norma sob a qual deve ele manifestamente poder se subsumido; esta passagem da teoria à decisão, porém, não preocupa Dworkin, concluí Bittner.

Tenho que a autora alemã faz uma leitura equivocada da teoria dworkiniana. Não há obscuridade no problema da "decisão" em Dworkin. Também não há um abismo entre a teoria interpretativa da prática jurídica e o problema do caso concreto. Dworkin não se preocupa apenas com a norma aplicável ao caso. Se a teoria dworkiniana está baseada na integridade e na coerência e o seu foco está no combate à discricionariedade (aliás, vale registrar como essa discussão tem ficado de lado na teoria jurídica contemporânea) – e por isso aponta para a resposta correta – de que modo é possível afirmar que ele não se preocupa com a decisão?

Bittner esquece que a própria idéia da *one right answer* é o cerne de uma teoria da decisão, porque Dworkin não cinde discursos de fundamentação de discursos de aplicação. Ademais, com exceção de teorias mais sofisticadas como a de Castanheira Neves, a idéia de que não se encontra em Dworkin uma Teoria da Decisão aponta para o velho equívoco das teorias hermenêuticas tradicionais em cindir interpretação de aplicação. Ora, mesmo outros filósofos que comentam a obra de Dworkin, como é o caso de Paul Ricoeur[35] reconhecem a existência de uma teoria interpretativa do direito em Dworkin sendo evidente que nesta teoria interpretativa, estão envolvidos problemas que determinam uma Teoria da Decisão judicial porque interpretar já é aplicar (lembro aqui, outra vez, da *aplicattio* de Gadamer). Por certo que Ricoeur critica Dworkin por não ter levado adiante o *topos* interpretativo da sua teoria – no qual o filósofo francês reconhece um alto grau de importância – para desenvolver, a partir daí, uma teoria da argumentação. Todavia, o próprio Ricoeur reconhece que essa "omissão" da teoria dworkiniana se deve mais a um motivo de precisão teórica, do que a uma falta de sutileza e coerência do ponto de vista lógico-formal. Ou seja, "Dworkin está muito menos interessado na formalidade dos argumentos do que em sua substância e – cabe dizer desde já – em sua substância moral e política".[36]

No fundo, as críticas de Bittner só poderiam ser aceitas se concordássemos com os postulados de uma Teoria da Argumentação no modelo daquela proposta por Alexy, na qual há uma cisão entre *interpretação* e *aplicação*. Com

35 Ricoeur, Paul. *O Justo*. Vol. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pp. 155 e segs.

36 Ricoeur, Paul. *Op. cit.*, p. 159.

efeito, para tais teorias, só se pode fazer Teoria da Decisão quando temos diante de nós a estrutura do procedimento de aplicação do direito – não deixa de ser sintomático o fato da autora se referir à subsunção de normas a casos concretos, fator, aliás, que não é sequer referido por Dworkin. Na mesma linha do positivismo, os argumentativistas relegam o plano interpretativo para uma dimensão de quase-irracionalidade onde não há possibilidades de determinação rigorosa de regras que garantam um resultado certo e seguro. É evidente que tal tese é insustentável. Nesta discussão esconde-se a velha polêmica entre lógica e retórica – a lógica enquanto base do discurso verdadeiro e a retórica enquanto uma pragmática do discurso. As teorias argumentativas fixam sua análise da decisão na lógica e com isso criam uma teoria da decisão abstrata destinada a resolver, apenas em um segundo momento, os problemas da realidade.

É preciso entender que a hermenêutica (filosófica)– e Dworkin segue essa mesma reflexão – (re)valoriza a dimensão prática da retórica oferecendo a possibilidade de instauração de um ambiente no qual os problemas da realidade são resolvidos concretamente, no interior desta mesma realidade, e não numa instância superior, de cunho ideal que, posteriormente, passa a ser aplicada por mimetismo à realidade. Note-se, portanto, que a crítica de Bittner de um excesso de abstração na teoria de Dworkin apresenta um equívoco de base: a orientação filosófica de Dworkin vai em direção a uma análise pragmática da realidade. Tal acusação da autora pode ser feita às teorias argumentativas e epistemo-procedurais, mas não à Dworkin ou à hermenêutica filosófica.

Em defesa de Dworkin – circunstância que pode ser estendida à hermenêutica filosófica – é preciso lembrar que, enquanto um procedimentalista como Habermas desonera os juízes da elaboração dos discursos de fundamentação – porque desacredita na possibilidade de os juízes poderem se livrar da razão prática (eivada de solipsismo) – ele (Dworkin) ataca esse problema a partir da responsabilidade política de cada juiz/intérprete/aplicador, obrigando-o (*has a duty*) a obedecer a integridade do direito, evitando que as decisões se baseiem em raciocínios *ad hoc* (teleológicos, morais ou de política).

Insista-se: quando Dworkin diz que o juiz deve decidir lançando mão de *argumentos de princípio* e não de políticas, não é porque esses princípios sejam ou estejam elaborados previamente, à disposição da "comunidade jurídica" como enunciados assertóricos ou categorias (significantes primordiais-fundantes). Na verdade, quando sustenta essa necessidade, apenas aponta para os limites que devem haver no ato de aplicação judicial (por isso, ao direito não importa as convicções pessoais/morais do juiz acerca da política, sociedade, esportes, etc; ele deve decidir por princípios). É preciso compreender que essa "blindagem" contra discricionarismos é uma defesa candente da democracia, uma vez que Dworkin está firmemente convencido – e acertadamente – que não tem sentido, em um Estado Democrático, que os juízes tenham discricionariedade para decidir os "casos difíceis".

Mas isso é assim – filosoficamente – porque Dworkin compreendeu devidamente o problema do esquema sujeito-objeto, questão que, entretanto, não está devidamente esclarecida e compreendida na obra de Bittner. Exatamente por superar o esquema sujeito-objeto é que *Dworkin não transforma o seu "juiz Hércules" em um juiz solipsista* e tampouco em alguém preocupado apenas em elaborar discursos prévios, despreocupados com a aplicação (decisão). Hércules é uma metáfora, demonstrando as possibilidades de se controlar o sujeito da relação de objeto, isto é, com Hércules se quer dizer que não é necessário, para superar o sujeito solipsista da modernidade, substituí-lo por um sistema ou por uma estrutura (v.g., como fazem Luhmann e Habermas). Insista-se: a teoria dworkiniana, assim como a hermenêutica, por serem teorias preocupadas fundamentalmente com a *applicatio*, não desoneram o aplicador (juiz) dos *Begründungsdiskurs* (discursos de fundamentação). E isso faz a diferença.

13.4. O Problema do "Relativismo" em Face da "Ausência do Método": O Necessário Enfrentamento Dos Mal-Entendidos Acerca da Hermeneutica – A Transição (Ainda Não Feita) do Positivismo ao Pós-Positivismo.

13.4.1. Relativismo e ausência do método: esclarecimentos em torno do conceito (hermenêutico) de *pré-compreensão*.

Destarte, a discussão que proponho, tanto em *Verdade e Consenso* como em *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*, inexoravelmente é atravessada pelas condições de possibilidade da preservação da democracia a partir dos parâmetros do Estado Democrático de Direito. O que sempre pretendi dizer é que não teria sentido que, nesta quadra da história, depois da superação dos autoritarismos/totalitarismos surgidos no século XX e no momento em que alcançamos esse (elevado) patamar de discussão democrática do direito, viéssemos a "depender" da discricionariedade dos juízes na discussão dos assim denominados "casos difíceis" ou em face das (inexoráveis) incertezas da linguagem. Ora, pensar assim seria substituir a democracia pela "vontade do poder" (entendido como o último princípio epocal da modernidade) dos juízes ou de uma doutrina que, seguida pelos juízes, substituísse a produção democrática do direito. Essa produção democrática do direito – *plus* normativo/qualitativo que

caracteriza o Estado Democrático de Direito – é um salto para além do paradigma subjetivista.

É nesse sentido que, ao ser anti-relativista, a hermenêutica funciona como uma blindagem contra interpretações arbitrárias e discricionariedades e/ou decisionismos por parte dos juízes. Veja-se: alguns críticos da hermenêutica – e cito, por todos, o talentoso Daniel Sarmento[37] – acusam-na de ser irracionalista. E o faz criticando o fato de eu apostar na pré-compreensão como limite ao decisionismo judicial. Para ele, pensar que a pré-compreensão é um limite para a atribuição de sentido, nos moldes que eu proclamo, é um equívoco, "sobretudo diante do fato de que, no quadro de uma sociedade plural e fragmentada como a nossa, coexistem múltiplas visões do mundo disputando espaço". Sarmento propõe, assim, "não o abandono da pré-compreensão na hermenêutica constitucional – o que não seria possível, em vista da natureza incontornavelmente 'situada' de cada intérprete, nem tampouco desejável, já que a interpretação da Constituição não pode se deslocar completamente da cultura da sociedade em que ela vige – mas a necessidade de submetê-la a uma filtragem, a partir do exercício de uma racionalidade crítica, que tome como premissa a idéia de que todas as pessoas devem ser tratadas como livres e iguais".[38]

À evidência, tenho várias objeções a tese de Sarmento. Antes de tudo, a hermenêutica filosófica (penso que é ela que o autor critica) não pode ser "regionalizada", como, por exemplo, "hermenêutica constitucional" ou "hermenêutica a ser feita em países com 'múltiplas visões de mundo disputando espaço'" (sic). Hermenêutica é filosofia; consequentemente, *não há* modos diferentes de interpretar, por exemplo, o direito penal, o direito civil, o direito constitucional, o cotidiano, a mídia, etc. Esse é o caráter de universalização da hermenêutica e não de regionalização (se assim se quiser dizer).

No mais, ratifico, aqui, que minhas críticas ao decisionismo, ao discricionarismo, etc., *não estão assentadas apenas nisso* (a pré-compreensão como limite). Essa é uma das teses (conclusões) de um livro de centenas de páginas. Criticar-me por isso é fazer pouco caso da hermenêutica. Minha aposta na pré-compreensão dá-se em face desta ser condição de possibilidade (é nela que reside o giro-lingüístico-ontológico). Minha cruzada contra discricionariedades e decisionismos se assenta no fato de existirem *dois vetores de racionalidade* (apofântico e hermenêutico), *circunstância que o meu crítico não percebe e não entendeu* (veja-se, já aqui, a distinção entre compreender e entender, este de nível lógico-argumentativo e aquele de nível hermenêutico-estruturante).

37 Cf. Sarmento, Daniel. Interpretação Constitucional, Pré-Compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete. In: *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Claudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binembojn ORG. RJ, Lumen, 2009, pp. 311 e segs.

38 Idem, ibidem.

Isso se deve ao fato de que sua crítica provém do âmbito da teoria da argumentação, que (ainda) aposta em "descrições e prescrições", "subsunções e deduções", enfim, dos domínios do (metafísico) esquema sujeito-objeto. Mas, registre-se, críticas desse viés já haviam sido feitas à hermenêutica filosófica de há muito, epitetando-a de "relativista", ataque que Gadamer respondeu com veemência, conforme se pode ver em *Wahrheit und Method* e na presente obra.

Em definitivo, Sarmento não se dá conta de que o fato de a hermenêutica (filosófica) rechaçar o método não implica ausência (ou carência) de racionalidade. Ao contrário, *exatamente porque o método* (no sentido objetivista da palavra) *morreu é que, agora, exige-se maior cuidado no controle da interpretação* (atenção: compreender e interpretar são coisas diferentes). Frise-se: o método morreu porque morreu a subjetividade que sustentava a filosofia da consciência (*locus* do sujeito solipsista – *Selbstsüchtiger*). Ora, o método soçobra diante da superação do esquema sujeito-objeto. *Método não é sinônimo de racionalidade*. Longe disso! E nem é necessário lembrar que a obra Verdade e Método pode (ou deve) ser lida como Verdade *contra* o Método, o que significa admitir a possibilidade de verdades conteudísticas (não apodíticas, é claro). O que os críticos da hermenêutica – como Daniel Sarmento – não entendem é que a hermenêutica atua em um nível de racionalidade I, que é estruturante, transcendental não clássico (Stein); já as teorias da argumentação – terreno no qual ele se move – atuam a partir de um vetor de racionalidade de segundo nível, ficando, portanto, *no plano lógico e não filosófico* (é a contraposição entre o como apofântico [*wie*] e o como hermenêutico [*als*]). E, não esqueçamos, *filosofia não é lógica*.

Eis a distância entre a hermenêutica e teorias procedurais como a teoria da argumentação jurídica. A diferença fundamental talvez esteja no fato de que a hermenêutica atua no âmbito da intersubjetividade (S-S), enquanto as teorias procedurais (como a teoria da argumentação jurídica) *não superaram o esquema sujeito-objeto* (S-O). É evidente – e compreensível – que qualquer teoria que esteja refém do esquema sujeito-objeto acreditará em metodologias que introduzam discursos adjudicadores no direito (Alexy é um típico caso). Isso explica também por que a *ponderação* repristina a velha discricionariedade positivista. Isso explica também porque Alexy e seus seguidores – e Sarmento pode ser incluído nesse rol – não abrem mão da discricionariedade. Com efeito, a teoria da argumentação não conseguiu fugir do velho problema engendrado pelo subjetivismo: a discricionariedade, *circunstância que é reconhecida pelo próprio Alexy*: "Os direitos fundamentais não são um objeto pas-

sível de ser dividido de uma forma tão refinada que inclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento –, de forma a torná-los praticamente sem importância. Neste caso, então, *existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade tanto do legislativo quanto do judiciário*".[39]

Esse é o ponto que liga a teoria alexyana – e consequentemente, de seus seguidores – ao protagonismo judicial, isto é, o *sub-jectum* da interpretação termina sendo *o juiz e suas escolhas*. É também nesse sentido que concordo com Arthur Kaufmann, ao negar qualquer interligação entre hermenêutica e teoria da argumentação jurídica: "A teoria da argumentação provém, essencialmente, da analítica. Esta proveniência pode vislumbrar-se ainda hoje em quase todos os teóricos da argumentação. Não nos é possível, nem necessário, referir todas as correntes da teoria da argumentação, até porque, como nota Ulfrid Neumann, nem sequer existe a teoria da argumentação jurídica. Assim, já é questionável que se possam considerar a tópica e a retórica como formas especiais da teoria da argumentação." Agregue-se, ademais, diz Kaufmann, *que a teoria da argumentação não acompanha a hermenêutica na abolição do esquema sujeito-objeto, prevalecendo-se da objetividade*.[40]

Interessante notar – ainda como resposta à crítica de Sarmento à falta de racionalidade da hermenêutica – que tanto a hermenêutica filosófica como a teoria dworkiniana, cada uma a seu modo, admitem respostas corretas (interpretações corretas). E por que acreditariam nisso, se são irracionais (sic)? Por certo que isso deixa claro que a idéia de racionalidade que guia o talentoso autor em suas críticas é aquela proveniente do método da modernidade, isto é, só pode ser epitetado de "racional" uma teoria que ofereça um método ou um procedimento para sua realização. Mas, será que todas as transformações da filosofia desencadeadas no decorrer do século XX permitem ainda afirmar um tal conceito de racionalidade?

Em Dworkin a integridade e a coerência são o modo de "amarrar" o intérprete, evitando discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos (e nem é necessário enfrentar, aqui, as indevidas e injustas críticas feitas à metafórica figura do juiz Hércules, acusado de "solipsismo"), há algo mais digno do signo da racionalidade que isso? Onde estaria o relativismo hermenêutico? Por certo, se olharmos com cuidado veremos que relativistas são as teses procedurais, que sustentam uma margem de discricionariedade daquele que manipula o procedimento, como ocorre com a teoria da argumentação. Já na hermenêutica filosófica (gadameriana) a não cisão entre interpretação e aplicação (pensemos nas três *subtilitatae*) e a autoridade da tradição são os componentes que "blindam" a interpretação contra irracionalismos e relativismos. Por isso é que se chama de hermenêutica da faticidade. E por isso também que se pode dizer que os princípios não proporcionam abertura na interpretação, com o que até positivistas como Ferrajoli concordam. O ovo da serpente do irracionalismo, da discricionariedade e do decisionismo está em Kelsen e Hart, cada um ao seu modo. E para quem até hoje acredita que a interpretação é um ato de vontade, basta que se acrescente a esse "ato de vontade" a expressão "de poder" e estaremos de volta ao último princípio epocal da modernidade: a *Wille zur Macht*, a vontade do poder de Nietsche, que sustenta as diversas formas de pragmatismo no direito, além de concepções realistas como as dos *Critical Legal Studies*.

Cabe ainda uma observação final acerca da propalada carência de racionalidade na hermenêutica filosófica. Note-se que Sarmento propõe um "quase-abandono" da pré-compreensão, substituindo (ou a controlando) a partir de uma "racionalidade crítica" baseada na "premissa de que todas as pessoas devem ser tratadas como livres e iguais". Mas como funcionaria essa racionalidade? Quem faria isso? O intérprete/juiz? E de que "lugar" falaria esse intérprete? Do lugar do solipsismo? Lembremos que, ao tratar de uma racionalidade baseada na construção de um auditório universal, sem desigualdades, etc, Habermas ao menos ultrapassou (ess)a razão prática a partir da qual Sarmento parece estar falando. Habermas desonera o juiz dos discursos de fundamentação (*Begründungsdiskurs*), porque estes já estão previamente dados, restando ao juiz elaborar discursos de aplicação. Ora, tratar a todos de maneira igual *não é um nível de racionalidade* e tampouco um método; trata-se, sim, de um existencial estruturante do modelo de direito estatuído no e pelo Estado Democrático de Direito (ou, se se quiser, tratar a todos de maneira igual é um critério inegociável no plano dos *Begründungsdiskurs*). Um direito que não tenha ínsita essa "premissa" é um direito incompatível com esse paradigma. A questão é saber de que modo é possível trabalhar com esse "nível de racionalidade" – sic – (tratar a todos de maneira igual) sem depender exatamente da pré-compreensão? O problema, portanto, é que a proposta de racionalidade crítica de Sarmento se desenvolve em um segundo nível de linguagem, isto é, no nível apofântico. Daí a pergunta que a hermenêutica repete indefinidamente: de que modo um processo lógico-argumentativo pode "acontecer" sem a pré-compreensão (atenção: pré-compreensão e não "preconceitos")? Eis o "enigma" proposto por Schnädelbach, na esteira de

39 Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Luis Virgilio A. Silva. São Paulo, Malheiros, 2008, p. 611.

40 Ver, para tanto, Kaufmann, Arthur. Introdução à filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2002, pp. 154 e segs.

Heidegger e Gadamer: o problema do sentido se situa antes do problema do conhecimento.

Esta é uma questão que sequer chega a ser percebida pelos críticos da hermenêutica e que Sarmento também não a menciona em seu texto. Isto porque, como as teorias da argumentação estão fortemente atreladas à tradição da filosofia analítica, há uma espécie de tendência em colocar o enunciado como ponto de partida para o problema da linguagem e, conseqüentemente, para a resolução dos problemas (lógicos) que povoam o universo jurídico. Ressalte-se que esta tendência está sedimentada no senso comum teórico que atravessa o direito brasileiro desde há muito tempo.

Com efeito, já na primeira edição de *Hermenêutica Jurídica (e)m Crise*, demonstro, de modo contundente, o fato de a dogmática jurídica ainda buscar capturar, na interpretação da lei, a essência das palavras. Ou seja, para grande parcela do pensamento jurídico pátrio o problema da interpretação da lei estaria resolvido se fosse possível construir *um grande dicionário onde estivesse contida toda a essência significativa transmitida pelas palavras*. Não deixa de ser sintomático que o livro esteja hoje em sua oitava edição e a crítica permaneça terrivelmente atual. E também a teoria da argumentação de Sarmento permanece no interior daqueles que entendem que o problema da compreensão e da justeza dos enunciados começa com as palavras e a essência que delas brotam.

Nesse ponto não é demais registrar que foi Heidegger quem mostrou que, em filosofia, é equivocado pensar nas palavras como fonte de "essências de significado". Em outras palavras, Heidegger criticava abertamente a existência de uma "filosofia da linguagem" porque esta desconsiderava o lugar mais originário de onde a questão da linguagem exsurge. Nessa medida, depois de demonstrar como o enunciado é um modo derivado da interpretação (que por sua vez foi possibilitada por uma [pré] compreensão existencial), aparece a seguinte afirmação no parágrafo 34 de *Ser e Tempo*: *das significações brotam palavras; estas, porém, não são coisas dotadas de significados*. Note-se: não é nas palavras que devemos buscar os significados do mundo (ou do direito, para ser mais específico), *mas é para significar (o direito) que necessitamos de palavras*. É para isso que as palavras servem: para dar significado às coisas! Para haver compreensão, basta que a articulação do significado dado às coisas (ou ao Direito) esteja provido de sentido. Isto significa dizer: o Dasein, em seu modo prático de ser-no-mundo, desde sempre já se move – compreensivamente – em um todo de significados – que em *Ser e Tempo* recebe o nome de *significância* – e é desta relação fática de compreensão afetivamente disposta que brotam as significações das palavras. Dito de outro modo: articulamos as palavras que temos disponíveis projetando sentidos a partir deste todo de significados. Ou seja, o discurso – que é o modo de manifestação da linguagem – é articulado sempre imerso nesta dimensão de (pré)compreensibilidade da significância.

Esse é o significado da pré-compreensão. Ela não é uma criação da hermenêutica filosófica de Gadamer. Ao contrário, o próprio Gadamer admite em *Verdade e Método* que a pré-compreensão – tese fundamental para construção de sua filosofia – é uma *descoberta heideggeriana*. E é em Heidegger que está o mais eficaz remédio contra o relativismo. Afinal, *Ser e Tempo* é um livro antirelativista. Numa época de pessimismos (social, econômico e filosófico), em que não faltavam teses que interpretavam o mundo no sentido do juízo final e do recomeço radical – lembro aqui de *A Queda do Ocidente* de Oswald Spengler –, *Ser e Tempo* postula a verdade como dimensão em que o ser-aí (*Dasein*) desde sempre se movimenta. Nessa medida, a questão da significância, da estrutura prévia do enunciado e da constituição existencial (prévia) da compreensão são as questões nucleares para a correta introdução ao problema da pré-compreensão e sua relação com a verdade.

Que fique bem claro: não se pode confundir pré-compreensão com visão de mundo, preconceitos ou qualquer outro termo que revele uma abertura para o relativismo. A pré-compreensão demonstra exatamente que não há espaço para este tipo de relativização subjetivista que acabaria, no fundo, caindo nas armadilhas de um ceticismo filosófico.

De todo modo, o que transparece das – duras, porém elegantes – críticas de Sarmento é exatamente *a confusão entre pré-compreensão e preconceitos*. Ora, como demonstrado acima, a pré-compreensão é do nível do *a priori*, antecipador de sentido. A pré-compreensão é uma espécie de totalidade que não pode ser fatiada (como se existisse uma pré-compreensão religiosa e outra leiga/laica). Não nos perguntamos por que compreendemos, pela simples razão de que já compreendemos – lembrando aquilo que ensina Heidegger: em todo *Discurso*, enquanto um existencial do ser-aí, já há uma compreensibilidade sendo articulada. *É por isso que Gadamer diz que o método chega tarde*. A pré-compreensão não significa uma estrutura de caráter histórico e cultural que carateriza uma posição que se prende a um conteúdo determinado que possa ser apresentado como válido contra outro conteúdo. O que está em questão aqui é o problema do preconceito, que pode aparecer na ideologia, na visão de mundo e nos conflitos de caráter histórico.[41] Daí a lição de

41 Para evitar esse tipo de mal-entendido, nada melhor do que lembrar o próprio Gadamer (*Wahrheit I*, op.cit.), para quem os preconceitos e opiniões prévias (e fica claro que é disso que Sarmento está falando e não da *Vorvertändnis*) que ocupam a consciência do intérprete *não se encontram à sua*

Heidegger (do qual – frise-se uma vez mais – se originou a hermenêutica filosófica de Gadamer) acerca da estrutura da compreensão: embora possa ser tolerado, o círculo hermenêutico não deve ser rebaixado/degradado a círculo vicioso. Ele esconde uma possibilidade positiva do conhecimento mais originário, que, evidentemente, somente será compreendida de modo adequado quando ficar claro que a tarefa primordial, constante e definitiva da interpretação continua sendo não permitir que a posição prévia (*Vorhabe*), a visão prévia (*Vorsicht*) e a concepção prévia (*Vorbegriff*) lhe sejam impostas por *intuições ou noções populares* (do senso comum).[42]

É a esses preconceitos que, por certo, Sarmento se refere. Por isso seu alvo é equivocado. Atira nos preconceitos buscando atingir a pré-compreensão (reitero que sempre estou falando a partir da pré-compreensão hermenêutico-filosófica e que é o objetivo da crítica de Sarmento). Isso não quer dizer que qualquer tipo de pensamento possa se apresentar como depurado dos elementos ideológicos-valorativos. Para diminuí-los (controlá-los) podemos apresentar justamente, por exemplo, a idéia de uma crítica das ideologias, dos valores, etc.[43] É por intermédio dessa crítica que se pretendem romper certas barreiras para o diálogo e discussões. Numa palavra: Sarmento talvez tenha sido traído pelos preconceitos e não pela pré-compreensão.

O tema é, pois, recorrente, valendo lembrar que essa crítica à falta/ausência de racionalidade é feita também por Inocêncio Mártires Coelho, que, entretanto, confunde a hermenêutica filosófica com o "método hermenêutico-concretizador" (faz uma crítica a este, mas atinge àquela – e por isso merece ser discutida neste pósfacio). Inicia dizendo que esse "método hermenêutico-concretizador" é pouco diferente do método tópico-problemático (o que, por si, já constitui um problema, embora sem maior relevância para os objetivos da presente anotação). Mais ainda, assinala que os adeptos do método hermenêutico-concretizador

> "procuram ancorar a interpretação no próprio texto constitucional – como limite da concretização -, mas sem perder de vista a realidade que intenta regular e que, afinal, lhe esclarece o sentido; noutras palavras, trata-se de uma postura que encontra apoio, dentre outras, nas seguintes descobertas hermenêuticas de Gadamer: interpretar sempre foi, também, aplicar; aplicar o direito significa pensar, conjuntamente, o caso e a lei, de tal maneira que o direito propriamente dito se concretize; e, afinal, o sentido de algo geral, de uma norma, por exemplo, só pode ser justificado e determinado, realmente na concretização e através dela".

Na seqüência – pressupondo como fato consumado a "origem comum" do método hermenêutico-concretizador e da hermenêutica filosófica – Mártires Coelho investe contra a categoria da pré-compreensão, *verbis*:

> "Considerando, entretanto, que toda pré-compreensão, em certa medida, possui algo de irracional, pode-se dizer que, apesar dos seus esforços, os que propugnam por esse método (*sic*), assim como os defensores do processo tópico-problemático, ficam a dever aos seus críticos algum critério de verdade que lhes avalize as interpretações, de nada valendo, para quitar essa dívida, apelarem para uma imprecisa e mal definida verdade hermenêutica, que pode ser muito atraente como idéia, mas pouco nos diz sobre os alicerces dessa construção".[44]

Coloquemos, então, as discordâncias com o autor: em primeiro lugar, o método hermenêutico-concretizador é trazido por Canotilho a partir de duas fontes: Hesse e Müller, *não fazendo nenhuma referência a Gadamer*. De fato, há em Müller (que é associado ao método estruturante) uma base gadameriana. A questão, no entanto, não é a influência de Gadamer em Müller ou Hesse, *mas o modo como Gadamer é lido pelos juristas*. Müller, por exemplo, usa Gadamer para justificar a relação da interpretação com a aplicação e, ao mesmo tempo, procura oferecer uma estrutura metodológica para controlar a

livre disposição. Por isso o intérprete não está em condições de distinguir por si mesmo e de antemão os preconceitos produtivos, que tornam possível a compreensão, *daqueles outros* (aqui está o ponto fulcral da confusão entre pré-compreensão e preconceitos) *que a obstaculizam e que levam a equívocos*.

42 Como bem assinala Gadamer (*Wahrheit und Methode I, op. cit.*), o que Heidegger diz aqui não é em primeiro lugar uma exigência à práxis da compreensão, mas descreve a forma de realização da própria interpretação compreensiva. A reflexão hermenêutica de Heidegger tem o seu ponto alto não no fato de demonstrar que aqui prejaz um círculo, mas que este círculo tem um sentido ontológico positivo. A descrição como tal será evidente para qualquer intérprete que saiba o que faz. Toda interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas, enfim, dos preconceitos e voltar seu olhar para as "coisas elas mesmas" (veja-se que textos sempre tratam de coisas, sendo que, por isso, texto é sempre um evento). Por isso, diz Gadamer, a compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais inicia não forem arbitrárias.

43 Sarmento não se dá conta de que, para Gadamer, a antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão, *não é um ato da subjetividade*, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição. Esse equívoco decorre do lugar de onde fala o meu crítico: o esquema sujeito-objeto.

44 Cf. Mártires Coelho. *Op. cit.*, pp. 103-104.

interpretação. Não podemos esquecer da relação do pensamento de Gadamer com os métodos constitutivos da compreensão! Em Gadamer, não é possível associar métodos e a antecipação da compreensão na circularidade hermenêutica. Isso de modo algum! Na seqüência, tal como já fizera Daniel Sarmento, Mártires Coelho confunde pré-compreensão com preconceitos, ou seja, utiliza *pré-compreensão* como se fosse preconceito, ideologia, subjetividades ou visão de mundo. Realiza, portanto, um processo de "fatiamento" da pré-compreensão.

Insisto: a pré-compreensão é uma espécie de todo que sempre nos antecipa quando nos relacionamos com os entes no mundo. Em hipótese alguma isso representa uma idéia, mas pelo contrário isso é possibilitado por um ver fenomenológico que acessou o mundo prático em suas estruturas mais originárias. Isso implica a seguinte pergunta: por que a pré-compreensão de que fala Gadamer – que, insista-se, é estruturante, que antecipa o sentido (novamente a *razão hermenêutica* de que fala Schnädelbach) – seria irracional? Por que a hermenêutica não oferece nenhum critério "garantidor" da verdade? Novamente, o que está em jogo é uma idéia de que o racional só é alcançado quando se tem um método disponível para assegurar a organização e o processamento do processo de conhecimento do direito.

Mas, observemos: o ataque de Mártires Coelho não é – diretamente – à hermenêutica filosófica. Mas tudo indica que a confusão entre hermenêutica e método concretizador *acabou por propiciar uma cobrança de "racionalidade" da hermenêutica*, uma vez que o professor brasiliense diz de nada valer, "para quitar essa dívida, apelarem para uma imprecisa e mal definida verdade hermenêutica". Aqui transparece, nitidamente, que o lugar da crítica de Mártires Coelho não é o *ontological turn* e, sim, o da filosofia da consciência, enfim, do lugar da fala do método tradicional da modernidade. Gadamer, como tenho insistido, faz uma ruptura com o método a partir da superação do esquema sujeito-objeto, confrontando-se, abertamente, com o sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*) da modernidade. Mas, confundir essa ruptura com o método com a instauração de uma irracionalidade (ou um livre atribuir de sentidos) *é confundir, também neste ponto, os níveis em que se dão a compreensão e a explicitação dessa compreensão.*

Ora, Mártires Coelho cobra da hermenêutica uma razão instrumental que a hermenêutica afastou justamente em face do esquema sujeito-objeto. Mas é preciso compreender que, no lugar disso, *Gadamer coloca a autoridade da tradição, a aferição da verdade hermenêutica a partir dos pré-juízos legítimos e ilegítimos, circunstância que reforça a relação da hermenêutica para com o direito, mormente pelo locus privilegiado representado pela Constituição.* Não esqueçamos – novamente – da *applicatio* gadameriana e sua incindibilidade para com a interpretação. Essa circunstância favorece em Dworkin a utilização da integridade e da coerência como modos de controlar/amarrar o intérprete, evitando discricionariedades e arbitrariedades, problemática que perpassa toda a presente obra. E, não esqueçamos, numa palavra, o que Gadamer dizia acerca da acusação de irracionalidade e/ou de relativismo à hermenêutica: *o relativismo não deve ser combatido; deve ser destruído.* Parece claro isso: o irracionalismo é, paradoxalmente, produto da "racionalidade instrumental" da modernidade!

Por fim, importa referir que essas críticas – embora relevantes e feitas de forma sofisticada por autores do porte do professor da UNB e do IDP – tornam-se problemáticas porque se originam de um território ocupado pelo proceduralismo das teorias argumentativas. Ainda, numa palavra: com Habermas e Luhmann podemos, ao menos, discutir uma alternativa para o pensamento pós-metafísico (Habermas) e, até mesmo, as possibilidades de qualquer uma dessas alternativas (Luhmann). Lembremos que Habermas é anti-relativista, anti-discricionarista, assim como Dworkin. Com certeza, Luhmann não compactua com irracionalidades (pode-se dizer que, nele, as contingências são evitadas pelas estruturas). O que não é possível é avaliar o pensamento hermenêutico-gadameriano-dworkiniano pela lente da filosofia da consciência (portanto, pela metafísica moderna).

Por tudo isso – e permito-me insistir nesse ponto – discutir as condições de possibilidade da decisão jurídica é, antes de tudo, *uma questão de democracia*. Por isso, deveria ser despiciendo acentuar ou lembrar que *a crítica à discricionariedade judicial não é uma "proibição de interpretar"*. Ora, interpretar é dar sentido (*Sinngebung*). É fundir horizontes. E direito é um sistema de regras e princípios, "comandado" por uma Constituição. Assim, afirmar que as palavras da lei (*lato sensu*) contêm vaguezas e ambigüidades e que os princípios podem ser – e na maior parte das vezes são – mais "abertos" em termos de possibilidades de significado, *não constitui novidade.*

O que deve ser entendido é que a realização/concretização desses textos (isto é, a sua transformação em normas) não depende de uma subjetividade assujeitadora (esquema sujeito-objeto), como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete, dando assim razão a Kelsen, para quem *a interpretação a ser feita pelos juízos é um ato de vontade* (sic). Isso para dizer o mínimo!

Na verdade, o "drama" da discricionariedade aqui criticada é que esta transforma os juízes em legisladores. E mais do que transformar os juízes em legisladores, o "poder discricionário" propicia a "criação" do próprio objeto de "conhecimento", típica problemática que remete a questão ao solipsismo

característico da filosofia da consciência no seu mais exacerbado grau.[45] Ou seja, concebe-se a razão humana como "fonte iluminadora" do significado de tudo o que pode ser enunciado sobre a realidade. Nesse paradigma, as coisas

45 *É isso, por exemplo, que Eduardo Appio não entendeu na tese que proponho para combater o problema da discricionariedade no direito. Com efeito, em obra recente o autor apresenta críticas a pontos específicos de minha obra, catalogando-a – em título específico de seu trabalho – sob o rótulo de "interpretativismo hermenêutico de Lenio Streck" (Direitos das minorias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 297-299). De plano, um problema se apresenta. Parece-me claro que há uma articulação equivocada do conceito de interpretativismo. Como é cediço, interpretativistas são as posturas teóricas que defendem uma interpretação originalista da Constituição. Na medida em que tais teorias surgem nos Estados Unidos, trata-se de um originalismo com relação à Constituição Norte-americana. Sendo mais claro, há uma disputa histórica entre os teóricos norte-americanos – pelo menos desde o clássico artigo de Thomas Grey que, pela primeira vez, estabeleceu e classificou desse modo a diferença metodológica em relação à interpretação da Constituição (cf. Grey, Thomas C. "Do We Have un Unwritten Constitution?" In: Stanford Law Review n. 27, 1975, pp. 703 e segs.) – sobre como deve ser encarada, metodicamente, a interpretação da Constituição. Segundo Grey, duas são as posições que se contrapõem: o interpretativismo e o não-interpretativismo. O interpretativismo relaciona-se à postura originalista que os limites de liberdade de conformação do legislador devem se dar nos limites do texto escrito; ou seja, basta a grafia constitucional para que os limites ao processo político sejam determinados e instaurados. Já as posturas não-interpretativistas postulam uma espécie de política constitucional, aproximando-se das idéias defendidas pelo realismo jurídico. Ora, por certo que, ao defender a possibilidade e a necessidade de respostas corretas em direito (ou, na formula que proponho: respostas adequadas constitucionalmente), não é possível ter-me como um interpretativista (originalista). Isso por um motivo simples: quando afirmo tal tese, tenho por pressuposto que a dicotomia interpretacionismo – não-interpretacionismo está – de há muito – superada e os problemas daí decorrentes já tenham sido sanados. Isto porque, quando em Law's Empire Dworkin enfrenta o aguilhão semântico e o problema do pragmatismo, há uma inevitável superação das teses clássicas sobre a interpretação da Constituição Americana. Ou seja, o problema da resposta correta não se resume à identificação da sentença judicial com o texto da lei ou da Constituição. Se pensássemos assim, estaríamos ainda presos aos dilemas das posturas semânticas. Quando se fala em resposta correta há uma série de acontecimentos que atravessam o direito que ultrapassam o mero problema da "literalidade do texto". Daí a confusão operada por Appio: para ele, quando assevero que os limites semânticos do texto devem ser respeitados, como no caso do problema envolvendo o casamento de pessoas do mesmo sexo, conclui de minha abordagem um inexplicável viés de contenção judicial em benefício de uma estrita exegese, de acordo com a literalidade da norma (p. 298). Ainda no âmbito da série de equívocos e confusões feitas pelo autor no decorrer do texto, veja-se a equivocada afirmação no sentido de que a hermenêutica filosófica "não aponta um caminho a ser seguido, pois apenas recomenda que o intérprete deve deixar a interpretação fluir naturalmente" (p. 299), como se eu estivesse a propor uma modalidade de laissez faire hermenêutico. É preciso insistir: a hermenêutica por mim trabalhada é antirelativista e antidiscricionária, o que significa dizer que o sentido não está à disposição do intérprete (o que é diferente de dizer que há uma "exegese de estrita literalidade"). Por fim, cabe anotar que, desde a primeira edição do meu Súmulas, anterior ao lançamento de Hermenêutica Jurídica e(m) Crise, já defendia uma explícita doutrina em sentido abissalmente diverso ao que agora é dito nesta estranha sinopse tipológica, o que me faz cogitar, se não a indiferença de Appio em relação aos meus escritos, uma incontroversa má interpretação acerca do correspondente conteúdo, que nem mesmo o "deixar fluir" hermenêutico permitiria em tão notórios equívocos.*

são reduzidas aos nossos conceitos e às nossas concepções de mundo, ficando à *dis*-posição de um protagonista (no caso, o juiz, enfim, o Poder Judiciário). E isso acarreta conseqüências graves no Estado Democrático de Direito.

Eis a complexidade: historicamente, os juízes eram acusados de ser a boca da lei. Essa crítica decorria da cisão entre questão de fato e questão de direito, isto é, a separação entre faticidade e validade (problemática que atravessa os séculos). As diversas teorias críticas sempre aponta(ra)m para a necessidade de rompimento com esse imaginário exegético. Ocorre que, ao mesmo tempo, a crítica do direito, em sua grande maioria, sempre admitiu – e cada vez admite mais – um alto grau de discricionariedade nos casos difíceis, nas incertezas designativas, enfim, na zona de "penumbra" das leis, voltando-se à problemática discutida no início deste posfácio.

Assim, quando questiono os limites da interpretação – a ponto de alçar a necessidade desse controle à categoria de princípio basilar da hermenêutica jurídica – a constitucional – está obviamente implícita a rejeição da *negligência do positivismo "legalista" para com o papel do juiz*, assim como também a "descoberta" das diversas correntes realistas e pragmatistas que se coloca(ram) como antítese ao exegetismo das primeiras. Ou seja, a questão que está em jogo ultrapassa de longe essa antiga contraposição de posturas, mormente porque, no entremeio destas, surgiram várias teses, as quais, sob pretexto da superação de um positivismo fundado no sistema de regras, construíram um modelo interpretativo calcado em procedimentos, cuja função é(ra) descobrir os valores presentes (implícita ou explicitamente) no novo direito, agora "eivado de princípios e com textura aberta".

Já as posturas subjetivistas, especialmente, redundaram em um fortalecimento do protagonismo judicial, fragilizando sobremodo o papel da doutrina. Em *terrae brasilis* essa problemática é facilmente notada no impressionante crescimento de uma cultura jurídica cuja função é reproduzir as decisões tribunalícias. *É o império dos enunciados assertóricos que se sobrepõe à reflexão doutrinária.* Assim, os reflexos de uma aposta no protagonismo judicial não demorariam a ser sentidos: a doutrina se contenta com "migalhas significativas" ou "restos dos sentidos previamente produzidos pelos tribunais". Com isso, a velha jurisprudência dos conceitos acaba chegando ao direito contemporâneo a partir do lugar que era o seu destinatário: as decisões judiciais, ou seja, são elas, agora, que produzem a conceitualização. Com uma agravante: o sacrifício da faticidade; o esquecimento do mundo prático.

De todo modo, o ponto fulcral não está nem no exegetismo, nem no positivismo fático (por todos, basta examinar as teses do realismo jurídico nas suas variadas perspectivas) e tampouco nas teorias que apostam na argumentação

jurídica como um passo para além da retórica e como um modo de "corrigir as insuficiências do direito legislado". Na verdade, o problema, em qualquer das teses que procuram resolver a questão de como se interpreta e como se aplica, *localiza-se no sujeito da modernidade, isto é, no sujeito "da subjetividade assujeitadora"*, objeto da ruptura ocorrida no campo da filosofia pelo giro lingüístico-ontológico e que não foi recepcionado pelo direito.

Isso significa poder afirmar que qualquer fórmula hermenêutico-interpretativa que continue a apostar no solipsismo estará fadada a depender de um sujeito individualista (ou egoísta, para usar a melhor tradução da palavra em alemão *Selbstsüchtiger*), como que a repristinar o nascedouro do positivismo através do nominalismo. Está-se lidando, pois, com rupturas paradigmáticas e princípios epocais que fundamentam o conhecimento em distintos períodos da história (do *eidos* platônico ao último princípio fundante da metafísica moderna: a vontade do poder, de Nietzsche).

13.4.2. Aproximações fenomenológicas em torno do *pós-positivismo*: crítica do significado de uma Teoria do Direito *pós-positivista* – novamente o problema da "mixagem teórica".

Todos os mal-entendidos e equívocos que procuro denunciar neste posfácio se devem, talvez exclusivamente, ao estado de poluição semântica[46] e anemia significativa a que o significado do termo *pós-positivismo* foi submetido. E isto, é importante frisar, não é uma peculiaridade do pensamento jurídico brasileiro, mas também pode ser notado em várias manifestações teóricas que encontramos no direito comparado. Naquelas vertentes teóricas em que se nota uma preocupação com a determinação de um novo paradigma para o direito, parece haver certo consenso quanto ao esgotamento teórico dos modelos positivistas de teoria do direito. Mas, ao mesmo tempo, há uma imensa dificuldade de libertação de toda carga conceitual que foi legada pelos anos de predomínio do positivismo. O resultado é uma espécie de repristinação das velhas teses das teorias positivistas clássicas e das do neopositivismo que, evidentemente, trazem consigo o mesmo vírus que contaminava o legatário:[47] a

46 Cf. Stegmüller, Wolfgang. *A Filosofia Contemporânea*, Vols. I e II. São Paulo: EPU, 1977.

47 Também é possível trazer para esta discussão as críticas que serão feitas adiante à tese da continuidade no tocante à idéia de princípios. Ou seja, se se entender o neoconstitucionalismo como uma continuidade do constitucionalismo anterior, tem-se uma contaminação do velho problema positivista da discricionariedade, para dizer o menos. Assim, o neoconstitucionalismo somente adquire sentido útil se entendido a partir de uma descontinuidade, portanto, de *ruptura*.

aposta na discricionariedade judicial para resolver o problema da decisão. Ou seja, no fundo não conseguimos sair de um velho dilema: o que fazer para controlar a atuação da jurisdição?

O positivismo sequer se preocupava em responder tal questão. Para ele, a discricionariedade judicial era uma fatalidade. A razão prática – que o positivismo chama de discricionariedade – não poderia ser controlada pelos mecanismos teóricos da ciência do direito. A solução, portanto, era simples: deixemos de lado a razão prática (discricionariedade) e façamos apenas epistemologia (ou, quando esta não dá conta, deixe-se ao alvedrio do juiz – eis o ovo da serpente gestado desde a modernidade).

Este ponto é fundamental para que fique bem claro para onde as teorias do direito *pós-positivistas* (ou *não-positivistas*, o que dá no mesmo) pretendem apontar sua artilharia: o enfrentamento do problema interpretativo que é o elemento fundamental de toda experiência jurídica. Isto significa que, de algum modo, todas as teorias do direito que se projetam nesta dimensão *pós-positivista* procuram responder a este ponto; procuram enfrentar o problema das vaguezas e ambigüidades dos textos jurídicos; procuram, enfim, enfrentar problemas próprios da chamada razão prática – que havia sido expulsa do território jurídico-epistemológico pelo positivismo. Daí o epíteto *pós-positivismo*, que se refere a emergência de um novo modelo de teoria do direito no interior da qual o problema da razão prática recebe uma espécie de "dignidade epistemológica".

Ocorre que este enfrentamento é realizado por vários autores, cada um com orientações jusfilosóficas distintas. Apresento aqui uma espécie de determinação sumária de cada uma destas orientações jusfilosóficas:

1. Há um pós-positivismo de matriz analítica que pode ser sentido em autores como Robert Alexy, bem como naqueles que o seguem no modo de sua Teoria da Argumentação Jurídica;
2. Podemos notar também uma orientação pós-positivista de cunho *discursivo-comunicacional*, que se manifesta, obviamente, na Teoria do Direito de Habermas;
3. Temos também uma matriz *estruturalista* que está presente no pós-positivismo de Friedrich Müller, embora sofra este autor uma grande influência da hermenêutica de corte gadameriano;
4. Por fim, há um pós-positivismo de matriz hermenêutico-fenomenológico que está presente nas obras de Ronald Dworkin, Arthur Kaufmann e, em alguma medida, em Josef Esser. Também a minha

Nova Crítica do Direito (também denominada de *Crítica Hermenêutica do Direito*) possui esta raiz filosófica.

Cada uma destas diferentes facetas do *pós-positivismo* enfrentará o problema da razão prática de uma forma diferente. Este modo de enfrentar o problema tem um profundo impacto em cada uma das teorias, visto que é a partir dele que se projetará como cada qual cuidará de resolver a questão da validade, da legitimidade e, ao mesmo tempo, definirá o significado conceitual de norma, regra, princípio etc.

Alexy resolverá o problema do cruzamento da razão teórica com a razão prática a partir da idéia de correção e da aplicação da fórmula Radbruch, como já me referi à exaustão no decorrer desta obra.[48] A analítica entra em seu projeto epistêmico no modo como ele arquiteta a relação entre *discurso especial* e *discurso geral*. Claramente aposta na discricionariedade, como também já demonstrado. Portanto, Alexy pode ser enquadrado na concepção de um neoconstitucionalismo ou pós-positivismo de continuidade.

Já em Habermas, a saída se dá pela Teoria do Discurso. Com efeito, Habermas sabia do problema do solipsismo que assombrava a idéia kantiana de razão prática. Ademais, como leitor privilegiado da situação histórica da filosofia no século XX, Habermas conhecia muito bem as armadilhas metafísicas presentes nas concepções tradicionais e/ou convencionais de razão prática. Daí que sua solução, para escapar dos problemas que ele sabia existir na razão prática, será *substituí-la* pela *razão comunicativa*. Isto é sintomático: Habermas conhece o problema que emana do solipsismo do sujeito moderno e, para resolver este problema, em substituição à razão prática solipsista, apresenta um novo paradigma calcado naquilo que ele chama de *razão comunicativa*. Não mais o sujeito estaria no centro, mas a própria sociedade, o espaço público etc... Ou seja, Habermas faz algo parecido com o que fez o positivismo, *excluindo a razão prática como problema*. É por isso que considero Habermas, tal qual Kelsen e Hart, como um fatalista: o sujeito solipsista que fundamenta a razão prática é insuperável. Portanto, nesse contexto habermasiano a palavra de ordem é: deixemo-lo de lado e vamos construir as condições de possibilidade de um outro paradigma ignorando sua existência.

Na hermenêutica de cunho fenomenológico a idéia de razão prática se dissolve com a morte daquele que a sustenta: o sujeito solipsista. O ser-aí (*Dasein*) de Heidegger supera, no que tange ao problema do conhecimento, o solipsismo

48 Quanto a esta questão, ver também o pós-posfácio de meu *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, em especial pp. 339/351.

monadológico do sujeito moderno a partir da demonstração das estruturas existenciais do ser-no-mundo e dos existenciais do ser-em e do ser-com. A intersubjetividade se manifesta no conceito de significância que se apresenta como o responsável pela formação dos projetos de sentido e significados que os seres-aí articulam no *Discurso*. A afecção e a compreensão propiciam a abertura do ser-aí que, assim, se compreende, compreende o mundo e os outros seres-aí no movimento circular progressivo do *círculo hermenêutico*. É desta dimensão de significância, portanto, que emerge a possibilidade do significado. Isto quer dizer que quando produzimos um enunciado – que por sua vez foi resultado da interpretação da compreensão afetivamente disposta – é porque já nos movemos antes compreensivamente nesta estrutura múndica chamada significância. Esta estrutura não tem o sentido do ver teórico contemplativo, mas sim o sentido da lida cotidiana de cada ser-aí. Desse modo, Heidegger inverte a polaridade clássica que reconhecia um privilégio teórico na formação do conhecimento, demonstrando o significado prático da compreensão que desde-sempre temos do mundo. O aparecimento de conhecimentos mais sofisticados, como é o caso do conhecimento científico, será demonstrado pela relação – igualmente circular – entre o *logos hermenêutico* e o *logos apofântico*, sendo que sempre restará uma dimensão prática acentuada no nível hermenêutico, compreensivo. A relação entre prática e teoria, portanto, terá essa característica circular, mas ambas estarão articuladas numa unidade que é a antecipação do sentido. Ocorre que, desse modo, não podemos mais falar em "razão teórica" ou "razão prática" uma vez que o termo "razão" vem imbuído da idéia solipsista que revestia o sujeito moderno. É por isso que, a partir de Heidegger, ocorre uma (re)introdução do mundo prático na filosofia. Note-se: *mundo prático* e não *razão prática*. Mundo aqui implica transcendência. Aponta para o fato de o ser-aí estar sempre "fora" de si mesmo na relação cotidiana que tem com os entes.

É sempre necessário lembrar que Gadamer apenas irá descobrir o sentido prático que há na hermenêutica porque *ele já possuía esta antevisão do projeto heideggeriano*.[49] De algum modo, todas estas questões irão repercutir no

49 Insiste-se aqui no seguinte ponto: *matrizes teóricas implicam comprometimentos*. Não parece adequado – como já frisei anteriormente – que o precursor da ruptura filosófica por intermédio do *hermeneutic turn*, Martin Heidegger, seja, "convenientemente", deixado de lado nas discussões acerca da hermenêutica jurídica contemporânea, principalmente quando se articulam conceitos já universalizados e de domínio público como *pré-compreensão*, *círculo hermenêutico*, *pré-juízos*, *fusão de horizontes*, etc. Afigura-se-me estranho quando determinadas análises críticas sobre o esquema sujeito-objeto e outras questões obstaculizadoras de um novo olhar sobre a interpretação do direito, prescindam da teoria ou da menção daquele que foi o criador e inspirador de Gadamer, este sim, por não ter "problemas políticos", citado à saciedade.

pós-positivismo de Dworkin e de Müller. Este último chega inclusive a um belíssimo diagnóstico acerca do que seja uma teoria do direito pós-positivista. Com efeito, para Müller, o termo *pós-positivismo* refere-se não a um antipositivismo qualquer, mas a uma postura teórica que, sabedora do problema não enfrentado pelo positivismo – qual seja, a questão interpretativa concreta, espaço da chamada "discricionariedade judicial" – *procura apresentar perspectivas teóricas e práticas que ofereçam soluções para o problema da concretização do direito.*[50]

Penso, porém, que a metódica estruturante não resiste a uma análise fenomenológico-hermenêutica radical. Reconheço a relevância de Müller para o desenvolvimento de uma nova teoria da norma, que libertasse verdadeiramente o direito da concepção semântica existente no positivismo de Kelsen e Hart. Neste sentido, a distinção entre norma e texto da norma é importantíssima. Todavia, permanece aí a ameaça do relativismo que se manifesta na própria estratégia metodológica proposta pelo autor para determinação do programa da norma e do âmbito da norma. Acredito que a diferença entre texto e norma só tem sentido se olhada a partir da *redução fenomenológica* proposta por Heidegger.[51] Ou seja, é preciso compreendê-la a partir da *diferença ontológica*. Com isso, tem-se por afastado o fantasma do relativismo, porque *nunca haverá normas sem textos*. Ademais, há um significado epistemológico para o reconhecimento da diferença ontológica entre texto e norma: é a partir dela que se constitui o projeto da determinação do campo jurídico no interior da totalidade do ente.[52]

Mas é em Dworkin, com ele e indo além dele, que podemos projetar de modo mais significativo uma teoria hermenêutica do direito num sentido pós-

50 Cf. Müller, Friedrich. *O novo Paradigma do Direito. Introdução à teoria e metódica estruturante do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 11.

51 Para evitar equívocos na compreensão do termo *redução*, transcrevo aqui uma passagem de Heidegger: "Adoptamos así um término central de la fenomenología de Husserl, valiéndonos de la expresión pero no de su contenido. *Para Husserl* la reducción fenomenológica, que por primera vez elaboró de forma expresa en las *Ideas para una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica* (1913), es el método de la reconducción de la mirada fenomenológica desde la actitud natural propia del hombre que vive en el mundo de las cosas y de las personas hasta la vida transcendental de la consciencia y sus vivencias noético-noemáticas, en las cuales se constituyen los objetos como correlatos de la consciencia. *Para nosotros* la reducción fenomenológica significa la reconducción de la mirada fenomenológica desde la comprensión, siempre concreta de un ente hasta la comprensión del ser de ese ente (proyectada sobre el modo de su estar develado)" (Heidegger, Martin. *Los Problemas Fundamentales de la Fenomenología*. Tradução de Juan José Garciá Norro. Madrid: Trotta, 2000, p. 47).

52 Cf. Heidegger, Martin. *Introdução à Filosofia*. Tradução de Marco Antônio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

positivista. Há pontos que unem aquilo que Dworkin propõe para o direito com a hermenêutica filosófica de cariz gadameriano, os quais já foram tratados no decorrer da obra (*v.g.*: além da coincidência entre a correção da interpretação em Gadamer e a tese da resposta correta em Dworkin, podemos apontar, também, o papel que a história desempenha em ambas as teorias, bem como o significado prático dado à tarefa interpretativa; de igual modo, o enfrentamento da discricionariedade positivista e a construção da integridade do direito são questões que passam pela superação da razão prática pelo *mundo prático* operada pela tradição hermenêutica).

Decisivo, porém, é perceber que, do quadro geral acima traçado, decorrerão conseqüências díspares no que tange a formação dos conceitos jurídicos fundamentais. Assim:

a) a validade, por exemplo, apresentará uma feição procedural tanto na teoria analítica de Alexy quanto na teoria discursiva de Habermas – embora, no contexto geral, exista uma diferença qualitativa entre as duas teorias (em favor de Habermas). Enquanto isso, nas teorias de inspiração hermenêutica, a validação ocorrerá no âmbito da própria decisão em um sentido conteudístico;
b) isso implica dizer que, na hermenêutica, a relação de validade não pode nunca ser dissociada da questão da legitimidade (veja-se quanto a isso a questão da autoridade em Gadamer e suas conseqüências para a construção da hermenêutica filosófica). Também a relação entre direito e moral aparecerá de diferentes modos em cada uma destas teorias, como discorremos no início deste posfácio;
c) desse modo, é preciso reconhecer que nem todas as teorias que se intitulam pós-positivistas realmente superaram o positivismo, mormente se examinado o positivismo a partir de suas características fundamentais (fontes sociais, relação direito-moral e discricionariedade);
d) a teoria de Robert Alexy – embora seja caracterizada por ele como uma teoria não-positivista (ou pós-positivista) – continua a repristinar vários dos conceitos do velho positivismo, como se estivesse a celebrar, ainda hoje, a vitória de pirro do positivismo sobre a solipsista razão prática.

Qualquer esforço teórico que acabe por cruzar um modelo de teoria pós-positivista com outro terá, necessariamente, sua validade contestada. Isso porque, como foi demonstrado linhas acima, em cada uma destas teorias haverá uma espécie de quadro referencial no interior do qual se desdobrarão os sig-

nificados de conceitos básicos para a teoria jurídica. Assim, por exemplo, fazer uso de conceitos habermasianos ao lado daqueles trabalhados por Alexy, poderá acarretar um conflito que colocará em xeque toda construção teórica apresentada. O mesmo se pode dizer de Alexy e Dworkin, ou de Müller e Alexy, etc.

Portanto, para se realizar uma efetiva teoria pós-positivista dois elementos são, inexoravelmente, necessários:

a) ter total consciência do nível teórico sob o qual estão assentadas as projeções teóricas efetuadas, ou seja, uma teoria pós-positivista não pode fazer uso de *mixagens teóricas*;
b) enfrentar o problema do solipsismo epistemológico que unifica todas as formas de positivismo.

Em síntese – e quero deixar isso bem claro – para superar o positivismo, é preciso superar também aquilo que o sustenta: o primado epistemológico do sujeito (da subjetividade assujeitadora) e o solipsismo teórico da filosofia da consciência. *Não há como escapar disso.* E penso que apenas com a superação dessas teorias que ainda apostam no esquema sujeito-objeto é que poderemos sair dessa armadilha que é o solipsismo. A hermenêutica se apresenta nesse contexto como um espaço no qual se pode pensar adequadamente uma teoria da decisão judicial, livre que está tanto das amarras desse sujeito onde reside a razão prática, como daquelas posturas que buscam substituir esse sujeito por estruturas ou sistemas. Nisso talvez resida a chave de toda a problemática relativa ao enfrentamento do positivismo e de suas condições de possibilidade.

É tarefa contínua, pois, que se continue a mostrar como persistem equívocos nas construções epistêmicas atuais e como tais equívocos se dão em virtude do uso aleatório das posições dos vários autores que compõem o chamado *pós-positivismo*. Com efeito, isso fica evidente no conceito de princípio. O caráter normativo dos princípios – que é reivindicado no horizonte das teorias pós-positivistas – não pode ser encarado como um álibi para a discricionariedade, pois, desse modo, estaríamos voltando para o grande problema não resolvido pelo positivismo.

Com isso quero dizer que a tese da abertura (semântica) dos princípios – com que trabalha a teoria da argumentação (e outras teorias sem filiação a matrizes teóricas definidas) – é incompatível com o modelo pós-positivista de teoria do direito. Na verdade, o positivismo sempre nutriu uma espécie de aversão aos princípios. Na medida em que na discussão sobre os princípios sempre nos movemos no território precário da razão prática, o positivismo –

de todos os matizes – trata(va)-os sempre como uma espécie de reforço que possuía no máximo uma função de integração sistemática. Esse é o significado da doutrina dos princípios ocultos de que fala Esser, ou seja, uma tentativa de sanar uma possível incompletude sistemática no todo do ordenamento jurídico.

Nessa medida, é preciso ressaltar que só pode ser chamada de pós-positivista uma teoria do direito que tenha, efetivamente, superado o positivismo. Parece óbvio reforçar isso. *A superação do positivismo implica enfrentamento do problema da discricionariedade judicial* ou, também poderíamos falar, no enfrentamento do solipsismo da razão prática. Implica, também, assumir uma tese de descontinuidade com relação ao conceito de princípio. Ou seja, no pós-positivismo, os princípios não podem mais ser tratados no sentido dos velhos princípios gerais do direito nem como cláusulas de abertura.

De efetivo, uma teoria pós-positivista necessita superar os três elementos fundantes dos diversos positivismos jurídicos.

Primeiro, porque o positivismo sempre se caracterizou pelas fontes sociais do direito, pela separação entre direito e moral e pela discricionariedade delegada ao juiz nos *hard cases* ou nas incertezas da linguagem em geral.

Segundo, porque, como já demonstrado alhures, há uma correspondência de tais características com os obstáculos opostos pelo positivismo ao novo constitucionalismo (neoconstitucionalismo): a falta de uma nova teoria das fontes, a falta de uma nova teoria da norma e a ausência de uma teoria da interpretação que dê conta da superação do paradigma objetivista aritotélico-tomista e da filosofia da linguagem. Há, assim, um modo de unificar essas características e os obstáculos, uma vez que é possível vislumbrar uma imbricação ou cruzamento entre eles.

A partir disso, a elaboração de uma teoria pós-positivista tem que levar em conta os seguintes elementos:

I. Há que se ter presente que o direito do Estado Democrático de Direito supera essa noção de "fontes sociais", em face daquilo que podemos chamar de prospectividade, isto é, o direito não vem a reboque dos "fatos sociais" e, sim, aponta para a reconstrução da sociedade. Isso é facilmente detectável nos textos constitucionais, como em *terrae brasilis*, onde a Constituição estabelece que o Brasil é uma República que visa erradicar a pobreza, etc., além de uma gama de preceitos que estabelecem as possibilidades (e determinações) do resgate das promessas incumpridas da modernidade.

II. Essa problemática tem relação direta com a construção de uma nova teoria das fontes, uma vez que a Constituição será o *locus* da construção do direito dessa nova fase do Estado (Democrático de Direito); consequentemen-

te, não mais há que se falar em qualquer possibilidade de normas jurídicas que contrariem a Constituição e que possam continuar válidas; mais do que isso, muda a noção de parametricidade, na medida em que a Constituição pode ser aplicada sem a *interpositio legislatoris*, fonte de serôdias teorias que relativizavam a validade/eficácia das normas.

III. Não pode restar dúvida de que tanto a separação como a dependência/vinculação entre direito e moral estão ultrapassadas, em face daquilo que se convencionou chamar de institucionalização da moral no direito (esta é uma fundamental contribuição de Habermas para o direito: a co-originariedade entre direito e moral), circunstância que reforça, sobremodo, a autonomia do direito. Isto porque a moral regula o comportamento interno das pessoas, só que esta "regulação" não tem força jurídico-normativa. O que tem força vinculativa, cogente, é o direito, que recebe conteúdos morais (apenas) quando de sua elaboração legislativa[53] (veja-se, a seguir, essa discussão no subtítu-

53 Aqui cabe um esclarecimento, para novamente evitar mal-entendidos. A elaboração legislativa não esgota – nem de longe – o problema do conteúdo do direito. Quando concordamos que as questões morais, políticas, etc., façam parte da "tarefa legislativa", isso não quer dizer que haja, de minha parte – e, por certo, dos adeptos das posições substancialistas – uma viravolta na questão "procedimentalismo-substancialismo". Se as posturas procedimentalistas pretendem esgotar essa discussão a partir da garantia do processo democrático de formação das leis, isso, no entanto, não esgota a discussão da concreta normatividade, *locus* do sentido hermenêutico do direito. De fato, mais do que apostar na formulação democrática do direito, há que se fazer uma aposta paradigmática, isto é, acreditar na perspectiva pós-positivista do novo constitucionalismo e sua materialidade principiológica. A virtude soberana não se dá simplesmente na formulação legislativa e na "vontade geral". Fundamentalmente, ela será encontrada na Constituição, que estabeleceu uma ruptura com a discricionariedade política que sempre sustentou o positivismo. E tudo isso está ancorado no contramajoritarismo, que vai além do mero controle da aferição da correção dos procedimentos democráticos utilizados na feitura das leis. Também é na Constituição que encontraremos os mecanismos de controle da aferição substancial dos textos legislados e da aplicação destes textos (nunca esqueçamos: o substancialismo não abre mão do procedimentalismo). A igualdade, o devido processo legal, o sentido do republicanismo, a perspectiva de Estado Social, a obrigação de concretização dos direitos fundamentais-sociais, para citar apenas estes componentes paradigmáticos, são obrigações principiológicas de raiz, que vinculam a *applicatio*. E os componentes a serem utilizados na discussão da aplicação do direito somente poderão exsurgir desse paradigma constitucional. Legislação democraticamente produzida – e válida – significa "sentido filtrado principiologicamente". O combate que aqui se trava – de cariz anti-discricionário – tem a objetivo de preservar esse grau acentuado de autonomia que o direito adquiriu com a fórmula das Constituições compromissórias (e dirigentes). Portanto, não será um posicionamento *ad hoc*, fruto de apreciações advindas de uma moral individual ou convicções políticas, etc (em síntese, argumentos de política), que "valerá" mais do que esse "produto democrático", o qual – e é desnecessário frisar isso – deverá sempre passar pelo controle paramétrico-constitucional. Como já referido: a hermenêutica não abre mão do sujeito da relação, enfim, do sujeito que lida com objetos. O que ela supera é o esquema sujeito-objeto, responsável pelo sujeito solipsista que sustenta as posturas subjetivistas-axiologistas da maioria das teorias do direito mesmo no século XXI. Na hermenêutica há um efetivo controle da interpretação a partir da tradição (da autoridade desta), da

lo que trata do criptograma da discricionariedade). Observemos: é por isso que o Estado Democrático de Direito não admite discricionariedade (nem) para o legislador, porque ele está vinculado à Constituição (lembremos sempre a ruptura paradigmática que representou o constitucionalismo compromissório e social). O "constituir" da Constituição é a obrigação suprema do direito. É, pois, a virtude soberana (parafraseando Dworkin). A partir da feitura da lei, a decisão judicial passa a ser racionalizada na lei, que quer dizer, "sob o comando da Constituição" e não "sob o comando das injunções pessoais-morais-políticas do juiz ou dos tribunais". Essa questão é de suma importância, na medida em que, ao não mais se admitir a tese da separação (e tampouco da vinculação), não mais se corre o risco de colocar a moral como corretiva do direito. E isso terá conseqüências enormes na discussão "regra-princípio".

IV. Na seqüência e em complemento, tem-se que essa cisão entre direito e moral coloca(va) a teoria da norma à reboque de uma tese de continuidade entre os velhos princípios gerais e os (novos) princípios constitucionais. Sustentado no paradigma do Estado Democrático Constitucional, o direito, para não ser solapado pela economia, pela política e pela moral (para ficar apenas nessas três dimensões *predatórias* da autonomia do direito), adquire uma autonomia que, antes de tudo, funciona como uma blindagem contra as próprias dimensões que o engendra(ra)m.

V. Tudo isso significa assumir que os princípios constitucionais – e a Constituição *lato sensu* (afinal, qualquer prospecção hermenêutica que se faça – seja a partir de *Dworkin*, *Gadamer* ou *Habermas* – só tem sentido no contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito) – ao contrário do que se possa pensar, não remete para uma limitação do direito (e de seu grau de autonomia), e, sim, para o fortalecimento de sua de autonomia.

VI. Consequentemente, nos casos denominados "difíceis", não é mais possível "delegar" para o juiz a sua resolução. Isto porque não podemos mais aceitar que, em pleno Estado Democrático de Direito, ainda se postule que a luz para determinação do direito *in concreto* provenha do protagonista da sentença.[54] Isso significa que, para além da cisão estrutural entre casos simples

obrigação da integridade, da coerência, da igualdade, da isonomia, enfim, da incorporação dos princípios constitucionais que podemos chamar aqui de virtudes soberanas em homenagem a Dworkin. Por isso, os discursos "predadores" do direito são rechaçados por essa "blidagem hermenêutica" que protege o direito produzido democraticamente. E é extamente por isso que é possível sustentar respostas adequadas a Constituição, portanto, apostar em uma teoria da decisão e não apenas em uma teoria da legislação. Múltiplas respostas dizem respeito ao relativismo, e estas estão umbilicalmente relacionadas com o positivismo.

54 Do mesmo modo, a idéia de imparcialidade pura do juiz ou o uso de estratégias argumentativas para isentar a responsabilidade do julgador no momento decisório podem levar à introdução de ar-

e casos difíceis, não pode haver decisão judicial que não seja *fundamentada* e *justificada* em um todo coerente de princípios que repercutam a história institucional do direito. Desse modo, tem-se por superada a discricionariedade a partir do dever fundamental de resposta correta que recai sobre o juiz no contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito.

13.4.3. Um Criptograma da Discricionariedade: a relação definitiva entre pós-positivismo, (neo)constitucionalismo e o problema da autonomia do direito.

No contexto de tudo aquilo que foi apresentado no corpo da obra, poder-se-ia formular a seguinte pergunta:

> se, quando estávamos, antes de 1988, sob a égide de um direito autoritário, apostávamos em um *positivismo fático* para que os juízes não fossem a "boca da lei", onde estava a tão denunciada discricionariedade?

A resposta é a seguinte: a discricionariedade estava no nível da política. E essa questão atravessa os séculos XIX e XX. Havia um nítido enfraquecimento da autonomia do direito, que se apresentava como refém do processo político. Por isso a aposta nas diversas formas de realismo jurídico que pudessem, paradoxalmente, resgatar um grau mínimo de autonomia para o jurídico. Note-se: se a história do direito é uma história de superação do poder arbitrário, então podemos afirmar que o que se procura enfrentar é o *locus* onde a decisão privilegiada acontece, o lugar em que a *escolha* ocorre. Nessa medida, a história do direito também é uma história de superação ou do enfrentamento do problema da discricionariedade (arbitrariedade).

gumentos de política na decisão jurídica. Nesse sentido, são precisas as afirmações de Dworkin: "A política constitucional tem sido atrapalhada e corrompida pela idéia falsa de que os juízes (se não fossem tão sedentos de poder) poderiam usar estratégias de interpretação constitucional politicamente neutras. Os juízes que fazem eco a essa idéia falsa procuram ocultar até de si próprios a inevitável influência de suas próprias convicções, e o que resulta daí é uma suntuosa mendacidade. Os motives reais das decisões ficam ocultos tanto de uma legítima inspeção pública quanto de um utilíssimo debate público. Já a leitura moral prega uma coisa diferente. Ela explica porque a fidelidade à Constituição e ao direito *exige* que os juízes façam juízos atuais de moralidade política e encoraja assim a franca demonstração das verdadeiras bases destes juízos, na esperança de que os juízes elaborem argumentos mais sinceros, fundados em princípios, que permitam ao público participar da discussão" (*Direito de Liberdade. Leitura Moral da Constituição Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 57).

É possível dizer que a idéia de lei que surge com a revolução francesa é uma tentativa de pôr fim ao modelo de estado jurisdicional que existia ao tempo do *ancién regime*. Estado jurisdicional este que estava centrado na figura do monarca que concentrava os poderes do *gubernaculum* e da *jurisdictio*. O *gubernaculum* representava o poder de declarar a guerra e celebrar a paz, enquanto a *jurisdictio* era a manifestação da vontade do governante na resolução dos conflitos de interesses que aconteciam no interior de seu território.

A moderna idéia de lei rompe com essa estrutura – que ainda guardava profundas semelhanças com a estrutura de governo do medievo – e institui um novo espaço institucional no qual as decisões públicas são tomadas em um ambiente parlamentar que expressa o conteúdo da vontade geral. Não mais uma única pessoa representaria a personificação do poder, mas um corpo legislativo de representantes de um novo ator político chamado *povo* (que, no contexto da revolução francesa, serão os burgueses).

É evidente que essa primeira ruptura com o modelo político do Estado absolutista representou uma conquista no que tange ao enfrentamento do arbítrio e na afirmação das liberdades. Porém, em um segundo momento, a conquista da revolução decai, com a formulação de um Estado legislativo – na forma de análise proposta por Ferrajoli – que trás consigo novas conseqüências de cunho autoritário. Ou seja, a idéia que se tornou símbolo da revolução francesa retratada pela pena de Montesquieu – do juiz como "a boca que pronuncia as palavras da lei" (da vontade geral) – estava sedimentada na concepção de que a lei cobriria tudo o que pode se dar no mundo dos fatos. Isto significa que, de alguma forma, seria possível prever – antecipadamente – todas as hipóteses fáticas de aplicação da lei. Daí a herança que todos nós conhecemos: o silogismo interpretativo, a cisão entre fato e direito e a proibição de interpretação dos juízes.

Com o movimento codificador do séc. XVIII, isso será radicalizado. Com efeito, os ideais jusnaturalistas modernos inspiraram os construtores do Código de Napoleão de modo a conseguirem retratar – de modo sistemático e completo – a realidade num único corpo legislativo que receberia o nome de Código. Como a realidade que aparecia em primeiro plano na época era aquela vivenciada particularmente pelo indivíduo enquanto figura central de todo universo, esse Código receberá o adjetivo de civil, que pretenderá regular as relações que aquele indivíduo – autônomo – irá desenvolver durante toda sua vida. Afinal, o que interessava mesmo para a nova classe era a institucionalização de uma "Constituição das relações privadas".

É por isso que, em um primeiro momento, os códigos pretenderão traçar uma espécie de *biografia do sujeito de direito*, na qual se espelha aquilo que

um indivíduo – burguês, evidentemente – desempenha desde seu nascimento, passando pela vida adulta e chegando até o momento do falecimento e o problema sucessório dos bens que acumulou durante sua existência. Todavia, será no interior deste sistema traçado pela codificação que aparecerá o primeiro inconveniente: a constatação de que a lei não cobre tudo, que a faticidade apresenta problemas que nem sempre foram esboçados pelo *legislador racional* – termo que ainda faz moda em algumas teorias da interpretação do direito da atualidade.

A adaptação criada pelo próprio sistema para resolver esta questão foi colocar, ao lado do *legislador racional*, um *juiz/intérprete racional*. Desse modo, o primeiro criará, de forma absolutamente *discricionária* – poderíamos falar em uma discricionariedade política que funcionada como condição de possibilidade –, o conteúdo da lei, ao passo que o *juiz/intérprete* racional terá uma delegação para, de forma limitada, preencher os vácuos deixados pela discricionariedade absoluta (política) do legislador. Cria-se, assim, uma espécie de "discricionariedade de segundo nível" representada pela atividade interpretativa do *juiz racional*. Essa discricionariedade de segundo nível será justificada pelos chamados *princípios gerais do direito* que, junto com a analogia e os costumes, representarão as autorizações legislativas para a análise discricionária do juiz no caso concreto.

Desse modo, a discricionariedade deferida para o juiz pelo legislador acaba por se consubstanciar em uma *política judiciária*, que, no limite, dá poderes para que o juiz determine a "lei do caso", a pretexto do dever de julgamento que a própria ordem requer . Veja-se que não é por acaso que Kelsen, ao desconsiderar o problema da razão prática e construir sua ciência sob uma pura razão teórica, irá chamar de política dos juízes (política jurídica) a atividade dos juízes e tribunais. E é por isso que Kelsen desdobra a interpretação em dois níveis: o ato de conhecimento, a ser feito pelo cientista do direito, e o ato de vontade (do poder, lembrando sempre o último princípio epocal da modernidade, a *Wille zur Macht*), pelo qual se institucionalizou o decisionismo judicial.

Essa estrutura do Estado legislativo persiste, inclusive, no primeiro momento do Estado Social que incorpora também a mesma estrutura burocrática dos modelos anteriores. Porém, a ela se acumula um maior espaço de discricionariedade, que apontará com mais incisividade para um outro nível: o dos poderes executivos. A expansão da discricionariedade administrativa (que também é uma espécie de discricionariedade política, portanto, de primeiro nível) provocada pelo surgimento dos modelos de Estado social na Europa acabou por eclodir em um modelo espúrio de Estado de Direito que mostrou sua

pior feição na radicalização dos Estados totalitários nazi-facistas. O mais importante é perceber como em todos estes casos o problema da discricionariedade é o ponto fulcral de todo enfrentamento da questão da arbitrariedade no direito.

E perceba-se que a realidade política brasileira pós-1964 – guardadas as devidas proporções – possui semelhanças incontestes com a estrutura daquilo que Ferrajoli denomina Estado Social Burocrático, isto é, a forma de Estado Social que se edificou a partir da aposta em uma discricionariedade política, legitimada por uma maioria eventual, no caso o poder executivo dos Estados totalitários do entre guerras. A resposta dada por Ferrajoli a este problema da burocracia e da discricionariedade deste primeiro modelo de Estado Social – e neste ponto estou de acordo com o professor italiano – é a construção de uma estrutura de garantias que proteja efetivamente as minorias da vontade – discricionária – das maiorias eventuais. Fala-se, assim, em um Estado Social de Direito que visa a limitar o exercício da discricionariedade política a partir de um sistema de garantias acostado à Constituição.[55]

Se tudo isso é importante para o direito na atualidade, então é preciso reconhecer que, depois de 1988, temos no Brasil um sistema de garantias como este reclamado pelo jusfilósofo. Por isso, no que tange ao contexto atual, a novidade é que não discutimos mais o problema da discricionariedade política, portanto, não apostamos mais em positivismos fáticos (lembremos do realismo jurídico, o direito alternativo em suas variadas formas), porque temos uma Constituição que resolveu o problema dos limites do político. A Constituição aparece como freio da vontade da maioria. Na verdade, a Constituição – do paradigma do Estado Democrático de Direito – vai além de ser um freio à vontade das maiorias, uma vez que passa a estabelecer um modo da sociedade ser transformada a partir do direito, com a incorporação daquilo que venho denominando de "promessas incumpridas da modernidade".

Trata-se de fazer, destarte, com que este sistema de garantias incorporado pela Constituição seja devidamente concretizado. Para isso é fundamental – por tudo que foi dito acima – combater o arbítrio presente na discricionariedade dos juizes, até para honrar a própria história institucional do direito e seu enfrentamento constante do arbitrário, vale dizer, do discricionário.

55 Ferrajoli, Luigi. *Principia Juris. Teoria del dirito e della democrazia*. Vol. 2. Roma: Editori Laterza, 2007, p. 84.

Por fim, insisto: *pós-positivismo, (neo)constitucionalismo* e *democracia* pressupõem que o direito possui um elevado grau de autonomia. Isso significa que questões políticas e morais devem ser debatidas à saciedade nos meios políticos de decisão, e que – no âmbito (autônomo) do direito – só se podem desconsiderar as decisões políticas tomadas em contraste com o sistema de garantias construído pela CFRB de 1988. E é exatamente este o *plus* do Estado Democrático de Direito: a diminuição do espaço de discricionariedade da política pela Constituição fortalece materialmente os limites entre direito, política e moral. Daí a importância de Canotilho e de seu trabalho sobre a Constituição dirigente. Ali o professor de Coimbra já chamava a atenção para a necessidade de pôr um freio na (antiga) discricionariedade do legislador. Também Ferrajoli apontava, com seu garantismo, para a preservação da autonomia do direito, ao elaborar a tese de que tínhamos que fazer democracia a partir do direito. *Enfim, o direito deixava de estar a reboque do político.* Este será o grande ponto de contato – poderíamos dizer transteorético – que une as propostas de Canotilho, de Ferrajoli, da Hermenêutica – no modo por mim trabalhado –, de Dworkin e de Habermas: todos apontamos para um elevado grau de autonomia do Direito e reconhecemos a relevância deste *plus* que constitui o Estado Democrático de Direito.

Por tudo isso, é possível afirmar que os princípios são o modo concreto de enfrentamento da discricionariedade judicial porque são a manifestação da densidade normativo-concreta de um mandamento legal (regra-preceito), sendo que, mesmo aqueles preceitos nomeados como princípios, também necessitam dessa singularização que só ocorre no momento aplicativo. É preciso compreender que a subsunção – espaço para a erupção da discricionariedade no momento decisório – não esgota, por impossibilidade filosófico-paradigmática, a aplicação de um texto jurídico. Se quisermos, de fato, ingressar na viragem lingüístico-ontológica, antes é preciso termos claro que a subsunção era apenas o modo de a "vontade geral" (legislativo soberano no modelo formal-burguês) controlar a aplicação da lei. Nada mais do que isso. O que deve ser dito é que subsunção é sinônimo de "juiz boca-da-lei" e que a discricionariedade é o modo que o próprio sistema encontrou para "preencher" as "insuficiências ôntico-semânticas" que a subsunção não poderia dar conta. Ora, o que causa espanto – no contexto de tudo que foi dito neste item – é que, ultrapassada a discricionariedade legislativa pelo advento ruptural do constitucionalismo analítico-compromissório (e quiçá, dirigente), ainda se continue a falar em subsunção.

13.5. Valores, regras e princípios: o panprinciologismo e a "refundação positivista" em pleno Estado Democrático de Direito pós-positivista, ou, de como tudo isso é feito "em nome do novo paradigma do direito".

13.5.1. O panprincipiologismo em *Terrae Brasilis*.

Do que foi visto até aqui e sob qualquer tese, perspectiva ou bandeira teórica adotada, o problema persistirá, na medida em que não for superado o esquema sujeito-objeto. Não é, portanto, a imperatividade da lei (juiz como "boca da lei") ou a criatividade (sem limites) do intérprete que se constituem como "inimigos da autonomia do direito" e da democracia, mas, sim, as condições *pelas* quais se dá a atribuição de sentido no ato interpretativo-aplicativo.

A aposta na discricionariedade – com origem bem definida em Kelsen e Hart – tinha o objetivo, ao mesmo tempo, de "resolver" um problema considerado insolúvel, representado pela razão prática "eivada de solipsismo" (afinal, o sujeito da modernidade sempre se apresentou consciente-de-si-e-de-sua-certeza-pensante), e de reafirmar o modelo de regras do positivismo, no interior do qual os princípios (gerais do direito) – equiparados a "valores"[56] – mostravam-se como instrumentos para a confirmação desse "fechamento". Ocorre que, com o advento da "era dos princípios constitucionais" – conseqüência não apenas do surgimento de novos textos constitucionais, mas, fun-

56 A referência reiterada aos "valores" demonstra bem o ranço neokantiano que permeia o imaginário daqueles que pretendem fazer uma dogmática jurídica crítica. De fato, não é exagero afirmar que, em termos teóricos, a grande maioria dos juristas brasileiros permanece, de algum modo, atrelada ao paradigma filosófico que se formou a partir do neokantismo oriundo da escola de Baden (e da noção de moral pós-convencional). Ou seja, ainda estamos reféns de um culturalismo ultrapassado que pretendia fundar o elemento transcendental do conhecimento na idéia sintética de valores, que representariam, por sua vez, o complexo destes valores que comporia o mundo cultural. Chega a ser intrigante o fato de que toda tradição constituída depois do *linguistic turn* – inclusive alguns setores da filosofia analítica – tenha criticado o objetivismo ingênuo dessa concepção do neokantismo valorativo, demonstrando que a questão dos valores não dava conta radicalmente dos fundamentos lingüístico-culturais que determinam o processo de conhecimento. A própria formação da cultura é algo muito mais propriamente ligado à linguagem e à constituição de contextos significativos, do que propriamente ao problema da formação e transformação deste enigma chamado "valores". Isso fica bem representado na formulação do "paradoxo de Humbolt": *nós possuímos linguagem porque temos cultura ou temos cultura porque possuímos linguagem?* Portanto, o discurso axiológico no interior do direito deveria ter sucumbido junto com o paradigma filosófico que o sustentava. A despeito disso, continua-se a falar – acriticamente, por certo – em "valores", sem levar em conta a sua conhecida e problemática – origem filosófica.

damentalmente, decorrentes de uma revolução paradigmática ocorrida no direito –, parcela considerável da comunidade dos juristas optou por considerá-los como *um sucedâneo dos princípios gerais do direito* ou como sendo o "suporte dos valores da sociedade" (o que seria isso, ninguém sabe).

"Positivaram-se os valores": assim se costuma anunciar os princípios constitucionais, circunstância que facilita a "criação" (sic), em um segundo momento, de todo tipo de "princípio" (sic), como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a "pedra filosofal da legitimidade principiológica", da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para solvermos os casos difíceis ou "corrigir" (sic) as incertezas da linguagem.[57]

57 Por certo que há contribuições significativas para produção de um espaço onde possa ser construída uma adequada compreensão dos princípios constitucionais no horizonte de uma reconstrução histórico-institucional do direito. Assim, no sentido contrário das posturas que fazem jorrar rios de tinta para criar novos "princípios" a cada novo problema concreto encontrado, é possível destacar as contribuições de Nelson Nery Junior no sentido de apontar para a centralidade do devido processo legal (*due process of law*) na formação do sistema processual-constitucional traçado pela CFRB e o caráter derivado de todos os demais *standards* que circulam tal instituto. Nesse sentido, deve-se ressaltar, também, a reconstrução histórica realizada pelo autor para determinar os contornos das dimensões substantivas (*substantive due process*) e processuais (*procedural due process*) do devido processo legal, o que pode ser apresentado como uma importante contribuição da dogmática jurídica para a tarefa daquilo que estou chamando aqui de *reconstrução da história institucional do direito*. Do mesmo modo, é importante salientar a percuciente análise realizada pelo autor em torno do instituto da *coisa julgada* com intuito de debelar a tese – pretendadora da autonomia do direito – da *relativização da coisa julgada* que, por sua vez, deriva de um "princípio" (*ad hoc*) típico do fenômeno da *panprincipiologia* que é o princípio da instrumentalidade processual (Cf. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, em especial pp. 76/96). Portanto, é possível notar, nas considerações doutrinárias de Nery Jr, uma preocupação com a autonomia do direito num contexto de efetivação democrática desta mesma autonomia. Linha similar encontramos em Ovídio Baptista da Silva (*Processo e Ideologia: o paradima racionalista*), com um *plus* no que pertine à crítica que o processualista gaúcho faz ao racionalismo filosófico e suas conseqüências no direito. Neste ponto, também apontando na direção de uma necessária preservação da autonomia do direito, são importantes as contribuições de Dierle Nunes (*Processo Jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008) e de André Cordeiro Leal (*Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008). Agregue-se a tais posicionamentos também as teses de Marcelo Cattoni (*Devido Processo Legislativo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006) e Menelick de Carvalho Netto (A Hermenêutica Constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (Org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004) que, embora com preocupações distintas, também apontam para o marco de uma autonomia do direito e dos riscos gerados pelas atividades predatórias como é o caso do que estou nomeando aqui de panprincipiologia. Nessa mesma medida, são igualmente relevantes as reflexões de Álvaro Ricardo Souza Cruz (*Habermas e o Direito Brasileiro*, *op. cit.*). No plano do processo penal, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (*Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei op. cit.*) vem apontando de há muito para o problema representado pela filosofia da consciência e suas conseqüências autoritárias, como por exemplo, a permanência do sistema inquisitivo. Flaviane Magalhães de Barros (*A Reforma do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008), fundada no procedimentalismo habermasiano (na linha da escola habermasiana mineira), propõe um processo penal sob uma perspective democrática. Também as contribuições de Alexandre Morais da Rosa (*Decisão Penal: a bricolage de significantes*, *op. cit.*), preocupado com o papel da filosofia no direito, assim como João Maurício Adeodato (*Jurisdição Constitucional à brasileira – situações e limites e Uma teoria emancipatória da legitimação para países subdesenvolvidos*, *op. cit.*). Em suma, todos estes autores estão unidos, embora as diferentes intenções teóricas, pela perspectiva de que o devido processo legal – que também se aplica à produção legislativa do direito – é um modo de preservar o processo legislativo e judicial da corrupção promovida pelos discursos predatórios da autonomia do direito. Outra contribuição importantíssima é a de Ingo Sarlet, que constrói, por assim dizer, uma teoria dos direitos fundamentais sociais adequada às demandas de países periféricos como o Brasil. Ao agregar a dimensão social aos direitos fundamentais, Sarlet vincula as interpretações acerca da concretização dos direitos com aquilo que é o cerne antipositivista do novo constitucionalismo: a questão das fontes sociais. Refira-se, ainda, sua importante crítica ao uso desmesurado do princípio da dignidade da pessoa humana, o que o aproxima do antidiscricionarismo aqui proposto.

Veja-se, nesse sentido, a análise de alguns dos princípios utilizados largamente na cotidianidade dos tribunais e da doutrina – a maioria deles com nítida pretensão retórico-corretiva, além da tautologia que os conforma:

I. *princípio da simetria*: apresenta-se, de há muito, difusamente no plano do direito constitucional.[58] Tem sido invocado para sustentar a possibilidade de estender, para o âmbito dos Estados-Membros, o alcance jurídico de dispositivos previstos apenas no texto da Constituição Federal. Mas, por que a "simetria" seria um princípio? Na verdade, a simetria tem sido muito mais utilizada como um artifício interpretativo, na falta de uma delimitação conceitual mais acurada. Trata-se de uma espécie de "meta-princípio" ou "super-princípio", construído para servir de *plus* principiológico na ocorrência de eventual falta de previsão de competência em favor dos Estados-Membros. É menos um princípio de validade geral e mais um mecanismo *ad hoc* de resolução de controvérsias que tratam da discussão de competências. Desse modo, se as Constituições dos Estados-Membros devem obedecer aos princípios constantes na Constituição da República, e se esta já estabelece os limites legislativos daquelas, resta à aludida "obrigatoriedade da aplicação simétrica" apenas um caráter retórico.

II. *princípio da efetividade da Constituição*: trata-se de um "princípio" no mínimo tautológico. No paradigma neoconstitucionalista, a efetividade das normas constitucionais já é compreendida pela hermenêutica como um pres-

58 O princípio da simetria é citado em 39 decisões do Supremo Tribunal Federal – por todas, ADI 2192/ES, 858/RJ, 3549/GO, 3647/MA, 3853/MS, 2857/ES, 2029/SC, 1275/SP, 2480/PB, 3566/DF, 2966/RO, ADI-MC 3715/TO; também no Superior Tribunal de Justiça, RMS 12615/MG.

suposto essencial. Não existe norma constitucional sem perspectiva de eficácia. Concepção diferente pode ser vista na teoria das normas clássica, construída sobre as bases de um positivismo nominalista de cariz privatístico e individual. Aqui há que se ter cuidado com qualquer recaída em direção à subsunção. *Uma teoria da efetividade não significa "subsunção"*. Para essa doutrina a aplicabilidade de várias normas constitucionais, as chamadas programáticas – local onde, por excelência, se encontravam os princípios constitucionais – ficavam dependentes da *interpositio legislatoris*. Hodiernamente, a hermenêutica filosófica (jurídico-constitucional) faz com que a efetividade da Constituição se comprometa com uma idéia prescritiva e revolucionária, proporcionada pela jurisdição constitucional através de mecanismos como o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de segurança e a argüição de descumprimento de preceito fundamental, para falar apenas de alguns dos mecanismos com tal finalidade. Sendo mais enfático, o hermeneuta não consegue pensar em uma decisão que deixe de lado a efetividade das normas constitucionais. Assim, reconhecer-lhe efetividade não auxiliaria na resolução do conflito normativo, muito menos na "colisão" entre princípios. De frisar que o aludido *standard* é referido tanto pelo Supremo Tribunal Federal como por outros Tribunais.[59] Por isso – e isso será explicitado mais adiante – sua "validade principiológica" dependerá do modo como dele se fará uso. Por exemplo, efetividade não pode significar "efetividade finalística", o que pode dar azo a decisionismos e/ou ativismos judiciais.

III. *princípio da precaução:* tem sido utilizado pelos Tribunais[60] para expressar a ameaça da tomada de decisões que possam provocar danos graves ou irreversíveis sem a comprovação científica absoluta das suas conseqüências. Sinteticamente, pelo princípio da precaução, se exigiria *a precaução na tomada de decisões!* Nada mais, nada menos que a institucionalização de uma tautologia jurídica. Mas, por que a "precaução" – que poderíamos derivar da velha prudência – seria um "princípio"? A menos que se entenda, efetivamente, que os princípios *não* são normas. Se os princípios são apenas "valores" ou "mandados de otimização", como querem, por exemplo, as teorias argumentativas, então sim tem sentido apostar em um catálogo infinito de *slogans* e *standards* aptos a servir de "capas de sentido" ao direito. Caso contrário, partindo-se de uma concepção deontológica dos princípios, a invocação de um "princípio" desse quilate não passa de argumentação retórica.

59 Cfe. STF: ADI nº 2596/PA e na MC-ED 2596/PR; TRF's: AC 2003510110226885/RJ, AC 200351010226885/RJ, AC 199751010177288/RJ, AC 199751010177288/RJ, AC 200102010157554/RJ.

60 *V.g.*: STF: ACO-MC-AGR876/BA, STJ: RESP 745363, AGRG STA, e em mais de uma centena de referencias em julgamentos nos Tribunais Regionais Federais, valendo citar, por todos, os seguintes julgamentos: MAS 200634000352694/DF, AG 200601000402640/BA, AC 200334000340267/DF, MAS 200739010007535/PA, AI 200701000592607/PI.

IV. *o princípio da não surpresa*: segundo a doutrina e a jurisprudência, esse princípio garantiria *a segurança do cidadão contra uma surpresa inesperada*. Veja-se que há farta recepção do *standard* na jurisprudência.[61] Mais uma vez indago: por que a garantia da não surpresa seria um princípio? E seria um princípio constitucional? Derivado de que e de onde? Ou seria uma construção feita a partir dos velhos princípios gerais do direito? De todo modo, o paradoxo reside na seguinte questão: de que forma uma demanda é resolvida utilizando o princípio da não-surpresa? Antes da "violação" do aludido princípio não haveria a violação de uma determinada regra processual?

V. *princípio da confiança*: esse princípio, ligado aos princípios da segurança jurídica e do Estado de Direito, traduz o poder-dever de cuidar da estabilidade decorrente de uma relação de *confiança* mútua, no plano institucional.[62] Na verdade, trata-se, nada mais, nada menos, do que a possibilidade do direito manter a sua força deontológica, o que, registre-se, é muito bom. Mas, a historicidade do direito já não demanda essa compreensão do intérprete? Pode-se até mesmo afirmar que o direito deixa de existir ou se fragiliza, a ponto de perder validade/legitimidade, quando deixa de impor limites a livre prática de atos políticos e de uma maneira geral na sociedade. Conseqüentemente, também esse princípio tem apenas um lugar no campo performático da argumentação jurídica.

VI. *princípio da absoluta prioridade dos direitos da Criança e do Adolescente:* esse princípio estabelece que as crianças e adolescentes deverão estar em primeiro lugar na escala da preocupação dos governantes. Segundo se diz no campo da dogmática jurídica, o princípio poderia "colidir" com o princípio da dignidade, quando o Estado procurasse concretizar políticas públicas para maiores de 18 anos.[63] Ora, trata-se de um "princípio" que procura "corrigir"

61 Por todos, os julgamentos do Supremo Tribunal SS-AGR 1015/SP, Superior Tribunal de Justiça EDCL MC 8995/AL, trinta e um julgamentos nos diversos TRF'S, velendo citar as seguintes decisões: AC 200434000482709/DF, MAS 200638140044412/MG, REO 9201185049/AM, AMS 9601055002/MG, AI 9601028463/MG.

62 Julgados do Supremo tribunal Federal que o mencionam: MS 25963/DF, 24927/RO, 22357/DF, 24268/MG, ADI 3689/PA, ADI3316/MT, RE-AGR 329001/DF, RE-AGR-AGR-AGR-AGR 384364/RJ; STJ: RESP 904885/SP, 944325/RS, RMS 22514/SP, HC 46525/MT, EDCL AG RG RESP 266326/SC; TJRS, em mais de cem casos, com sentidos diferentes, entre eles o aqui delineado; TRF'S, com vinte incidências, como: AR 200401000187104/BA, AR 200301000362214/BA, EIAR 2001010003213331/DF, AGRAR 200401000449492/DF.

63 Essa observação é feita por Wilson Donizeti Liberati *(O Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado)*. São Paulo: IBPS, 1991.

e/ou "otimizar" a própria Constituição, que já trata dessa prioridade. Em um universo jurídico calcado no protagonismo judicial e no sujeito solipsista, o referido "princípio" procura eleger, de acordo com a preferência do intérprete, quais políticas públicas, por exemplo, devem privilegiar a concretização dos direitos das crianças e adolescentes. Convalidar o referido princípio seria excluir a condição de deliberação democrática em benefício da centralização desses direitos nas escolhas dos juízes. No fundo, trata-se de um retorno à tópica-retórica, em que esse "princípio" seria um topos.[64]

VII. *princípio da afetividade:* o princípio da *afetividade* (sic) decorre da afetividade que uma pessoa sente pela outra, podendo ser presumido na relação entre pais e filhos. Essa é a definição utilizada pela doutrina (na jurisprudência é possível localizar um número considerável de decisões que colocam a "afetividade" na fundamentação, como no Tribunal de Justiça do RS[65] e Tribunais Regionais Federais).[66] Ocorre que a afetividade elevada a um princípio escancara a compreensão do direito como subsidiário a juízos morais (sem levar em conta os problemas relacionados pelo "conceito" de afetividade no âmbito da psicanálise, para falar apenas desse campo do conhecimento). Isso para dizer o mínimo. Daí a perplexidade: se os princípios constitucionais são deontológicos, como retirar da "afetividade" essa dimensão normativa? Trata-se, na verdade, de mais um álibi para sustentar/justificar decisões pragmatistas. É evidente que a institucionalização das relações se dá por escolhas pela relevância delas na sociedade. Ocorre que as decisões devem ocorrer a partir de argumentos de princípio e não por preferências pessoais, morais, teleológicas, etc. No fundo, acreditar na existência deste "princípio" é fazer uma profissão de fé em discursos pelos quais a moral corrige as "insuficiências ônticas" (sic) das regras jurídicas. Ou seja, nada mais do que uma espécie de "terceiro turno" do processo constituinte: os juízes – apoiados em forte doutrina, "corrigem-no". Aliás, a vingar a tese, por que razão não elevar ao status de *princípio* o amor, o companheirismo, a paz, a felicidade, a tristeza, enfim, todo o que pode ser derivado do respeito (ou não) do princípio da dignidade da pessoa humana, alçado, aliás, a categoria de "super-princípio"?

64 Fazendo referência direta a esse *standard* interpretativo, vale referir os seguintes julgamentos: Superior Tribunal de Justiça, AGR 410715/SP, RE 436996/SP; Tribunais Regionais Federais, AG 200701000325272/DF, AC 200432000052027/AM, AC 200151030006298/RJ, AC 200402010014987/RJ, AC 200002010207632/ES.

65 Cfe. TJRS: AC 70019239037,70016585754, 70015814395, AI 70018249631, 70015865413, 70006246458

66 Nos TRF's há treze incidências, valendo, por todas, registrar as seguintes: AC 200551010202610/RJ, AC 200451010202230/RJ, AC 200251010195768/RJ, AC 9702352894/RJ, AC 9702352894/RJ.

VIII. *princípio do processo tempestivo*: segundo a *communis opinium doctoris*, esse princípio garantiria a tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável (sem dilações indevidas). Qual seria a relação desse "princípio" com o disposto no artigo 5º, inciso LXXVIII, que precipuamente estabelece a garantia de que os processos judiciais devem ser julgados dentro de um prazo razoável? Trata-se de mais uma amostra de uma "principiologia" *ad hoc* e sem limites, que confunde meros argumentos ou pontos de vista com princípios jurídicos (ou constitucionais). Ora, em já havendo um dispositivo constitucional tratando dessa "tempestividade processual" e inúmeros mecanismos processuais que mais e mais reforçam (e exageram) o protagonismo judicial, outra indagação indispensável é: qual é a utilidade desse "princípio" e quais os elementos que poderiam conduzi-lo ao nível de normatividade que deve ter um princípio no paradigma do Estado Democrático de Direito? Agregue-se, ademais, que a previsão de que o processo deva ser concluído em um prazo razoável não proporciona, por si só, a dimensão concreta do que seja "tempestividade". No processo penal, formou-se uma tradição – que hoje pode ser considerada como "autêntica/verdadeira" na linguagem da hermenêutica filosófica – que aponta para a necessidade de finalização da ação penal de réu preso no prazo de 81 dias, sendo que a análise casuística pode levar esse prazo para mais além. Essa extensão do prazo, entretanto, exigirá um enorme esforço de fundamentação, exatamente porque o princípio garantidor desse "prazo razoável" tem força normativa. Excepcioná-lo é tão grave quanto excepcionar uma regra. Ou seja, tais questões valem para os diferentes ramos do direito processual. Somente a partir da integridade e da coerência, fruto da reconstrução institucional do direito, que se alcançará a concretização da necessidade da tempestividade processual. O que quero afirmar é que a mera invocação do "princípio do processo tempestivo" não possui maior serventia do que a invocação de qualquer outro *prêt-à-porter* retórico.

IX. *princípio da ubiqüidade:* esse *standard* interpretativo considera o bem ambiental onipresente, de forma que a agressão ao Meio Ambiente, em determinada localidade, é capaz de trazer reflexos negativos a todo o planeta Terra e, consequentemente, a todos os povos; não só à espécie humana mas também a todas as espécies de habitantes do planeta;[67] novamente vale a indagação: e como se aplica o referido princípio em um caso concreto? Ora, um simples exame na legislação ambiental e na Constituição, assim como em

67 Cf. Silva, Rossano Glauber Ludgero da. Créditos de Carbono – O Homem Aliando-se à Natureza e os Meios de Solução. www.clubjus.com.br, Brasília – DF: 20 ago. 2008.

regulamentos dos mais variados acerca da preservação do meio-ambiente, aponta para a existência de diferentes modos de proteção ao meio ambiente, inclusive no que tange à relação entre causa e efeito, para dizer o menos.

X. *princípio do fato consumado*: na verdade, trata-se de uma variante da segurança jurídica, ínsita ao Estado Democrático de Direito.[68] Não tem, evidentemente, *status* de princípio. Afinal, princípios obrigam. E no que esse enunciado performativo vincula? Novamente se está diante da questão: princípios são valores, mandados de otimização ou são mais do que isso? Na medida em que possuem normatividade, parece razoável concluir que a aplicação de um *standard* segundo o qual, em determinadas situações, deve ser mantida a situação que já estiver consolidada, não pode ser alçado à categoria de princípio constitucional enquanto enunciado assertórico ou categoria fundante com característica próprias de uma regra. Ou seja, se por vezes uma situação já consolidada deve ser mantida – fazendo soçobrar a "suficiência ôntica" de determina regra – isso não transforma a "consumação" de um fato em padrão que deva ser utilizado "em princípio". Fosse verdadeira a tese, estar-se-ia incentivando as pessoas a descumprirem a lei, apostando na passagem do tempo ou na ineficiência da justiça. Na verdade, é possível afirmar o contrário, isto é, o fato consumado é exceção na aplicação de uma regra.

XI. *princípio do deduzido e do dedutível:* segundo consta,[69] esse instrumento retórico trata do reconhecimento do julgamento de causa anterior da qual se pode deduzir (sic) a existência da mesma causa de pedir por uma nova ação. Despiciendo referir o altíssimo índice de tautologia contido no citado "princípio", cuja função é colocar em evidência uma norma – regra – processual, mediante a qual não se pode julgar duas vezes a mesma causa. Assim, diante da pergunta "como saber o que foi julgado na causa anterior", vem a resposta: deduzindo daquilo que foi julgado. O que não está explicitado pela doutrina e pela jurisprudência é: por que uma "dedução" seria um princípio jurídico? Cabe lembrar que de há muito a filosofia – inundada que foi pela linguagem – superou o "dedutivismo". Numa palavra e admitida, *ad argumentandum tantum* a "validade" do aludido princípio, ficaria ainda a pergunta: nos demais raciocínios/interpretações não se faria "deduções"?

XII. *princípio da instrumentalidade processual*: por intermédio desse princípio, que trata do desprezo das formalidades desprovidas de efeitos prejudiciais, autoriza-se o juiz estabelecer os caminhos necessários para chegar a um determinado lugar, desde que não cause prejuízo as partes. Um exemplo é a fixação de multa com caráter inibitório por arbitramento do juiz.[70] No fundo, é uma aposta na tradicional delegação processual em favor da prudência do juiz. O processo deixa de ser considerado um direito ("material") para ser um mero instrumento para alcançar um fim maior. Pode-se dizer que no espaço "aberto" por este princípio, localiza-se, por exemplo, a possibilidade do juiz julgar improcedente a demanda (artigo 285 – A, do CPC), de plano, pois já teria julgado causa similar, alcançando o fim da celeridade eleito pelo sistema. Ou, com outras palavras: abreviando caminhos. Se o juiz já conhece o fim (resultado), não precisa transitar novamente pelo meio (compreensão/interpretação). A aposta é feita a partir de uma "verdade essencialista". A instrumentalidade do processo é herança antiga do paradigma da filosofia da consciência.[71]

68 Há dezessete incidências do princípio no Pretório Excelso, valendo referir, por todas, as ADIn's 3689 / PA, 3316 / MT, 2240 / BA e ADI 3489/SC. No Superior Tribunal de Justiça, as decisões apresentadas fazem com que o princípio apresente-se como resguarda para o exercício de condutas já exauridas garantidas por liminar. Seria possível pensar em uma liminar que libera o aluno na dissecação de sapos. Garantido o "direito" do aluno, e tendo ele já cursado a disciplina, não seria conveniente ao direito manifestar-se sobre uma situação que já aconteceu. "Não seria 'conveniente' modificar a situação consolidada" (Resp 279.887). Também as seguintes decisões: Resp 279887/RN, 143467/CE, 137989/CE, 2643/PR. No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul há cinqüenta e seis incidências da matéria.

69 TRF5 - Apelação Cível: AC 163455 RN 99.05.13309-7.

70 TJRS AI 70028380491.

71 Para uma crítica pormenorizada da corrente processual que inaugura – de maneira *ad hoc* – o princípio da *instrumentalidade das formas*, ver Rafael Tomaz de Oliveira e Georges Abboud "O Dito e o Não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual". In: *Revista de Processo*. n. 166, ano 33. Dezembro de 2008, pp. 27/70. Os autores argumentam, operando com o ferramental possibilitado pela hermenêutica na forma aqui trabalhada, que a chamada *intrumentalidade do processo* carrega consigo o mal que pretende evitar: o fantasma do positivismo e da invasão formalista no direito ocorrida século XIX. Para construir tal tese, Oliveira e Abboud apresentam os três modelos de conformação das liberdades que são construídos pelo jusfilósofo italiano Maurizio Foravanti. Do confronto das teses da *instrumentalidade do processo* com os modelos de Fioravanti, fica muito claro como a doutrina da *instrumentalidade processual* é uma *teoria de cunho estatalista que concentra no juiz todos os esforços de construção de uma nova sistemática para o direito processual*. Por certo que, essa concentração de poderes na figura do juiz acarreta grandes problemas democráticos, além de não trazer nenhum avanço significativo para o enfrentamento do verdadeiro problema do direito atual: o controle (hermenêutico) dos atos judiciais. Em conclusão, afirmam os autores: "a *instrumentalidade do processo*, uma vez confrontada com o modelo estatalista, descrito por Fioravanti nos permite atentar para três coisas: 1) de como a jurisdição como categoria central da teoria geral do processo concentra na figura do juiz todas as atenções. Essa concentração de atenções, paradoxalmente, ao invés de limitá-lo em sua atividade, amplia demasiadamente seus poderes, caindo num relativismo próprio da filosofia da consciência; 2) De como esse tipo de teoria separa radicalmente Estado e indivíduo e reitera uma sujeição deste para com aquele; 3) como há riscos democráticos para a figuração do processo nos postulados da instrumentalidade, posto que nos vemos dentro das teorias positivistas mais puras em que os cidadãos ao invés de titulares de direitos, recebem apenas sujeição de deveres impostos pelo Estado". De se consignar, ainda, que "princípio" (*sic*) em tela é citado freqüentemente nos âmbitos jurisprudencial e doutri-

XII. *princípio da delação impositiva:* esse *standard* interpretativo tem base (sic) no artigo 6º da Lei nº 10.741/03, que "estabelece" a obrigação da comunicação de práticas que venham a violar garantias estabelecidas a idosos. Mas, por que esse "princípio" teria normatividade mais eficaz que a própria lei (que, aliás, estabelece o próprio "princípio")? Ainda outra indagação: esse "princípio" se estende a outros crimes?

XIII. *princípio protetor no direito do trabalho:* a partir de sua aplicação – e de seus vários sub-princípios – as normas no direito do trabalho devem buscar proteger o trabalhador. Não bastasse esse *standard*, ainda podem ser encontrados "princípios" como: da Norma Mais Favorável, da Imperatividade das Normas Trabalhistas, da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas, da Condição Mais Benéfica, da Inalterabilidade Contratual Lesiva, Intangibilidade Contratual Objetiva, da Intangibilidade Salarial, da Primazia da Realidade sobre a Forma, Continuidade da Relação de Emprego, o *in dubio pro operário* e o do Maior Rendimento.[72] Observe-se como é possível construir *Standards* que, a pretexto de "prestigiar" o direito, fragiliza-o sobremodo, a partir de discursos políticos, morais, econômicos, etc. Quais as condições de possibilidade existentes para a aplicação normativa, *v.g.*, do "princípio da Primazia da Realidade sobre a Forma"? E qual a constitucionalidade do "princípio da Imperatividade das Normas Trabalhistas"? Leis trabalhistas podem se sobrepor à Constituição (e, vejamos, aos seus princípios?) Mais: na medida em que a Constituição possui um catálogo de preceitos (e princípios) que garantem os direitos fundamentais-sociais (mormente os atinentes ao trabalho), por que razão necessitamos de um "princípio" que, obvio, "exige" uma interpretação a favor do trabalhador? Afinal, qual é a "serventia" da Constituição?

nário. Esse fato oferece um preocupante diagnóstico dos problemas que a panprincipiologia tem causado para o direito brasileiro. Isso tudo pode ser constatado na jurisprudência do STJ, com no mínimo sessenta decisões, como, *v.g.*, RESP 812323, 985139, 761262, 890346, 591935, 646607, 672270, 713747, 489792, AGR RESP 542914; no TJRS, com uma centena de decisões, por todas, AI 70028380491, AI 70028363299, 70027746965, AC 70021032909, AI 70024635534; e em mais de uma centena de incidências nos diversos TRF'S, como se pode notar nos seguintes julgamentos: AC 200130000013290/AC, AC 200235000011497/GO, AC 200130000006983/AC, AC 200130000008677/AC. Como já referido alhures, também autores como Marcelo Cattoni, Dierle Nunes, Alexandre Bahia e André Cordeiro Leal elaboram importantes e aprofundadas críticas à concepção da instrumentalidade do processo e ao protagonismo judicial (*v.g.*, de Nunes e Bahia, Ativismo e protagonismo judicial em xeque. Argumentos pragmáticos. In: www.jusnavegandi.com.br, 7.4.2009).

72 Por todos, confira-se Delgado, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2005.

XIV. *princípio da alteridade:* "estabelece" a necessidade de se colocar no lugar do outro para compreendê-lo. Esse "princípio" estaria consagrado na Constituição pelo direito de liberdade religiosa (sic). O que não se explica é: se a liberdade religiosa tem ampla guarida constitucional, inclusive alçada à cláusula pétrea, por que o sistema jurídico necessita de um *standard* retórico desse jaez? Em termos normativos, em que circunstância essa alteridade, representada pelo "colocar-se no lugar do outro" pode resolver o problema da aplicação de um preceito constitucional?

XV. *princípio da tipicidade fechada*: por ele, há uma reserva incondicionada de lei formal na definição *in abstrato* dos elementos necessários à tributação.[73] Pergunta-se: já não há essa garantia na própria Constituição? O que o princípio tem que a Constituição não tem?

XVI. *princípio da cooperação processual:* esse *prêt-à-porter* "propicia" que juízes e mandatários *cooperem* entre si, de modo a alcançar-se, de uma feição ágil e eficaz, a justiça no caso concreto.[74] Mas, se as partes não cooperarem? Em que condições um *standard* desse quilate pode ser efetivamente aplicado? Há sanções no caso de "não cooperação"? Qual será a ilegalidade ou inconstitucionalidade decorrente da sua não aplicação?

XVII. *princípio da confiança no juiz da causa*: segundo esse "princípio", o "juiz da causa", por estar mais próximo dos fatos, "tem sem dúvida maior noção dos fatos ocorridos", como no caso da necessidade da manutenção de prisão preventiva em julgamento unânime do HC 29828 pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Também há clara referência no julgamento do RHC 7096-RJ, pelo Superior Tribunal de Justiça. Também aqui exsurge a dúvida: se a "confiança do juiz da causa" é um princípio, então possui normatividade, segundo a contemporânea teoria do direito que trata da principiologia no Estado Democrático de Direito; conseqüentemente, em que situações seria aplicado? Ou a aplicação é feita segundo o alvedrio do Tribunal que julga a apelação ou um *writ* constitucional? Se o juiz da causa possui melhores condições para aferir a "situação fática" – e isso possui(ria) *status* principiológico – qual é a função do Tribunal revisor? Julgaria apenas a *"quaestio juris"*? Veja-se, pois, a fragilidade do *standard* em causa.

XVIII. *princípio da humanidade:* por intermédio desse princípio, "o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da

73 Tratando desse postulado, confira-se: Superior Tribunal de Justiça, RESP 601056, 402047, Tribunais Regionais Federais, AG 199901000407709/DF, AG 199801000112182/BA.

74 Na defesa desse princípio, Didier Jr, Fredie. *Revista do processo*. 2006, p. 75.

pessoa humana ou que lesionem constituição físico-psíquica dos condenados".[75] Isto é, as penas cruéis não estão afastadas em face dos preceitos e princípios explícitos na Constituição, mas, sim, pela aplicação do princípio da humanidade. Trata-se de (mais) uma demonstração do exagero teórico-retórico que se forjou em torno dos princípios pós-constituição de 1988, desconsiderando-se o legado paradigmático proporcionado pelos avanços no campo da produção democrática do direito a partir do segundo pós-guerra e da própria autonomia do direito que deve ser preservada/reforçada.

XIX. *princípio da benignidade*: aqui a criação é do campo do direito tributário, para justificar a aplicação da lei tributária mais nova quando trata as multas ficais de forma mais benéfica ao contribuinte. No Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o *standard* interpretativo foi utilizado como fundamento no HC 9725 RS 91.04.09725-4, para extinguir a punibilidade de indiciado em inquérito policial por apropriação indébita, já que pagara o débito antes de recebida a denúncia, aplicando-se-lhe a lei que instituiu essa modalidade de extinção da punibilidade. Ambos os casos poderiam ser facilmente resolvidos com o uso da própria Constituição e não por intermédio de discursos com pretensões nitidamente retóricos.

XX. *princípio da não ingerência:* "estabelece" que o banqueiro não pode substituir o cliente na conduta dos seus negócios, desdobrando-se em duas perspectivas: o banqueiro não está obrigado a intervir para evitar que seu cliente pratique um ato irregular, inoportuno ou perigoso; e o banqueiro não tem o direito de recusar a execução de instruções do cliente ao motivo que elas não lhe pareçam as melhores.[76] Indaga-se: por que essa "instrução negocial" teria a abrangência de um princípio? Se o direito bancário ou do consumidor não tem condições para regulamentar as relações cliente-banco para resolver esses problemas, de que modo um princípio (qual é o seu *status*, afinal?) desse jaez se constituiria em um dever ser nesse complexo "jogo bancário"? O problema aqui – como nos demais casos – não reside no fato de que "algo deva ou não deva ser feito"...; o problema está na pretensão de autonomizar um *standard* de caráter retórico, transformando-o em uma regra travestida de "princípio". Parece evidente que devemos sempre levar em conta a "não ingerência"; mas, para tanto, há um conjunto de regras que regulamentam essas questões. A "não ingerência" (sobre)vive a partir de uma determinada aplicação e não abstratamente.

XXI. *princípio da paternidade responsável:*[77] é mais um exemplo do uso indiscriminado da palavra princípio e de como ainda persiste no imaginário dos juristas a velha idéia dos "princípios gerais do direito", como se princípios fossem simplesmente "ponto de vista" ou *topoi* argumentativos à dis-posição (*Ge-stell*) do intérprete; para demonstrar a inutilidade desse "princípio", basta consultar o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil, dispensando argumentos retóricos que apenas fragilizam a noção de princípio;

XXII. *princípio do auto-governo da magistratura:*[78] trata-se de uma clara tautologia com a autonomia administrativa e financeira assegurada pela Constituição (art. 99, *caput*, da CF). Agregue-se que, recentemente, o Conselho Nacional de Justiça aprovou o Código de Ética da Magistratura, estabelecendo que o exercício da função de juiz deve basear-se pelos seguintes *princípios*: da independência, da imparcialidade, do conhecimento e capacitação, da cortesia, da transparência, do segredo profissional, da prudência, da diligência, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro. Confunde-se, neste caso, nitidamente, regras de conduta – aliás, trata-se de um Código de Ética – com princípios jurídicos. Por que, *v.g.*, a honra – para não falar do decoro e da integridade profissional – seria um princípio? Em "princípio", o exercício da função de magistrado deve estar baseada na honradez; os juízes devem ser probos, manter o decoro e íntegros. Mas, em que tais "princípios", de forma isolada, teriam normatividade, a não ser a partir do Estatuto da Magistratura, do Código Penal, da Constituição, etc.?

XXIII. *princípio da moderação*: esse *topos* serve, entre outras coisas, para mensurar o percentual de honorários advocatícios a ser aplicado sobre o valor da condenação.[79] A questão é saber como se fará aplicação desse princípio nos

75 Por todos, confira-se Bitencourt, César. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. Vol. 1. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 21.

76 Cf. Zanetti, Robson. Direito Bancário – O dever de vigilância dos bancos. www.clubjus.com.br. Brasília – DF: 21 jun. 2008.

77 Cf. Dias, Maria Berenice. Alimentos e paternidade responsável. Clubjus, Brasília – DF: 22 jun. 2008.

78 Mencionado no Informativo 43 do STF.

79 Registre-se o seguinte julgamento: princípio da moderação que recomenda a fixação em 5% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. Apelação parcialmente provida. Decisão monocrática. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70026201236, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Julgado em 09/01/2009). No Tribunal de Justiça do RS, podem ser encontradas mais de cem incidências, como, *v.g.*, AC 70026322677, 70026060111, 70026201236, 70027015890, 70026758805. Também o Supremo Tribunal Federal já lançou mão do princípio, como no caso do RE 84463/SP; o Superior Tribunal de Justiça utilizou-o para aferir dano moral e não para os honorários advocatícios – RESP 735490/RN, 679166/MT, 536876/MT).

julgamentos subseqüentes: afinal, quando se estará (ou não) diante de um caso de aplicação do "princípio da moderação"?

XXIV. *princípio da situação excepcional consolidada*: este talvez simbolize melhor o panprincipiologismo que assola o direito de *terrae brasilis*. Com efeito, o referido *standard* foi inventado por Pedro Lenza, ao comentar a ADI n. 2240-BA,[80] sendo que não haverá surpresa se ocorrer uma enxurrada de aplicações a partir de sua publicização. Com efeito, segundo Lenza, o princípio da situação excepcional consolidada é decorrente de uma situação "não prevista pelo direito, porém instalada pela força normativa dos fatos" e "justificada" pela inércia do Poder Legislativo que até então não editara lei complementar federal fixando prazo para criação de novos Municípios, como determinou a EC n. 15/96, que deu nova redação ao art. 18, § 4º, da CF/88. Assim, "a não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. Vejamos: o autor transforma um (simples) critério em um princípio, sem se preocupar com seu caráter institucional para o direito (*v.g.*, sua historicidade). Nesse ritmo, toda e qualquer argumentação utilizada nas decisões judiciais tornar-se-á um princípio. Uma amostra desse risco transparece nitidamente na parte em que Lenza comenta a decisão do STF, apresentando *dez princípios (sic) diferentes*, quais sejam: o princípio da reserva do impossível (sic), princípio da continuidade do Estado (sic), princípio federativo, princípio da segurança jurídica, princípio da confiança, princípio da força normativa dos fatos (sic), princípio da situação excepcional consolidada (sic) e princípio da nulidade da lei (sic). Para completar, assevera que a resolução do problema deu-se *pela técnica alternativa de ponderação*.[81] O problema para o direito está na forma com que se distingui-

80 A decisão diz respeito ao controle de constitucionalidade da lei estadual que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães (Bahia). A lei fora impugnada em virtude da inexistência de lei complementar que regulamentasse o período para a criação de Municípios, pela falta de estudo de viabilidade anterior ao plebiscito, e que este teria sido realizado somente com a população do Município e não todos os interessados na região (requisitos impostos pelo artigo 18, § 4º da CF). Pela decisão do STF, o município, embora não reunisse as condições para sua emancipação, foi convalidado em face do fato consumado (a lei é do ano de 2000 e o STF recebeu a ação já naquele ano; passado esse tempo, a "situação de fato tornou-se normativa").

81 Resta perguntar a seu criador, Pedro Lenza (*Direito constitucional esquematizado*. 12ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 178), o que significa o princípio da reserva do impossível (sic), o princípio da continuidade do Estado (sic), o princípio da força normativa dos fatos (sic), o princípio da situação excepcional consolidada (sic) e o princípio da nulidade da lei (sic)...? Quais as condições de possibilidade para alçar um *prêt-à-porter* jurídico, construído *ad hoc*, ao patamar de "princípio"? Nem no velho positivismo havia uma proliferação de princípios desse porte. Aliás, nessa trilha, sempre é preferível o "positivismo original" e os seus "princípios gerais" ao neoprincipiologismo ou panprincipiologismo.

rá o caráter normativo dos fatos. Um fato consumado supera uma prescrição normativa? Quem vai eleger as circunstâncias excepcionais? O judiciário? Pensando-se num caráter de "universalização do princípio" ou na sua importância hermenêutica, surge, ainda, a seguinte indagação: quando se poderia reconhecer a normatividade da situação excepcional consolidada? Não poderia ela sempre ser reconhecida quando se pretende uma desoneração da força normativa da Constituição?

A lista é longa. Poder-se-ia acrescentar outros, como o da rotatividade, o lógico, o econômico, da gratuidade judiciária, da aderência ao território, da recursividade, do debate, da celeridade, da preclusão, da preferibilidade do rito ordinário, da finalidade, da busca da verdade, da livre admissibilidade da prova, da comunhão da prova, da avaliação da prova, da imediatidade, do livre convencimento, da sucumbência, da invariabilidade da sentença, da eventualidade, da ordenação legal, da utilidade, da continuidade, da inalterabilidade, da peremptoriedade, do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo, da elasticidade, da adequação do procedimento, para citar apenas estes. Há casos curiosos, como a principiologia retirada do art. 2º da Lei nº 9.099/95, em que setores da doutrina transforma(ra)m explicitamente critérios – a expressão é da lei – em "princípios". Com efeito, o dispositivo deixa assentado que "o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível a conciliação ou a transação". Já o comentário doutrinário esclarece que "em que pese o legislador ter-se utilizado da expressão 'critérios' orientadores do processo nos Juizados Especiais, estamos diante de verdadeiros princípios".[82]

Desnecessário também elencar os princípios já consolidados no senso comum teórico, como o do livre convencimento do juiz, da íntima convicção e da verdade real, os quais se colocam na contramão dos avanços proporcionados pela viragem lingüística. Os citados "princípios" nada mais são do que a

82 Cf. Figueira Júnior, Joel Dias. *Comentários à lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 55-56. Para tanto, o autor faz uma separação entre princípios informativos dos princípios fundamentais, explicando, por exemplo, que o princípio lógico é a "seleção dos meios mais eficazes e rápidos de procurar e descobrir a verdade para evitar erro"; que o princípio jurídico é a "igualdade no processo e justiça na decisão"; que o princípio político visa ao "máximo de garantia social, com o mínimo de sacrifício individual da liberdade"; que o princípio econômico diz que o processo deve ser "acessível a todos, com vistas ao seu custo e à sua duração". Na linha da instrumentalidade processual, Figueira Júnior acrescenta: "Diante de vários princípios interligados entre si, existe uma referência legislativa geral, que o Juiz terá de aplicar no caso concreto, mediante valorações adicionais, o que dá, por exemplo, com a colisão de princípios orientadores, onde haja então de ser estabelecida a prevalência de um sobre outro, dado não serem os princípios, em geral, hierarquizáveis em abstrato" (p. 57).

confissão da prevalência do esquema sujeito-objeto. Por isso a desnecessidade de uma crítica mais alongada.

Estamos, assim, diante de um considerável número de *standards* interpretativos, que mais se parecem com *topoi* com pretensões dedutivistas. Sua diversidade – e a falta de critérios até mesmo para a sua definição – dá mostras da dimensão dos problemas enfrentados pelas diversas teorias que tratam da construção das condições de possibilidade da institucionalização de princípios efetivamente de índole constitucional. Na verdade, no modo como são apresentados – pelo menos em sua expressiva maioria – tais *standards* são originários de construções nitidamente pragmatistas, mas, que, em um segundo momento, adquirem foros de universalização.

Também aparecem como problemáticos os assim denominados princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.[83] Conforme já deixei assentado no transcurso da parte central da obra, a proporcionalidade (e penso ser desnecessário falar da razoabilidade) não pode ser alçada à plenipotenciariedade principiológica, como se fosse uma meta-regra para resolver problemas não resolvidos pelos "demais princípios" conformadores do sistema jurídico. A proporcionalidade deve estar presente, em princípio (e veja-se a ambigüidade da expressão), em toda *applicatio*. Ou seja, qualquer decisão deve obedecer a uma equanimidade; deve haver uma justa proporção entre as penas do direito penal; o prazo fixado para prisão preventiva não pode ser desproporcional; uma lei não pode ser "de ocasião" ou de "conveniência", etc. Isolado, o enunciado "proporcionalidade" ou "princípio da proporcionalidade" carece de significatividade. O sentido da proporcionalidade se manifestará de dois modos: ou a lei contraria a Constituição porque o Estado se excedeu, ocasião em que se estará diante da proibição de excesso (*Übermassverbot*) ou a lei poderá ser inconstitucional porque o Estado protegeu de forma insuficiente determinado direito, hipótese que se poderá invocar a *Untermassverbot*. Não há um *locus* privilegiado para a aplicação da "devida/necessária proporcionalidade". Necessariamente ela estará relacionada à igualdade na proteção de direitos. Desproporcionalidades ocorrem por violação da isonomia ou da igualdade. Veja-se, desse modo, como se torna irrelevante epitetar a *exigência de proporcionalidade* como princípio ou não. Mas, atenção: o sentido da desproporção – seja negativo (*Übermassverbot*) ou positivo (*Untermassverbot*) – somente poderá ser dado mediante a obediência da integridade do direito. Não é da subjetividade pura e simples do aplicador que, *ad hoc*, exsurgirá a (des)proporcionalidade. Isso implica afirmar que o "princípio da proporcionalidade" não é instrumento para decisionismos. Alguma regra do sistema restará adequada à concreta normatividade ou a regra estará nulificada, conforme os vários exemplos tratados no decorrer destas reflexões.

Trata-se, por assim dizer, de um conjunto de "critérios aplicativos" cognominados de "princípios", os quais, reconheço, *podem ser importantes na busca de soluções jurídicas na cotidianidade das práticas judiciárias*, mas que, em sua maior parte, possuem nítidas pretensões de meta-regras, além de, em muitos casos, sofrerem de tautologia. E isso pode representar uma fragilização do direito, ao invés de a reforçar. Assim, parece necessário um mínimo de distinção dentre os vários tipos apresentados no sistema jurídico. Não é difícil reconhecer, nessa linha, a relevância na luta pela implementação dos textos constitucionais, nos diversos países que os reconhecem (Alemanha, Itália, Espanha, Portugal, Brasil), de princípios como os da *concordância prática ou da harmonização*,[84] *da conformidade funcional ou justeza*[85] e *da força norma-*

83 São importantes as críticas à proporcionalidade e à razoabilidade feitas por Humberto Ávila (*Teoria dos Princípios*, op.cit) e Eros Grau (*Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, op. cit.*). Para esses autores, a proporcionalidade e a razoabilidade não são princípios e, sim, postulados. Se me coloco de acordo com o resultado, o mesmo não se pode dizer com relação à tese central que fundamenta as críticas aos aludidos "princípios", uma vez que ambos partem da distinção estrutural "regra-princípio".

84 Segundo a doutrina e a jurisprudência (cfe. STF: Rp 1507/DF, STJ com outro sentido, em ação rescisória: AR 3898, TJRS trinta e oito julgamentos, como, *v.g.*, AI 70026497826, 70025377326, 70023935273, 70022486799, 70022041602, 70015453848; aplicando a "harmonização", tem-se STF: HC 92848/PR, TJRS: ED70008358806), em dado contexto à aplicação de um princípio não pode implicar um sacrifício total de outro. Seria a possibilidade de acomodar Direitos Fundamentais para que todos tenham uma eficácia ótima. Conduziria essencialmente à necessidade de sopesamento (essa conceituação é utilizada, *v.g.*, por Virgílio Afonso da Silva, *Interpretação constitucional* e sincretismo metodológico. in. Silva, Virgílio Afonso da (Org). *Interpretação constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, pp. 127-8). De todo modo, volta-se, sempre, ao ponto central: se princípios são obrigações jurídicas, de que modo essa "necessidade de concordância prática" teria normatividade? Na verdade, o que sustenta esse "princípio" é a possibilidade/exigência de "sopesamento", elemento central na Teoria da Argumentação Jurídica. Despiciendo, aqui, recapitular as discordâncias e/ou distinção entre hermenêutica e as teorias argumentativas. Uma demonstração de que o aludido princípio da harmonização *não tem caráter deontológico* – como efetivamente devem ter os princípios no Estado Democrático de Direito – é a conceituação feita por Inocêncio Mártires Coelho, para quem o princípio da harmonização ou da concordância prática *consiste numa recomendação* [veja-se: recomendação] para que o aplicador das normas constitucionais, em se deparando com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que *otimize a realização de todos eles*, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum (Cf. Mártires Coelho, Inocêncio. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre, Sérgio A.Fabris Editor, 1997, p. 91).

85 Por esse princípio, a aplicação judicial não pode subverter as repartições funcionais estabelecidas na Constituição. Isto é, procura evitar ativismos. Embora o objeto do aludido princípio esteja correto e adequado ao paradigma do Estado Democrático de Direito, vale lembrar que mais uma vez se corre o risco de estar diante de uma tautologia. O próprio controle de constitucionalidade – que

tiva da Constituição[86] (aos quais podem ser acrescentados os *da efetividade da Constituição*, da *integração* e da *eficácia máxima das normas*). Desse modo, embora seja correto dizer que todos os princípios apontam para a maximização da Constituição (ou, se quiser, da sua máxima eficácia), assim como para a harmonização/integração das normas constitucionais (relembremos as *inestimáveis contribuições* das teses construídas por autores do porte de Konrad Hesse, Friedrich Müller, Gomes Canotilho, para citar apenas estes), não se pode deixar de assinalar que há, nesses princípios, uma "óbvia pretensão de qualquer ordenamento jurídico" em tempos de constitucionalismo social e compromissório. No fundo, tais princípios são, efetivamente, critérios hermenêuticos, *o que não lhes tira a possibilidade de serem efetivamente princípios, entendidos para além da distinção lógico estrutural "regra-princípio"*. Ou seja, há neles – e em muitos outros – *o embrião da reconstrução histórico-institucional do direito*. O que quero afirmar é que Hesse, Müller, Canotilho, Bonavides – para citar apenas estes – *já vislumbra(va)m o mundo prático para além da velha razão prática solipsista*. E isso é de extrema relevância para a construção do Estado Democrático de Direito.

In fine, o estado da arte do quadro principiológico se torna ainda mais complexo e problemático quando se constata que se está diante de um conjunto de "princípios" dos quais é difícil – para não dizer impossível – reconhecer o DNA em tempos de pós-positivismo e da busca da autonomia do direito. Conforme se pôde verificar nos exemplos explicitados anteriormente, em muitos casos, chega a ser impossível identificar o *status* dos aludidos "princípios", isto é, se se está diante de princípio constitucional, infraconstitucional (sic) ou de um enunciado no nível dos velhos "princípios gerais do direito".

Percebe-se, assim, uma proliferação de princípios, circunstância que pode acarretar o enfraquecimento da autonomia do direito (e da força normativa da Constituição), na medida em que parcela considerável (desses "princípios") é transformada em discursos com pretensões de correção e, no limite, como no exemplo da "afetividade", um álibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional. Assim, está-se diante de um fenômeno que pode ser chamado de "panprincipiologismo", caminho perigoso para um retorno à "completude" que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX: na "ausência" de "leis apropriadas" (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete "deve" lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um "princípio" aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo. Em tempos de "densa principiologia" e "textura aberta" (sic), tudo isso propicia a que se dê um novo *status* ao velho *non liquet*. Isto é, os limites do sentido e o sentido dos limites do aplicador já não estão na Constituição, enquanto "programa normativo-vinculante", mas, sim, em um conjunto de enunciados criados *ad hoc* (e com funções *ad hoc*), que, travestidos de princípios, constituem uma espécie de "supraconstitucionalidade". Agregue-se a tudo isso a relevante circunstância de que muitos dos princípios gerais do direito – que teriam sido "constitucionalizados" – são incompatíveis com a Constituição...[87]

Sem qualquer possibilidade taxinômica acerca da matéria, esses enunciados (assertóricos) cumprem a função de pára-regras. Com eles, qualquer resposta pode ser correta. Aliás, sempre haverá um enunciado desse jaez aplicável ao "caso concreto", que acaba sendo "construído" a partir de grau zero de significado. Sua multiplicação se deve a errônea compreensão da tese de que os princípios proporcionam uma abertura interpretativa, isto é, pode-se dizer que a tese dworkiniana acerca da diferença entre princípios e regras foi mal-entendida, conforme já explicitei alhures na presente obra. Ao lado dessa problemática, pode-se elencar como fator causador o predomínio do paradigma da filosofia da consciência, circunstância também já explicitada à saciedade.

Uma adequada discussão das condições acerca do "controle das decisões judiciais" (e da interpretação do direito em geral) – que está no centro de uma

não é um princípio – estabelece os mecanismos de controle desta "repartição funcional de competências", aliás, todas delineadas na própria Constituição. A questão que realmente importa nesse contexto – como de resto em toda a atividade interpretativa – é a aplicação coerente e integrativa do aludido padrão, ou seja, se é um padrão (princípio), deve ser seguido, a partir da relevante circunstância de que possa ser construído um núcleo de sentido que indique, para os casos futuros, como e em que casos pode o princípio incidir. Portanto, além de uma tautologia, o princípio corre o risco de servir de *standard* performático, apenas para reforçar retoricamente algumas aplicações de determinado preceito constitucional. Logo, se for aplicado *ad hoc*, perde sua característica deontológica...!

86 Por ele, deve-se sempre considerar uma eficácia ótima às normas constitucionais. Equivale a outro princípio, o da eficácia máxima das normas constitucionais. O aludido princípio tem recepção no Supremo Tribunal Federal, em dezenas de decisões (dentre as quais RE 556664/RS, 60626/RS, 201819/RJ, MS26603/DF, RE-ED 227001/DF, REAGR 395662/RS; TJRS: AC 70005488812). Vale aqui a mesma observação: o *standard*/critério pode ter caráter de princípio. Dependerá, como nos demais casos, do uso que dele for feito. Esse é o ponto que questiono: em que medida uma reconstrução principiológica pode ser transformada indevidamente em um mero enunciado com pretensões de "sobre-regra".

87 Desde a primeira edição de *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise* venho insistindo que "princípios" (sic) como o de que "não há nulidade sem prejuízo", "verdade real", "íntima convicção", para falar apenas destes, não possuem *status* constitucional. Ao contrário: tratam-se de enunciações que apenas servem para reforçar os pressupostos do antigo positivismo jurídico.

teoria da decisão judicial – deve levar em conta a transição do positivismo para o pós-positivismo, entendendo-se pós-positivismo e neoconstitucionalismo *nos seus sentidos rupturais e de superação*. Essa questão (re)aparece na discussão "regra-princípio", existindo, no meu entender, duas possibilidades de enfrentamento do tema (que levará, ao final, como já visto, ao problema da relação ou do vínculo entre direito e moral).

Assim – e busco inspiração em Bobbio na sua concepção de ruptura entre o medievo e o Estado Moderno –, a primeira tese é a da "*continuidade*", pela qual o direito é um modelo de regras e, por isso, os princípios constitucionais que emergem da tradição do segundo pós-guerra são apenas uma (nova) versão, agora sofisticada, do modelo de princípios gerais do direito já existente ao tempo das metodologias jurídicas que influenciaram o pensamento jurídico no período que sucedeu a codificação. Neste caso, os princípios representariam uma espécie de *"reforço" da razão prática* para o direito que seriam acionados pelo julgador no momento em que as regras codificadas não apresentassem uma resposta imediata para a questão.

Evidentemente, essa tese é problemática, uma vez que funda o problema das vaguezas a ambigüidades em uma razão prática ainda prisioneira do solipsismo do sujeito epistemológico da modernidade. Essa problemática é facilmente identificável na teoria da argumentação jurídica que entende que os princípios são mandados de otimização. No fundo, isso implica afirmar uma continuidade (ou sobrevida) dos velhos princípios gerais, agora acrescentados/recheados com predicados morais, tanto é que, em determinados momentos e circunstâncias, a moral ainda se sobrepõe ao direito (pensemos na fórmula Radbruch apoiada por autores do porte e da importância de Alexy).

Veja-se que ainda hoje – mesmo no campo da assim denominada crítica do direito – há setores que acreditam na tese de que "é com os princípios que o juiz deixa de ser a boca da lei" (sic), como se os princípios fossem esse componente "libertário" da interpretação do direito (e da decisão dos juízes). Ademais, a tese da "continuidade" trata de forma equivocada o problema do *non liquet*, ao colocar o dever do pronunciamento judicial como uma "autorização para o juiz decidir como melhor lhe aprouver" (despiciendo lembrar o decisionismo kelseniano e a discricionariedade de Hart).

Como contraponto, proponho a "tese da *descontinuidade*" – que penso ser a mais adequada – pela qual se entende que os princípios constitucionais instituem o *mundo prático* no direito (que, como já referi alhures, é distinto da razão prática *stricto sensu*) e essa institucionalização representa um ganho qualitativo para o direito, na medida em que, a partir dessa revolução paradigmática, o juiz tem um dever (*have a duty to*, como diz Dworkin) de decidir de

forma correta. Trata-se do dever de resposta correta, correlato ao direito fundamental de resposta correta que venho defendendo.

Isso é assim porque, em Dworkin, a normatividade assumida pelos princípios possibilita um "fechamento interpretativo" próprio da blindagem hermenêutica contra discricionarismos judiciais. Essa normatividade não é oriunda de uma operação semântica ficcional como se dá com a teoria dos princípios de Alexy. Ao contrário, ela retira seu conteúdo normativo de uma convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade. Os princípios, nesta perspectiva, são *vivenciados* ("faticizados") por aqueles que participam da comunidade política e que determinam a formação comum de uma sociedade. *É exatamente por esse motivo que tais princípios são elevados ao status da constitucionalidade*. Por isso os princípios são deontológicos.

Esse talvez seja o aspecto mais importante a diferenciar o pós-positivismo do positivismo, problemática central no debate Dworkin-Hart. Sob a ótica positivista, um princípio não é norma porque ele trata de uma espécie de adereço do direito. Certas teorias do direito reduzem a discussão dos princípios a essa simples "positivação". Mas, pergunta-se: em que isso constitui um avanço para superar o problema da relação direito-moral? Por que, de um lado, positivaríamos os velhos princípios gerais do direito (com algumas agregações) e, de outro, *continuaríamos a discutir a relação entre a moral e o direito?* Mais ainda: se os valores – representados pelos princípios (gerais ou não) – estão agora positivados, por que precisaríamos, ainda, de uma moral com pretensões de correção? Afinal, se os princípios agregam os "valores sociais" (sic) e agora estão positivados, por que são considerados tão-somente como mandados de otimização?

A partir disso, há duas leituras possíveis da Constituição: uma que encara os princípios como capas de sentido ou como reserva hermenêutica para resolver casos difíceis ou ainda como canal de ingresso da moral em determinadas situações como sustentam, por exemplo, os adeptos do positivismo inclusivo, e a outra que considera um conteúdo deontológico para os princípios. É também esta, como já referida, a principal indicação para a diferença entre positivismo e pós-positivismo.

Advirta-se, ainda – e isso parece significativo – que não precisamos fazer a leitura moral da Constituição reivindicada por Dworkin para a Constituição norte-americana, porque temos uma Constituição que incorpora toda essa rica tradição. *E esse é o salto qualitativo que a tese da descontinuidade* – aqui proposta – *apresenta no tocante aos princípios*. Note-se que, com isso, não quero dizer que os princípios existem *como* princípios simplesmente porque a autoridade da Constituição assim os instituiu. Ao contrário, a Constituição é con-

siderada materialmente legítima justamente porque fez constar em seu texto toda uma carga principiológica que já se manifestava *praticamente* no seio de nossa *comum-unidade*.[88]

13.5.2. A Constituição como *locus* dos princípios e a determinação do conceito de princípio para além da distinção estrutural "regra-princípio": de como a tese dos princípios como "abertura" é incompatível com a superação do positivismo jurídico.

13.5.2.1. O necessário alerta para eventuais *sincretismos conceituais* em torno do termo princípio.

Na verdade, o que ocorre nesta babel de posições e opiniões (no sentido de *doxa*) em que se constitui o *pós-positivismo* à brasileira, é uma incompreensão radical dos pontos centrais para determinação do próprio conceito de princípio.[89] Não se nota, entre nós, uma preocupação mais amiúde visando a elucidar os diferentes modos que podem ser utilizados para articular o conceito de princípio. Ou seja, dependendo da função que se reivindica, o

88 Cf. Oliveira, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, em especial o capítulo IV.

89 Quanto a questão do conceito de princípio, consultar Oliveira, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio, op. cit.* Trata-se de dissertação de mestrado por mim orientada no interior da qual o autor se propõe a investigar o problema da (in)determinação do conceito de princípio – que gera uma espécie de sincretismo conceitual – nas teorias do direito. A partir desta constatação, demonstra-se a conexão existente entre esse sincretismo em torno do conceito de princípio e o problema que aparece no momento da determinação do direito na decisão judicial. Por certo, o objetivo é enfrentar as diversas posturas que procuram resolver o problema das vaguezas e ambigüidades da lei a partir da discricionariedade judicial. Como venho insistindo há muito tempo, as conquistas da filosofia hermenêutica e da hermenêutica filosófica, quando bem compreendidas, podem oferecer um remédio eficaz para este patológico déficit democrático que assola o positivismo discricionário – e que se estende para posturas tidas como pós-positivistas, como é o caso da teoria de Robert Alexy. Este é o ponto fulcral: não podemos olhar os princípios (constitucionais) que emergiram da tradição (neo)constitucionalista do segundo pós-guerra com os olhos da tradição (privativista) dos princípios gerais do direito dos novecentos. Neste ponto, não há espaço para uma continuidade conceitual. Há uma evidente ruptura/descontinuidade – uma publicização, se assim se que quiser – que altera substancialmente o significado conceitual do termo *princípio* no Direito. Neste processo ruptural, a teoria de Dworkin, ligada às conquistas da filosofia hermenêutica e da hermenêutica filosófica, produzem um espaço onde os princípios, longe de serem vistos como cláusulas de abertura ou como um protético fechamento das "lacunas" do sistema, como queria o primeiro positivismo dos princípios gerais do direito, são operados como um prático "fechamento hermenêutico" que não vinculam nem autorizam o intérprete desde fora, mas justificam a decisão no interior da prática interpretativa que define e constitui o direito.

termo princípio será invocado para se referir a âmbitos muito distintos de denotação. Veja-se, por exemplo, que uma teoria do direito pode usar o termo princípio reivindicando para ele um significado puramente epistemológico. Este é o caso do princípio da imputação na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. Também é com função epistemológica – de índole positivista, é preciso frisar – que se constroem os chamados princípios do direito processual, princípios do direito administrativo, princípios do direito penal etc. Porém, é de se perguntar: qual é o significado pragmático desempenhado por tais princípios? Dito de outro modo, como é que tais princípios podem influir na decisão judicial de modo a legitimar – democraticamente – esta mesma decisão? Afinal, qual é a validade desses "princípios"?

Nem os chamados princípios gerais do direito nem os princípios epistemológicos podem responder tais questões. Os princípios gerais do direito – ao menos no que tange à tradição continental, romano-germânica, estão impregnados por uma concepção de justiça e de moral influenciada por um nítido corte idealista: *há sempre a aposta em um mundo paralelo, capaz de determinar por mimetismo a realidade vivenciada*. Mas, e se a realidade não conseguir se adaptar a esta "realidade ideal"? A resposta seria: pior para a realidade!

Sendo mais claro, a ciência moderna tinha se constituído sobre bases sistemáticas, onde a realidade visível era colocada em dúvida (*cogito*) e em seguida subjugada pela perfeição do sistema. Com a ciência moderna do direito não foi diferente e, desde o jusracionalismo do séc. XVII, os juristas pensam primeiro o sistema para, somente em seguida, pensar o mundo prático. No positivismo primitivo do séc. XIX, o modelo sistemático é radicalizado, na medida em que seu ponto de partida deixa de ser a natureza humana e passa a ser um conjunto de textos organizados sistematicamente (um ordenamento). Em um primeiro momento, defendeu-se a objetividade de um modelo sistemático inviável e, em um segundo momento, desfeito o mito, a discricionariedade política tomou conta do direito.[90] Sabemos em que isso resultou.

Os princípios gerais do direito, desse modo, chegam ao ordenamento com a função de solucionar os problemas gerados pela insuficiência do modelo exegético-conceitual e, resgatando a razão prático, passaram a ser "pautas

90 Veja-se, neste sentido, que, já em 1956, Josef Esser afirmava que "nosso pensamento civilista, com seus hábitos axiomáticos, oscila entre a ilusão de uma simples aplicação da lei e a exploração puramente lógica de *rationes legis* que se supõem sempre à mão, e a ilusão não menos funesta de uma 'criação' de direito a partir de 'seus' princípio por via da 'livre pesquisa" (*Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*. Tradução de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961 p. 107).

orientadoras da normação jurídica" (Larenz). Mas, justamente por ser uma solução "para" o sistema e não uma solução "contra" o sistema, a presença desse novo elemento normativo gera a seguinte questão: são eles normas jurídicas que podem ser aplicadas a situações concretas? Como pensar o sistema era condição de possibilidade para a aplicação (que se dava em um momento posterior), a resposta a essa pergunta envolvia a densidade semântica dos princípios, que nada mais é que uma forma derivada da suficiência ôntica. Naquele momento, tinha-se consciência de que os princípios não possuíam tal densidade e, em sendo assim, não seriam "regras imediatamente aplicáveis aos casos concretos, mas idéias directrizes, cuja transformação em regras que possibilitem uma resolução tem lugar em parte pela legislação, em parte pela jurisprudência, segundo o processo (...) da concretização e do aperfeiçoamento de princípios mais especiais mediante a formação de grupos de casos".[91]

Todavia, o sentido com o qual operamos quando falamos nos princípios constitucionais do pós-guerra apresentam um outro horizonte conjuntural: *só há sentido se olharmos para eles na perspectiva da tese da descontinuidade.* Eles institucionalizam o mundo prático, destroem os dualismos presentes nas tradições anteriores e instauram um novo modo para se pensar o significado do termo *princípio*. Trata-se da relação entre princípios-moral-decisão. Para ser mais específico, a decisão judicial se estrutura e se legitima numa co-originária relação entre princípios e moral.

13.5.2.2. Delineamento do significado dos princípios constitucionais no contexto da revolução paradigmática do (novo)constitucionalismo: esclarecimentos em torno da imbricação entre *princípios* e *moral*.

Para iluminar esse ponto, vejamos como Dworkin procura determinar tal relação. Para o jusfilósofo norte-americano, o termo princípio tem seu significado oriundo da própria condição humana, ou seja, quando se diz que determinada pessoa é um homem de princípios, diz-se que tal homem se comporta, em suas relações com os outros e com o mundo, de modo a não ferir *padrões de condutas* que se formaram a partir de uma autocompreensão que determina seu próprio caráter. Note-se: um homem de princípios é um homem virtuoso, porque possui a virtude (e não o valor) de conduzir sua vida segundo princípios.

91 Larenz, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito, op. cit.*

Como é cediço, Dworkin transfere essa idéia de princípio da pessoa para a comunidade política. Isto significa que, tal qual é possível observar esta estrutura principiológica no homem, também o é na comunidade que se forma a partir dele e por ele. Por certo que esta definição de princípio não pressupõe que cada homem forme seu "conjunto principiológico" de acordo com sua "consciência". Isto seria desconsiderar a principal conquista da filosofia hermenêutica que, rompendo com a ontologia da coisa e com a filosofia da consciência, instalou um procedimento capaz de dar conta e produzir uma ontologia da compreensão. Nesta ontologia da compreensão, homem e mundo, sujeito e objeto, não estão separados em busca de algo que permita fazer a ponte para realizar o conhecimento efetivo do mundo e de si próprio. Essa ontologia da compreensão que nasce com a filosofia hermenêutica une homem e mundo, sujeito e objeto na estrutura do ser-no-mundo através daquilo que Stein chamou de "boa circularidade".[92] Esta boa circularidade demonstra que não há conhecimento dos entes disponíveis sem uma interpretação prévia do ente que conhece. Ou seja, em toda relação com os entes está pressuposta uma interpretação que o ser-aí tem de si mesmo e essa interpretação de si se transforma na medida em que o ser-aí se relaciona com o mundo e vise-versa.

Portanto – e isso deve ser bem destacado – não há primeiro uma formação subjetiva de princípios e, depois, sua aplicação compartilhada no mundo da convivência, mas essa formação principiológica é *formada pelo mundo* e, ao mesmo tempo, *forma mundo*, na medida em que pode articular um significado novo que exsurge da interpretação do próprio mundo.

Isso fica mais claro quando se tem presente a advertência de Benedito Nunes que afirma: "a filosofia não tem começo absoluto (...). Para Heidegger a filosofia também começa sempre 'no meio', como a poesia épica: seu começo não é absoluto porque ela não está desvinculada de uma certa tradição. E como hermenêutica, a filosofia já pressupõe uma situação de fato, a faticidade, por onde deve começar".[93] Também Guimarães Rosa sabia disso quando, pela boca de Riobaldo – nosso filósofo do Sertão – afirmava: "o real não está nem na saída, nem na chegada: ele se dispõe para a gente é no meio da travessia". Sempre estamos situados, *in media res* diante do todo representado pela tradição. Isso significa que desde sempre estamos afundados nesta tradição e que este afundar determina as possibilidades de sentido que projetamos no

92 Cf. Stein, Ernildo. *Seis Estudos sobre Ser e Tempo*. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1990, pp. 49 e segs.
93 Cf. Nunes, Benedito. *Hermenêutica e Poesia. O pensamento poético*. Belo Horizonte: UFMG, 2007, pp. 39/40.

mundo. É a partir desta tradição que são criadas as regras de convívio, inclusive as regras de direito.

Nessa medida, os princípios aparecem como os indícios formais (*formale Anzeigen*) que mostram o caminho – legítimo – para a formação do direito. Um homem que constrói sua vida conduzindo suas ações através de princípios, legitima sua obra de modo que poderá dizer que tem uma vida boa. Também uma comunidade política que estrutura seu direito num todo coerente de princípios, legitima a força do poder político do Estado. Esta é a grande transformação operada pelo primeiro constitucionalismo no seio da formação do Estado Moderno: na forma estatal medieval, obedecia-se porque o que havia era um "pertencimento" ao senhor feudal ou ao príncipe; sua vontade era soberana e por isso deveria ser cumprida (em síntese, a obediência era *ex parte principe*). No Estado Constitucional, obedece-se ao direito porque há um princípio que justifica tal obediência (*ex parte principio*).

A faticidade de nossa existência mostra que sempre estamos situados *no meio*. Literariamente poderíamos dizer que a existência é sempre *travessia*. Travessia é *caminho* e esse caminho se torna percorrível a partir das marcas que são nele impressas pela tradição. Os princípios são, portanto, estas marcas que balizam a formação da história institucional do direito. Esta história institucional possibilita a formação legítima de algo como uma decisão judicial. Eis, portanto, o sentido que se projeta como horizonte quando falamos de princípios.

Nesse sentido, é necessário (re)afirmar o seguinte: o vínculo entre princípio e moral tem seu ponto de estofo exatamente no momento em que se percebe que a inserção do mundo prático representa um compromisso dos juízes no momento da decisão. Ou seja, – e isto é uma questão de democracia – a co-originariedade entre direito e moral, que tem seu enraizamento no todo principiológico da Constituição, impõe um dever de correção ao órgão judicante. Isto significa que, mais do que uma pauta ideal para os juízes, a tese da resposta correta (ou constitucionalmente adequada) impõe-lhes um dever: *o de demonstrar a legitimidade de suas decisões* (espécie de *accountabillity*).

Diante disso, a pergunta certamente será esta: como se dá uma tal legitimidade?

A resposta apresenta um delineamento do significado assumido pelos princípios neste novo paradigma: a legitimidade de uma decisão será auferida no momento em que se demonstra que a regra/norma por ela concretizada é instituída por um princípio. Desse modo, tem-se o seguinte: não há regra sem

um princípio instituidor. Sem um princípio instituinte, a regra não pode ser aplicada, posto que não será portadora do caráter de legitimidade democrática.

Podemos dizer que isso tudo funciona da seguinte forma: quando nos ocupamos com questões jurídicas, possuímos, antecipadamente/pré-compreensivamente, um todo conjuntural que nos permite articular os diversos instrumentos que a tradição jurídica construiu. Há sempre um todo antecipado em cada ato particular que praticamos como advogados, procuradores, promotores, juízes etc. No contexto da tradição em que estamos inseridos, este todo é representado pela Constituição. Mas não a Constituição enquanto um texto composto de diversas fatias: os artigos, os incisos, as alíneas etc., *mas sim a Constituição entendida como um evento que introduz, prospectivamente, um novo modelo de sociedade*. Este evento que é a Constituição está edificado sob certos pressupostos que chegam até nós pela história institucional de nossa comunidade. Tais pressupostos condicionam toda tarefa concretizadora da norma, porque é a partir deles que podemos dizer se o direito que se produz *concretamente* está legitimado de acordo com uma tradição histórica que decidiu constituir uma sociedade democrática, livre, justa e solidária.

Este todo conjuntural, portanto, irá determinar os juízos concretos e particulares que fazemos para solucionar os problemas jurídicos. Neste sentido, por mais que essa conjuntura não apareça de modo explícito no trabalho de fundamentação que todo jurista deve realizar, *ela condiciona os argumentos alinhavados na decisão de modo subterrâneo*. Ou seja, não há causa judicial, não há caso concreto em que não exista uma discussão – ainda que encoberta – sobre a igualdade, por exemplo. Ora, sempre no direito lidamos com alguma situação discriminatória. A concessão de uma liminar, por exemplo, já é por si só o exercício de um tratamento diferenciado dado há alguém que faz jus a determinados requisitos de ordem formal. Porém, na concessão desta liminar, o juiz que profere a decisão estará obrigado a justificar o por quê do tratamento diferenciado dado àquele que requer a medida antecipatória. Do mesmo modo que haverá de justificar no caso de negação do pedido. Uma liminar negada para alguém será a concessão/manutenção de um direito em favor de outrem. Assim também ocorre com aquilo que conhecemos por *devido processo legal*. Não pode haver processo que não tenha se desenvolvido no contexto de seu âmbito de aplicação. É por isso que, neste sentido, não se pode falar em "abertura" interpretativa no que tange aos princípios jurídicos: nos dois casos analisados, parece ficar claro que eles condicionam o intérprete no sentido de obrigá-lo a decidir de modo a não comprometer o todo conjuntural da *comum-unidade* dos princípios constitucionais.

13.5.2.3. A diferença entre *regras* e *princípios* para além das cisões/distinções estruturais.

Mas então, é necessário perguntar, como fica a distinção que se realiza entre *regras* e *princípios*? É válida tal distinção? É essa distinção uma distinção estrutural, epistemológica, ou nela se esconde algo mais que a simples determinação do objeto a ser conhecido? De plano, é importante deixar claro que regras e princípios são fenômenos que povoam o ambiente jurídico e os juristas se referem constantemente a cada um deles pretendendo atingir diferentes dimensões argumentativas. O problema aparece no momento em que há uma banalização dos princípios e o uso do conceito passa a sofrer uma indicação aleatória, como foi retratado anteriormente – daí a necessidade de uma crítica do conceito para que saibamos nos movimentar corretamente no uso do conceito de princípio ou no mínimo para dizer o "que não é um princípio". Também se faz necessário olhar para a origem da distinção entre regra e princípio. Uma distinção estrutural[94] – que predomina nas teorias do direito

94 Importante registrar que as críticas feitas à distinção estrutural entre regra e princípio e ao conceito semântico de norma tem a preocupação, no plano de uma teoria do direito preocupada com a decisão jurídica, de evitar uma espécie de constitucionalismo da efetividade, vale dizer, uma espécie de constitucionalismo finalístico ou teleológico. Com efeito, é inimaginável que se desconsidere a importância das reflexões acerca da jurisdição constitucional realizadas por juristas como José Adércio Leite Sampaio (*A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002), José Alfredo Baracho (*A Constituição brasileira de 1988 – Interpretações*. Rio de Janeiro: Forense, 1988), Dalmo Dallari (*O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996), José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007) Carlos Roberto de Siqueira Castro (*A Constituição aberta e os Direitos Fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003), Clemerson Clève (*A fiscalização abstrata de constitucionalidade no dirieto brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000), Gilmar Ferreira Mendes (*Jurisdição Constitucional: O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004), Paulo Bonavides (*Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008), Luis Roberto Barroso (*Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009), Daniel Sarmento (*Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006), Juarez Freitas (*Interpretação Sistemática do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004), Ingo Sarlet (*Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009), Walber Agra (*Manual de Direito Constitucional*), Luiz Alberto David de Araújo e Vidal Serrano Nunes Jr. (*Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009), Emerson Garcia (*Conflito entre Normas Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009), André Ramos Tavares (*Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009), entre outros tantos juristas, todos voltados para a concretização dos direitos fundamentais-sociais a partir de uma dogmática constitucional consistente e aprofundada. Não esqueçamos que o Brasil carecia, pós-constituição de 1988, de uma dogmática constitucional apta a concretização constitucional. *De vários modos e sob diversos pontos de vista e matrizes teóricas, foram sendo construídos maneiras de enfrentar essa ruptura paradigmática ocorrida no constitucionalismo brasileiro*. Houve, portanto, consideráveis avanços nesse sentido.

atuais[95] – pode estar no cerne do problema no que tange a entender os princípios como "cláusulas de abertura" ou de "fechamento hermenêutico" no momento da decisão.

Nos últimos anos, uma das afirmações mais constantes em nossa doutrina constitucional é a de que o *pós-positivismo* representa um movimento que elevou os princípios à condição de norma. Há uma espécie de acordo tácito no sentido de que, antes das teorias pós-positivistas, os princípios não possuíam caráter normativo, sendo eles apenas diretrizes ou balizas que guiariam o julgador no momento de decisão de um caso cuja solução não encontrasse previsão no ordenamento jurídico (a velha *idéia de princípios gerais do direito*).

Praticamente todos estes posicionamentos partem da descrição feita por Robert Alexy em seu *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Neste livro, o jusfilósofo afirma que as normas de direitos fundamentais possuem, em sua estrutura semântica, uma distinção: podem ser regras ou princípios. Ou seja, podem existir regras de direitos fundamentais ou princípios de direitos fundamentais. Ambos são espécies de um gênero: *norma*. Como, para ele, a norma é um conceito semântico, é possível descrever – antecipadamente e de forma analítica – suas características estruturais. Assim, em sua estrutura semântica, há normas de direitos fundamentais que possuem um dever-ser alargado (princípios)

O que pretendo apontar é que, ao se fazer uma distinção estrutural "regra-princípio" e jogá-la para o âmbito da semântica, são possíveis (sempre) vários resultados, que nem sempre serão aqueles que apontam para a concretização dos direitos, valendo referir, por exemplo, o modo como a razoabilidade e a proporcionalidade podem proporcionar resultados absolutamente distintos para casos similares. Ou seja, minha preocupação é com a questão da abertura que uma distinção que antecede o problema concreto pode causar. Isto, ratifico, não implica desconsiderar as contribuições importantíssimas e sofisticadas dos autores citados, mas apenas aponta para uma análise que pretende tornar ainda mais efetiva a doutrina constitucional brasileira. Há algo que não é problematizado pela distinção estrutural e que, contudo, causa-lhe problemas profundos de legitimidade democrática, qual seja: o sujeito solipsista da modernidade e o problema do "controle dos sentidos" (semânticos). Disso decorre a possibilidade de que a concretização efetuada a partir da distinção estrutural possa desvirtuar-se em uma não-concretização, na medida em que esta – a concretização – fica entregue ao protagonismo dos juízes e tribunais.

95 Para além dos avanços das obras que vêm contribuindo para a construção de uma adequada dogmática constitucional em *terrae brasilis*, vale citar os trabalhos que, a par de apostarem no papel compromissório e dirigente da Constituição, estabelecem profundas desconfianças em relação à judicialização da política e, em determinadas circunstâncias, em relação à própria jurisdição constitucional. Nesse sentido, entre outras, as excelentes contribuições de Gilberto Bercovici (*Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003), Martonio Barreto Lima (Constituição e Economia: Como Construir o Mito da Estabilidade Democrática no Capitalismo Periférico. In: *Estudos Constitucionais*. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, José Luis Bolzan de Morais, Lenio Luiz Streck [orgs.] Rio de Janeiro: Renovar, 2007), e José Luis Bolzan de Morais (*Do Direito Social aos Interesses Transindividuais: O Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996).

ao passo que existem normas de direitos fundamentais que possuem um dever-ser restrito (regras). Daí decorre a conclusão: as normas de dever-ser alargado entram em colisão e, por isso, dependem de um procedimento que resolva este problema antes de determinar a resolução do caso propriamente dito. Este procedimento é a *ponderação*. Por outro lado, as normas que possuem um dever-ser restrito podem ser aplicadas diretamente às situações concretas e, por isso, seu procedimento de aplicação é a subsunção. Isso é, em síntese, o que se chama de distinção estrutural entre regras e princípios, já tratada à saciedade no decorrer desta obra e também em outras oportunidades.

O que quero destacar nesta altura deste posfácio é que, para se efetuar uma tal distinção, faz-se necessário estar previamente de posse de um conceito *semântico de norma* que sirva de gênero para determinação das espécies regras e princípios. Ocorre que, como pretendo demonstrar, a obrigatoriedade dos princípios (ou seu caráter normativo, se assim preferir) não decorre desta operação semântica realizada por Alexy e seus seguidores.

Desde já – embora essa questão já esteja esclarecida no decorrer da obra – é necessário (re)lembrar que, para os efeitos aqui pretendidos, *a palavra "norma" representa o produto da interpretação de um texto*, isto é, o produto da interpretação da regra jurídica realizada a partir da materialidade principiológica. Se sempre há um princípio atrás de uma regra, a norma será o produto dessa interpretação, que se dá na *applicatio*. Assim, em relação à pergunta "se afirmo o caráter normativo dos princípios a partir de uma diferença em relação às regras, não estou afirmando uma diferença entre gênero e espécie?", é preciso deixar claro que *a distinção aqui feita não tem nada a ver com a distinção de caráter semântico feita, por exemplo, por Alexy*.

Para realizar essa distinção, o jusfilósofo afirma um conceito de norma que é *a priori* e que leva até as regras e aos princípios o atributo da normatividade. Mas a norma, como já foi afirmado reiteradamente, não existe sem a interpretação e a interpretação, por sua vez, não se faz sem um caso – hipotético ou real. Desse modo, não pode haver um conceito de norma que seja prévio e anterior ao caso a ser decidido. Portanto, a norma e, máxime, a normatividade do direito emerge da conflituosidade própria do caso. E como resolvemos os casos jurídicos? Resolvemos a partir de princípios e regras que determinarão a obrigação jurídica a ser cumprida pelas partes. Portanto, os princípios e as regras são como que condições de possibilidade da normatividade e não *o contrário* (a normatividade como condição de possibilidade de regras e princípios).

Por certo que essa operação não é assim tão simples. Do ponto de vista hermenêutico, não há como separar os "momentos" de *fazimento* da norma. Ou seja, não se trata de uma prioridade temporal, no sentido de um antes e um

depois, dos princípios com relação às regras e destes com relação à normatividade. Há simplesmente um privilégio que é próprio do caráter hermenêutico ínsito à experiência jurídica. Há uma circularidade também entre os princípios e a normatividade. No fundo os princípios são normas e as normas são princípios, não há como determinar uma condição apodídica que especifique quando começa um e termina o outro. De todo modo, uma coisa é definitiva: não há um conceito *a priori* de norma que determina antecipadamente o que são princípios e o que são regras. A norma é o produto da interpretação do texto e, por isso, ela só se realiza na concretude. Essa realização não pode ser considerada uma singularidade existente por si só, mas, sim, como componente de uma cadeia que a transcende em direção à história institucional do direito. Nessa medida – e novamente com Dworkin – insisto em afirmar: *norma é um conceito interpretativo e não um conceito semântico*.

Aliás, tornou-se hoje lugar comum a afirmação de que cada caso deve ser julgado como se fosse único – trata-se daquilo que já mencionei nesta obra como "ideologia do caso concreto". Penso que, nos termos da teoria integrativa, o correto é afirmar que todo julgamento traz consigo um problema de igualdade. Ou seja, a idéia diretriz não é – como equivocadamente se professa – que cada caso deve ser julgado como se fosse o único, como se só houvessem coisas particulares, mas, sim, que todos os casos devem ser julgados, até o limite do possível, como se fossem iguais.

Sendo mais claro, a decisão tomada em um caso gera uma responsabilidade para com o próximo. Não se pode decidir casuisticamente sem que se faça um esforço hermenêutico para justificar por que o caso que ora se decide merece um tratamento diferenciado com relação aos outros que já foram decididos. Ou seja, se Alexy afirma, em sua *Teoria da Argumentação Jurídica*, que quem quiser se afastar de um precedente terá que arcar com o ônus da argumentação, eu digo que quem quiser se afastar de um precedente *terá que suportar um encargo hermenêutico:* o de fazer ver aquilo que permaneceu/permanece encoberto no precedente que possibilita a reforma que se pretende realizar.

Insisto: falar em argumentação ou em hermenêutica faz uma diferença qualitativa. Quando se diz que há um ônus argumentativo para o afastamento de um precedente, está-se a assumir uma postura meramente persuasiva da justificação deste ônus. Ou seja, aquele que possuir o melhor argumento, do ponto de vista abstrato, pode quebrar o elo da cadeia histórica e firmar um novo sentido para decisão que se coloca em tela. Ora, na hermenêutica, esse caráter persuasivo é afastado no momento em que o acesso à verdade é buscado de um modo originário e concreto – no âmbito das estruturas de sentido do *logos hermenêutico*. Em lugar do melhor argumento, o argumento verdadeiro.

Portanto, há que se alertar: não se pode confundir o que hermeneuticamente se chama de caso concreto e aquilo que se denomina de "casuística". A determinação da decisão em um caso já traz consigo um problema imediato: o que deverá ser feito com o próximo caso. E essa preocupação é reconhecida mesmo por autores positivistas como é o caso de Hart. Para Hart, quando, no *Conceito de Direito*, analisa as regras do jogo de críquete, o problema não está simplesmente no fato de o juiz interpretar a regra de um modo novo, mas, sim, naquilo que ele fará no momento seguinte, quando deverá decidir novamente sobre aplicar em caso similar. Portanto, uma decisão que utiliza o caso concreto como álibi para excepcionar a aplicação de uma regra possui dois problemas: 1) a própria exceção; 2) o que fazer no momento conseqüente? Por isso e que a igualdade é uma virtude soberana (Dworkin) para a aplicação principiológica do direito e, também por isso, a integridade e a coerência são caudatários da igualdade.

Como princípios garantidores da igualdade e da equanimidade da *applicatio*, a coerência e a integridade (que, não esqueçamos, aplicam-se também à legislação) estabelecem um padrão do que devamos entender por decisão adequada, a partir da doutrina e da jurisprudência. Caso jurídico, caso concreto, decisão, validade: tudo isso está umbilicalmente ligado e dependente da integridade e da coerência, que se constituem na condição de possibilidade do significado da jurisprudência e da doutrina em um Estado Democrático de Direito. Decidir adequadamente é tarefa da *jurisdictio*; apontar o modo adequado de decidir é tarefa da doutrina. Não há jurisprudência sem doutrina e a doutrina tem a tarefa de censura significativa das decisões.

Jurisprudência não significa simplesmente um conjunto de casos julgados. Um caso isolado, que tenha "quebrado" a seqüência de decisões e que não tenha sido seguido, provavelmente, terá sido fruto de decisão arbitrária; do mesmo modo, a quebra seqüencial, sem fundamentação, apenas com o dizer "neste caso não sigo a jurisprudência" tem *validade hermenêutica* "zero". Somente uma apurada justificação/fundamentação permite que se rompa a cadeia que forma a integridade do direito. A sanção para tal tipo de decisão é a nulidade, forte no art. 93, IX, da CF. E, na hipótese de aquele julgado ser seguido por outros, estes devem estar igualmente fundamentados à saciedade, uma vez que é direito fundamental dos participantes do processo terem conhecimento das razões pelas quais o Tribunal mudou seu entendimento acerca de determinado texto jurídico. Eis a co-originariedade/complementariedade entre a noção de princípio e a concreta realização da normatividade jurídica.

No mesmo sentido – e como já referido anteriormente –, se uma súmula é a tentativa de condensação/coagulação de um determinado entendimento do

Supremo Tribunal Federal em torno de uma matéria, isso não pode significar que a simples invocação desse "conceito universal" bastará para a aplicação. Despiciendo repetir que as inúmeras hipóteses de significação dos casos jurídicos não cabem no enunciado sumular.

Atrás de uma súmula – assim como em qualquer regra jurídica – há vários princípios. E da própria súmula se extrairá princípios. Pensar que a *súmula é o "conceito final" da cadeia discursiva* é o mesmo que pensar que a *invocação da grafia de um princípio esgotará por si só a discussão*. Qual é a diferença – e faço a pergunta para argumentar no mesmo nível da distinção estrutural "regra-princípio" – entre uma súmula e um princípio, se aquela tiver a característica deste? Ora, várias súmulas têm plenamente a feição daquilo que tem sido entendido como princípio (até mesmo) constitucional. E parece que não teríamos interpretações isomórficas se "colocássemos" todos os princípios na dicção de súmulas...! Exemplo interessante exsurge das súmulas "tautológicas", isto é, aquelas que dizem o que a lei ou a Constituição já explicitam graficamente, como é o caso da súmula vinculante n. 10, que repete o art. 97 da CF; e o que dizer da súmula que diz que não cabe mandado de segurança contra lei em tese (além de repetir a lei, não esgota – e nem poderia – as diferentes hipóteses de aplicação do que seja "lei em tese")?

Como venho afirmando, um enunciado jurisprudencial ou sumular (este com suas peculiaridades em face de seu caráter normativo *stricto sensu*) não pode ser aplicado – para usar uma linguagem bem simples – "modo *tabula rasa*". Ora, o mesmo se pode dizer de qualquer regra jurídica (aliás, nenhum texto jurídico já contém em si mesmo as hipóteses aplicativas). O que acontece é que a dogmática jurídica mais tradicional – no que é seguida por parcela significativa dos setores filiados às teorias argumentativas – continua sustentando que somente as regras se enquadram nessa proibição semântico-significativa. Por tais razões ocorreu a multiplicação dos verbetes jurisprudenciais, estes sim aplicados sem qualquer singularização.

Conseqüentemente, cada decisão jurisprudencial – que siga ou inaugure uma nova cadeia discursiva – contém um núcleo mínimo generalizante, de onde se extrai um ou mais princípios, que exatamente constituem o elo com a cadeia significativa. De vários modos se dá esse processo (ou deveria se dar). Assim como não basta a citação do ementário (como também não basta a citação da lei), não é suficiente a contextualização do caso, o que pode acarretar um seguimento acrítico da cadeia aplicativa. Um "precedente jurisprudencial" deve ser perquirido relativamente ao princípio que o institui. A súmula vinculante n. 11 que trata do uso de algemas tem seu elemento generalizante sustentado na preservação dos direitos fundamentais do preso. A complementa-

riedade/co-originariedade entre a aplicação do direito e a integridade exige essa reconstrução histórico-institucional (trata-se daquilo que venho denominando de DNA do caso jurídico).

Nesse sentido, observemos o caso das súmulas 21 e 52 do Superior Tribunal de Justiça, que tratam de assuntos muito próximos (prazo para a manutenção de acusado preso preventivamente acima do limite), cuja apreciação à luz das possibilidades aqui discutidas acerca da validade do direito (teoria da decisão) podem contribuir para uma melhor compreensão do problema aplicativo, mormente num "confronto" entre o que faz a dogmática jurídica cotidianamente e o que é possível fazer para superar esse imaginário "isomórfico".

Com efeito, a súmula n. 21 do STJ "garante" (não esqueçamos que, mais do que um princípio, uma súmula desse jaez assume ares de extrema normatividade) ao Judiciário a possibilidade de excepcionar o direito à liberdade e da presunção da inocência mesmo depois de esgotados os prazos em que este – o acusado – estava à disposição do Estado justamente para que fosse apurada a sua culpa, ou seja, pela súmula 21[96] (e a de n. 52[97] irá nessa mesma linha), ocorre uma espécie de "preclusão" de seu direito de responder em liberdade a ação penal toda vez que a instrução não se completa no prazo regulamentar...! Assim, uma vez aplicada a Súmula como um enunciado assertórico, isto é, sem o elemento (princípio) generalizante, estar-se-á diante da violação dos direitos fundamentais do cidadão que responde preso a uma ação judicial. Logo, ambas as súmulas devem ser lidas a partir de uma filtragem principiológica, pela qual a circunstância da instrução processual já estar encerrada não é salvo conduto ou álibi para dispensar o exame do excesso de prazo. E isso somente será aferido na concreta normatividade, como no caso do *Habeas Corpus* nº 70.029.225.166, em que a primeira instância sustentou a manutenção da prisão de um acusado de crime de competência do Tribunal do Júri em prazo absolutamente excedido (mais de dois anos), sob o argumento de que a Súmula 21 do STJ assim permitia, pois a instrução processual estava encerrada (já havia sido feito a pronúncia, nos do art. 413 do Código de Processo Penal). "Somavam-se", *in casu*, os enunciados das duas. Para o órgão julgador, estava-se diante de uma simples subsunção da hipótese fática às regras (Súmulas do STJ). Ora, embora a "clareza" dos enunciados sumulares, sua evidente porosidade somente poderá ser preenchida pelo mundo prático dos

96 Súmula n. 21 do STJ: "pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução".

97 Súmula n. 52 do STJ: "encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo".

princípios. Para além dos enunciados, estão diversos princípios. Mas como encontrar a resposta correta para esse caso? A resposta exsurge a partir de uma interpretação conforme a Constituição dos enunciados sumulares, que, desse modo, permanecem "válidos" apenas se aplicados conforme as garantias constitucionais do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) e de duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF). No caso concreto, o paciente – preso provisoriamente desde outubro de 2006 – foi pronunciado duas vezes: a primeira, em outubro de 2007; e a segunda, em março de 2009. As circunstâncias do caso justificam, portanto, a não-aplicação tanto da Súmula 21 como da Súmula 52. Na verdade, com a releitura, as súmulas devem ser compreendidas com um complemento. A fórmula é: pronunciado o réu, fica superada a alegação de constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução, desde que, ainda, dentro de prazo razoável para a apuração da culpa e sem que se viole o devido processo legal. A prisão processual tem limites que não se esgotam com a sentença de pronúncia ou com o encerramento da instrução (a despeito do teor da Súmula 52 do STJ). Principiologicamente, redefinem-se as súmulas, que só têm aplicabilidade nesses termos.[98] Textos jurídicos, sejam regras ou

98 Em parecer que exarei, sustentei que as súmulas, enquanto verbetes jurisprudenciais com caráter de abstração e generalidade, não podem ser aplicados sem observância à faticidade tanto do(s) caso(s) concreto(s) precedente(s), quanto do caso concreto sobre o qual se pretende a "incidência". Precedentes *não são significantes primordiais-fundantes (de cariz aristotélico-tomista), nos quais estariam contidas as universalidades de cada caso jurídico*, a partir das quais o intérprete *teria a simplista tarefa de "subsumir" o particular ao geral/universal*. E o caso concreto, efetivamente, trazia um suporte fático distinto, que não enseja a "aplicação" da referida súmula: o acusado *se encontrava preso desde outubro de 2006*. E não me parece que, quando se fez a Súmula 21, tenha-se pensado em prazos tão dilatados e decorridos nas circunstâncias específicas do presente caso. Não seria, afinal, exigível do Estado/Juiz uma maior celeridade no tratamento de caso que, por sua gravidade, exige a segregação processual do réu? Daí a necessidade da reconstrução histórico-institucional do direito. Com efeito, a Súmula 21 – instituída em 1990 – deve ser reexaminada e, conseqüentemente, redefinida. Explico: a súmula é anterior à Emenda Constitucional nº 45, que estabeleceu como direito fundamental a *duração razoável do processo*. Há, pois, um direito fundamental a prazo razoável, mormente quando o processado se encontra segregado – em qualquer das modalidades de prisões processuais – durante a apuração de sua responsabilidade criminal. Impõe-se, pois, a redefinição. Todavia, não apenas em relação ao já aludido ditame constitucional, mas também deve ser reexaminada a súmula sob a perspectiva do devido processo legal e do Estado Democrático de Direito, que impede a intromissão indevida do Estado na esfera de liberdade sem um motivo razoável. Entre outras coisas, é preciso saber: o Estado comprovou que necessitava do indivíduo segregado cautelarmente todo esse período? Mais: 02 (dois) anos e 06 (seis) meses com o indivíduo à disposição do Estado não são suficientes para a apuração de sua responsabilidade penal? Mais: se o Estado, em um processo comum, consoante aponta a tradição, tem em regra 81 dias (prazo que pode, eventualmente, ser relativizado – veja-se, por exemplo o teor da Súmula 52 do Superior Tribunal de Justiça), *por que motivo no processo que se instrumentaliza pelo procedimento do Júri o prazo poderia ser aumentado em mais de 10 (dez) vezes*, como ocorre no caso dos autos? Com isso, não se retira a validade e a importância da(s) Sú-

súmulas (ou, se quiser, os enunciados que traduzem princípios) não podem ser interpretados literalmente. Isso não quer dizer, contudo, que as súmulas em questão (nºs 21 e 52) sejam incorretas, ilegais ou inconstitucionais; elas apenas podem não significar a resposta correta para o presente caso. Essa é a diferença entre o positivismo que admite múltiplas respostas, porque pensadas em abstrato, e a hermenêutica, que trabalha com o caso concreto. Ou melhor: no caso em análise, a aplicação literal de qualquer das súmulas ensejaria uma resposta equivocada.

Nessa mesma linha – especificando o caráter poroso da regra e do "fechamento principiológico" – vale trazer à lume o exemplo da Lei n. 9.140/95, que estabeleceu o pagamento de indenizações às pessoas perseguidas pelo regime militar no Brasil.[99] No artigo 4º da citada Lei constou a criação de Comissão Especial para proceder ao reconhecimento de pessoas que, por terem participado, ou por terem sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, tenham falecido, por causas não naturais, em dependências policiais ou assemelhadas. Ocorreu, *in casu*, que os guerrilheiros Carlos Lamarca e Carlos Mariguella, para citar apenas dois exemplos, foram mortos pelas forças da repressão, em situação que nem de longe poderia ensejar um enquadramento no conceito de "dependências policiais" e tampouco seria possível sustentar que a rua onde morreu Mariguella ou o sertão da Bahia, onde morreu Lamarca, são lugares que se assemelhassem (*sic*) a prisões. Parece até mesmo que era pouco recomendável que se fosse buscar a intenção do legislador (até porque, tudo indica, a intenção era exatamente deixar esses casos "limites" fora do âmbito das indenizações). No âmbito da dogmática jurídica surgiram vários estudos, sustentando "intra-sistematicamente" que o conceito de "assemelhados" abrangeria "qualquer lugar onde ocorreram as mortes". Essa tese, por todas as razões de ordem semântica, teve dificuldades de transitar. A toda evidência, o problema hermenêutico que se apresentou não poderia ser solvido a partir de uma simples "analogia", dando à expressão "assemelhados" um sentido que mais o aproximasse do "justo para o caso concreto" (*sic*). Estava-se, pois, diante de um problema que, nos limites da dogmática jurídica (sentido comum teórico), suscitava duas soluções: *negar o benefício, com fundamento de que a lei não contemplou as hipóteses de sinistros ocorridos fora da prisão ou lugares assemelhados à prisão, ou conceder o benefício, com fundamento em interpretação "analógica"*. Na verdade, essa era a contradição secundária da questão; a questão principal residia em uma questão principiológico-constitucional. Antes de tudo, é primordial referir que o que estava por detrás da Lei 9.140/95 era a confissão do Estado brasileiro de que, num período determinado, ter agido *contra o Estado de Direito*. Isto exsurge da leitura do preâmbulo da lei, em que o Estado brasileiro reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979. Esse reconhecimento por parte do Estado também é feito em relação às pessoas que, por terem participado, ou por terem sido acusadas de participação em atividades políticas, no mesmo período constante no preâmbulo da Lei, tenham falecido, por causas não naturais, em dependências policiais ou assemelhadas. Em conseqüência, tal premissa – reconhecimento do Estado – passa a servir como princípio (padrão) para qualquer interpretação que venha a ser feita dos dispositivos, isoladamente ou em conjunto. Como corolário, tem-se o segundo princípio a ser seguido, qual seja, a de que as pessoas mortas pelo Estado brasileiro, ao lutarem contra o Estado, *fizeram-no exercitando o seu direito de resistência, exatamente porque o Estado atuou à margem do Direito*. Não fosse existir tal direito e o Estado não teria, agora, reconhecido sua ação ilegal durante o período especificado no preâmbulo da Lei em tela, questão que é repetida no art. 4º, I, *b*. Aliás, a Lei 9.140/95 só adquire sentido se entendida sob esta ótica. Como decorrência, é possível afirmar que, para ele, Estado, todas as pessoas que participaram ou foram acusadas de participação política no período entre 1961 e 1979 e que morreram por causas não naturais em dependências policiais ou assemelhadas, foram mortas fora dos limites do Estado de Direito. Ou seja, com isso, torna-se secundária a discussão do alcance da expressão "ou assemelhadas". Melhor dizendo, vingasse a tese da exclusão dos benefícios para Lamarca e Mariguella, estar-se-ia a admitir que o Estado só agiu à margem do Direito dentro das prisões. E, conseqüentemente, a *contrario sensu*, fora das dependências policiais ou (*sic*) assemelhadas, teria agido de acordo com a lei. É este, enfim, exatamente o ponto nodal da controvérsia, porque a contradição principal não reside na exegese, simplista, do alcance da expressão "ou assemelhadas" do art. 3º, da Lei, *mas, sim*, no alcance *da Lei em relação à atuação do Estado fora ou dentro dos limites do Estado de Direito*. Assim, a questão deve ser deslocada do âmbito da interpretação infraconstitucional para o âmbito constitucional. E o que estava por trás da regra? Entre

mula(s). Ocorre que, em certas circunstâncias, pode representar um instrumento autoritário (ou até mesmo um instrumento de acomodação) do Estado. Isto porque ao se entender (e ao se aplicar) a Súmula 21 do STJ em sua literalidade, *ter-se-ia que após a pronúncia não há limites à prisão*. E isso, ao menos nesta quadra da história, é inconcebível.

99 Sobre o assunto, consultar Streck, Lenio Luiz. O caso Mariguella e a Lei 9.140/95: a apreensão do sentido e o sentido da apreensão. *In: Discursos Sediciosos*. Ano 1, nº 2, 2º semestre de 1996. Rio de Janeiro, Instituto Carioca de Criminologia, 1996, pp. 53-56.

outros, o princípio da igualdade. Com efeito, se a lei determina o pagamento de indenização a um determinado número de pessoas que ofereceram resistência ao regime então vigente, e dentro desse círculo algumas delas são *excluídas* por esta lei, *inexoravelmente estaremos diante de uma omissão legislativa relativa, por violação ao art. 5º da Lei Maior brasileira*. Isto é, à vingar a tese de que a expressão "ou assemelhadas" refere-se a prisões, é certo concluir que a lei diferenciou as pessoas mortas ou desaparecidas dentro das dependências policiais das pessoas mortas ou desaparecidas fora desses casos. Ora, na medida em que todas elas pertencem ao elenco das pessoas que ofereceram resistência ao regime, não pode(ria) o legislador fazer tal discriminação. Assim, se interpretarmos literalmente a expressão "ou assemelhadas" como sendo qualquer local similar "a prisão", a conclusão lógica é que, com essa leitura, o dispositivo torna-se inconstitucional. Por conseguinte, *em uma interpretação conforme à Constituição (verfassungskonforme Auslegung), todas as pessoas pertencentes ao círculo acima mencionado terão que* ser alcançadas *pela indenização estatal. Destarte*, com *essa interpretação conforme à Constituição, corrige-se a eventual omissão legislativa relativa, preservando-se a literalidade do texto da regra jurídica*. No caso em discussão, mediante uma interpretação conforme a Constituição, facilmente chegar-se-á à conclusão de que, para preservação do princípio da igualdade traduzido pelo art. 5º da Carta Magna, a única leitura possível – portanto, conforme a Constituição – será a de que a expressão "e assemelhadas" *não* pode ser entendida como "similitude de dependência prisional ou policial *lato sensu*".

Através da aplicação principiológica[100] é que será possível a não aplicação da regra a determinado caso. Tal circunstância, por óbvio, acarretará um compromisso da comunidade jurídica, na medida em que, a partir de uma exceção, casos similares exigirão, graças à integridade e a coerência, aplicação similar. Outro exemplo de exceptualização da regra é a aplicação da insignificância. Em que circunstância um furto não deverá ser punido? Lamentavelmente, a dogmática jurídica fragmentou ao infinito as hipóteses, não havendo a preocupação com a formatação de um mínimo grau de generalização. No mais das vezes, uma ação penal que envolve esse tipo de matéria é resolvido com a mera citação do princípio ou de um verbete, na maioria das vezes absolutamente descontextualizado. Trata-se de uma aplicação equivocada da exceção, embora se possa dizer, em um país com tantas desigualdades sociais, que na maior parte das vezes (no atacado) as decisões acabam sendo acertadas. A

100 A aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra.

aplicação da insignificância – como de qualquer outro princípio jurídico – deve vir acompanhado de uma detalhada justificação, *ligando-a a uma cadeia significativa*, de onde se possa retirar a generalização principiológica minimamente necessária para a continuidade decisória, sob pena de se cair em decisionismo, em que cada juiz tem o seu próprio conceito de insignificância (que é, aliás, o que ocorre no cotidiano das práticas judiciais).

Vejamos: do mesmo modo que a igualdade, o republicanismo, o contraditório e o devido processo legal, a garantia da presunção da inocência perpassa todas as regras que tratam do direito penal e processual penal. Não se trata de um princípio com explícita grafia, destinado a garantir a liberdade no plano entendido pelo senso comum. Nessa linha, cabe registrar interessante exemplo, com expressivo grau de generalização, tratando da aplicação do tipo penal "ter ou guardar consigo arma de fogo", previsto no art. 16 da Lei n. 10.826/2003. Há inúmeras ações penais aplicando o dispositivo *tabula rasa* (por subsunção – *sic*). Como se interrompe essa cadeia discursiva? Por intermédio da exceção, que se dá pela inserção do mundo prático, antítese do positivismo (normativista ou não). E esse mundo prático penetra na porosidade da regra por intermédio dos princípios, especialmente daquele que sustenta a garantia de que ninguém pode ser punido pelo Estado sem que este demonstre que efetivamente houve a violação de um bem jurídico, que pode ser traduzido pela grafia da garantia da presunção da inocência. Portanto, na hipótese de alguém possuir arma em casa sem autorização (p. ex., uma espingarda de caça) ou até mesmo portar uma arma desmuniciada, a regra jurídica proibitiva-sancionatória não deverá ser aplicada (no plano de uma jurisdição constitucional mais sofisticada, isso deverá ser feito a partir da aplicação de uma nulidade parcial sem redução de texto).[101] Isso demandará, à evidência, uma detalhadíssima fundamentação. Mas, observe-se: a aplicação do princípio para justificar determinada exceção não quer dizer que, em uma próxima aplicação, somente se poderá fazê-lo a partir de uma absoluta similitude fática. Isso seria congelar as aplicações. O que é importante em uma aplicação desse quilate é *exatamente o princípio que dele se extrai*, porque é por ele que se estenderá/generalizará a possibilidade para outros casos, em que as circunstâncias fáticas

101 Em parecer que emiti, por exemplo, no Processo nº 70009228594 sustentei a aplicação da *Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung* (também o parecer lançado nos autos da Apelação n. 70029522703). Aliás, aplicando a jurisdição constitucional *stricto sensu*, toda a exceção da aplicação de uma regra jurídica acaba sendo uma nulidade parcial sem redução de texto, isto é, a regra será inconstitucional se aplicada em determinado sentido que viole uma garantia constitucional.

demonstrem a necessidade da aplicação do princípio para justificar uma nova exceção. Tudo isso formará uma cadeia significativa, forjando uma tradição, de onde se extrai a integridade e a coerência do sistema jurídico. Esse talvez seja o segredo da aplicação principiológica

Do mesmo modo, isso que já está incorporado na tradição desde Friedrich Müller – a relação entre texto e norma – não pode servir para dificultar a discussão acerca da diferença entre regra e princípio, ou seja, quando se diz que princípios são normas, não se pode fazê-lo transferindo a acepção de norma como produto da interpretação de um texto para norma no sentido deontológico da obrigação jurídica. E não tem como não ser assim.

Norma é um conceito interpretativo. Portanto, deve-se ter presente que a normatividade emerge de um quadro factual constituído por regras e princípios. O problema, então, aparecerá ao se pretender deduzir os princípios e as regras de um conceito semântico de norma. Quando a expressiva maioria da doutrina distingue – a partir de Alexy – regras e princípios desde o critério estrutural, a partir da idéia de que regras são mandados de definição e princípios são mandados de otimização e outras distinções criterio-lógicas, está-se apenas dando uma solução epistemológica para o problema e não uma solução hermenêutica.

Explicando mais detalhadamente: a distinção estrutural oferece uma resposta sistemática, mas não resolve a questão da concretização propriamente dita. Isto porque deita raízes na velha questão presente a partir do neopositivismo lógico e sua superação pela filosofia da linguagem ordinária. A agravante – que corre em prejuízo à teoria da argumentação que amadrinha a distinção lógico-estrutural – reside na relevante circunstância de que a filosofia da linguagem ordinária apostou na pragmática como um salto para além da plenipotenciariedade das análises sintáticas e semânticas (lembremos que para o neopositivismo lógico somente eram científicos os enunciados que passassem pelo filtro da sintaxe e da semântica, desconsiderando totalmente a pragmática), enquanto as teorias da argumentação aposta(va)m ao mesmo tempo nas concepções neopositivistas e da filosofia da linguagem ordinária. Ou seja, as teorias da argumentação, nos casos simples, contentam-se com as análises sintático-semânticos (é o caso da subsunção); já quando estão em face de um caso difícil, apelam para a pragmática. Mas somente apelam para esse nível quando o primeiro não responde às demandas significativas. Ora, a filosofia da linguagem ordinária, ao se dar conta das demandas resultantes desse terceiro nível da semiótica (relação dos usuários com os signos), considerou como estando superado o neopositivismo, exatamente porque este se contentava com os dois primeiros níveis (sintático e semântico). Já a teoria da argumentação jurídica trabalha ao mesmo tempo com as concepções neopositivistas pragmatistas (filosofia da linguagem ordinária), porém faz isso desconsiderando que o neopositivismo não realizava a análise semântica no mesmo nível da linguagem objeto. Ou seja, para o neopositivismo haveria a necessidade de uma metalinguagem para certificação dos resultados das contradições lógicas da linguagem objeto.

O problema é que, ao ser feita a distinção estrutural, os princípios acabam adquirindo algo que lhes tira a "razão principiológica", isto é, alça-se-lhes à meta-regras, o que faz com que, no fundo, o princípio apenas ingresse no sistema para "revolver insuficiências ônticas" das regras, como ocorre, por exemplo, com a teoria da argumentação jurídica. Afinal, como é sabido, para teoria da argumentação jurídica o problema das regras se resolve por subsunção e o dos princípios pela ponderação. Isso também se aplica à diferença entre axiologia e deontologia e é por isso que, me permito insistir neste ponto, princípios não são valores. Para que um princípio tenha obrigatoriedade, ele não pode se desvencilhar da democracia que se dá por enunciados jurídicos concebidos como regras.

Normas serão, assim, o produto de uma dimensão deontológica própria do direito, já que ele se articula a partir de regras e princípios. Se admitimos ou se estamos de acordo que a noção de pré-compreensão conforma a atividade interpretativa e se estamos de acordo que o novo paradigma de direito tinha que fazer uma ruptura com aquela autonomia formal e se estamos de acordo que os catálogos de direitos fundamentais e demais compromissos com a sociedade democrática (justa e solidária) foram inseridos nas constituições, o modo de fazer isso é compreender que isso só se dá a partir da faticidade. Isto é, do mundo prático. Princípios, nesse sentido, são o modo pelo qual toda essa normatividade adquira força normativa para além das suficiências das regras.

Do mesmo modo, não é correto falar em uma axiologia principiológica, mas sim em uma deontologia dos princípios visto que são os princípios que instituem as bases para a normatividade do direito. Os princípios não autorizam a criação de novas normas jurídicas, ou seja, não necessariamente "criam direito novo", mas são, eles mesmos, já a normatividade do direito. São eles os marcos que permitem a compreensão da história institucional do direito – por isso eles expressam de modo complexo o momento hermenêutico do direito. A possibilidade de inovação surge apenas no contexto de uma ruptura com o elo que constitui a integridade do direito, mas que se reconhece legitimada pelo todo conjuntural da história institucional.

Note-se que a distinção entre regras e princípios de Alexy aparece para resolver o problema da dogmática dos direitos fundamentais. Mas, de que

modo se dá a normatividade dos direitos fundamentais? perguntará Alexy. Sua resposta vem justamente de uma análise analítico-semântica ao afirmar que a normatividade dos direitos fundamentais se dá a partir de um conceito semântico de norma. Do interior deste conceito são discriminadas, como espécies deste gênero, as regras e os princípios. Portanto, do gênero norma de direito *fundamental* pode-se deduzir as espécies *regras de direito fundamental* e *princípios de direitos fundamentais*. A diferença, para Alexy, aparecerá na amplitude do dever-ser próprio das regras e dos princípios. Na medida em que regras são mandados de definição, a amplitude ou o recorte de seu dever-ser é restrito – o que facilita sua sistemática de aplicação –, ao passo que o dever-ser dos princípios é amplo, daí sua definição como mandados de otimização, o que implica a tese da colisão destes mesmos princípios.

Outro problema desta distinção estrutural[102] é que os princípios acontecem antes do caso, em abstrato, e seu problema aplicativo continua a depender de uma estrutura silogístico-dedutiva. O segundo equívoco aparece na arbitrariedade da tese. O que faz da "liberdade de consciência" um princípio e não uma regra? A amplitude de seu dever-ser, dirão os adeptos das teorias argumentativas. Mas este dever-ser só é amplo se analisado de forma abstrata.

102 Também Marcelo Neves, sem embargo de suas inegáveis contribuições teóricas para o direito, realiza a distinção estrutural. Em palestra recente proferida na cidade de Natal-RN no VII Congresso Internacional de Direito Constitucional, o jusfilósofo afirma que a ponderação é necessária, inclusive entre regras. Para ele, a regra pode resolver o problema sem recorrer aos princípios. Apesar disso, Neves reconhece a necessidade de se colocar limites à ponderação, como uma tarefa a ser ainda concluída. Neves também faz críticas à teoria da argumentação de Alexy. Na sua concepção, a alteralidade – a ínsita aos princípios – impediria a idéia de princípio como direito ilimitado *prima facie*. Ainda num contexto de críticas, o autor reprime veementemente – e o faz com grande acerto – o abuso principiológico que vivenciamos em *terrae brasilis* – que aqui estou chamando de *panprincipiologismo*. Já na sua tese sobre o conceito de princípio, afirma que princípios e regras possuem uma relação de circularidade. A concretização exige uma regra completa (norma geral) para a solução do caso mediante a norma de decisão. Ou seja, princípios seriam *normas de normas;* sem a regra, o princípio não se realizaria. Há uma impossibilidade prática de aplicação imediata do princípio sem a intermediação da regra (legais ou construídas juridicamente). Afirma, ainda, que a distinção entre regra e princípio é relevante, desde que não se atribua superioridade absoluta aos princípios, muito menos a um princípio em específico; também não se deve subestimar as regras. Penso que uma contribuição importante apresentada pelo brilhante professor é a leitura dos princípios em face da diferenciação social – de cariz luhmmaniano. Desse modo, por exemplo, o princípio da igualdade não é igual na relação econômica e no direito de família; o princípio da dignidade da pessoa humana varia conforme a esfera social; enfim, princípios variam conforme a esfera de condições em que se aplicam. Sem embargo, penso que, em que pese a sofisticação da análise realizada por Neves, sua proposta não atinge o âmago do problema interpretativo-concretizador que está na base do problema da relação regra-princípio. Suas considerações permanecem presas a uma analítica social do problema, deixando de fora as questões concretas próprias da *applicatio* hermenêutica.

No caso concreto não há amplitude do dever-ser porque ele já aparece desde-sempre regrado, enfim ele já *é*. Daí porque é necessário dar razão a Müller, quando entende superada a discussão entre ser e dever-ser no âmbito da ciência jurídica, a partir do momento em que se tomou consciência de que o problema é a concretização da norma e não da aplicação do texto da norma.

13.5.2.4. Ainda o problema da cisão "regra-princípio". A cotidianização da regra pelo princípio ou de como as regras "abrem" a interpretação em face de sua porosidade.

A proposta de *diferença* – e não *distinção/cisão* – entre regras e princípios aqui defendida parte da descoberta, que tem raízes na teoria integrativa dworkiniana, do caráter unificador dos princípios: eles são o marco da institucionalização da autonomia do direito. As regras não acontecem sem os princípios. Os princípios sempre atuam como determinantes para concretização do direito e em todo caso concreto eles devem conduzir para determinação da resposta adequada. A resposta adequada/correta está diretamente ligada aos princípios. Nas regras não existe uma "força de capilarização". *As regras constituem modalidades objetivas de solução de conflitos.* Elas "regram" o caso, determinando o que deve ou não ser feito. Os princípios autorizam esta determinação; eles fazem com que o caso decidido seja dotado de autoridade que – hermeneuticamente – vem do reconhecimento da *legitimidade*. O problema da resposta adequada/correta, neste caso, só é resolvido na medida em que seja *descoberto o princípio que institui (legitimamente) a regra do caso*. Não é em vão que a tese da (única) resposta correta proposta por Dworkin (com a qual concordo apenas em parte) só se constitui em uma teoria da decisão em face da introdução dos princípios no direito, ou, se se quiser, em face da ruptura com a descrição positivista do direito como um modelo de regras. De todo modo, os princípios não resolvem – em termos lógico-objetivos – o caso, mas constituem a legitimidade da solução, fazendo com que a decisão seja incorporada ao todo da história institucional do direito.

Os princípios, portanto, quebram/rompem com raciocínios dedutivos e indutivos. A regra torna-se, assim, porosa, porque atravessada pela *ontologicidade* dos princípios.

De todo modo, podemos dizer que as teorias do direito pós-positivistas apresentam três modos de distinção estrutural: *a)* Uma distinção lógica; *b)* Uma distinção formal-enunciativa; *c)* Uma distinção material-conteudística.

Na distinção lógica, pretende-se iluminar a diferença entre regra e princípio a partir do momento aplicativo de cada um destes fenômenos jurídicos.

Assim, diz-se que regras são aplicáveis por subsunção ao passo que os princípios o são por ponderação (Alexy).[103] Ou então que as regras são aplicáveis ao modo do tudo-ou-nada (*all or nothing*) enquanto que os princípios possuem uma dimensão de peso ou de importância (Dworkin).

Já a distinção formal-enunciativa procura realizar uma classificação da regra e do princípio a partir da análise dos enunciados que expressam regras e dos enunciados que expressam princípios. Trata-se de uma tentativa de análise da estrutura enunciativa em que se formularia a seguinte pergunta: como se enuncia uma regra? Como se enuncia um princípio? Desta tentativa de classificação advêm as teses de que as regras são enunciados "fechados" que não permitem uma "expansão interpretativa" (*sic*) enquanto que os princípios seriam enunciados "abertos" (*sic*) que possibilitariam uma maior margem de atuação por parte do intérprete. Neste caso o problema semântico próprio da regra – ambigüidades e vaguezas – é transferido também para os princípios que passam a ser responsáveis por um problema do qual eles, na verdade, são a solução. Ou seja, os princípios não permitem ao intérprete uma "maior margem de atuação" ou uma interpretação mais "extensiva". Ao contrário disso, os princípios indicam o modo correto de decidir. Do contrário estaríamos como que a contrariar o modo próprio como os princípios são. Este é o ponto fulcral de toda a questão.

Ou seja, o princípio recupera o mundo prático, o mundo vivido, as formas de vida (Wittgenstein). O princípio "cotidianiza" a regra. "Devolve", pois, a espessura ao ôntico da regra. É "pura" significatividade e desabstratalização. Trata-se de uma espécie de "redenção da existência singular da regra" (veja-se que a regra é feita com caráter de universalidade/abstratalidade/generalidade).

103 Cumpre destacar, mais uma vez, que, no âmbito da teoria constitucional (ou dogmática constitucional), Ana Paula Barcellos e Luis Roberto Barroso (Cf. Barroso e Barcellos, *O começo da História*, op. cit.) propõem que, além da ponderação de princípios, deva existir também uma ponderação entre regras. Interessante notar que, se aceitarmos a tese proposta, a distinção oferecida por Alexy – inspiração constante para as proposições dos autores – não se sustenta. Com efeito, se a ponderação é um dos fatores centrais que marcam a distinção entre regras e princípios de Alexy – como demonstrado alhures – e se a *ponderação* é o procedimento do qual o resultado será uma *regra* posteriormente subsumida ao caso concreto, o que temos como resultado da "ponderação de regras"? Uma "regra" da regra? Uma regra para aplicação da regra? Em termos práticos (e no interior do pensamento alexyano), a distinção entre regras e princípios perde a função, uma vez que não há mais a distinção *subsunção-ponderação*. Observemos: nos termos propostos pelos autores, a ponderação aparece como procedimento generalizado de aplicação do direito. Desse modo, em todo e qualquer processo aplicativo haveria a necessidade de uma "parada" para que se efetuasse a ponderação. Tal empresa – estender a ponderação para a aplicação de regras – se mostra destituída de sentido prático, visto que da regra irá resultar uma outra regra, essa sim aplicável ao caso.

Assim, ao contrário do que se diz na tese da distinção enunciativa sobre a "abertura semântica dos princípios", é a regra que "abre a interpretação", exatamente em razão de sua perspectiva universalizante (pretende abarcar todos os casos e, na verdade, não abrange nenhum, sem a cobertura densificatória fornecida pelo mundo prático da singularidade principiológica).

A regra jurídica (preceito) não trata de uma situação concreta, uma vez que diz respeito às inúmeras possibilidades. A regra "matar alguém" não diz respeito a um homicídio, mas, sim, de como devem ser tratados os casos em que alguém tira a vida de outrem. É nesse sentido que o princípio individualiza a *applicatio*. Princípio é, assim – insisto – a realização da *applicatio*. O direito não cabe na regra, assim como as inúmeras hipóteses de aplicação do art. 97 da CF não cabem na súmula vinculante n. 10 do STF; tampouco os casos de uso abusivo de algemas cabem na súmula vinculante n. 11. Do mesmo modo, as inúmeras hipóteses de legítima defesa não cabem no enunciado jurisprudencial "legítima defesa não se mede milimetricamente". Somente a reconstrução da situação concreta de um determinado caso dará significatividade (*Bedeutsamkeit*) ao precedente ou à regra. Em síntese, é esse o papel dos princípios.

O que deve ficar claro em relação ao "mito" do fechamento (da regra) é que a regra que dispõe sobre o mandato do Presidente da República (ou do Governador do Estado) não trata do mandato de um determinado Presidente...! E mesmo que se a pretenda "fechada", absolutamente determinada (sic), ainda assim dependerá da principiologia para ser aplicada, porque o sentido somente se dá nesse momento, digamos assim, "pós-analítico". E observemos: mesmo a questão da duração do mandato (4 anos) possui porosidade, porque a regra-preceito não prevê hipótese, como, por exemplo, a ocorrida em São Paulo, com a morte do Governador e a assunção de seu Vice, que completou o mandato. A questão que se colocou foi a de que se o vice se candidatasse, isso já seria uma reeleição ou ele ainda poderia disputar um segundo mandato estritamente seu? A distinção estrutural regra-princípio fica no meio do caminho nesses casos. E quais são os princípios que estariam em colisão, para serem ponderados? No fundo, esse "teste" pode ser feito com todos os mandamentos legais previstos na Constituição e no restante do ordenamento jurídico.

Na mesma linha: se se está diante de uma injusta agressão, o dispositivo do Código Penal não conterá as milhares de possibilidades de agressões injustas. E como será feita a aplicação? Como se preenche essa porosidade (ínsita a qualquer mandamento jurídico)? A partir de uma reconstrução histórico-institucional. Afinal, o direito não é um conjunto de casos isolados, em que são atribuídos sentidos a partir de "graus zeros de significação". Não é do subjetivismo do juiz (portanto, de sua discricionariedade/arbitrariedade) que decor-

rerá o sentido do texto "injusta agressão". Aliás, o texto jurídico "injusta agressão", enquanto componente da legítima defesa, somente adquire sentido na concreta normatividade e não através de verbetes ou conceitualizações de caráter analítico. Os princípios da igualdade, integridade e dignidade, por certo estarão presentes nessa aplicação. E estará presente o princípio democrático-republicano que obriga (*have a duty*) o juiz a decidir por argumentos de princípio e não de políticas, de moral, etc. E, não esqueçamos, numa palavra: a *applicatio* é exatamente o modo de demonstrar que o ato interpretativo não pode ser cindido. E ele não é cindido porque somente se dá na concretude, no mundo prático, *locus* dos princípios.

No caso da distinção material-conteudística procura-se efetuar a diferenciação dos conteúdos tutelados pelas regras e dos eventuais conteúdos guarnecidos pelos princípios. Neste caso, as regras seriam responsáveis pela determinação das estruturas mais elementares do ordenamento jurídico; ao passo que os princípios tutelariam "valores" (*sic*), isto é, os princípios seriam responsáveis pela introdução dos valores no direito de acordo com a cultura produzida por uma determinada comunidade num determinado período de tempo.

A distinção estrutural entre regras e princípios – em qualquer um dos modos que retratei acima – reduz a importância dos princípios retirando-lhes o *caráter de transcendência*. Para que um princípio tenha uma função (ou importância) para além daquilo que representavam no positivismo, é necessário ultrapassar a discussão meramente semântica. Um princípio não é um princípio em face de seu enunciado ou em decorrência de uma relação lógico-aplicativa, mas, sim, em face daquilo que ele enuncia. Na verdade, uma concepção de princípio coerente e consistente com o novo constitucionalismo, superador do positivismo nas suas três características fundantes (fatos sociais, separação direito e moral e discricionariedade), *não pode se contentar com analises topográfico/analíticas.*

Ora, o princípio não se dá antes da *applicatio*. A multiplicidade e/ou plurivocidade sígnica da semântica da regra (aqui sempre entendida em caráter geral, englobando textos legislados, o que inclui a "própria escrita" dos princípios explicitados na Constituição) é inerente a qualquer ato de especulação analítica, que, no entanto, se quisermos ser coerentes com o circulo hermenêutico e a não cisão entre interpretação e aplicação, não subsiste isoladamente, isto é, não subsiste enquanto metafísica jurídica. Isso tem que ficar bem claro, uma vez que a todo momento é preciso grande esforço para que não se resvale em armadilhas decorrentes de mixagens teoréticas. Trata-se, assim, de estabelecer opções teóricas que assegurem:

Primeiro, que os princípios efetivamente representem uma concepção pós-positivista *stricto sensu*, isto é, o direito deve ser diferente e diferenciado neste novo paradigma: ele deve representar o resgate do mundo prático que o positivismo sempre insulou no mundo da suficiência ôntica, no interior do qual os velhos princípios apenas representavam a possibilidade de o intérprete assegurar o seu predomínio do e no território dos sentidos (por isso a aposta na discricionariedade). Dito de outro modo, os princípios, entendidos no universo positivista, ao invés de resgatar o mundo prático, transforma(ri)am-se em receptáculos dos defeitos/anomalias da razão prática solipsista. Se os princípios são apenas a continuidade dos princípios gerais do direito, a pergunta que fica é: por que lutamos tanto por uma ruptura paradigmática no/do Direito? Ora, bastaria que juristas "iluminados", a partir de numa espécie de "despotismo da caneta", construíssem "novos princípios"...! Numa palavra: se os princípios forem entendidos a partir da distinção estrutural, "bons juristas" que elaborem "bons princípios" podem substituir a produção democrática do direito e o próprio constituinte, enterrando, assim, também a teoria do poder constituinte. Volta-se, deste modo, sempre à condição fulcral: *discutir princípios implica sempre discutir as condições de possibilidade da compatibilidade entre direito e democracia.*

Segundo, que os princípios não substituam a legislação democrática, mormente a Constituição, o que, aliás, já vem ocorrendo a partir do fenômeno aqui denominado de "panprincipiologismo". Nesse sentido, é preciso entender que a distinção estrutural alça qualquer *standard* a um grau de normatividade, ficando os próprios princípios – já estabelecidos por uma longa tradição – à mercê da análise *ad hoc* do intérprete (desnecessário, nesta altura, repetir o papel desempenhado por "princípios" como benignidade, rotatividade, moderação, redução, íntima convicção, verdade real, confiança no juiz da causa etc.).

Terceiro – e como conseqüência –, que os princípios passem por um longo processo de consolidação, para evitar o "grau-zero principiológico". Se, como em Dworkin e Habermas, os princípios representam a reconstrução histórico-institucional do Direito, parece coerente exigir que sua "base de sentido" – ou o "sentido de base" de cada princípio – seja, exatamente, a institucionalização do mundo prático e da força dos efeitos que a história tem sobre cada um de nós, para lembrar Gadamer. Por isso a insistência no sentido de que os princípios não podem ter pretensões de suficiência ôntica. Temendo ser repetitivo: quando o intérprete se depara com um texto normativo que acarreta prejuízo a um conjunto de pessoas, seus pré-juízos apontarão – ou não – para o sentido proporcionado pela Constituição. Num caso desses, normalmente, é invocável, num nível sofisticado de análise constitucional, o princí-

pio da proibição de retrocesso social. Ora, não está explícito na Constituição que conquistas sociais não possam ser retiradas; mas a tradição que se forjou no Estado Democrático de Direito aponta para um novo tipo de direito que *deve resgatar as promessas incumpridas da modernidade*. Reconstruindo-se a história institucional dos direitos sociais, chegaremos à tese das dimensões (para além das gerações, como bem acentua Ingo Sarlet) deparando-nos com as decisões do Tribunal Constitucional Alemão e do Tribunal Constitucional de Portugal (em especial o AC 39/84), onde se estabelece, principiologicamente, esta vedação de retrocesso social. Como resultado, a regra (texto normativo) que provocou prejuízo a um conjunto de pessoas passa a ter – a partir da situação concreta – o seu sentido definido por essa reconstrução institucional. Mas veja-se, a proibição de retrocesso social – que pode solucionar o caso sob análise – não é um "conceito fechado" ou uma "categoria da qual se possa deduzir aplicações de regras jurídicas". Não é uma super ou meta-regra. E isso é assim pela simples razão de que não é todo e qualquer retrocesso que será vedado; aliás, talvez por isso todos os princípios devam ser lidos desse modo: "em princípio tal regra deve ser lida, logo, aplicada, desse modo, dependendo da situação concreta". Sem a situação concreta, o princípio carece de normatividade.

Desse modo, quando se diz que um princípio não pode ser confundido com uma regra, está-se afirmando que há efetivamente uma diferença entre regra e princípio. A regra vai guardar especificidades porque institucionalizam a forma imediata de aplicação do direito. Já no modo como são compreendidos a partir da hermenêutica e, de certo modo, em Dworkin, os princípios não possuem essa *coagulação de sentido* no nível semântico – como querem as teorias que pretendem estabelecer distinções estruturais. Com efeito, é possível discutir os limites semânticos de uma regra ou de um preceito; *mas não de um princípio*. E por que não? Porque o princípio tem uma formatação diferida. *Podemos discutir a sua aplicação, mas não o seu "domínio" sintático-semântico*. Talvez nisso resida o principal problema para a compreensão do que seja um princípio e a sua diferença em relação à regra (preceito).

Isto porque, ao introduzir o mundo prático no direito, os princípios – aqueles que efetivamente assim podem ser epitetados – adquirem normatividade somente porque se realizam na *applicatio*, ou seja, na situação concreta a ser normatizada. O princípio é um padrão. Diz-se assim que "em princípio a regra deverá ser aplicada desse modo...", isto é, a regra só será regra se não desobedecer aquilo que a institui e que lhe é condição de possibilidade de sentido: o princípio. O princípio tem, portanto, uma dimensão antecipatória de sentido. Os princípios guardam a dimensão de transcendentalidade no direito. Falar do plano ôntico do princípio, isto é, de uma espécie de razão teórica

que paira sobre a regra ou que sustenta a regra, somente tem sentido se se cindir interpretação e aplicação e, portanto, pensar que há conceitos sem coisas. E isso seria fazer metafísica do e no direito.

Em outras palavras, a percepção do princípio faz com que este seja o elemento que termina desvelando-se e ao mesmo tempo ocultando-se na própria regra. Isto é, ele (sempre) *está* na regra. O princípio é elemento instituidor, o elemento que existencializa a regra que ele instituiu. Só que está encoberto. Insisto: hermeneuticamente, pela impossibilidade de cindir interpretação e aplicação e em face da antecipação de sentido que sempre é condição de possibilidade para que se compreenda, torna-se impossível "isolar" a regra do princípio, isto é, é impossível interpretar uma regra sem levar em conta o seu princípio instituidor (isto não é "criação" da hermenêutica; os princípios constitucionais são o cerne do constitucionalismo contemporâneo).

13.5.2.5. Os princípios e a transcendência da regra. Os sentidos do direito para além das "suficiências ônticas".

A regra não está despojada do princípio. *Ela encobre o princípio pela propositura de uma explicação dedutiva*. Esse encobrimento ocorre em dois níveis: em um nível, ele se dá pela explicação causal; noutro, pela má compreensão de princípio, isto é, compreende-se mal o princípio porque se acredita que o princípio também se dá pela relação explicativa, quando ali já se deu, pela pré-compreensão, o processo compreensivo.

O princípio só se "realiza" a partir de uma regra. Não há princípio sem (alg)uma regra. Por trás de uma regra necessariamente haverá (alg)um princípio. Se acreditarmos que existem princípios sem regras, acreditaremos também que há normas sem textos. Logo, haveria o como hermenêutico (*als*) sem o como apofântico (*wie*); o ontológico sem o ôntico.

É até possível procurar dar um contorno ou um perfil semântico ao padrão a ser consolidado como princípio. Não representa problema, por exemplo, querermos "conceituar" a necessidade de que cada pena seja individualizada/particularizada com o nome de "princípio da individualização da pena", determinação em forma de preceito ou regra que, aliás, consta na Constituição, inserida no artigo 5º. Entretanto – e isso precisa ficar claro – dar esse nome ao "princípio da individualização da pena" não dará a esse padrão uma autonomia semântico-significativa, pela singela razão de que ele somente se realizará/concretizará a partir de uma regra que estiver sendo aplicada em algum julgamento em que o acusado seja condenado a uma determinada pena. Assim, cabe o alerta: mesmo que se confunda dogmaticamente o princípio da individualização da pena com o

preceito constitucional (chamado de princípio), ainda assim o princípio que traduz a obrigação da individualização de uma determinada pena terá outros componentes de garantia, os quais, além de transcenderem qualquer regra como a do art. 59 do Código Penal, vão além do próprio inciso que enuncia a obrigatoriedade de toda e qualquer individualização.

O princípio é, pois, o elemento compreensivo que vai além da regra, ou seja, transcende à onticidade da regra. A cisão estrutural entre regra e princípio cai em uma armadilha filosófica, porque se contenta com uma distinção epistemológica, de perfil cartesiano, pela qual o próprio sujeito/intérprete constrói a ponte para atravessar o abismo gnosiológico que o separa dos objetos (e, por mais paradoxal que possa ser, essa "construção" ocorreria depois que a travessia já foi feita...!). A diferença entre essa "distinção epistemológica" e a "distinção hermenêutica" é que, nesta, a transcendência se dá em direção ao mundo prático, isto é, não há esse abismo "epistêmico" (por isso a linguagem já não é uma terceira coisa entre o sujeito e o objeto). É possível assim falar de um "desprendimento dos entes" (*Sichloswerfen* ou *Loswurf*) a partir de Heidegger.

Dito de outro modo: as coisas só adquirem sentidos em virtude de serem transcendidas. Esse sentido ocorre a partir da força dos efeitos que a história tem sobre a fusão de horizontes. E é a linguagem – que não está a disposição do sujeito – que permite essa atribuição de sentido. De que modo ocorre esse "processo de atribuição de sentido", isto é, essa "transcendência" do ôntico (do primado do ôntico)? O ôntico é caminho para o ontológico. Veja-se o exemplo de uma universidade e o caso do exame oral.[104] O que é uma universidade? É um lugar onde se ensinam coisas. Como se ensina? Um professor fala e os alunos ouvem e anotam procurando compreendê-lo. Em dado momento chega uma pessoa e se depara com um exame oral. O que ela vê? Vê os professores perguntando e anotando o que os alunos respondem, sistematicamente. Essa pessoa poderia achar tudo isso muito estranho, uma vez que se está diante de uma situação em que os alunos parecem ensinar o professor. Porém, quando ela olha esse objeto, há uma transcendência porque, antes, ela dá um "salto por cima do objeto", ela transcende o objeto para um além, que é o funcionamento de uma universidade. Esse salto é dado graças a sua pré-compreensão. Afinal, aquilo é um exame oral e só se pode falar de um exame oral se já se sabe como funciona uma universidade.

Quando se fala em objetificação, está se referindo a um objeto que funciona como uma barreira que impede o salto: para além do apofântico, é a possibilidade do ontológico (*hermenêutico*) que se manifesta. Há sempre uma espécie de dação de sentido (compreensão [*Versthen*] = parar na frente). A "objetividade" é transcendida pela pré-compreensão acerca do que seja um exame oral, com o que a aparência de um sentido contrário ao que a tradição estabeleceu como "sala de aula" não causa qualquer prejuízo ao intérprete. Pré-juízos autênticos evitam prejuízos na atribuição de sentido. Assim também acontece com os princípios: eles dão sentido (legítimo) às regras. Dito de outro modo, a partir da transcendentalidade do ser-aí, os princípios podem reconstruir a história institucional do direito, ao passo que as regras guardam apenas um sentido institucional, objetivo.

104 O exemplo é muito utilizado no ambiente hermenêutico, constituindo um modelo importante para apreender a noção de transcendência. Esse problema é uma questão central para a filosofia heideggeriana, sendo um dos pontos de distanciamento com relação à fenomenologia de Husserl. Ou seja, para Heidegger o problema da transcendência aparece na lida cotidiana do homem, não sendo necessário realizar a "parada" – o "pôr-entre-parênteses" a atitude natural – que Husserl denominava de redução transcendental. Nessa medida, Stein assevera que "para Heidegger não há propriamente um comportamento natural do homem. Em todo o comportamento humano já é exercida a transcendentalidade. O que importa é mostrar tal comportamento pela analítica existencial. A fenomenologia não será um método que busca a transcendentalidade pelo processo redutivo; para Heidegger ela consiste em desvelar o que propriamente sempre está em marcha. A transcendentalidade não reside na intelectualidade do sujeito, mas na pré-compreensão do ser pelo ser-aí no homem" (Stein, Ernildo. Nota do Tradutor. In: Heidegger, Martin. *Que é Metafísica, op. cit.*, pp. 46-47. e também Stein, Ernildo. *Antropologia Filosófica. Questões Epistemológicas*. Ijuí: Unijuí, 2009, em especial pp. 45 e segs.). O cotidiano nos apresenta inúmeros exemplos deste transcendental histórico descrito por Stein. O problema do exame oral e da universidade é apenas um entre muitos. A arte também mostra como a questão da pré-compreensão acompanha aquele que com ela entra em contato e permite a realização do salto do objetivo em direção à transcendência. Um exemplo retirado da literatura é particularmente significativo. No livro recente de Jonathan Littell (*As Benevolentes*) – obra que impressiona não apenas pelo desenvolvimento da narrativa pelo autor, mas também pelo denso conteúdo que dela se projeta, produzindo uma problemática que interage com a literatura clássica (particularmente com as tragédias gregas), com a lingüística e até mesmo com a história da música – Littell apresenta, como título para os capítulos de seu romance, nomes como *Toccata, Allemandes, Sarabande, Menuet, Air e Gigue*. O contato simplesmente objetivo com tais palavras poderia levar o leitor à nadificação do sentido projetado pelo texto, uma vez que o meramente objetivo deixaria o significado aquém daquele que se estabelece pelo confronto pré-compreensivo com a história da cultura. Ora, quem conhece a tradição musical sabe que, à exceção do termo *Toccata*, que designa peças musicais compostas para instrumenstos de teclados, tais quais o cravo e o piano, todas as palavras subsequentes referem-se à danças populares que compunham tradicionalmente as suites de Bach. O próprio termo *Toccata* remete a Bach e a uma de suas mais conhecidas obras (*Toccata em D menor*). Ou seja, a pré-compreensão salta o objeto em direção àquilo que já foi pré-compreendido que é a tradição musical ocidental. O contato da pernsonagem principal do romance com Bach e seu interesse pela música possibilita perceber que o livro se constrói estruturado na perspectiva rítmica das suites bachianas. Isso permite visualizar o sentido da trasncendência em Heidegger: sem este "afundar-se histórico" – pré-compreensivo – seria impossível o próprio processo de conhecimento e o des-velamento da verdade.

Poderíamos até fazer a distinção pela via da relação sujeito-objeto, através de uma epistemologia. Entretanto, essa distinção seria apenas de grau, de intensidade; não será, entretanto, uma distinção de base entre regra e princípio. No fundo, o equívoco da(s) teoria(s) da argumentação está em trabalhar com os princípios apenas com uma diferença de grau (regrando os princípios), utilizando-os como se fossem regras de segundo nível (equívoco que se repete ao se pensar que, além dos princípios, existem metaprincípios, metacritérios ou postulados hermenêuticos). Enfim, como se fosse possível transformar a regra em um princípio (e vice-versa). Mas ela jamais será um princípio, porque no princípio está em jogo algo mais que a explicação causalista.

Para a compreensão desse "algo mais", torna-se necessário superar os dualismos próprios da metafísica. Trata-se, assim, não de fundamentar – metódica ou epistemologicamente –, mas de compreender (fenomenologicamente). E compreender é aplicar, o que significa dizer que estamos diante de um problema hermenêutico, no sentido de uma teoria da experiência real, que é o pensar. O compreender não é um dos modos do comportamento do sujeito, mas, sim, o modo de ser da própria existência, como ensina Gadamer.

Há uma questão que parece ser esquecida ou deliberadamente deixada de lado pelos setores que advogam teses pós-positivistas a partir da distinção lógico-estrutural regra-princípio. Com efeito, se princípio é norma, abre-se um mundo de exigências e demandas. Portanto, trata-se da discussão da democracia e da autonomia do direito. É preciso insistir nisso: não é qualquer um e nem é qualquer coisa que pode ser princípio. Do contrário, teremos que abandonar a tese dominante de que princípios são normas. Lembremos, ademais, que o positivismo era mais sincero neste ponto. Nele, princípios não eram deontológicos. Por isso, nessa tradição, poderia não haver limites para "criação dos princípios". Afinal, na tradição positivista, eles eram efetivamente abstratos.

Mas, no contexto do novo paradigma, os princípios adquirem o caráter de transcendência, afirmado linhas acima. Transcendência significa giro transcendental, como bem diz Tugendhat, que nesse sentido, retira Heidegger do âmbito das ontologias objetivistas. Quando se diz que um princípio não se esgota em sua semanticidade e nem ele pode ter pretensões de suficiência ôntica, é porque – se assim fosse – a sua estrutura transforma(ria) a historicidade em um prejuízo, em face da não reconstrução da sua história institucional que é possível, como se sabe, apenas pela pré-compreensão (despiciendo lembrar que qualquer suficiência ôntica tem uma ligação visceral com as ontologias objetivistas). Ou seja, visto como "categoria" ou "enunciado assertórico", qualquer princípio passará a comandar de modo reprodutivo e não produtivo as possibilidades de compreensão de um texto normativo, isto porque

o sentido não é nunca – para usar as palavras de Heidegger – "uma região ideal de significados", no âmbito lógico (daí que é sempre bom lembrar a diferença entre o *logos* apofântico e o hermenêutico que atravessa qualquer distinção estrutural feita no âmbito do direito). Por isso, fundamentalmente, a necessidade de desmontagem (*Abbau*) da tradição coagulada nos enunciados assertóricos-ônticos-apofânticos. Parafraseando Heidegger, trata-se de abrandar a tradição endurecida (coagulada) e dissolver as capas encobridoras produzidas por ela para levar os sentidos ao *locus fático social* do problema a ser analisado. Não se destrói a tradição (e sua autoridade). O que se faz é assumi-la, reconstruindo-se-a a partir da doutrina e da jurisprudência.

No fundo, a compreensão hermenêutica tem como ponto fulcral o ir além das perspectivas subjetivistas-objetivistas que ainda dominam a interpretação do direito. Embora os juristas não admitam, o que ocorre é que, ao defenderem posturas ainda ligadas aos conceitos tradicionais como "fontes sociais", "discricionariedade", "moral", "livre apreciação da prova", "livre convencimento, ponderação", etc. eles estão na verdade ligados ao velho problema decorrente do esquema sujeito-objeto.[105] Daí a questão: é preciso compreender que, para

105 Enquanto ainda se acredita na distinção estrutural entre regra e princípio e que, portanto, é a regra que é "fechada", com clara "determinação finalística" e que os princípios (apenas) otimizam ou abrem a interpretação (a critério da subjetividade do intérprete), etc, basta um correr d'olhos para percebermos o contrário. Na verdade, para uma análise do "conceito" de princípio é fundamental que se adentre no mundo prático (faticidade-existencialidade) que forjou o paradigma do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, é necessário examinar as virtudes soberanas que (sub)jazem ao texto constitucional e à densa principiologia passível de ser extraída desse elo conteudístico com a função de ligar política, moral e direito. O *Brasil é uma República que visa a erradicar a pobreza, garantir a justa distribuição de riqueza, diminuir as desigualdades sociais e regionais, promover os "valores" éticos por intermédio dos meios de comunicação (concessão pública), evitar discriminações*, etc. Portanto, isso quer dizer que cada texto jurídico-normativo (regra/preceito) não pode se colocar na contramão desse desiderato, digamos assim, virtuoso, propagado pelo texto que explicita o contrato social: a Constituição. É fácil concluir que não queremos uma República em que a vigarice seja a regra e que todos achemos absolutamente normal (e por que não, legal - *sic*) o aproveitamento das benesses originárias do espaço público, dando razão assim aquilo que Raimundo Faoro denunciava de há muito: o Brasil é ainda, em muitos aspectos, pré-moderno, isto é, *uma sociedade sustentada nos estamentos e nos privilégios daí decorrentes*. Nesse sentido, não podem escapar da crítica os episódios que envolvem parlamentares (deputados e senadores) que utilizaram suas cotas de passagens aéreas para levar familiares e amigos, a maioria em caras passagens em classe executiva, a passeios nos Estados Unidos e Europa. Quais foram os argumentos de todos os utentes desses privilégios? Fizeram tudo de acordo com a legislação (leis, decretos, portarias, etc), foi a resposta. O novo regramento, feito depois dos escândalos de março/2009, "legaliza" as viagens de parentes dos parlamentares com dinheiro público; a nova regra diz que "o benefício pode ser utilizado pelo próprio parlamentar, a mulher ou marido, seus dependentes legais e assessores em situações relacionadas à atividade parlamentar". As próprias glosas feitas pelo Tribunal de Contas da União apenas apontam para os utentes que usufruíram das benesses "fora das autorizações legais" *(sic)*. Isso ocorre em diversos setores governamen-

superar o esquema sujeito-objeto, é necessário assumir que a filosofia é condição de possibilidade no direito. E isso deve ser feito sem preconceitos (no sentido negativo da palavra). E a primeira "baixa" decorrente da invasão do direito pela filosofia – que já foi invadida pela linguagem no século XX – deverá ser justamente a distinção lógico-estrutural entre regra e princípio.

13.5.2.6. De como princípios não são categorias ou enunciados assertóricos ou de como o mundo prático se institucionaliza no direito do Estado Democrático.

De tudo o que foi dito, é ainda possível – e necessário – ressaltar que não se pode partir do princípio para resolver um caso. Isso seria fazer raciocínios teleológicos. Haverá uma regra (norma em geral) apta para resolver o caso a partir de uma reconstrução principiológica (reconstrução da história institucional). Esse é o espaço e o papel dos princípios.

Para tanto, pensemos no caso *Riggs v.s. Palmer*, relatado por Dworkin em seu *Levando os Direitos a Sério*. Nesse caso, estava-se diante de uma disposição testamentária a favor do neto que, no entanto, assassinou o avô-testador. A legislação nada previa acerca da indignidade do testamentário, ou seja,

tais, como, por exemplo, o caso de uma empresa estatal que concedeu auxílio a uma ONG para "organizar festas juninas" em 26 municípios da Bahia no valor de um milhão e quatrocentos mil reais, sendo que o dirigente da aludida organização não-governamental longe está de ser alguém "não-governamental" *(sic)*. Ou as generosas doações feitas por empresas do Estado para desfiles de carnaval, ao mesmo tempo em que pessoas, afetadas pela dengue, são submetidos às mais vis humilhações, como, por exemplo, tomar soro em pé, porque não há sequer uma maca para o utente do SUS (a banalização do privilégios estamentais vai do pagamento de passagens aéreas aos familiares dos parlamentares até aos amigos dos edis – parentes, sogras, artistas, etc. – passando por aluguel de jatos com as sobras mensais das passagens não utilizadas, sem considerar o pagamento de horas extras efetivamente não trabalhadas; até empregadas domésticas são pagas, "dentro das regras estatutárias", pelos gabinetes parlamentares). A questão é saber se as virtudes soberanas previstas na Constituição "suportam" essa "legalidade" (mundo de regras que, se não permitem os *ab*-usos, também não os proíbe..., mandando às favas os *princípios* que regem o direito administrativo!) Mais ainda, queremos saber como a dogmática jurídica – majoritária no campo administrativo-constitucional – lidará com essas dicotomias (contraposições) "regras-princípios". Parece evidente que todos esses *ab*-usos não resistem (não resistiriam) à parametricidade principiológico-constitucional. *Regras "fecham" e princípios "abrem"*? Eis a questão. De todo modo, parece que o ponto de estofo do problema reside na seguinte questão: *em nome de um conjunto de regras, praticam-se as maiores ilegalidades há décadas, sem que esse "mundo de suficiências ônticas" – representado por um cipoal de regulamentos, portarias, sub-portarias e pareceres interpretativos (sic) – tenha sido colonizado/invadido pelo mundo prático dos princípios.* Não houve, pois, um *"principio turn"* no campo do direito administrativo. A permanência de regras dessa má estirpe faz com que se pense que, de fato, não há qualquer força normativa nos princípios...! E que o enunciado "O Brasil é uma República" é vazio de conteúdo. Afinal, o que é uma República?

devido às circunstâncias históricas próprias da tradição norte-americana, não havia previsão acerca das hipóteses de o beneficiário matar o próprio instituidor, assim como outras hipóteses anulatórias do testamento. Essa questão foi levada a um tribunal de Nova York, que decidiu, por maioria, que embora não houvesse a previsão da hipótese de anulação da cláusula testamentária, a regra que determina que os testamentos devem ser cumpridos não poderia ser aplicada. Ou seja, interpretada a regra a partir da suficiência ôntica, o assassino teria direito à herança. Aliás, parte do Tribunal posicionou-se favorável a essa leitura. Entretanto, ficou decidido, a partir do princípio de que "ninguém pode lucrar com sua própria fraude", ou beneficiar-se de atos ilícitos, que o assassino não receberia a herança.

O exemplo retirado do caso *Riggs v.s. Palmer* parece simples, se descolado do ano em que foi discutido (1889) e da tradição americana acerca das disposições sucessórias, diferentes da tradição brasileira, por exemplo. No caso estadunidense – e isso pode ser notado no clássico de Alexis de Tocqueville, *A Democracia na América*. Havia – e ainda há – uma forte tradição no sentido de prevalecer o efeito de fragmentação patrimonial nas leis sucessórias. Ou seja, a tradição americana apontava para a não conservação familiar do patrimônio. Daí a não previsão de disposições que anulassem os efeitos do testamento (mormente levando em conta uma exceção desse jaez).

Mas é justamente neste contexto que se percebe a porosidade da regra (não somente dessa, como de qualquer regra jurídica) e o caráter de fechamento do princípio. A invasão do mundo prático se dá no momento em que, embora seja desejável a fragmentação do patrimônio – enquanto ideologia liberal –, há limites para tanto. Trata-se da necessária constatação de que um país e sua democracia não podem ser construídos a partir de fraudes e iniqüidades. Isso é próprio da virtuosidade dos princípios. O mundo prático, isto é, a manifestação existencial de uma comunidade de princípios, dá-se não simplesmente por intermédio de categorias ou enunciados assertóricos.

Na verdade, a virtude republicana aponta para limitações do código lícito/ilícito (ou seja, o que não é proibido é permitido), isto é, o que não está vedado na lei dos testamentos, estaria permitido. Ora, esse é o caráter de "universalização" do exemplo, uma vez que é impossível um sistema jurídico prever as inúmeras hipóteses de incidência de regras jurídicas. A disposição testamentária do direito norte-americano não tratava do testamento objeto do litígio de *Riggs v.s. Palmer*, mas, sim, do conjunto dos testamentos feitos por toda sociedade americana. A concreta normatividade do fenômeno jurídico somente ocorre – como ocorreu no referido *case* – com a incidência principiológica. Note-se que, no exemplo em tela, a regra sobre os testamentos conti-

nua existindo (e valendo). Somente para esse caso específico é que ela não poderia ser aplicada, criando-se, a partir disso, uma nova norma, segundo a qual *não se cumprem as disposições testamentárias se originárias de ato criminoso*. Esse é o princípio generalizável para os próximos casos.

Com isso se pode entender, também, que não se cria uma exceção no direito que não tenha conseqüências no plano da aplicação futura. Especificando melhor: no plano do que aqui foi referido, ainda poderia dizer que deve ser relativizada a questão de que a regra se aplica no tudo-ou-nada (*all-or-nothing*). Isso só é verdadeiro se a regra for nulificada, ou por derrogação ou por inconstitucionalidade, questão que fica mais clara em um sistema jurídico como o brasileiro.

Por exemplo, assim como no caso da regra testamentária do caso *Riggs v.s. Palmer*, também a regra do furto não deixa de existir (valer) nos casos que são decididos com base no assim denominado princípio da insignificância. Neste último caso, não é correto tratar a insignificância como "categoria" ou "significante", do qual se faria deduções. Na verdade, a regra de direito penal, que seria aplicada a determinado caso e, uma vez aplicada, provocaria a indevida condenação de alguém por fato não relevante, deve ser interpretada a partir da "proibição de se condenar alguém por furto – ou outro delito – toda vez que a conduta não for relevante juridicamente". Essa irrelevância somente pode ser aferida caso a caso, circunstância que apenas comprova a tese de que os princípios não são categorias ou abstrações e, obviamente, não são regras e não podem fazer o papel de regras.

A questão fulcral para uma teoria da decisão residirá no seguinte ponto: para o estabelecimento de uma exceção, é necessário romper com a cadeia interpretativa (lembremos da *chain novel*). Mas essa exceção estabelecerá uma nova norma, que se tornará obrigatória para os casos similares seguintes ou os casos que se enquadrarem no princípio estabelecido exatamente como condição para o estabelecimento da exceção. O princípio atravessará a porosidade dessa regra. Por isso é possível dizer que, no fundo, cada aplicação principiológica é uma interpretação conforme ou uma nulidade parcial sem redução de texto.

Numa palavra, nenhum principio atua por si só como criador de normas, senão que unicamente possui força constitutiva ou valor construtivo em união com o conjunto do ordenamento reconhecido, dentro do qual lhe incumbe uma função bem definida. Daí a questão da reconstrução institucional. A institucionalização de um princípio demanda a constituição de uma tradição.

Destarte, se em toda compreensão se produz uma aplicação, formando o intérprete parte da coisa mesma que compreende, há sempre uma enunciação de um enunciado. É nisso que se fulcra a noção do princípio como um des-

prendimento da regra. Dessa forma, mesmo um princípio assim denominado pela própria Constituição, não funcionará autonomamente, tendo "ele" mesmo um princípio instituidor. Por que isso é assim? Porque a aplicação (*applicatio*) é o elemento implícito que existe em toda a compreensão, havendo sempre uma situação hermenêutica concreta. Não esqueçamos: todo aquele que compreende algo se compreende a si mesmo nesse algo. Não há, pois, que se falar em princípios em abstrato, como capas de sentido ou concepções morais ou *standards* otimizadores de qualquer interpretação. Se se entender que princípios existem sem uma regra que seja transcendida, isto é, "ontologizada" a partir da *ontologische Differenz* (diferença ontológica), estar-se-á admitindo que a interpretação ocorre por deduções ou subsunções, circunstância que jogaria a hermenêutica nos braços do esquema sujeito-objeto, porque se estaria admitindo a existência da "categoria" (universal) e do "empírico" (particular), enfim, do significante e do significado, todos subsistindo autonomamente.

Fundem-se os horizontes de sentido da coisa com o intérprete. O sentido somente se dá se for possível ultrapassar as "capas de sentido endurecidas" do nível ôntico. Por isso é que, no positivismo jurídico, que sempre apostou nas suficiências ônticas do mundo de regras, ocorre uma rendição de sentido (*Entseztung*) nos casos denominados de "fáceis", a partir da subsunção. Na verdade, subsunção é isso: uma rendição de sentido; uma mera capitulação. Ou seja – e aí se constata a indevida cisão estrutural entre casos fáceis e casos difíceis, regras e princípios, palavras e coisas, etc., o positivismo (e seus sucedâneos), quando estão diante de *easy cases*, rendem-se ao primado do ôntico, sendo que, quando não se "contentam" com essa "suficiência ôntica", abandonam-na, a partir de uma "transcendência epistemológica", que nada mais é do que delegar – sem limites de sentido e sem o sentido desses limites – ao sujeito solipsista a tarefa de "ir além" da "insuficiência da suficiência ôntica". Eis ai o fenômeno da discricionariedade positivista. O positivismo sempre andou sobre o fio da navalha: de um lado, confiava na objetividade, com fé no método, como se não existissem pré-juízos; de outro, buscava a partir da razão prática resolver os problemas da fissuras da objetividade.

A falta de concretização das Constituições programáticas demandou uma reformulação na teoria dos princípios, representada pelo abandono do chamado critério fraco de diferenciação (que considera princípio e regra com a mesma estrutura lógica hipotético-condicional e com diferentes densidades semânticas) para a adoção do critério forte de distinção, onde os princípios assumiam estrutura lógica diferente daquela que identificava a regra. Isso colocou os princípios sob o manto metodológico da ponderação (enquanto que a regra se mantinha na subsunção – *sic!*), permitiu novas possibilidades para

os princípios e não demorou muito para que estivéssemos falando em aplicação direta mediante ponderação controlada pela proporcionalidade. Mas o fato é que esse giro não conferiu ao princípio suficiência semântica, além de ter mantido intacto o erro originário: *o mundo prático foi jogado para "dentro" do sistema e*, a partir dessa operação, pensado como tal (como sistema). Ou seja, o mundo prático, que é concreto ou, na falta de uma melhor palavra, pragmático, paradoxalmente é retratado ao modo da abstratalidade própria da idéia de sistema. A percepção originária de que os princípios não possuíam densidade semântica conteve, bem ou mal, o avanço da "panprincipiologia", mas o equívoco no diagnóstico da crise fez com que os princípios elevasse o grau de decisionismo.

É necessário, pois, que retomemos a razão prática como mundo prático e não como razão sistemática-instrumental (da qual a proporcionalidade é marca indelével), pois essa exige um mundo previamente entificado, abstraído das condições concretas de sua própria formação. Quando lidamos com o mundo prático, o "prévio" é hermenêutico e a possível entificação do "conteúdo material" dos princípios já é secundária. Enfrentar o mundo prático dos princípios pressupõe o acontecer de algo que antecede o sistema e que o condiciona, sendo a percepção desse problema condição necessária para a construção de uma "teoria adequada" sobre os princípios.

Nesse contexto, cabe um alerta: introduzir o mundo prático no direito – o que ocorre a partir da diferença ontológica – não quer dizer que basta "jogar" a faticidade "contra" o direito que este se amoldará às demandas factuais (do mundo prático). Isso nada mais é do que a repristinação do velho positivismo fático (o direito só se realiza na decisão). Isso não é *applicatio*. Pensar assim é um equívoco.

Cada interpretação/aplicação necessita de uma reconstrução histórico-institucional. Trata-se de buscar sempre o DNA do caso sob discussão. Observe-se que uma decisão sobre determinada matéria, se não for perquirida em seu DNA, poderá servir de *topos* conformador para futuras decisões equivocadas. Uma decisão jurídica não perde a sua "ligação" com a faticidade. Ela não se autonomiza enquanto "conceito sem coisa". Esse, aliás, é um dos grandes problemas da fragmentação dogmática do direito, que pretende transformar a interpretação do direito em um território analítico-epistêmico.

Um texto jurídico necessariamente não "corre atrás da faticidade". No âmbito da Constituição, um preceito fundamental aponta para o futuro, superando aquela característica tão cara ao positivismo: a idéia das fontes sociais. Registro, nesse sentido, o seguinte exemplo: determinado parlamentar, presidente do Poder Legislativo de Estado Federado, foi preso juntamente com

outras autoridades, por ordem do Superior Tribunal de Justiça. O parlamentar ingressou com *habeas corpus* no STF (HC n. 89.417-RO), com fundamento no art. 53, §§ 2º e 3º da Constituição do Brasil, que garante aos parlamentares não serem presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, sendo que, em caso de prisão, quem deliberará a respeito é a Casa Legislativa respectiva, por voto da maioria de seus membros. Por maioria de votos, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal negou o *habeas corpus*, sob o fundamento de que haveria evidências da existência de um quadro de "absoluta anomalia institucional, jurídica e ética" no Estado Federado, uma vez que praticamente a totalidade dos membros do Poder Legislativo estaria indiciada ou denunciada por crimes relacionados à organização criminosa, e, conseqüentemente, os pares do deputado requerente do *writ* não "disporiam de autonomia suficiente para decidir sobre a sua prisão" nos termos do preceito constitucional, uma vez que ele – o impetrante – seria o suposto chefe da organização criminosa. À esse quadro de excepcionalidade, segundo a maioria dos integrantes da 1ª Turma, "deve corresponder a excepcionalidade da forma de interpretar e aplicar princípios e regras constitucionais, sob pena de se prestigiar regra de exceção que culminasse na impunidade de parlamentares" (Informativo n. 437, de 30.08.2006).

Embora a decisão tivesse tido forte apelo social (combate à impunidade, etc), penso que deve ser examinada com bastante cuidado, em face de seus "efeitos colaterais" para o futuro (grau de generalização apropriado). Afinal, pode o Supremo Tribunal dispor das garantias fundamentais, excepcionando a sua aplicação? Evidencia-se, no caso, que o STF levou a garantia processual (portanto, um direito fundamental, que assegura o direito ao impetrante de não ser preso, a não ser por autorização do parlamento) a tal nível de especificidade que a desconectou do preceito constitucional, como se a norma da Constituição contivesse exceções do tipo "em circunstâncias como o envolvimento ou a suspeita de envolvimento da maioria dos deputados da casa legislativa, a garantia não é aplicável"...

Ou seja, a imunidade parlamentar – que não é garantia personalíssima, mas, sim, da representativa parlamentar – foi transformada, no caso concreto, em "um direito ao benefício do cargo para o cometimento de crimes", para, em seguida, ter negada a sua aplicação. Não parece que era isso que estava em discussão. Além da impossibilidade de o STF, em tempos de normalidade democrática, suspender direitos constitucionais, houve a violação do princípio da presunção da inocência (observe-se que o próprio STF, na justificativa da decisão, faz alusão ao fato de que "a situação do Estado evidenciaria...", que o deputado "seria" o chefe da organização, etc, além de expressões vagas como "praticamente a totalidade dos membros..."). Por fim, cabe registrar que, fosse

correta a avaliação de que o Estado Federado (Rondônia) estaria sob crise institucional, seria o caso de pedido de intervenção federal, tarefa exclusiva do Procurador Geral da República. Parece-me, assim, não ser desarrazoado afirmar que, exatamente porque o Procurador-Geral da República não tomou qualquer providência é que se pode concluir pela inexistência da crise justificadora da excepcionalidade da aplicação do direito fundamental. Embora a decisão tenha "efeitos positivos conjunturais" (combate à impunidade, restauração da ética na política, revitalização da credibilidade nas instituições), pode criar seríssimos problemas na aplicação futura dos aludidos direitos fundamentais.

Portanto, à luz da teoria dos princípios e da decisão aqui defendidas, a decisão sob comento sofre de dois problemas: primeiro, ao não fazer a reconstrução institucional dos direitos fundamentais e da importância do princípio republicano e do Estado Democrático de Direito, o STF optou por uma decisão baseada em argumentos de política (conseqüentemente, teleológicos); segundo, corre o risco de representar para o futuro a possibilidade de excepcionalização de direitos fundamentais, justamente a partir de decisões que não questionem o DNA da decisão que servirá de *holding*. Ou seja, uma decisão equivocada poderá iniciar, assim, uma seqüência de decisões equivocadas, fragilizando a autonomia do direito e a prática da fundamentalidade dos direitos (mesmo que, no "caso concreto", se tratasse de um parlamentar cujas circunstâncias pessoais não indicariam a aplicação de um *writ*). Em outras palavras, a política e a moral, no plano de raciocínios/argumentos finalísticos, não podem implicar um terceiro turno da votação da assembléia constituinte. Se o constituinte não colocou no texto determinado direito, a democracia recomenda que não seja o judiciário a fazer essa "colmatação da lacuna"...

Daí a minha insistência: princípios não são regras; não podem ser transformados em regras; e não podem ter a função de regras ou meta-regras. Um exemplo que denota bem essa problemática é o "princípio" da cooperação processual, criação da dogmática jurídica para "otimizar" o processo como instrumentalidade. Mas, de que trata esse princípio? Qual é o seu DNA? Qual é a sua história institucional? Qual regra ou quais regras, no plano de uma aplicação, está ou estão sendo enunciadas? Qual é a dimensão do mundo prático possibilitada ou exigida pela aplicação de determinada(s) regras(s) relacionadas com esse "princípio"? Tais perguntas não possuem respostas no plano da teoria dos princípios predominante, uma vez que o aludido "princípio" tem, na verdade, pretensão de regrar o processo. Só que é essa peculiaridade que vai "abrir" em favor do juiz um espaço de discricionariedade ainda maior do que aquele que possuía no âmbito do velho positivismo. Pensemos, na mesma linha, no "princípio da confiança no juiz da causa", do "fato consumado", da "moderação"...

Ou seja, parcela considerável dos "princípios" utilizados cotidianamente não passa de construções arbitrárias com pretensões corretivas.

13.5.2.7. De como não é possível uma "livre nominação dos princípios".

A tese de que os princípios não são enunciados assertóricos e tampouco possuem "vida autônoma" pode ser comprovada a partir das condições de possibilidade da aferição de inconstitucionalidades, por exemplo, via recurso extraordinário ou por intermédio da jurisdição constitucional. A inconstitucionalidade não decorre da "não aplicação do princípio", mas da equivocada aplicação de uma determinada regra. Observe-se que, embora sob outro fundamento, o Supremo Tribunal Federal já de há muito exige, em sede de apreciação de recurso extraordinário, a indicação de um preceito/regra violado. Nesse sentido, parece não pairar dúvida de que, mesmo referida diretamente na Constituição, a garantia da igualdade (que é princípio do Estado Democrático de Direito, enquanto conquista fundamental para além da garantia formal advinda do Estado Liberal) somente será aplicada quando se estiver em face de uma regra que foi mal aplicada, provocando desigualdades de tratamento. E, registre-se: mesmo na invocação da igualdade, ainda assim teremos que saber, diante do caso concreto, se a própria Constituição, a partir de determinado preceito, não está determinando a obrigatoriedade de tratamento desigual para, no contexto do Estado Social (art. 3º) alcançar a igualdade.

Mesmo que, por exemplo, a razoabilidade ou a proporcionalidade estivessem – ou estejam, como é o caso da Constituição do Estado do RS – previstos explicitamente (mesmo na Constituição da República), ainda assim qualquer análise acerca da (in)adequação aplicativa deve(ria) passar por uma regra jurídica. A razoabilidade ou a proporcionalidade não (sobre)vivem sem a *applicatio*, que somente ocorre quando está em jogo um *dever ser* decorrente de uma regra de direito. Disso é possível afirmar que os assim denominados princípios da proporcionalidade/razoabilidade não possuem suficiência ôntica para delimitar obrigações normativas. Quando invocados, na verdade estar-se-á a tratar – como já deixei explicitado anteriormente – da devida equanimidade que deve ter cada interpretação/decisão judicial. Só desse modo a proporcionalidade (sobre)vive, mesmo que seja feita uma emenda constitucional transformando esse *standard* em preceito constitucional (e mesmo que, nessa emenda, fosse-lhe dado o nome de "princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade)".

É até possível que se dê um contorno ou perfil semântico ao padrão que se quer alçar à condição de princípio (constitucional ou não). Como exemplo – e isso pode ser universalizado – não representa problemas conceituar como

"princípio da individualização da pena" a necessidade de que "cada pena seja individualizada/particularizada". Essa determinação, aliás, está prevista nos incisos XLV e XLVI do art. 5º da CFRB, fenômeno que se repete em inúmeros casos, como o princípio da igualdade, da privacidade, da liberdade religiosa, da dignidade da pessoa humana, para falar apenas nestes. Atribuir o nome de "princípio da individualização da pena" não dará a esse padrão uma autonomia semântico-significativa, pela simples razão de que ele somente se realizará/acontecerá a partir de uma regra que estiver sendo aplicada em algum caso de condenação criminal. Mas, observemos bem: mesmo que se confunda "dogmaticamente" o princípio da individualização da pena com o preceito constitucional dos incisos XLV e XLVI do art. 5º da CFRB (chamado de princípio), ainda assim o princípio que traduz a obrigação de individualizar a pena terá outros componentes de garantia, os quais, além de transcenderem qualquer regra como a do art. 59 do Código Penal e da Lei de Execução Penal, vão além do próprio inciso constitucional. Ou seja, ele mesmo, o preceito denominado de princípio, não deixará de ser transcendido em uma análise de caso concreto, porque atrás dele haverá um leque de padrões de aplicação do direito.

Há um teste que pode ser feito acerca da tese aqui apresentada: a não aplicação de determinado "princípio" – pensemos, por exemplo, nos da rotatividade, benignidade, afetividade, fato consumado, etc – resulta em alguma inconstitucionalidade ou ilegalidade? Essa pergunta parece sem resposta por parte da comunidade jurídica. Ora, ninguém tem dúvida que a aplicação de qualquer dispositivo relacionado ao direito de família deve levar em conta fatores como a "afetividade", para falar apenas desse *standard* retórico. Mas isso não pode significar que o "princípio da afetividade" tenha o condão de, a um, suprir "lacunas – *sic* – constitucionais"; a dois, "revogar leis ordinárias"... e assim por diante.

Na mesma linha, agora sob outro viés, pode-se dizer que a garantia da moradia, incluído na Constituição pela Emenda Constitucional nº 26/2000, não é princípio (sempre com a ressalva de que estou a tratar "do modo como a dogmática dos princípios vem tratando da problemática regra-princípio"), mas deve ser tratado a partir do seguinte padrão que agrega os componentes que sustentam uma vida digna protegida pelas virtudes soberanas da República: há um direito fundamental à vida digna, o que somente é possível se à pessoa for garantido um mínimo existencial, o que inclui a moradia (para além de quatro paredes). Ademais, a própria invocação do preceito que trata do direito à moradia estará na dependência de uma regra ou conjunto de regras-diretrizes que tratam da problemática "direito de propriedade", "política habitacional", etc. Ninguém conseguirá uma moradia considerada digna invocando o preceito "direito fundamental à moradia".

Em definitivo, quando digo que princípios são normas, deve-se entender: os *princípios possuem força normativa*. Como todo princípio encontra sua realização em uma regra, é possível dizer que há uma espécie de sentido eficacial em um princípio. Desse modo, um possível "catálogo de princípios" seria em verdade reduzidíssimo. Isso precisa ficar bem claro: não é possível nomear qualquer coisa como princípio; não é possível inventar um princípio a cada momento, como se no direito não existisse uma história institucional a impulsionar a formação e identificação dos princípios. Princípios utilizados de maneira *ad hoc* para solucionar pseudo-problemas não são princípios porque, tanto quanto é correto dizer que os princípios só *são* concretamente – vale dizer, na *applicatio* – é também correta a afirmação de que princípios não existem sem a historicidade do direito. Se é certo que os princípios são a história institucional do direito, eles não cabem dentro de uma concepção instantaneísta de tempo; eles não podem ser "criados" a partir de graus zeros de sentido.

Mas, afirmar esta *força normativa dos princípios* também não pode levar à idéia de que os princípios são textos e que seu caráter normativo deriva do fato de serem o resultada da interpretação (de um texto). De fato, há uma *grafia* dos princípios. Eles aparecem, eventualmente, numa escrita na Constituição e na própria legislação, mas não é esta escrituração que garante aos princípios a condição de princípio. Por exemplo, o princípio da igualdade não é princípio porque o art. 5º *caput* e inciso I firmaram na constituição, mas ele mesmo transcende o texto constitucional para tomar forma no mundo prático. Também o princípio da legalidade, cuja grafia é encontrada no art. 5º, inciso II, CFRB, não o é porque o texto constitucional assim instituiu. Aliás, quando se opta por fundar uma sociedade sob a égide de um Estado de Direito Democrático, a legalidade já está pressuposta. E isso é exatamente um princípio: aquilo que condiciona deontologicamente o todo da experiência jurídica e oferece legitimidade para a normatividade assim instituída. Volto a insistir: uma regra é uma regra porque há um princípio que a instituí; não que para cada regra haja *um único princípio* instituidor, mas porque um princípio instituidor abarca várias regras. Pensemos na igualdade; na legalidade, no devido processo legal, etc.

O curioso é que, em alguns casos, há princípios que são nomeados como tal pela Constituição, mas que não possuem esse sentido eficacial. Este o caso do princípio da moralidade (CFRB art. 37, *caput*). Na verdade, a dogmática dos mais diversos matizes tem utilizado tal princípio como um canal para introduzir uma moral corretiva no direito. É a porta para um discurso colonizador da autonomia do direito, acabando por se tornar um álibi para entrada no direi-

to de discursos adjudicadores. E note-se: falar de princípio da moralidade na administração pública é como dizer que a roda é redonda. Isto porque há algo mais evidente do que o fato de que os atos públicos – de acordo com o princípio republicano – devam ser exercidos com transparência e zelo pela coisa pública? E mais: o próprio princípio da legalidade – entendido em seu sentido mais amplo, que representa a legitimidade dos atos do poder público – já não gera para os agentes administrativos o dever de lisura no trato dos negócios públicos? Portanto, nesse sentido, a moralidade se apresenta como um simples *standard* argumentativo-persuasivo, além de sempre correrrmos o risco de o intérprete/juiz/tribunal utilizar a "moralidade" como porta de ingresso de apreciações *ad hoc*.

E o problema não fica apenas no contexto do problema da moralidade. Veja-se, igualmente, o problema do princípio da impessoalidade. Não é algo inerente à moderna idéia de Estado que os atos dos agentes públicos sejam permeados pelo manto da impessoalidade? Não é isso algo tão essencial ao Estado de Direito que, se ocorresse o contrário – a pessoalidade – não teríamos que afirmar que isso seria uma desvirtualização do Estado para uma forma pré-moderna de organização burocrática? Por que, então, insistir em chamar a impessoalidade de princípio? E o que dizer do "princípio da eficiência" (*sic*), que entra no contexto constitucional como uma inovação trazida pela Emenda Constitucional n. 19/1998 e que se manifesta como um *standard* argumentativo próprio das posturas que defendem leituras econômicas do direito?[106]

Se é correto afirmar que não há princípio sem regra e que atrás de cada regra existe(m) princípio(s), é nessa operação compreensiva que já é feita a interpretação constitucional do dispositivo está-se a tratar sempre de um "exame de parametricidade", que se dá a todo momento, mesmo que dele não nos damos conta. Por tais razões é que afirmo, desde a primeira edição do meu *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise* e de *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, que sempre estamos a fazer – de um modo ou de outro – jurisdição constitucional. Esse também é o modo adequado de testar se determinado *standard* é ou não um princípio. Assim, *v.g.*, no que a "cooperação processual" – decantado como um novo "princípio processual" – pode invalidar uma regra ou "determinar" o rumo de uma decisão judicial? Ou, em que circunstância uma regra se sobrepõe a uma outra – no plano das antinomias *stricto sensu* – tendo por base essa "cooperação processual"? A resposta parece óbvia. A "cooperação processual" não é um princípio; não está dotada de densidade normativa; as regras que tratam dos procedimentos processuais não adquirem espessura ontológica face à incidência desse *standard*.

Dito de outro modo, a "cooperação processual" – nos moldes como vem sendo propalada – "vale" tanto quanto dizer que todo processo deve ter instrumentalidade ou que o processo deve ser tempestivo ou que as partes devem ter boa-fé. Sem o caráter deontológico, o *standard* não passa de elemento que "ornamenta" e fornece "adereços" à argumentação. Pode funcionar no plano performativo do direito. Mas, à evidência, não como "dever ser".

Na mesma linha, é preciso chamar a atenção para a relevante circunstância de que devemos estar atentos aos "princípios oportunistas", como o da absoluta prioridade dos interesses da criança e do adolescente, para citar um típico exemplo. Ora, o conjunto de preceitos (arts. 226, 227, 228, 229 e 230 da CF) é que estabelece essa prioridade. "Atrás" desses preceitos – alguns que até aparecem com características de princípio (no sentido de que não contém um comando imediato, para aceitar, *ad argumentandum*, o que se tem dito acerca do que deve representar uma regra) – haverá, como em qualquer *applicatio*, a aferição da igualdade, equanimidade, isonomia, etc, e, na especificidade, a filtragem do dispositivo (regra-preceito). Isso significa afirmar que o "princípio" da absoluta prioridade do interesse da criança e do adolescente não tem qualquer autonomicidade. A prioridade – que não será absoluta sempre – incidirá na análise/aplicação dos preceitos legais espalhados no sistema, que tratam da criança, do adolescente e de seu contexto familiar.

13.5.2.8. Hermenêutica, decisão e um *minimum applicandi* a partir da utilização de cinco princípios. Condições de possibilidade para o *"princípio turn"*.

Na medida em que os princípios institucionalizam o mundo prático no direito do Estado Democrático de Direito, sendo com ele co-originários, arrastando para o seu âmbito a força dos efeitos da história, torna-se necessário uma filtragem hermenêutico-constitucional nesse universo de *standards* e critérios com pretensões de normatividade, localizando-se, na maior parte das vezes, em uma zona de arbitrariedade significativa, ficando estes a dever à comunidade jurídica uma fundamentação/justificação consistente. Essa problemática fica agravada pela pretensão de "suficiência ôntica" do qual seus autores os revestem, conforme já explicitado à saciedade retro.

Por outro lado, devem ser preservados – e reforçados –, a toda evidência, os princípios que dizem respeito à igualdade (que com Dworkin, chamo de

106 Neste sentido cf. Rosa, Alexandre Morais da e Linhares, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law and Economics*, *op. cit.*

virtude soberana da república), ao devido processo legal, à presunção da inocência, publicidade dos atos no Estado Democrático de Direito, proibição de discriminação de qualquer espécie, em que está inserido o conjunto de liberdades públicas explicitadas na Constituição. Ainda com Dworkin, é importante assinalar uma diferença qualitativa. A imbricação entre princípios e moral, importa encará-los como *virtudes* e não simplesmente como *valores* (tal como aparece na fórmula proposta por Alexy). Ou seja, a idéia de virtudes aponta para um conjunto de princípios que estão presentes em toda interpretação do direito. Estes princípios não estão inscritos na comunidade política para serem descobertos como valores, mas implicam comprometimento desta mesma comunidade com as decisões tomadas e com os princípios que institucionalizam tais decisões. Por gerarem este compromisso político (democrático), *eles sempre estão presentes em toda interpretação do direito;* aquilo que aparece apenas de maneira episódica na cadeia interpretativa do direito é apenas um *standard* interpretativo de caráter persuasivo. Essa virtuosidade própria dos princípios pressupõe a igualdade, e por isso a igualdade será a virtude soberana. A virtude soberana é a *holding* do sistema. A própria grafia dos princípios é o resultado dessa virtuosidade. Afinal, alguém conseguiria imaginar uma Constituição legítima que não trouxesse em seu bojo uma menção ao princípio da igualdade? E quanto ao devido processo legal? Seria possível conviver-mos, na atual quadra da história, com um sistema jurídico que não incorporasse as garantias processuais que foram construídas historicamente?

Importa dizer sobremodo – para uma melhor compreensão do que até aqui foi dito – é que as teorias do direito e da Constituição preocupadas com a democracia e a concretização dos direitos fundamentais-sociais previstos constitucionalmente não podem prescindir de um conjunto de princípios[107] que tenham nitidamente a função de estabelecer padrões hermenêuticos com o fito de:

107 No universo das teses sobre a relação regra-princípio que circulam no Brasil – e no exterior – é inegável registrar a contribuição de Humberto Ávila para a superação do que aqui denomino de panprincipiologismo. Ao fazer a distinção entre princípios e postulados – procurando, assim, separar o joio do trigo – Ávila já aponta para um novo caminho, com menos discricionariedade e interessantíssimos modos de combater decisionismos. Mas, pelo fato de sua tese estar ancorada no paradigma epistemológico da filosofia da consciência, Ávila não consegue abrir mão da distinção estrutural entre regra e princípio e da idéia de que a norma é *construída pelo próprio intérprete* (Cf. *Teoria dos Princípios*, 9ª ed., *op. cit.*, p. 68. Com isso se explica a tendência estruturalista presente em sua proposta de uma teoria dos princípios. Para o autor existem normas de primeiro grau e normas de segundo grau. As normas de primeiro grau são regras e princípios, ao passo que as de segundo grau são postulados normativos. Para distinguir regras de princípios, Ávila recorre a uma estratégia teleológica e outra axiológica. Ou seja, para ele os "princípios remetem o intérprete a valores e diferentes modos de promover resultados" (p. 64). Portanto, o problema da distinção entre regra e princípio continua sendo, para este autor, uma problema lógico-estrutural. Contudo, quando distingue, entre as normas de segundo grau, postulados normativos de postulados hermenêuticos, agrega uma importante contribuição *no sentido de filtrar a poluição produzida pelo pan-principiologismo*. Do mesmo modo, também Fábio de Oliveira oferece uma contribuição muito importante quando afirma que não há regras sem princípios. Mas, observemos: embora ele reconheça que não há princípios sem regras, ainda fica, na linha de Ávila, preso à distinção lógico-estrutural. Nesse sentido a obra de Tomaz de Oliveira (Decisão judicial, *op. cit.*, em especial cap. 4) vai além dessa distinção, ao "desepistemologizar" a relação regra-princípio. – em seu *Por uma Teoria dos Princípios*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 63/64 –

a) **preservar a autonomia do direito**, abarcando a necessidade de correção *funcional* (designado por Müller como princípio autônomo que veda que a instância decisória venha a alterar a distribuição constitucionalmente normatizada das funções nem por intermédio do resultado dela), o respeito à *rigidez do texto constitucional* (que blinda o direito contra as convicções revolucionárias acerca da infalibilidade do legislador), a preservação da força normativa da *Constituição* e da *máxima efetividade* (sentido que dê à Constituição a maior eficácia, como sustentam, por todos, Pérez Luño e Gomes Canotilho);

b) **estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional** (*ratio* final, a imposição de limites às decisões judiciais – o problema da discricionariedade), uma vez que, a partir do "encurtamento" do espaço de manobra e conformação do legislador e do conseqüente aumento da proteção contra maiorias (eventuais ou não) – cerne do contramajoritarismo –, parece evidente a necessidade, para a preservação do nível de autonomia conquistado pelo direito, a implementação de mecanismos de controle daquilo que é o repositório do deslocamento do pólo de tensão da legislação para a jurisdição: *as decisões judiciais*. Em outras palavras, a autonomia do direito e a sua umbilical ligação com a dicotomia "democracia-constitucionalismo" exigem da teoria do direito e da Constituição uma reflexão de cunho hermenêutico. Essa relevante circunstância implica colocar em xeque o cerne da teoria do direito, isto é, a discussão acerca dos limites da interpretação do direito, questão presente nas diversas teorias construídas contemporaneamente (*v.g.*, Häberle, Dworkin, Habermas, Alexy e MacCormick). O fato de não existir um método que garanta a "correção" do processo interpretativo – denúncia presente, aliás, já no oitavo capítulo da *Teoria Pura do Direito* – não autoriza o intérprete a escolher o sentido que mais lhe convier, o que seria dar azo à discricionariedade e/ou ao decisionismo típicos do modelo positivista propugnado pelo próprio Kelsen. É preciso compreender que a delegação em favor do juiz do "preenchimento" da "zona de incerteza" é a institucionalização do positivismo, que funciona como poder *arbitrário* no interior de uma *pretensa discricionariedade*. Não se pode esquecer, aqui, que a "zona da incer-

teza" (ou as especificidades em que ocorrem os "casos difíceis") pode ser fruto de uma "construção ideológica" desse mesmo juiz, que, ad libitum, aumenta o espaço de incerteza, aumentando, assim, o seu espaço de "discricionariedade".

c) **garantir o respeito à integridade e à coerência do direito**, estabelecendo, a partir disso, efetivas barreiras contra a fragmentação própria das teorias pragmatistas em geral. A integridade e a coerência englobam princípios (ou subprincípios que, por vezes, se confundem com "métodos" de interpretação) construídos ao longo dos anos pela teoria constitucional, tais como o *princípio da unidade da Constituição*, o *princípio da concordância prática entre as normas ou da harmonização*, o princípio da *eficácia integradora* ou do efeito *integrador*, o *princípio integrativo ou científico-espiritual* (Paulo Bonavides) e o *princípio da proporcionalidade* (alçado a essa categoria para resolver "colisão de princípios", especialmente no plano da teoria da argumentação de Robert Alexy). Sua funcionalidade depende de outro padrão (que pode ser denominado de princípio): *o da necessidade da fundamentação das decisões* (art. 93, X, da CRFB), aqui alçado a dever fundamental do juiz e a direito fundamental do cidadão;

d) **estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais,** isto porque, se nos colocamos de acordo que a hermenêutica a ser praticada no Estado Democrático de Direito *não pode deslegitimar o texto jurídico-constitucional* produzido democraticamente, parece evidente que a Sociedade não pode ser "indiferente às razões pelas quais um juiz ou um tribunal toma suas decisões. O direito, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, cobra reflexão acerca dos paradigmas que informam e conformam a própria decisão jurisdicional" (Cattoni de Oliveira). Há, pois, uma forte responsabilidade política dos juízes e tribunais, circunstância que foi albergada no texto da Constituição, na especificidade do art. 93, IX, que determina, embora com outras palavras, *que o juiz explicite as condições pelas quais compreendeu.*

e) **garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada.** Trata-se de um princípio no sentido adequado do termo, tendo uma relação de *estrita dependência* com o dever fundamental de justificar as decisões. Como princípio instituidor da relação jurisdição-democracia, a obrigação de fundamentar – que, frise-se, não é uma fundamentação de caráter apodídico – visa preservar a força normativa da Constituição e o caráter deontológico dos princípios. Conseqüentemente, representa uma blindagem contra interpretações deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o *domínio normativo* dos textos constitucionais. Trata-se de

substituir qualquer pretensão solipsista pelas condições histórico-concretas, sempre lembrando, nesse contexto, a questão da tradição, da coerência e da integridade, para bem poder inserir a problemática na superação do esquema sujeito-objeto pela hermenêutica jurídica.

13.6. Condições e Possibilidades da Hermenêutica Jurídica no Estado Democrático de Direito: Discutindo Respostas Corretas e Incorretas.

A hermenêutica que proponho – e o presente pósfacio tem o intuito de reforçar essa convicção – forja-se no interior de duas rupturas paradigmáticas: a revolução do constitucionalismo, que institucionaliza um elevado grau de autonomia do direito,[108] e a revolução copernicana provocada pelo *giro-linguístico-ontológico*. De um lado, a existência da Constituição exige a definição dos deveres substanciais dos poderes públicos que vão além do constitucionalismo liberal-iluminista. De outro, parece não restar(em) dúvida(s) de que, contemporaneamente, a partir dos avanços da teoria do direito, é possível dizer que não existem respostas *a priori* acerca do sentido de determinada lei que exsurjam de procedimentos ou métodos de interpretação.

Nesse sentido, *"conceitos" que tenham a pretensão de abarcar, de antemão, todas as hipóteses de aplicação*, nada mais fazem do que reduzir a interpretação a um processo analítico – caracterizado pelo emprego sistemático da análise lógica da linguagem a partir do descobrimento do significado dos vocábulos e dos enunciados, da distinção entre enunciados analíticos e enunciados empíricos e da diferenciação entre fato e valor.

A hermenêutica filosófica, com os aportes da teoria integrativa de Dworkin, representa, nesse contexto pós-metafísico e pós-positivista, uma blindagem contra interpretações deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o domínio normativo dos textos constitucionais. Trata-se de substituir qualquer pretensão solipsista pelas condições histórico-concretas, sempre lembrando, nesse contexto, a questão da tradição, da coerência e da

108 Mais do que sustentáculo do Estado Democrático de Direito, a preservação do acentuado grau de autonomia conquistado pelo direito é a sua própria condição de possibilidade, unindo, conteudisticamente, a visão interna e a visão externa do direito. Trata-se, também, de uma "garantia contra o poder contramajoritário" (segundo Guastini, as denominadas "garantias contra o Poder Judiciário"), abarcando o princípio de legalidade na jurisdição (que, no Estado Democrático de Direito, passa a ser o princípio da constitucionalidade).

integridade, para bem poder inserir a problemática na superação do esquema sujeito-objeto pela hermenêutica jurídico-filosófica.

Dito de outro modo, trata-se de evitar ativismos,[109] necessariamente ligados a práticas discricionárias e/ou arbitrárias. Essa questão assume tama-

109 Embora essa questão perpasse a obra em todos os momentos, é importante lembrar, de todo modo, a diferença entre ativismo e judicialização ou judicialismo: um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (penso, aqui, no deslocamento do pólo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional, em face das peculiaridades já mencionadas, tanto no presente livro como em *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, op.cit). Questão complexa, evidentemente, é definir os limites entre ativismo e judicialização. Como bem explicitam *Vanice Regina Lírio do Valle* (org.), *Alexandre Garrido da Silva, Deilton Ribeiro Brasil, José Ribas Vieira, Marcus Firmino Santiago da Silva, Margarida Maria Lacombe Camargo, Rodrigo de Souza Tavares*, em brilhante pesquisa sobre essa problemática no Brasil (*Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*, Editora Juruá, 2009), "em um contexto no qual se intensifica o processo de uma das modalidades de ativismo judicial, o STF assume o importante protagonismo estratégico no sistema político brasileiro. A recente atuação dos tribunais no cenário político nacional determinou uma profunda alteração nos cálculos elaborados pelos diferentes atores políticos, institucionais ou não, para o arranjo, composição e consecução de seus objetivos, seja no tocante à adoção de políticas públicas, seja em relação à modificação das regras do jogo democrático. (...) Semelhante afirmação também é válida para a atuação do Poder Legislativo diante da eficácia expansionista dos direitos fundamentais apregoada e legitimada por um pretenso neoconstitucionalismo como a doutrina qualifica. (...) Esse processo de acomodação de vetores de poder e suas respectivas instâncias institucionais evidencia que – em que pese a predileção na produção doutrinária brasileira pelo neoconstitucionalismo – exsurge de recentes e emblemáticas decisões havidas na corte um uso seletivo das categorias atinentes ao neoconstitucionalismo que, ao menos, merecem maior visibilidade no desenvolvimento da fundamentação ali construída. Assim, a abertura à interpretação e a centralidade da jurisdição constitucional são traços que o STF adotou com braços abertos. Já a orientação à centralidade dos direitos fundamentais, a preocupação valorativa, não se identifica com tanta freqüência, ao menos como fio condutor do raciocínio jurídico desenvolvido. O que mais se vê é a presença de uma forte orientação pragmatista, articulada no bojo de um discurso a ampliar as competências de conhecimento, e com isso, de cunhagem de soluções normativas".
Os resultados da pesquisa apontam para o perigo de o ativismo jurisdicional estar abrindo caminho para um "governo de juízes". O alerta é absolutamente pertinente. O conjunto das decisões consideradas como as mais relevantes contém uma extrema dificuldade de delineamento acerca de quando o STF (e isso vale para os juízes e tribunais) está fazendo judicialização da política e quando está fazendo, por assim dizer, um ativismo *stricto sensu*. Daí a minha insistência: se o constitucionalismo – e não quero discutir, aqui, se as críticas feitas ao neoconstitucionalismo pelos autores é justa, correta ou adequada – proporciona essa "colonização" do mundo jurídico e, contingencialmente, em face das demandas sociais e o leque de direitos previstos na Constituição, estabelece-se em *terrae brasilis* uma espécie de inexorabilidade de intervenções por parte da jurisdição constitucional, é exatamente por isso que aumenta, sobremodo, a necessidade de estabelecermos controles efetivos das decisões judiciais. Vertical e horizontalmente, é preciso tratar dessa problemática, para que possamos, no mínimo, diferenciar ativismos de judicializações. Aqueles são

nha relevância que o jusfilósofo anti-ativista Cass Sunstein chega a fazer uma instigante indagação: e se a Suprema Corte for (ou fosse) conservadora? Penso que não é desarrazoado estender essa pergunta para qualquer país e para qualquer Tribunal Constitucional ou Tribunal Supremo que tenha a última palavra para dizer o que é a Constituição. Ou seja, quem aposta no ativismo corre(ria) o risco de que, aquele que vai dizer por último o direito, pode(ria) ter uma perspectiva diferente das expectativas dos atores jurídicos. Essa discussão também serve para que se desmi(s)tifique a (tradicional) frase de que "o Supremo Tribunal ou Suprema Corte tem o direito de errar por último". Como tais questões podem ser examinadas à luz da hermenêutica aqui trabalhada (hermenêutica filosófica com aportes da teoria narrativa-construtivista dworkiniana)? Em primeiro lugar, a discussão também pode demonstrar o caráter anti-relativista da hermenêutica, isto é, é possível mostrar que nem mesmo o Tribunal Supremo de um país possui discricionariedade – para não dizer "livre arbítrio" – para dizer o direito. Trata-se da discussão da legitimidade das decisões judiciais (teoria da decisão *stricto sensu*).

Sem pestanejar, a hermenêutica dirá para Sunstein que, em uma sociedade democrática e com instituições jurídicas consolidadas, mesmo que o Tribunal máximo queira, não poderá se colocar na contramão da legislação democraticamente produzida – com exceção das intervenções acerca da inconstitucionalidade de leis e das demandas por concretização, caso a caso, de direitos fundamentais. Ou seja, não se instaura um "conservadorismo" (sic) para o "bem ou para o mal", sendo que o mesmo se poderá dizer acerca de uma "posição que se coloque na antítese do conservadorismo" anteriormente mencionado, isto é, no caso de um "progressismo" para o "bem e para o mal"...! Esse controle hermenêutico das interpretações que o Tribunal Supremo faz – fiquemos com a hipótese explicitada por Sunstein – é tarefa da doutrina e da opinião pública. Trata-se de expectativas de significação atendidas/seguidas ou não pelo Tribunal. Trata-se de aferir se o Poder Judiciário (Tribunal Maior) está ou não dizendo "qualquer coisa sobre qualquer coisa".

Daí a máxima hermenêutica: no plano de uma teoria da decisão, nem mesmo o Tribunal encarregado de dizer o direito em *ultima ratio* pode decidir ao seu alvedrio. É evidente que, se o fizer, a decisão terá validade. Não é disso que se está tratando. O papel a ser jogado pela doutrina e pela Academia jurídica será a condição de possibilidade de realização desse controle. Em defi-

evitáveis (e a hermenêutica acredita poder estabelecer limites aos axiologismos e pragmatismos); estes, talvez não, em face da tradição que se estabeleceu a partir do segundo pós-guerra.

nitivo, também as Supremas Cortes devem obedecer a integridade, a coerência e a igualdade no trato das questões hermenêutico-aplicativas. Por isso, a pergunta "e se a Suprema Corte for conservadora" não deve ter importância no contexto de uma legitimidade do direito. É o mesmo que indagar: e se a Constituição não fosse democrática? A resposta óbvia seria: então não haveria jurisdição e tampouco produção democrática de direito.

Retornando: se o desafio de uma metódica jurídica, no interior desse salto paradigmático, tem sido "como se interpreta" e "como se aplica" o texto jurídico, as próprias demandas paradigmáticas do direito no Estado Democrático de Direito apontam para uma terceira questão: a discussão acerca das condições que o intérprete/aplicador possui para encontrar uma resposta que esteja adequada ao *locus* de sentido fundante, isto é, à Constituição. Enfim: a discussão acerca da teoria da decisão judicial. Quem está encarregado de interpretar a Constituição a estará concretizando, devendo encontrar um *resultado constitucionalmente justo* (a expressão é de Gomes Canotilho). E esse resultado deve estar justificado, formulado em condições de aferição acerca de estar ou não constitucionalmente adequado.

A decisão constitucionalmente adequada é *applicatio* (superada, portanto, a cisão do ato interpretativo em conhecimento, interpretação e aplicação), logo, a Constituição só acontece enquanto "concretização", como demonstrado por Friedrich Müller a partir de Gadamer. Isso porque a interpretação do direito é um ato de "integração", cuja base é o círculo hermenêutico (o todo deve ser entendido pela parte, e a parte só adquire sentido pelo todo), sendo que o sentido hermeneuticamente adequado se obtém das concretas decisões por essa integração coerente na prática jurídica, assumindo especial importância a autoridade da tradição (que não aprisiona, mas funciona como condição de possibilidade).

Não esqueçamos que a constante tarefa do compreender *consiste em elaborar projetos corretos*, adequados às coisas, como bem lembra Gadamer. Aqui não há outra "objetividade" além da elaboração da opinião prévia a ser confirmada. Faz sentido, assim, afirmar que o intérprete não vai diretamente ao "texto", a partir da opinião prévia pronta e instalada nele. Ao contrário, expressamente, coloca à prova essa a opinião prévia instalada nele a fim de comprovar sua legitimidade, aquilo que significa, a sua origem e a sua validade.

A decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do direito, a partir de uma detalhada fundamentação. Argumentos para a obtenção de uma resposta

adequada à Constituição (resposta correta) devem ser de princípio, e não de política. Dito de outro modo, não se pode "criar um grau zero de sentido" a partir de argumentos de política (*policy*), que justificariam atitudes/decisões meramente baseadas em estratégias econômicas, sociais ou morais.

Assim, seguem dois exemplos de respostas corretas e dois de respostas incorretas à luz da hermenêutica. Os casos examinados – se se acreditar que existem casos fáceis e casos difíceis – pode(ria)m ser classificados como "difíceis".

Com efeito:

CASO 1. A presunção da inocência como blindagem contra argumentos voluntaristas-axiologistas.

O recente julgamento da ADPF n. 144, que tratava das condições para que um candidato possa ser elegível, *é um interessante exemplo de resposta correta*. Com efeito, a pretensão da ADPF proposta pela AMB (Associação dos Magistrados do Brasil) era de que fossem levados em conta os antecedentes para a aferição dos critérios de (in)elegibilidade dos candidatos às próximas eleições municipais. Isto é, candidatos com condenações, mesmo que não transitadas em julgado, ou com processos por improbidade em curso, por terem "ficha suja", não poderiam receber o "sinal verde" da justiça eleitoral.

Por maioria de votos, o STF decidiu que o princípio da presunção da inocência não dava azo a outra interpretação que não a de que o critério final era, efetivamente, o trânsito em julgado de sentença condenatória. Vê-se, assim, que, não obstante os argumentos de política (e de moral) utilizados pela Associação dos Magistrados Brasileiros, com apoio na expressiva maioria da imprensa, o STF esgrimiu decisão contrária, exatamente com fundamento em argumentos de princípio (presunção da inocência).

Vingasse a tese da AMB, cada juiz eleitoral ou TRE criaria seu próprio regramento acerca dos limites de cada "ficha" do candidato. Afinal, quantos processos criminais o candidato deveria estar respondendo para ser inelegível? Bastaria uma condenação em primeiro grau para barrar a candidatura? Que tipos de condutas criminosas (tipos penais) levariam ao impedimento?

Ademais, atribuir às ações pendentes de recurso o efeito pretendido pela Associação dos Magistrados do Brasil significa romper com uma tradição jurisprudencial que relaciona a presunção da inocência ao trânsito em julgado das ações. Qual seria a razão para que, nessa hipótese, fosse diferente? Com Dworkin, poderíamos nos perguntar, qual razão de integridade justificaria tal incoerência? Neste caso, ao contrário, a possibilidade de controle político em eleições democráticas reforçaria a tese da impossibilidade de quebra dessa tra-

dição, não sendo possível falar em "cautela" e mitigação do princípio da presunção da inocência, a exemplo do que ocorre com a prisão cautelar.

Na verdade, a tese da AMB faria com que a sociedade ficasse a reboque de argumentações de caráter arbitrário ou casuístico, de índole subjetivista do Poder Judiciário, que, assim, propiciariam uma multiplicidade de respostas (multiplicidade aleatória em sede de equiparação indiferente de respostas, a título de indisfarçada e repudiável legitimidade "autêntica" da autoridade que as proferiu, alheia, portanto, ao conteúdo da decisão, de adequabilidade decidenda ao caso aferível em termos de razoabilidade interpretativa, suscetível, pois, de obtenção e verificação da respectiva resposta correta), gerando a inexorável quebra, não só da garantia principiológica da presunção da inocência, como também da garantia da igualdade. Também presente e visível aqui, o problema da discricionariedade judicial[110] e de como um caso difícil face ao ideário dos juristas, uma vez desvelado e submetido ao acontecer da Constituição, acaba se mostrando um caso "fácil". Por tais razões, argumentos de princípio, como bem diz Dworkin, mostram-se superiores aos argumentos fundados na moral individual ou coletiva ou de outros argumentos de política *lato sensu*.

A resposta a este caso, aliás, é oportuna ainda para demonstrar como os princípios apresentam uma dimensão material e não (somente) procedural. As teorias procedimentalistas e consensualistas poderiam avocar para si este "acerto", dizendo que o STF não fez mais do que respeitar o "devido processo" na escolha dos representantes do povo, abstendo-se o Judiciário de interferir na formação do "consenso" buscado através da eleição. Mas, ao julgar que juízes não podem decidir discricionariamente quem pode e quem não pode ser candidato a um cargo eletivo, a cúpula do Poder Judiciário não está apenas fazendo *self-restraining*, está sim assegurando o caráter deontológico substancial do próprio princípio democrático (art. 1º, parágrafo único, da CF). Como diz Laurence Tribe, as normas procedimentais têm raízes substanciais (*substantive roots of procedural norms*) e a fuga da substância é sem sentido (*the pointless fight from substance*).[111] Os juízes eleitorais, assim, não estão simplesmente "limitados a zelar pelo andamento do debate político" (que se resolveria no "processo"): estão, antes, substancialmente vinculados a não fazer intervenções indevidas no exercício do poder pelo povo – constitucionalmente garantido – realizando verdadeiras cassações de direitos políticos sem razão legal ou constitucional.

Isso deve(ria) ser especialmente claro em um país como o Brasil, em que há não muito tempo um Estado ditatorial cassava direitos políticos de cidadãos com base em um "ato institucional". Veja-se que, a prosperar a tese da AMB de barrar candidatos que respondem a processos criminais, a própria existência de denúncias poderia ser objeto de manipulação política, sendo previsível uma fabricação de acusações falsas com o objetivo único de banir adversários políticos. Qualquer tentativa semelhante – mesmo um ato legislativo – que interferisse na elegibilidade dos cidadãos para além das limitações expressas (art. 14, § 9º, da CF), como a de cassar direitos políticos sem o trânsito em julgado da sentença condenatória, seria derrubada por inconstitucional, e, claro, não por questões procedurais, mas pelo caráter deontológico que o princípio democrático assumiu no Brasil, e pela dimensão material de outros princípios da Carta, como o da presunção de inocência e o da igualdade. Trata-se de mais uma ilustração de como o constitucionalismo substancialista é mais adequado a países de modernidade tardia do que as teorias procedimentalistas.

CASO 2. A primeira aplicação, pelo Supremo Tribunal Federal, da proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*).

Nessa linha de análise de decisões adequadas e inadequadas, merece também registro o julgamento do RE nº 418.376 pelo Supremo Tribunal Federal, em que se discutiu a aplicação da extinção da punibilidade prevista no (atualmente derrogado[112]) art. 107, VII, do Código Penal. O julgamento do RE nº

110 Discricionariedade – repita-se - que, sob o pálio do paradigma da filosofia da consciência e, paripasso, no direito público, dá azo ao"paradigma" da competência (direito administrativo como lugar privilegiado), de acordo com o qual a moldura de possíveis decisões estaria já previamente absolvida na figura do agente público, ou, em tese geral, do intérprete, a enaltecer, portanto, a positivista e arraigada fórmula de Hart e Kelsen, cuja figura nuclear resulta indevidamente inserta na hermenêutica filosófica, como se esta fosse relativista. Aqui é o lugar, talvez, de se cogitar discussão no que tange à multiplicidade de respostas corretas no âmbito de prévia resolutividade dos problemas jurídicos, porquanto a inelutável irredutibilidade entre questão de fato e de direito, como tese consentida por Castanheira Neves, Ovídio B. da Silva e Lenio Streck, não pode(ria) presumir respostas corretas antes do surgimento da diferença ontológica entre texto e norma, quando o caso concreto, pela sua depuração processual, singulariza o evento e, somente então, *contempla a tese da decisão constitucionalmente adequada;* dizer que há resposta correta/adequada antes do caso concreto implica, a nosso ver, o reprovável reducionismo entre casos fáceis, de mecânica e idêntica resolução – na esteira de enunciados do tipo "dispositivo claro e inequívoco" e "indeterminado e aberto" – dos casos difíceis, nos quais ocorre a indevida isenção de responsabilidade hermenêutica no ato de decidir).

111 Tribe, Laurence. *Constitutional Choices*. Cambridge: Harvard, 1985, cap. 2, pp. 9-20.
112 A Lei n. 11.106/05 revogou os dois incisos do art. 107 do Código Penal.

418.376 possui uma importância simbólica ímpar, porque trata da primeira aplicação do princípio da proibição de proteção insuficiente/deficiente (*Untermassverbot*), constante do voto do Ministro Gilmar Mendes. O art. 107, VII, extinguia a punibilidade dos chamados crimes contra os costumes definidos nos Capítulos I, II e III, do Título VI da Parte Especial do Código Penal (estupro, atentado violento ao pudor, sedução, rapto, corrupção de menores, posse sexual e atentado ao pudor mediante fraude) na hipótese de casamento da vítima com o réu. Já o inciso VIII estabelecia a extinção da punibilidade inclusive em caso de casamento da vítima com terceiros.

O recurso extraordinário em questão dizia respeito a um crime de estupro praticado contra menina de 11 anos de idade (os atos libidinosos iniciaram aos 9 anos, consumando-se o estupro aos 11). Absolvido em primeiro grau, foi condenado em segundo grau no Estado de Mato Grosso do Sul. Consequentemente, em face do dispositivo da Constituição (art. 226, § 3º) que equiparou a união estável ao casamento, o recorrente buscou a extensão do favor legal, já que vivia concubinamente com a vítima desde os 9 anos de idade e a lei penal, vigente à época, permitia a extinção da punibilidade em caso de "casamento" da vítima com o ofensor.[113]

O *hard case* a ser examinado aqui se consubstancia, desse modo, a partir da relevante circunstância de que, até então os Tribunais brasileiros vinham estendendo o favor *legis* aos casos de concubinato e união estável, a partir de uma interpretação analógica, valendo lembrar, nesse sentido, o julgamento do *RHC 79788-MG*[114] e do *HC 89.938-SP*[115] pelo Supremo Tribunal Federal e o *RESP 2006/0044469-3*[116] pelo Superior Tribunal de Justiça, lembrando, ademais, que os demais Tribunais – na esteira da doutrina penal uníssona – aplicavam o mesmo entendimento, modo tabula rasa. Releva registrar, por outro lado, que a posição do Ministério Público brasileiro, com raríssimas exceções, perfilhava o mesmo entendimento, o que pode ser observado pelo parecer emitido pela Procuradoria Geral da República, sustentando, no mérito, que o recorrente deveria ser beneficiado pela extinção da punibilidade. O parecer não adentrou na discussão da possível inconstitucionalidade da extinção da

113 O acórdão foi assim ementado: Recurso Extraordinário. Estupro. Posterior convivência entre autor e vítima. Extinção da punibilidade com base no art. 107, VII, do Código Penal. Inocorrência, no caso concreto. Absoluta incapacidade de autodeterminação da vítima. Recurso desprovido.

114 Relator: Min. Nelson Jobim, Julgamento: 02/05/2000.

115 Relator Min. Sepúlveda Pertence, julgamento 14/11/2006.

116 Relator: Ministro Gilson Dipp, Julgamento: 12/06/2006.

punibilidade de um crime hediondo em face do casamento da vítima com o acusado ou com terceiros.

Três posicionamentos se formaram na Suprema Corte: o primeiro sustentava a aplicação do dispositivo por interpretação analógica, dando-lhe, assim, o máximo de eficácia. Nesse sentido, os votos dos Ministros Marco Aurélio[117] (Relator), Celso de Mello e Sepúlveda Pertence.

A segunda posição, defendido pela maioria (Ministros Joaquim Barbosa, Eros Grau,[118] Cesar Peluso e Ellen Gracie), entendeu que as circunstâncias do fato (estupro de uma menina de 11 anos) impediam a concessão do favor legis, não podendo ser aplicada a interpretação jurisprudencial que estendia – à época do fato – o conceito de "casamento" para os casos de concubinato e união estável.

Tratando-se de jurisdição constitucional – e cada decisão, mormente da Suprema Corte, é sempre uma decisão desse jaez – apenas a terceira posição feriu a contradição principal do problema, ao colocar em xeque a *própria validade do dispositivo autorizador da extinção da punibilidade*, e o fez lançando mão, pela primeira vez no Supremo Tribunal Federal, da garantia principiológica *de que nenhuma lei pode proteger de forma deficiente* a um direito fundamental (entificada minimamente como "princípio da proibição de proteção insuficiente ou *Untermassverbot*). O voto que consubstanciou essa terceira posição – que pode ser considerada como a "resposta adequada à Constituição (ou, se assim se quiser, a resposta correta) – foi da lavra do Min. Gilmar Mendes, sustentando que, ao se aceitar a extinção da punibilidade em face do *favor legis* previsto na norma penal, "estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de *proteção deficiente* por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico. (...) A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da pro-

117 Consoante se depreende do voto do Min. Marco Aurélio: "Ocorreu, no ano passado, retrocesso normativo ao se alterar o Código Penal para expungir a extinção da punibilidade, em caso de estupro, tendo em vista o casamento".

118 Vale referir parte do voto do Min. Eros Grau: "não me impressiono com os argumentos relativos à família, eis que, de acordo com a minha compreensão, família que começa com uma vuiolência contra uma menina de 9 anos – e aparentemente prossegue com mais violência ainda – não é seguramente, a família da qual nasce a sociedade civil e depois se realiza, como supra-assunção no Estado. Nem ela é, na minha pré-compreensão, a família que deve ser preservada a partir dos valores constitucionais".

teção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental (...)."[119] Dessa forma, disse, "para além da costumeira compreensão do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (já fartamente explorada pela doutrina e jurisprudência pátrias), há uma outra faceta desse princípio, a qual abrange uma série de situações, dentre as quais é possível destacar a dos presentes autos. Conferir à situação dos presentes autos o *status* de união estável, equiparável a casamento, para fins de extinção da punibilidade (nos termos do art. 107, VII, do Código Penal) não seria consentâneo com o princípio da proporcionalidade no que toca à proibição de proteção insuficiente".

Embora o julgamento não tenha adentrado na discussão *stricto sensu* da inconstitucionalidade dos dispositivos do Código Penal (arts. 107, VII e VIII) que extinguiam a punibilidade do crime de estupro e atentado violento ao pudor pelo casamento da vítima com o agressor ou com terceiros, a decisão representou uma viravolta na posição jurisprudencial que vinha sendo adotada. Dito de outro modo, embora o Supremo Tribunal Federal tenha pontificado a questão do caso concreto, abre-se, a partir da decisão, a possibilidade de sindicar a constitucionalidade de leis penais por vício de proteção insuficiente, como se verifica no voto do Min. Gilmar Mendes.

O julgamento em tela demonstra, pois, a importância de não se conformar com a "suficiência ôntica" proporcionada por uma regra, mesmo quando se tratar de direito penal. Exsurge igualmente a importância de o Judiciário decidir a partir de argumentos de princípio e não por argumentos pragmáticos/finalísticos, uma vez que, enquanto aqueles tem um caráter de abrangência para toda a sociedade (da decisão será possível igualmente extrair um princípio, cuja aplicação em casos posteriores terá como primado a igualdade) e estes sempre correm o risco de permitir raciocínios *ad hoc*, nem sempre condizentes com a integridade e no mais das vezes aplicados de forma não coerente, obnubilando as especificidades dos demais casos que engendraram/possibilitaram a construção da decisão.

Por outro lado, o caso *sub* análise nos permite entender melhor como a Constituição é o *locus* que propicia a resposta correta (adequada), mormente porque os votos que afastaram a regra estipulativa do *favor legis* apenas o fizeram *para aquele caso*, o que, no entanto, não é suficiente quando se está diante da própria inconstitucionalidade do texto jurídico.[120] Explicando melhor: se o art. 107, VII, do Código Penal, já não estivesse revogado, a sua validade constitucional por certo não seria questionada[121] – e é nesse sentido que assume maior relevância o voto do Min. Gilmar Mendes, acompanhado, *lato sensu*, pelo Min. Ayres Brito.

119 O voto refere doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet, in: Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p. 107 e de Lenio Luiz Streck, in: A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Ano XXXII, nº 97, março/2005, p. 180.

CASO 3. O caso Elwanger ou "de como não havia nada a ponderar".

No julgamento do HC 82424, em 17/09/2003 (publicação no DJ de 19/03/2004), o Plenário do STF corretamente negou pedido de declaração da extinção da punibilidade em favor de Siegfried Ellwanger, acusado de crime de discriminação e preconceito contra judeus. Ellwanger era responsável pela edição, distribuição e venda de livros anti-semitas de sua própria autoria (*Holocausto: Judeu ou Alemão? – Nos bastidores da mentira do século*) e de outros autores nacionais (*e. g.*, *Brasil, Colônia de Banqueiros*, de Gustavo Barroso) e estrangeiros (*e. g.*, *O Judeu Internacional*, de Henry Ford). Foi dado como incurso no art. 20 da Lei n. 7.716/89, ainda com a redação dada pela Lei 8.081/90 ("*Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional. Pena: reclusão de dois a cinco anos*"). Foi absolvido em primeiro grau, e condenado em apelação, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Perante o Supremo, a defesa argüiu que o fato imputado contra o paciente prescreveu, uma vez que a discriminação contra judeus – ao contrário da discriminação de cor – não seria

120 Fosse a decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido da inconstitucionalidade – no caso, não recepção do dispositivo do Código Penal – não se dispensaria a aplicação do art. 52, X, da Constituição, eis que (um)a decisão em sede de Recurso Extraordinário não pode ter efeito erga omnes gerado automaticamente.

121 Na mesma linha da vedação da proteção insuficiente encontramos o art. 225, do Código Penal, pelo qual os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, como regra, serão de iniciativa privada na persecução penal (art. 225). Se a vítima for pobre ou se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador, a ação será pública (sendo condicionada à representação no primeiro caso). Na hipótese de emprego de "violência real", a jurisprudência (Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal) entende que a ação será pública incondicionada. Uma pergunta, porém, deve hoje ser feita: com o advento da Lei dos Crimes Hediondos, a representação de que trata o art. 225, § 2º, ainda é exigível? Pode um crime hediondo ser de ação privada ou condicionada à representação? Isso necessariamente nos leva à discussão da (in)constitucionalidade do dispositivo do Código Penal (art. 225) que remete os crimes de estupro e atentado violento ao pudor ao rol de delitos em que se atua através de ação penal privada, colocando-se como exceção a ação penal pública.

protegida pela imprescritibilidade constitucional do crime de racismo (CF, artigo 5º, XLII).

De início, o Relator, Min. Moreira Alves, votou pelo deferimento do HC, sustentando que os judeus não poderiam ser vítimas de racismo, por não constituírem uma raça ("Não sendo, pois, os judeus uma raça, não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo, e, assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado"). Baseou seu voto (constitucionalmente inadequado) em argumentos de política, principalmente na justificativa dada pelo autor da emenda aditiva que introduziu o dispositivo da imprescritibilidade na Assembléia Constituinte, Carlos Alberto Caó, tradicionalmente ligado a movimentos negros e que, à toda evidência, pretendia unicamente combater o racismo contra negros no país.

Coube ao Min. Maurício Corrêa inaugurar a divergência que sairia vencedora, apontando o óbvio: o nazismo que permeava as obras publicadas por Ellwanger era fundado essencialmente em uma superioridade de raça. Hitler, com embasamento pseudocientífico nas idéias de Gobineau (1816-1882), tratava os semitas como uma *raça inferior, impura* e outras coisas do gênero. Na Alemanha nazista, o povo judeu passou a ser tratado como sub-raça, e eram essas as opiniões que Ellwanger professava por aqui. Assim, quase sem querer, o Min. Corrêa recolocou a questão em seu devido lugar: o critério de racismo não pode se fundar apenas em um conceito lexicográfico de *raça*, e a raça, para fins de proteção jurídica, não se limita a uma semelhança de características físicas, como a cor da pele. Ainda que o Ministro não tenha fundamentado desta forma, trata-se de uma *contextualização da tradição*: a história do século XX – com a perseguição anti-semita e o holocausto – importa nessa análise. E, acrescento, resgata os *argumentos de princípio*, uma vez que a erradicação das discriminações e preconceitos é um objetivo da República (art. 3º, IV, da CF), o que tem caráter deontológico.

Veja-se que, muito embora tenha sido objeto de inúmeros debates e tenha rendido uma longa discussão na Suprema Corte (o acórdão tem não menos que 488 laudas!), a solução da controvérsia era na verdade constrangedoramente simples. Contudo, o caso é ainda mais oportuno para ilustrar como é falsa outra dicotomia dos assim-chamados *hard cases*. Após intervenção do Min. Sepúlveda Pertence no julgamento, o Tribunal passou a discutir se a publicação das obras anti-semitas estava ou não abrigada pela liberdade de expressão (art. 5º, IV, da CF). O Min. Celso de Melo, em que pese tenha admitido que, em certos casos, há conflitos de direitos que devam ser resolvidos por ponderação, *desta vez sustentou acertadamente que nada havia a ponderar*, pois a liberdade de manifestação de pensamento simplesmente não abarca a

liberdade de manifestar um pensamento racista. E ponto. Na seqüência, o Min. Gilmar Mendes lembrou outra obviedade: as sociedades democráticas não conferem direitos de expressão aos discursos de ódio (*hate speeches*), pela singela razão de que tais discursos comprometem a própria democracia.

A "ponderação" de princípios em supostos *hard cases*, porém, seguidamente leva a conclusões inadequadas. O Min. Carlos Ayres Britto, após ver no caso uma "contradição entre princípios jurídicos", com "modelos normativo-principiológicos em estado de fricção e que chegam a descambar para uma recíproca excludência", entendeu, por juízo de "proporcionalidade", que os fatos atribuídos a Ellwanger eram penalmente atípicos, frente à liberdade de expressão. O Ministro votou por *absolver* o paciente (embora esse não fosse sequer o pedido do HC, limitado ao reconhecimento da prescrição do delito). O Min. Marco Aurélio igualmente colocou a liberdade de expressão e a vedação ao racismo na balança, e, ao fazer a ponderação dos valores em jogo (inclusive com citação expressa de Alexy e referência ao caso Lüth, julgado pelo Tribunal Constitucional da Alemanha em 1958 e tido como pioneiro na ponderação de princípios), concluiu pela primazia da liberdade, verbis: "A ninguém é dado o direito de arvorar-se em conhecedor exclusivo da verdade. Nenhuma idéia é infalível a tal ponto de gozar eternamente do privilégio de ser admitida como verdadeira". Assim, apesar de reconhecer como claro que "o autor tem uma idéia preconceituosa acerca dos judeus" e que a versão de Ellwanger para os fatos históricos seja "deturpada, incorreta e ideológica", o resultado da "ponderação" feita pelo Min. Marco Aurélio foi "a inexistência da prática de racismo", com o que também ele votou por deferir o remédio.

Como já foi adiantado, o HC acabou denegado,[122] o que configurou uma *decisão constitucionalmente correta*. Contudo, os votos vencidos, todos embasados ou em argumentos de política (voto do relator, Min. Moreira Alves) ou em juízos de ponderação (votos dos Ministros Marco Aurélio e Ayres Britto), bem demonstram os perigos que se corre com a teoria da argumentação alexyana. O recurso ao relativismo ponderativo obscurece o valor da tradição como guia da interpretação, isto é, a ponderação acaba sendo uma porta aberta à discricionariedade. O "pendor da balança" em pretensos conflitos de direitos pode acabar por reconhecer direito onde direito não há, como na edição de obras evidentemente racistas. Tanto não há liberdade de expressão na

122 Além dos já mencionados Ministros Maurício Corrêa, Celso de Melo e Gilmar Mendes, também votaram pela denegação os Ministros Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence.

veiculação de idéias racistas em livros que, desde a Lei 9.459/97, a discriminação ou preconceito "cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza" configura, na verdade, a *forma qualificada* do delito do art. 20 da Lei n. 7.716/89. Onde o direito brasileiro vê um crime *mais grave* – porque evidentemente atentatório a um dos principais objetivos da República e à própria dignidade humana como direito fundamental –, um misto de relativismo axiológico e ponderação principiológica pode até mesmo enxergar um fato atípico.

CASO 4. A produção antecipada de prova e o indevido protagonismo judicial.

Como terceiro exemplo – e o primeiro como "resposta incorreta/inadequada" – trago à colação decisão do Supremo Tribunal Federal que, por uma de suas Turmas, por maioria de votos, indeferiu *habeas corpus* (nº 93.157, 23.09.2008) em que se alegava falta de demonstração da urgência na produção antecipada de prova testemunhal de acusação, decretada nos termos do art. 366[123] do Código de Processo Penal, ante a revelia do paciente/réu. O STF deixou assentado que *a determinação de produção antecipada de prova está ao alvedrio do juiz, que pode ordenar a sua realização se considerar existentes condições urgentes para que isso ocorra.* O Min. Ricardo Lewandowski votou vencido, concedendo a ordem, porque vislumbrou ofensa ao dever de fundamentar as decisões judiciais e às garantias do contraditório e da ampla defesa,[124] uma vez que a decisão que determinou a produção de prova esteve "fundamentada" tão somente no fato de o paciente não ter sido localizado (nas palavras do Ministro, "a decisão fora determinada de modo automático"). Aqui, *a resposta adequada à Constituição é a do voto vencido.* Os votos majoritários apenas fortalecem o protagonismo judicial, apostando na "boa escolha" – discricionária – do magistrado. A se entender como correta a decisão, estar-se-á entendendo que o próprio dispositivo "carrega" consigo todas as futuras hipóteses de aplicação. É como se a lei tivesse autonomia significativa. Ou seja, o ponto fulcral reside na resoluta conformação hermenêutica de uma qualquer

123 Art. 366 do CPP: "Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, *podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes* e, se for o caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do art. 312".

124 Observe-se como Lewendowski estabelece, adequadamente, a discussão, ao invocar o dever de fundamentar as decisões judiciais, as garantias do contraditório e da ampla defesa, sem a necessidade de "conceituá-las" como princípios, o que bem demonstra a possibilidade de tratar daquilo que sustenta as regras do Código de Processo Penal discutidas na especificidade do caso em julgamento.

decisão ao encargo de quem aplica o direito, como se a urgência, em sendo de qualquer modo consentida ou rechaçada no caso concreto, estivesse blindada de qualquer reexame, como se conceitos pretensamente vagos ou indeterminados fossem impossibilitados de análise diante da exigibilidade da resposta adequada. A decisão majoritária é incorreta por conta de sua contradição, eis que ela não discorda do posicionamento do voto vencido, senão o confirma, eis que a aferição das "condições existentes" exige a minuciosa análise do caso concreto; neste caso, não se poderia presumir a inexistência desta condição pelo fato de o paciente não ter sido localizado. O dever de fundamentação não pode ser interpretado, como o fez o voto vencedor, como um suporte simplista em que a condição de existência suplante o exame da validade do ato fundamentado.

Dito de outro modo, quando a lei estabelece que o juiz pode determinar *a produção antecipada das provas consideradas urgentes*, sua decisão deverá estar fundamentada/justificada com todos os detalhes, além de passar pelo crivo do contraditório e da ampla defesa, como bem frisou o voto vencido. Além disso, a urgência deve ser considerada levando em conta toda a história institucional das decisões anteriores que tratam dessa temática, respeitando a coerência e a integridade. "Provas consideradas urgentes" não é um enunciado assertórico. E nem existe uma isomorfia entre as palavras da lei e os casos aos quais se refere. A "proposição jurídica" só terá sentido em cada caso concreto. A aplicação automática do dispositivo (tabula rasa) abre espaço para a decisão que o juiz julgar mais conveniente. E isso é reforçar o "subjetivismo/discricionarismo" dos juízes.

Lembremos, por relevante, que a fundamentação/justificação/motivação das decisões é um direito fundamental do cidadão (aliás, assim considerado pelo TEDH; Sentenças de 9.12.1994 – TEDH 1994, 4, Ruiz Torija e Hiro Balani-ES, parágrafos 27 e 29; de 19.02.1998 – TEDH 1998,3, Higgins e outros – Fr, parágrafo 42; e de 21.01.99 – TEDH 1999,1, Garcia Ruiz-ES. No mesmo sentido, ressalte-se a posição do Tribunal Constitucional da Espanha (sentença 20/2003, de 10 de febrero).

Aliás, contra a decisão do Supremo Tribunal Federal ora sob comento, pode ser esgrimido voto do Min. Gilmar Mendes no MS 24.268/04, em que o Ministro promove uma autêntica homenagem ao princípio do contraditório com base na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, demonstrando que a pretensão à tutela jurídica corresponde à garantia consagrada no art. 5º, LV, da CF,[125] contendo os seguintes direitos:

125 Sobre o princípio do contraditório e sua importância no Estado Democrático de Direito, consultar Nunes, Dierle. *Processo Jurisdicional Democrático, op. cit.*

a) direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar a parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
b) direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defensor a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;
c) direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas. O mesmo voto do Min. Gilmar Mendes incorpora, ainda, a doutrina de Dürig/Assmann, ao sustentar que o dever de conferir atenção ao direito das partes não envolve apenas a obrigação de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmeplicht*), mas também a de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungsplicht*).

Assim, quando se diz que o juiz "poderá fazer algo" é o mesmo que dizer que o juiz "deverá em determinadas situações concretas fazer algo". A tese da discricionariedade é um reflexo da constatada impossibilidade de a lei prever todas as possibilidades de sua aplicação e, ao mesmo tempo, da não constatação de que as situações concretas são determinantes para a adequação da resposta. Neste caso, é importante que se diga que a situação concreta não é um álibi para que uma norma não seja aplicada, sendo imprescindível, sob pena de também violar o princípio da fundamentação das decisões, aquela justificação que se limita a dizer que a decisão foi tomada de uma forma e não de outra "face às peculiaridades do caso concreto". Quais peculiaridades? Quais princípios tais peculiaridades evocam? Quais os casos em que essa peculiaridade é observada em um sistema complexo que envolve normas e precedentes? Desse modo, assim como os princípios foram alçados à condição de norma para "salvar" a racionalidade moral prática, fechando as possibilidades interpretativas, o caso concreto também é convocado para reduzir a discricionariedade, e não o contrário.

CASO 5. Interesse público versus interesse particular? O direito (fundamental) à desistência de recurso ou de como o Superior Tribunal de Justiça não pode negar a aplicação de uma lei sem fazer jurisdição constitucional.

A busca por efetividades quantitativas vem transcendendo a legislação, como se pode ver pela decisão – incorreta – prolatada pelo Superior Tribunal

de Justiça no dia 17 de dezembro de 2008, em julgamento por afetação ao Plenário dos RESP ns. 1058114 e 1063343. Na ocasião, aquele Órgão Especial, por maioria de votos, decidiu *que as partes não podem desistir do recurso especial depois de ele te sido afetado para julgamento por meio da Lei de Recursos Repetitivos* (art. 543-C do CPC), *instruído* e colocado na pauta do tribunal.

A matéria constante da decisão tem relação direta com o artigo 501 do Código de Processo Civil, que, ao contrário do decidido, assegura ao recorrente, *a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido* ou dos litisconsortes, desistir *do recurso*. Eis o debate. Um dos argumentos vencedores pautou-se nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, verbis: "não é razoável que se desista da ação nesse estágio, assim como não há direitos absolutos". Na mesma linha, a maioria sustentou que, se o STJ acolhesse o pedido de desistência, em face da repercussão que cada julgamento afetado pela Lei dos Recursos Repetidos possui, estar-se-ia "fazendo o interesse particular prevalecer sobre o público".

De ressaltar, desde logo, que a decisão do STJ nitidamente descaracteriza o instituto do recurso especial, ou seja, como forma de impugnação de decisões dando prolongamento ao processo, por disposição dos diretamente interessados, as partes, *transformando-o, a partir da sua interposição, em um processo quase objetivo, no que diz respeito não apenas àquele processo mas aos efeitos nos outros*. Ora, as partes não têm legitimidade para discutir algo como "a aplicação da lei em tese", ou seja, acerca de quais seriam as aplicações que, em princípio, uma lei teria para além do caso. Veja-se: as partes no recurso não *representam nem substituem a sociedade; estão ali na defesa dos seus direitos, elas não foram eleitas por ninguém...* E se aquela decisão pode vir a afetar outros processos em razão de uma suposta eficácia erga omnes, o que ocorre é a violação do devido processo, do contraditório, da ampla defesa em relação aos demais.

Em outras palavras, o que fica claro nessa decisão do STJ é que o Recurso Especial, agora, mais do que nunca, não "pertence" às partes; não "serve" às mesmas, mas apenas (ou quase tão somente) ao "interesse público", que, convenhamos, não passa de uma expressão que sofre de "anemia significativa", nela "cabendo qualquer coisa", mormente se for a partir do "princípio" da razoabilidade, álibi para a prática de todo e qualquer pragmatismo. Assim decidindo, o STJ quis transmitir-nos o seguinte recado: se o recurso não serve às partes, mas a um interesse "maior", "transcendente", nada mais "natural" (sic) que o recorrente não possa dele desistir, já que (seu recurso) está sendo utilizado para um "bem maior" (mais uma vez aqui as velhas "razões de Estado"....). Em linha divergente, penso que o Tribunal se equivoca, pois se

considerarmos que, com a figura da reunião de recursos "idênticos" o que se tem é um 'litisconsórcio por afinidade' (a expressão é de Fredie Didier), o que temos aí *é mais um argumento para mostrar que a decisão fere, também por esse viés, o art. 501 do CPC.*

Reitere-se: a desistência do recurso, nos moldes do art. 501, CPC, constitui ato unilateral do recorrente que, na dicção do CPC, independe da anuência da parte contrária ou do juízo. Se a parte desistir, não há recurso. Simples, pois. É nesse ponto que reside a autonomia que as partes possuem na relação processual. Parece não restar dúvida de que a Constituição garante a "disponibilidade" de recursos que tratam de relações que só as partes dizem respeito. E não se diga que tudo "acaba sendo público", ou que "tudo é interesse público"...! A questão não é tão simples assim. Continua a haver uma nítida diferença entre processo civil e processo penal. Frise-se: aquilo que sempre se denominou de "autonomia privada" – e que, mesmo com redefinições à luz do Estado Democrático de Direito, continua tendo um forte caráter de "autonomia privada" – cada vez mais vem sendo erodida por atitudes pragmatistas do Poder Judiciário, sendo que, em determinados casos, essa fragilização advém do próprio legislador, valendo referir o art. 461, § 4º, do CPC, que faculta ao juiz o estabelecimento de uma multa por descumprimento de uma obrigação de fazer, "independentemente de pedido do autor". Não podemos esquecer que a técnica de "abdução de processos" (art. 543-C do CPC) não permite uma participação efetiva dos interessados, eis que os "recursos representativos da controvérsia" serão escolhidos (separados) pelo Poder Judiciário à jusante e à vazante, sem que se levem em conta as especificidades/peculiaridades das causas. Isto é, as mais diferentes argumentações – consistentes ou não – esgrimidas pelas partes acabam sendo colocadas em um mesmo patamar. E o resultado dessa "abdução" acabará por atingir esse disperso e complexo universo de interesses jurídicos. A parte, na verdade, perde a sua "qualidade de parte", porque deixa de poder influir no resultado final. Em outras palavras: a partir dessa técnica de "abduzimento" os Tribunais Superiores já não julgam todos os recursos (quer dizer, causas); na verdade, examinam a pertinência de "temas", uma vez que as causas são transformadas em "conceitos".

Numa palavra: a decisão do STJ, negando validade ao art. 501, acaba fragilizando um instituto que constitui um dos baluartes do processo no Estado Democrático (veja-se o perigo de uma "estatização processual"). Para utilizar um dos argumentos do STJ, não parece razoável utilizar a tese da "prevalência do interesse público" para alterar *o instituto da desistência.* Cria-se uma exceção interpretativa, uma ficção jurídica, além de se aumentar o grau de com-

plexidade normativa na utilização da sistemática processual, para se resolver um problema pragmático do Tribunal Superior na utilização da técnica.[126] Trata-se de discutir, fundamentalmente, qual é o papel das partes no processo em tempos de Estado Democrático de Direito e qual é o papel do Poder Judiciário. Processos servem para discutir a interpretação da lei para o restante da sociedade? Está o Judiciário autorizado a praticar ativismos a ponto de se substituir ao legislador?

Tudo isso nos leva a um outro ponto que não pode deixar de ser assinalado, sob pena de esquecermos o valor da Constituição. Explico: em nenhum momento, a questão da jurisdição constitucional foi trazida à discussão no aludido julgamento. Sim, porque para que, *in casu*, o art. 501 do CPC não fosse aplicado, haveria (e há) apenas uma solução: a sua nulificação, ou seja, a retirada de sua validade (*no todo ou em parte*), o que só pode ser feito por intermédio de controle de constitucionalidade, nos termos do art. 97 da CF (despiciendo lembrar que também o STJ faz controle difuso de constitucionalidade, devendo seguir as regras do art. 97, como qualquer outro Tribunal da República). *É só assim que, em uma democracia, um Tribunal pode deixar de aplicar uma lei.*

Dito de outro modo: o acentuado grau de autonomia alcançado pelo direito e o respeito à produção democrática das normas faz com que se possa afirmar que *o Poder Judiciário somente pode deixar de aplicar uma lei ou dispositivo de lei nas seguintes hipóteses*:

a) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade *stricto sensu*) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado;
b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitu-

126 Sobre os novos contornos do processo no Estado Democrático de Direito, permito-me remeter os leitores às seguintes obras, indispensáveis para uma adequada compreensão dessa fenomenologia: Bahia, Alexandre Gustavo Melo Franco. Os Recursos Extraordinários e a Co-originalidade dos Interesses Público e Privado no interior do processo: reformas, crises e desafios à jurisdição desde uma compreensão procedimental do estado democrático de direito. In: Cattoni, Marcelo A.; Machado, Felipe (coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro.* Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 366; Nunes, Dierle, Processo *Jurisdicional Democrático.* Curitiba, Juruá, 2008; TV. Corte Especial do STJ nega desistência de recurso, in www. Jusnavegandi. com.br e Cattoni, Marcelo. *Jurisdição e hermenêutica constitucional.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2004; Cordeiro Leal, André. *Instrumentalidade do processo em crise.* BH, Mandamentos, 2008.

cional, pois, v.g., a lex posterioris, que derroga a lex anterioris, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes;

c) quando aplicar a interpretação conforme à Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Neste caso, o texto de lei (entendido na sua "literalidade") permanecerá intacto; o que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado a Constituição;

d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto na interpretação conforme há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto ocorre uma *abdução* de sentido;

e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo.

Fora dessas hipóteses, o Poder Judiciário estará se sobrepondo à legislação produzida de acordo com a democracia representativa. Assim, *para negar validade a um dispositivo do CPC* – e, reconheçamos, foi o que, efetivamente, o órgão Especial do STJ fez – o Poder Judiciário deve fundamentar essa nulificação constitucionalmente (afinal, quantos preceitos/princípios constitucionais foram afetados por essa decisão?). Dizendo de outra forma: ou a lei vale ou não vale, *no todo em parte*; ou, ainda, a lei só vale no (novo) sentido que lhe é dado em conformidade com a Constituição (seja por um *maius*, seja por um *minus* de sentido – p. ex., seria o caso de dizer, fundamentadamente, que o dispositivo do art. 501 do CPC só é constitucional se entendido no sentido de, nos casos de recursos afetados ao plenário...etc; *claro que, ao que tudo indica, a argumentação esbarraria na própria Constituição ou da falta da devida parametricidade*); ou, por último, sua validade é alterada em face de outra lei, que lhe é superior ou especial, aplicando-se, então, os critérios para a resolução de antinomias (de todo modo – e temos que nos acostumar com isso – sempre se estará, de um modo ou de outro, em face *de um ato de jurisdição*

constitucional).[127] Ou isso, ou teremos que admitir que *a)* o Judiciário constrói leis; *b)* a elas se sobrepõe e *c)* as revoga.

Mas, acrescente-se, não se está aqui a fazer uma ode formalista em favor de uma lei (no caso, o CPC). A questão é bem mais complexa, porque diz respeito ao debate contemporâneo entre democracia e constitucionalismo e ao dilema que dele se extrai: *como controlar o poder de quem decide, para, com isso, evitar que o Judiciário atropele as decisões da vontade geral*. Isso significa dizer que não é apenas a lei que "segura" o direito de as partes desistirem do recurso; é o papel do processo civil (e das partes) no Estado Democrático de Direito que aponta na direção dessa autonomia de desistir a qualquer momento. Ou seja, mesmo que se faça uma lei "incorporando" a nova decisão do STJ, ainda assim será difícil compatibilizá-la com a Constituição. "Legalidade" significa, assim, nesse caso, "constitucionalidade".[128]

Dito de outra maneira, motivações teleológicas (e pragmatistas) surgirão para justificar a decisão sob comento.[129] Talvez até se diga que houve "mutação legal" (sic) ou que não é razoável que as partes "disponham" do recurso (que elas interpuseram...). O que não se pode fazer é solapar a lei mediante a utilização de argumentos que, nem de longe, aproximam-se daquilo que Dworkin denomina de "argumentos de princípio". E é por tais razões que a posição assumida pelo Superior Tribunal de Justiça, negando validade e/ou alterando o art. 501 do CPC, deve – e deve – ser epitetada de *incorreta* ou *constitucionalmente inadequada*.

CASO 6. A aplicação da interpretação conforme (verfassungskonforme Auslegung) para garantia do direito à ampla defesa e da igualdade.

O Código de Processo Penal passou por uma mini-reforma no ano de 2008. A toda evidência, uma dos aspectos que mais chamou a atenção da

127 Despiciendo referir que a inconstitucionalidade não é a única justificativa para que o STJ deixasse de aplicar o 501 do CPC, já que poderíamos estar diante de uma regra derrogada face a uma outra mais nova e específica. Mas, no exemplo em discussão, não é o caso de revogação por outra lei e tampouco se está diante de lei especial com esse condão.

128 De registrar que, antes da discussão acerca das conseqüências aplicativas do art. 543-C, o Poder Judiciário deveria questionar a própria constitucionalidade desse dispositivo, ao permitir o julgamento de recursos por amostragem, o que contraria todas as teses da teoria do direito que tratam da concretização normativa. Em síntese, o Poder Judiciário, face à nova regelação dos recursos, passou a examinar teses jurídicas e não mais casos e causas.

129 Mas, apesar de tudo isso, penso que a decisão em tela assume ainda maior relevância em face de seu conteúdo simbólico (no sentido de Castoriadis e Lacan). A pergunta que fica é: quais são os limites da interpretação do direito? E quais são os limites dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade? Seriam tais princípios álibis para o exercício de arbitrariedades hermenêuticas?

comunidade jurídica foi a alteração produzida no artigo 396, a partir da qual, a pretexto de atender as antigas demandas em relação à "formação do processo", criou-se uma "duplicidade" de momentos para o recebimento da denúncia ou queixa. Com efeito, antes da mini-reforma, a matéria era disciplina pelo art. 394, *verbis*:

> "O juiz, ao receber a queixa ou denúncia, designará dia e hora para o interrogatório, ordenando a citação do réu e a notificação do Ministério Público e, se for caso, do querelante ou do assistente".

Assim, uma vez recebida a denúncia, o acusado tinha o direito de apresentar defesa prévia (previsão do antigo artigo 396). Veja-se que, mesmo que o acusado não apresentasse a defesa – que, lembremos, era *posterior ao recebimento da denúncia* – o processo seguia a sua marcha.

Com a alteração, a matéria passou a ser tratada no art. 396, *verbis*:

> *"Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente*, recebê-la-á e ordenará a citação *do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias"*.[130]

Daí a questão: como (con)viver com esse *bis in idem*? Algumas soluções foram propostas, por considerarem – acertadamente – incompatíveis as disposições previstas nos artigos 396 e 399 do Código de Processo Penal. Para explicar: o (novo) art. 396 determina o recebimento da denúncia e a citação (sic) do acusado (sic) para oferecimento de defesa, sendo que só então haverá o "definitivo" recebimento da peça acusatória (agora já estamos falando do art. 399). Por todos, veja-se, de um lado, Geraldo Prado,[131] para quem ou a inicial será recebida em seguida ao seu oferecimento ou será recebida após a citação e, conseqüentemente, também após a apresentação de resposta/defesa prévia. Como solução, Prado propõe – pragmaticamente – o "sacrifício parcial" da primeira norma, visto que indispensável ao recebimento da denúncia o contraditório representado pela defesa prévia. De outro lado, Scarance Fernandes e Mariângela Lopes[132] criticam a técnica legislativa, mas concordam com a

130 "Parágrafo único: No caso da citação por edital, o prazo para a defesa começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído."

131 Cf. Prado, Geraldo. Sobre procedimentos e antinomias. *Boletim do IBCrim n. 190*, set./2008, p.5.

132 Cfe. Scarance, Antonio e Lopes, Mariângela. O recebimento da denúncia no novo procedimento. *Boletim do IBCrim n. 190*, set./2008, p. 2.

finalidade prevista na nova Lei. Nesta linha, sustentam que, pela reforma do art. 396, em sua combinação com o art. 399, está-se diante de dois atos distintos, ambos com a finalidade de análise da possibilidade de ser aceita a acusação. Haveria, assim, um recebimento preliminar ou provisório, do qual decorreria a citação para apresentação de resposta (art. 396) e um recebimento definitivo quando da análise efetiva da admissibilidade da acusação. Destacam, pois, *a existência de dois juízos de admissibilidade*.

Tais soluções, contudo – embora Geraldo Prado esteja mais próximo da resposta correta – não adentram o cerne da questão, qual seja, o problema ocasionado pela redação do novo dispositivo, que trata da possibilidade de se iniciar o processo, após o recebimento da denúncia ou queixa e da citação (art. 396), antes da apresentação de resposta ou defesa prévia. Daí o impasse: não *pode haver o "sacrifício parcial" da primeira norma* (fase), mas também não *pode ocorrer a concomitância de dois juízos de admissibilidade*. Veja-se: o art. 396 diz que, oferecida a denúncia (ou queixa), o juiz, não a rejeitando in limine, deve recebê-la, ordenando, em seguida, a citação do acusado para o oferecimento da resposta. De pronto, dois problemas: o processo somente se completa *com a citação válida; logo, já haverá* processo desde o início? É um "processo provisório"? Repetindo: se há ordenação de citação e ela sendo efetivada, em seguida, *há formação do processo*; mais ainda, o novo dispositivo já *chama o suposto criminoso de "acusado"*. Consequentemente, há um "limbo" entre "duas admissibilidades acusatórias" Ora, se já há processo, em face da existência de uma citação e, na mesma hora já se chama o indigitado de acusado, então esta é uma primeira fase, que Scarance chama, ao meu sentir, indevidamente, de "provisória". A questão é saber *por que razão* e sob qual fundamento deve existir uma fase anterior em que se recebe "parcialmente" a denúncia (ou queixa) para, depois, existir uma fase em que a denúncia (ou a queixa) é "totalmente" recebida.

Perceba-se, desde logo, outro problema que surge a partir da defeituosa técnica legislativa. Refiro-me ao momento em que será interrompida a prescrição. Com efeito, consoante estabelece o artigo 117 do Código Penal, a *primeira causa interruptiva de contagem do lapso temporal para efeito de extinção da punibilidade é o recebimento da denúncia ou da queixa*. Ora, vingando a tese da existência de dois recebimentos da denúncia (mesmo que, como se queira, diferentemente adjetivados: provisório e definitivo), qual deles acarretará a interrupção da prescrição? Pode ocorrer que se passem meses e meses entre uma "fase" e "outra". E, quando o "acusado", ainda no "limbo", for retirar uma certidão, ele é o quê? Tecnicamente, é será/é réu, uma vez que, conforme o art. 363 – levado às últimas conseqüências da ciência processual –

ele está respondendo a processo, pela simples razão de que foi citado, já se tendo esgotado a ação penal.

Penso que qualquer solução que se dê à controvérsia não pode provocar um *minus* do novo procedimento em relação ao que já existe, desde há muito, em favor de autoridades, como é o caso da Lei 8.038/90.[133] Aliás, espera-se que esta tenha sido a motivação da formação da nova Lei, qual seja a de isonomizar os demais crimes com aqueles cometidos por autoridades, *que sempre tiveram a possibilidade, antes de serem chamados de acusados, de terem a seu favor o prévio contraditório.* Portanto, já de há muito havia essa inconstitucionalidade por violação do princípio da igualdade, ou seja, já de há muito a denúncia só deveria ser recebida, *para todos os tipos de crimes e pessoas*, após o oferecimento da resposta, conforme a holding prevista no art. 4 da Lei 8.038. Observe-se que essa previsão já constava no casos dos crimes funcionais e na nova Lei de Tóxicos, que estabelece exatamente a necessidade de *notificação* (veja-se: *notificação* e não *citação*) e defesa prévia ampla. De todo modo, poder-se-ia (para usar, aqui, a mesóclise utilizada estilisticamente no art. 396) dizer que, caso mantidas as duas "fases", o acusado de traficar teria um procedimento específico mais garantístico que qualquer outro cidadão da República. Claro que não se pode olvidar, contudo, que até estes foram atingidos pela criação das aludidas "fases", uma vez que, consoante dispõe o art. 394, § 4º, do Código de Processo Penal, aplicam-se as novas disposições a todos os procedimentos penais de primeiro grau. Ora, uma vez compreendidos os princípios constitucionais no seu aspecto garantidor, parece não haver dúvida de que os procedimentos que garantiam diretamente a possibilidade de prévia defesa sofreram um prejuízo, porque provocaram retrocesso em termos de garantias (e, como se sabe, no Estado Democrático o direito aponta para o futuro, bastando para tanto ver o acórdão 39/84, do Tribunal Constitucional de Portugal, que institucionaliza a cláusula de proibição de retrocesso social).

Sendo mais claro: assim como ocorre com a legislação que garante foro privilegiado (por todas, a Lei 8.038/90), somente há processo depois da prévia defesa feita pelos apontados como suscetíveis de responder a processo criminal. Insistindo: não pode haver um "recebimento preliminar" para depois haver um juízo definitivo sobre o recebimento da denúncia. O processo penal não está imune à filosofia, e nem o juiz consegue abstrair aquilo que já fez no juízo "preliminar". Um mínimo "olhar preliminar" já contamina o momento

133 Lembremos o art. 4 da Lei 8.038/90: *Apresentada a denúncia ou queixa ao Tribunal, far-se-á a notificação para oferecer resposta no prazo de 15 dias.*

seguinte. O círculo hermenêutico (*hermeneutische Zirkel*) não possui fases ou frestas pelas quais possam ser isolados sentidos já anteriormente atribuídos. Aqui, aliás, poderíamos lembrar a crítica que Gadamer faz à interpretação em partes ou em fatias: não há uma *subtilitas intelligendi*, uma subtilitas explicandi e, depois, uma *subtilitas applicandi*. Pensar assim é reproduzir o esquema sujeito objeto. Por isso Gadamer vai dizer que, embora tenhamos uma subtileza d´alma, quando interpretamos já estamos aplicando. Interpretar é aplicar. Por tais razões é difícil compreender a existência de um "recebimento" de denúncia em duas fases distintas, uma "isolada" da outra, como se fosse possível criar um grau zero de sentido na avaliação definitiva da peça acusatória. Nesse sentido, Miranda Coutinho diz que chega quase a não ser humano *determinar* (sobre um *comando* é que se refere a regra) que o juiz faça um julgamento do mérito na "*abertura do processo*" e, depois, como se fizesse um "delete" – tal e qual se faz em computadores –, decida com imparcialidade (para alguns ingênuos também *neutralidade*), ao final da instrução (assim se "comportando", por óbvio, durante ela inteira) e, embora tenha livre apreciação da prova, deve tudo fazer sem usar aquela (prova) não obtida senão no crivo do contraditório, conforme o *irrazoável* preceito do novo art. 155. Ora, é ele inconstitucional, mormente em face do novo art. 156, I, da Lei nº 11.690/08, o qual lhe dá poderes para intervir na primeira fase da persecução *penal* e ordenar a produção de provas.[134]

Em face de tudo isso, indaga-se: é possível encontrar uma interpretação (resposta) correta para o problema exsurgido dessa alteração legislativa? A resposta deve ser positiva, desde que construída a partir da jurisdição constitucional e desde uma mirada hermenêutico-filosófica, não esquecendo que o acentuado grau de autonomia alcançado pelo direito nesta quadra da história não permite "grau zero" na interpretação e nem a substituição do direito por *discursos adjudicadores*, de cunho pragmático-axiologista e com funções teleológicas. Os "gaps" da legislação e seus arranhões semânticos devem ser resolvidos *no direito e a partir do direito*, sendo – no limite – o instrumento para tal a jurisdição constitucional, sob a diretiva da hermenêutica jurídico-constitucional. A interpretação deve acontecer (*Ereignen*) a partir de princípios, e não de políticas (Dworkin). Ou seja, utilizando-se argumentos de princípio, eliminam-se as possibilidades de argumentos teleológicos e/ou pragmatistas, uma vez que se está em face de uma discussão que envolve o direito fun-

134 Cf. Miranda Coutinho, Jacinto Nelson. In: Apresentação de (Re)forma do Processo Penal. Flaviane Barros. BH, Del Rey, 2008.

damental à ampla defesa e o respeito ao *due processo of law*, além da preservação do princípio da igualdade, em face das leis anteriores que já garantem – de há muito – o direito ao indiciado se defender previamente antes do formal recebimento da peça acusatória, circunstância que coloca o novo dispositivo sob o pálio da integridade e da coerência legislativa (e judiciária). Aliás, é possível afirmar que o direito de todos os acusados à defesa escrita antes do recebimento da denúncia já deveria estar sacramentado desde a Lei 8.038/90, a partir da aplicação do princípio da igualdade, isto é, o Poder Judiciário, por intermédio da jurisdição constitucional, já deveria ter estendido a todos o direito que a legislação concedeu apenas a alguns.

Levando em conta a perspectiva garantidora que deve ter informar o Código de Processo Penal, a sua inserção nos quadros de um direito que não permite retrocessos sociais e que deve, a cada dia, avançar em direção ao seu desiderato acusatório, só existe, *in casu*, uma resposta adequada à Constituição, uma vez que a simples expunção da expressão "citação" não resolve o problema, porque, neste caso, não é possível colocar outra expressão no lugar daquela.

A solução, portanto, é a aplicação da *verfassungskonforme Auslegung* (interpretação conforme a Constituição). Esta operação de jurisdição constitucional elimina a possibilidade de uma duplicidade de "fases", porque, onde está escrito *citação*, leia-se *notificação*. A fórmula – seguindo a equação "a norma é o resultado da interpretação do texto" – será:

> "O dispositivo do art. 396 somente é constitucional se entendido no sentido de que, não rejeitada liminarmente a denúncia ou a queixa, o juiz recebê-la-á e ordenará a *notificação* do acusado para responder a acusação no prazo de dez dias, por escrito".

Recordemos sempre que o art. 363 assegura que "o processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado", ou seja, feita citação *já* se terá processo e, assim, o que se decidirá (sendo ele o due processo of law, naturalmente), *daí por diante, não é mais a ação*. A regra do art. 396, assim – se não se fizer a *verfassungskonforme Auslegung*[135] – estará quebrando/violando o sistema constitucional processual, o que vem reforçado pela redação do art. 397, quando permite uma "absolvição sumária", inclusive em razão da extinção da punibilidade (sic).

Desta forma, o *processo* somente será instaurado após a defesa escrita e *circunstanciada*. Essa é a chave do problema. Citação implica processo penal instaurado. E isso não pode ocorrer se quisermos preservar a tese de que a reforma veio para instaurar o *império da igualdade*, da ampla defesa e do contraditório. É este o ponto fulcral, resolvido, agora, em sede de interpretação conforme a Constituição, *até para não tornar inútil* o art. 399.

13.7. Argumento Final: de como há um Direito Fundamental à Obtenção de Respostas Corretas (Adequadas à Constituição).

Em face de tudo isso, é possível dizer que há vários modos de compreender essa (nova) fenomenologia (teorias discursivas, teorias argumentativas, teorias sistêmicas, teorias analíticas em geral, etc). Um caminho promissor

135 Uma pergunta, desde logo, impõe-se: a interpretação conforme – assim como a nulidade parcial sem redução de texto – podem ser aplicadas pelo juízo singular e pelos demais Tribunais, ou tal aplicação se afigura como prerrogativa exclusiva do Supremo Tribunal Federal? Embora o recomendado seja que o Supremo Tribunal Federal faça essa *interpretação conforme* - porque, assim, facilita a aplicação integrativa do "grau de generalização abrangente da decisão para todo o sistema jurídico - tenho convicção de *que não há qualquer óbice constitucional que impeça juízes e tribunais de aplicarem a interpretação conforme e a nulidade parcial sem redução de texto*. Entender o contrário seria admitir que juízes e tribunais (que não o STF) estivessem obrigados a declarar inconstitucionais dispositivos que pudessem, no mínimo em parte, ser salvaguardados no sistema, mediante a aplicação das citadas técnicas de controle. Por que um Juiz de Direito – que, desde a Constituição de 1891, sempre esteve autorizado a deixar de aplicar uma lei na íntegra por entendê-la inconstitucional – não pode, também hoje, em pleno Estado Democrático de Direito, aplicá-la tão-somente em parte? O mesmo se aplica aos Tribunais que, na especificidade da *Interpretação Conforme a Constituição* e da *Nulidade Parcial sem Redução de Texto*, estão dispensados de suscitar o incidente de inconstitucionalidade. Refira-se – e essa questão assume extrema relevância pela sua abrangência temática – que em nada fica maculado este entendimento em face da recente edição da *Súmula Vinculante nº 10* ("Viola a cláusula de reserva de plenário [CF, artigo 97] a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte."), do Supremo Tribunal Federal. *Ela não se aplica à Interpretação Conforme e nem à Nulidade Parcial sem Redução de Texto*. E explica-se o porquê: assim como uma decisão de Nulidade Parcial sem Redução de Texto (também chamada de decisão de inconstitucionalidade parcial qualitativa,) feita pelo STF não necessita ser enviada ao Senado, não cabe exigir incidente de inconstitucionalidade, não havendo, assim, violação ao *full bench* (art. 97 da CF). Isso porque, tanto na Interpretação Conforme a Constituição quanto na Nulidade Parcial sem Redução de Texto, não há expunção de texto ou de parte de texto normativo, apenas havendo o afastamento de uma das incidências do texto. Como há vários sentidos, e o Tribunal opta por um deles (na Interpretação Conforme há uma adição de sentido), na nulidade parcial qualitativa o resultado hermenêutico faz com que o texto permaneça com um *minus*. Na medida em que, em ambas as hipóteses, o texto permanece em sua literalidade, *não há que se falar em incidente de inconstitucionalidade*. Aliás, não haveria como operacionalizar o incidente de inconstitucionalidade de um sentido de um texto. Numa palavra: a Súmula 10 é aplicada apenas aos casos em que há inconstitucionalidade com redução de texto.

pode ser desenhado a partir da imbricação da hermenêutica filosófica com a teoria da "law as integrity" de Dworkin. Com efeito, ambas são anti-relativistas e anti-discricionárias, apostando, respectivamente, na tradição, coerência e na integridade para conter as "contingências" do direito, que seduzem os juízes a julgar pragmaticamente.[136] Mais ainda, Gadamer e Dworkin não cindem "interpretação" de "aplicação". Para eles, não há grau zero na interpretação. As "contingências" são limitadas pela tradição/integridade/coerência.

Tanto em Gadamer como em Dworkin é possível *distinguir boas e más decisões* (pré-juízos autênticos/legítimos e inautênticos/ilegítimos) que, quaisquer que sejam seus pontos de vista sobre a justiça e o direito a um tratamento igualitário, *os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior*, que decorre da integridade, nas decisões que proferem. Na especificidade, Dworkin, ao combinar princípios jurídicos com objetivos políticos, coloca à disposição dos juristas/intérpretes um manancial de possibilidades para a construção/elaboração de respostas coerentes com o direito positivo – o que confere uma blindagem contra discricionariedades (se assim se quiser, pode-se chamar a isso de "segurança jurídica") – e com a grande preocupação contemporânea do direito: a pretensão de legitimidade.

E aqui, a toda evidência, parece desnecessária a advertência de que não se está a tratar de simples ou simplista transplantação de uma sofisticada tese do *common law* para o terreno do *civil law*. Há, inclusive, nítida vantagem em falar em princípios – e na aplicação destes – a partir da Constituição brasileira em relação ao direito norte-americano. Do mesmo modo, há uma vantagem na discussão da relação "direito-moral" desde o imenso e intenso catálogo principiológico abarcado pela Constituição do Brasil, questão bem caracterizada naquilo que vem sendo denominado de *institucionalização da moral no direito*, circunstância, aliás, que reforça a autonomia do direito, mormente se não for entendido a partir de uma postura jurisprudencialista (mesmo nesta, há uma grande preocupação para não permitir que a jurisdição substitua a legislação). Fundamentalmente – e nesse sentido não importa qual o sistema jurídico em discussão –, trata-se de superar as teses convencionalistas e pragmatistas a partir da *obrigação de os juízes respeitarem a integridade do direito e a aplicá-lo coerentemente*.

136 É neste ponto – insisto – que o mecanismo das súmulas vinculantes, desde que aplicado à luz da integridade e da coerência, pode ser um importante componente para a construção de respostas constitucionalmente adequadas.

Em síntese: a resposta correta (adequada) tem um grau de abrangência que evita decisões *ad hoc*. Entenda-se, aqui, a importância das decisões em sede de jurisdição constitucional, pelo seu papel de proporcionar a aplicação em casos similares. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões forem aplicados para os outros casos idênticos; mas, mais do que isso, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. Tudo isso deve ser compreendido a partir daquilo que venho denominando de "uma fundamentação da fundamentação", traduzida por uma radical aplicação do art. 93, IX, da Constituição. Por isso é que uma decisão mal fundamentada não é sanável por embargos (sic); antes disso, há uma inconstitucionalidade *ab ovo*, que a torna nula, írrita, nenhuma!

A partir do exposto, entendo que é possível afirmar que, do mesmo modo que há o dever fundamental de justificar/motivar as decisões, existe também o direito fundamental a obtenção de respostas corretas/adequadas a Constituição. Há uma ligação umbilical entre esse dever fundamental e esse direito fundamental. A complementariedade entre ambos representa uma blindagem contra interpretações deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o domínio normativo dos textos constitucionais. Trata-se de substituir qualquer pretensão solipsista pelas condições histórico-concretas, sempre lembrando, nesse contexto, a questão da tradição, da coerência e da integridade, para bem poder inserir a problemática na superação do esquema sujeito-objeto pela hermenêutica jurídico-filosófica.

Se o desafio de uma metódica jurídica é "como se interpreta" e "como se aplica" o direito explicitado em um texto normativo, as próprias demandas paradigmáticas do direito no Estado Democrático de Direito apontam para *uma terceira questão*: a discussão acerca das condições que o intérprete/aplicador possui para encontrar uma resposta que esteja adequada ao *locus* de sentido fundante, isto é, a Constituição. Quem está encarregado de interpretar a Constituição a estará concretizando, devendo encontrar um resultado constitucionalmente "justo" (a expressão é de *Canotilho*). E esse resultado deve estar justificado, formulado em condições de aferição acerca de estar ou não constitucionalmente adequado.

Há, assim, um direito fundamental a que a Constituição seja cumprida. Trata-se de um direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição ou, se quiser, uma resposta constitucionalmente adequada (ou, ainda, uma resposta hermeneuticamente correta em relação à Constituição). Essa resposta (decisão) ultrapassa o raciocínio causal-explicativo, porque busca no *ethos* principiológico a fusão de horizontes demandada pela situação que se apresenta. A decisão constitucionalmente adequada é *applicatio* (superada, portanto,

a cisão do ato interpretativo em conhecimento, interpretação e aplicação), logo, a Constituição só acontece enquanto "concretização", como demonstrado por *Friedrich Müller* a partir de Gadamer.

Isto porque a interpretação do direito é um ato de "integração", cuja base é o círculo hermenêutico (o todo deve ser entendido pela parte, e a parte só adquire sentido pelo todo), sendo que o sentido hermeneuticamente adequado se obtém das concretas decisões por essa integração coerente na prática jurídica, assumindo especial importância a autoridade da tradição (que não aprisiona, mas funciona como condição de possibilidade).

Não esqueçamos que a constante tarefa do compreender consiste em elaborar projetos corretos, adequados às coisas, como bem lembra *Gadamer*. Aqui não há outra "objetividade" além da elaboração da opinião prévia a ser confirmada. Faz sentido, assim, afirmar que o intérprete não vai diretamente ao "texto", a partir da opinião prévia pronta e instalada nele. Ao contrário, expressamente, coloca à prova a opinião prévia instalada nele a fim de comprovar sua legitimidade, aquilo que significa, a sua origem e a sua validade.

O direito fundamental a uma resposta correta (constitucionalmente adequada a Constituição) não implica a elaboração sistêmica de respostas definitivas. Como já referido à saciedade, a hermenêutica filosófica não admite respostas definitivas, porque isso provocaria um congelamento de sentidos. Respostas definitivas pressupõem o seqüestro da temporalidade. E a hermenêutica é fundamentalmente dependente da temporalidade. O tempo é o nome do ser. Ou seja, a pretensão a respostas definitivas (ou verdades apodíticas) sequer teria condições de ser garantida.

Em outras palavras, a própria pretensão implica o risco de produzir uma resposta incorreta. Mas, veja-se, o fato de se obedecer à coerência e à integridade do direito, a partir de uma adequada suspensão da pré-compreensão que temos acerca do direito, enfim, dos fenômenos sociais, *por si só já representa o primeiro passo no cumprimento do direito fundamental que cada cidadão tem de obter uma resposta adequada à Constituição*. Veja-se, nesse sentido, que *Habermas*, em seu *Era das transições*, embora a partir de uma perspectiva não propriamente próxima à hermenêutica, mas, evidentemente anti-relativista – e esse ponto interessa sobremodo à hermenêutica jurídica aqui trabalhada –, *afirma que a busca da resposta correta ou de um resultado correto somente pode advir de um processo de autocorreções reiteradas*, que constituem um aprendizado prático e social ao longo da história institucional do direito.

A decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitu-

de arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do direito, a partir de uma detalhada fundamentação. O direito fundamental a uma resposta correta, mais do que o assentamento de uma perspectiva democrática (portanto, de tratamento equânime, respeito ao contraditório e à produção democrática legislativa), é um "produto" filosófico, porque caudatário de um novo paradigma que ultrapassa o esquema sujeito-objeto predominante nas duas metafísicas.

No campo jurídico, vários autores defendem a possibilidade/necessidade de respostas corretas e/ou adequadas (Habermas e Dworkin sustentam a única resposta correta; Gadamer, embora não tenha tratado diretamente dessa temática, vai dizer que *das gilt der Sache nach auch dort, wo sich das Verständnis unmittelbar einstellt und gar keine ausdrückliche Auslegung vorgenommen wird*, ou seja, que uma interpretação é correta quando ninguém se pergunta sobre o sentido atribuído a algo; que *Alle rechte Auslegung muss sich gegen die Willkür von Einfällen und die Beschränktheit unmmerklich Denkgewohnheit abschirmen und den Blick auf die Sachen selber richten* (toda a interpretação correta deve guardar-se da arbitrariedade dos chutes e do caráter limitado dos hábitos mentais inadvertidos, de maneira a voltar-se às coisas mesmas); e, mais ainda, que *So ist die ständige Aufgabe des Verstehens, die rechten, sachangemessenen Entwürfe auszuarbeiten, das heisst Vorwegnahmen, die sich na den Sachen erst bestätigen sollen, zu wagen*, isto é, a constante tarefa de compreender consiste em elaborar projetos corretos, adequados às coisas, ou seja, ousar hipóteses que só devem ser confirmadas nas coisas mesmas.

Assim, a tese aqui apresentada é uma *simbiose entre as teorias de Gadamer e Dworkin*, com o acréscimo de que a resposta não é nem a única e nem a melhor: simplesmente se trata "da resposta adequada à Constituição", isto é, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, na Constituição mesma.

Nesse sentido, e uma vez mais visando a evitar mal-entendidos, é preciso compreender que – do mesmo modo que *Gadamer*, em seu *Wahrheit und Method* – *Dworkin* não defende qualquer forma de solipsismo (a resposta correta que ele sustenta *não é* produto da atitude de um *Selbstsüchtiger*); Dworkin superou – e de forma decisiva – a filosofia da consciência. Melhor dizendo, o juiz "Hércules" é apenas uma metáfora para demonstrar que a superação do paradigma representacional (morte do sujeito solipsista da modernidade) *não significou a morte do sujeito que sempre está presente em qualquer relação de objeto*.

Uma leitura apressada de *Dworkin* (e isso também ocorre com quem lê *Gadamer* como um filólogo, fato que ocorre não raras vezes no direito) dá a

falsa impressão de que Hércules representa o portador de uma "subjetividade assujeitadora". Ora, como já referido, enquanto as múltiplas teorias que pretendem justificar o conhecimento buscam "superar" o sujeito do esquema sujeito-objeto *eliminando-o ou substituindo-o* por estruturas comunicacionais, redes ou sistemas e algumas, de forma mais radical, até mesmo por um pragmatismo fundado na *Wille zur Macht* (por todas, vale referir as teorias desconstrutivistas e o realismo dos *Critical Legal Studies*), *Dworkin* e *Gadamer*, cada um ao seu modo, procuram controlar esse subjetivismo e essa subjetividade solipsista a partir da tradição, do não-relativismo, do círculo hermenêutico, da diferença ontológica, do respeito à integridade e da coerência do direito, de maneira que, fundamentalmente, ambas as teorias são antimetafísicas, porque rejeitam, peremptoriamente, os diversos dualismos que a tradição (metafísica) nos legou desde *Platão* (a principal delas é a incindibilidade entre interpretação e aplicação, pregadas tanto por *Dworkin* como por *Gadamer*).

Parece, assim, que o equívoco recorrente acerca da compreensão das teses de *Gadamer* e de *Dworkin* – em especial, seu anti-relativismo e a aversão de ambos à discricionariedade – reside no fato de se pensar que a derrocada do esquema sujeito-objeto significou a eliminação do sujeito (presente em qualquer relação de objeto), cuja conseqüência seria um "livre atribuir de sentidos". Por assim pensarem – e por temerem a falta de racionalidade na interpretação –, muitas teorias acabaram, de um lado, retornando àquilo que buscavam combater: o método; e, de outro, construindo discursos que desoner(ass)em o sujeito-intérprete do encargo de elaborar discursos de fundamentação (*Begründungsdiskurs*). Tudo por acreditarem na eliminação do sujeito ou na sua pura e simples substituição por sistemas ou teorias comunicativas.

Numa palavra final, se o método, para o paradigma da filosofia da consciência, é/foi o supremo momento da subjetividade, decretar a sua superação, como magistralmente fez Gadamer, não quer dizer que, a partir de então, seja possível "dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa". Ao contrário: se o método colocava a linguagem em um plano secundário (terceira coisa entre o sujeito e o objeto), manipulável pelo sujeito solipsista, a intersubjetividade que se instaura com o *linguistic turn* exige que, no interior da própria linguagem, se faça o necessário controle hermenêutico (entre outras coisas, *levar-se o texto a sério*, circunstância que se coaduna perfeitamente com as Constituições na segunda metade do século XX e confere especial especificidade à interpretação do direito, em face do vetor de sentido assumido pelo texto constitucional, além de reafirmar a autonomia do direito).

Referências Bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. *La política del dialogo liberal*. Barcelona: Gedisa, 1999.

ADEODATO, João Maurício. Jurisdição Constitucional à brasileira – situações e limites. *In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Neoconstitucionalismo: ontem, os códigos; hoje, as Constituições*, nº 2, Porto Alegre, 2004.

_____. Uma teoria (emancipatória) da legitimação para países subdesenvolvidos. *Anuário do Mestrado em Direito da UFPE*, nº 5, Recife, 1992.

_____. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. O proporcional e o razoável. Revista dos *Tribunais*, nº 798, ano 91, pp. 23-50, abr. 2002.

AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALEXY, Robert. La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica. In: VALDÉS, Ernesto Garzón (Org.). *Derecho y Filosofía*. Barcelona-Caracas: Alfa, 1985.

_____. Problemas da teoria do discurso. *Revista do Direito Brasileiro*, nº 1, Brasília, UnB, 1996.

_____. Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. Doxa. *Cuadernos de Filosofia del Derecho*, nº 23, Alicante, 2000.

_____. Derechos fundamentales y Estado Constitucional Democratico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

_____. *Teoria de la Argumentación Jurídica*. *Teoría del Discurso Racional como Teoria de la Fundamentación Jurídica*. Madrid: CEPC, 1997.

_____. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: CEC, 1989.

_____. Justification and Application of Norms. *Ratio Juris*, v. 6, nº 2, jul. 1993.

_____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993-2002.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Luis Virgilio A. Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Custódio L. S. Hermenêutica e dialética: Hegel na perspectiva de Gadamer. In: *Hermenêutica Filosófica nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

APEL, Karl-Otto. Fundamentação normativa da teoria crítica: recorrendo à eticidade do mundo da vida. In: MOREIRA, Luiz (Org.). *Com habermas contra Habermas*. São Paulo: Landy, 2004.

_____. Dissolução da ética do discurso. In: MOREIRA, Luiz (Org.). *Com Habermas contra Habermas*. São Paulo: Landy, 2004.

_____. et.al. *Hermeneutik und Ideologiekritik*. Franfurt: Suhrkamp, 1971.

APPIO, Eduardo. *Direitos das minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ARAGÃO, Lucia Maria Carvalho. *Razão comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992.

ARANGO, Rodolfo. *Hay respuestas correctas en el derecho?* Bogotá: Siglo del Hombre, 1999.

_____. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2005.

ARAUJO, José Antonio Estévez. *La Constitución como Proceso y la Desobediencia Civil*. Madrid: Trotta, 1996.

ARAUJO, Luis Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____ Nunes Jr., Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

_____. Argumentación jurídica. In: GARZÓN VALDÉS, E. (org.). *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta, 2000.

_____. Sobre el sentido del Derecho. Carta a Tomás-Ramón Fernandez. *Doxa. Cuadernos de Filosofia del Derecho*, nº 23, Alicante, 2000.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Teoria dos Princípio*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Princípios. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo-Rio de Janeiro: Unisinos-Renovar, 2006.

BACHOF, Oto. Estado de Direito e Poder Político. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. LVI, Coimbra, 1996.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *A Constituição brasileira de 1988 – Interpretações*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETO, Vicente de Paulo. Da interpretação à hermenêutica constitucional. In: Margarida Lacombe (org.). *1988-1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2005.

BARRETO LIMA, Martonio Mont'Alverne. *Staat und Justiz in Brasilien. Zur historischen Entwicklung der Justizfunktion in Brasilien: Kolonialgerichtsbarkeit in Bahia, Richterschaft im Kaiserreich und Verfassungskerichtsbarkeit in der Republik*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1999.

_____. Justiça Constitucional e Democracia: Perspectivas para o Papel do Poder Judiciário. *Revista da Procuradoria-Geral da República*, nº 8, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./jun. 1996.

_____. Constituição e Economia: Como Construir o Mito da Estabilidade Democrática no Capitalismo Periférico. In: *Estudos Constitucionais*. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, José Luis Bolzan de Morais, Lenio Luiz Streck [orgs.] Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *O direito constitucional e a efetividade das normas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

BARROS, Flaviane Magalhães de. *A Reforma do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 27, ano VII, jul.-set., 1982.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 142, abr./jun. 1999.

_____. *Constituição Econômica e Desenvolvimento. Uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Constituição e superação das desigualdades regionais. In: GRAU, Eros Roberto (org.). *Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYOLI, Agraé. *História da filosofia do direito*. Barueri: Manole, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BITTNER, Cláudia. *Recht als Interpretative Práxis, Zu Ronald Dworkins allgemeiner Theorie des Rechts*. Berlin: Duncker u. Humblot, 1988

BÖCKENFÖRD, Ernst-Wolfgang. *Los Metodos de la Interpretación Constitucional. Inventario e Critica. Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BONIFÁCIO, Francisco P. Constitucionalidad, legislación regresiva y civilidad jurídica. In: PINA, Antonio Lopez et al. *División de poderes e Interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*. Madrid: Tecnos, 1987.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. Ações Constitucionais:novos direitos e acesso á justiça. Florianópolis: Habitus, 2001.

BROX, Hans. Zur Zulässigkeit der erneuten Überprüfung einer Norm durch das Bundesverfassungsgericht. In *Festschrift für Willi Geiger zum 65*. Tübingen: Geburstag, 1974.

BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

BUBNER, R. *Filosofia moderna alemana*. Madrid: Cátedra, 1984.

BULOS, Uadi Lamnego. *Manual de Interpretação Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1997.

CABRAL PINTO, Luzia Marques da Silva. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CALLIGARIS, Contardo. Raciocínios "motivados". *Caderno E8- Ilustrada*. São Paulo, Folha de São Paulo, 22.02.2007.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofia del Derecho*, nº 21, Alicante, 1998.

CAMPBELL, Tom. "El sentido del positivismo juridico". Doxa. Cuadernos de *Filosofía del Derecho*, nº 24, Alicante, 2001.

CANAS, Vitalino. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*. Os efeitos em particular. Lisboa: Cognitio, 1984.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2001, prefácio.

_____. Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 15, São Paulo, 1996.

_____. O Estado adjectivado e a Teoria da Constituição. Revista da Academia *Brasileira de Direito Constitucional*, nº 3, Curitiba, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993.

CARDOSO DA COSTA, José Manuel M. *A Justiça Constitucional no quadro das funções do Estado*. Justiça Constitucional e espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade das normas. Lisboa: Tribunal Constitucional, 1987.

CARVALHO, Thiago Fabres de. Direito Penal, Hermenêutica e Estado Democrático de Direito. In: *Olhares Hermenêuticos sobre o Direito – em busca de sentido para os caminhos do jurista*. 2ª ed. Ijui: Unijui, 2007.

CARVALHO NETTO, Menelick. A hermenêutica constitucional sob paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

_____. Controle de Constitucionalidade e democracia. In: MAUÉS, Antonio (org.) *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. Teoria da Constituição: os marcos de uma doutrina constitucional adequada ao constitucionalismo. In: *Direitos Humanos e direitos dos cidadãos*. Belo Horizonte: PUC-MG, 2001.

CASTANHEIRA NEVES, António. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Coimbra: Coimbra, 2003.

_____. *Questão-de-facto questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Almedina: Coimbra, 1967.

_____. *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

_____. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. Digesta, vol. 3º, Coimbra Editores, 2008.

CASTORIADIS, Cornelius. O imaginário: a criação no domínio social-histórico. In: *As encruzilhadas do labirinto 2: os domínios do homem*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de 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, 2005.

_____. Interpretação jurídica, processo e tutela jurisdicional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Boletín Jurídico de la Universidad Europea de Madrid*, nº 4, Madrid, 2001.

_____. *Direito processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

_____. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

_____. *Devido Processo Legislativo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

_____. NUNES, Dierle José Coelho. Súmula Vinculante 5 do STF é inconstitucional. *Revista Consultor Jurídico*, 22 de maio de 2008.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antonio. *A teoria do discurso não permite compreensões adequadas à terra brasilis?* Apresentação à obra *Devido Processo Legislativo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CHUEIRI, Vera Karam. Dworkin. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.) *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/ Renovar, 2006.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck *et al*. *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte/ Rio de Janeiro: UFMG, IUPERJ, FAPERJ, 2002.

_____. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

COSTA, Pietro. Discorso giuridico e immaginazione. Ipotesi per uma antropologia del giurista. *Diritto Pubblico*, 1995.

CLÈVE, Clérmerson. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

COELHO, Inocêncio Mártines. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio A.Fabris Editor, 1997.

_____. MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo. Un análises metateórico. In: Edición de CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Crítica à dogmática: dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais*, nº 3. Porto Alegre, IHJ, 2005.

CHRISTENSEN, Ralph. *Was heißt Gesetzesbindung? Eine rechtslinguistische Untersuchung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1989.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Acerca das funções sociais do contrato. In: *Direito, estado e Sociedade*, nº 27, PUC-RJ – Departamento de Direito, jul./dez. 2005.

DASCAL, Marcelo. *Interpretação e compreensão*. Trad. Marcia Heloisa Lima da Rocha. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed.. São Paulo: LTr, 2005.

DELMAS-MARTY, Mirreile. *Por um direito comum*. Trad. De Maria Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DERRIDA, Jaques. *Gramatologia*. São Paulo: Perspectiva, 1973.

DIAS, Maria Berenice. Alimentos e paternidade responsável. *Clubjus*, Brasília – DF: 22 jun. 2008.

DIAZ, Elias. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid: Tecnos, 1972.

DIAZ REVORIO, Francisco Javier. *La Constituición como orden abierto*. Madrid: Estudios Ciencias Juridicas, 1997.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *As lacunas no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

DONCEL LUENGO, Juan Antonio. In: *El modelo español de justicia constitucional*. Las decisiones más importantes del tribunal constitucional. Sub judice, 20/21. Coimbra, Docjuris, jan./jun. 2001.

DREYER, Ralf. *Derecho y justicia*. Bogotá: Temis, 1994.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Direito de Liberdade. Leitura Moral da Constituição Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

_____. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

_____. *Law's Empire*. Londres: Fontana Press, 1986.

_____. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EISENBERG, José. Pragmatismo jurídico. In Dicionário de Filosofia do Direito. Vicente de Paulo Barreto (org). São Leopoldo, Ed. Unisinos, 2006.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A theory of judicial review*. Cambridge: Mass, 1980.
ESSER, Josef. *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*. Tradução de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961
ESPÍNDOLA, Angela; SALDANHA, Jânia M.L. Constituir a Constituição para a cidadania – a compreensão e a linguagem na nova crítica do direito afastando os *mitläufers* jurídicos. In: *Olhares Hermenêuticos sobre o Direito – em busca de sentido para os caminhos do jurista*. 2ª ed. Ijui. Unijui, 2006-2007.
ESTEVÉZ ARAÚJO, José Antonio. *La Constituición como Proceso y la Desobediencia Civil*. Madrid: Trotta, 1998.
FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.
FERRAJOLI, Luigi. Iuspositivismo crítico y democracia constitucional. *Isonomia*, nº 16, 2002.
_____. "Jueces y política. Derechos y Libertades". *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Año IV, nº 7, Madrid: Universidad Carlos III, jan. 1999.
_____. *Principia Juris. Teoria del dirito e della democrazia*. Vol. 2. Roma: Editori Laterza, 2007.
_____. *Garantismo. Uma discusión sobre derecho y democracia*. Madrid, Trotta, 2006.
FERRARIS, Maurizio. *Historia de la hermenêutica*. Madrid: Ediciones Akal, 2000.
FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernane. *Manual de Direito Processual Civil: processo de conhecimento*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1.
FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Comentários à lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.
FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional versus a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.
FROWEIN, Jochen. Änderungen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als Rechtsproblem, in DÖV, 1971.
GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. I*. Tübingen: Mohr, 1990.
_____. Der Weg in die Kehre. *In: Hegel, Husserl*, Heidegger. Tübingen: Mohr, 1987.
_____. *Wahrheit und Methode. Ergänzungen Register*. Hermeneutik II. Tübingen: Mohr, 1990.

_____. *O problema da consciência histórica*. FRUCHON, Pierre (org.). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.
GARAPON, Antoine. *Lê guardién de Promesses*. Paris: Odile Jacob, 1996.
GARCIA AMADO, Juan Antonio. *La filosofia del derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá: Universidad Exernado de Colômbia, 1997.
GARCIA HERRERA, Miguel Angel. Prólogo a la segunda edición del Manual de Derecho Constitucional. Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heide. Madrid: Marcial Pons, 2001.
GESTA LEAL, Rogério. *As Potencialidades Lesivas à Democracia de uma Jurisdição Constitucional Interventiva*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – *Direito, Estado e Democracia*, nº 4, Porto Alegre, IHJ, 2006.
_____. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea – uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
GIACOMOLLI, Nereu. O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos. *Revista da AJURIS*. Ano XXXIII, nº 102, Porto Alegre, jul. 2006.
GOMES, Wilson. Heidegger e os pressupostos metafísicos da crítica da modernidade. In: *Ética e razão*, Síntese Nova Fase, v. 22, nº 68, 1995.
GRAU, Eros Roberto. Resenha do Prefácio à 2ª ed. In: COUTINHO, Jacinto N. M. (org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
_____. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
GREY, Thomas C. "Do We Have un Unwritten Constitution?" In: *Stanford Law Review* n. 27, 1975.
GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.
GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico. In: CARBONEL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.
_____. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. *Cadernos de Filosofia Alemã*, nº 6, São Paulo, Humanitas, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, 2000.
_____. *The sense of appropriateness*. New York: State University of New York, 1993.

HAAR, Michel. *Heidegger e a essência do homem*. Lisboa: Piaget, s/d.
HABERMAS, Jürgen. Urbanisierung der Heideggerschen Provinz Laudatio auf Hans-Georg Gadamer. In: *Das Erbe Hegels. Zwei Reden aus Anlass der Verleichung des Hegel-Preises 1979*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1979.
_____. *El discurso filosófico de la modernidad*. Madrid: Taurus, 1989.
_____. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Madrid: Cátedra, 1989.
_____. *Direito e democracia I e II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
_____. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 1998.
_____. *Más Allá del Estado Nacional*. Madrid: Trotta, 1997.
_____. La lógica de las ciencias sociales. 3ª ed. Trad. Manuel Jimanez Redondo. Madrid: Tecnos, 1996.
_____. Reply to may critics. In: Tompson, J.; Held, D. (Eds.). *Habermas. Critical Debates*. London, 1982.
_____. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
_____. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
_____. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.
_____. *Verdade e justificação*. São Paulo: Loyola, 2004.
_____. *Aclaraciones a la ética del discurso*. Madrid: Trotta, 2000.
_____. *Bestialität und Humanität – Ein Krieg an der Grenze zwischen Recht und Moral*. 'Die Zeit', nº 18, 1999.
_____. *Era das Transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
HART, Herbert. *O conceito de Direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
HEIDEGGER, Martin. *A origem da obra de arte*. Lisboa: Biblioteca de Filosofia Contemporânea, Edições 70, 1992.
_____. *Introdução à Filosofia*. Tradução de Marco Antônio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
_____. *Los Problemas Fundamentales de la Fenomenología*. Tradução de Juan José Garciá Norro. Madrid: Trotta, 2000.
_____. *Beiträge zur Philosophie von Ereignis*. Frankfurt am Main: Victorio Klostermann, 1989.
_____. *Identidät und Differenz*. Barcelona: Anthropos, 1990.
_____. *Identität und Differenz*. Pfullingen: Günther Neske, 1986.

_____. Prolegomena zur Geschichte des Zeitbegrmffs. Leciones de Marburgo del semestre de verano de 1920. *Gesamtausgabe*, vol. 20, Frankfurt, 1988.
_____. Que é Metafísica. Trad. e notas de Ernildo Stein. In: Conferências e *Escritos Filosóficos*. São Paulo: Nova Cultural, 1989.
_____. *Sein und Zeit. Sein und Zit. Siebzehnte Auflage*. Tübingen: Max Niemayer Verlag, 1993.
_____. Sobre a essência do fundamento. In: Conferências e escritos filosóficos. São Paulo: Nova Cultural, 1989.
_____. Tempo e Ser. In: *Conferências e Escritos Filosóficos*. São Paulo: Nova Cultural, 1989.
_____. *Unterwegs zur Sprache*. Pfullingen: Günther Neske, 1979.
_____. *Vom Wesen des Grundes*. Pfullingen: Günther Neske, 1954.
_____. *Vorträge über Aufsätze*. Pfullingen: Günther Neske, 1954.
HERNANDEZ GIL, Antonio. La justicia en la concepción del derecho según la Constitución española. In: PINA, Antonio Lopez. *División de Poderes y Interpretacion. Hacia uma teoria de la praxis constitucional*. Madrid: Tecnos, 1997.
HISCH, Günter. La jurisdicción en el Estado de derecho: entre la sujeición a la ley y la interpretación cuasilegislativa. In: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Ano 14. Berlin/Montevideo: Konrad – Adenauer – Stiftung, 2008, pp. 127/147
HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: *Constitucionalismo y Democracia*. Jon Elster y Rune Slagstad (org). México: Fondo de Cultura Económica, 2003.
HOY, David Couzens. Interpreting the law: hermenutical and poststructuralist perspectives. *Southern California Law Review*, vol. 58, nº 1, jan. 1985.
HUTCHISON, Allen C. (ed). *Critical Legal Studies*. New Jersey: Rowman & Littlefield Publ., 1989.
KÄGI, Werner. *Die Verfassung als rechliche Grundordnung des Saates*. Untersuchungen über die Entwicklungstendenz im modernen Verfassungsrecht. Zurich: Polygraphischer Verlag, 1945.
KAUFMANN, Arthur (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Gulbenkian, 2002.
KOSELECK, Reinhart. *Crítica e Crise*. Trad. de Luciana Villas-Boas Castelo Branco. Rio de Janeiro: UERJ, 2000/2001.
KRELL, Andreas. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des) caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

_____. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo W. (org.). *A Constituição Concretizada – construindo pontes para o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LAFUENTE BALLE, José Maria. *La judicialización de la interpretación constitucional*. Madrid: Colex, 2000.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Manole, 2003.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEITE SAMPAIO, José Adércio. *A Constituição reiventada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LERCHE, Peter. *Übermass und Verfassungsrecht: Zur Bildung des Gezetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit*. 2. Goldbach: Keip Verlag, 1999.

LUCAS, Doglas Cesar; SPAREMBERG, Raquel (org.). *Olhares Hermenêuticos sobre o Direito – em busca de sentido para os caminhos do jurista*. 2ª ed. Ijui, Unijui, 2007.

LYRA FILHO, Roberto. *Problemas atuais do ensino jurídico*. Brasília: Editora Obreira, 1981.

MAIA, Antonio. A importância da dimensão argumentativa à compreensão da práxis jurídica contemporânea. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 8, São Paulo, 2001.

_____. A distinção entre fatos e valores e as pretensões neofrankfurtianas. In: *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Considerações acerca do papel civilizatório do direito – In: *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MACCORMICK, Neil. *Legal Resoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978.

MAUZ/SCHMIDT-BLEIBTREU/F.KLEIN/ULSANER. Bundesverfassungsgerichtgesetz Kommentar 16. Ergänzungslieferung Stand: März 1998. München, Verlag C.H. Beck, 1995.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 2000.

MELO, Eduardo Soares. *Interpretação e integração da legislação tributária*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MENCKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista da AJURIS*, ano XXXIII, nº 103, Porto Alegre, set. 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional. O Controle Abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Jorge. Apreciação da dissertação de doutoramento de Rui Medeiros. *Direito e Justiça*. Vol. XIII, 1999, Tomo 2. Separata. Lisboa, Universidade Católica, 1999.

_____. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editores, 1996, vol. IV.

MOREIRA, Luiz (Org.). *Com Habermas contra Habermas*. São Paulo: Landy, 2004.

_____. Direito e Normatividade. In: Direito e Legitimidade (Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira – org.). São Paulo: Landy, 2003

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do direito constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *O novo Paradigma do Direito. Introdução à teoria e metódica estruturante do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

NANCY, Jean-Luc. Freud e Heidegger no banco dos réus. *Folha de São Paulo*, Mais, 13.11.2005.

NAVARRO, Pablo E. Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 24, Alicante, 2001.

NEDEL, Antonio. *Uma tópica jurídica – clareira para a emergência do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Trad. Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Frederico Ricardo Almeida. Conceitos jurídicos indeterminados e direito jurisprudencial. In: Bento Herculano Duarte e Ronnie Preuss Duarte (org). *Processo Civil – aspectos relevantes*. São Paulo: Método, 2006.

NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel, 2000.

NIQUET, Marcel. *Teoria Realista da Moral*. Trad. De F. Herrero Botin e Nélio Schneider. São Lepoldo, Ed. Unisinos, 2002.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NEVES, Frederico Ricardo Almeida. Conceitos jurídicos indeterminados e direito jurisprudencial. In: Bento Herculano Duarte e Ronnie Preuss Duarte (org). *Processo Civil – aspectos relevantes*. São Paulo: Método, 2006

NUCCI, Guilherme. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
_____. *Código de Processo Penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
NUNES, Diele. *Processo Jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.
_____. BAHIA, Alexandre. Ativismo e protagonismo judicial em xeque. Argumentos pragmáticos. In: www.jusnavegandi. com.br, 7.4.2009.
OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio. A hermenêutica e a (in)determinação do dirieto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
_____. ABBOUD, Georges. "O Dito e o Não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual". In: *Revista de Processo*. n. 166, ano 33. Dezembro de 2008, pp. 27/70.
OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
_____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo-excessivo. *Revista da AJURIS*. Ano XXXIII, nº 104, Porto Alegre, dez. 2006.
OLIVEIRA, Fábio de. *Por uma Teoria dos Princípios*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
ORDÓNEZ SOLIS, David. *Derecho y Política*. Navarra: Aranzadi, 2004.
OST, François. *O Tempo do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
_____. Jupiter, Hércules, Hermes: três modelos de juiz. *Doxa, Cuadernos de Filosofia del* Derecho, nº 14, Alicante, 1993.
OTO, Écio; POZZOLO, Susana. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Landy, 2006.
_____. Teoria do Discurso & Correção normativa do direito. São Paulo: Landy, 2004.
PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. "Constitucionalismo Garantista y Democracia". *Crítica Jurídica*, nº 22, Curitiba, Unibrasil, 2003.
PENTEADO, Recardo. A reforma judicial da política. Tendências e Debates. *Folha de São Paulo*, A3, 31.03.07.
PEPE, Albano M. Bastos. A recepção habermasiana da sociologia do direito de Max Weber. In: Leonel Severo Rocha e Lenio Luiz Streck (org.). Constituição, Sistemas Jurídicos e Hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituição de direito civil*. 19a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. O poder do juiz: ontem e hoje. Revista *da AJURIS*. Ano XXXIII, nº 104, Porto Alegre, dez. 2006.
PÉREZ TAPIAS, José A. Verdad de la justicia y poder de la mentira. In: FRÁPOLI, Maria; NICOLAS, Juan (orgs.). *El valor de la verdad*. Granada: Comares, 2000.
PÉREZ, Miguel Angel Aparicio. Modelo Constitucional de Estado y realidad Política. In: Perfecto Ibañez (Editor). *Corrupción Y Estado de Derecho – El papel de la jurisdicción*. Madrid: Trotta, 1996.
PERRY, M. J. *The Constitution, the Courts and Human Rights. An Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policymaking by the Judiciary*. New Haven and London: Yale University Press, 1982.
PONTES FILHO, Valmir. *Curso Fundamental de Direito Constitucional*. São Paulo: Dialética, 2001.
PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
PUTNAM, Hilary. *Razão, Verdade e História*. Lisboa: Dom Quixote, 1992.
_____. *O realismo de rosto humano*. Lisboa: Piaget, s/d.
_____. *Representation and Reality*. Massachusetts: Institute of Technology, 1988.
QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais. In: Virgílio Afonso da Silva (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.
REALE, Miguel. Visão Geral do Projeto de Código Civil. www.miguelreale.com.br/artigos.
REPOLÊS, Maria Fernanda S. *Habermas e a desobediência civil*. Belo Horizonte: mandamentos, 2003.
RICOEUR, Paul. *O Justo*. Vol. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2008
RIVAS, Pedro. Notas sobre las dificuldades de la doctrina de la ponderación de bienes. *Persona y Derecho*, no 41, 1999.
ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Sobre a súmula vinculante*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
ROHDEN, Luiz. Hermenêutica e Linguagem. In: *Hermenêutica Filosófica nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000.
ROSA, Alexandre M. da. Linhares, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law and Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. A Vida como critério dos Direitos Fundamentais: Ferrajoli e Dussel. In: CRUZ, Paulo Márcio; GOMES, Rogério Zuel (org.). *Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RUIZ, Urbano. Democratizar o judiciário. *Folha de São Paulo*, Cotidiano.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reiventada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002

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

SANTORO, Emilio. *Estado Direito e Interpretação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, ano XXXII, nº 98, Porto Alegre, jun. 2005.

SARMENTO, Daniel. Interpretação Constitucional, Pré-Compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete. In: *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Claudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binembojn ORG. RJ, Lumen, 2009.

_____. *Direitos Fundamentais nas Relações Privadas*. 2 ed. Rio de Janeio: Lumen Juris, 2006.

SCAFF, Fernando Facury; MAUÉS, Antonio. *Justiça constitucional e tributária*. São Paulo: Dialética, 2005.

SCHÄFFER, Heinz. In: AJA, Eliseo (org.). Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador em la Europa actual. Barcelona: Ariel, 1998.

SCHAPP, Jan. *Problemas fundamentais da metodologia jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1985.

SCHNEIDER, Hans Peter. La Constituición – Función y Estrutuctura. In: *Democracia y Constituición*. Madrid: CEC, 1991.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito – o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Ovidio Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Rossano Glauber Ludgero da. Créditos de Carbono – O Homem Aliando-se à Natureza e os Meios de Solução. www.clubjus.com.br, Brasília – DF: 20 ago. 2008.

SOUZA, José Crisóstomo de. *Filosofia, Racionalidade e Democracia. Os debates Rorty & Habermas*. São Paulo: Unesp, 2005.

SOUZA CRUZ, Álvaro. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *O Direito à Diferença – As ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade. In: *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SPENGLER, Fabiana M. A Constituiçção e a compreensão hermenêutica – da sua (in)efetividade e do seu constituir. In: *Olhares Hermenêuticos sobre o Direito – em busca de sentido para os caminhos do jurista*. e 2ª ed. Ijui, Unijui, 2007.

STARK, Christian. La legitimité de la justice constitutionnelle et le principe democratique de majorité. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editores, 1995.

STEGMÜLLER, Wolfgang. *A Filosofia Contemporânea*, Vol.I e II. São Paulo: EPU, 1977.

STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia. Limites de um paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004.

_____. *Anamnese. A filosofia e retorno do reprimido*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997.

_____. *Diferença e metafísica*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

_____. *Seminários sobre a verdade*. Petrópolis: Vozes, 1993.

_____. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2ª ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.

_____. *Nas proximidades da antropologia*. Ijuí: Unijuí, 2003.

_____. *Compreensão e Finitude*. Ijuí: Unijuí, 2004.

_____. *Pensar é pensar a diferença*. Ijuí: Unijuí, 2004.

_____. Vida humana, um conceito da antropologia filsófica. *Veritas*, nº 4, v. 48, Porto Alegre, dez. 2003.

_____. Novos caminhos para uma filosofia da constitucionalidade. Apresentação à obra *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Bases analítico-existenciais da desconstrução e da desobjetificação. *Problemata*, ano I, nº 1, 1998.

_____. *Seis Estudos sobre Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 1990.

_____. *Uma Breve Introdução à Filosofia*. 2 ed. Ijuí: Unijuí, 2005.

_____. *Racionalidade e Existência. O Ambiente Hermenêutico e as Ciências Humanas*. 2 ed. Ijuí: Unijuí, 2008.

_____. *Antropologia Filosófica. Questões Epistemológicas*. Ijuí: Unijuí, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *A Hermenêutica Filosófica e as Possibilidades de Superação do Positivismo pelo (Neo)constitucionalismo*. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo."*Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*". Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2005.

_____. Bem jurídico e Constituição: da Proibição de Excesso (*Übermassverbot*) à Proibição de Proteção Deficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 80, Coimbra, 2004, pp. 303-345.

_____. *Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo*. In: TORRES, Heleno Taveira (coord.). "*Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*". Barueri: Manole, 2005.

_____. Juizados Especiais Criminais à Luz da Jurisdição Constitucional. A filtragem hermenêutica a partir da aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto. *Caderno Jurídico*. Ano 2, vol. 2, nº 5. São Paulo: Escola Superior do Ministério Público, 2002.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. A concepção cênica da sala de audiências e o problema dos paradoxos. *Gazeta Júris*, nº 9, Rio de Janeiro, Portal Jurídico, 2005.

_____. FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição. A legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. 3ª ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. O caso Mariguella e a Lei 9.140/95: a apreensão do sentido e o sentido da apreensão. In: *Discursos Sediciosos*. Ano 1, nº 2, 2º semestre de 1996. Rio de Janeiro, Instituto Carioca de Criminologia, 1996.

_____. Súmulas Vaguezas e Ambigüidades: necessitamos de uma Teoria Geral dos Precedentes? In: ***Direitos Fundamentais & Justiça*. Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS. Ano 2, n. 5, out/dez 2008. Porto Alegre: HS Editora, 2008.**

STRECK, Maria Luiza S. A súmula 330 do STJ – desvelando os sintomas de uma crise. *Revista Ibero-americana de ciências penais*. Porto Alegre, nº 14, 2007.

_____. *Direito Penal e Constituição. O lado esquecido dos direitos fundamentais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista da EMERJ*, v. 9, nº 35, Rio de Janeiro, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, nº 177, São Paulo, 1989.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de Processo Penal*. 4a ed. Bauru: Jalovi, 1976.

TRIBE, L. H. The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories, *The Yale Law Journal*, vol. 89, nº 6, pp. 1063-1080, may 1980.

_____. *American Constitutional Law*. 2ª ed., The Foundation Press, 1988.

_____. Taking Text and Structure Seriously: reflection on free-form method in constitutional interpretation, *Harvard Law Review*, vol. 108, nº 6, pp. 1221-1303, apr. 1995.

_____. DORF, Michael C. *On Reading the Constitution*. Massachusetts: Harvard University Press, 1991.

_____. *Constitutional Choices*. Cambridge: Harvard, 1985.

TUGENDHAT, Ernst. *Lecciones sobre ética*. Barcelona: Gedisa, 1997.

VALLE, Vânia Regina Lírio do (org.). Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF, Editora Juruá, 2009.

VELASCO ARROYO, Juan Carlos. *La teoria discursiva del derecho. Sistema jurídico e democracia en Habermas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan. 1999.

_____. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: *A democracia e os três poderes no Brasil*. Rio de Janeiro: UFMG, IUPERJ, FAPERJ, 2002.

FACULDADE BIBLIOTECA

VILLALIBRE, Modesto Bercaino. *La revoluición filosófica de Martin Heidegger*. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2001.

VOGEL, Klaus. Rechtkraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, I, Tübingen, 1976.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral do Direito II*. Porto Alegre: Fabris, 1995.

WEIBERGER, Ota. *Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation*. Berlin: Dunker-Humboldt, 1983.

WELLINGTON, H. H. Common Law Rules and Constitutional Double *Standards*: Some Notes on Adjudication. *The Yale Law Journal*, vol. 83, nº 2, dec. 1973.

ZANETTI, Robson. Direito Bancário – O dever de vigilância dos bancos. www.clubjus.com.br, Brasília – DF: 21 jun. 2008.

superação do paradigma positivista que foi predominante durante toda primeira metade do século XX, setores ditos críticos da dogmática jurídica criam embaraços teóricos, provenientes de mixagens de paradigmas, que acabam por minar, desde as bases, todas as conquistas emancipatórias legadas pela tradição (neo)constitucionalista. Desse modo, o autor detecta os sintomas deste patológico "*mix* teórico" mostrando com clareza as conseqüências que a *ideologia do caso concreto* (que imagina ser o direito um conjunto aleatório de casos, julgados de acordo com a *consciência valorativa do juiz*) e a proliferação indiscriminada de princípios (*panprincipiologismo*) trazem para a concretização dos direitos fundamentais-sociais presentes no projeto constitucional de 1988.

Diante de tudo isso, o autor ainda demonstra o elemento velado, presente em todas estas posições sobre o direito e que sustenta a "vitória de Pirro" do positivismo: a discricionariedade judicial. Desse modo, é somente através do enfrentamento desta discricionariedade que se chegará a uma dogmática constitucional concretizadora dos direitos fundamentais. Enquanto persistir posturas teóricas que apostam na discricionariedade do intérprete/juiz, persistirá, também, a possibilidade do desvirtuamento da concretização dos direitos fundamentais que é sua não-concretização. Portanto, a tarefa fundamental da Teoria do Direito nesta quadra da história será construir as condições de possibilidade para a construção de um direito fundamental do cidadão: o de obter respostas constitucionalmente corretas (adequadas).

Capa:
Márcia Campos

"Positivaram-se os valores": assim se costuma anunciar os princípios constitucionais, circunstância que facilita a "criação", em um segundo momento, de todo tipo de "princípio", como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a "pedra filosofal da legitimidade principiológica", da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para solvermos os casos difíceis ou "corrigir" as incertezas da linguagem. Quanto a lei "não é suficiente" ou a própria Constituição não "diz tudo o que o intérprete quer", criam-se "novos princípios". No varejo e no atacado. Veja-se, nesse sentido, a quantidade de princípios utilizados largamente na cotidianidade dos tribunais e da doutrina, a maioria deles com nítida pretensão retórico-corretiva, além da tautologia que os conforma. Tal circunstância pode acarretar o enfraquecimento da autonomia do direito e da força normativa da Constituição, na medida em que parcela considerável (desses "princípios") é transformada em discursos com pretensões de correção. Se princípios são obrigações jurídicas, não podem ser corretivos e tampouco "mandados de otimização".



ISBN 978-85-375-0561-8

Visite nossa loja virtual:
www.lumenjuris.com.br