



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO *STRICTO SENSU*
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

DIEGO PABLO CANDEIAS DE ALBUQUERQUE

**O DISCURSO IDEOLÓGICO DA TÉCNICA DE
PONDERAÇÃO: DA NECESSIDADE À POSSIBILIDADE DE
CORREÇÃO PELA ÉTICA DISCURSIVA**

Salvador
Março/2013

DIEGO PABLO CANDEIAS DE ALBUQUERQUE

**O DISCURSO IDEOLÓGICO DA TÉCNICA DE
PONDERAÇÃO: DA NECESSIDADE À POSSIBILIDADE DE
CORREÇÃO PELA ÉTICA DISCURSIVA**

Dissertação apresentado ao Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Nelson Cerqueira.

Salvador

Março/2013

Ficha Catalográfica

A345d Albuquerque, Diego Pablo Candeias de.

O discurso ideológico da técnica de ponderação: da necessidade à possibilidade de correção pela ética discursiva / Diego Pablo Candeias de Albuquerque. Salvador: D.P.C. de Albuquerque, 2013.

116 f.

Orientador: Prof.º Dr.º Nelson Cerqueira.

Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia.

1. Técnica. 2. Ideologia. 3. Ponderação. 4. Correção Discursiva. I. Título.

TERMO DE APROVAÇÃO

DIEGO PABLO CANDEIAS DE ALBUQUERQUE

**O DISCURSO IDEOLÓGICO DA TÉCNICA DE
PONDERAÇÃO: DA NECESSIDADE À POSSIBILIDADE DE
CORREÇÃO PELA ÉTICA DISCURSIVA**

Dissertação _____ como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em
Direito, pela seguinte banca examinadora:

Professor Dr. Nelson Cerqueira
Orientador

Professor Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho

Professor Dr. Wálber Araujo Carneiro

Salvador, ____/____/ 2013

DEDICATÓRIA

A minha mãe pela inspiração desde o ventre.

A lolanda por tudo que ela é em mim.

A meu irmão por alguns diálogos.

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me erguido nos momentos de dificuldade desse trabalho.

Ao meu orientador Prof. Nelson Cerqueira, em diálogos pontuais, pelas perguntas constitutivas das quais as repostas se mostraram manancial para a construção do presente trabalho.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação de quem também fui aluno; a Prof. Rodolfo Pamplona pela suas investidas multidisciplinares no campo do direito; a Profa. Marília Muricy pela importância de se discutir teorias na construção de um pensamento, bem como na abertura para o diálogo com outros saberes; por fim, ao Prof. Saulo Casali, pela consistência epistemológica e caráter prático da Ciência do Direito.

Ao Prof. Wálber Araujo Carneiro que me orientou e ensinou bastante na primeira atividade de docência na realização do tirocínio; posso salientar a marcante influência do seu pensamento no presente trabalho.

Aos amigos pelo apoio na realização desse projeto; principalmente àqueles com quem o vínculo de amizade perdura mais de uma década.

“Em todo o meu filosofar popular sobre o existente e o eterno, há sempre uma possível porta aberta pra algo pós. Para mim é muito difícil não crer no pós sem não crer no pré. Como me é absolutamente impossível anular a existência do anterior a mim, também me é muito difícil aceitar a inexistência do posterior; para mim são coisas iguais. Assim como eu “não posso esquecer que um dia houve em que eu não estava aqui” (Cada Tempo em Seu Lugar), um dia haverá em que eu não estarei aqui: mas esse dia haverá; haverá o ser das coisas que serão independentes de mim então”.

Gilberto Gil comentando a canção “Tempo Rei”

RESUMO

O presente estudo busca proceder a uma análise crítica da técnica de ponderação desenvolvida por Robert Alexy. A edificação desse arcabouço teórico encontra um solo fecundo no paradigma linguístico sob cariz argumentativo e o pós-positivismo, enquanto modelos, respectivamente, de superação do ideal moderno submetido à racionalidade técnica atrelada a ideologia, bem como do império positivista das primeiras construções jurídicas modernas. Nesse cenário de emergência, o pensamento proposto pelo jusfilósofo é recepcionado como uma construção teórica adequada para resolução do grande nó górdio do direito na contemporaneidade, qual seja, a colisão dos direitos fundamentais. Todavia, esse estudo proporciona um libelo à vertente teórica erigida, pois se visualiza que ainda permanece na diretriz alexyana referências que se ajustam à perspectiva ligada aos vetores modais entendidos como solapados pela reviravolta lingüística e pós-positivismo, ou seja, presos a referenciais, sinteticamente, da filosofia da consciência, da racionalidade técnica e da discricionariedade julgadora. Assim, busca-se uma blindagem a uma postura discricionária na aplicação dos princípios, em prol para uma decisão comunicativamente, de fato, racional que se coaduna com o respeito a garantias dos princípios de direitos fundamentais e a separação de poderes que dão a natureza de um Estado como Democrático de Direito, objetivando-se demonstrar que o respeito ao Estado Democrático de Direito e as alicerces que os fundamentam necessitam de uma teoria dos princípios a partir dos pressupostos fundamentais da intersubjetividade da ética do discurso em Habermas, basicamente, o princípio de universalização 'U', o princípio do discurso 'D', e também o entendimento intersubjetivo que deve ocorrer no agir comunicativo, em que o processo de entendimento mútuo, numa racionalidade dialógica, pode levar a um acordo consensualmente reflexivo. Ajunta-se a esse entendimento a necessidade de complementaridade por uma perspectiva tópico-problemática em insinua, positivamente, um deslocamento de partida da compreensão Jurídica.

Palavras-chave: técnica – ideologia – ponderação - correção discursiva - tópica.

ABSTRACT

This study seeks to undertake a critical analysis of the weighting technique developed by Robert Alexy. The construction of this theory finds a fertile soil in the language-argumentative paradigm and the post-positivism, while models, respectively, of overcoming the modern ideal subject to technical rationality tied to ideology and positivist empire of first modern legal schools. Thought proposed by the philosopher of law is approved as a theoretical construct suitable for solving the great question of law, in contemporary times, namely the collision of fundamental rights. However, this study provides an indictment of the theoretical model raised, because the Alexy's guideline still remains with references that fit the perspective linked to the vectors, that bind to referentials, synthetically, of Consciousness's Philosophy, of technical rationality and of discretion of judges, exterminated by the linguistic turn and post-positivism. Thus, the research seeks a shield to a discretionary approach, in applying the principles, in favor to rational decision, communicatively, which is consistent with respect to guarantees of fundamental rights and the separation of states' powers that give a nature of a state as a democratic, aiming to demonstrate that respect for the democratic rule of law and the foundations needs a theory of principles from the fundamental assumptions of intersubjectivity of discourse ethics in Habermas, basically, the principle of universalization 'U', the principle speech 'D', and also the intersubjective understanding that must occur in communicative action, in that the process of mutual understanding, in a dialogical rationality, can lead to a reflexive consensually agreement. Added to this understanding the fact that is necessary a complementary perspective based in a topical vision that implies a change in the starting point of legal comprehension.

Keywords: technique - ideology - weighting - correction discursive - Topical

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 PANORAMA DA CIÊNCIA NA MODERNIDADE	18
2.1 TÉCNICA E IDEOLOGIA	20
2.2 A TÉCNICA E O DIREITO	28
3 REVIRAVOLTA PARADIGMÁTICA	38
3.1 A GUINADA LINGUÍSTICA	38
3.2 AGIR COMUNICATIVO E ÉTICA DISCURSIVA	42
3.3 A SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO: O PÓS-POSITIVISMO E O IMPÉRIO DOS PRINCÍPIOS	50
3.3.1 O modelo dos princípios de Ronald Dworkin	54
4 TEORIA DISCURSIVO-ARGUMENTATIVA DE ROBERT ALEXY	59
4.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	59
4.2 TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA	61
4.2.1 Argumentação geral	63
4.2.2 Argumentação jurídica	67
4.3 TEORIA DOS PRINCÍPIOS	75
4.3.1 Máxima da Proporcionalidade	81
4.3.2 Técnica de Ponderação	83
4.4 A REPRISTINAÇÃO IDEOLÓGICA DA TÉCNICA DE PONDERAÇÃO: A NECESSIDADE AINDA DE UMA CRÍTICA	85
5 NOS TRILHOS DE UMA ÉTICA DISCURSIVA: A COMPLEMENTARIDADE POR UM MODELO TÓPICO-PROBLEMÁTICO	101
6 CONCLUSÕES	109
REFERÊNCIAS	112

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva um exame crítico da técnica da ponderação, utilizada na teoria dos princípios (entendidos como direitos fundamentais) de Robert Alexy, como instrumento racional para resolução das questões jurídicas, bem como sua adequação.

No primeiro capítulo, inicio esse estudo com um percurso que almeja, primeiramente, voltar o olhar àquele sentido de técnica que é desenvolvido - e atualmente sobrevive - na modernidade. O desabrochar racional possibilitou o sujeito se destrinchar das amarras teológicas e acenou para a construção de uma sociedade que encontrasse seu fundamento corretivo na autonomia da razão. Ao mesmo tempo, as camadas revolucionárias, que engendraram a edificação de uma sociedade de direitos e deveres, viram na antítese religiosa, a ciência propriamente dita, um relevante arsenal para dar lógica às estruturas estatais. À época, as ciências da natureza gozavam do privilégio como saber pela sua exatidão no resultados, pois a partir do descobrimento da fórmula que rege o fenômeno guiado por causas e consequências, seria possível controlar, a favor do ser humano, a natureza e, desse modo, alcançar o cumprimento das promessas de uma vida boa da modernidade. A essa “perícia” atribui-se o nome de técnica que, diferente dos antigos¹, funcionaria como um método em que se buscariam resultados desejosos. A ideia de uma investida científica já estava atrelada a interesses que declaram quais descobertas devem ser realizadas, ou seja, o que se há é a preocupação teleológica do saber.

Esse modo de ser própria das ciências naturais trafegou, de início tranquilamente, para o terreno do ora senso comum ou ciências humanas. Aplicada ao terreno humanístico ensejou um positivismo científico no qual a técnica se situava como dogma, uma rígida verdade metafísica que se denota como neutra, por ser “matematizável”, mas é subsidiada por interesse inconfesso que direciona a certo resultado. A mistificação da técnica, como um modo de ser vivido numa conjuntura boa, remete os destinatários à

¹ “[...] encontraremos a *techné*, que era um saber voltado para a produção/aplicação, isto é, ‘saber daquilo sobre cuja base é possível fabricar’. [...] Como afirma Heidegger, a técnica para os gregos não está relacionada, apenas, à ‘palavra do fazer na habilidade artesanal, mas também do fazer na grande arte e das belas-artes’, o que a produção algo poético, diferenciado-se significativamente da técnica moderna onde a tônica é o fazer a partir de uma reprodução não criativa” CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: Uma Teoria Dialógica do Direito**. Livraria do Advogado, 2011, pp. 35-36.

filiação a uma ideia, em precisos termos marxistas, a um sistema que, de fato, é uma função de um processo absolutamente material, imergida na individualidade privatista econômica; a ideologia.

A técnica enquanto ideologia deve ser vista como a marcha laboral de Fritz Lang em “Metrópolis” e, sugestivamente, compreendida como um supercomando classista dominante que adentra, de modo sutil, os corpos a realizarem a ação que resulte em satisfação individualista do operante. O imperativo simbólico refrata o escamoteado interesse privatista e impede o submetido a vislumbrar a realidade, nesse caso entendida como totalidade das referências mundanas vividas. Mesmo na difusa contemporaneidade, a lógica mercantil habita a possibilidade de dogmatizar tecnicamente a alternativa crítica como um aparato para auferimento.

Assim, a relação entre técnica e ideologia se correlaciona com as técnicas de interpretação durante o transcurso histórico desenvolvido pelas escolas jurídicas que, de forma submetida ou crítica, não saíram do vicioso círculo aporético do Positivismo. Esse paradigma se estrutura na, como já mencionada, ideia de ciência, saber tomado como relevante para a sociedade por verdades absolutas, atrelada às ciências da natureza, bem como, na razão totalizante do sujeito cognoscente da modernidade e na concepção designativa da linguagem, que se interpõe como uma terceira coisa entre sujeito e objeto.

No segundo capítulo, será referida a relevância da reviravolta do paradigma da filosofia da consciência para filosofia da linguagem que ressimbolizou a relação vertical de conhecimento para uma perspectiva do horizontal, ou seja, o centralismo do saber no *logos* do indivíduo, que se projeta o tráfego comunicacional com o passivo objeto, perde lugar com um dorsal saber sempre já simbolizado àquele sujeito racional. A linguagem insere-se como manancial e condição de possibilidade para compreensão, por isso, que o agir linguisticamente se encontra nela docilmente submetido. Aos sujeitos que agem, a ação se desenvolve desde já em um duplo pólo lingüístico que lhe subsidia repertórios pré-reflexivos e, concomitantemente, referenciais predicativos. Nesse sentido, esse agir comunicativo se direciona a uma abordagem discursiva para resolução das questões prático-morais se forma satisfatória.

No campo do direito, o cepticismo em face do modelo das regras jurídicas possibilitou uma mudança metodológica no qual se reavaliou como a imbricada relação entre direito e moral, bem como resgatou os vetores axiológicos para o campo jurídico. Os princípios surgem como diretrizes que trazem para o campo impositivo das leis a moral exilada pelo domínio positivista. Assim, as construções desenvolvidas em torno de um modelo que abarca regras e princípios se encontram como viáveis nesse paradigma pós-positivista, principalmente, a teoria dos princípios desenvolvida por Ronald Dworkin no debate crítico com o positivismo normativista de Herbert Hart.

Assim, além de enunciar a mudança paradigmática ocorrida na filosofia e no direito, imprimem-se, nesse capítulo, nas margens as premissas epistemológicas na qual se encontra a mais marcante fundamentação teórica do presente estudo.

No terceiro capítulo, após o desenvolvimento das premissas conceituais e principais referências metodológicas, o clímax do trabalho será discutido diretamente. O exame crítico se procederá, primeiramente, com um esboço analítico da teoria da argumentação jurídica, haja vista sua relevância no pensamento de alexyano, pois essa é compreendida como sustentáculo de fundamentação das sentenças normativas, que dizem respeito a sua teoria dos princípios, na qual, são entendidos os princípios como mandados de otimização que devem ser realizados no maior grau possível em face das possibilidades fáticas e jurídicas. Desse modo, no caso de colisão normativa, os princípios são cumpridos escalonadamente pelo intérprete diante do caso concreto a partir da técnica de ponderação. Essa concepção de princípio, que se deve compreender sobre direitos fundamentais, acena para cominação mensurada dos vetores normativos. Destarte, pretende-se apresentar a insuficiência da teoria dos princípios de Alexy, problematizando a sua concepção de princípio e a sua opção metodológica de emprego da técnica de ponderação, compreendida como instrumento racional de solução de conflitos normativos, especificamente, de direitos fundamentais. Posteriormente, aplicar-se-á a narrativa analítica ao modelo dos princípios. Diante da exposição do paradigma pós-positivista da teoria discursivo-argumentativa de Robert Alexy, num terceiro momento, far-se-á um confronto com os vetores que guiam a Ética do Discurso.

A crítica se levantará, de início, na acepção das éticas discursivas à teoria da argumentação de Alexy, demonstrando a confluência e distância entre elas. Consequentemente, a teoria dos direitos fundamentais nos moldes alexyanos será posta em discussão pela arquitetura de uma teoria do direito sob a égide do modelo discursivo de Habermas. Nesse sentido, retoma-se a teoria dos princípios proposta por Dworkin na qual a distinção entre regras e princípios e o modo que a aplicação das citadas espécies normativas. Juntamente a isso, buscando contornar e contrapor esse problema de aplicação dos princípios na teoria alexyana, faz-se necessário trabalhar com a proposta discursiva elaborada por Klaus Günther de discurso de fundamentação e discurso de aplicação. Essas propostas encontram no pensamento habermasiano uma teoria do discurso que impõe a necessidade de pensar o direito sob o prisma da reviravolta linguística ocorrida na filosofia, em que a linguagem passa a ser entendida como constituição do indivíduo num mundo, de onde ele sempre fala e se conduz. A partir noção de ruptura paradigmática, o projeto da ética discursiva habermasiana, inserida no âmbito do direito e, especialmente, na aplicação dos direitos fundamentais, coaduna-se com o horizonte sinalizado pela compreensão de Estado Democrático de Direito, bem como agrega-se a invasão do pensado na linguagem, além de preocupar-se com o substrato ético da conduta humana no âmbito do Direito. Além disso se acena para uma blindagem a uma postura axiológica eventual contramajoritária na aplicação dos princípios, em prol de uma decisão comunicativamente, de fato, racional que se coaduna com o respeito a garantias dos princípios de direitos fundamentais e a separação de poderes que dão a natureza de um Estado como Democrático de Direito.

Assim, objetiva-se demonstrar que o respeito ao modo de Estado e as alicerces que os fundamentam necessitam de uma teoria dos princípios a partir dos pressupostos fundamentais da intersubjetividade da ética do discurso em Habermas, basicamente, o princípio de universalização 'U', o princípio do discurso 'D', e também o entendimento intersubjetivo que deve ocorrer no agir comunicativo, em que processo de entendimento mútuo, numa racionalidade dialógica, pode levar a um acordo consensualmente reflexivo.

No quarto e último capítulo, o espaço será reservado para justificar a continuação do pensamento sob o prisma da ética discursiva, tendo em vista a crítica proferida por matrizes ligadas à hermenêutica. Nesse sentido, partindo da construção do programa discursivo, salienta a necessidade de complementaridade do programa com uma guinada no ponto de partida da compreensão jurídica com um modelo problemática do direito que visa sua interação com o sistema. É nesse sentido que se vislumbra o presente trabalho atrelado com o ideário discursivo, todavia preocupado com uma complementação tópica para se projetar de forma adequado no que concerne à aplicação normativa.

“Então a solução é matá-lo para prevenir um crime que poderá nunca vir a tentar cometer? Se fizermos isso, estamos a dizer que não há esperança. As leis estão mortas, já não há civilização”, argumentou a personagem Dale contra a condenação de morte a um prisioneiro, e continuou: “Trata-se da vida de um rapaz. E isso vale mais do que cinco minutos de conversa”. Em um cenário pós-apocalíptico, Dale dar razões para que a vida do prisioneiro prevaleça, por mais perigoso que ele possa representar para o grupo, bem como tenta convencer a esse e seu líder Rick sobre o valor da vida de uma pessoa. O grupo inclina-se pela decisão do líder de executar o custodiado. Os concernidos capazes discutiram sobre a viabilidade de conferir o direito à vida, individualmente, e, ao mesmo tempo, blindar qualquer possibilidade de violação desse direito da comunidade; todavia, as opções derrocavam-se em objetivação do corpo físico, e, mesmo assim, a desconfiança de o prisioneiro poder a vir cometer o ilícito.

O desfecho desse diálogo decisório não cabe aqui, mas o conteúdo narrado no épico pós-moderno “The Walking Dead” levanta questões, que transportadas para essa quadra da história, seriam discutidas no campo da colisão de direitos fundamentais. Ademais, falar atualmente de direitos fundamentais é também se inserir na discussão sobre a resolução racional de conflito normativo que não podem perder sua validade normativa por configurarem um dos requisitos básicos para o entendimento do Estado como Democrático de Direito.

A aplicação/interpretação jurídica se coloca como o instante de suma importância para a Ciência do Direito. O debate acerca de decisões que versam sobre direitos

fundamentais traz alusão à decidibilidade de conflitos práticos e remonta à discussão sobre os chamados casos difíceis, principalmente, no que tange à possibilidade de respostas corretas no âmbito do Direito. A referência à “correção” enuncia a necessidade de justificação de proposições normativas quando, em discursos práticos, por meio lógica da argumentação, pretendem pragmaticamente conferir validade a essas sentenças normativas. Essa validade significa para a norma de decisão uma consonância com aquilo que se reconhece universalmente, tendo em vista a diretriz normativa gozar de assentimento racional daqueles a quem ela se destina.

Em numerosos momentos, é possível se servir da máxima da prudência e do julgamento quase salomônico para se atribuir correção a um ato decisório sob apelos contingenciais e compensações normativas. O movimento se dirige na tentativa de combater injustiças materiais e ajustar descompassos que possam existir no instante aplicativo do Direito; assim, com a finalidade de alcançar a justiça, o intérprete/aplicador se embasa. Entretanto, nessa quadra da história, a justificação de sentenças deve estar atrelada não a convicções solipsistas, mas a critérios que se mostrem racionais para os destinatários do comando jurídico; nesse jogo procedimentalmente discursivo, os juízos decisórios têm de encontrar um compartilhamento de padrões que possam ser aduzidos como aparatos fundamentadores, tendo em vista a impossibilidade de deduções entre fato e regra, diante dessa concretude casuística dos fenômenos práticos jurídicos.

As tentativas epistemológicas giram em torno de se encontrar, ambigualmente, a justeza dos casos. Assim, a radicalidade das regras perderia espaço para modelos normativos que não se encerram em enunciados prescritivos, mas que pudessem ser interpretados à luz do caso que se apresenta. Desse modo, objetiva-se contornar a discricionariedade interpretativa daquele que diz o direito, ou seja, o juiz, bem como reduzir o espaço entre teoria e prática e concretizar a justiça no caso concreto. Essa postura teórica é fruto da virada principiológica acontecida no direito, em que se buscou atentar mais para a faticidade do caso para daí promover a efetivação do direito, de forma que, essa aplicação normativa não se desse sob a subjetividade daquele que julga. Imperiosas se tornam decisões que se possa fundamentar de forma racional.

Destarte, o caminho sugerido por uma teoria dos princípios viabilizou, conteduisticamente, a constituição de o teor axiológico no âmbito do direito, bem como

um modo diferenciado da aplicação desses vetores, distantes da lógica dedutiva voltada às regras; passou-se a compreender que a singularidade das normas-princípios carecia de uma mensuração dos vetores que se põem em rota de colisão, em outras palavras, a ponderação.

A ponderação demonstraria que a decisão jurídica segue uma técnica estruturada analiticamente que se coloca como uma justificativa racional. A técnica da ponderação resulta de uma lei aplicada a resolução de conflito normativos entre princípios de modo que se preserve o arranjo estrutural dessas normas e, ao mesmo tempo, possa conferir uma resposta correta ao caso posto a resolução.

Todavia, a técnica da ponderação não exime o julgamento moral-prático da abertura discricionária, pois o aplicador/intérprete, de fato, utiliza-se da mencionada técnica para, simbolicamente, enuncia o caráter racional da decisão aos destinatários. Ademais, ponderar é mensurar dois valores que se encontram em colisão, escolher como se realiza esse cálculo para se ter o ponto médio dos extremos, diante de cada situação, requer escolhas. A questão é que as opções são escolhidas pelo julgador que blinda estrategicamente seu subjetivismo com lei vinculada à lógica racionalista, que objetiva “matematizar” o incalculável. Desse modo, cabe um estudo crítico dessa proposta epistemológica.

2 PANORAMA DA CIÊNCIA NA MODERNIDADE

“Para nós, o problema não é ter nosso desejo satisfeito, ou não. O problema é saber o que desejamos”.

(Slavoj Žižek)

A noção de técnica, na contemporaneidade, está ainda diretamente relacionada ao paradigma moderno de racionalidade científica fundado nas ciências da natureza, isto é, há uma continuidade no pensamento atual da abordagem sob os vestígios herdados dos tempos do *Aufklärung*.

A partir da reviravolta da ciência no séc. XVI, o saber se pauta pela necessidade de explicação racional do mundo pelo homem, em vez de uma compreensão ontoteológica dos objetos, bem como do decantamento valorativo do sujeito para a produção pura do conhecimento científico. Essa idéia de afastamento da perspectiva subjetiva do indivíduo acena para possibilidade de descrição dos objetos enquanto eles mesmos, ou seja, a razão humana processa a verdade das coisas por um caminho que promova a verdade dos seres, sem que a particular visão daquele que analisa possa conspurcar a estabilidade do sentido alcançado sobre algo.

Nesse sentido, o paradigma epistemológico que melhor atende a esse padrão de conhecimento é aquele correspondente às ciências naturais. As ciências naturais têm por objeto os fenômenos da natureza, que ocorrem faticamente sob a lógica da causa e efeito e acontecem independentemente do homem; assim, a natureza encontra-se concebida como *khosmos* que se coloca ao lado do ser-humano. Desse modo, tem-se uma dicotomia no campo do conhecimento com a bifurcação do que se entende como ciência propriamente dita, ciência da natureza, e senso comum, conhecimento humano.

O conhecimento científico “propriamente dito” toma o objeto estável, para dali retirar a lógica que corresponde àquele fenômeno, a sua operacionalidade, ou seja, determinar as regras que ordenam o mundo natural, promovendo-as à categoria de método para,

assim, estabelecer um critério geral de conhecimento de certo objeto. Conforme afirmação de Descartes:

Entendo por método regras certas e fáceis, que permitem a quem “exatamente” as observa nunca tomar por verdadeiro algo de falso e, sem desperdiçar inutilmente nenhum esforço da mente, mas aumentando sempre gradualmente o saber, atingir o conhecimento verdadeiro de tudo o que será capaz de saber².

A formulação geral de conhecimento sob a égide das ciências naturais possibilitou um consenso sobre as premissas a serem utilizadas na pesquisa científica e, conseqüentemente, uma certeza sobre o objeto do conhecimento. “As ciências modernas geram, em conseqüência, um saber que é, segundo sua forma (e não segundo a intenção subjetiva) um saber tecnicamente aproveitável, embora de modo geral as chances de aplicação só se mostrem posteriormente”³.

Contrariamente, por não culminar numa unidade metodológica e não cingir o cientista dos valores que orientam seus atos, o saber humano foi concebido primeiramente como o conhecimento não-científico, isto é, o senso comum. O conhecimento do homem é instável e varia de acordo com os pré-conceitos que esse tem e do momento histórico-temporal que se encontra, além da falta de acordo de perspectiva entre os indivíduos sobre certo objeto; desse modo, a verdade é sempre mutável e não se insere em nenhum rigor metodológico para se ter alguma premissa que leve a uma certeza sobre o fato.

Portanto, com intuito de alcançar o patamar de “ciência”, o conhecimento humano passou a adotar a lógica das ciências da natureza para fundamentar a produção do saber, isto é, tomou o paradigma mecanicista⁴ como premissa para investigação do fato social.

²DESCARTES, René. **Regras para a direção do espírito**. Textos Filosóficos. Edições 70, [1989], p.24.

³ HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e Interesse**. In: **Os Pensadores. Textos Escolhidos. Benjamin, Adorno, Horkheimer, Habermas**. Ed. Abril, 1980, p.327.

⁴ Cabe elucidar que o modelo mecanicista aplicado às ciências sociais foi aceito de maneira diversa. Conforme Boaventura de Sousa Santos, pode-se, sinteticamente, entender duas vertentes: uma que adota estritamente os padrões lógico-rationais das ciências naturais, a outra consiste em formular um horizonte de embasamento teórico próprio das ciências da natureza, ou seja, algo que não se relacione com os padrões desse tipo de conhecimento, mas que seja próprio daquilo que se propõe investigar. Para melhores explicações, Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa **Um Discurso sobre as Ciências**. Edições Afrontamento, 2002, pp. 19-23.

Por ser uma lógica de resultados, a noção do determinismo acentua a possibilidade de alterar as premissas para se ter um determinado resultado, dito de outra maneira, a lei universal que rege os fenômenos quando alterada em certo termo provoca outra conseqüência; daí, a necessidade de uma perícia funcional para direcionar o resultado querido pelo sujeito. Desse modo, surge a importância da técnica para viabilizar racionalmente um resultado desejado, “onde a busca do conhecimento estará atrelada a uma aplicação e, conseqüentemente, comprometida com os interesses que giram em torno dos fins propostos”⁵.

2.1 TÉCNICA E IDEOLOGIA

A técnica emerge como instrumento lógico da ciência para controle da natureza e viabilizar conceitos gerais, concebidos como critérios cosmológicos, sob o manto da pureza psicológica de quem produz, cientificamente, o conhecimento⁶. Contrariamente ao sentido emancipador, nesse cenário, segundo Habermas,

A razão encolhe-se, reduzindo-se ao aspecto formal, fazendo a racionalidade dos conteúdos depender somente da racionalidade dos procedimentos, de acordo com os quais se tenta resolver problemas – problemas empíricos e teóricos na comunidade dos pesquisadores e no empreendimento organizado das ciências; problemas prático-morais da comunidade dos cidadãos de um Estado democrático e no sistema do direito: a validade dos conteúdos volatiliza-se na validade dos resultados.⁷

A lógica mecanicista-positivista, tanto no campo da natureza quanto no campo social, é direcionada pela técnica científica que, por sua vez, é co-originária ao interesse que move a consecução do resultado. Assim, interesse e saber são mutuamente conexos.

A pulsão que move o sujeito para alguma coisa, nesse caso para produção de certa conseqüência, isto é, aquilo que conduz o indivíduo a produção de determinado

⁵ CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: Uma Teoria Dialógica do Direito**. Livraria do Advogado, 2011, p.43.

⁶ “A orientação em direção à manipulação tecnológica extensivamente utilizada na vida prática como um elemento emancipatório da coerção naturalista, define uma postura específica, segundo a qual somente podemos apreender a realidade como um dado”. HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e Interesse**. In: **Os Pensadores. Textos Escolhidos. Benjamin, Adorno, Horkheimer, Habermas**. Ed. Abril, 1980, p.308.

⁷ Idem. **Pensamento Pós-Metafísico: Estudos Filosóficos**. Tempo Brasileiro, 1990, p.44.

conhecimento está diretamente relacionada com o horizonte de possibilidades inseridos no contexto histórico em que se encontra. Esse conhecimento reifica-se a partir da projeção existencial do indivíduo num ponto historial que lhe fornece subsídios gramaticais para interação.

O projeto subjetivo do indivíduo, e este só se identifica como tal pela diferença com o outro, direcionado pela libido humana, faz-se realizável com a otimização do projeto do outro; “a natureza presente do indivíduo, na forma de libido, desvincula-se do âmbito funcional da autoconservação orientando-se para fins sociais”⁸.

A renúncia do desejo solipsista encontra guarita no universalismo comunitário, haja vista a conjuntura histórica estabelecer uma unidade harmônica à variabilidade de idéias dos sujeitos com a finalidade de estruturar, organizadamente, as ações desses no convívio entre si para além da inclinação individual⁹.

Essa estruturação de idéias, que sinalizam sob qual interesse coletivo a comunidade se movimenta, forma a tradição, inconscientemente autêntica, que os sujeitos almejam como diretrizes orientadoras. Como bem salienta Habermas:

Sem dúvida, tanto agora como antes, os interesses sociais determinam a direção, as funções e a rapidez do progresso técnico. Mas esses interesses definem o sistema social como um todo, a tal ponto que eles recobrem com o interesses pela manutenção do sistema. A forma privada da valorização do capital e a existência de uma chave de distribuição das compensações sociais, que sirva como garantia da fidelidade, permanecem, *como tais*, fora de discussão. O que parece então como variável independente é um progresso quase autônomo da ciência e da técnica, do qual depende, de fato, a mais importante variável singular do sistema, a saber, o crescimento econômico. Resulta daí uma perspectiva na qual o desenvolvimento do sistema social parece ser determinado pela lógica do progresso técnico-científico¹⁰.

A estruturação, de maneira organizada, resgata a noção estática de um mundo ordenado racionalmente que delimita os campos de ações de cada indivíduo na comunidade social. Portanto, a existência do sujeito se encontra condicionada pelas

⁸ HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e Interesse. In: Os Pensadores. Textos Escolhidos. Benjamin, Adorno, Horkheimer, Habermas.** Ed. Abril, 1980, p.309.

⁹ “[...] renunciamos a nossa substância, sacrificamos a nossa espontaneidade natural, para obter em troca o domínio sobre a natureza. O próprio pensamento lógico, que zomba do sacrifício mítico ‘externo’, faz um sacrifício ainda mais radical: o sacrifício ‘internalizado’ da própria essência do eu”. ZIZEK, Slavoj. **Eles não sabem o que fazem. O sublime objeto da ideologia.** Jorge Zahar Editor, 1992, p.38.

¹⁰ HABERMAS, op.cit, p. 331.

limitações e imposições de projetos historicamente dados que a razão técnica determina como melhores resultados objetivamente alcançados ¹¹.

Essas “condicionantes” são incisivas no sujeito que age agir irreflexivamente com vista às finalidades postas, ou melhor, a ação humana é destituída de qualquer libido que funcionaria como uma posição crítica ao projeto social ideologicamente absorvido. A ideologia pode ser entendida, primeiramente ¹², conforme enuncia o filósofo Slavoj Žižek:

Entonces, para comenzar, tenemos a la ideología “en sí”: la noción inmanente de la ideología como una doctrina, un conjunto de ideas, creencias, conceptos y demás, destinado a convencernos de su “verdad”, y sin embargo al servicio de algún interés de poder inconfeso ¹³.

Nesse sentido, a técnica enquanto ideologia deve ser entendida como um arquétipo aparentemente autêntico que obscurece o imperativo verdadeiro. Consequentemente, ocorre que a ordem de adestramento é camuflada por um comando convergente ao repertório cultural consistente à tradição. O discurso fantasmagórico estrutura, com precisão, a forma analítica do agir ideológico no qual o sentido oculto fomenta uma ilusão refratária no sujeito, impedindo que esse possa simbolizar a miragem enquanto ideologia.

¹¹ “Essa tese da tecnocracia foi desenvolvida no plano científico em diferentes versões. O que me parece mais importante é o seu poder de penetrar, enquanto ideologia de fundo, na consciência da massa despolitizada da população, e de gerar força legitimadora. A atuação específica dessa ideologia é a subtrair a autocompreensão da sociedade tanto no sistema de referência do agir comunicativo como dos conceitos de interação simbolicamente mediatizados, substituindo-a por um modelo científico. Nessa mesma medida, entra, no lugar de uma autocompreensão culturalmente determinada de um mundo do viver social, a autocoisificação do homem sob as categorias do agir racional-com-respeito-a-fins e do comportamento adaptativo”. HABERMAS, Jürgen. **Técnica e Ciência enquanto “Ideologia”**. In: **Os Pensadores. Textos Escolhidos. Benjamin, Adorno, Horkheimer, Habermas**. Ed. Abril, 1980, pp. 331-332

¹² O filósofo hegeliano examina a ideologia sob um triplo prisma: “Por esa razón, parece preferible comenzar con un abordaje diferente, sincrónico. Em relación con la religión (que, para Marx, era la ideología por excelência), Hegel distinguía tres momentos: la *doctrina*, la *creencia* y el *ritual*, resulta tentador disponer la multitud de nociones asociadas al término ‘ideología’ alrededor de estos tres ejes: la ideología como complejo de ideas (teorías, convicciones, creencias, procedimientos argumentativos); la ideología em su apariencia externa, es decir, la materialidad de la ideología, los Aparatos Ideológicos de Estado (AIE); y, finalmente, el terreno más elusivo, la ideología ‘espontânea’ que opera en el centro de la ‘realidad’ social en si (es altamente cuestionable si e término ‘ideología’ es en alguna medida apropiado para designar este terreno: un buen ejemplo de esto es el hecho de que, en relación con el fetichismo de la mercancía, Marx nunca haya utilizado el término ‘ideología’)” ŽIŽEK, Slavoj. **Ideología. Um mapa de La cuestión**. Disponível em: <http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/zizec01.pdf>. Acesso em: 02 de Dezembro de 2011, p.3.

¹³ Ibidem, p.4.

Tomando como objeto de exemplo o colorido filme “Avatar” de James Cameron, pode-se constatar, imediatamente, um evidente discurso emancipatório de viés antiimperialista, multicultural e terceiro-mundista. Todavia, criticamente, por baixo dessa aparente transgressão da cultura hegemônica, insinua-se, nas margens cinematográficas, a fixação do mito da superioridade do branco boreal, pois, apesar da postura pró-naturalismo *new age*, a comunidade subdesenvolvida necessita do sujeito do norte para resistir às forças colonizadoras. Mesmo esse revolucionário sendo insignificante na tradição dominante, ele denota o arsenal de excelência da população tribal dos Na’vi; a propósito, a mesma conclusão digressionista atinge a personagem representada por Tom Cruise no “Último Samurai”. Porventura, a dominação de Turok, figura animalesca que apenas cinco Na’vi conseguiram subjugar, configura para o humano Jake o profético ritual falocêntrico da própria designação como macho-alfa e, obliquamente, a supremacia do paradigma extratropical.

O próprio agir é ideológico e entendido como forma de vida dominada por fins estrategicamente encobertos por uma aparente técnica objetiva, existe um significado inconfesso no discurso oficial. Esse aparato técnico funciona como um agir racional-com-respeito-a-fins¹⁴, vincula-se a regras próprias do saber empírico, utilizando-se da lógica descritiva das ciências mecanicistas para evidenciar a veracidade da ação, bem como se atrela a interesses prontamente aceitos e repetidos pela coletividade comum. De modo germinal, o jovem Marx e Engels declararam:

Os pensamentos da classe dominante são também em todas as épocas, os pensamentos dominantes; em outras palavras, a classe que é o poder material dominante numa determinada sociedade é também o poder espiritual dominante. A classe que dispõe dos meios de produção material dispõe também dos meios de produção intelectual de tal modo que o pensamento daqueles aos quais são negados os meios de produção intelectual está submetido também à classe dominante.¹⁵

O papel da teoria crítica nessa noção de técnica enquanto ideologia corresponde àquilo que Zizek denomina de “*lectura de sintomas*” em que “el objetivo de la crítica es

¹⁴ “O agir racional-com-respeito-a-fins realiza objetivos definidos em condições dadas; mas, ao passo que o agir instrumental organiza os meios adequados ou inadequados segundo os critérios de um controle eficaz da realidade, o agir estratégico só depende de uma avaliação correta das possíveis alternativas do comportamento, que resulta exclusivamente de uma dedução feita com o auxílio de valores e de máximas”. HABERMAS, Jürgen. **Técnica e Ciência enquanto “Ideologia”**. In: **Os Pensadores. Textos Escolhidos. Benjamin, Adorno, Horkheimer, Habermas**. Ed. Abril, 1980, p. 321.

¹⁵ MARX, Karl & ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã**. Martins Fontes, 2001, p.48

descubrir la tendencia no confesada del texto oficial a través de sus rupturas, sus espacios en blanco y sus deslices”¹⁶.

Todavía, não se pode continuar a compreender o ideológico apenas como comunicação distorcida de um conteúdo latente que nos constringe de modo dócil; que, ao recalcar a pulsão crítica dionisíaca, nos inclina, conseqüentemente, a um estágio egocêntrico de estruturação apolínea. Nem mesmo a crítica pode ser entendida como lugar privilegiado que proporciona ao sujeito contornar o turvo horizonte e alcançar o real em absoluto, ou seja, uma posição assintomática, na qual haveria o indivíduo “‘in-diviso’, não dividido, o que equivale a dizer: sem inconsciente, não assujeitado ao processo de recalçamento, um indivíduo que já não fosse dominado por sua própria substancia psíquica alienada e reificada”¹⁷.

A idéia corrente de acesso direto ao conteúdo verdadeiro sem o manto falso do real desconsidera o fato de a verdade ser enunciada numa gramática estruturada discursivamente; não há elementos extradiscursivos que possibilitem o teor dissimulado se manifestar, mas a gramática compartilhada, que estrutura a comunicação ideológica, constitui a possibilidade da crítica a partir dos vestígios do discurso técnico¹⁸. Portanto, “la noción misma de un acceso a la realidad sin el sesgo de dispositivos discursivos o conjunciones con el poder es ideológica”¹⁹.

Por outro lado, para além de uma crítica ortodoxa, pode-se avançar numa análise da ideologia no eixo da continuada crise paradigmática da modernidade. O desenraizamento do eclipse teológico e a fundação de uma autonomia epistêmica dos saberes proporcionaram uma fecunda inter-relação cognitiva que culminou numa horizontalidade racional; assim, não há um modelo unidimensional do conhecimento, mas uma pluralidade cognitiva. Portanto, pode-se declarar que inexiste na contemporaneidade ideologia que não possa ser revista por um posicionamento crítico

¹⁶ ZIZEK, Slavoj. **Ideología. Um mapa de La cuestión**. Disponível em: <http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/zizec01.pdf>. Acesso em: 02 de Dezembro de 2011, p.4.

¹⁷ Id.. **Eles não sabem o que fazem. O sublime objeto da ideologia**. Jorge Zahar Editor, 1992, pp. 20-21.

¹⁸ “É impossível que uma tomada de consciência se efetue de outra forma que não através de um código ideológico”. RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**. Francisco Alves Editora, 1990, p. 71.

¹⁹ ZIZEK, op.cit, p.5.

que agrega uma fusão de estilos científicos, possibilitando, desse modo, uma compreensão satisfatória do imperativo recalçador.

Contudo, essa posição crítica não se deve colocar ingenuamente frente ao paradigma técnico instituidor, tendo em vista, sobretudo, peculiar capacidade de esse se reinventar; como bem sinaliza a personagem Erick Packer do contemporâneo filme do David Cronenberg “Cosmópolis”, ao associar o mesmo princípio do anarquismo ao do capitalismo: “a ansiedade de destruir é algo criativo”²⁰. Nesse sentido, atuais são os ensinamentos de Max Horkheimer:

Os instrumentos de poder não perderam a eficácia que tinham nos tempos da penitência e da retratação de Galileu; o que estes aparelhos tinham de atrasado no século XIX, em relação a outras maquinarias, foi amplamente recuperadas nas últimas décadas. Aqui o fim de um período histórico aparece também como o retorno ao início, num grau mais elevado²¹.

Desse modo, é possível compreender uma mudança fenotípica do processo ideológico sem se desvincular de seu padrão estrutural, ou seja, aquela conflituosa relação entre ideologia e crítica se coloca na contemporaneidade de um modo em que o processo censor não mais impõe limites de pulsões, mas reconhece o posicionamento resistente como um material valioso a ser configurado sob um padrão teleológico, tendo em vista a fragmentação racional crítica num estágio estético e relativista.

Aqui cabe uma breve digressão cognitiva. O movimento eco-vegetarianista se pôs crítico ao modelo tecnocrata de produção de alimentação com animais, utilização de agrotóxicos e substâncias industriais, propondo um projeto alternativo a esse paradigma técnico; conseqüentemente se fez notória a inserção e progressiva aceitação de gêneros alimentícios com o selo “verde e saudável”. Não desconsiderando as importantes conquistas político-culturais promovidas pela onda verde, há de se pontuar que esse manancial revolucionário se adequou à lógica do mercado, reificando-se em produto fetichizado em mais-gozar; em outros termos, a comercialização industrial de artefatos com o selo orgânico é enquadrado como modo de produção cultural regida por agir ligado a certo fim ideologicamente posto, transformando-se em

²⁰ CRONENBERG, David. **COSMÓPOLIS**. Alfama Filmes. Prospero Pictures. 2012. 1 DVD (37min 50s). son., color. Legendado. Port.

²¹ HORKHEIMER, Max. **Filosofia e Teoria Crítica**. In: **Os Pensadores. Textos Escolhidos**. Benjamin, Adorno, Horkheimer, Habermas. Ed. Abril, 1980, p.161.

uma manufatura “alternativa” a ser consumida como qualquer outro modo percebido diretamente como dominante. Destarte, deve-se atentar à observação habermasiana, no que tange à conformação aos aparatos de racionalidade, pois:

[...] paradoxalmente, essa repressão pode desaparecer da consciência do povo, pois a legitimação da dominação assumiu um novo caráter: qual seja, o da referência à “sempre crescente produtividade e domínio da natureza, que ao mesmo tempo provê o sustento dos indivíduos, dando-lhes uma vida cada vez mais confortável”²²

Aliás, não seria esse mesmo tipo de relação, qual seja, entre crítica alternativa e modelo hegemônico, que se espelha entre técnica de ponderação, como bandeira pós-positivista, e positivismo jurídico? Na verdade, por ora, é possível salientar que, enquanto proposta radical à perspectiva de como oferecer adequadamente respostas aos fenômenos jurídicos, a técnica de ponderação se quedou caudatária – desde sua elaboração - do domínio da técnica moderna como forma de agir em que a racionalidade se encontra fadada ao senso teleológico; pois, o que se mostrava vanguardista e distante da metodologia clássica agora se encerra, irrefletidamente, como mais um método de aplicação do Direito.

Juntamente a isso, o lugar da crítica pluralista é confundido com um relativismo de juízos. Na aparente ruína da razão instrumental, os saberes diluíram as trincheiras epistêmicas e a centralidade do eixo científico para a possibilidade de emersão de discursos vinculados ao denominado “conhecimento do senso comum, o conhecimento vulgar e prático com que no quotidiano orientamos as nossas acções e damos sentido à nossa vida”²³. O sensocomunizar-se da ciência possibilita a superação de dualidades metafísicas e o intercâmbio de lugares cognitivos que, conseqüentemente, culminam numa reestruturação criativa dos juízos científicos e em novos pontos de vistas compreensivos, bem como na flexibilidade corretiva.

Entretanto, esse deslocamento da razão técnico-científica proporcionou uma radical postura crítica sob o manto de uma equivocada noção de pluralidade com relativismo. Na contemporaneidade, a fragmentação racional e emancipação do conhecimento

²² HABERMAS, Jürgen. **Técnica e Ciência enquanto “Ideologia”**. In: **Os Pensadores. Textos Escolhidos. Benjamin, Adorno, Horkheimer, Habermas**. Ed. Abril, 1980, p.314.

²³ SANTOS, Boaventura de Sousa **Um Discurso sobre as Ciências**. Edições Afrontamento, 2002, p.55.

periférico encontram a impossibilidade de instituição de qualquer vetor normativo, sob o argumento “crítico” de a fundação possuir um aceno ideológico.

Logo, a desconfiança de uma racionalidade centrada promove, fatidicamente, uma crítica que invalida alguma razão que se sobreponha a certa forma de saber, “como derradeiro subterfúgio tentou-se então uma guinada em direção ao irracional”²⁴, justificando o pluralismo como relatividade de conhecimento; além disso, a interface dos saberes proporciona também um posicionamento de criatividade estética no discurso científico que o distancia cada vez mais do real. Por isso

A *New Age* preenche ironicamente as lacunas deixadas pela perda do uno e do todo através da invocação abstrata da autoridade de um sistema científico cada vez menos transparente. Entretanto, cosmovisões fechadas não conseguem estabilizar-se no mar de uma compreensão descentralizada do mundo, a não ser fechando-se em subculturas insuladas.²⁵

Assim, nessa fluidez subjetiva “pós-moderna”, em que as verdades são aparentemente relativas, o comando tradicional inverte a lógica simbólica da ideologia, que se baseava num discurso escamoteador, e compõe um *script*, manifestamente, libidinal em que os impulsos de vida trafegam sem censura. Há, sob um viés psicanalítico, um imperativo do gozo que, paradoxalmente, se desloca, de modo contínuo, empreendendo um movimento erótico e categorial contrário à angústia anorgásmica da instabilidade.

Pode-se, desse modo, chegar a uma abordagem da técnica enquanto ideologia como uma estrutura que funciona como um mitológico estado-prazer-pulsante do sujeito, ou seja, há um recalçamento do pulsar inicial do indivíduo que se projeta em direção à sublimação estruturada ideologicamente. Essa ideologia, desde sempre para o sujeito, que é posta, não é entendida enquanto ideologia, pois, a realidade como aparece ao sujeito não lhe constrange a ponto de possibilitar dizer o que está além dela, isto é, a tranquilidade dos fatos provoca a sensação do todo já desvelado. “É possível dizer assim que o discurso ideológico enquanto tal não é realidade para o indivíduo

²⁴ HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-Metafísico: Estudos Filosóficos**. Tempo Brasileiro, 1990, p.47.

²⁵ Ibidem. p.38.

submetido/assujeitado”²⁶, situa-se como um horizonte inexistente, do qual não se pode nem nomeá-lo como “não-realidade”²⁷.

Esse estado metafísico, que reúne técnica, conhecimento e ideologia, é visível nas camadas estruturas as quais se acerca o homem nas relações travadas conjuntamente com o outro. Conjunturalmente, pode-se avaliar o Direito como uma camada estrutural do seres humanos em convívio, principalmente, enquanto manifestação do poder estatal. Desse modo, faz-se necessário uma análise do Direito, no que tange sua interpretação/aplicação, imbricado e emergente do ideal moderno de Estado.

2.2 A TÉCNICA E O DIREITO

A compreensão que se tem daquilo que se chama de Estado Democrático de Direito, enquanto modelo emergente das insuficiências dos paradigmas de Estado antecedentes, quais sejam Estado Liberal e Estado Social, deve levar em conta que essa concepção traz embutido na sua conjuntura um deslocamento do centro de poder de decisão e, conseqüentemente, na interpretação/aplicação do direito.

No delineamento do Estado Liberal, conseqüência lógica do processo histórico de ruptura com o Regime Absolutista que representava um modelo de supressão da vontade do monarca em relação à do povo, o centro de poder se instaura no poder legislativo como condição de possibilidade de garantia das liberdades individuais dos cidadãos. Além disso, estabeleceram-se limites e funções dos poderes, conferindo ao Executivo a atribuição meramente organizacional do Estado e ao judiciário a aplicação “fiel” do direito posto, de outra forma, viabilizou-se a regulação da política nos três

²⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Livraria do Advogado, 2001, p.56.

²⁷ “Aquí, sin embargo, las cosas vuelven a confundirse, porque en el momento en que miramos más de cerca estos mecanismos supuestamente extraideológicos que regulan la reproducción social, nos encontramos hundidos hasta las rodillas en ese oscuro terreno que mencionamos, en el que la realidad es indistinguible de la ideología. Lo que encontramos aquí, entonces, es el tercer trastrocamiento de no ideología en ideología: de repende, tomamos consciencia de un para sí de la ideología que opera en el propio en sí de la realidad extraideológica”. ZIZEK, Slavoj. **Ideología. Um mapa de La cuestión**. Disponível em: <http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/zizec01.pdf>. Acesso em: 02 de Dezembro de 2011, pp.9-10.

poderes no Estado de Direito, sendo essa completamente plausível no campo legislativo, parcialmente na seara executiva e, por fim, neutra no Poder Judiciário.

Nessa perspectiva de Estado, tem-se a lei como ponto de partida e fonte principal para interpretação das questões que penetram o campo jurídico. Assim, vale elucidar que o processo de positivação do direito, em que insere a lei como fonte racional do direito, implica em conceber aquela como norma de validade emanada de uma representação legitimada que instrumentaliza as valorações e expectativas de comportamento da sociedade civil.

Desse modo, é conclusivo que “a ideologia legalista legitimou a preservação do *statu quo* pelo argumento de que o conjunto de leis corporificava o justo pleno, cristalizando formalmente os princípios perenes do direito natural”²⁸. Neste contexto emerge o paradigma positivista como referencial teórico para aplicação do direito.

A Escola da Exegese surge na França como uma doutrina conseqüentemente lógica desse processo histórico descrito. O Direito é visto como um ordenamento perfeito, unitário e acabado, pois é proveniente da razão iluminista, isto é, é fruto do legislador racional que era o povo, identificando, assim, o direito com a lei. Desse modo, a lei corporificava a vontade geral popular e ao judiciário cabia-lhe a aplicação irrestrita da disposição legal; tinha-se, na verdade, um ato de conhecimento, por parte do intérprete, que objetivava revelar o sentido subjetivo do legislador para metodologicamente aplicar o direito por meio da subsunção²⁹. Esse processo mecânico manifesta uma idéia de racionalização que, segundo Habermas:

“[...] dissemina-se não a racionalidade como tal, mas, em seu nome, uma determinada forma inconfessada de dominação política. Visto que se estende à escolha correta entre estratégias, ao emprego adequado de tecnologias e à organização de sistemas de acordo com fins (no caso,

²⁸ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação jurídica**. Ed.Saraiva, 2010, p.42.

²⁹ Vale lembrar que, apesar de a Escola Exegética pretender solucionar todos os conflitos por meio do texto legal, o artigo 4º do Código de Napoleão mencionava as possíveis lacunas do direito, que consistiam em uma insuficiência sinonímica da lei ao caso. Nesse ponto, deve-se fazer referência à crítica de François Gény que, ao invés de teorizar abstratamente sobre os casos que assinalavam lacunas interpretativas e ainda adotar o texto como referência interpretativa, propõe uma interpretação que dirigisse a uma “livre investigação científica”, pois a “idéia de Gény era de que, quando o ordenamento jurídico não apresentasse uma lei específica para determinado caso, o juiz deveria lançar mão da análise feita sobre os fatos sociais, bem como das leis que regem a sua estabilidade, para daí obter a regra capaz de resolver a questão”. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**. Renovar, 1999, p.65.

com objetivos estabelecidos em situações dadas), essa espécie de racionalidade subtrai à reflexão a contextura de interesses globais da sociedade – ao serem escolhidas as estratégias, empregadas as tecnologias e organizados os sistemas - furtando-a a uma reconstrução racional”³⁰.

Diferentemente da perspectiva francesa que se fundamentava culturalmente sob a égide da filosofia do esclarecimento, a filosofia do direito na Alemanha se constitui influenciado por um cenário cultural vinculado ao romantismo alemão, que privilegiava a individualidade enquanto manifestação espontânea da emoção e do sentimento do homem singular atrelada à tradição historicamente compreendida como manancial explicativo da temporalidade circular passado, presente e futuro.

Diante da fragmentação político-territorial da Alemanha, a Escola Histórica do Direito parte da idéia de um direito fundado no costume que se verifica na história efetiva de cada povo. Há um pano de fundo costumeiramente difundido que agrega e identifica cada comunidade nas suas relações intersubjetivas, inclusive o direito. Assim, o direito codificado seria uma “expressão de despotismo, porque proveniente e imposto pela razão, de forma estranha aos costumes”³¹ e não como desenvolvimento da comunidade que o vive; dito de outro modo, a força normativa do direito assenta-se na tradição que se edifica historicamente no costume vivido e não por uma externa razão cogente e imutável.

A organicidade, entendida como sustentáculo funcional do direito legislativo, é tomada como ponto de partida para a elaboração científico-sistemática³² dessa unidade orgânica contingencial sinalizada pelo *volksgeist*³³. Esse desenvolvimento doutrinário

³⁰ HABERMAS, Jürgen. **Técnica e Ciência enquanto “Ideologia”**. In: **Os Pensadores. Textos Escolhidos. Benjamin, Adorno, Horkheimer, Habermas**. Ed. Abril, 1980, p. 311.

³¹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**. Renovar, 1999, p.72.

³² Na esteira do jusnaturalismo, sistema deve ser entendido como “*mecanismo*, partes ligadas umas às outras, independente uma das outras, como *organismo*, um princípio comum que liga partes com partes numa totalidade e como *ordenação*, ou seja, a intenção fundamental e geral capaz de ligar e configurar as partes num todo”. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. Editora Atlas, 2003, p.67.

³³ Apesar da sistematização, o direito é compreendido como objeto historicamente conhecido. Isso faz que a interpretação jurídica se realize pela perspectiva do juiz que incorpora o “espírito do povo” operando a interpretação do direito por meio de técnica que abarcaria os elementos gramatical, lógico, histórico e sistemático. A preocupação de Savigny nessa época ainda repousa no sentido textual da lei. Contrário ao que se propaga, os quatro elementos da interpretação propostos por Savigny não são quatro métodos interpretativos, dotados de epistemologias próprias, mas sim de caracteres que se encontram no processo interpretativo: “No se trata, por conseguinte, de cuatro clases de interpretación, entre las cuales se puede escoger según el gusto y el arbitrio personal, sino de diferentes actividades que

do direito irá marcar uma racionalidade focada no aspecto conceitual-abstrato da dogmática jurídica e fornecerá subsídios para denominada Jurisprudência dos Conceitos e, conseqüentemente, ao formalismo desencadeado atividade científica dessa última.

A doutrina da genealogia dos conceitos segue, juntamente com o enfoque histórico, o rastro cientificista-sistemático esboçado Savigny³⁴ e agrega a idéia esboçada pelos pandectistas, quando interpretavam as leis romanas e os costumes germânicos procurando estabelecer conceitos gerais que se correlacionavam em ambos universos jurídicos. A cientificidade dada à Jurisprudência dos Conceitos enuncia uma idéia razão universal que atravessa as “fronteiras físicas e geográficas, do que na idéia de um direito histórico-nacional”³⁵.

Percebe-se daí que o esforço de universalizar, no sentido muito mais generalista³⁶, os conceitos jurídicos parte de “uma operação lógico-indutiva e lógico-dedutiva: por indução chega-se aos princípios, para depois descer às suas ramificações”³⁷. Passa-se do empirismo sistemático para uma elaboração proposicional de fechamento cognitivo,

deben cooperar para que la interpretación pueda dar éxito. [...] El éxito de toda interpretación depende de dos condiciones, em las cuales podemos condensar brevemente aquellos cuatro elementos. [...]”. SAVIGNY, Friedrich Karl von apud CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**. Renovar, 1999, p.79.

³⁴ No primeiro momento se reconhece um Savigny preocupado com técnicas que aclarem o sentido enunciado pelo espírito do povo, numa noção subjetiva. “A questão deixa de ser a mera enumeração de técnicas, para referir-se ao fundamento de uma teoria da interpretação. Surge o problema de se explicar o critério (metódico) da interpretação verdadeira. A resposta envolvia a determinação do fator responsável pelo sentido de unidade último e determinante do sistema. Em princípio, a concepção de que o texto da lei era expressão da *mens legislatoris* leva Savigny a afirmar que interpretar é compreender o pensamento do legislador manifestado no texto da lei. De outro lado, porém, enfatiza ele a existência fundante dos ‘institutos do direito’ (*Rechtsinstitute*) que expressavam ‘relações vitais’ responsáveis pelo sistema jurídico como um todo orgânico, um conjunto vivo em constante movimento. Daí a idéia de que seria a convicção comum do povo (*Volksggeist*) o elemento primordial para a interpretação das normas”. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. Editora Atlas, 2003, p.265-266.

³⁵ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**. Renovar, 1999, p.80.

³⁶ “‘Universal’ contrasta com ‘particular’, e ‘geral’ contrasta com ‘específico’. Este último par de termos admite diferenças de grau, mas não o primeiro. ‘Universal’ e ‘particular’ são propriedades lógicas, enquanto a generalidade e a especificidade são propriedades quantitativas. No Direito, tanto as regras quanto os princípios são universais – como são as decisões sobre o Direito que justificam decisões particulares. Mas algumas proposições normativas são mais gerais que outras. Os princípios jurídicos são normas bastante gerais, que freqüentemente competem com outras normas igualmente gerais em dilemas práticos. As regras jurídicas são tipicamente mais específicas e imediatamente aplicáveis”. MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito. Uma teoria da argumentação jurídica**. Elsevier, 2008, p.125.

³⁷ CAMARGO, op.cit, p.80.

naquilo que se reconhece como núcleo fundamental em que se deduzem logicamente as proposições que serviriam de base para formação de juízos concretos para decisão. Conforme leciona Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

“[...] a Jurisprudência dos Conceitos [...] enfatiza o caráter lógico-dedutivo do sistema jurídico, enquanto desdobramento de conceitos e normas abstratas da generalidade para a singularidade, em termos de uma totalidade fechada e acabada”³⁸.

Essa racionalidade “conceitual-abstrativista” que lançará bases para o dogma da subsunção receberia contraposição daquilo que se cunhou de Jurisprudência do Interesses.

Nessa linha, de modo geral, pode-se afirmar que o positivismo jurídico, sobretudo no sentido restrito de positivismo legal, oferece uma visão de sistema de características notáveis, em que pese a variedade das suas formas. Primeiramente, trata-se de um "sistema fechado", do qual deriva a exigência de acabamento, ou seja, a incoerência de lacunas que são compreendidas, nessa acepção, como fenômenos aparentes, pois o sistema jurídico é, fundamentalmente, manifestação de um harmônico corpo unitário, perfeito e acabado. Além disso, deve-se pontuar outra característica do positivismo que diz respeito à idéia de sistema como método, ou melhor, como técnica da qual a lei geral congrega a possibilidade de aplicação e ocorrência na faticidade do mundo.

Nesse sentido, pode-se dizer que a lógica jurídica de aplicação se realiza pela técnica da subsunção em que o aplicador da norma procede por um silogismo em que a premissa maior é o texto normativo, a premissa menor são os pressupostos de fato e, por consequência, a conclusão – decisão – jurídica; em decorrência disso, a textualidade centraliza a atividade interpretativa.

Fenomenologicamente, o texto é compreendido de modo entificado, ou seja, os sentidos das coisas se encontrariam no próprio texto, a possibilidades de ocorrência de aplicação do direito já estariam totalizadas do texto normativo. Metafisicamente, o pensar encerra na falsa idéia que a coisa possui uma essência-em-si que a partir dela se produz o sentido, é falar de sentidos produzidos de forma atemporal e descontextualizada, além de inferir a uma compreensão do ser monológico.

³⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. Editora Atlas, 2003, p.79.

Em sentido moderno, a metafísica é compreendida como uma dedução racional humana de onde a concepção do universal promove a metodologia geral para se saber as essências das coisas. A existência de métodos hermenêuticos de resolução de conflitos objetiva a estruturação técnica desse ideal, “são, na verdade, regras técnicas que visam à obtenção de um resultado. Com elas procuram-se orientações para os problemas da decidibilidade dos conflitos”³⁹.

A partir dos referenciais de “práxis” e “fim” desenvolvidos por Jhering, os cultores da chamada Jurisprudência dos Interesses os reinterpretem como “função judicial” e “interesse”⁴⁰, e, conseqüentemente, entenderam que a tarefa do juiz seria a conformação dos interesses envolvidos na demanda judicial aos interesses normativamente postos pelo legislador na lei a ser aplicada ao caso.

Após a incapacidade do positivismo jurídico-formalista de responder as demandas surgidas na Europa no final do sec. XIX, Jhering propõe uma crítica à metodologia lógico-dedutiva e abstração conceitual do direito, compreendendo o direito como prática judicial, ou melhor, uma luta pela instauração de justiça por quem entenda seu direito (objetivo) violado, por uma postulação judicial (subjetivo). Soma-se à idéia de práxis a noção de fim ou finalidade que se subtende como social. A finalidade normativa deve ser vista a partir daquilo que socialmente se desejou (o legislador) como diretiva de justiça, ao jurista cabe verificar a necessidade que enseja a ocorrência daquele objetivo social perquirido normativamente.

Adicionando-se a concepção teleológica de Jhering, percebe-se que, no imaginário do “senso comum teórico dos juristas”, os elementos da interpretação propostos pelo primeiro Savigny são compreendidos como os métodos jurídicos, isto é, técnicas (no sentido moderno) que permitem a revelação da verdade do direito. Esse sincretismo metodológico, despreocupado epistemologicamente, sinaliza para uma compreensão positivista de se ter “equações matemáticas” para resolução dos problemas das ciências não descritivas.

³⁹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. Editora Atlas, 2003, p.286.

⁴⁰ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**. Renovar, 1999, p.89.

Apesar de o texto permanecer como ponto de partida para interpretação dos interesses implicados no caso, bem como a prevalência do interesse desvelado do comando jurídico ter primazia sobre os que emergem da interpretação do julgador, essa escola jurídica aponta para uma constatação e preocupação ⁴¹ que estariam, dentre muitos, no cerne da discussão que se põe no chamado pós-positivismo: a incompletude normativa do sistema, acentuando a possibilidade de uma abertura axiológica para o direito, e a mensuração dos valores que circunscrevem a atividade interpretativa, mesmo o movimento não sendo contratextual.

No rastro da Jurisprudência dos Interesses, o pensamento desenvolvido pela Jurisprudência dos Valores salienta a participação do intérprete na mensuração de valores para além do ordenamento conclusivo, buscando a fundamentação das decisões a partir de um conteúdo axiológico que se encontra assentado do ideal de justiça de uma comunidade cultural a que pertence. Assim, conforme Larenz:

É manifesto que ao juiz não é possível em muitos casos fazer decorrer a decisão apenas da lei, nem sequer das valorações do legislador que lhe incumbe conhecer. [...] Aqui apresenta-se somente um quadro muito geral que o juiz, no caso concreto, terá de preencher mediante uma valoração adicional. Tal acontece igualmente nos casos em que se deparam novas questões relativamente às quais não pode ainda o legislador tomar posição, ou quando desaparecem os pressupostos de que partiu o legislador para efetuar a sua valoração, ou quando as normas e regulações colidem entre si, sem ser possível descortinar a qual atribuiria o legislador prevalência em casos idênticos àquele que o juiz tem perante si. ⁴²

Os valores a serem alcançados devem ser consonantes com que se compreende como justo para controvérsia judicial, não a partir dos interesses dos demandantes na Jurisprudência dos interesses, mas em sincronia com aquilo que culturalmente reconhece como valioso. O direito é visto “como ciência voltada para a conduta ética e,

⁴¹ Nesse ponto, preciosas são as palavras de Warat: “A jurisprudência dos interesses não descarta a conceitualização, que é necessária para o conhecimento do direito, mas a subordina à realidade concreta, aos interesses vitais, aos fatos sociais que constituem as fontes da produção jurídica”. WARAT. Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I. Interpretação da lei. Temas para uma reformulação**. Sergio Antonio Fabis Editor, 1994, p.83.

⁴² LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª Edição, Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p.164-165.

em conseqüência, o compromisso das decisões jurídicas com o justo”⁴³, por isso vale pontuar que

A passagem a uma “Jurisprudência de valoração só cobra, porém, o seu pleno sentido quando conexcionada na maior parte dos autores com o reconhecimento de valores ou critérios de valoração “supralegais” ou “pré-positivos” que subjazem às normas legais e para cuja interpretação e complementação é legítimo lançar mão, pelo menos sob determinadas condições.⁴⁴

Juntamente às considerações lançadas pela Jurisprudência dos Valores, não se pode olvidar que a teoria kelseniana, além de relevante contribuição, amplia as questões sobre como interpretar o direito.

No último capítulo da *Teoria Pura do Direito*, Hans Kelsen dedica-se a abordar o tema da interpretação, conceituando logo como uma “operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”⁴⁵. Importa aqui a operação processada por quem é competente⁴⁶, seguindo estrutura piramidal, para determinar o conteúdo da moldura, criando direito e vinculando a ação.

O liame entre a camada normativa superior e a inferior acentua certa indeterminação no que tange à apreciação do ato a cumprir o comando legal, podendo se falar em modo intencional, quando possibilita um grau de discricionariedade para atender as circunstâncias de aplicação da norma, e não-intencional, que se relaciona à pluralidade de significados que os vocábulos textuais de expressão da norma, ambigüidade e/ou vagueza de termos.

O sentido normativo está encerrado aos limites que circunscrevem a moldura da lei interpretada. Como já referido acima, há diversas possibilidades a ser atribuída à lei e, assim, a opção por uma interpretação dentre outras viáveis é um ato volitivo que não

⁴³ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**. Renovar, 1999, p.123.

⁴⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª Edição, Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p.167.

⁴⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª Edição, Martins Fontes, 1998, p.387.

⁴⁶ Hans Kelsen sinaliza uma distinção entre a interpretação autêntica, realizada por órgãos estatais para o estabelecimento de uma norma a destinatários, e a interpretação inautêntica, realizada por particulares, na observação da ordem jurídica. Cf. *Ibidem*, p.387, 388 e 394.

diz respeito àquilo que Kelsen entende como correspondente ao Direito e sim à Política⁴⁷. Por isso

[...] na aplicação do direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida pro uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva⁴⁸.

Assim, não há como fixar um critério absoluto para determinar qual o sentido correto da norma jurídica, tendo em vista que a escolha por uma metodologia implica um pano de fundo que guia o resultado razoável sob aqueles pressupostos, assim, “todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto”⁴⁹. Aqui cabe pontuar que a resposta “pós-positivista” de Alexy ao modo de interpretar/aplicar o direito chega à mesma conclusão kelseniana, qual seja, falibilidade dos métodos; entretanto, Kelsen reconhece esses cariz falível e “honestamente” admite a discricionariedade do ato de vontade, por outra lado, a abordagem alexyana assume a discricionariedade e a camufla por meio de uma refratária técnica ponderação, compreendida como racional.

Ademais, na grafia kelseniana, é possível pela própria lógica positivista levantar uma questão estrutural do próprio pensamento, pois “se todas as premissas são verdadeiras e a dedução é válida, então a conclusão deve também ser verdadeira; e se, conseqüentemente, a conclusão é falsa em uma dedução válida, então, não é possível que todas as premissas sejam verdadeiras”⁵⁰.

Diante dessa constatação, é natural que uma nova perspectiva de ruptura emerja para acenar uma mudança paradigmática naquilo que se relaciona com o processo compreensivo, no modo de encarar a razão, distanciando-se do perfil técnico-ideológico, além de possibilitar uma fundamentação satisfatória as imprecisas considerações do positivismo no que tange, principalmente, ao processo decisória, possibilitando, enfim,

⁴⁷ “A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a “correta”, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do direito, mas um problema de política de Direito”. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª Edição, Martins Fontes, 1998, p.393.

⁴⁸ Ibidem, p.394.

⁴⁹ Ibidem, p. 392.

⁵⁰ POPPER, Karl. **A Lógica das Ciências Sociais**. Tempo Brasileiro, 2004, p.26.

um pensamento que se ponha a resolver as aporias que persistem na maneira de encarar a interpretação/aplicação do direito.

3 REVIRAVOLTA PARADIGMÁTICA

“Como hermeneutas, sabemos que temos de falar a partir de tradições concretas; mas, como hermeneutas críticos, também sabemos que as pretensões de validade, que configuram pragmaticamente nossos atos de fala, possuem uma força crítico-normativa de alcance universal”.

(Adela Cortina)

3.1 A GUINADA LINGÜÍSTICA

A possibilidade de um pensar pós-metafísico emancipou o sujeito do círculo auto-referente da moderna filosofia da reflexão, em que as concepções de verdade e compreensão do mundo se encontravam submetidas a um fluxo metodológico que se guiava pelo pensar dissociado do mundo, ou seja, centrado no mentalismo do sujeito cognoscente como fundamento viável para conhecimento verdadeiro sobre algo, transcendendo o pensamento em face da materialidade que lhe cerca.

Assim é viável afirmar que, de certa forma, contemporaneamente, há uma tendência de derrocada do pensamento sob a perspectiva da Filosofia da Consciência em face da Filosofia da Linguagem. Nesse ponto, precisas são as palavras de Jürgen Habermas:

De mais a mais, a guinada lingüística colocou o filosofar sobre uma base metódica mais segura e libertou das aporias das teorias da consciência. Neste processo configurou-se, além disso, uma compreensão ontológica da linguagem, que torna a sua função hermenêutica, enquanto intérprete do mundo, independente em relação aos processos intramundanos de aprendizagem e que transfigura a evolução dos símbolos lingüísticos inserindo-os num evento poético originário.⁵¹

Aqui a linguagem aparece como “instrumento para designação de entidades independentes desta ou para transmissão de pensamentos pré-lingüísticos concebidos sem a intervenção da linguagem”⁵². Nesse paradigma, a linguagem tem um papel

⁵¹ HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-Metafísico: Estudos Filosóficos**. Tempo Brasileiro, 1990, p.16.

⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Livraria do Advogado, 2001, p.119.

representativo dos objetos, a idéia é concebida como uma realização subjetiva de pureza categorizada pela razão totalizadora e auto-reflexiva que atribui, pela vereda lingüística, os sentidos das coisas; ou seja, é entendida como uma terceira coisa que se coloca entre sujeito racional ativo e o objeto passivo.

Com a guinada lingüística, passa-se a compreender a linguagem como condição constitutiva do homem no mundo e não apenas como instrumento entre o sujeito e o mundo. Não há como contornar referenciais simbolizados⁵³, a pressuposição é sempre linguisticamente fundante, isto é, o espaço nadificante é parte de uma gramática que se arremata a entender aquilo enquanto tal, pois só assim se pode o ser das coisas desaguado em linguagem. Por isso

[...] linguagem e realidade estão de tal modo entrelaçadas que qualquer acesso direto a uma realidade não-interpretada é negado aos sujeitos cognoscentes. A realidade – totalidade de objetos suscetíveis de descrições – é, desde o início, “integrada” a um horizonte de significação a cada vez específico e, como diz Humboldt, “apropriada” pela linguagem própria.⁵⁴

O modo da linguagem e sua maneira de realizar-se, ou seja, a compreensão dialógica de algo é o que sustenta o entendimento entre os indivíduos e acerca do algo que compõe o mundo, “nossa compreensão do mundo é, sempre, linguisticamente interpretada. Enquanto lugar do evento do ser, a linguagem é aquele acontecimento originariamente único, no qual o mundo se abre para nós”⁵⁵. A linguagem figura-se

⁵³ Aqui cabe fazer referência à interpretação da hermenêutica heterreflexiva para a releitura de Aristóteles a visão de Platão sobre a linguagem: “[...] uma teoria da significação em que, por um lado, afirma-se a distância entre linguagem e *ser* e, por outro, tematiza-se a relação entre ambos. Desse modo, gera enfoques bastante produtivos que se alinham em dois grandes eixos de reflexão. O primeiro e mais explícito, ainda está associado a uma imagem designativa da linguagem, embora já negue uma correspondência imediata entre a *palavra* e *ser*, exigindo a ‘mediação necessária dos estados psíquicos’ Essa correspondência imediata se daria, na verdade, entre *coisas* e os *estados de alma*. Com isso, a linguagem humana seria apenas um *símbolo* do real, em contraposição a um *signo* que tivesse a pretensão de traduzir a realidade por completo.”O símbolo não toma o lugar da coisa, já que não há semelhança completa, ele exprime tanto *ligação* como *distância*. Por um lado, o *símbolo* designa *algo*, por outro, muitas coisas podem ser designadas por um único *símbolo*, tornando precária essa ligação e afastando as possibilidades de sustentação da linguagem através de uma concepção naturalista. O segundo eixo traz a possibilidade que aproximam o pensamento aristotélico do giro lingüístico levado a cabo por Heidegger e Wittgenstein, na medida em poderemos perceber a linguagem não como uma designação simbólica do real, mas como condição de possibilidade para o próprio conhecimento do real”. CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: Uma Teoria Dialógica do Direito**. Livraria do Advogado, 2011, p.73.

⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação. Ensaios Filosóficos**. Edições Loyola, 2004, p.69.

⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Livraria do Advogado, 2001, p.174.

como elemento condicionante da existência do homem no mundo que, desse modo, percebe-se ser que compreende e interpreta dentro das possibilidades que se realizam, temporalmente, na e pela linguagem, pois essa se consubstancia em veículo constitutivo do ser.

A linguagem então, é totalidade; é abertura para o mundo; é, enfim, condição de possibilidade. Isto porque é pela linguagem e somente por ele que podemos ter mundo e chegar a esse mundo. [...] Sem a palavra, sem a linguagem, não há existência. Não falamos sobre aquilo vemos, mas sim o contrario; vemos o que se fala sobre as coisas.⁵⁶

Desse modo, o horizonte que torna o pensamento possível está sempre dado, não é algo além do sujeito de onde esse pode fazer algum juízo sobre algo, isto é, não há um *cogito* puro separado do mundo. A existência humana se dá com a compreensão de algo para além dele e com ele, isto é, há condições de possibilidades do ser ocorrer a partir da inserção no horizonte historicamente compreendido e, constantemente, interpretado.⁵⁷

Ademais, é possível fazer referência à fenomenologia hermenêutica quando salienta que a perspectiva do *Dasein* entendido como ser-no-mundo assinala a condição de que todo 'ser' só pode ser compreendido e existir se estiver inserido na faticidade do mundo, só é alguma coisa quando se insere nessa historicidade em que o faz ser algo; o *Dasein* não é algo estanque mas 'ser' que, se projeta temporalmente para o futuro permanecendo conectado aos pré-conceitos passados e presentes, entendidas essas últimas como condições necessárias para a compreensão do mundo reflexivamente.

Assim, a circularidade hermenêutica compreende-se como a projeção interpretativa do *Dasein* sobre o mundo na forma de projetos individuais, das atividades e da pré-estrutura de fundo que informa os projetos e está em constante movimento com eles. Há um constante diálogo entre os horizontes que se fundem na circularidade que se estabelece dialógicamente pelo círculo interpretativo.

⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Livraria do Advogado, 2001, p.175.

⁵⁷ Aqui vale fazer referência a observação habermasiana de cunho fenomenológico-hermenêutico: "Com um corte *a priori* dos tipos ontológicos, a linguagem sempre já é anterior a toda pergunta específica sobre quais propriedades podem ser afirmadas de quais entidades aqui e agora. Não é senão nesses trilhos semanticamente traçados que o próprio falante pode 'descobrir' qual das possibilidades de verdade linguisticamente projetadas é realizada em cada caso efetivo". HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação. Ensaios Filosóficos**. Edições Loyola, 2004, p.81.

Essa circularidade compreensiva evidencia o reflexivo diálogo do ser e os horizontes que se fundem em sua existência no mundo-histórico com outros seres e seus projetos hermenêuticos. Assim, o giro-hermenêutico provocado na filosofia coloca as ciências, ou melhor, o pensar do homem sob uma perspectiva diferente das propostas metafísicas, pois, conforme os ensinamentos do Habermas:

As ciências hermenêuticas não exploram a realidade sob um outro ponto de vista transcendental; elas têm por objetivo, muito mais, uma elaboração transcendental de diversas formas fáticas de vida, no interior das quais a realidade é interpretada de maneira diferente, em função de gramáticas que formulam o mundo e da atividade que o transforma; é por isso que, rastreando seu sentido imanente, as proposições da hermenêutica visam um contexto de aplicação correspondente – elas apreendem interpretações da realidade em vista da intersubjetividade de uma compreensão mútua, suscetível de orientar a ação para uma situação hermenêutica inicial.⁵⁸

Portanto, a concretude da historicidade do mundo impõe uma contextualização para aplicar o texto normativo, a imbricação entre texto e fato aponta para a noção de que interpretar é sempre estar inserido no contexto para dali poder falar sobre algo como se apresenta no horizonte compreensivo. Dito de outra forma, a disposição lingüística só tem sentido enquanto interpretada, e interpretar algo é sempre está inserido na faticidade de onde sempre estamos interpretando, em linguagem.

Conclusivo que o sentido se faz presente no contexto dado, noutra instante está a se falar em outro sentido, pois, os sentidos não se fazem estanques, eles trafegam na temporalidade do ser. O projetar incessante do homem, conscientemente reflexivo do provisório sentido metafísico das coisas, impulsiona, cuidadosamente, à abertura de horizonte no qual o desvelado possa se mostrar naquele instante de produção de sentido, seria dizer, em incisivas palavras, que a “[...] clareira garante, antes de tudo, a possibilidade do caminho em direção da presença e possibilita a ela mesma o apresentar-se”⁵⁹.

⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e Interesse**. Zahar Editores, 1982, p.217.

⁵⁹ HEIDEGGER, Martin. **O fim da filosofia e a tarefa do pensamento**. In: **Conferências e escritos filosóficos**. Nova Cultura, 1991, p.79.

2.2 AGIR COMUNICATIVO E ÉTICA DISCURSIVA

Nesse cenário de relevância do repertório simbolicamente linguístico, o fato de o sujeito estar situado num mundo em constante interpretação, ou melhor, em permanente cadeia de entendimento com diferidos horizontes que se espelham, imperioso se torna a necessidade de uma guinada modal de linguagem que recoloca a razão emancipada nos trilhos de uma coordenação constituidora de ações criticamente viáveis na contigência mundana, em que se insere os sujeitos capazes. Assim, o que se almeja é que o “[...] sujeito final deve encontrar-se ‘no mundo’, sem perder absolutamente sua espontaneidade ‘testemunhadora do mundo’”⁶⁰.

Diante desse projeto e atentando-se às pontuais e ressalvas críticas⁶¹, a destranscendentalização da razão metafísica ocorre, de forma incisiva, com a instauração de um paradigma guiado pelo entendimento. Nesse sentido, o caminho proposto por um agir orientado para o entendimento, ou melhor, um agir comunicativo⁶² se põe em evidente relevância. Compreende-se esse agir como “uma interação mediatizada simbolicamente. Ela se rege por normas que valem obrigatoriamente, que definem as expectativas de comportamento recíprocas e que precisam ser compreendidas e reconhecidas por, pelo menos, dois sujeitos”⁶³. Esse modelo aponta,

⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. **Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada**. Tempo Brasileiro, 2002, p.31.

⁶¹ “Pois, no momento em que a consciência em geral se desfaz no pluralismo de mônadas singulares fundadoras de mundos, coloca-se o problema: como é possível constituir, a partir da perspectiva de cada uma delas, um mundo intersubjetivo, no qual cada subjetividade pode defrontar-se com a outra, não somente como um poder objetivizador oposto, hostil, mas em sua espontaneidade originária, que projeta o mundo? Este problema da intersubjetividade torna-se insolúvel quando se parte das premissas de um *Dasein* que não pode projetar-se autenticamente em direção às suas possibilidades, a não ser estando solitário”. Id.. **Pensamento Pós-Metafísico: Estudos Filosóficos**. Tempo Brasileiro, 1990, p.51.

⁶² “[...] el concepto de acción *comunicativa* se refiere a la interacción de a lo menos dos sujetos capaces de lenguaje y de acción que (ya sea con medios verbales o con medios extraverbales) entablan una relación interpersonal. Los actores buscan entenderse sobre una situación de acción para poder así coordinar de común acuerdo sus planes de acción y con ello sus acciones”. Id.. **Teoría de la acción comunicativa I: Racionalidad de la acción y racionalización social**. Taurus, 1987, p.124.

⁶³ Id.. **Técnica e Ciência enquanto “Ideologia”**. In: **Os Pensadores. Textos Escolhidos**. Benjamin, Adorno, Horkheimer, Habermas. Ed. Abril, 1980, p.321.

sob o *medium* da linguagem⁶⁴, para sujeitos capazes de comunicar-se sob um pano de fundo vivido sobre algo no mundo compartilhado intersubjetivamente.

A ação linguística⁶⁵ insinua a composição, cooperativamente, de projetos de modo interativo sob as condições acordadas comumente e expectativas supostas, dado um fragmento do mundo da vida tematizado⁶⁶. A interação é simbolicamente constituinte, pois “esboço do agir comunicativo é um desdobramento da intuição segundo a qual o *telos* do entendimento habita na linguagem”⁶⁷.

Vislumbra-se também, no agir comunicativo, para além de uma dimensão dos sujeitos resolutivos para impelidas questões contextualizadas, um prisma que sustenta as condições suscetíveis e implícitas ao entendimento mútuo, que não são autogeradas, mas estabelecidas bem antes de nos engajarmos em cadeias comunicativas culminando num profícuo processo circular de compreensão.

A capacidade de comunicação está relacionada com a pulsão inequívoca de os sujeitos se realizarem por atos com pretensões de validade mutuamente reconhecidas, presunções perfeitamente apriorísticas que lhes constroem involuntariamente quando agem, um pano de fundo desde já culturalmente pressuposto.

Pode-se definir esse pano de fundo que promove a compreensão instantânea do ser na seguinte maneira:

“[...] o mundo vivido se constitui como horizonte de possibilitação no qual já sempre se situam os que agem comunicativamente: ele é o pano de fundo não explicitado do agir comunicativo e, enquanto tal, o depósito cultural de convicções de uma comunidade humana, o lugar onde se

⁶⁴ “[...] linguagem é o meio em que se realiza o acordo dos interlocutores e o entendimento sobre a coisa”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método. Traços Fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Editora Vozes, 1997, p.560.

⁶⁵ Aquilo que se compreende como agir não-linguístico resume-se à descrição de um fato, mesmo sem assegurar ao que aquilo intencionalmente é ou o que se perquire com o ato, isto é, qual a verdade ocorrente ou seu objetivo; para isso, faz-se necessário assumir a perspectiva do participante que reflexivamente se interpreta nas interações mediadas simbolicamente. É possível inferir essa intenção a partir daquilo que se denomina estritamente como atos de fala, ou melhor, atos linguísticos. Cf. HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-Metafísico: Estudos Filosóficos**. Tempo Brasileiro, 1990, p.66-67.

⁶⁶ “Uma situação representa um segmento do mundo da vida recortada em vista de um tema. Um tema surge em conexão com interesses e objetivos da ação dos participantes, ele circunscreve o domínio de relevância dos objetos tematizáveis. Os planos de ação individuais acentuam o tema e determinam a carência de entendimento mutuo actual que é preciso suprir por meio do trabalho de interpretação”. HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Tempo Brasileiro, 2003, p.166.

⁶⁷ HABERMAS, op.cit. p.77

movimentam os que agem comunicativamente. Portanto, as estruturas do mundo vivido estabelecem as formas de intersubjetividade: suas evidências básicas são evidências que geram relações intersubjetivas, já que os que agem comunicativamente nelas se apóiam e confiam”⁶⁸.

Nesse sentido, na grande obra de literatura africana lusófona *Terra Sonâmbula* do escritor Mia Couto, é possível tomar de empréstimo a fala da personagem Muidinga para aclarar o movimento dos agentes em relação a esse repertório dorsal nas interações comunicativas contextuais: “Aprendi tudo de novidade: andar, falar. Meus olhos se lembram das leituras, meus dedos não esqueceram as letras. Mas eu não sei lembrar nada do meu passado”⁶⁹. Esse horizonte se inscreve como contorno que traça os limites do entendimento formal de mundo e, ao mesmo tempo, possibilita, intersubjetivamente, a abertura compreensiva de constituição desse mundo; ou seja, subsídios necessários que fomentam desvelamentos compreensivos do ser.

Dessa forma, a execução dos planos de ação numa situação parte de um entendimento dos atores capazes acerca de algo no mundo sob o um triplo aspecto, acentuando a relação pragmática do emissor, receptor e a precária totalidade dos objetos que lhes cerca. Conforme os ensinamentos de Habermas:

Os atos de fala não servem apenas para a representação (ou pressuposições) de estados e acontecimentos, quando o falante se refere a algo no *mundo objetivo*. Eles servem ao mesmo tempo para a produção (ou renovação) de relações interpessoais, quando o falante se refere a algo no *mundo social* das interações legitimamente reguladas, bem como para a manifestação de vivências, isto é, para a auto-representação, quando o falante se refere a algo no *mundo subjetivo* a que tem um acesso privilegiado.⁷⁰

O liame constitutivo entre ações linguísticas e o mundo salienta as pretensões de validade⁷¹ que são erguidas nos proferimentos emitidos pelos sujeitos racionais que buscam o entendimento, ou seja, a satisfação dessas pretensões preenche validamente o ato de fala. No que concerne à presunção de verdade, essa se dirige aos estados de coisas que atestam a sentença mencionada; por outro lado, a de correção é relativa a

⁶⁸ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Lingüístico Contemporânea**. Edições Loyola, 1996, p.335.

⁶⁹ COUTO, Mia. **Terra Sonâmbula**. Companhia das Letras, 2007, p.125.

⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Tempo Brasileiro, 2003, p.167.

⁷¹ No que tange à pretensão de intelegibilidade, essa deve ser compreendida e configurar como uma pressuposição necessária às pretensões de verdade, correção e sinceridade expostas em *Consciência Moral e Agir Comunicativo*.

certo contexto normativo; e, por fim, a pretensão de sinceridade se refere à querida intencionalidade manifestada.

Em uma comunicação diária, normalmente, não é possível distinguir com clareza esse triplo aspecto nos atos de fala, bem como eles não são postos em evidência, tendo em vista, no cotidiano, certas ações gozarem de assentimentos hermenêuticos. Todavia, na ocorrência de uma perturbação comunicativa e continuados dissensos, essas pretensões são aclaradas reciprocamente como seus referenciais mundanos, bem como são problematizadas⁷² em cadeias argumentativas.

No desiderato de conferir razões ao preenchimento das pretensões de validade em certos atos de fala com o fito de entendimento, os sujeitos interativos buscam reconstruir condições para a ocorrência de comunicação. Nesse sentido, as pressuposições apontam para situação ideal de fala que se sugere quando, num discurso, se pretende justificar as afirmações normativas. Essa situação insinua as circunstâncias inevitáveis para o consenso, o instante ideal é um fundamento em ação, uma antecipação encadeada, que conjuga a impossibilidade de coações externas e internas aos agentes quando esses se encontram no embate discursivo; "que desenha as condições ideais de racionalidade"⁷³. O discurso figura, desse modo, como ações interligadas que objetivam a testabilidade corretiva das ações linguísticas.

A fundamentação dos juízos práticos se encontra atrelada à necessidade de uma pretensão de universalidade argumentativa. No âmbito do discurso, o caminho percorrido é a resolução de uma conturbação comunicativa por meio da força argumentativa dos atores linguísticos; o vigor do argumento se impõe no convencimento de que as pretensões de validade problemáticas possam ser justificadas sob o manto do comum a todos aqueles que possam adentrar em uma

⁷² Os dissensos linguísticos reforçam a simétrica relação entre mundo e pretensões de validade, como bem salienta o filósofo: "Com esse 'não', ele dá expressão ao fato de que o proferimento não preenche pelo menos uma de suas funções (da representação de estado de coisas, do asseguramento de uma relação interpessoal ou da manifestação de vivência), porque ele ou bem não se harmoniza com o mundo dos estados de coisas existentes, ou bem com *nosso* mundo de relações interpessoais legitimamente ordenadas, ou bem com o mundo *particular* das vivências subjetivas". HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Tempo Brasileiro, 2003, p.168.

⁷³ CORTINA, Adela. **Ética sem Moral**. Martins Fontes, 2010, p.166.

discussão; essa ocorrência se baseia pelo fato de que, segundo os ensinamentos da filósofa Adela Cortina:

[...] nos atos de fala as pretensões formais de validade – verdade, correção, veracidade, inteligibilidade – que, mesmo sendo programaticamente pressupostos em atos de fala imanentes a determinadas formas de vida, transcendem em sua pretensão as formas concretas de vida, alcançando a universalidade. Quem quiser questionar tais pretensões, com base no mundo concreto da vida, já as aceitou no próprio momento em que as questionou.⁷⁴

O relevante papel conferido à argumentação, em discursos práticos, aponta para um modelo procedimental capaz de possibilitar acordos mutuamente racionais nos dissensos contingenciais; assim, o paradigma fundado numa ética discursiva salienta que as questões morais podem ser dirimidas com base num assentimento racional em consonância com normas reconhecidas intersubjetivamente como válidas.

Desse modo, é possível elucidar que se pode chegar à verdade em discursos práticos, diferentemente do caminho percorrido em discursos teóricos; enquanto nesses a descrição empírica dos fenômenos asseveram em constatações de verdade e falsidade, naqueles o impulso radical à pergunta do que deve ser feito insinua uma compreensão de verdade sob um prisma de correção e, sendo assim, embasado num panorama normativo no qual os sujeitos racionais em interação fundamentam suas sentenças⁷⁵. Intenciona-se, assim, averiguar as condições para um exame imparcial de questões práticas fundamentado sobretudo em razões.

A justificação se encontra distante de referenciais de obscurecimento da razão, pois, o que se coloca é uma fundamentação de proferimentos normativos na égide de uma tradição secular; assim, nesse sentido, o ônus argumentativo se insinua como o lócus inevitável para todo aquele sujeito que almeja, em divergências, que a ação linguística

⁷⁴ CORTINA, Adela. **Ética sem Moral**. Martins Fontes, 2010, p.165.

⁷⁵ Nesse ponto, vale recorrer às lições do filósofo de Düsseldorf: “À primeira vista, as *proposições assertóricas* empregadas em *atos de fala constatativos* parecem estar para os *fatos* numa relação análoga à maneira pela qual as *proposições normativas* empregadas em *atos de fala regulativos* se relacionam a *relações interpessoais legitimamente* ordenadas. A *verdade* das proposições significa a *existência* de estados de coisas assim como, analogamente, a *correção* das ações significa o *preenchimento* de normas. À segunda vista, no entanto, aparecem diferenças interessantes [...] Essa assimetria explica-se pelo fato de que as pretensões de verdade residem *apenas* em atos de fala, enquanto as pretensões de validade normativas têm sua sede primeiro em normas e só *de maneira derivada* em atos de fala”. HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Tempo Brasileiro, 2003, pp.80-81.

se compreenda como correta sob um prisma imbuído de universalidade, aceito, principalmente, pelo outro, em certo plano tematizável, como máxima resgatável.

Entretanto, como já mencionado anteriormente, a validade normativa dos atos de falas não acarreta um liame correspondente entre enunciado e estados de coisas, pois, nesse caso, o que interessa, de fato, é a legitimidade que goza as pretensões de normas socialmente vigentes, bem como se essas podem ser reconhecidas contextualmente. Essa dupla correlação salienta, conforme Habermas, que:

[...] não basta a *entrada em vigor* positivista das normas para assegurar *duradouramente* sua validade social. A imposição duradoura de uma norma depende *também* da possibilidade de mobilizar, num dado contexto da tradição, razões que sejam suficientes pelo menos para fazer parecer legítima a pretensão de validade no círculo das pessoas a que se endereça. Aplicado às sociedades modernas, isso significa: sem legitimidade, não há lealdade das massas.⁷⁶

Desse modo, da mesma forma que as questões teóricas são resolvidas por um princípio indutivo, os discursos práticos necessitam de “um princípio-ponte correspondente”, isto é, que desempenhe papel equivalente àqueles no seu âmbito discursivo. Como bem salienta o filósofo, “todas as éticas cognivistas retomam a intuição que Kant exprimiu no imperativo categórico. Aqui me interessam [...] a ideia subjacente que deve dar conta do caráter impessoal ou universal dos mandamentos morais válidos”⁷⁷.

Isso remete novamente à ideia de pretensão de universalidade da ação linguística, bem como se junta a corrente noção: confere-se a validade às normas que, encontram assentimento dos concernidos possíveis, e acenam a uma vontade universal. De uma forma ou de outra, retorna-se ao entendimento corrente sobre o imperativo categórico⁷⁸.

A ideia de universalização das máximas, no vocabulário kantiano, reporta-se ao reconhecimento por partes de todos os concernidos; a formação de um juízo imparcial se constitui a partir de normas que encontram esse reconhecimento intersubjetivo comum e, dessa forma, são passíveis de universalização. Esse vetor normativo neutro

⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Tempo Brasileiro, 2003, p.83.

⁷⁷ Ibidem, p.84.

⁷⁸ “[...] um princípio que exige a possibilidade de universalizar as *maneiras de agir* e as *máximas* ou antes, os *interesses* que elas levam em conta (e que, por conseguinte, tomam corpo nas normas da ação). Kant quer eliminar como inválidas todas as normas que ‘contradizem’ essa exigência. Ele tem ‘em vista aquela contradição interna que aparece na máxima de um agente quando sua conduta só pode atingir seu objetivo na medida em que ela não é a conduta universal” Ibidem, p.84.

impõe que cada sujeito capaz adote, na mensuração de interesses, a perspectiva dos outros concernidos. Desse modo, o princípio de universalidade conhecido como (U) garante que as normas válidas são aquelas

[...] que as consequências e efeitos colaterais, que (previsivelmente) resultarem para a satisfação dos interesses de *cada* um dos indivíduos do fato de ser ela *universalmente* seguida, possam ser aceitos por *todos* os concernidos (e preferidos a todas as consequências das possibilidades alternativas e conhecidas de regragem)⁷⁹.

O princípio (U) deve ser compreendido como uma regra de argumentação que viabiliza que haja consensos nos discursos práticos sempre que objeto da discussão possa se programar a partir dos interesses simétricos dos atores também destinatários das normas. O citado princípio não enuncia um conteúdo, isto é, não substancializa uma conduta, mas, além de revelar-se como pressuposição inevitável nas práticas discursivas, acentua o procedimento a ser levado em conta quando da legitimação de normas, daí se caracterizar como um princípio formal⁸⁰.

Complementarmente, essa máxima intersubjetiva se relaciona com o princípio próprio da ética do discurso, o princípio do discurso (D), no qual

só pode reclamar validade as normas que encontrem (ou possam encontrar) o assentimento de todos os concernidos enquanto participantes de um Discurso prático.⁸¹

Esse princípio relaciona-se com a validade de normas que regem relações sociais dos sujeitos que integram uma determinada comunidade. (D) confere à ética discursiva a necessidade de conceder legitimidade, por meio do assentimento simétrico dos concernidos, às normas universais referidas quando do pronunciamento de (U). Assim, o reconhecimento das regras universais, atrelado à conjugação enunciativa dos sujeitos competentes no discurso proporciona a chegada à mutuamente acordada verdade e à correção normativa, que é o pontual para ética em questão.

A restauração de um consenso perturbado conduz os participantes da discussão a persistirem seu agir comunicativo reflexivamente cooperativo; além disso,

⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Tempo Brasileiro, 2003, p.86.

⁸⁰ “[...] toda argumentação, não importa o contexto em que é levada a cabo, se baseia em pressuposições pragmáticas, de cujo conteúdo proposicional pode-se derivar o princípio de universalização ‘U’”. Ibidem, p.104.

⁸¹ Ibidem, p.116.

inevitavelmente, nesse estágio argumentativo, há o aceno a acordos normativos estabelecidos. O retorno a um inicial *status quo* salienta que a pretensão de validade controversa possa se mostrar reconhecida intersubjetivamente ou ainda possa emergir uma pretensão substitutiva à primeira; de uma forma ou de outra, almeja-se um assentimento simétrico. Nesse sentido, Habermas prescreve que:

[...] o Imperativo Categórico⁸² precisa de reformulação no sentido proposto: “Ao invés de prescrever a todos os demais como válida uma máxima que eu quero que seja uma lei universal, tenho de apresentar minha máxima a todos os demais para o exame discursivo de sua pretensão de universalidade. O peso desloca-se daquilo que cada (indivíduo) pode querer sem contradição como lei universal para aquilo que todos querem de comum acordo reconhecer como norma universal”⁸³.

Pragmaticamente, o sujeito se situa como juízo último daquilo que concebe como interesses próprios, todavia, não de forma absoluta, pois, esses se colocam a crítica por outros concernidos. “As necessidades são interpretadas à luz de valores culturais; e como estes são sempre parte integrante de uma tradição partilhada intersubjetivamente”⁸⁴, ou seja, não é algo que se pode o sujeito solipsista ordenar.

Nesse sentido, a ética discursiva caminha para uma proposta de continuação do projeto moderno no que tange a seu “potencial emancipador a partir da ideia mínima [...] de *racionalidade*, de *universalidade* e de *exigibilidade*”⁸⁵. Cabe assim não uma prescrição de formas de vida boa e dos bens da felicidade, enunciar conteúdos, “e sim proporcionar os procedimentos que nos permitam legitimar normas e, portanto, prescrevê-las com uma validade universal”⁸⁶. A aposta da ética discursiva é, segundo a filósofa, que:

[...] nas estruturas pragmáticas de nossa linguagem, desenha-se uma racionalidade “prática” que, a partir de um mínimo de incondicionalidade, nos aparelha com o cânon indispensável para construir uma ética da autonomia, uma teoria crítica da sociedade, um direito positivo legítimo e

⁸² Aqui vale fazer referência à resposta de Habermas a Alain Renault acerca da abordagem kantiana sob o viés linguístico efetuada por aquele: “[...] a interpretação intersubjetiva do Imperativo Categórico não tem a intenção de ser outra coisa senão uma explicação do seu significado fundamental, e não uma interpretação que dá a esse significado uma nova direção”. HABERMAS, Jürgen. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade**. Martins Fontes, 2007, p.8.

⁸³ HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Tempo Brasileiro, 2003, p.88.

⁸⁴ *Ibidem*, p.88.

⁸⁵ CORTINA, Adela. **Ética sem Moral**. Martins Fontes, 2010, p.164.

⁸⁶ *Ibidem*, loc.cit.

nos aparelha, inclusive, para articular a noção de um Estado de direito. Sem esse mínimo de racionalidade, universalidade e incondicionalidade, a autonomia humana é impossível, restando apenas o império obscurantista e dogmática do dado”⁸⁷.

Desse modo, é possível concluir como a reestruturação da racionalidade, sob a égide de um modelo lingüístico, culmina num programa discursivo no qual o processo de argumentação, com vistas ao entendimento, se constrói a partir de referenciais legítimos.

2.3 A SUPERACÃO DO POSITIVISMO: PÓS-POSITIVISMO E O IMPÉRIO DOS PRINCÍPIOS

Enquanto centro de diretivas jurídicas, o Estado de Direito quedou-se como um modelo a ser continuado no manancial complexo do paradigma emergente. Pelas insuficiências do modelo estatal liberal-individual-normativista, ou seja, de um Estado abstencionista, calcado na noção precária de liberdade e do positivismo, surge, posteriormente, o Estado Social. Esse modelo estatal traz em seu bojo a ideia de uma estrutura político-decisória intervencionista, que se afasta da inércia de mera organização de Estado, tendo, por conseguinte, o centro de decisão deslocado para o poder executivo em que a igualdade emerge como estandarte a equalizar o modelo anterior.

Todavia, a noção de igualdade pode levar à falta de liberdade, paradoxalmente, se a liberdade dialeticamente pelas insuficiências do liberalismo, engendra as condições para a superação via igualdade, esta pode ser um obstáculo à liberdade, visto que se cairia em igualar indivíduos que são por conjunturas da própria relação jurídica desiguais, essa idéia de igualdade se funda em estabelecer de antemão que todos os indivíduos são na realidade fática iguais, ou melhor, verificava-se que no primeiro momento de liberdade-liberal, substancialmente os indivíduos não eram iguais, haja vista a estrutura do antigo regime, no momento que o Estado trata da igualdade estabelecendo tratamento a esses indivíduos de forma igualitária, leva a obstacularizar a liberdade, pois, em termos simplórios, a parte mais fraca se sujeitaria às condições impostas pelo pólo mais forte.

⁸⁷ CORTINA, Adela. **Ética sem Moral**. Martins Fontes, 2010, p.167.

Assim, surge o Estado Democrático de Direito em que deve ser visto o Direito como instrumento de transformação social, pois carrega, nos seus textos constitucionais, elevada carga de valores e caráter compromissário voltado para mudanças nas estruturas econômicas e sociais. Por isso, Lenio Streck vai sustentar que:

No Estado Democrático de Direito, em face do seu caráter compromissário dos textos constitucionais e da noção de força normativa da Constituição, ocorre, por vezes, um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano jurisdicional.⁸⁸

Primeiramente, o movimento do pós-positivismo acentua um deslocamento do ponto de partida cognitivo ou, pelo menos, na ênfase dada pelo positivismo ao sistema. Passa-se, assim, a depositar no problema a instância fenomenológica para o processo compreensivo de solução de uma controvérsia, dito de outro modo, o pensamento dirige-se ao evento historicamente contextual em detrimento de um olhar categorial exclusivamente ao sistema estruturado de modo lógico-dedutivo. Nesse contexto, o pensamento tópico desenvolvido por Viehweg insere-se como norte epistemológico à emergente teoria do direito, pois, “[...] o seu labor de investigar a estrutura própria do direito, verifica, logo de início, que a jurisprudência romana fundamentava-se na prática discursiva, cujo polo principal era o problema que o caso concreto demandava”⁸⁹. O raciocinar por problemas remete a pensar as coisas de modo verossímil, isto é, diferente da lógica cartesiana que tomava como ponto de partida lógica uma *primum verum*; a tópica se concretiza a partir daquilo que se parece como verdadeiro, o provável, formulando, assim, um repertório de lugares comum que possuem uma aceitação generalizada e universalmente instituída a certo campo de conhecimento. Em síntese, Tércio Sampaio enuncia que:

Assim, num campo teórico como o jurídico, pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados, com um caráter problemático, na medida em que jamais perdem sua qualidade de tentativa. Como tentativa, as figuras doutrinárias do Direito são abertas, delimitadas sem maior rigor lógico, assumindo significações em função dos problemas a resolver, constituindo verdadeiras “fórmulas de procura” de solução de conflitos⁹⁰.

⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito**. Forense, 2004, p.19.

⁸⁹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**. Renovar, 1999, p 139.

⁹⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Prefácio à tradução brasileira**. In: **Tópica e Jurisprudência**. Coleção Pensamento Contemporâneo, 1979, p.3.

Juntamente a essa reviravolta metodológica, agrega-se a derrocada da trincheira autorreferencial do positivismo e, conseqüentemente, a interação imbricada entre Direito e Moral culminando, assim, no simbolismo dos princípios no campo da ciência do direito.

O pós-guerra acena para uma mudança radical no que concerne à idéia de modelo normativo, diferenciado-se sobretudo do paradigma positivista de fechamento cognitivo pelo império das regras que, muitas vezes, justificou as violações desumanas no período de hostilidades bélicas. A necessidade de se salientar o imperativo de uma moral perdida recoloca o prisma axiológico no campo de investigação jurídica, o caso a importar ao direito não se sugere apenas como aponta a moldura idealizadora sistemática, pelo contrário, o juízo prático-moral emerge como imbricado à questão jurídica, tendo em vista a compreensão do direito como uma questão prática.

Dito de outro modo, o teor axiológico adentra ao direito pela validade conferida aos enunciados universalizáveis que encerram as diretrizes enunciadas pelos princípios. Assim, pode-se afirmar que nessa noção de Estado emerge o paradigma pós-positivista em que os princípios ⁹¹ ascendem como condição fulcral para a concretização do Direito ⁹².

A insuficiência do modelo positivista enquanto sistema fechado, imbuído da lógica formal dedutiva e neutralmente pautado em métodos reducionistas de fenômenos

⁹¹ No mínimo interessante é a definição de princípio enunciada pelo Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello: "mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico". MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. Ed. Malheiros, 2004, pp.771-772.

⁹² Essa noção de Estado acarreta entender a hermenêutica constitucional como uma metodologia de superação do modelo positivista individual falido, pois a emergência dos parâmetros axiológicos transmutados ao Direito pelos princípios, bem como a relação de simetria entre esses e o entendimento sobre direitos fundamentais, acenaram a chamada hermenêutica constitucional como um arsenal de métodos que rompem como o modelo anterior. Todavia, o teor emancipatório dos textos constitucionais ensejou uma falsa superação no que tange à ideia permanente de técnicas interpretativas que, nesse novo âmbito, tentam desvendar esse sentido verdadeiro da Constituição, ou seja, continua-se a pensar em métodos para interpretar/aplicar o direito. Apesar de toda diretriz revolucionária da hermenêutica constitucional, essa se colocou como um novo modo do que se compreendia como métodos clássicos de interpretação, na verdade, se juntou como uma metodologia agregada pós-clássica. Entretanto, as incoerências epistemológicas são evidentes quando da tentativa de um modelo harmônico, bem como não são postas a críticas; essas "técnicas" podem, nos casos concretos, colidir entre si de diversas formas e conduzir a caminhos diametralmente opostos. Nesse ponto, cabe uma necessária leitura crítica de COELHO, Inocência Mártires. **Interpretação Constitucional**. Ed.Saraiva, 2007, pp. 79-110.

jurídicos, acaba sinalizando a doutrina do positivismo como paradigma simplório e carente que termina não abarcando toda a problemática dos fenômenos da realidade fática.

A deontologia dos princípios surge como uma prescrição de valores validados no campo jurídico, trazendo, conseqüentemente a moral exilada pela doutrina positivista. Além disso, os argumentos de princípios juntam-se as regras jurídicas como normas do sistema jurídico com outra estrutura.

Nesse ponto, antes de determinar-se o que é norma jurídica princípio e suas diferenças em relação às normas-regras, é possível estabelecer uma sutil diferença entre texto ou enunciado normativo e norma jurídica. Texto diz respeito à proposição posta no papel, isto é, a disposição lingüística, o sentido normativo provisório a ser interpretado; já a norma é a interpretação reconstrutiva realizada a partir dos limites lingüísticos do texto, incidentes nos fatos, ou seja, a relação dialógica e imbricada entre realidade fática e expressão textual.

As normas jurídicas, por sua vez, acarretam basicamente a distinção entre regras e princípios⁹³; em certo estudo⁹⁴, Humberto Ávila aborda as principais concepções. Segundo o mencionado jurista, para Josef Esser, em *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, a distinção entre as duas espécies normativas seria pautada em função de fundamento para tomada de decisão, os princípios seriam os vetores que enunciam as bases para que um mandamento normativo seja encontrado.

Não tão diferente, Karl Larenz, em *Richtiges Recht*, estabelece que os princípios apenas estariam adstritos a ser o primeiro passo para se buscar a regra a ser aplicada, a distinção entre as espécies normativas “também seria a função de fundamento

⁹³ A título metodológico, far-se-á uma abordagem nesse trabalho das espécies de normas sob a perspectiva dicotômica (regras e princípios), apesar de haver em parte da doutrina a tendência de se classificar as normas sobre o aspecto tricotômico (inserindo postulados).

⁹⁴ Nesse ponto, cabe a leitura de ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo, 2005, p.26-31.

normativo para a tomada de decisão, sendo essa qualidade decorrente do modo hipotético de formulação da prescrição normativa⁹⁵.

De outro modo, conforme Claus-Wilhelm Canaris, em *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, a dicotomia que enseja diferentes acepções das espécies de normas estaria em dois planos:

“Em primeiro lugar, o conteúdo axiológico: os princípios, ao contrário das regras, possuiriam um conteúdo axiológico explícito e careceriam, por isso, de regras para sua concretização. Em segundo lugar, há o modo de interação com outras normas: os princípios, ao contrário das regras, receberiam seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação”⁹⁶.

Todavia, a definição de princípios e regras tem relevante contribuição com acepções de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Apesar de muitas vezes serem colocados na mesma esteira, as concepções destes dois corifeus da contemporânea teoria do direito se diferenciam.

3.3.1 O modelo dos princípios de Ronald Dworkin

Tomando como base o modelo positivista de Herbert Hart, tem-se um ataque dworkiniano à concepção na qual o positivismo hartiano se ampara, qual seja, de não haver resposta correta nos casos difíceis; o autor se coloca na defesa de sempre haver uma solução correta para os casos difíceis e de essa solução ser preexistente à atividade interpretativa pelos princípios e pelo papel que essas normas desempenham no sistema jurídico.

Dworkin estabelece, primeiramente, que o Direito não é apenas um conjunto de regras, isto é, o sistema jurídico compõe-se de regras e também de princípios morais que não são alusivos ao critério de validade tal como a regra de reconhecimento de Hart⁹⁷. Nos casos fáceis se faria a subsunção da norma-regra jurídica e nos casos difíceis, diferentemente do modelo de Hart, pelos princípios (normas ignoradas pelo sistema positivista) e pelo papel

⁹⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo, 2005, p.27.

⁹⁶ Ibidem. pp.27-28.

⁹⁷ Basicamente, a regra de reconhecimento de Hart funciona como um cânone de testabilidade de regras no âmbito interno e externo.

que eles desempenham no sistema normativo sempre é possível encontrar uma resposta correta para o caso, a tese é totalmente anti-discrionária, mostrando que é inadequado considerar que o juiz tem o poder discricionário de decidir o caso de uma maneira ou de outra nos famosos *hard case*.

Dworkin não nega o fato de haver casos fáceis e difíceis nos direitos, muito menos nega que nos primeiros a subsunção os solucionaria. Essa operação mecânica está fundada em "um silogismo: a premissa maior é o texto normativo, a premissa menor são os pressupostos de fato e a consequência jurídica" ⁹⁸. Esse modelo interpretativo não consegue ser aplicado aos *hard cases*, pois esses guardam peculiaridades que impedem que essa operação seja feita.

Casos difíceis no dialeto de Dworkin são aqueles em que é difícil identificar com nitidez a regra que solucione o caso ou ainda certificar a existência dela no sistema normativo; por via de consequência, haveria nesses casos uma abertura interpretativa que culminaria numa possível discricionabilidade judicial do julgador. A discricionabilidade é compreendida, no linguajar do filósofo, ""haver escolha entre opções", porque "ter condições ou capacidade de realizar uma escolha que seja justa" não define usualmente "discricionabilidade" (poder de escolha)" ⁹⁹. A discricionabilidade própria do modelo positivista dá ao agente a possibilidade de decidir os casos difíceis da maneira que lhe convém, pois nesses casos as suas decisões não são vinculadas a nenhum critério explicitamente previsto por alguma autoridade. Contrapondo esse entendimento, Dworkin arremata com a tese que o "juiz continua a ter, mesmo nos casos, difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não inventar novos direito retroativamente" ¹⁰⁰.

Nesse sentido, tratando da distinção entre regras e princípios, Dworkin aborda basicamente três aspectos: a natureza lógica, dimensão de peso e admissão de exceções.

O critério de natureza lógica consiste em dizer que as regras são aplicáveis na forma *tudo ou nada* (all-or-nothing), visto que elas incidem quando há condições que elas mesmas estabelecem. Para Dworkin "dado os fatos que uma regra estipula, então ou a

⁹⁸ GRAU, Eros. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. Malheiros Meditadores, 2003, p.65.

⁹⁹ SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. Lumen Juris, 2006, p.159.

¹⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Martins Fontes, 2002, p.127.

regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”¹⁰¹.

Já os princípios são normas que não fixam nenhuma consequência jurídica precisa diante de uma condição determinada, eles manifestam considerações de justiça, equidade e dimensões de moralidade. O princípio é uma razão que guia para uma determinada direção, contudo não acarreta uma decisão concreta essencialmente a ser levada.

O segundo critério, que é consequência do primeiro, é a dimensão de peso (dimension of weight) que caracteriza os princípios. Esse critério não se aplica às regras, pois, no conflito dessas últimas, há a exclusão de uma em detrimento da aplicação de outra. No caso concreto, deve-se verificar qual delas é válida e qual deve ser excluída ou reformulada diante do caso.

Ocorre que, nas hipóteses de colisão entre os princípios, aquele que possui maior peso sobrepor-se-á ao outro, sem que este perca sua validade, ou seja, o entrecruzamento entre princípios é resolvido por meio do sopesamento, não excluindo o sobreposto do sistema jurídico, como bem se verifica no conflito normativo entre regras jurídicas. Na lição do jusfilósofo:

“Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade do contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é”¹⁰².

Por último, Dworkin adiciona o fato de as normas-princípios serem mais fracas que as normas-regras no sentido de admitirem inúmeras exceções, na medida em que, ao se tratar das regras, as exceções que comportam podem ser enumeradas e, desse modo, mais completo o enunciado das regras será. Quanto aos princípios as exceções são incontáveis, conforme preleciona Eros Grau:

¹⁰¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Martins Fontes, 2002, p.39.

¹⁰² Ibidem. pp.42-43.

a circunstância de serem próprios a um determinado direito não significa que esse direito jamais autorize sua desconsideração. Trabalhando com o princípio segundo o qual “a ninguém aproveita sua própria fraude (torpeza)”, Dworkin aponta o fato de que em determinados casos o direito não se opõe a que alguém obtenha proveito da fraude que praticou. O exemplo mais notável é o da posse indevida: aquele que penetrar em prédio alheio reiteradamente, durante largo período de tempo, poderá obter – e o direito concede – o direito de cruzá-lo sempre que deseje ¹⁰³.

Por derradeiro, é de suma importância salientar que, na definição de princípios, Dworkin aborda que os princípios podem ser entendidos como argumentos de princípio em sentido estrito ou argumentos de diretrizes políticas. Os argumentos de princípios estão ligados à noção de direitos conferidos aos destinatários das normas jurídicas, por outro lado, os argumentos de política se ligam diretamente aos objetivos buscados pela comunidade, ou seja, objetivos gerais que atendem ao anseio coletivo. Nas sempre precisas lições do jusfilósofo americano:

Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma dimensão de moralidade ¹⁰⁴.

Assim, deve-se compreender que princípios só podem ser afastados de aplicação por outros princípios, isto é, o intercruzamento de vetores normativos é realizado por princípios e não entre princípios e diretrizes políticas. Por isso que é razoável o comentário do jusfilósofo americano, acerca de decisão do tribunal no caso *Sparten Steel & Alloys Ltd. Vs. Martin & Co.*¹⁰⁵, que enuncia o seu posicionamento entre as sobre as interfaces de atuação dos poderes legislativo e judiciário:

“Se os juízes fossem legisladores segundos, o tribunal deveria estar preparado a seguir a ultima alternativa, tanto quanto a primeira, e decidir

¹⁰³GRAU, Eros. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. Malheiros Editores, 2003, p.173.

¹⁰⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Martins Fontes, 2002, p.36.

¹⁰⁵ Sinteticamente, o caso narra um acidente em que os empregados do acionado romperam um cabo elétrico da companhia de energia elétrica que fornecia tal energia para o acionante que teve a fábrica fechada para reparos. A discussão incidia sobre o cabimento de indenização ao autor da ação pela perda econômica ocorrida pelos danos à propriedade acontecidos por negligência. *Ibidem*. p.131.

em favor do demandante se fosse essa a recomendação do argumento. É isso, imagino, o que significa a idéia corrente segundo um tribunal deve ser livre para decidir um caso novo como o da *Spartan Steel* em bases políticas; foi assim, de fato, que lorde Denning descreveu sua opinião neste caso específico. [...] Não obstante, defendo a tese de que as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis como o da *Spartan Steel*, são e devem, de maneira característica, geradas por princípios, e não por políticas”¹⁰⁶.

Dworkin irá estabelecer que ao judiciário seja conferido encerrar demandas judiciais por argumentos de princípio e não por políticas, isto é, os juízes devem argumentar com base de cunho de diretivas de princípio, pois esses argumentos são relacionados a um direito; diferentemente, as diretrizes políticas acenam para objetivos em termos do bem-estar da coletividade.

De alguma forma, a teoria dworkiniana guarda relações estreitas com uma estrutura assentada no programa proposto por uma ética discursiva. Assim, seria esse liame que aproximam os pensamentos de Dworkin e Alexy? Faz-se necessário uma análise pormenorizada da teoria elaborada por Alexy como resposta adequada à problemática prática que importa ao Direito solucionar

¹⁰⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Martins Fontes, 2002, 131-132.

4. TEORIA DISCURSIVO-ARGUMENTATIVA DE ROBERT ALEXY

“Do mesmo modo, um livro pode muito bem consistir em uma unidade de diversos todos, os quais precisam ser distinguidos uns dos outros”.
(Friedrich Schleimacher)

4.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Como já discorrido, as mudanças paradigmáticas ocorridas tanto num campo epistêmico filosófico, bem como, especificamente, no direito, provocaram uma reviravolta no modo de o sujeito racionar as questões práticas.

A ineficiência de um pensar fincado na consciência e a impossibilidade de continuidade de uma teoria jurídica assentada no positivismo insinuaram construções cognitivas que justificassem as respostas às controvérsias irresolúveis que se incluíam na ordem do dia. O estreito liame de influência entre filosofia da reflexão e positivismo encontra guarita de superação no pensamento que se distancie do super-ego positivista, bem como se fixe ao plano simbólico para edificação de uma teoria que, harmonicamente, conjugue os avanços empreendidos pelo giro linguístico e emancipação das normas-princípios no imaginário jurídico.

Assim, o desenvolvimento teórico empreendido por Robert Alexy se torna evidente para a discussão. O jusfilósofo alemão elabora seu pensamento basicamente nas suas grandes obras *Teoria da Argumentação Jurídica* de 1983 e *Teoria dos Direitos Fundamentais* de 1985, a primeira preocupada em elaborar de premissas necessárias para fundamentação do modelo técnico-decisório construído na segunda.

No âmbito filosófico, Alexy se serve, sobretudo, do empreendimento epistêmico promovido pela guinada linguística referida pelo pensamento habermasiano, no que tange ao agir comunicativo, especificamente, o desdobramento pontual na constituição de uma teoria do direito a partir das premissas esboçadas por uma ética discursiva. A relevância conferida ao discurso insere o pensamento alexyano no campo argumentativo de construção de premissas para validade dos proferimentos jurídicos decisórios às questões práticas.

Desse modo, a fundação de uma teoria do direito sob a égide desses pressupostos cognitivos acentua a tensão dialética entre verdade e consenso e, conseqüentemente, os possíveis pontos de aproximação e abismo dessa abordagem com o posterior pensamento habermasiano sobre o direito.

Portanto, no presente capítulo, será realizado, inicialmente, um esboço detalhado da teoria argumentativa de Alexy, tendo em vista sua importância, apesar de ignorada “à brasileira”¹⁰⁷, ao modelo dos princípios. Além disso, o relato da teoria servirá de pressuposto lógico para construção de uma análise crítica que aponta a distância com um paradigma linguístico e o advento de uma ética discursiva erigida sobre essas bases.

Por outro lado, no transcurso histórico da formação de uma ciência do direito, pode-se salientar que o arremate kelseniano acerca da impossibilidade de construção de uma teoria da decisão edificada sobre premissas, seguramente, vinculadas à própria epistemologia da ciência do direito, recoloca a questão de um ato decisório que se legitime extrajudicialmente, movendo o domínio jurídico de uma pura questão para uma problemática prática.

Juntamente a isso, a réplica viehwegiana à sistematicidade de Kelsen transfere, como já mencionado, o ponto de partida para resolução de uma controvérsia jurídica para o problema enquanto tal, o caso concreto emerge como instância fenomenológica para construção da narrativa decisória de forma adequada, assim, o saber prático se molda como marco para o advento de um molde jurídico que se acerca de movimentos iniciais contratextuais.

Nessa linha, o debate profícuo promovido por Dworkin em face do pensamento hartiano, enuncia com maior precisão a emergência dos princípios enquanto vetores normativos inseridos na própria ordem jurídica. A noção de princípio defendida pela posição dworkiana rompe com a estrutura metodológica das regras e reforça a ideia de um comando normativo a ser construído na práxis interpretativa da história institucional do

¹⁰⁷ Aqui vale fazer menção ao jocoso e interessante texto “Alexy à brasileira ou a Teoria da Katchanga” no sítio eletrônico: <<http://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexys-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>>. Ademais, cabe também a leitura da relevante, todavia, passional e vaidosa réplica aduzida pelo Prof. Lenio Streck no seguinte endereço: <<http://www.leniostreck.com.br/site/2012/02/10/a-estoria-da-katchanga-real-por-lenio-streck/>>.

órgão julgador de uma determinada comunidade, bem como o papel preponderante na solução daquilo que se compreende como casos difíceis. Ademais, vale perceber o quão interessante são as derradeiras conclusões da teoria propriamente jurídica erigida pelo jusfilósofo americano que se avizinham à metodologia de cariz hermenêutico.

Nessa esteira, num segundo momento, será esquematizado aquilo que pode ser considerado por muitos o baluarte do paradigma pós-positivista, a teoria dos princípios elaborada a partir do sustentáculo da técnica de ponderação. Diante do grande arsenal de influência no pensamento alexyano, o juízo crítico sobre teoria jurídica será efetivado sob as bases do modelo discursivo da teoria procedimental do direito desenvolvida por Habermas, justificado pelo papel que esse confere aos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

Além disso, esse duplo exame será incrementado com uma crítica que salienta e reforça como a obra de Alexy encontra-se subjulgada, ideologicamente, ainda pelo domínio de um paradigma vinculado ao império da técnica, ou seja, há um falso avanço metodológico e uma inconfessa repristinação de cálculos, estrategicamente, com desejos egocêntricos.

4.2 TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

No delineamento da sua teoria dos princípios, Alexy compreende que seu modelo dicotômico necessita ser agregado àquilo que ele denomina de argumentação jurídica¹⁰⁸. Para a formulação dessa teoria da argumentação jurídica, toma-se como ponto de partido uma teoria da argumentação prática geral, sobretudo à teoria discursiva proposta por Habermas, para estendê-la ao âmbito do Direito e culminar na tese que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral.

¹⁰⁸ “Los principios, como las reglas, no regulan por si mismos su aplicación. Si se quiere lograr un modelo adecuado del sistema jurídico, entonces se debe añadir a estos dos niveles que expresan, em relación con la cuestión de la corrección de la decisión, el lado pasivo del sistema jurídico, otro lado activo referido a esta cuestión. Los niveles de la regla y de los principios deben ciertamente complementarse con um tercero, a saber, com uma teoria de la argumentación jurídica, que dice cómo, sobre la base de ambos niveles, es posible una decisión racionalmente fundamentada. Uma resposta concluyente a la cuestión de la única respuesta correcta solo es posible refiriéndose a estos três niveles”. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”. ALEXY, Robert. **Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica**. Disponível em: <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf>. Acesso em 06 de Agosto de 2012. pp.148-149.

A noção de verdade fundada na teoria consensual¹⁰⁹ leva o jurista alemão a compreender que os predicados normativos sobre determinado objeto necessitam ser justificados para além de uma razão limitativa ou um regresso infinito de razões. Nesse sentido, ele aposta em condições de possibilidade para uma discussão racional, ou seja, regras pragmáticas¹¹⁰ de um procedimento discursivo que proporcione a veracidade corretiva de um determinado enunciado, mesmo que a obediência dessas condições procedimentais não garanta “a certeza conclusiva de todos os resultados”¹¹¹. Assim, ele propõe uma teoria discursiva com ênfase na perspectiva normativa, sem deixar de agregar a interface analítica, que dizem respeito à estrutura lógica dos argumentos, e empírica, que se direciona a descrição desses argumentos e como eles são utilizados.

A compreensão da teoria do discurso racional numa perspectiva normativa objetiva averiguar como se realiza a justificação das regras discursivas que, segundo Alexy, podem ser fundamentadas a partir de quatro paradigmas¹¹². O elenco dos modos de justificação não é isento de deficiências, apesar de conter elementos importantes¹¹³,

¹⁰⁹ Habermas proporciona uma teoria consensual da verdade em contraposição à idéia de uma verdade como correspondência. “Habermas vai dizer que realmente não há mais verdade do tipo hegeliano, kantiano, etc.. As verdades hoje são verdades que se situam no campo do falibilismo. Elas valem mediante um processo determinado, pelo qual dizemos que há verdades e que algo é verdade através de um processo consensual. Ele desenvolve a teoria consensual da verdade. Habermas diz que a verdade no mundo prático existirá no momento em que neste mundo prático garantimos que podemos aprender uns com os outros. Não precisamos, portanto, outras condições da verdade, a não ser estas condições que o mundo prático nos dá”. STEIN, Ernildo. **Epistemologia e crítica da modernidade**. Injuí:UNIJUÍ, 2001, pp. 49-50.

¹¹⁰ Essas regras são pragmáticas, pois não se direcionam apenas as proposições, relacionadas ao nível semântico, mas às condutas dos falantes.

¹¹¹ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Landy Editora, 2001, p.181.

¹¹² Técnico, que entenderia essas regras como meios adequados para consecução de certo fim; Empírico, que essas regras se justificam pelo fato de serem seguidas ou que os resultados pela observância delas se relacionam às projeções normativas que se almeja; Definitório, a apresentação de certo jogo de linguagem que define uma prática deve ser aceito como razão justificadora, independente de outras serem aduzidas; Pragmático-transcendental ou Pragmático-universal, que abordam o fato de certas regras serem condições de possibilidade de comunicação lingüística. Cf. Idem, ibidem, pp.182-185.

¹¹³ O modo *técnico* pressupõe a necessidade de justificar o fim perquirido, bem como esse fim pode ser tão geral que qualquer regra pode ser postulada para atingi-lo, por outro lado, pode ser utilizados para regras com objetivos mais restritos; o modo *empírico* sugere pressupor um “dever ser” de um “é”, admitindo que a prática dominante seja racional, todavia, sinaliza que o fato de existir certa prática indica a ocorrência de sua possibilidade, bem como se tem uma estrutura para se examinar as contradições da prática existente e se essa guarda relação com as convicções normativa projetadas por quem a observa; o modo *definitório*, ao elucidar como se realizam certas regras, impõe que sejam tomados esses jogos de linguagens, é um modo arbitrário; contudo, oferece a possibilidade de formular outros sistemas de regras para além do que é apresentado ou até adotar o elucidado; por fim, o modo *pragmático-universal*, ao sugerir como pressuposições necessárias ao processo de entendimento humano, não se pode atestar com tanta certeza que isso é possível, entretanto, o fato de essas regras serem pressupostas em

além disso, não há a exclusão de outros modelos de classificação. Assim, com a devida atenção ao “material primário valioso” aduzido do modo pragmático-universal e a deficiências visualizadas em cada modelo, Alexy propõe conjugá-los na apresentação teórica de um rol de regras e formas do discurso prático geral; a maneira como será utilizado é posto a cargo dos sujeitos do discurso.

4.2.1 Argumentação geral

O primeiro grupo de regras pode ser denominado *regras básicas*¹¹⁴, relativas à condição de possibilidade de comunicação lingüística, proporcionando material para asserções verdadeiras (discurso teórico) ou corretas (discurso prático). Essas regras sinalizam a necessidade de afirmações normativas de modo lógico (1.1), atentos à inferência de sinceridade (1.2), que dizem respeito à abertura para que outro participe do seu saber, exigindo coerência (1.3) e universalizabilidade da asserção (1.3’), bem como uma comunidade de linguagem, isto é, o uso comum da linguagem (1.4).

As chamadas *regras da racionalidade*¹¹⁵ estão ligadas às condições de racionalidade do discurso, pois quem deseja afirmar algo não apenas está interessado em predicar um objeto, mas que essa afirmação possa ser justificada, isto é verdadeira ou correta (2). Essa exigência de justificação requer que razão seja aceita para outro sujeito do discurso, e qualquer outro sujeito em potencial, em igual posição (2.1), que pode problematizá-la (2.2) sem que haja coerções do agir comunicacional (2.3).

algumas comunicações lingüísticas entre sujeitos é possível falar que elas se justificam, mas só em pontos fundamentais. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Landy Editora, 2001, pp.182-185.

¹¹⁴ “(1.1) Nenhuma orador pode se contradizer”. “(1.2) Todo orador apenas pode afirmar aquilo em que crê”. “(1.3) Todo orador que aplique um predicado F a um objeto tem de estar preparado para aplicar F a todo outro objeto que semelhante a a em todos os aspectos importantes”. “(1.3’) Todo orador precisa afirmar apenas aqueles julgamentos de valor ou de obrigação em dado caso que esteja disposto a afirmar nos mesmos termos para todos os casos que se assemelhe ao caso dado em todos os aspectos relevantes”. “(1.4) Diferentes oradores podem não usar a mesma expressão com diferentes significados”. Ibidem, pp.187-188.

¹¹⁵ “(2) Todo orador tem de dar razões para o que afirma quando lhe pedem para fazê-lo, a menos que possa citar razões que justifiquem uma recusa em dar uma justificação”. “(2.1) Qualquer pessoa que possa falar pode participar de um discurso”. “(2.2) (a) Todos podem transformar uma afirmação num problema”. “(2.2) (b) Todos podem introduzir qualquer afirmação no discurso”. “(2.2) (c) Todos podem expressar suas atitudes, desejos e necessidades”. “(2.3) Nenhum orador pode ser impelido de exercer os direitos estabelecidos em (2.1) e (2.2) por qualquer tipo de coerção interna ou externa ao discurso”. Ibidem, p.190.

No que tange às *regras para partilhar a carga da argumentação*¹¹⁶, Alexy parte da regra de liberdade da discussão (2.2.) para, inicialmente, indicar que se deve regular, para além de quem apresenta justificações as suas afirmações, quem se encontra na posição de problematizar esses enunciados normativos. A preocupação é estabelecer uma carga argumentativa àqueles que enunciam livremente suas afirmações, ou seja, visa à distribuição do ônus argumentativo aos participantes do discurso.

Nessa linha, o princípio da inércia¹¹⁷ é de grande valia para se determinar tais regras, pois o ponto de vista tomado como aceite deve ser abandonado por uma razão suficiente, isto é, há a necessidade de apresentação de uma justificação para se desconstituir uma afirmação. Juntamente a isso, deve-se agregar a idéia de universalizabilidade (1.3') e o enunciado da regra geral da justificação (2).

As *formas de argumento*¹¹⁸ podem ser compreendidas como estruturas lógicas dos argumentos aduzidos no discurso. Os enunciados normativos (N) podem ser justificados valendo-se da referência a uma regra (R) ou das conseqüências (F) imperativas dos enunciados normativos. Quem procede pela primeira via deve estar atento às condições fáticas (T) de aplicação da regra (R), por outro lado, conduzindo-se por (F), deve pressupor a existência de uma regra que condiciona obrigatoriamente determinadas conseqüências ou que essas são boas. Essas duas formas de argumentos (4.1) e (4.2) podem ser entendidos como subformas da estrutura geral (4) em que (G) é uma razão qualquer.

¹¹⁶ "(3.1) Quem se propõe a tratar a pessoa A diferentemente da pessoa B é obrigado a dar justificação por fazer isso". "(3.2) Quem ataca uma afirmação ou norma que não é sujeito da discussão precisa apresentar uma razão para fazer isso". "(3.3) Quem apresentou um argumento só é obrigado a apresentar outros no caso de surgirem argumentos contrários". "(3.4) Quem introduz uma afirmação ou faz uma manifestação sobre suas atitudes, desejos e necessidades num discurso, que não vale como um argumento em relação a uma manifestação anterior, precisa justificar a interjeição quando lhe pedirem para fazê-lo". ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Landy Editora, 2001, pp.192-194.

¹¹⁷ "[...] a inércia permite contar com o normal, o habitual, o real, o atual, e valorizá-lo, quer se trate de uma situação existente, de uma opinião admitida ou de um estado de desenvolvimento contínuo e regular. A mudança, em compensação, deve ser justificada; uma decisão, uma vez tomada, só pode ser alterada por razões suficientes". PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação Jurídica: A nova Retórica**. Martins Fontes, 1996, p.120.

¹¹⁸ "(4.1) $\frac{T}{R}$ (4.2) $\frac{F}{R}$ (4) $\frac{G}{R'}$ (4.3) $\frac{F_R}{R}$ (4.4) $\frac{T'}{R'}$ (4.5) R, PR_k e R', PR'_k
 (4.6) $(R, PR_k)C$ e $(R', PR'_k)C$ ". ALEXY, op.cit, pp194-196.

No que tange a essas duas subformas, é possível que sejam problematizadas as condições fáticas (T) ou as conseqüências (F), bem como suas respectivas regras; desse modo, em relação a (T) e (F), “a discussão se desenvolverá na moldura do discurso teórico”¹¹⁹. Diferentemente, nas disputas sobre (R), a justificação pode se desenvolver seguindo a “tese de que dar uma razão para uma afirmativa pressupõe uma regra para o efeito que a razão dada conta como uma razão para essa afirmação, também se mantém boa quando R é justificado através de F_R ”¹²⁰, isto é, (R), como afirmação, pressupõe como razão justificativa a referência às conseqüências de sua aplicação (F_R); assim, para fundamentar essa razão de “segunda ordem”, a ocorrência de “uma regra (R’) de segunda ordem, portanto, é necessária”¹²¹, bem como poderá haver a exigência de condições fáticas (T’) para (R’). Portanto, emergem sob a forma geral (4) as subformas (4.3) e (4.4).

Tendo em vista o emprego de diferentes regras e a possibilidade de resultados contraditórios, deve-se introduzir regras que possam influir na ordem de precedência (P) das regras anteriores, de forma absoluta ou sob condições específicas (C); as regras prioritárias podem ser obtidas pelas fórmulas (4.5) e (4.6). Não obstante o uso das regras de precedência, o conflito que, porventura, ocorreram entre elas pode ser resolvido pelas estruturas lógicas das regras (4.3) e (4.4).

O elenco anterior acarreta o surgimento de *regras de justificação*¹²² que proporcionam um modo de generazibilidade do discurso prático e regulam como se concretiza justificação de assertivas pelas *formas de argumento*. Com o intuito de promover a

¹¹⁹ ATIENZA, Manuel. **Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica**. Landy Editora, 2003, p.168.

¹²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Landy Editora, 2001, p. 195.

¹²¹ Ibidem, p. 195.

¹²² “(5.1.1) Quem fizer uma afirmação normativa que pressuponha uma regra com certas conseqüências para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve ser capaz de aceitar essas conseqüências, mesmo na situação hipotética em que esteja na posição dessas pessoas”. “(5.1.2) As conseqüências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um e de todos indivíduos precisam ser aceitáveis para todos”. “(5.1.3) Toda regra tem de ser aberta e deve poder ser universalmente ensinada”. “(5.2.1) As regras morais que subjazem a visão moral de um orador devem ser capazes de suportar o teste crítico em termos de sua gênese histórica. Uma regra moral não pode passar no teste se: (a) embora originalmente passível de justificação racional, ela tenha nesse ínterim perdido sua justificação, ou (b) se não era originalmente passível de justificação racional e não foram descobertos novos motivos nesse ínterim”. “(5.2.2) As regras morais subjacentes às visões morais e um orador devem ser capazes de suportar o teste crítico em termos de sua gênese individual. Uma regra moral não agüenta esse teste se tiver apenas sido adotada com base em algumas condições injustificáveis de socialização”. “(5.3) Os limites realmente dados de possibilidade de realização devem ser levados em conta”. Ibidem, pp.197-199

generazibilidade do discurso, Alexy formula, primeiramente, três versões desse princípio que se relacionam diretamente com as idéias desenvolvidas por Hare (5.1.1), Habermas (5.1.2) e Baier (5.1.3)¹²³.

Na variante de Hare, o sujeito comunicativo tem de estar atento, ao formular uma afirmação normativa, a se submeter às condições conseqüentes da regra, que fundamenta enunciado normativo, que direciona aos outros. Nessa linha, na versão habermasiana, a conjunção das regras da racionalidade (2.1) e (2.3) proporcionam uma concordância das conseqüências da regra pela simetria das situações dos sujeitos envolvidos no discurso. A perspectiva de Baier pode ser entendida como uma forma de realização da regra básica (1.2), pois reforça a exigência de sinceridade para se poder participar do saber.

Diante dessas três regras, Alexy compreende que elas não são suficientes para ensejar um acordo racional, desse modo, a reconstrução da gênese social das regras, que direcionam a argumentação prática, pode ser realizada pelos participantes do próprio discurso para culminar na garantia de racionalidade delas, seja por uma análise sócio-histórica (5.2.1) ou por um exame individual-histórico (5.2.2).

Como o desiderato do discurso prático é a resolução de questões práticas, observados os limites para serem realizáveis, cabe a enunciação da regra (5.3).

As *regras de transição*¹²⁴ surgem com a ocorrência do discurso prático não poderem ser resolvidos somente com a argumentação prática, assim, recorre-se a outras formas discursivas para dirimir questões fáticas (6.1), questões lingüísticas (6.2) e questões do próprio discurso prático (6.3).

Ao delinear essas regras e formas do discurso prático, Alexy entende que a observância desse catálogo promove uma maior possibilidade do acordo em questões

¹²³ “Por um lado, Alexy formula três variantes do princípio da universalidade (que Habermas considera, no discurso prático, equivalente ao princípio da indução no discurso teórico) que se ligam, respectivamente, às concepções de Hare (princípio da troca de papéis), de Habermas (princípio do consenso) e de Baier (princípio da publicidade)”. ATIENZA, Manuel. **Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica**. Landy Editora, 2003, p.169.

¹²⁴ “(6.1) É possível que cada orador a qualquer tempo faça uma transição para um discurso teórico (empírico)”. “(6.2) É possível que cada orador a qualquer tempo faça uma transição para um discurso lingüístico analítico”. “(6.3) É possível que cada orador a qualquer tempo faça uma transição para um discurso-teórico-discurso”. ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Landy Editora, 2001, p. 200.

práticas, mas não proporcionam a certeza sobre qualquer assunto posto à discussão, nem que o acordo obtido seja derradeiro e irrevogável, isto é, que todo acordo racionalmente firmado possa ser revisto. Ele aponta que o fato de as regras da racionalidade (2.1)-(2.3) não poderem ser cumpridas integralmente enseja limites ao discurso prático geral e, de certa forma, sinaliza a necessidade de uma vinculação às normas jurídicas e, portanto, o estabelecimento de um discurso jurídico¹²⁵.

Alexy entende que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral¹²⁶ devido a três razões: (1) os discursos jurídicos se preocupam com questões práticas, apesar de haver discussões¹²⁷ que não objetivam resolver as questões práticas, não se pode desconsiderar que atividades ligadas ao processo judicial se orientam para esse fim; (2) a exigência de correção no discurso que, no caso jurídico, não pressupõe uma absoluta racionalidade, mas uma vinculação direta a uma ordem jurídica válida; (3) esses discursos se realizam sob condições limitadoras específicas, como a sujeição à lei válida, aos precedentes e à dogmática. Desse modo, o discurso jurídico prescinde de um discurso prático geral com atenção às condições especiais que lhe transita ser do direito.

4.2.2 Argumentação jurídica

Nesse campo especial, a fundamentação de afirmações normativas jurídicas, decisões jurídicas, possui dois aspectos distintos: uma perspectiva interna, em que se analisa a relação lógica entre as premissas utilizadas e o resultado à questão, e uma perspectiva

¹²⁵ Manuel Atienza enuncia que Alexy adiciona ao discurso prático geral três procedimentos jurídicos: *criação estatal de normas jurídicas*, que elencaria as regras que seriam discursivamente possíveis; devido à impossibilidade dessas regras prevê todos os casos possíveis, torna-se imprescindível uma *argumentação jurídica ou discurso jurídico* que, pelas limitações para se obter uma resposta para cada caso, necessitaria de um *processo judicial* para culminar nessa resposta juridicamente correta. ATIENZA, Manuel. **Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica**. Landy Editora, 2003, p.171.

¹²⁶ “O discurso jurídico é um caso especial, visto que a argumentação jurídica acontece no contexto de uma série de condições limitadoras. Aqui devem ser nomeados principalmente seu caráter de ligação com a lei, a consideração pelos precedentes, a inclusão da dogmática usada pela ciência do Direito, bem como – é claro que isso não vale para o discurso da ciência jurídica – sua sujeição às limitações impostas pelas regras de ordem processual”. ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Landy Editora, 2001, p. 27.

¹²⁷ Inúmeras discussões podem ter como ponto comum o argumento jurídico, mas algumas não se dirigem a pretensão normativa de dirimir as questões, por exemplo, discussões entre estudantes, professores e especialistas em direito ou até debates veiculados por meios midiáticos.

externa, em que se examina o fundamento dessas premissas. Na justificação interna, as afirmações normativas se procedem sob determinadas formas e regras, iniciando-se por um esquema lógico na sua forma simples¹²⁸.

Nesse esquema, deve-se entender que “x” diz respeito a variável relacionado ao papel exercido por “a”, que pode ser pessoa natural ou jurídica indicada por um nome; já “T” corresponde a um predicado qualquer relativo às condições fáticas de concretude da norma; “→” é um símbolo que, convencionalmente, representa uma condicional (se, então); “O” deve ser entendido como um operador deôntico; e “R” é um predicado que expressa o que o indivíduo destinatário da norma tem de fazer¹²⁹.

Segundo Alexy, há questões legais que podem ser subsumidas a partir da forma simples desenvolvida; desse modo, teríamos, a título de exemplo, a afirmação normativa (1) “soldados em missão oficial têm de dizer a verdade”. Logo, as condições fáticas de concretude da norma relativas ao papel exercido por uma pessoa pode ser desenvolvida pela redação “o Sr. M é um soldado” (2). Conseqüentemente, chega-se à conclusão (3) que “o Sr. M tem de dizer a verdade quando em missão oficial” (1, 2).

Assim, segundo o jurista alemão, é possível compreender que a estrutura lógica (J.1.1) manifesta a idéia de universalizabilidade oriunda da regra básica do discurso prático geral (1.3’), bem como esta última pode ser concretizada na justificação interna do discurso jurídico por duas regras¹³⁰.

Apesar de a importância e a possibilidade de muitas questões serem resolvidas pela forma (J.1.1), esta não se impõe suficiente em casos com maior grau de

¹²⁸ “ (J.1.1) .(1) (x) (Tx → ORx)

.(2) Ta

.(3) ORa (1),(2) “. ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Landy Editora,

2001, p.218.

¹²⁹ Quanto ao aprofundamento da explicação do esquema, Cf. CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: Uma Teoria Dialógica do Direito**. Livraria do Advogado, 2011, p.215.

¹³⁰ “(J.2.1) Ao menos uma norma universal precisa ser aduzida na justificação de um julgamento jurídico”. “(J.2.2) Um julgamento jurídico precisa seguir logicamente de ao menos uma norma universal juntamente com outras afirmações”. ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Landy Editora, 2001, p.219.

complexidade¹³¹. Desse modo, cabe formular um modelo mais amplo¹³² em que possa desenvolver melhor as peculiaridades que envolvem “T”.

Isso posto, a estrutura (J.1.2) permite inferir novas regras¹³³ da justificação interna. Diante dessa forma mais complexa, considerando também (J.1.1), Alexy reconhece que (J.1.2) “é rudimentar na medida em que não permite a possibilidade de uma estrutura mais complexa de fatos operantes”¹³⁴. Todavia, não se deve abandonar a importância do aspecto interno de justificação, pois nele são desenvolvidas as premissas que devem ser justificadas na perspectiva externa. Assim, ganha relevância a justificação externa.

Esse aspecto de justificação visa fundamentar as premissas usadas na justificação interna que podem ser de três tipos diferentes: (1) regras da lei positiva, que se justificam pelo atendimento aos critérios de validade da ordem jurídica; (2) afirmações empíricas, que dependerá do tipo específico dessa premissa, pois a justificação dessas afirmações pode variar “desde métodos das ciências empíricas até máximas de presunção racional às regras que tem encargo de prova num processo”¹³⁵; (3) premissas que não são nem regras da lei positiva nem afirmações empíricas, que se

¹³¹ “Esses casos mais complexos surgem quando, por exemplo, (i) uma norma [...] contém algumas afirmações alternativas de fatos operativos, ou (2) a aplicação de uma norma envolve suplementá-la com outras normas jurídicas esclarecedoras, limitadoras ou referenciais, ou (3) há algumas possíveis conseqüências jurídicas, ou (4) as expressões usadas na formulação da norma permitem várias interpretações”. ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Landy Editora, 2001, p.219.

¹³² “(J.1.2) .(1) (x) (Tx → Orx)
 .(2) (x) (M¹x → Tx)
 .(3) (x) (M²x → M¹x)
 .
 .
 .(4) (x) (Sx → Mnx)
 .(5) Sa
 .(6) Ora (1) – (5) Neste caso, além dos símbolos já utilizados, também teremos ‘Sa’ significando a descrição dos fatos, enquanto ‘M’ e seus expoentes ‘n’ representarão as várias propriedades alternativas do fato que deverão ser enquadradas na norma”. CARNEIRO, Wálber Araújo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: Uma Teoria Dialógica do Direito**. Livraria do Advogado, 2011, p.216.

¹³³ “(J.2.3) Sempre que houver dúvida se *a* é um T ou um M’, uma regra tem de ser apresentada para determinar essa questão”. “(J.2.4) O número de passos de desenvolvimento requerido é o número que torna possível o uso de expressões cuja aplicação em dado caso não admita posterior disputa”. “(J.2.5) Tanto passo de desenvolvimento quanto possíveis devem ser articulados”. ALEXY, op.cit, pp.222-223.

¹³⁴ Ibidem, p.222.

¹³⁵ Ibidem, p.225.

justificam pela argumentação jurídica. Portanto, na justificação externa se examina argumentação jurídica (fundamentação) das premissas (3).

De maneira elementar, Alexy desenvolve seis grupos de regras e formas de argumentos da justificação externa, que devem ser analisados com intuito de se verificar a necessidade e possibilidade de ligá-los: (1) interpretação, (2) argumentação dogmática, (3) uso dos precedentes, (4) formas especiais de argumento, (5) argumentação empírica e (6) argumentação geral prática.

No grupo relacionado à *interpretação*¹³⁶, o jurista alemão examinou os denominados métodos clássicos de interpretação, enfatizando o papel dessas formas¹³⁷ de argumento no discurso jurídico. Apesar da relevante função de justificar as interpretações dadas a determinadas normas, esses esquemas de argumento são incompletos no que concerne às premissas necessárias para sua ocorrência, desse modo, faz-se preciso o atendimento à regra de saturação¹³⁸, que exaure as possíveis argumentações oriundas dessas formas argumentativas. Além disso, os cânones, mesmo que “saturados”, são insuficientes para se obter uma resposta definitiva, bem como podem se dirigir a respostas incongruentes; assim, Alexy propõe uma regra de preferência¹³⁹ dos esquemas de argumentos que se ligam à lei válida frente a outras formas, não excluindo a possibilidade de aqueles perderem a prioridade com o esforço argumentativo em favor dos últimos. Todavia, o respeito ao princípio da inércia perelmaniano se faz imprescindível na discussão da pesagem tendo vista a efetivação

¹³⁶ Alexy classificou os cânones de interpretação em seis subgrupos: (1) semântico, subsidia interpretações com referência a determinado costume lingüístico, isto é, regras lingüísticas. (2) genético, relaciona certa interpretação à intenção do legislador, podendo esta ser direta ou estar ligado ao alcance de um objetivo. (3) histórico, a interpretação se apóia em antecedentes epocais para verificação aplicativa no caso presente. (4) comparativo, embasa interpretações com referências normativas de outra sociedade. (5) sistemático, a interpretação se ampara na posição lógico-normativa com outras normas jurídicas. (6) teleológico, a interpretação se dirige ao escopo objetivamente prescrito no contexto da ordem jurídica válida. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Landy Editora, 2001, pp.228-235.

¹³⁷ O próprio Alexy entende que os cânones da interpretação são formas de argumento e não regras, pois estas estabelecem um comando definitório estrito enquanto aquelas são entendidas como pontos de vistas de uma questão a ser interpretada. Cf. *Ibidem*, p.236.

¹³⁸ “(J.6) Saturação – isto é, uma plena afirmação de razões – é exigida em todo argumento que pertença aos cânones de interpretação”. *Ibidem*, p. 237.

¹³⁹ “(J.7) Os argumentos que dão expressão a um elo com as verdadeiras palavras da lei, ou com a vontade do legislador histórico, têm precedência sobre os outros argumentos, a menos que motivos racionais possam ser citados para garantir a precedência sobre os outros argumentos”. *Ibidem*, p. 239.

de (1.3') em atenção às regras da racionalidade relativas à liberdade da discussão (2.2.a) e (2.2.b); portanto, as regras¹⁴⁰ (J.8) e (J.9) são propostas.

Pode-se entender *argumentação dogmática* como argumentação da ciência do direito¹⁴¹ que envolve uma tripla interface entre o plano descritivo-empírico, relativo à descrição da lei em vigor, o plano lógico-analítico, relativo à análise conceitual-sistemática desse direito vigente, e o plano normativo-prático, relativo às propostas para resolver problemas jurídicos.

A partir dessa noção de ciência do direito, Alexy propõe uma classificação dos argumentos dogmáticos¹⁴² e reforça a necessidade de diferenciar justificação e exame das proposições dogmáticas. “A justificação ocorre quando uma proposição é derivada de outras proposições; o exame ocorre quando se pergunta se as proposições deriváveis de uma proposição por si mesma, ou juntamente com outras proposições

¹⁴⁰ “(J.8) Determinações do peso relativo dos argumentos diferentes na forma precisam se conformar às regras da pesagem”. “(J.9) Todo argumento possivelmente proposto dessa forma pode contar como um dos cânones da interpretação e deve merecer a devida consideração”. ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Landy Editora, 2001, p. 240.

¹⁴¹ “A dogmática jurídica é (1) um classe de proposições que (2) se relacionam com normas atuadas e lei casual mas não são idênticas à descrição das normas, e (3) estão em algum inter-relacionamento mútuo coerente, (4) são compostos e discutidas no contexto de uma ciência jurídica institucionalmente organizada e (5) tem conteúdo normativo”. *Ibidem*, p. 245.

¹⁴² Alexy classifica em cinco subgrupos os argumentos da dogmática: (1) conceitos jurídicos autênticos, são definições conceituais da ciência do direito que tem seu conteúdo dependente da existência de normas jurídicas que regem certas situações, tais como ato administrativo e contratos, assim, a mudança conceitual sinaliza, inevitavelmente, a alteração normativa, daí seu caráter normativo. (2) conceitos jurídicos que ocorrem nas normas jurídicas, são conceitos que, diferentemente dos autênticos, se encontram relacionadas à interpretação de certa expressão textual normativa, relacionam-se mais com a idéia de perspectivas teóricas sobre o conceito de determinado termo legal; o ponto crucial é que se considera dogmática a proposição que é “aceita, ou ao menos discutida no contexto de uma ciência jurídica institucionalmente organizada”. (3) normas carecedoras de *pedigree* estatutário, são proposições da ciência do direito que não guarda referência à lei vigente, dessa forma, elas corresponderiam às proposições que os advogados considerem como corretas e pertencentes à dogmática que dependem sobretudo das “convicções realmente existentes dos cientistas jurídicos sobre se uma proposição é aceita como dogmática”. Essas noções também são válidas para (4) descrição e designação de estados de coisas, premissas de ocorrência de certas normas, e (5) formulação de princípios, são proposições normativas de um tão alto nível de generalidade que podem via de regra não ser aplicados sem o acréscimo de outras premissas normativas e, habitualmente, são sujeitos às limitações por conta de outros princípios”. Cf. *Ibidem*, pp 245-248. Compactuo com Wálber Carneiro da observação crítica a Alexy no que tange à análise da sua classificação dos argumentos da dogmática: “A precariedade dessa classificação, fato que ele mesmo admite face à inexistência de outros trabalhos sobre a matéria, fazem com que os dois últimos argumentos sejam analisados superficialmente na *Teoria da argumentação jurídica*. Entretanto, as descrições e caracterizações de estados de coisas, bem como as formulações de princípio, ambos diretamente vinculados pela orientação finalística das ações sustentadas por esse tipo de discurso, assumem um papel de destaque em sua concepção de direito quando as analisamos a partir de sua *Teoria dos princípios*”. CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: Uma Teoria Dialógica do Direito**. Livraria do Advogado, 2011, p.218.

são aceitáveis”¹⁴³, no que tange ao exame, esse pode operar sob um enfoque mais estrito, quando o exame da proposição visa verificar a sua consonância com outros argumentos dogmáticos, e sob um enfoque mais amplo, quando visa à compatibilidade das proposições com o ponto de vista da prática geral.

“Naturalmente, a argumentação dogmática não pode ser reduzida a argumentação prática geral, mas [...] forma a pedra angular do processo de prova e com isso, a base da argumentação dogmática”¹⁴⁴. Desse modo, é possível sintetizar o conteúdo referente à justificação e ao exame dos argumentos dogmáticos com as regras (J.10) e (J.11)¹⁴⁵. A relevância da argumentação dogmática pode ser percebida no papel desempenhado pelas suas funções¹⁴⁶, assim, o seu papel instrumental, sob o suporte da argumentação prática, viabiliza a regra (J.12)¹⁴⁷.

O *uso dos precedentes* como regra na argumentação jurídica se faz necessária pela importância que possuem, diretamente, ordens jurídicas vinculadas ao *common law* e, cada vez mais, em sistemas jurídicos ligados ao *civil law*. Além dessa relevância sistêmica, o uso dos precedentes atende ao exigido pelo princípio da universalidade (1.3') que se relaciona com a idéia de justiça formal, isto é, tratar casos semelhantes de modo igual. A grande questão é como avaliar essas semelhanças, se elas continuam ou foram alteradas, para promover uma decisão correta pelo uso do precedente, isto é, se há a necessidade de *distinguishing* ou *overruling*.

¹⁴³ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Landy Editora, 2001, p.250.

¹⁴⁴ Ibidem, pp.251-252.

¹⁴⁵ “(J.10) Toda proposição dogmática tem de ser justificada com o recurso de ao menos um argumento prático geral sempre que estiver sujeita à dúvida”. “(J.11) Toda proposição dogmática tem de ser capaz de passar num exame sistemático tanto no sentido mais estreito quanto no sentido mais amplo”. Ibidem, p. 252.

¹⁴⁶ São seis funções da argumentação dogmática: (1) estabilizadora, algumas soluções práticas podem ser mantidas por bastante tempo pelo uso de determinados argumentos dogmáticos, que é institucionalizada. (2) desenvolvimento, como a dogmática é institucionalizada, a discussão sobre determinados argumentos dogmáticos possibilita examiná-los de acordo com aquilo que os cientistas debatem, das alterações de idéias na sociedade e como os argumentos estão sendo aplicados. (3) redutora do encargo, limita, provisoriamente, o âmbito de discussão com o desnecessário reexame dos pontos de vistas aceitos. (4) técnica, tem o papel pedagógico de ensinar do conteúdo relacionado ao direito vigente. (5) controladora, está relacionada com a compatibilidade de do exame sistemático das proposições que acarreta uma harmonização do conteúdo para fiação de decisões que atendam a princípios da universalidade e da justiça. (6) heurísticas, abertura para novos pontos de vistas a serem introduzidos como soluções. Cf. Ibidem, pp.251-257.

¹⁴⁷ “(J.12) Sempre que os argumentos dogmáticos forem possíveis eles devem ser usados”. Ibidem, p. 258.

Desse modo, com a devida consideração ao princípio da inércia e as regras de partilha a carga da argumentação, Alexy enuncia para o uso dos precedentes duas regras¹⁴⁸, bem como adverte que as funções de estabilização, desenvolvimento e redução de encargo, próprios da ciência do direito, podem ser verificadas ao se aplicar um precedente, tendo em vista o “mutualismo” entre o uso deste e os argumentos dogmáticos e a contribuição do precedente para a certeza jurídica e proteção da confiança da decisão.

As *formas especiais de argumentos*¹⁴⁹ são esquemas utilizados, sobretudo na metodologia jurídica, na argumentação jurídica que, como os cânones de interpretação, dependem de uma regra de saturação¹⁵⁰ para que a aplicação dessas formas seja racional, bem como é possível desenvolver estruturas lógicas¹⁵¹ desses argumentos que, segundo Alexy, “são casos especiais da aplicação de regras e formas do discurso prático geral. (J.15) é uma forma de inferência lógica válida, (J.16) é requerida pelo princípio de universalizabilidade, (J.17) é um caso de levar em consideração as conseqüências”¹⁵².

No que tange à *argumentação empírica*, Alexy sinaliza um possível contradição pelo fato de o objeto da argumentação jurídica é a justificação de premissas que não são nem regras da lei positiva nem afirmações empíricas, contudo, o conhecimento empírico é relevante em discussões práticas em que há discordância quanto aos fatos em que as afirmações normativas são aceitas.

¹⁴⁸ “(J.13) Se um precedente pode ser citado a favor ou contra um decisão ele deve ser citado. (J.14) Quem deseja partir de um precedente fica com o encargo do argumento”. ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Landy Editora, 2001, p.261.

¹⁴⁹ São quatro as formas especiais de argumento: (1) Analogia, (2) *argumentum a contrario*, (3) *argumentum a fortiori* e (4) *argumentum ad absurdum*. Ibidem, p.262.

¹⁵⁰ “(J.18) Formas especiais de argumento jurídico têm de ter razões para serem afirmadas plenamente, isto é, devem alcançar a saturação”. Ibidem, p.265.

¹⁵¹ “(J.15) . (1)(x) (OGx → Fx)
(2)(x) (¬Fx → ¬Ogx) (1)

(J.16) . (1)(x) (Fx v F sim F sim → ¬OGx)
. (2)(x) (Hx → F sim x)
(3)(x) (Hx → Ogx) (1), (2)

(J.17) . (1) O ¬ Z
. (2) R' → Z
(3) ¬ R' ". Ibidem, p.263-265.

¹⁵² Ibidem, p.265.

Nesse sentido, é possível aplicar no discurso jurídico a regra de transição (6.1) do discurso prático geral. Já no caso da *argumentação prática geral*, o jurista alemão compreende que, pelo vínculo existente entre argumentação jurídica e argumentação prática, é possível salientar o papel desta “(1) na justificação de premissas normativas necessárias para satisfazer as diferentes formas de argumento, (2) na justificação de uma escolha entre diferentes formas de argumento que levam a diferentes resultados, (3) na justificação e exame de proposições da dogmática jurídica, (4) na justificação de quaisquer casos de distinguir ou prevalecer, e (5) diretamente na justificação de afirmações usadas na justificação interna”¹⁵³.

Paradoxalmente, apesar de as limitações do discurso prático ensejarem a emergência do discurso jurídico, incorporando às leis válidas os precedentes e a ciência jurídica, a argumentação prática geral como componente da argumentação jurídica ampliaria o grau de racionalidade no discurso jurídico. Essa racionalidade da argumentação jurídica estaria justificada sob uma ordem jurídica vigente, conseqüentemente, a racionalidade da legislação seria um pressuposto lógico.

Nesse caso, haveria a necessidade de a teoria do discurso prático poder ser estendida para uma teoria da legislação e uma teoria normativa da sociedade, em que o discurso jurídico pertence; assim, Alexy pontua que a teoria da argumentação jurídica proposta tem uma finalidade mais restrita, pois “a única pergunta a ser feita é que significa decidir racionalmente no contexto de uma ordem jurídica válida”¹⁵⁴.

A teoria da argumentação jurídica não garante uma certeza no resultado, mas o caráter racional do discurso jurídico está relacionado com o agir de acordo com as regras e formas da argumentação jurídica, isto é, “quando uma discussão está de acordo com estas regras e formas, então o resultado oferecido por ela pode ser chamado de ‘correto’. As regras e formas do discurso jurídico assim constituem um critério para correção das decisões jurídicas”¹⁵⁵.

¹⁵³ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Landy Editora, 2001, p.266.

¹⁵⁴ Ibidem, p.269.

¹⁵⁵ Ibidem, p.273.

4.3 TEORIA DOS PRINCÍPIOS

O desenvolvimento de uma teoria dos princípios nos moldes alexyanos parte de um estudo analítico das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional Alemão com devida atenção ao debate entre Hart e Dworkin, o problema do positivismo e indeterminação do direito. O fato de objetivar uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição ¹⁵⁶ alemã a partir do material da jurisprudência constitucional não significa que seu modelo não possa ser aplicado em *terra brasiliis*, todavia faz necessário o cuidado na sua utilização teórica tendo em vista as peculiaridades de cada âmbito normativo.

Ao passo que se trata de uma teoria do direito positivo de um ordenamento jurídico, tem-se que ter em mente o que se compreende como Dogmática jurídica em seu triplo aspecto ¹⁵⁷. O fato de a ciência do direito ser um saber prático pontua a interface normativa como relevante, haja vista a dogmática jurídica voltar sua visão para o que deve ser feito no caso controverso. Na medida em que a ciência do direito é concebida como uma “tentativa de se dar uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas que foram deixadas em aberto pelo material normativo previamente determinado” ¹⁵⁸, emerge-se aquilo que pode ser denominado de “problema de complementação”. Tendo em vista que o material normativo se estabelece a partir de juízos de valor, a fundamentação se coloca como outro ponto de relevância; ademais, o cariz normativo estabelece que a perspectiva do participante juiz como “típica da Ciência do Direito e que os enunciados e teorias desenvolvidos a partir dela, mesmo quando abstratos, referem-se sempre à fundamentação de juízos concretos de dever-ser” ¹⁵⁹.

Essa natureza prática da dogmática jurídica se configura como interseção entre as três dimensões, como “princípio unificador”. O direito positivo é o conteúdo normativo

¹⁵⁶ A teoria dos direitos fundamentais quando do questionamento do que são direitos fundamentais formula a resposta de modo concreto, pois o que se questiona são normas de certo ordenamento jurídico ou de certa Constituição. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros Editores, 2011, p.65.

¹⁵⁷ Vide acima a p.61.

¹⁵⁸ Ibidem, p.36.

¹⁵⁹ Ibidem, p.37.

conhecido por todos, dimensão empírica, que quando insuficiente nos chamados casos difíceis impõe a necessidade de juízos valorativos que possam recompor o material positivado e dirimir a lide, dimensão normativa, que precisa fundamentar sua decisão a partir da elucidação conceitual de uma ciência, dimensão analítica. Há uma espécie de circularidade mutualista.

No que concerne aos direitos fundamentais, teorias unipolares ou combinadas não conduzem o problema corretamente e dessa forma seria necessário uma denominada teoria integrativa¹⁶⁰. Essa é uma teoria estrutural e compreendida como analítica, todavia, não de modo absoluto, pois o que se tem, na verdade, é uma ênfase na dimensão analítica com atenção ao material desenvolvido pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, dimensão empírica, daí o caráter empírico-analítico; por outro lado, o objetivo de se obter uma resposta correta fundamentada em consonância com o direito positivo esclarece também a dimensão normativa, por isso, nessa linha, pode-se falar em caráter normativo-analítico.

Enquanto teoria estrutural integrativa, a teoria jurídica dos direitos fundamentais tem a norma de direito fundamental como um ponto relevante. Apesar do estreito liame entre direito fundamental e norma de direito fundamental e os problemas acerca do conceito de norma jurídica¹⁶¹, Alexy adotará um conceito semântico no qual “o ponto de partida desse modelo consiste na diferenciação entre *norma* e *enunciado normativo*”¹⁶². Pode-se inferir dessa diferenciação já mencionada¹⁶³ que norma pode ser expressa por diferentes enunciados normativos, bem como, caso não manifeste expressões

¹⁶⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros Editores, 2011, p.39-42.

¹⁶¹ Quando há um direito fundamental, inevitavelmente, existe uma norma correspondente, todavia, a recíproca ocorre somente naquilo que tange aos direitos subjetivos, pois, segundo Alexy, no rol de direitos fundamentais é possível ter normas que não dizem respeito a direito subjetivo. Desse modo, é impreterível que a investigação sobre o conceito de norma de direito fundamental passe por uma construção mais ampla; conseqüentemente, pelo fato de norma de direito fundamental ser uma norma jurídica, desloca-se a análise para o enftretamento do conceito de norma. Mesmo com a afirmação que “[...] conceito de norma é um dos conceitos fundamentais da Ciência do Direito, talvez o mais fundamental”, surgem problemáticas envolvendo a conceituação do que seja norma para dogmática jurídica; primeiro, pelo fato de o termo “norma” e seus sinônimos não serem restritos ao campo jurídico, permeando outros saberes oficiais e o senso comum, segundo, por isso, emergirem uma variedade de sentidos próprios e culminando, assim, na vagueza do citado termo no seu uso mais axiomático. Ibidem, pp.50-52.

¹⁶² Ibidem, p.53.

¹⁶³ Vide acima a p.52.

deônticas, esses podem ser transformados em enunciados deônticos¹⁶⁴; enfim, a norma configura-se a partir de enunciados normativos de dever-ser.

Além do mais, a concepção semântica de norma adotada deve ser afastada de questões relativas à validade e existência da norma. Ao tomar, exemplarmente, a definição de norma já impregnada da ideia de validade ou existência, o jurista alemão propõe uma conceituação de norma que não depende de antemão de pressupostos; assim, a conseqüência direta dessa escolha oportuniza a abertura do campo normativo, o que resultaria numa dificuldade do critério usado para concluir uma norma e levaria o olhar à estrutura lógica da expressão. Por isso, para construção de conceitos científicos,

O decisivo é sua funcionalidade. O conceito semântico de norma certamente não é igualmente adequado a todas as finalidades, mas quando se trata de problemas da dogmática jurídica e da aplicação do direito é sempre mais adequado que qualquer outro conceito de norma¹⁶⁵.

Juntamente a isso, o conceito semântico se mostra mais compatível com os modelos teóricos sobre a validade¹⁶⁶, tais como, Ética, Sociologia e Direito.

Assentadas as premissas do conceito de norma, o conceito de norma de direito fundamental passa logicamente pela definição do enunciado de direito fundamental, ou melhor, disposição de direito fundamental. A partir das vantagens e desvantagens dos critérios substanciais, estruturais e/ou formais¹⁶⁷, é possível conjugar esses critérios e conceituar as disposições constitucionais como as contidas no capítulo da Constituição intitulado de “Os Direitos Fundamentais”, bem como as que garantem os direitos subjetivos da Constituição; desse modo, normas de direitos fundamentais são expressões desses enunciados.

¹⁶⁴ “Enunciados como estes são caracterizados pelo uso de *expressões deônticas* como ‘permitido’, ‘proibido’ e ‘devem’. Por essa razão devem eles ser chamados de ‘enunciados deônticos’”. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros Meditadores, 2011, p.56.

¹⁶⁵ Ibidem, p.60.

¹⁶⁶ “Por teoria da validade deve ser entendida uma teoria que forneça critérios para se saber quando uma norma é válida. De forma simplificada, a estrutura formal do cerne de diferentes teorias da validade pode ser expressa da seguinte forma: se a norma *N* satisfaz os critérios *K1*, ..., *Kn*, então, *N* é válida”. Ibidem, p.60.

¹⁶⁷ Alexy diferencia e define os critérios da seguinte maneira: Os substanciais e estruturais são, respectivamente, aqueles direitos que dizem respeito ao fundamento do próprio Estado e guardam determinada estrutura de direitos individuais; por outro lado, previamente, essas definições atrelam um conceito de direito fundamental a certa noção de Estado. Os formais são os direitos que constam no capítulo nomeado por “Os Direitos Fundamentais”. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros Meditadores, 2011, pp.66-68.

Levando em conta o critério formal, Alexy restringe o alcance do conceito de norma de direito fundamental, mas, ao mesmo tempo, se coloca num desconforto metodológico quando verifica, nos comentários sobre normas de direitos fundamentais atribuídas¹⁶⁸, uma indeterminação semântica e estrutural. No campo semântico, o problema é resolvido quando a Corte Máxima estabelece um sentido determinado por meio de regras semânticas; já no campo estrutural, a alteração do esquema proposicional que forma o enunciado possibilita que se infira, no caso concreto, uma norma de direito fundamental numa “relação de refinamento”¹⁶⁹ com o texto constitucional, além disso, a norma recebe respaldo de direito fundamental por haver na Constituição a disposição tangenciada. A Classificação das normas atribuídas como de direitos fundamentais suscita controvérsias no que toca a quais asserções devem ser consideradas como normas que refinam a disposição textual; “[...] a questão sobre quais atribuições podem ser *corretamente* levadas a cabo é uma questão constitutiva”¹⁷⁰. Nesse caso, “saber se uma norma atribuída é uma norma de direito fundamental depende, portanto, da argumentação referida a direitos fundamentais que a sustente”¹⁷¹.

Na abordagem estrutural do objeto de sua teoria jurídica, o jurista alemão enuncia que a norma de direito fundamental acarreta duas espécies normativas, as regras e os princípios. Diante da insuficiência do critério de distinção relativo ao grau de generalidade, Alexy estabelece uma diferença qualitativa entre as mencionadas espécies de normas.

As regras são normas que acarretam comandos definitivos que devem ser integralmente cumpridos, já os princípios são compreendidos como mandados de

¹⁶⁸ As normas de direitos fundamentais atribuídas são aquelas que não dizem respeito diretamente com o enunciado normativo ou não decorrem logicamente dele, mas, com uma alteração na proposição enunciativa e frente a um caso concreto, é possível verificá-las de acordo com uma disposição de direito fundamental, nesse caso, a relação entre texto e norma é denominada de “relação de refinamento”. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros Meditadores, 2011, pp.71-72.

¹⁶⁹ O exemplo levantado por Alexy diz respeito à disposição do art.5º, §3º, 1, da Constituição alemã, “[...] a ciência, a pesquisa e o ensino são livres” e as normas “(5) O Estado deve possibilitar e promover o exercício da liberdade científica e sua transmissão às gerações futuras por meio da disponibilização de meios pessoais, financeiros e organizacionais” e “(6) Todo aquele que atua na área científica, de pesquisa e de docência – respeitado o dever do art.5º, §3º, 2, da Constituição alemã – tem o direito à defesa contra qualquer interferência estatal no processo de obtenção e transmissão de conhecimentos científicos”. Ibidem, p.69 e 71.

¹⁷⁰ Ibidem, p.73.

¹⁷¹ Ibidem, p.74.

otimização que devem ser realizados no maior grau possível em face das possibilidades fáticas e jurídicas. “A distinção entre regras e princípios forma o fundamento teórico-normativo, por um lado da subsunção e, por outro, da ponderação”¹⁷²; essa diferença é mais perceptível na ocorrência de aplicação de regras conflitantes e de princípios colidentes.

Tendo em vista o fato de as regras serem prescrições definitórias, o conflito entre essas normas é solucionado com a inserção de uma cláusula de exceção ou com a declaração de invalidade de uma das regras. A inserção de uma cláusula de exceção¹⁷³ visa conferir solução a conflitos de juízos concretos definitivos visando à preservação de sua validade; casuisticamente, a emergência do caráter *prima facie* das regras surge com o afastamento do caráter definitivo pelas impossibilidades fáticas e/ou jurídicas de aplicação¹⁷⁴.

Não sendo possível a inclusão de certa cláusula, uma das regras será declarada inválida, pois “não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos”¹⁷⁵. Para escolha de qual norma deve ser excluída do ordenamento jurídico, leva-se em conta as regras “*lex posterior derogat legi priori e lex specialis derogat legi generali*, mas é também possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito. O fundamental é: a decisão é uma decisão sobre validade”¹⁷⁶.

Diferentemente, no caso dos princípios, pelo fato de serem mandados de otimização a serem realizados na medida fática e juridicamente possível, a colisão emergente se dirime pela restrição e cumprimento de um ou de ambas as normas pela ponderação

¹⁷² ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Livraria do Advogado, 2011, p.131.

¹⁷³ A cláusula de exceção se sustenta em princípios, mas não significa que há uma mensuração entre regra e princípio. “*R* não vale estritamente. Isso significa que vale um princípio de validade *P'*, que permite, em determinadas situações, que *P* supere ou restrinja *R*. Essas condições não podem ser satisfeitas com a simples constatação de que o cumprimento de *P* é, no caso concreto, mais importante que o cumprimento do princípio *PR*, que materialmente sustenta *R*, pois isso faria com que *P'* não desempenhasse nenhum papel. Tudo seria uma questão de relação entre *P* e *PR*. *P'* desempenha um papel se para a determinação da precedência de *P* não somente se exija que *P* preceda o princípio *PR*, que materialmente sustenta *R*, mas também que *P* seja mais forte que *PR* em conjunto com o princípio *P'*, que exige o cumprimento de regras e que, nesse sentido sustenta formalmente *R'*”. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros Meditadores, 2011, p.90.

¹⁷⁴ Contrapondo-se ao modelo dworkiano, Alexy pontua: “Ao contrário do que sustenta Dworkin, as cláusulas de exceção introduzidas em virtude de princípios não são nem mesmo teoricamente enumeráveis”. *Ibidem*, p.104.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 92.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 93.

que visa o resultado ótimo. A restrição de um princípio não expressa a mesma conclusão que se obteve com as regras, invalidade ou inserção da cláusula de exceção, mas que esses comandos *prima facie*, sob determinadas condições, podem denotar mais limitados por outros princípios colidentes. Desse modo, cabe elucidar que os “conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios podem colidir ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão de peso”¹⁷⁷.

O fato de os princípios terem o mencionado conceito e serem mitigados diante da ponderação implica na impossibilidade de serem absolutos, caso contrário, bastaria as condicionantes de incidência fática para eles se efetivarem, bem como, ao se referirem a direitos individuais e coletivos, a precedência irrestrita de um pólo dicotômico ocasionaria esvaziamento existencial do outro.

Nesse sentido, as colisões entre princípios demandam um procedimento em que essas normas possam se restringir com fito de um resultado otimizável. Essas restrições recíprocas são realizadas por uma ponderação que tem o objetivo de estabelecer qual dos interesses colidentes tem maior peso no caso contextual.

No caso de colisão de princípios, a solução estabelecerá a relação de precedência condicionada a contextos; é possível esquematizar a partir da regra da argumentação (4.6)¹⁷⁸, pois, no caso da regra (4.5), exclui a precedência absoluta de princípio.

Para poder decidir sobre em quais as condições uma norma sobrepõe-se a outra, deve-se trabalhar com a metáfora do peso, haja vista Alexy esclarecer que é a dimensão de peso que informa como se procede a relação de precedência dos vetores normativos. Essa relação salienta que as condições (C) que indicam precedência e o suporte fático de uma consequência jurídica do princípio com maior alcance de cumprimento; por isso é possível falar de uma lei da colisão¹⁷⁹.

¹⁷⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros Meditadores, 2011, p.94.

¹⁷⁸ Vide nota de rodapé 118

¹⁷⁹ “(K) As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”. Ibidem, p.99.

4.3.1 Máxima da Proporcionalidade

Segundo Alexy, a máxima de proporcionalidade ¹⁸⁰ decorre da própria essência dos direitos fundamentais que tem a estrutura de princípios ¹⁸¹. Diante do conceito de princípios como mandamentos de otimização em face de possibilidades fáticas e jurídicas, a conexão entre a máxima de proporcionalidade se efetua a partir da relação com as três máximas parciais, adequação e necessidade, relativas às possibilidades fáticas, e proporcionalidade em sentido estrito no âmbito das possibilidades jurídicas. Na ocorrência de uma colisão entre princípios a realização de uma norma de direito fundamental depende de uma decisão em que se pondere nos termos da lei de colisão. É possível proceder a uma definição dos elementos que compõe a máxima da proporcionalidade, bem como das definições, a investigação de Alexy perpassa à abertura de discricionariedade estrutural que enseja uma discricionariedade para sopesar a partir da discricionariedade de escolher meios para alcançar certos objetivos.

A adequação diz respeito ao critério de verificação da medida a ser tomada e o fim buscado, em outras palavras, se o meio empregado promove o fim objetivado. Nesse primeiro plano, averigua-se se “as medidas interventivas adotadas aptas a atingir os objetivos pretendidos” ¹⁸². “Essa máxima tem, na verdade, a natureza de um critério negativo. Ela elimina meios não adequados. Um tal critério negativo não determina tudo,

¹⁸⁰ A máxima da proporcionalidade é comumente conhecida como princípio da proporcionalidade. Neste caso não há uma estrutura de “princípio”, nem mesmo as máximas parciais da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Assim, a idéia do princípio como postulado elucida melhor a questão, pois essa espécie normativa estabelece o procedimento de aplicação de outras normas, ensejaria num comando de estruturação do discurso aplicativo das demais espécies normativas. Os postulados, enfim, são “condições de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico. Eles, também por isso, não oferecem argumentos substanciais para fundamentar uma decisão”. Eles elucidam como deve ser feito a aplicação das normas. Cf. ÁVILA, Humberto. **Repensado o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 18 de Março de 2011, p.5.

¹⁸¹ “Já se deu a entender que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. [...] máxima da proporcionalidade decorre, ‘no fundo, já da própria essência dos direitos fundamentais”. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros Meditadores, 2011, p.116-117.

¹⁸² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília Jurídica, 2000, p.244

mas exclui algumas coisas”¹⁸³. Enfim, reside na escolha do meio indôneo para atingir determinado objetivo.

A necessidade corresponde à constatação da inexistência de outros meios disponíveis e adequados para a consecução do fim almejado, isto é, a utilização de uma medida se faz precisa pela ausência de outro meio menos restritivo. “Ela exige que, dentre dois meios aproximadamente adequados, seja escolhido aquele que intervenha de modo menos intenso”¹⁸⁴. As duas referidas máximas parciais “expressam a exigência – contida na definição de princípio – de uma máxima realização em relação às possibilidades fáticas”¹⁸⁵.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito relaciona-se com a avaliação das benesses emergidas pela promoção do objetivo com as desvantagens das restrições impostas, assim, cominando legitimidade à medida executada. Novamente com Gilmar Mendes e seus pares, entende-se que “O juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há que resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislado”¹⁸⁶.

Assim, a máxima da proporcionalidade constitui um parâmetro normativo para a resolução de interesses contrapostos, consubstancia-se num critério racional para otimização de proteção de interesses jurídicos divergentes, evitando que haja exagerado sacrifício de um deles em face do outro. Por expressar a ideia de otimização relativo as normas-princípios contrapostas, ela tem a mesma configuração da lei da ponderação que se prescreve que “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”¹⁸⁷.

A partir desse transcurso é possível elaborar aquilo a que se denomina e se constitui a lei da ponderação ou técnica de ponderação.

¹⁸³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros Meditadores, 2011, p.590.

¹⁸⁴ Ibidem, loc.cit..

¹⁸⁵ Ibidem, p.588.

¹⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília Jurídica, 2000, p.251.

¹⁸⁷ ALEXY, op.cit, p.593.

4.3.2 Técnica de Ponderação

Dessa forma, a lei da ponderação pode ser dividida em três passos:

No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio¹⁸⁸.

O resultado da ponderação só é possível com a discriminação das grandezas abstratas dos princípios controversos e seus pesos num determinado contexto. O importante dessa afirmação é que não é possível de antemão determinar medida será realizada, pois, o peso concreto, nesse caso quem influencia é (C). “Ao invés de se falar em ‘grau de não-satisfação ou de afetado’, é possível também falar em “intensidade da intervenção”¹⁸⁹.

Portanto, o jusfilósofo estabelece um esquema lógico da ponderação em que (Pi) como variável que corresponde ao princípio que está sendo afetado, assim, a intensidade da intervenção em (Pi) é esquematizado por (Ipi), como as intervenções são grandezas concretas, a intervenção num princípio em certas circunstâncias é determinado por (IPiC); a colisão se realiza com um princípio (Pj) que a satisfação é salientada (W) que numa dada situação concreta (C) é simbolizado por (WPjC). Os primeiros passos da lei da ponderação podem ser realizados com o acréscimo de escala triádica, que corresponde ao grau da importância e da intervenção de cada princípio colidente, leves(l), moderadas (m) e sérias (s).

Assim, visualiza-se três casos em que há precedência de (Pi) em face de (Pj), bem como o mesmo número quando a precedência é de (Pj) em relação a (Pi); os três casos de impasse na ponderação, Alexy afirmam que eles “levam uma discricionariedade para sopesar”¹⁹⁰. A carência¹⁹¹ dos níveis do modelo triádico, apesar de corresponder ao

¹⁸⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros Meditadores, 2011, p.594.

¹⁸⁹ Ibidem, p.600.

¹⁹⁰ Ibidem, p.603.

¹⁹¹ A carência do modelo pode ser sintetizada da seguinte maneira: “está longe de uma metrificação das intensidades de intervenção e dos graus de importância por meio de uma escala cardinal’, justamente em razão de os ‘escalamentos jurídicos só serem possíveis com liminares relativamente rudimentares, e isso nem mesmo em todos os casos’. Poderíamos dizer, ainda que ela não estabeleça essa relação, que essa impossibilidade de determinar as diferenças dos níveis de intervenção nos colocaria no âmbito de

que acontece na prática habitual e na argumentação jurídica, é possível esquematizar uma fórmula que expresse o peso concreto dos princípios:

$$GP_{ijC} = \frac{IP_{iC}}{WP_{jC}}$$

“Essa fórmula complementa as leis de colisão e do sopesamento. Ela será chamada de ‘fórmula do peso’”¹⁹². Nessa fórmula, (G) apresenta-se como peso concreto do princípio (pi) nas circunstâncias (C) em face do princípio (Pj), a expressão acima enuncia que o peso concreto do princípio (Pi) é o quociente da intervenção nele (Ipi) e a importância do outro princípio (WPj), o peso concreto de (Pi) é em relação a (Pj), por isso, a fórmula desvela um peso concreto relativo, daí a expressão (Pi, j).

Quando os pesos abstratos dos princípios forem diferentes eles têm de ser introduzidos na fórmula de peso que compreende o peso abstrato de (Pi) como (GPiA) e o de (Pj) como (GPjA), no qual (A) diz respeito as interferências do peso abstrato. Assim, a redação da fórmula é a seguinte:

$$GP_{ijC} = \frac{IP_{iC} \cdot GP_{iA}}{WP_{jC} \cdot GP_{jA}}$$

Nos casos em que se torna possível outro princípio com o objetivo de intervir em determinado direito fundamental, à fórmula acresce-se o símbolo (n) para se referir a inúmeros princípios viáveis na intervenção:

$$GP_i - nC = \frac{IP_{iC} \cdot GP_{iA}}{WP_{jC} \cdot GP_{jA} + \dots + WP_{nC} \cdot GP_{nA}}$$

Há de pontuar que o modelo dos princípios desenvolvido por Alexy encontra na argumentação jurídica o caminho corretivo para blindagem do amplo aspecto da discricionariedade para sopesar. Por derradeiro, vale afirmar que não há como se aplicar uma teoria dos princípios nesses moldes sem está atento à premissa justificadora das decisões tomadas.

um *espaço epistemológico* de discricionariedade”. CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: Uma Teoria Dialógica do Direito**. Livraria do Advogado, 2011, p.209.

¹⁹² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros Meditadores, 2011, p.604.

4.4 A REPRISTINAÇÃO IDEOLÓGICA DA TÉCNICA DE PONDERAÇÃO: A NECESSIDADE DE UMA CRÍTICA

Diante da marcante influência do pensamento de Habermas na construção de uma teoria argumentativa por Alexy, resta investigar sobre ambos as possíveis confluências teóricas, o abismo radical que os separa e promove um debate crítico.

O jurista alemão concordou com as teses habermasianas¹⁹³, principalmente com a dimensão pragmática de linguagem, bem como da cadeia argumentativa nos discursos práticos; nesse ponto, as regras básicas do discurso configuram aqueles mínimos repertórios compartilhados universalmente. Esse movimento pró ética pós-kantina possibilitou que houvesse um debate no cenário herdeiro da instrumentalidade, no campo procedimental.

A distância tomada partiu da teoria da argumentação alexyana estabelecer um esquema-lógico-semântico do catálogo das regras do discurso, mantendo-se numa metodologia metafísica da filosofia da reflexão. Criticamente, Habermas declara:

É verdade, porém, que, ao apresentar essas pressuposições sob forma de regra, Alexy enseja o equívoco de que todos os Discursos realmente efetuados teriam que satisfazer a essas regras. Manifestamente, tal não é o caso em muitos casos – e, em todos os casos, é com aproximações que temos que nos contentar. O equívoco pode se prender inicialmente à ambigüidade da palavra “regra”. Pois as regras do Discurso no sentido de Alexy não são constitutivas para o Discurso no mesmo sentido, por exemplo, em que as regras do xadrez são constitutivas para as partidas de xadrez realmente jogadas. Enquanto que as regras do xadrez determinam uma prática de jogo factual, as regras do Discurso são apenas a representação de pressuposições pragmáticas, feitas tacitamente e sabidas intuitivamente, de uma prática discursiva privilegiada¹⁹⁴.

Além disso, a conjugação de vários modelos para a construção do rol de regras e esquemas de argumento prejudicou a matriz teórica do pensamento de Alexy que transita entre a dimensão semântica e a pragmática. Por fim, a construção lógico-semântica das regras procedimentais não são confiantes para obtenção de respostas corretas.

¹⁹³ Vide Capítulo 2, ponto 2.2.

¹⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Tempo Brasileiro, 2003, p.114.

A situação ideal de fala, conceito compartilhado entre os pensamentos de Alexy e Habermas, deve, para esse último, ser analisada à luz da virada do pensamento esboçado em *Verdade e Justificação*. Nessa obra, Habermas retoma alguns temas ligados ao domínio da filosofia teórica¹⁹⁵ e reformula seu conceito discursivo de verdade. O conceito discursivo de verdade guarda equivalência com consenso, no qual a situação ideal de fala dependeria efetiva condições para ocorrerem; “[...] o conceito discursivo de verdade se deve a uma generalização excessiva do caso especial da validade de normas e juízos morais”¹⁹⁶. Assim, o consenso que em situação ideal desloca-se à verdade, todavia, “ainda que se aproximasse da verdade no momento presente, não poderia ser transportada para o futuro, isto é, não estaria imune a um ‘pôr-a-prova futuro’”¹⁹⁷.

A teoria dos direitos fundamentais ou dos princípios de Alexy se desenvolve a partir da idéia de uma dogmática jurídica em que há uma integração entre as dimensões e se estrutura, teoricamente, sob a ênfase na perspectiva analítica. A escolha dessa dimensão se justifica, pois a “clareza analítico-conceitual é uma condição elementar da racionalidade de qualquer ciência”¹⁹⁸. Entretanto, pode-se contestar esse argumento pelo fato de, apesar de a sistematicidade conceitual tornar inteligível o conhecimento, isto é, estabelecer como racional, a preponderância dessa dimensão salienta a preocupação primeira em construir um arcabouço teórico lógico-conceitual. Esse olhar inicial, mesmo com influências pragmáticas no seu pensamento, continua a situar o problema ainda no rastro horizonte desenvolvido pelo positivismo da Jurisprudência dos Conceitos, a propósito, o próprio filósofo se posiciona nesse aceno¹⁹⁹. A despeito de a construção analítica se basear na pesquisa do material empírico, a teoria dos direitos fundamentais somente se “distancia da velha tradição de um racionalismo abstrato dos

¹⁹⁵ “O presente volume reúne trabalhos filosóficos escritos entre 1996 e 1998, que retornam o fio de uma reflexão interrompida desde *Conhecimento e Interesse*. Com exceção deste último, todos tratam de questões de filosofia teórica que desde então eu havia abandonado. Por certo, a pragmática lingüística, que desenvolvi desde o início da década de 1970, também não pode passa categorias de verdade e objetividade, realidade e referência, validade e racionalidade”. HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação. Ensaios Filosóficos**. Edições Loyola, 2004, p.7

¹⁹⁶ Idem. **Verdade e Justificação. Ensaios Filosóficos**. Edições Loyola, 2004, p.15

¹⁹⁷ CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: Uma Teoria Dialógica do Direito**. Livraria do Advogado, 2011, p.110.

¹⁹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros Meditadores, 2011, p.43.

¹⁹⁹ “Nesse sentido, a teoria estrutural aqui pretendida pertence à grande tradição analítica da jurisprudência dos conceitos”. Ibidem, p.49.

sistemas dedutivos, aproximando-a dos sistemas indutivos fundados nas investigações empíricas”²⁰⁰. O reconhecimento por parte do jusfilósofo de uma abordagem multidimensional da dogmática jurídica e não reduzido à dimensão analítica, bem como da ineficiência dos meios lógicos somente para o desiderato decisório, não impossibilitou que depositasse numa compreensão sistemática conceitual²⁰¹ o fundamento teórico da ciência jurídica permanecendo ainda em investidas científicas no nível semântico.

Ao desenvolver sua concepção de norma de direito fundamental, Alexy salienta que esse conceito de norma tem de ser construído a partir de um conceito de norma jurídica para que, dessa forma, se possa tomar um contorno mais amplo do que à subordinação às disposições do catálogo de direitos fundamentais. Diante dos problemas concernentes ao termo “norma”, o jurista opta por um modelo fundado numa perspectiva semântica que, ainda desonerada de questões relativas à validade e existência, encontra na funcionalidade seu critério decisivo. Apesar da formulação alexyana do conceito de norma, o pensamento assujeitado à genealogia dos conceitos persiste na tentativa de se encontrar uma definição sistemática; entretanto, há que se recordar que o conceito é metáfora fossilizada²⁰². O nível semântico o levou ao questionamento puramente pragmático, conduzindo-o àquilo que se denomina contexto, no qual o enunciado deve se expressar para ser. Alexy não encaminha sua investigação nesse último sentido e aproxima-se do nicho que aborda a relação entre proposição e fato, o aspecto interno do enunciado normativo; aqui, o jurista se encontra atrelado ao esquema sujeito e objeto.

²⁰⁰ CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: Uma Teoria Dialógica do Direito**. Livraria do Advogado, 2011, p.222.

²⁰¹ “Sem uma compreensão sistemático-conceitual a Ciência do Direito não é viável como uma disciplina racional. A medida da racionalidade do direito depende em grande parte do nível alcançado pela dimensão analítica. Sem clareza analítica nem mesmo seriam possíveis enunciados precisos e fundamentados sobre as interações das três dimensões. [...] há, então, motivos suficientes para se designar e praticar a análise sistemático-conceitual do direito como *opus proprium* da Ciência do Direito”. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros Editores, 2011, p.49.

²⁰² “Não há dúvida de que a fidelidade ao conceito supõe o pagamento de um alto preço: o afastamento da vida, na qual se insere o moral e da qual a metáfora se aproxima. Talvez o conceito seja efetivamente uma metáfora fossilizada, que quase perdeu a marca de sua origem vital”. CORTINA, Adela. **Ética sem Moral**. Martins Fontes, 2010, pp.28-29.

O esforço analítico do filósofo não consegue resolver questões quanto ao conceito de norma e, conseqüentemente, aos de norma jurídica e norma de direito fundamental. Primeiramente, a separação entre questões relativas à validade e existência amplia o alcance do conteúdo se configurar como norma, assim, a estrutura esquemática da norma ganha relevo e seu caráter funcional. Aqui, continua-se no vício circular de se depositar certezas em construções sintático-semânticas para empreender conceituações e possam ser utilizadas como se fossem fórmulas matemáticas prontas para resolução de controvérsias.

Especificamente, na denominação de normas atribuídas como normas de direito fundamentais surge o problema de fundamentação para conferir correção à atribuição realizada pela norma de refinamento. Assim, abre-se um espaço institucionalizado de criação normativa que requer uma fundamentação de acordo com o direito positivo, haja vista sua escolha por um critério formal de norma de direito fundamental. De uma forma ou de outra, o campo da correção normativa se coloca “entre aquilo que o legislador impôs como norma e aquilo que o intérprete apresenta como razões para uma determinada interpretação que por meio de uma fidelidade à lei construída a partir de uma dada definição do conceito de norma”²⁰³. Além do mais, a escolha por um critério formal de direito fundamental

[...] não auxilia no problema de validade, da legitimidade e da eficácia, embora ressalte que essa característica seja algo positivo, já que permitiria sua utilização por uma teoria jurídica (validade), por uma teoria sociológica (eficácia) e por uma teoria filosófica (legitimidade)²⁰⁴.

A distinção estrutural entre regras e princípios, bem como sua técnica de ponderação de Robert Alexy acarreta alguns problemas. A rejeição do modelo dos princípios de Dworkin por ser simples não possibilita Alexy verificar que a atividade do intérprete à resposta correta deve estar agregada às noções de coerência e integridade do Direito. Esses conceitos estão diretamente ligados à idéia do “romance em cadeia” em que, como romancista que recebe um livro para ser continuado, acrescentando-lhe capítulos sem perder de vista o fio condutor de sua história, na atividade aplicativa, o juiz tem de dar continuidade a história desenvolvida pela ordem jurídica, reconstruindo

²⁰³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros Editores, 2011, p.82.

²⁰⁴ CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: Uma Teoria Dialógica do Direito**. Livraria do Advogado, 2011, pp.226-227.

racionalmente o sistema, verificando a comunidade de princípios fundamentais que dão sustentáculos às instituições políticas, para obtenção de respostas adequadas (justas) aos casos. Ademais, quanto à distinção normativa, Habermas arremata que:

distinção entre esses tipos de regras não pode ser confundida com a distinção entre normas e determinação de objetivos. Princípios e regras não têm estrutura teleológica. Eles não pode ser entendidos como preceitos de otimização – conforme é sugerido pela “ponderação dos bens” nas demais doutrinas metodológicas -, porque isso suprimiria o seu sentido de validade deontológica²⁰⁵.

Nesse sentido, devem-se acrescentar as contribuições discursivas de Klaus Günther ao modelo dos princípios defendido por Dworkin. A teoria discursiva proposta por Günther apóia-se numa distinção relativo ao âmbito de validade da norma jurídica e o âmbito de aplicação normativa. Desse modo, o discurso jurídico comportaria dois níveis de estrutura, quais sejam, discurso de fundamentação ou justificação e discurso de aplicação. A tese desenvolvida por Gunther é que a justificação de normas e a aplicação de normas, sejam elas regras e princípios, têm objetivos específicos e orientados por princípios distintos.

No discurso de fundamentação, objetiva-se alcançar sobre a validade das normas que seriam, posteriormente, aplicáveis *prima facie*, utilizando-se, destarte, da aferição do princípio de universalização. De outro modo, no discurso de aplicação, tem-se o escopo de encontrar a norma adequada diante do caso concreto, considerando as normas válidas.

O discurso de fundamentação, como já dito, relaciona-se com a elaboração de normas válidas sob o prisma do princípio da universalização. Busca-se considerar os interesses de todos os possíveis afetados pela norma em discussão e antecipando-se, na realização da norma, de todas as possíveis conseqüências que essa teria; a legitimação da norma está vinculada ao fato de os interessados terem participado na elaboração da norma e concordarem com os a incidência dela.

O debate sobre a ocorrência de determinados casos possíveis para incidência da norma se faz na medida em que a generalização desses é possível, isto é, escolhem-se

²⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade. Vol.1.** Tempo Brasileiro, 1997, p.258.

alguns fatos a partir de elementos comuns e aspectos tidos como relevantes, desprezando a características peculiares de cada situação analisada. O que importa em um discurso de justificação é a determinação do conteúdo semântico de uma norma para que ela seja traduzida em “termos universais” passíveis de aceitação por todos os interessados em circunstâncias gerais e previsíveis.

Certo é que as condições ideais de tempo e de conhecimento não se verificam na realidade fática, há limitações para se discutir a elaboração da norma e seus efeitos, contudo, neste horizonte de tempo e espaço limitados não se perde de vista o princípio de universalização que fundamenta o discurso de justificação. As condições ideais exigidas no plano da justificação de normas devem ser satisfeitas na medida do possível, pois a norma válida se configura pela observância das suas hipóteses de incidência e efeitos colaterais por todos aqueles que consentiram na elaboração da norma nos limites estabelecidos para deliberarem.

De qualquer forma, importante verificar que a necessidade de complementar a “versão fraca” do critério de abstração e universalização do discurso de fundamentação, conforme Klaus Günther

“A seleção dos fatos relevantes é determinada exclusivamente pela finalidade de se examinar a virtual universalização da norma. Nesse âmbito não cabem reflexões, tais como se a norma proposta seria realmente a correta ou a adequada, nesta situação; se foram consideradas todas as características da situação, acaso não deveria ter sido preferida uma outra norma, ou se nessa situação, a proposta original de norma deveria ser codificada. No centro desse âmbito está exclusivamente a proposta normativa com o seu conteúdo semântico, conforme estiver definido pelos termos universais. O indício de situação ou o caráter impregnado de caso de uma proposta normativa, que não se consegue evitar, mesmo sob a restrição a termos universais, ainda não faz com que uma reflexão orientada para a fundamentação se torne uma reflexão orientada para a aplicação”²⁰⁶.

Desse modo, lógica é a proposta de ocorrência de um segundo plano discursivo no qual se insere o discurso de aplicação.

O discurso de aplicação toma como partida a existência de normas válidas e aplicáveis *prima facie* que deverão ser aplicadas a determinado caso. Considera-se nesse plano

²⁰⁶ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação**. Landy Editora, 2004, p.47.

discursivo os possíveis efeitos colaterais que não foram previstos pelo discurso de justificação, seja pelo não vislumbramento da ocorrência de determinados efeitos ou pela não relevância de tais implicações no momento de discussão para o fomento da norma válida. A singularidade dos casos é a condição de possibilidade para determinar, no plano aplicativo, a suplementar a lacuna discursiva da norma.

Apesar de a norma válida delinear as situações fáticas de incidência, ela não avaliza a sua aplicação sob quaisquer que sejam as circunstâncias. Assim, o plano discursivo de aplicação, previsto pela norma válida elaborada em condições ideais limitadas, é complementado pela descrição do caso concreto singular. De outro modo, determina-se que uma norma válida aplicável *prima facie* é aquela que se configura pela similitude sintático-semântica entre o enunciado normativo posto e a descrição do caso, levando-se em conta os fatos não considerados e previstos na proposição de ocorrência da norma universalmente válida.

Desse modo, o princípio de universalização possui um cariz ‘forte’ no âmbito discursivo de aplicação, tendo em vista que as normas se configuram válidas e, sob quaisquer que sejam as hipóteses, adequadas devido a aceitação por todos dos efeitos e conseqüências previstas individualmente. Nesse ponto, cabe elucidar que não se está a se discutir a validade da norma, pois se verifica que, na aplicação, a norma é aplicável *prima facie* em relação a outras normas postas *prima facie* de acordo com a singularidade do caso.

Assim, estabelece-se que o senso de adequabilidade da norma frente ao caso singular é o critério que justifica que se integralize a imposição de um comando normativo ao invés de outro, por conseqüência, produz-se aceitação por todos os interessados. Conforme explanação de Habermas:

“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”²⁰⁷.

²⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade. Vol.1.** Tempo Brasileiro, 1997, p.271.

A descrição do caso concreto singular e a hipótese de incidência do enunciado normativo não encerram a discussão sobre a adequabilidade de aplicação de uma norma jurídica, pois esses mencionados critérios podem orientar a aplicação de outras normas válidas. Ocorre, assim, uma reconstrução do senso de adequação de imposição de determinada disposição textual normativo frente ao caso fático.

Essa perspectiva de Günther é de suma importância para a concepção de Habermas no que concerne à atuação dos poderes do Estado, especificamente, o legislativo e o judiciário, pois, o primeiro se relaciona com o discurso de fundamentação e justificação, já o segundo identifica com o discurso de aplicação.

Na seara do legislativo, os indivíduos racionais interessados debatem acerca das conjunturas axiológicas que incidiram na elaboração da norma válida, a partir das razões compartilhadas intersubjetivamente que proporcionam condições de possibilidade de entendimento entre os falantes.

Os sujeitos substituídos por seus representantes democraticamente eleitos objetivam consensualmente convergir suas proposições axiológicas para a produção da norma jurídica com o escopo de aceitabilidade e obrigatoriedade geral. Nesse ponto, a elaboração da norma válida é locus que conjuga a pretensão axiológica normatizada na formação do direito posto. Desse modo, compreende-se que os princípios seriam normas deontológicas, pois conjugam pretensões de agir obrigatório com conteúdo de diretivas axiológicas válidas.

No plano do judiciário, que se fundamenta pelo discurso de aplicação, a imposição da decisão jurídica do caso tem de se identificar aos conteúdos normatizados pelo discurso de fundamentação proposto pelo Poder legislativo. Dito de outro modo, não se trabalha com pretensões de cunho axiológico ou de diretrizes políticas, mas com argumentos de princípios que se identificam com os direitos aos quais os destinatários do processo têm em face da concretude do caso fático.

Os princípios pressupõem validade devido à aceitabilidade e generalidade racional pela elaboração nas condições ideais limitadas pelo discurso de fundamentação, contudo, como já referido não se possibilita discutir a validade da norma na aplicação, pois já se deliberou em momento oportuno. Os argumentos de princípio se propõem a serem

aplicáveis às situações de acordo com a adequabilidade que enfrentam na realidade fática, verificam, diante da descrição do caso e dos efeitos colaterais não previstos na discussão legislativa, os princípios a serem sopesados e qual deles no intercruzamento se sobrepõe ao outro. As normas-princípios são aplicáveis de maneira integral e não gradual.

As pretensões valorativas dizem respeito a pretensões que visam à consecução de diretivas a serem postas, aos e pelos sujeitos de uma comunidade, na seara legislativa. Os objetivos da coletividade são propostos pelos legisladores para satisfazer os interesses do bem comum, bem como orientam a atividade política. É nesse âmbito que os cidadãos se manifestam para a alteração da tradição que almejam se sustentar. Desse modo, as aspirações de direitos a serem instituídos apenas verificam com a discussão no plano discursivo próprio. Nesse sentido, Habermas ensina:

Portanto, normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, eles não podem ser aplicados da mesma maneira²⁰⁸.

Destarte, os argumentos de cariz valorativo não se processam no plano discursivo da aplicação, pois o Judiciário maneja vetores deontológicos, ou seja, os princípios que reclamam aplicação frente à adequabilidade do caso por se referirem a direitos postos. Não se possibilita graduar a aplicação dos princípios, haja vista a pretensão corretiva de otimização propor rediscutir as razões valorativas que ensejaram a formação da norma válida, incidindo num solapamento do princípio de universalização em que todos os interessados podem se manifestar para a elaboração da norma deliberada. Desse modo, é relevante a crítica de Habermas à ponderação²⁰⁹ de princípios de Robert

²⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade. Vol.1.** Tempo Brasileiro, 1997, p.317.

²⁰⁹ Adiro às habermasianas críticas de Marcus Seixas Souza à idéia de ponderação de Alexy quando aquele estabelece a distinção entre sopesamento e ponderação: “Reside importante diferença entre aplicação do princípio adequado e a aplicação ponderada de princípios. A primeira respeita o mandamento da Separação de Poderes, se limitando a interpretar os fatos e o Direito válido para encontrar uma norma adequada, entre as possíveis e aplicáveis *prima-facie*; a segunda, proposta por Alexy, autoriza o magistrado a mitigar princípios que concorrem (*prima-facie*) para o caso concreto, isto é, corrigir o legislador, diminuindo ou aumentando a intensidade de efetivação de determinado princípio,

Alexy, por esse compreender princípios e valores como os mesmos comandos estruturais:

“quando Dworkin entende os direitos fundamentais como princípios deontológicos do direito e Alexy os considera como bens otimizáveis do direito, não estão se referindo a mesma coisa. Enquanto normas, eles regulam uma matéria no interesse simétrico de todos; enquanto valores, uma ordem simbólica na qual se expressam a identidade e a forma de vida de uma comunidade jurídica particular. Certos conteúdos teleológicos entram no direito, porém o direito, definido através do sistema de direitos, é capaz de domesticar as orientações axiológicas e colocações de objetivos do legislador através da primazia estrita conferida a pontos de vista normativos”.²¹⁰

Assim, as prescrições jurídicas que são levadas em conta na atuação do judiciário e não as pretensões valorativas a serem medidas para decisão judicial, pois, primeiramente, a legitimidade de utilização de proposições axiológicas é conferida pelo Estado ao Legislativo; segundo, a possibilidade de argumentos políticos no âmbito judiciário enuncia perigosar amplitude de atuação dos juízes para correções legislativas, como se fossem autorizados e/ou tivessem *know-how* maior que os membros do parlamento de promoverem as diretrizes valorativas.

Imperioso pontuar que a aplicação de normas jurídicas culmina em entendê-la sob a perspectiva de o texto ser um horizonte para construir-se na historicidade do mundo, além de a multiplicidade de sentidos está relacionada à espontaneidade e diferentes identidades da ocorrência dos acontecimentos fáticos. Aplicação normativa é produção de sentidos. A questão que se pode levantar é como pode a técnica de ponderação de princípios atender a uma racionalidade que objetiva expurgar a “atemporalidade” do sentido dos textos e a subjetividade assujeitadora de produção sentidos, bem como, ao mesmo tempo, se inserir no mundo-historicamente constituído e linguisticamente

como se este fosse um valor e pudesse ser manipulado desta forma. O pensamento de Alexy ultrapassa a um bem-aventurado ativismo judicial; parece sequer respeitar as limitações constitucionais fundamentais à mera existência da Democracia, e termina por esvaziar a juridicidade de sua metodologia, já que eticiza o discurso de aplicação de normas”. SOUZA, Marcus Seixas. **Coerência e adequação: uma crítica à metodologia da ponderação dos valores**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12518/coerencia-e-adequacao-uma-critica-a-metodologia-da-ponderacao-de-valores>>. Acesso em: 20 de Setembro de 2010, p.2.

²¹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade. Vol.1**. Tempo Brasileiro, 1997, pp.317-318.

interpretado sem que as respostas tecnicamente produzidas não façam parte dos projetos conduzidos estruturalmente²¹¹.

Será que no fundo a racionalidade prática da ponderação não remonta a uma velha idéia daquilo que é compreendido como o melhor e não o devido? A técnica não diz respeito a um cálculo determinista no qual a solução num certo sentido depende da retórica argumentativa, ou interesse que move a consecução, daquele que instrumentaliza uma decisão? Cabe, assim, verificar se a ponderação de princípios atende a um ideal estanque projetado universalmente na comunidade como um lócus tranquilamente aceito.

No que tange à técnica de ponderação, o pensar se desenvolve por meio da racionalidade instrumental, permanecendo alinhado ao paradigma da modernidade sob o império da lógica. Alexy insiste em afirmar que há racionalidade na sua teoria dos princípios, critérios seguros para respostas corretas. A técnica da ponderação desenvolve-se pelos caminhos abertos do mentalismo da filosofia da consciência, ou seja, enquanto artefato imaterial para resolução das questões jurídicas, a ponderação funciona sob a rastro da lógica e discricionariedade do sujeito cognoscente. A avaliação dos meios adequados e necessários, além do exame da proporcionalidade em sentido

²¹¹ O questionamento se faz pertinente, pois, esquece-se que a técnica de ponderação não pode ser entendida como fim dos tempos para o direito, ou melhor, como fórmula que resolve todos os problemas de aplicação dos princípios; tanto não o é que um dos grandes problemas contemporâneos do direito é a aplicação/interpretação dos direitos fundamentais (entendidos como princípios), então essa técnica não pode ser compreendida como projeto final, mas como mais um horizonte que deve ser constantemente superado, pois, o mundo é o constante projetar ao inexistente de onde não se pode nem ser alguma coisa. Nesse ponto, é de bom alvitre fazer menção as revolucionárias palavras de Sartre: “[...]compreender que um projeto ideológico, qualquer que seja sua aparência, tem como objetivo profundo modificar a situação de base por uma tomada de consciência de suas contradições [...] Assim, as categorias gerais da cultura, os sistemas particulares e a linguagem que os expressa são já a objetivação de uma classe, o reflexo dos conflitos latentes, os declarados e a manifestação particular da alienação. O mundo está fora: não é a linguagem nem a cultura que está no indivíduo como uma marca registrada pelo seu sistema nervoso; é o indivíduo que está na cultura e na linguagem, isto é, numa seção especial do campo dos instrumentos. Para *manifestar* o que ele desvela, ele dispõe, pois, de elementos ao mesmo tempo muito ricos e muito pouco numerosos. Muito pouco numerosos: as palavras, os tipos de raciocínio, os métodos, só existem em número limitado; entre eles, há vazios, lacunas, e seu pensamento nascente não pode encontrar expressão apropriada. Muito ricos: cada vocábulo traz consigo a significação profunda que a época inteira lhe emprestou; desde que o ideólogo fala, ele diz outra coisa e mais do que quer dizer, a época lhe rouba seu pensamento; ele bordeja sem cessar e finalmente a idéia expressa é um desvio profundo, foi tomado pela mistificação das palavras”. SARTRE, Jean-Paul. **O existencialismo é um humanismo; A imaginação; Questão de método**/Jean-Paul Sartre; seleção de textos de José Américo Motta Pessanha; traduções de Rita Correia Guedes, Luiz Roberto Salinas Forte, Bento Prado Júnior. — 3. ed. — São Paulo : Nova Cultural, 1987. p.161.

estrito, bem como das fórmulas de peso e os modelos triádicos funcionam como critérios seguros para que a resposta possa ter o cálculo certo. Como o fundamento é dogmático, esses critérios são entendidos como enunciativos da verdade.

Entretanto, por detrás desse aparato técnico com sinônimo de racional, o aplicador/intérprete que utiliza essa técnica para resolução de casos se vale da sua discricionariedade para sopesar. A discricionariedade pode ser na escolha das cargas numerárias à escala triádica, opção pelos meios adequados e necessários, bem como na escolha dos princípios do caso, principalmente, o sentido normativo da disposição jurídica. Efetivando uma investigação invertida, pode-se dizer que os esquemas lógicos da ponderação funcionam como fundamento racional da prática judicial, isto é, critério de correção das decisões judiciais que de racional, no sentido comunicativo, não é, pois, a racionalidade instrumental subjugada à técnica para alcance de interesses. Por isso, acertadamente, Habermas arremata que

Para atores orientados pelo sucesso todos os componentes da situação transformam-se em fatos, que eles valorizam à luz de suas próprias preferências, ao passo que os que agem orientados pelo entendimento dependem de uma compreensão da situação, negociada em comum, passando a interpretar fatos relevantes à luz de pretensões de validade reconhecidas intersubjetivamente²¹².

Nessa linha, o fato de a ampla discricionariedade permanecer no momento decisório, haveria viabilidade de interesses altamente subjetivos terem sido o móvel de sentenças normativas, bem como não serem expressos pelo fato de a lei do sopesamento funcionar como uma miragem ideológica que declara: a aplicação do direito diante do caso concreto só se faz racionalmente correto seguindo a diretiva técnica da ponderação. Guardados os lugares epistemológicos, a técnica de ponderação estaria para uma teoria da decisão como uma legislação-álibi²¹³ se relaciona com o Estado.

²¹² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade. Vol.1.** Tempo Brasileiro, 1997, p.46-47.

²¹³ “Parece, portanto, mais adequado afirmar que a legislação álbi destina-se a criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, embora as respectivas relações sociais não sejam realmente normatizadas de maneira conseqüente conforme o respectivo texto legal”. NEVES, Marcelo. **Constitucionalização Simbólica.** Martins, Fontes, 2007, p.39.

Por mais que haja uma teoria da argumentação que sustente a teoria dos princípios²¹⁴, o próprio Alexy afirmou que ela não é suficiente para se ter certeza dos resultados²¹⁵.

Nesse ponto, vale informar como uma postura desconstrutivista pode ser racionalmente crítica. A desconstrução não pode ser vista como uma postura metodológica e sim como uma prática compreensiva de algo, especificamente, do texto. Assim, a atividade desconstrutivista já pressupõe seu posicionamento contrário a aprisionamento da presença metafisicamente determinada. A tentativa de encerrar certo sentido a algo, ou melhor, definir um ser ao ente, essencializando-o, aponta para opção de uma definição em detrimento de outra.

A produção de certo sentido, ao invés de outro, conduz pensar que ao se determinar “algo” é “x”, está a se estabelecer que o que é “não-x” não pode ser definir o ‘algo’. Dito de outro modo, salienta-se que um determinado sentido encontra-se ligado diretamente com sua oposição para se fazer presente, é como se a utilização de um determinado conceito agregasse a diferença para identificá-lo como tal. Desse modo, Jack Balkin pontua que:

Self-identity depends upon difference because a thing cannot be identical to something unless it can be different from something else. Identity is only comprehensible in terms of difference, just as difference can only be understood in terms of identity. We have just deconstructed the opposition identity/difference by showing the mutual dependence these ideas have upon each other²¹⁶.

Assim, a escolha de determinado sentido remonta a um privilégio deste por outro reciprocamente interligado, em que a definição de um é feito pela perspectiva do outro e vice-versa. Não está a se falar de um universal em que estão imersos e, dialeticamente, constroem-se, mas de horizontes espelhados em que se definem identificando e diferenciando ao mesmo tempo a partir dos vestígios deixados por cada

²¹⁴ Essa observação de Alexy merece ser repetida, pois, é comum no imaginário jurídico coletivo resumir a construção teórica de sopesamento dos princípios de Alexy a um mantra *new-age* dos três passos da máxima da proporcionalidade para a resposta correta.

²¹⁵ Vide pp.65-73.

²¹⁶ BALKIN, Jack. **Deconstructive practice and legal theory**. Originally published at 96 Yale L.J. 743 (1987). Disponível em: <<http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/decprac1.htm>>. Acesso em: 06 de Outubro de 2011, p.7.

definição. Assim, esse movimento em paralaxe ²¹⁷ permite verificar o sentido escondido pelo privilégio do uso de certo termo.

No que concerne ao Direito, a desconstrução viabiliza compreender que o uso de certos conceitos ou até pensamentos jurídicos apóiam-se em perspectivas ideológicas que encerram um modo de pensar o direito, impedindo de considerar formas alternativas de estruturação da ordem jurídica escamoteadas pelo discurso metafísico da presença do ser.

Nesse sentido, a técnica de ponderação de princípios pode ser submetida a esse âmbito de crítica. A escolha por essa metodologia jurídica de aplicação normativa enseja pontuar várias questões de fundo veladas.

Primeiramente, a distinção de regras e princípios de forma estrutural impossibilita pensar que a interpretação normativa do texto que desvela uma regra, conseqüentemente, vela um princípio, bem como a ocorrência de uma regra só se dá de acordo com a diferença com outra regra; da mesma maneira também ocorre quando estiver desvelado um princípio.

Ademais, a preferência da técnica da ponderação de princípios termina sinalizando para uma opção ideologicamente querida, tanto por ser compreendida como técnica racional quanto por velar estrategicamente fechando a possibilidade de outras formas de aplicação dos vetores normativos.

Por fim, a ponderação por estar relacionada com otimização dos princípios no maior grau possível, trabalha com a noção do melhor, ou seja, da subjetividade valorativa;

Assim, desconstruir implica numa diretiva ética ao impor o constante questionamento dos entendimentos conceituais, reconhecendo sentidos oriundos de outras perspectivas sobre a aplicação dos princípios, promovendo uma circularidade dialógica de produção dos sentidos. Pensar nessa prática de leitura é deslocar o ser humano do script da metafísica da verdade absoluta, entender, conforme Derrida que:

²¹⁷ O termo paralaxe deve ser compreendido como uma aparente mudança do objeto que reflete uma alteração na perspectiva do sujeito, há uma mediação dos opostos que não se encontram fundados em unidade global, os dois estão inscritos na própria divisão de perspectivas, essa é a própria realidade deles.

As diferenças de que vive a metafísica do teatro ocidental (autor-texto/diretor-atores), a sua diferenciação e as suas mudanças transforma os “escravos” em comentadores, isto é, em órgãos. Aqui órgãos de registro. Ora “É preciso acreditar num sentido da vida renovado pelo teatro, e onde o homem impavidamente se torna o *senhor daquilo que ainda não é* [o sublinhado é nosso], e o faz nascer. E tudo o que não nasceu pode ainda nascer desde que não nos contentemos com sermos simples órgãos de registro”²¹⁸.

A abertura volitiva viável pela discricionariedade é respaldada pelo efeito simbólico da técnica de ponderação; nesse caso o simbólico deve ser entendido como ideológico, como um discurso oficial que camufla e refratar a possibilidade de ter conhecimento do discurso oculto. A técnica de ponderação enquanto perícia funcional de aplicação do direito é ideológica.

Desse modo, aquilo que se entende como uma superação das peculiaridades positivista na verdade se encontra assujeitado à noção ideológica da modernidade de técnica enquanto regra racionalmente motivada pela lógica de saberes científicos da certeza das fórmulas. Apesar de situar seus fundamentos no paradigma pós-positivista, a técnica de ponderação não se desconectou da ideia científico-ideológica da técnica na era moderna; na verdade, a aparência de superação da metodologia clássica culmina numa repristinação do paradigma dominante e, conseqüentemente, a um modelo que se mostra insuficiente para resolução dos casos à luz da contingência mundana. À propósito, o próprio Alexy afirma que a lei de ponderação não lhe conduz a respostas racionais, pois, mesmo que

[...] o *sopesamento em si* não estabeleça um parâmetro com auxílio do qual os casos possam ser decididos de forma definitiva, o *modelo de sopesamento como um todo* oferece um critério, ao associar a lei de colisão à teoria da argumentação jurídica racional. A lei de colisão diz o que deve ser fundamentado de forma racional. Nesse sentido, não se pode dizer que ela nada diz e que é, portanto, uma fórmula vazia²¹⁹.

A questão é que, mesmo com essa evidente estrutura clássica, se continue utilizando esse paradigma, ainda permanente na ponderação, como critério desonerador da “culpa subjetivista” imposta pelo pós-positivismo. Assim, Žižek pronuncia:

“con una fraqueza cautivadora, uno "admite todo" sin que este pleno reconocimiento de nuestros intereses de poder nos impida en absoluto

²¹⁸ DERRIDA, Jacques. **A Escritura e a Diferença**, Editora Perspectiva, 1995, p.133.

²¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros Meditadores, 2011, p.173-174.

continuar detrás de estos intereses. La fórmula del cinismo ya no es la marxiana clásica "ellos no lo saben, pero lo están haciendo"; es, en cambio, "ellos saben muy bien lo que están haciendo, y lo hacen de todos modos"²²⁰.

Diante do apontamento de deficiências na abordagem alexyana sobre aplicação jurídica, cabe demonstrar caminhos adequados para tratar de decisões judiciais no âmbito do que se entende como Estado Democrático de Direito frente ao pluralismo social e contingências mundanas.

²²⁰ ZIZEK, Slavoj. **Ideología. Um mapa de La cuestión.** Disponível em: <http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/zizec01.pdf>. Acesso em: 02 de Dezembro de 2011, p.2.

5 NOS TRILHOS DE UMA ÉTICA DISCURSIVA: A COMPLEMENTARIDADE POR UM MODELO TÓPICO-PROBLEMÁTICO

“A filosofia não depende do gosto pessoal; as doutrinas filosóficas devem ser julgadas pelos seus próprios instrumentos, e, sob esse ponto de vista, estamos todos no mesmo barco.”

(Jürgen Habermas)

Após esse diagnóstico, é possível depositar na Ética da Discussão o sentido de *topos* epistemológico da Ciência do Direito e, particularmente para o seu desiderato, a decisão judicial? Enquanto saber prático, o Direito deve se submeter à diretriz dessa ética e confiar no procedimento? Por que a ética da discussão? Qual o projeto a ser construído apesar dos apontamentos críticos de outros campos do saber? Esses questionamentos são necessários tendo em vista o presente trabalho se voltar a uma crítica construtiva do conhecimento. Diferente de projetos crítico paranóico (e ideológico) e relativista new-age, da prudência cosmicamente salomônica, busca-se respostas para uma construção adequada de uma teoria dos princípios sob a égide de um Estado Democrático de Direito; adequando a fala²²¹ de Žizek, nos últimos anos se tentou mudar o direito de forma muito rápida que chegou a hora de interpretá-lo de novo, de começar a pensar. Desse modo, o enfrentamento dos questionamentos se faz necessário para desenvolver as marcas desse projeto ético discursivo.

Como já traçado, uma teoria do direito se mostra adequada a partir de uma fundamentação na ética discursiva. Primeiro, enquanto saber prático, o direito complementa a moral, para a exigibilidade de cumprimento de normas universais válidas pelos concernidos destinatários; daí o surge imparcialidade legítima do direito de aplicação. Conforme os ensinamentos de Cortina:

[...] apesar do fracasso do direito racional, é preciso extrair ensinamento úteis tanto do *formalismo ético* como da figura jurídico-política do

²²¹ “[...] no século 20 nós tentamos mudar o mundo de forma muito rápida, chegou a hora de interpretá-lo de novo, de começar a pensar”. ZIZEK, Slavoj. **Žižek: Menos ação, mais imaginação política**. Disponível em: <<http://revistaforum.com.br/blog/2013/02/zizek-menos-acao-mais-imaginacao-politica/>>. Acesso em 14 de Fevereiro de 2013. p.1.

contrato social: o formalismo ético limita sua tarefa a proporcionar um teste para comprovar a validade das normas morais, deixando de lado as preferências axiológicas, aconselháveis em um *éthos* concreto. Por sua vez, a figura do contrato propõe um procedimento cuja racionalidade garante a correção das decisões tomadas com base nele. Esse é exatamente a oferta que deve ser aceita por um direito positivo contemporâneo, consciente do caráter irreversível do impulso da jurisdificação e que pretenda retornar ao jusnaturalismo ou ao “materialismo” ético²²².

Desse modo, o papel de legitimidade do direito aplicado se desenvolve sob um fundamento ético discursivo, por meio da coordenação dos projetos subjetivos argumentativamente, o sujeito autônomo age a pretender validade a máximas reconhecidas em sua universalidade. A ética é a tendência da vontade humana para identificar a ação como ideal harmonicamente. O Discurso funciona como procedimento racional em que os sujeitos capazes objetivam dirimir as controvérsias ocorridas por meio do convencimento, isto é, que o outro sujeito do diálogo possa assentir as razões contrapostas como suas e com um alcance argumentativo para qualquer outro sujeito que possa entrar na discussão.

O Estado Democrático de Direito fundamentado sobre essas premissas permite que “o Estado respeite o processo valorativo (no campo moral) e o direito dos cidadãos”²²³. O critério de legitimação das normas se relaciona diretamente com a abertura democrática aos sujeitos autônomos²²⁴ convergirem as próprias máximas no espaço discursiva de fundamentação. Por via de conseqüência, a resolução de questões práticas insinua referências a proferimentos normativos reconhecidos como válidos, constando-se a justificativa racional para aplicação de uma norma.

A ideia de pressupostos necessários para ao entendimento que se verificam pragmaticamente que, influencia um caminho voltado a um procedimento discursivo que visa cadeias as argumentações e, inevitavelmente, a restauração de consensos perturbados por soluções corretivas, se coloca como manancial valioso para uma teoria jurídica que guarde consonância com um Estado Democrático de Direito; ademais, a própria noção de normas no campo da ética discursiva oportuniza a conceituação de

²²² CORTINA, Adela. **Ética sem Moral**. Martins Fontes, 2010, p.173.

²²³ BELOV, Graça. **Diálogos com a cidadania**. Forense, 2000, p.45.

²²⁴ Aqui retomo a diferença que Habermas faz entre, na grafia kantiana, a noção de autonomia e liberdade subjetiva. Cf. HABERMAS, Jürgen. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade**. Martins Fontes, 2007, pp.12-13.

princípio como vetor deontológico, diferindo dos valores. Portanto, aquilo que se estabelece como direitos fundamentais deve estar atrelado a essa perspectiva. Assim, é bem elucidativo que

[...] na disputa entre *instrumentalistas* e *substancialistas*, só os primeiros podem suprir o déficit de fundamentação do direito positivo, porque a aceitação de qualquer conteúdo impossibilitaria o universalismo normativo necessário em uma sociedade pluralista. Esta é, a meu ver, a grande “verdade” do instrumentalismo: ele pode nos apetrechar com os elementos morais necessário, porque a carência de conteúdos e a opção pelo procedimento acompanham a obrigatoriedade universal em um contexto pluralista²²⁵.

Nesse sentido, o presente trabalho se encontra herdeiro desse paradigma filosófico.

Entretanto, não se podem olvidar algumas limitações que apontam à ética do discurso. Se de um lado algumas críticas foram já debatidas e respondidas²²⁶, é no diálogo com a Hermenêutica²²⁷ que se levantam discussões profícuas para uma adequada teoria dos princípios.

O duplo modelo discursivo do direito estabelece de um lado a formação legítima das normas e de outra adequação frente aos casos concretos. Quanto ao primeiro âmbito, o esforço de legitimidade que o sistema jurídico recebe na produção de normas coloca a perspectiva da teoria do discurso habermasiana como de grande relevância na contemporaneidade, haja vista, a pergunta crucial sobre os pressupostos de formação de normas jurídicas²²⁸.

²²⁵ CORTINA, Adela. **Ética sem Moral**. Martins Fontes, 2010, p.173

²²⁶ Algumas suscitações sobre a ética em questão se quedar nas trincheiras do etnocentrismo ou do discurso monológico já foram bem examinadas por Habermas. Nesse sentido, HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Tempo Brasileiro, 2003, pp.87-97 e 99-104.

²²⁷ Quando me utilizo do título “Hermenêutica”, quero me referir aos pensamentos caudatários da discussão interpretativa que remete àquilo que Palmer cataloga como definições modernas de hermenêutica. PALMER, Richard E.. **Hermenêutica**. Edições 70, 1969, pp.43-52. Especificamente, o rótulo “Hermenêutica” deve ser dirigido às hermenêuticas jurídicas que encontram em Heidegger e Gadamer as condições de possibilidade para construção de seus modelos; assim, gostaria de me ater às exposições críticas esboçadas pelo recente e elaborado modelo da Hermenêutica Heterorreflexiva.

²²⁸ “[...] a principal perspectiva dos juristas que, na modernidade burguesa, ignoraram (ou puseram em segundo plano) o problema da legitimação do direito – o que faz da obra de Habermas uma ‘pergunta’ fundamental para essa quadra da história”. CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: Uma Teoria Dialógica do Direito**. Livraria do Advogado, 2011, p.195.

Por outro lado, o momento de aplicação, que não parecer ter sido a grande preocupação de Habermas na construção de uma teoria do direito²²⁹, a opção metodológica foi no rastro da teoria do direito desenvolvida por Dworkin. Nesse sentido, a concordância com este modelo se deu pelo fato de o jusfilósofo americano compreender que nos casos em que não se visualiza de imediato qual norma (no sentido amplo do termo) aplicar é possível fornecer respostas corretas sob a égide de um sistema jurídico, isto é, uma prática judicial que atenda simultaneamente à segurança e a pretensão de legitimidade do direito.

Esse modelo aborda um direito positivo composto pelas espécies normativas regras e princípios, que “assegura, através de uma jurisprudência discursiva, a integridade de condições de reconhecimento que garantem a cada parceiro do direito igual respeito e consideração”²³⁰. Portanto, a proposta de Dworkin:

Aposta, ao contrário do positivismo, na racionalidade das decisões e, ao contrário de Gadamer, teria substituído a história efetual pela história institucional do direito. Com isso, une-se a busca pela aceitabilidade racional das decisões com a substituição do fundamento moral por um fundamento deontológico²³¹.

Assim, a correspondência das normas elaboradas no discurso de fundamentação no instante aplicativo requer uma avaliação ao caso concreto para esse sinalizar a partir do fenômeno quais *topoi* concorrem na solução. O processo construtivo²³² de interpretação tem de estar atrelado às noções integridade e coerência para que seja possível falar em respostas corretas. A coerência salienta o papel da história institucional do direito e a integridade como uma *ethos* no qual os cidadãos se reconhecem enquanto comunidade política.

²²⁹ Nesse ponto, compactuo com Wálber Carneiro que da crítica que expõe que o momento de aplicação do direito apareceu para Habermas após a formação do “discurso de fundamentação”: “Cremos que este segundo ‘momento’ nunca foi a primeira preocupação de Habermas, cuja tradição sociológica sempre o levou a preocupações no plano macrossocial”. CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: Uma Teoria Dialógica do Direito**. Livraria do Advogado, 2011, p.195.

²³⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade. Vol.1**. Tempo Brasileiro, 1997, p.260.

²³¹ CARNEIRO, op.cit., p.196.

²³² “[...] cada juiz deve, em princípio, poder chegar, em cada caso, a uma decisão idealmente válida, na medida em que ele compensa a suposta ‘indeterminação do direito’, apoiando sua fundamentação numa ‘teoria’. Essa teoria deve reconstruir racionalmente a ordem jurídica respectivamente dada de tal modo que o direito vigente possa ser justificado a partir de uma série ordenada de princípios e ser tomado deste modo, como encarnação exemplar do direito em geral”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade. Vol.1**. Tempo Brasileiro, 1997, p.261.

Enquanto Habermas verifica no juiz Hércules de Dworkin bases monológicas de pensamento, eivadas de solipsismos mentalistas, bem como a constatação do programa irrealizável por esse juiz, além disso, o presente estudo aposta num programa em que a primeira é o deslocamento do ponto de partida da compreensão jurídica.

A aplicabilidade do direito parte de um pressuposto lógico que é haver um fato; especificamente, a problemática sobre decisão jurídica reside no esforço de o caso concreto, ou seja, o problema poder receber solução a partir daquilo que todos os concernidos admitem como normas jurídicas reconhecidas universalmente. A essa altura, pode-se afirmar que se deve buscar alternativas mais adequadas para a teoria do direito trabalhar bem a relação sistema e problema. Esse binômio merece ser esclarecido, pois, “compatibilizar sistema e problema não é a mesma coisa que compatibilizar um ‘pensar sistemático’ com um ‘pensar problemático’”²³³; o que se almeja é trabalhar com a segunda perspectiva e, especificamente, com “pensar problemático”.

Nesse sentido, pensar problemático direciona a compreensão para o evento como se manifesta. O caso aparece sob um sentido contextualizado, pois, as contingências mundanas desconsideram a lógica do grau zero compreensivo e fatos com significações idiossincráticas.

O problema situa-se como ponto inicial da compreensão e, ao mesmo tempo, fornece uma narrativa que reduz quais caminhos sistêmicos se deve alcançar. Aqui vale determinar que a noção de sistema deve ser ampliada e não corresponder com a idéia de “axiomático-sistemático”. Quando se salienta sistema se invoca catálogos de repertórios instituídos como lócus de compartilhamento de tradições comuns. O dado aporético busca premissas que possam ser desenvolvidas e encerrarem numa resposta a questão controvertida, assim, o problema filtra e provoca suscitações que informam qual sistema deve se dirigir para uma solução²³⁴.

²³³ CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: Uma Teoria Dialógica do Direito**. Livraria do Advogado, 2011, p.243.

²³⁴ “(o modo de pensar aporético) não põe em dúvida que o sistema exista e que para sua própria maneira de pensar talvez seja latentemente o determinante. Tem certeza do seu sistema ainda que não chegue a ter dele uma concepção”. VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Coleção Pensamento Jurídico, 1979, p.35.

Procedendo dessa maneira, questão a ser tematizada pelo direito esboçaria se ao âmbito jurídico cabe resolver a controvérsia, haveria de se adotar uma postura, inicialmente, contratextual²³⁵. Desse modo, ao mesmo tempo que amplia o olhar sobre o problema, essa postura possibilita verificar quais traços discordantes merecem a implementação do direito para dirimir as oposições, bem como quais *topoi* a serem escolhidos.

Tomando esse movimento inicial para compreensão da controvérsia jurídica, os casos, enquanto eventos concretos que merecem a atenção do direito, apontariam aos enunciados lingüístico dotados de normatividade que indicam uma decisão.

As razões que pesam nos dissensos encontram guarita nos princípios o seu caminhar para o sistema; pois, pela configuração desses como diretrizes axiológicas, dimensão moral-prática, reconhecidas no domínio jurídico como razões deontológicas, viabiliza-se uma intersecção comunicativa. Esse diálogo com os princípios conduz, pela natureza desses últimos, o problema a determinados sentidos.

Como o corpo normativo não é composto exclusivamente por princípios, a “filtragem principiológica” apresenta o problema às regras. Apesar de as regras serem comandos definitórios a sua interação com o problema é como o a de um filme adaptado de um romance literário²³⁶, ou seja, o que se esperar de uma regra é saber o que ela tem para estabelecer sobre o problema colhido à resolução.

O sentido normativo se encontra adstrito a uma prática judicial vivida e nesse ponto a história institucional acena qual o atual cenário jurídico de uma comunidade. O papel jurisprudencial sinaliza um movimento voltado à concretude do caso e os comandos normativos.

A consonância entre o projeto discursivo e o pensar aporético pode ser vislumbrado nos ensinamento da Profa. Margarida Lacombe:

²³⁵ “A abertura permitida pelo jogo dialógico contratextual amplia o horizonte de sentido, densifica as referências ontológicas que permitem consensos e, ao mesmo tempo, delimita a zona de conflito para a atuação pragmática do sistema jurídico”. CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: Uma Teoria Dialógica do Direito**. Livraria do Advogado, 2011, p.253.

²³⁶ “Sendo o *problema* o redutor de complexidade, a pergunta não é sobre aquilo que a regra quer dizer, mas sobre aquilo que a regra diz acerca do nosso problema. Não nos perguntamos, por exemplo, sobre qual *filme* corresponderá à adaptação correta de um *romance literário*, mas se um *determinado filme* pode ser considerado uma adaptação autêntica de um *determinado romance*”. Ibidem, p.257.

A tópica assume uma estrutura dialógica que desponta sobre uma base retórico-argumentativa: suas premissas legitimam-se na aceitação do interlocutor, da mesma forma que o comportamento dos interlocutores é orientado pela previsibilidade de oposição do adversário. Para a tomada de decisão, é necessário o consenso; e o que em disputa fica provado em virtude de aceitação, passa a ser admissível como premissa para outros raciocínios de ordem dialética²³⁷.

Desse modo, cabe salientar que a continuidade de um programa ético discursivo requer sua correlação com um pensar problemático. O pensar problemático importa numa questão de adequada compreensão jurídica do caso concreto e oferece uma via satisfatória ao problema de aplicação dos direitos fundamentais. Como mencionado acima, o movimento contrafático, se por um lado amplia a visão do problema, limita a confluência jurídica ao caso, sinalizando os vestígios dissensuais que mereçam de uma correção do direito.

O aceno para o sistema, por meio dos princípios, reforça a necessidade de essas normas terem sido elaborados por um procedimento no qual os sujeitos autônomos participaram. Para que a validade das diretrizes possa ter reconhecimento universal, necessita-se do procedimento discursivo na relação complementar existente entre (U) e (D). Caso contrário, a legitimidade das normas estaria comprometida; pois,

[...] a integração de coletividades sociais através de um agir que se orienta por pretensões de validade só foi assegurada a partir do momento em que o risco de dissenso pôde ser interceptado *na própria dimensão de validade*²³⁸.

A imbricação entre o modelo problemático e discursivo possibilita no instante de aplicação dos vetores deontológicos não os operá-los mensuradamente para que as peculiaridades do caso sejam abarcadas pelo comando jurídico e, portanto, destituindo-os do seu caráter deontico e sugerindo espaço discricionário para reparos normativo. Dito de outro modo, conserva-se a natureza integral dos princípios sobretudo no papel que eles possuem no Estado Democrático de Direito relativo a direitos fundamentais.

Além disso, o espaço discursivo congrega a ocorrência de cadeias comunicativas que visam o estabelecimento do consenso. É nesse debate argumentativo sobre as pretensões problemáticas que os atores buscam a correção. O modelo problemático

²³⁷ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**. Renovar, 1999, p.149.

²³⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade. Vol.1**. Tempo Brasileiro, 1997, p.43.

não desconsidera esse momento, haja vista, no embate discursivo as razões do caso ganham contorno e fomentam ainda uma compreensão tematizada daquele a quem cabe dirimir a controvérsia jurídica, o juiz. Por isso, é possível, tendo em vistas as peculiaridades de cada abordagem, concordar com o sociólogo Boaventura de Sousa Santos:

A partir da pré-compreensão do caso, que o presidente recolhe nos primeiros contactos com o litígio, estabelece-se um horizonte limitado de alternativas, que a pouco e pouco se vai afunilando, à medida que o discurso progride, ainda que tal processo/progresso não seja de modo nenhum irreversível²³⁹.

A opção por uma abordagem também retórica só se faz coerente com um fechamento cognitivo proporcionado pela referência corretiva das normas no uso da razão prática, isto é, trafega-se a partir de um campo tópico problemático sem se esquecer da construção normativa sistêmica proporcionada pela noção de coerência e integridade constitutiva de uma comunidade político-jurídica.

²³⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica.** Porto Alegre, Fabris, 1988.

6 CONCLUSÕES

O presente trabalho teve o objetivo de oferecer uma crítica à teoria dos princípios de Robert Alexy, principalmente no que tange à sua técnica da ponderação, atrelado ao seu modelo argumentativo. Assim, chegou-se as seguintes conclusões:

1) A ideia de técnica desenvolvido desde a modernidade provocou nas ciências uma concepção de razão vinculado à instrumentalidade teleológica, distanciando-se da noção antiga relativo à *práxis* e se colocando como axioma único de busca de verdades e modos de vida, bem como da postura racional de emancipação fruto do ideário iluminista. Ao assumir um cariz ideológico, serviu como subterfúgio para satisfação dos desejos inconfessos no discurso do sujeito cognoscente.

2) Não muito diferente, no âmbito jurídico, a influência marcante do modelo liberal pós-revolucionário, distante do arbítrio real, confiou na lógica dos textos a possibilidade de se encontrar soluções aos casos jurídicos. O positivismo científico no direito transcorreu historicamente na tentativa de fornecer material valioso para poder dirimir um problema metafísico da filosofia da reflexão entre subjetividade e objetividade; as diversas escolas jurídicas sob esse emblema trafegaram entre essas duas abordagens.

3) Com a virada lingüística na filosofia e o posicionamento da linguagem como condição de possibilidade, foi possível construir modelos filosóficos que vissem no próprio “estar no mundo” manancial valioso para compreensão. Diante de um referencial lingüístico, construiu-se um paradigma discursivo no qual a argumentação racional se coloca como ponto constitutivo de resolutivo das questões práticas a partir de restauração de condições imperativamente pragmáticas.

4) A reviravolta também se desloca no campo jurídico com a instauração daquilo que se determina pós-positivismo; um modelo de superação que guarda pontos de avanços e repristinatórios em face do paradigma positivista. É nesse cenário que a teoria discursivo-argumentativa de Alexy ganha relevo com sua técnica de ponderação de princípios.

5) A necessidade de um exame crítico do desenvolvimento teórico do jusfilósofo se torna evidente pela preocupação com a colisão entre direitos fundamentais se realizar nesse paradigma discursivo-argumentativo, bem como por esses compreenderem o núcleo fundante daquilo que se entende como Estado Democrático de Direito, que estabelece os liames que ligam o particular à coletividade estatal, além de dizerem respeito à tradição da comunidade que se circunscreve sob seu prisma. O jusfilósofo alemão estabelece os princípios como mandados de otimização que devem ser realizados no maior grau possível em face das possibilidades fáticas e jurídicas. Desse modo, no caso de colisão normativa, os princípios são cumpridos escalonadamente pelo intérprete diante do caso concreto a partir da técnica de ponderação.

6) Essa concepção de princípio, que se deve compreender sobre direitos fundamentais, acena para cominação mensurada dos vetores normativos, isto é, a compreensão de Robert Alexy é que na aplicação a se escalonar os princípios em colisão, está se trabalhar com a lógica do preferível, isto é, a aplicação se dá naquilo que se entende melhor ou pior na graduação, e não naquilo que se compreende como devido normativamente. O pensamento de Alexy não faz, de fato, a distinção entre vetores axiológicos e deontológicos no plano discursivo de aplicação do direito, provocando uma aplicação normativa que se guia por uma finalidade valorativa circunstancial.

7) Desse modo, a análise crítica da teoria principiológica do Alexy se faz devida pelo fato de ela, a seu modo, reprimatizar, silenciosamente, velhos paradigmas que não se coadunam com o horizonte normativo que se deve entender de Estado Democrático de Direito e dos Direitos Fundamentais; compreendidos, por muitos, como herança histórica das sociedades modernas e contemporâneas. Dessa forma, a crítica partiu do paradigma da ética discursiva que possibilita trabalhar com os vetores normativos sob um aspecto deontológico atento às abordagens sob a égide do Estado Democrático de Direito.

8) Além disso, especificamente, o libelo em face da técnica de ponderação arrematou que essa, apesar dos esforços analíticos do autor, se encontra submetida à lógica moderna da técnica, direcionada a finalidades. Juntamente a isso, a utilização da técnica da ponderação como instrumento racional de solução de conflitos normativos acoberta a subjetividade de um agir com vistas a fins, ou seja, emprega-se a

ponderação com álibi simbólico para consecução de posturas valorativas conjunturais sob o manto retórico aparentemente racional de imparcialidade na aplicação do direito. Aquilo que se deseja perquerir como tradição deve passar pelo aceitabilidade democrática daqueles agem comunicativamente. Dessa forma, almeja-se blidar posturas contramajoritárias de imposições de tradições, ou seja, protege-se contra a subjetividade eventuais daquilo que se entende como normatividade

9) Diante da crítica pela ética discursiva, a justificativa de se prosseguir com esse paradigma se deu por um complementariedade do papel sistêmico criado por essa abordagem pelo movimento tópico-problemático de compreensão do fenômeno jurídico. O diálogo entre essas duas posturas epitêmicas proporciona uma relevante contribuição para o problema de aplicação das normas sob o campo discursivo, possibilitando uma adequada resposta aos casos imersos às contingências mundanas e respeito às ditizes normativas no qual os sujeitos concernidos autonomamente funda suas tradições.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 3ª Edição, 2011.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Landy Editora, São Paulo, 2ª Edição, 2001.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo, Malheiros Meditores, 2ª Edição, 2011.

_____. **Sistema Jurídico, Princípios Jurídicos y Razón Práctica**. Disponível em: <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf>. Acesso em 06 de Agosto de 2012.

ATIENZA, Manuel. **Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica**. Landy Editora, São Paulo, 3ª Edição, 2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. Malheiros Meditores, São Paulo, 4ª Edição, 2005.

_____. **Repensado o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 18 de Março de 2011, p.5

BALKIN, Jack. **Deconstructive practice and legal theory**. Originally published at 96 Yale L.J. 743 (1987). Disponível em: <<http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/decprac1.htm>>. Acesso em: 06 de Outubro de 2011.

BELOV, Graça. **Diálogos com a cidadania**. Forense, Rio de Janeiro, 2000.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**. Renovar, Rio de Janeiro, 1999.

CARNEIRO, Wálber Araújo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: Uma Teoria Dialógica do Direito**. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2011.

CORTINA, Adela. **Ética sem Moral**. Martins Fontes, São Paulo, 2010.

CRONENBERG, David. **Cosmópolis**. Alfama Filmes. Prospero Pictures. 2012. 1 DVD (109min), son., color. Legendado. Port.

COUTO, Mia. **Terra Sonâmbula**. Companhia das Letras, São Paulo, 2007.

DERRIDA, Jacques. **A Escritura e a Diferença**, Editora Perspectiva, São Paulo, 1995.

DESCARTES, René. **Regras para a direção do espírito**. Edições 70, Lisboa, Portugal, [1989].

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Martins Fontes, São Paulo, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. Editora Atlas, São Paulo, 1980.

_____. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. Editora Atlas, São Paulo, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método. Traços Fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Editora Vozes, Rio de Janeiro, 1997.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação**. Landy Editora, São Paulo, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-Metafísico: Estudos Filosóficos**. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro. 1990.

_____. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2003.

_____. **Conhecimento e Interesse**. Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1982.

_____. **Conhecimento e Interesse. In: Os Pensadores. Textos Escolhidos. Benjamin, Adorno, Horkheimer, Habermas**. Ed. Abril, São Paulo, 1980.

_____. **Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade. Vol.1**. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997.

_____. **Técnica e Ciência enquanto “Ideologia”**. In: **Os Pensadores. Textos Escolhidos. Benjamin, Adorno, Horkheimer, Habermas**. Ed. Abril, São Paulo, 1980.

_____. **Teoría de la acción comunicativa I: Racionalidad de la acción y racionalización social.** Taurus, Madrid, 1987.

_____. **Verdade e Justificação. Ensaio Filosóficos.** Edições Loyola, São Paulo, 2004.

_____. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade.** Martins Fontes, São Paulo, 2007.

_____. **Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada.** Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2002.

HEIDEGGER, Martin. **O fim da filosofia e a tarefa do pensamento. In: Conferências e escritos filosóficos.** 4ª Edição, Nova Cultura, São Paulo, 1991.

HORKHEIMER, Max. **Filosofia e Teoria Crítica. In: Os Pensadores. Textos Escolhidos. Benjamin, Adorno, Horkheimer, Habermas.** Ed. Abril, São Paulo, 1980.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 6ª Edição, Martins Fontes, São Paulo, 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** 3ª Edição. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito. Uma teoria da argumentação jurídica.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARX, Karl & ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã.** Martins Fontes, São Paulo, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** Ed. Malheiros, São Paulo, 2004.

NEVES, Marcelo. **Constitucionalização Simbólica.** Martins, Fontes, 2ª edição, São Paulo, 2007.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Lingüístico Contemporânea.** Edições Loyola, São Paulo, 1996.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação Jurídica: A nova Retórica.** Martins Fontes, São Paulo, 1996.

POPPER, Karl. **A Lógica das Ciências Sociais**. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2004.

RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**. Francisco Alves Editora, 4ª Edição, Rio de Janeiro, 1990.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um Discurso sobre as Ciências**. Edições Afrontamento, Porto, Portugal, 2002.

_____. **O Discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre, Fabris, 1988.

SARTRE, Jean-Paul. **O existencialismo é um humanismo; A imaginação; Questão de método**/Jean-Paul Sartre; seleção de textos de José Américo Motta Pessanha; traduções de Rita Correia Guedes, Luiz Roberto Salinas Forte, Bento Prado Júnior. — 3. ed. — São Paulo : Nova Cultural, 1987.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação jurídica**. Ed.Saraiva,São Paulo, 2010.

SOUZA, Marcus Seixas. **Coerência e adequação: uma crítica à metodologia da ponderação dos valores**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12518/coerencia-e-adequacao-uma-critica-a-metodologia-da-ponderacao-de-valores>>. Acesso em: 20 de Setembro de 2010.

STEIN, Ernildo. **Epistemologia e crítica da modernidade**. Ed. UNIJUÍ, 3ª edição, Injuí, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito**. Forense, São Paulo, 2004.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Coleção Pensamento Jurídico, Brasília, 1979.

WARAT. Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I. Interpretação da lei. Temas para uma reformulação.** Sergio Antonio Fabis Editor, Porto Alegre, 1994.

ZIZEK, Slavoj. **Eles não sabem o que fazem. O sublime objeto da ideologia.** Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1992.

_____. **Ideología. Un mapa de la cuestión.** Disponível em: <http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/zizec01.pdf>. Acesso em: 02 de Dezembro de 2011.

_____. **Žižek: Menos ação, mais imaginação política.** Disponível em: <<http://revistaforum.com.br/blog/2013/02/zizek-menos-acao-mais-imaginacao-politica/>>. Acesso em 14 de Fevereiro de 2013. p.1.