

ROBERT STEVEN VIEIRA TAVES

**A TENSÃO ENTRE VINCULAÇÃO AO ORDENAMENTO JURÍDICO E
ADEQUAÇÃO DA NORMA AO CASO CONCRETO:
UMA RELEITURA DO PONTO DE VISTA DOS ELEMENTOS LINGUÍSTICOS E
EXTRALINGUÍSTICOS DO CONCEITO SEMÂNTICO DE NORMA JURÍDICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área do Conhecimento: Direito.

Área de Concentração: Direito e Justiça.

Linha de Pesquisa: Direito, Razão e História.

Projeto Estruturante: Hermenêutica como instrumento de realização da justiça.

Projeto Individual ou Coletivo de Pesquisa: Hermenêutica epistemológica e hermenêutica fenomenológica.

Orientadora: Profa. Dra. Maria Helena Damasceno e Silva Megale

Belo Horizonte

2013

Catálogo da Publicação
Biblioteca da Faculdade de Direito
Universidade Federal de Minas Gerais

T234t Taves, Robert Steven Vieira, 1986-
A tensão entre vinculação ao ordenamento jurídico e adequação da norma ao caso concreto: uma releitura do ponto de vista dos elementos linguísticos e extralinguísticos do conceito semântico de norma jurídica / Robert Steven Vieira Taves. – 2013.
179 p.; 90 f.: 30cm

Orientadora: Maria Helena Damasceno e Silva Megale.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2013.

1. Direito – Normas. 2. Direito – Filosofia – Teses. 3. Hermenêutica (Direito). 4. Direito. 5. Kelsen, Hans, 1881-1973. 6. Teoria do Discurso. 7. Teoria da Argumentação Jurídica. 7. Semiologia. I. Megale, Maria Helena Damasceno e Silva. II. Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 340.13

ROBERT STEVEN VIEIRA TAVES

**A TENSÃO ENTRE VINCULAÇÃO AO ORDENAMENTO JURÍDICO E
ADEQUAÇÃO DA NORMA AO CASO CONCRETO:
UMA RELEITURA DO PONTO DE VISTA DOS ELEMENTOS LINGUÍSTICOS E
EXTRALINGUÍSTICOS DO CONCEITO SEMÂNTICO DE NORMA JURÍDICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito e Justiça.

Orientadora: Profa. Dra. Maria Helena Damasceno e Silva Megale

Julgamento:

Aprovada em:

Banca Examinadora

Profa. Dra. Maria Helena Damasceno e Silva Megale (UFMG)
(Orientadora)

Profa. Dra. Iara Menezes Lima (UFMG)

Prof. Dr. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (PUC-MG)

A Deus, por ser.

Aos meus pais, minhas irmãs e Mari. Se este trabalho é, vocês são a causa. Se este trabalho for mais do que é, o amor de vocês é a razão.

AGRADECIMENTOS

À Universidade Federal de Minas Gerais, à vetusta Faculdade de Direito e ao Programa de Pós-Graduação, pela oportunidade e suporte.

À Profa. Dra. Maria Helena, pela confiança, compreensão e pelas perguntas ainda mais do que pelas respostas.

À Ana Tereza, pelo inexigível compromisso.

RESUMO

O direito, enquanto discurso, passa do fundamento formal do positivismo para a fundamentação procedimental inspirada na teoria do discurso, de modo que a repercussão dessa transição sobre a norma jurídica exige deste trabalho a releitura do conceito positivista de norma em Hans Kelsen, sob a perspectiva procedimental. O objetivo é contribuir para uma concepção de norma que concilie a tensão entre vinculação ao direito vigente e adequação ao caso concreto. A partir da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer e seu diálogo com Jürgen Habermas o trabalho aborda o tema de maneira compreensivo-reflexiva e, com referência à lógica do direito em Pierre Bourdieu, traça um paralelo entre o discurso positivista de Kelsen e Herbert Hart e o discurso procedimental de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Klaus Günther e Habermas. Visto que em Kelsen a norma é sentido, o trabalho aborda especificamente as diferenças entre as concepções de interpretação nos dois discursos, com apontamentos da crítica literária e da Semiologia. Ao final, a comparação entre as concepções de norma jurídica levam à conclusão de que o predicado da concepção de norma em Kelsen não é incompatível com o discurso procedimental, mas sua substância de sentido objetivamente dado deve dar lugar ao sentido intersubjetivamente construído de modo dialogal.

Palavras-chave: Norma jurídica. Vinculação. Adequação. Positivismo jurídico. Teoria do discurso. Hermenêutica jurídica. Teoria geral do direito.

ABSTRACT

Law, as a discourse, goes from a positivistic justification of validity to a procedural justification that is inspired by the Discourse Theory, thus the repercussion of such transition over the rule of law exerts this paper to review Hans Kelsen's positivistic norm concept under a procedural perspective. The objective is to contribute to a conception of norm that conciliates the tension between bindingness to current law and appropriateness to specific cases. From Hans-Georg Gadamer's philosophical hermeneutics and his dialogue with Jürgen Habermas, this paper addresses the topic in a comprehensive-reflexive manner. Referring to Pierre Bourdieu's logic of Law, it draws a parallel between the positivistic discourse of Kelsen and Herbert Hart and the procedural discourse of Robert Alexy, Ronald Dworkin, Klaus Günther and Habermas. Since Kelsen conceives the norm as meaning, this paper specifically discusses the differences between the interpretation conceptions in the two discourses, making considerations of literary criticism and Semiology. Finally, the comparison between the two conceptions of legal norm leads to the conclusion that the predicate of Kelsen's conception of norm is not incompatible with the procedural discourse, but its substance as an objectively given meaning should yield to an intersubjective meaning dialogically constructed

Key-words: Legal norm. Bindingness. Appropriateness. Legal Positivism. Discourse Theory. Legal Hermeneutics. General Theory of Law.

SUMÁRIO

1 VINCULAÇÃO, ADEQUAÇÃO E NORMA	15
2 DISCURSO JURÍDICO.....	17
2.1 Compreensão do direito	17
2.2 Lógica específica do direito.....	35
<i>2.2.1 Relações de força específicas no direito</i>	<i>36</i>
<i>2.2.2 Lógica interna das obras jurídicas.....</i>	<i>38</i>
2.3 A versão positivista da lógica específica do direito	40
<i>2.3.1 O fundamento de validade do direito rumo ao positivismo.....</i>	<i>40</i>
<i>2.3.2 A lógica interna do direito na concepção positivista</i>	<i>44</i>
2.4 A versão procedimental da lógica específica do direito	62
<i>2.4.1 A crítica rumo à concepção procedimentalista do direito.....</i>	<i>63</i>
<i>2.4.2 A concepção procedimentalista do direito e sua versão da lógica do discurso jurídico</i>	<i>68</i>
2.5 Vinculação e adequação: justiça e segurança jurídica procedimentais.....	113
3 INTERPRETAÇÃO JURÍDICA.....	117
3.1 A questão da interpretação no conceito de norma em Kelsen	117
3.2 A crítica hermenêutica.....	123
3.3 Crítica interpretativa procedimentalista	135
3.4 Apontamentos da crítica literária e da Semiologia: literalidade e comunicação	141
3.5 Interpretação procedimentalista do direito.....	148
4 NORMA JURÍDICA	150
4.1 Concepção de norma jurídica em Kelsen	150
4.2 Crítica procedimentalista ao conceito de norma	157
4.3 Conclusão: releitura procedimentalista do conceito de norma em Kelsen	167
REFERÊNCIAS	172

1 VINCULAÇÃO, ADEQUAÇÃO E NORMA

O fenômeno do direito, na práxis de organização da sociedade e solução de conflitos concretos de interesse, desempenha duas funções. A estabilização de expectativas de comportamento sustenta toda interação entre indivíduos ao propiciar a solidariedade e mesmo a compreensão das condutas. Sob as vestes da institucionalização nos Estados modernos, essa primeira função se desempenha, no campo jurídico, pela vinculação da interpretação e dos argumentos jurídicos ao ordenamento vigente. A República Federativa do Brasil, no nível já dogmático submetido a essa vinculação, a reproduz ao consagrar o Estado de Direito, o princípio da legalidade e a própria segurança jurídica, prescritos nos artigos 1º e 5º, *caput* e inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil. Por outro lado, a própria duração da organização social depende da solução de conflitos concretos de interesses de forma a satisfazer os anseios por legitimidade da sociedade e dos próprios indivíduos em confronto, o que implica adequação às particularidades da situação. Institucionalizou-se essa segunda função na prestação jurisdicional ao caso concreto, em âmbito dogmático, orientada pelo objetivo de justiça e pelos princípios de igualdade – que inclui a justificada desigualdade – e de inafastabilidade da jurisdição, consagrados nos artigos 3º, inciso I, e 5º, *caput* e inciso XXXV, da Constituição da República.

O desempenho de ambas as funções na prática do direito tem por referência a norma jurídica. Afinal, a estabilização de expectativas ocorre exatamente pela reiteração da incidência e do conteúdo do comando normativo, atendendo assim à vinculação ao direito vigente. Em contraposição, a adaptação do conteúdo e, pois, da incidência da norma às particularidades da situação de aplicação é exigida pela adequação ao caso concreto. Assim, do ponto de vista dos sujeitos no campo jurídico, a tensão entre as funções sociais do direito se desenvolve na referência à norma e a superação dessa dicotomia depende do que seja norma jurídica e, pressupostamente, direito.

Após aproximação superficial, mais lúdica do que científica, mais evidente do que metódica, pode-se sintetizar a pretensão da presente dissertação. A partir da atual compreensão hegemônica do direito e da maneira como nela se conjuga vinculação ao direito vigente e adequação ao caso, busca-se projetá-las na interpretação e na norma jurídicas. Para isso, será apresentada a concepção procedimentalista do direito, principalmente, a partir das teorias de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jürgen Habermas. Então, será revisitada a hermenêutica de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, em face de

considerações da crítica literária, da Semiótica e, principalmente, da concepção procedimentalista, a fim de compreender a atribuição de sentido a padrões jurídicos institucionalizados. Só assim será possível abordar especificamente a norma por meio da crítica procedimental ao conceito semântico formulado por Hans Kelsen, que, por ser eminentemente interpretativo, exige a abordagem hermenêutica precedente.

2 DISCURSO JURÍDICO

A tensão entre segurança jurídica e justiça se traduz no discurso jurídico como atrito entre vinculação ao direito vigente, consubstanciado na norma, e adequação desta às particularidades ao caso concreto. A concepção de norma é crucial na composição dessa dicotomia, mas uma de suas formulações mais influentes, a proposta por Hans Kelsen, foi formulada sob o discurso do fundamento formal de validade do direito. Assim, a questão da vinculação e da adequação exigem releitura da concepção de norma em Kelsen, o que pressupõe a compreensão do atual discurso jurídico de fundamentação procedimental de validade do direito em contraposição ao discurso positivista.

2.1 Compreensão do direito

A perspectiva a partir da qual se compreende o direito não passou ao largo da reflexão crítica sobre metodologia realizada no século XX, em especial, pela hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, em *Verdade e método*. Gadamer parte da crítica da arte para fundar a questão da verdade na experiência, o que estende às ciências do espírito pela conjugação da hermenêutica com a fenomenologia para postular que a compreensão é condicionada historicamente às experiências do intérprete e incorporadas na obra. Nesse sentido, a metodologia das ciências do espírito, como “arte de compreender” (GADAMER, 2008, p. 31-32), tanto em Dilthey quanto em Helmholtz, acaba recaindo nas condições de conhecimento do sujeito, o que não diz respeito a método, mas ao próprio compreender (GADAMER, 2008, p. 39, 42). Tais condições se referem ao “tato psicológico”, marcado pela “riqueza de memória” e “reconhecimento de autoridades” (GADAMER, 2008, 42, 39). Trata-se de elemento constituinte do juízo humano que intuitivamente projeta no fato social as associações retidas pelas experiências na formação do sujeito, permitindo-lhe compreender o sentido, apreender e lidar com tal fato (GADAMER, 2008, 52-53).

Gadamer se volta, então, à compreensão por trás do método. A hermenêutica fenomenológica de Heidegger contribui com a concepção da compreensão como existencial do Ser-aí, ou dimensão constitutiva do ser na presença. Ela também contribui com sua versão do círculo hermenêutico, pelo qual a compreensão parte das concepções prévias do intérprete

e se abre criticamente para a coisa mesma, sem apenas reproduzir noções populares (GADAMER, 2008, p. 354 ss.). As concepções das quais o intérprete parte são consolidadas por Gadamer na concepção de horizonte, apropriada de Husserl, que abriga a intencionalidade e caracteriza a finitude do intérprete, sem ser fronteira rígida, “[...] mas algo que se desloca com a pessoa e que convida a que se continue a caminhar” (2008, p. 330). Também a obra ostenta horizonte, “pois tudo o que está dado como ente está dado como mundo e leva consigo o horizonte do mundo” (GADAMER, 2008, p. 330). Para Gadamer, porém, a compreensão não implica abstrair do próprio horizonte e adentrar no da obra (2008, p. 400-402), mas, pela abertura dos horizontes e situação de ambos no contexto mais amplo da tradição (2008, p. 339, 402), cuida-se de uni-los nessa “[...] universalidade mais elevada que supera tanto nossa própria particularidade quanto a do outro” (2008, p. 403). Há “[...] verdadeira fusão de horizontes que [...] leva a cabo simultaneamente sua suspensão” (2008, p. 405), ampliando e renovando o horizonte do intérprete em sucessão constante de experiências de compreensão própria da história dos efeitos (2008, p. 399, 405). Assim, para Gadamer, a distância temporal “não é um abismo devorador, mas está preenchido pela continuidade da herança histórica e da tradição [...]” (2008, p. 393). O horizonte em permanente formação põe constantemente à prova os preconceitos que o constituem (GADAMER, 2008, p. 404). Gadamer esclarece que a fusão de horizontes assume a forma dialógica de perguntas e respostas (2008, p. 488), em que a pergunta antecipa a perfeição da obra a que seu significado deve responder (2008, p. 483).

Sob a virada ontológica da hermenêutica pela linguagem, propõe Gadamer que “[...] a forma da linguagem e o conteúdo da tradição não podem ser separados na experiência hermenêutica” (2008, p. 569), constituindo o mundo (2008, p. 571). Nesse sentido, a compreensão é interpretação e, como fusão de horizontes, procede como tradução entre o recorte de linguagem dotado pelo intérprete e o incorporado na obra (GADAMER, 2008, p. 500). Sujeito e objeto já situados na linguagem, nela se reúnem na compreensão. Por não se prender às coisas e, ao mesmo tempo, pressupor entendimento mútuo, a linguagem não está adstrita à facticidade e tampouco está à disposição da subjetividade (GADAMER, 2008, p. 574-575). Gadamer afirma que à linguagem vêm estados de coisas, conjunturas (*Sachverhalte*), que possuem “alteridade autônoma” com relação à coisa, caracterizando sua “objetividade” – *Sachlichkeit* – (2008, p. 574) distinta da pretensão científica moderna de objetividade – *Objektivität* – (2008, p. 585).

A fim de evitar confusão terminológica neste estudo, a “objetividade” – *Sachlichkeit* – da compreensão na linguagem será referida como “intersubjetividade”, visto que este termo melhor expressa a convicção de Gadamer de que a experiência pela linguagem

não despreza a subjetividade individual do intérprete e tampouco a ela se submete (2008, p. 580). Assim, ela não é subjetiva e também se difere da pretensão de objetividade das ciências modernas que almejavam desprezar os elementos subjetivos de seus juízos (GADAMER, 2008, p. 585).

A repercussão da reflexão hermenêutica filosófica sobre o método no âmbito das ciências sociais, conforme o próprio Gadamer reconhece (2007, p. 289), foi desenvolvida por Habermas, em *A lógica das ciências sociais*. Nessa obra, Habermas refuta a abordagem metodológica analítico-normativa nas ciências sociais, pois ela pressupõe uma objetividade irrefletida e não abarca a intencionalidade dos agentes que não pode ser reduzida a comportamento estimulado (2009, p. 115-116). A abordagem empírico-analítica, por sua vez, não adota postura reflexiva sobre a problemática da compreensão de sentido (2009, p. 143), em contraposição à “elucidação hermenêutica” (2009, p. 142). A compreensão do direito, no mesmo sentido, deve superar as respectivas perspectivas metodológicas aqui denominadas funcionalistas, externalista e internalista.

A perspectiva funcionalista aborda o direito como mero reflexo de relações sociais empíricas de dominação jurídica ou, conforme as manifestações iniciais, de outras ordens de dominação. Nesse sentido, segundo Habermas em *Direito e democracia*, figura-se a crítica da economia política de inspiração marxista, para a qual o fenômeno social do direito é discurso de dominação que, na qualidade de superestrutura, apenas reflete o efetivo fundamento da integração social, qual seja, as relações de produção (2012a, p. 68-69). Essa concepção ainda pressupõe um conceito de totalidade de sociedade em que a economia substitui o Estado, protagonista dessa unidade em Hegel (HABERMAS, 2012a, p. 69). A totalidade, porém, não resiste ao aprofundamento do historicismo com a crítica dos princípios teleológicos que o inspiraram (HABERMAS, 2012a, p. 70), tampouco persiste ao crescente pluralismo axiológico nas sociedades.

Ainda segundo Habermas, a perspectiva objetivadora do funcionalismo assume outras manifestações mais elaboradas de Levi-Strauss até Althusser e Foucault, bem como na teoria dos sistemas de Luhmann, em que as relações sociais no sistema jurídico são destacadas da sociedade com um todo (2012c, p. 71). Essas elaborações não reduzem o direito apenas a um discurso reprodutor de outras relações sociais hegemônicas, mas continuam concebendo as relações jurídicas discursivas como mera expressão do próprio sistema de interações sociais, mais ou menos, autônomas.

A abordagem externalista é um recorte da perspectiva funcional que destaca as abordagens do direito como reflexo de relações sociais de dominação em outros campos.

Pierre Bourdieu, em *O poder simbólico*, refuta a perspectiva sociológica externalista ou instrumental, a qual acusa de conceber o direito como mero reflexo de outras relações sociais de dominação ou instrumento a serviço dos dominantes (2010, p. 209), como seria o caso da linguagem do aparelho reativada por Althusser (2010, p. 210).

A perspectiva externalista, segundo Bourdieu, ignora as condições históricas que, mediante lutas no campo do direito, fazem emergir um universo social autônomo “[...] capaz de produzir e de reproduzir, pela lógica do seu funcionamento específico, um *corpus* jurídico relativamente independente dos constrangimentos externos” (2010, p. 210). O direito possui linguagem própria de relativa autonomia, não é mero reflexo de relações sociais de dominação em outros campos. As compreensões externalistas “[...] ignoram paradoxalmente a *estrutura* dos sistemas simbólicos e, neste caso particular, a *forma* específica do discurso jurídico” (BOURDIEU, 2010, p. 210).

A partir da perspectiva daqueles que fazem reivindicações jurídicas, Ronald Dworkin destaca que o resultado da argumentação realizada nos âmbitos discursivos particulares do direito determina as ações e relações desses agentes no âmbito jurídico:

Essas pessoas não querem que se especule sobre as reivindicações jurídicas que farão, mas sim demonstrações sobre quais dessas reivindicações são bem fundadas e por quê; querem teorias não sobre o modo como a história e a economia formaram sua consciência, mas sobre o lugar dessas disciplinas na demonstração daquilo que o direito exige que elas façam ou tenham (DWORKIN, 2007b, p. 18).

A perspectiva funcionalista, em todas as suas manifestações, não atende à intencionalidade dos indivíduos no direito, porque desconsidera suas motivações e expectativas nas relações jurídicas e também por tomar o discurso jurídico por instrumento ou projeção de relações sociais empíricas. A intencionalidade nessas expectativas e imperatividade fazem com que o discurso jurídico não seja mera expressão de relações sociais de um âmbito específico, o jurídico, mas que o discurso determine, crie, elimine e modifique essas relações.

Mesmo as perspectivas funcionalistas que concebem o discurso jurídico como projeção das relações sociais autônomas do direito, caso do sistema jurídico autopoiético de Niklas Luhmann, ainda apresentam duas consequências nocivas apontadas por Habermas. A completa autonomia do sistema jurídico impede que o direito exerça efetivamente suas funções, na medida em que fica impossibilitado de “[...] manter uma troca *direta* com seus mundos circundantes, nem influir neles de modo regulatório” (HABERMAS, 2012c, p. 73). Além disso, a ocultação de toda “autocompreensão normativa” também “[...] apaga a

dimensão deontológica da validade normativa e, com isso, o sentido ilocucionário de mandamentos e normas de ação” (HABERMAS, 2012a, p. 74). Habermas se refere a essas consequências da perspectiva funcionalista ao criticar a teoria dos sistemas de Luhmann, mas não é impossível generalizá-las. Bourdieu não situa a teoria de Luhmann dentro da abordagem metodológica externalista ao direito, mas isso não a retira do conjunto das abordagens funcionalistas, tanto que o sociólogo francês formula contra ela as mesmas objeções de ausência de interpenetração entre os sistemas e entre discurso e relações sociais (2010, p. 211-212). A perspectiva funcionalista em geral desprestigia o discurso de validade jurídica, ao desconsiderar a imperatividade dos enunciados normativos e as expectativas normativas de comportamento.

A contrapartida do pensamento jurídico à visão externalista ou funcionalista não é menos parcial e ingênua, pois se fecha na normatividade do direito racional. Trata-se de um tênue traço teórico comum que, por curioso que seja, está presente tanto na jurisprudência dos conceitos quanto no positivismo crítico do século XX, com Hans Kelsen e Herbert Hart, e até mesmo na concepção de justiça de John Rawls. Cuida-se de abordagens metodológicas internalistas que concebem os institutos jurídicos e as decisões como fruto de uma forma própria de raciocínio jurídico que, em si mesmo, não é reflexo das relações sociais ou subordinado a outras interações, o que o diferencia do funcionalismo e do externalismo, respectivamente.

Bourdieu, contra o internalismo, volta suas críticas àquela que talvez tenha sido a típica manifestação do normativismo do direito racional, a teoria pura do direito (BOURDIEU, 2010, p. 209). Por mais que se critique o normativismo de Hans Kelsen, não se pode ignorar que é expressão exemplar do raciocínio normativo que mesmo os pós-positivistas não abandonaram completamente¹, cunhando o que Bourdieu conceituaria como a lógica específica do direito. O sociólogo francês denomina essa perspectiva de interpretação interna ou formalismo jurídico e a refuta por perpetuar a ilusão de que o direito consiste em um sistema autônomo que só pode ser compreendido por sua dinâmica interna (BOURDIEU, 2010, p. 64, 209).

A ilusão da independência do direito se mostra frágil já no interior do positivismo, pois Hart reconhece a textura aberta do direito (2007, p. 149-160) e Kelsen restringe a pureza até a delimitação da moldura semântica das normas (1998, p. 388). Afinal, conforme bem

¹ A respeito, cf. Alexandre T. Gomes Trivisonno em *Kant e o Pós-Positivismo no Direito* (In: GOMES; MERLE, 2007).

coloca Maria Helena Megale, “é até duvidoso afirmar sobre o dever moral que ele não se comunica com o dever imposto pelo Direito.” (2008a, p. 80).

A crítica contra a abordagem internalista, em Habermas, se dirige também a uma versão não sectária da perspectiva internalista que é a proposta de John Rawls:

A partir dos anos 70, o ataque das ciências sociais ao normativismo do direito racional desencadeou uma reação surpreendente. E a filosofia do direito, seguindo a esteira da reabilitação geral de questionamentos da filosofia prática, deu uma guinada, passando a revalorizar, de uma forma por demais direta, a tradição do direito racional. Quando surgiu a “Teoria da Justiça”, de John Rawls (1971), o pêndulo oscilou para o outro lado. Entre os filósofos e juristas, inclusive entre economistas, introduziu-se um discurso ingênuo que retoma teoremas do século XVII e XVIII, como se não fosse preciso tomar ciência do desencantamento do direito, levado a cabo pelas ciências sociais. Se a retomada da argumentação do direito racional não levar em conta metacriticamente a mudança de perspectivas, acontecida na economia política e na teoria da sociedade, destroem-se as pontes que ligam esses dois universos de discurso (HABERMAS, 2012a, p. 83).

Além da crítica à ocultação da inter-relação dos discursos, Habermas dirige à teoria de Rawls a crítica da “impotência do dever-ser” (2012a, p. 83) por não tematizar suficientemente a dimensão institucional do direito positivo (2012a, p. 92-93).

A partir da dicotomia entre as perspectivas externalista e internalista, conclui-se com Bourdieu que o direito é campo discursivo de relativa autonomia (BOURDIEU, 2010, p. 64). Os outros campos sociais preenchem o direito de significado e o influenciam ao mesmo tempo em que sofrem seu influxo semântico e regulamentação, refletindo a interação social entre discursos também relativamente autônomos:

Para romper com a ideologia da independência do direito e do corpo judicial, sem se cair na visão oposta, é preciso levar em linha de conta aquilo que as duas visões antagonistas, internalista e externalista, ignoram uma e outra, quer dizer, a existência de um universo social relativamente independente em relação às pressões externas, no interior do qual se produz e se exerce a autoridade jurídica, forma por excelência da violência simbólica legítima cujo monopólio pertence ao Estado e que se pode combinar com o exercício da força física (BOURDIEU, 2010, p. 211).

Também é possível superar a dicotomia entre discurso e relações sociais, inclusive no direito, identificando-os nas relações linguístico-sociais de poder simbólico. Empregado por Bourdieu, o poder simbólico é a capacidade de enunciar o mundo como se o tivesse apenas revelando ou descobrindo e que é reconhecida como legítima. Nesse reconhecimento “[...] o poder simbólico é, com efeito, esse poder invisível, o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o

exercem” (BOURDIEU, 2010, p. 7-8). A linguagem, nesse sentido, possui função comunicativa – de criar consensos linguísticos ao nomear e permitir a comunicação, interação e integração social – e função de divisão – ao cunhar uma dada forma de nomear as coisas, uma visão de mundo e relegar ao esquecimento o inominado e à marginalização os dissensos (BOURDIEU, 2010, p. 10-11). A dinâmica da relação entre os agentes é regida por um jogo de linguagem, em alusão a Wittgenstein, no qual está em disputa o poder simbólico de ser o portador do discurso legítimo tão arbitrário quanto são as regras do jogo (BOURDIEU, 2010, p. 69). Entre a ortodoxia dos conservadores e a heterodoxia dos revolucionários há o acordo não tematizado quanto às regras do confronto, do jogo de linguagem que constitui o campo (BOURDIEU, 2008, p. 122). Assim conceitua, em suma, o sociólogo francês:

O poder simbólico como poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer ver e fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão do mundo e, deste modo, a ação sobre o mundo, portanto o mundo; poder quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica), graças ao efeito específico de mobilização, só se exerce se for reconhecido, quer dizer, ignorado como arbitrário (BOURDIEU, 2010, p. 14).

Superadas as abordagens funcionalista, externalista e internalista, bem como a dicotomia entre discurso e relações sociais, Bourdieu apresenta sua própria perspectiva metodológica. Parte da definição do campo como complexo de relações simbólicas, ou linguístico-sociais, distinto por objetos de disputa e interesses próprios, integrado por valores e disposições mentais específicas forjados no respectivo *habitus*² (BOURDIEU, 1983, p. 89-94). Bourdieu identificou elementos análogos entre os campos em sua teoria geral dos campos, os quais caracterizou por termos inicialmente apropriados pela economia, como capital, oferta, demanda, monopólio e outros, substituindo valores financeiros por valor simbólico (2010, p. 66-68). Assim, as posições dos agentes em cada campo dependerão de seu capital simbólico: poder simbólico que lhe é reconhecido como legítimo pelos demais agentes do campo ao desconhecerem sua arbitrariedade e acumulado pela interiorização do *habitus*.

O *habitus*, por sua vez, é disposições internalizadas pelo agente com certa permanência não só em sua mente e seu discurso verbal, mas em seu corpo como um todo, incluindo seu consciente, inconsciente, raciocínio, seu arranjo anatômico e gestual (BOURDIEU, 2010, p. 61). Ele sedimenta o sujeito em sua individualidade e envolvimento

² O termo é cunhado em latim pelo próprio Pierre Bourdieu, em remissão à *hexis* aristotélica, traduzida por *habitus* pela escolástica, e para destacar que o conceito abrange mais completamente a as dimensões do indivíduo em contraposição ao que na linguagem ordinária se entende por hábito (BOURDIEU: 2010. p. 61).

social pelo acúmulo contínuo de vivências, no sentido mais amplo do termo. O *habitus* seria mesmo a história em estado incorporado (BOURDIEU, 2010, p. 82). Assumidamente, aproxima-se das virtudes práticas aristotélicas e sua *hexis*, bem como do primado da razão prática de Johann Fichte (BOURDIEU, 2010, p. 61). O *habitus* é o que há das condições sociais na formação do sujeito, em toda sua arbitrariedade e historicidade. Por essa razão, o *habitus* e seus efeitos se apresentam no sujeito como naturalizados, embora construído historicamente e continue em constante renovação gradual e resistente (ROCHA, 2005, p. 47). O *habitus* é formado, pode-se dizer, simbioticamente pelo campo que lhe é respectivo, rejeitando o estruturalismo e a filosofia da consciência (BOURDIEU, 2010, p. 61), e alia condições sociais de produção da subjetividade sem se reduzir ao determinismo social das abordagens funcionais:

O *habitus*, como diz a palavra, é aquilo que se adquiriu, que se encarnou no corpo de forma durável, sob a forma de disposições permanentes. [...] é uma espécie de máquina transformadora que faz com que nós “reproduzamos” as condições sociais de nossa própria produção, mas de uma maneira relativamente imprevisível, de uma maneira tal que não se pode passar simplesmente e mecanicamente do conhecimento das condições de produção ao conhecimento dos produtos (BOURDIEU, 1983, p. 105).

Nesse sentido as várias competências e habilidades que qualificam um sujeito para ser um agente jurídico e, mais do que isso, a visão de mundo, a disposição corporal, a linguagem, a carga de simbolismos e tudo o mais que caracterizar os incluídos no campo do direito, comporiam o *habitus* jurídico, conforme esclarece Álvaro Rocha:

O conjunto de disposições pessoais criadas já na graduação em Direito, muitas vezes já preparadas por uma trajetória de vida ligada às carreiras jurídicas de familiares, e completada nos primeiros anos da carreira, leva os juristas a desenvolver profundamente um “*habitus*” judicial que envolve toda uma visão do mundo através de categorias jurídicas, criando um universo autônomo fechado às pressões externas, e imune a tais questionamentos, que eles têm como ilegítimos, por virem de fora do campo jurídico, originando-se nos interesses e lógicas próprios aos demais campos (ROCHA, 2005, p. 48).

Ao *habitus* jurídico equivale a compreensão do campo jurídico, assim definido pelo próprio Bourdieu:

O campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (*nomos*) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de *interpretar* (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social. É com esta

condição que se podem dar as razões quer da autonomia relativa do direito, quer do efeito propriamente simbólico de desconhecimento, que resulta da ilusão da sua autonomia absoluta em relação às pressões externas (BOURDIEU, 2010, p. 212).

Ainda segundo Bourdieu, apenas aqueles que interiorizaram, em maior ou menor grau, a capacidade interpretativa do *habitus* jurídico estão incluídos no campo jurídico e dominam a linguagem de nomeação jurídica, é dizer, somente eles ofertam produtos jurídicos e dentro de seu campo lutam por maior poder simbólico (2010, p. 212). A inter-relação entre campos, com maior ou menor autonomia, ocorre da mesma forma que um *habitus* específico de um campo se imbrica com outros na formação do *habitus* individual do agente.

Se compreendermos que o linguístico na hermenêutica de Heidegger e Gadamer supera as dimensões da língua natural, alcançando a linguagem, e que a compreensão no modelo hermenêutico dialogal se apresenta como comunicação, tem-se que o *habitus* se aproxima mais do horizonte hermenêutico do intérprete do que Bourdieu talvez estivesse disposto a admitir. A aproximação é ainda mais clara se considerada a formação constante, contingente, histórica e incorporada do *habitus* e do horizonte, bem como sua qualidade de competência interpretativa ou compreensiva³. A perspectiva hermenêutica de Gadamer parte da incorporação da linguagem para a interação social, diferindo do foco sociológico de Bourdieu que das condições sociais incorpora o discurso. Ambos admitem, porém, o duplo sentido dessa via de conformação, seja porque as experiências da formação são político-sociais em Gadamer (GADAMER, 2008, 64), seja porquanto o discurso e os jogos de linguagem determinam a realidade social em Bourdieu (BOURDIEU, 1983, p. 89-94). Ainda que não se possa falar em uma identidade de conceitos e que a crítica reflexiva de Gadamer exija despir o *habitus* dos dogmas da luta de classes e dos modelos econômicos para elevá-lo à compreensão, a mera proximidade é suficiente e útil aos presentes estudos.

A análise que Bourdieu realiza do *habitus* jurídico lhe permitiu identificar os pressupostos que orientam as enunciações reconhecidas como jurídicas, caracterizando o discurso jurídico e constituindo a sua lógica específica (BOURDIEU, 2010, p. 211). Não se emprega “lógica” no sentido de forma do raciocínio de pretensão epistemológica ao objetivamente verdadeiro, mas como padrões do jogo de linguagem no discurso do direito para o que é reconhecido intersubjetivamente como juridicamente correto.

³ Sobre a proximidade da formação do indivíduo em Gadamer e Bourdieu, confira-se *A inversão do cotidiano: práticas sociais e a ruptura na vida urbana contemporânea*, de Rogério Leite (2010, p. 742-743).

A lógica própria do discurso jurídico será de maior importância para a própria caracterização do discurso jurídico que será feita neste trabalho. Porém, a fim de que a caracterização da lógica jurídica corresponda ao discurso jurídico atualmente hegemônico, cumpre considerar também a abordagem de Habermas.

Habermas, em *A lógica das ciências sociais*, supera a dicotomia entre discurso e relações sociais ao prestigiar a intencionalidade dos agentes por meio do agir comunicativo e ao considerar a problemática da compreensão de sentido:

Se concebermos um agir social como um agir sob normas válidas, teorias do agir precisarão se ligar a conexões entre normas, que permitem prever o curso das interações. Como as normas são dadas inicialmente sob a forma de símbolos, é natural deduzir os sistemas de ação a partir de condições da comunicação linguística. Onde limites da linguagem definem os limites da ação, as estruturas da linguagem fixam os canais para as interações possíveis. Para a análise das conexões do agir comunicativo é suficiente, então, uma ampliação sistemática daquela compreensão de sentido que abre de todo modo o acesso aos fatos sociais (HABERMAS, 2009, p. 119).

Segundo Habermas, a problemática da compreensão de sentido colhe da fenomenologia, em especial de Edmund Husserl e Alfred Schütz, que não há experiência não interpretada segundo os esquemas interpretativos da consciência do sujeito e que remetem à intersubjetividade do mundo da vida apenas na qualidade de uma consciência transcendental (2009, p. 170, 185-186).

A abordagem da filosofia da linguagem, por sua vez, a posiciona no lugar da consciência, de modo que a referência ao mundo da vida de Husserl com regras da síntese da consciência em geral se torna remissão a formas de vida de Wittgenstein por regras da gramática de jogos de linguagem (HABERMAS, 2009, p. 170, 185-186). A abordagem coincide a consciência com a linguagem dotada pelo sujeito e demais membros da comunidade de fala em referência a uma intersubjetividade mundana. O reposicionamento da compreensão na linguagem ocorreu, em primeiro momento, pelo “transcendentalismo lingüístico” de Wittgenstein em *Tractatus logico-philosophicus*, constituindo a consciência como linguagem ao apontar o “valor conjuntural transcendental da linguagem universal científica” (HABERMAS, 2009, p. 189). O segundo momento, segundo Habermas, consistiu na “autorreflexão sociolingüística” (2009, p. 199) de *Investigações filosóficas*, cujas propostas “[...] descortinam a ‘linguagem’ transcendental ‘em geral’ como ficção e descobrem nas gramáticas da comunicação exercitada de maneira corrente as regras, segundo as quais se constituem formas de vida” (2009, p. 189).

A compreensão do objeto a partir da própria linguagem dotada encerra a abordagem em uma circularidade não atacada por Wittgenstein, mas que se abre à perspectiva hermenêutica como círculo hermenêutico (HABERMAS, 2009, p. 210, 215). Habermas entende que a hermenêutica filosófica de Gadamer ultrapassa o nível sociolinguístico da análise da linguagem ao ampliar o círculo pela tradução no nível exterior entre comunidades de fala e pela sua correspondente tradição entre momentos no interior de uma comunidade (2009, p. 225, 231-232). Ambas sempre dialogais ou mesmo dialéticas (2009, p. 225, 227-228). Habermas destaca que em Gadamer a linguagem de que o indivíduo é dotado não constitui forma de vida fechada, mas horizonte aberto e que se desloca, no qual a linguagem se estrutura e que, na apropriação compreensiva, se funde ao horizonte da obra (HABERMAS, 2009, p. 230, 235). Fusão que ocorre no interior da tradição em que intérprete e obra se situam, vencendo a separação entre sujeito e objeto (HABERMAS, 2009, p. 238).

Assim como nas demais ciências sociais, portanto, o sentido do direito não é mero reflexo de relações sociais, mas a intencionalidade dos agentes deixa claro que as relações se constituem na própria linguagem jurídica e são passíveis de entendimento hermenêutico pela fusão entre horizontes de linguagem. A relação entre discurso e ação é mais bem elaborada em *Teoria do agir comunicativo*, em que o modelo de ação social proposto não identifica discurso e ação e tampouco subordina aquele a esta. Segundo Habermas, a linguagem é *medium* de comunicação com que os agentes se referem ao mundo e negociam definições em comum para as situações (2012b, p. 183-184), de forma que “[...] o entendimento por via linguística é apenas o mecanismo da coordenação da ação que, em face dos planos de ação das atividades propositadas nos envolvidos, integra tais planos e atividades à interação” (2012b, p. 184). No direito, esse entendimento se consagra, em *Direito e Democracia*, pela refutação da abordagem funcionalista, já referida acima, e pela adesão à teorização discursiva do direito, cujos juízos não se submetem à correspondência a fatos, mas a compreensão discursiva – que Habermas qualifica com aceitabilidade racional – (2012a, p. 74-76, 281-282).

Habermas também supera as abordagens funcionalista, externalista e internalista exatamente pelo entendimento que o intérprete não habita apenas uma linguagem, mas participa simultaneamente de várias que se inter-relacionam pela tradução, sugerida por Gadamer, no nível da linguagem natural (2009, p. 225, 298-299). Posteriormente a simbiose entre discurso e relação social foi desenvolvida em *Teoria do agir comunicativo* como coabitação do mundo da vida e sistema (HABERMAS, 2012b, 2012c). A habitação do indivíduo em várias linguagens, ressaltada por Habermas, equivale à coparticipação de discursos no *habitus* do indivíduo em Bourdieu.

O direito, especificamente, não só ostenta autonomia apenas relativa, mas desempenha papel fundamental na inter-relação de linguagens que constitui a sociedade. Habermas destaca, nesse sentido a função social integradora do direito. Por um lado, o direito sofre por tradução a participação dos demais discursos e, por outro, normatiza as suas relações linguístico-sociais, com sentido de imperatividade e uso da força, de forma a coordená-los e articular sistema e mundo da vida:

Do direito participam todas as comunicações que se orientam por ele, sendo que as regras do direito referem-se reflexivamente à integração social realizada no fenômeno da institucionalização. Todavia, o código do direito não mantém contato apenas com o médium da linguagem coloquial ordinária pelo qual passam as realizações de entendimento, socialmente integradoras, do mundo da vida; ele também traz mensagens dessa procedência para uma forma na qual o mundo da vida se torna compreensível para os códigos especiais da administração, dirigida pelo poder, e da economia, dirigida pelo dinheiro. Nesta medida, a linguagem do direito pode funcionar como um transformador na circulação da comunicação entre sistema e mundo da vida, o que não é o caso da comunicação moral, limitada à esfera do mundo da vida (HABERMAS, 2012a, p. 112).

A tradução de outras linguagens para o discurso jurídico, segundo Habermas, ocorre por intermédio da significação atribuída às normas positivadas pelo Estado, ao que se submetem mesmo a linguagem do poder político (2012a, p. 171) e da moral (2012a, p. 253-256). A necessária tradução para o código do direito não implica o fechamento do discurso jurídico como pretendia Luhmann. Ao contrário, razões políticas, morais e econômicas ingressam na linguagem jurídica na qualidade de pressuposições que orientam – e, portanto, constituem – a significação dos enunciados positivados:

A crítica que se repete, desde que surgiram as escolas do realismo jurídico, fala contra a teoria de Luhmann. [...] A crítica imanente ao positivismo jurídico, desenvolvida por Fuller até Dworkin contra as posições de Austin: Kelsen e Hart, revela que a aplicação do direito tem que contar, cada vez mais, com objetivos políticos, com fundamentações morais e com princípios. Em termos luhmannianos, isso significa que, no código jurídico, se introduzem conteúdos do código moral e do código do poder; neste sentido, o sistema jurídico não é “fechado” (HABERMAS, 2011, p. 229).

Habermas, porém, não se contenta com a superação das duas dicotomias também refutadas por Bourdieu, pelo que o direito se constitui sociolinguisticamente em seu discurso apenas relativamente autônomo, pois dele participam outras linguagens traduzidas como pressuposições da significação dos enunciados normativos positivos.

O filósofo e sociólogo alemão não considera suficiente a perspectiva reflexiva da compreensão hermenêutica de Gadamer. Segundo a hermenêutica filosófica, na linguagem

legada pela tradição, a parcela dotada no horizonte do intérprete consubstancia preconceitos que na fusão dialogal com o horizonte da obra serão mantidos, como acordo tematizado resultante do diálogo, ou serão alterados pela nova experiência. Gadamer, com isso, pretende reabilitar preconceitos, autoridade e tradição do descrédito que lhes impôs o iluminismo alemão – *Aufklärung* –. Nesse sentido, os preconceitos e a tradição se reportam à autoridade que “[...] não tem seu fundamento último num ato de submissão e de abdicação da razão, mas num ato de reconhecimento e de conhecimento”, pois “[...] autoridade não tem a ver com obediência, mas com conhecimento” (GADAMER, 2008, p. 371). A compreensão hermenêutica ao modificar e principalmente ao manter os preconceitos na fusão de horizontes realiza a sua apropriação, pois sua confirmação não se dá por inércia, “[...] mas necessita ser afirmada, assumida e cultivada”, de modo que “[...] a conservação é um ato da razão [...]” (GADAMER, 2008, p. 371).

Habermas critica Gadamer, em *A lógica das ciências sociais* e em *A pretensão de universalidade da hermenêutica*, pela ausência de um critério geral além da tradição que fundamente a universalidade da compreensão hermenêutica e diferencie o esclarecimento hermenêutico da opinião falsa presa a entendimento sistemático (2009, p. 262, 267, 311).

Segundo Habermas, Gadamer “[...] desconhece a força da reflexão que se desdobra na compreensão” (2009, p. 259), força “[...] que se confirma no fato de também poder recusar a pretensão das tradições” (2009, p. 261). O cerne da crítica afirma que o reconhecimento da autoridade e a apropriação dos preconceitos na reflexão operada na compreensão hermenêutica, “[...] não teria alterado nada no fato de a tradição enquanto tal ter permanecido a única razão da validade de preconceitos” (HABERMAS, 2009, p. 261). E a tradição, como linguagem, além de comunicar, “[...] também é um meio de domínio e de poder social” e “[...] também se mostra como ideológica” (HABERMAS, 2009, p. 265). A linguagem legada pela tradição encerra uma forma de vida com suas ideologias de domínio político e de trabalho social (HABERMAS, 2009, p. 265-266). Esse entendimento equivale à segunda função da linguagem para Bourdieu, a qual, além de comunicar estabelece “di-visão” de mundo. Habermas não se satisfaz com a compreensão hermenêutica e a qualifica, levando a reflexão às últimas instâncias com o “[...] autocerceamento do ponto de partida hermenêutico” (2009, p. 262) por “[...] um sistema referencial, que ultrapassa o contexto da tradição enquanto tal” (2009, p. 262), nos moldes da crítica à ideologia. Ele não propõe um referencial monológico, mas ratificado na autorreflexão dos participantes do diálogo como restrição do modo – ou procedimento – como nele a compreensão deve ser resgatada (*In:*

2009, p. 335). Assim, Habermas introduz a crítica na reflexão hermenêutica, pautada pelo ideal do consenso comunicativo livre de coerção:

Ela [hermenêutica autoesclarecida em termos críticos] liga a compreensão ao princípio de um discurso racional, de acordo com o qual a verdade só seria garantida por meio *do* consenso que seria visado sob as condições idealizadas de uma comunicação irrestrita e livre de relações de domínio e que poderia ser duradouramente afirmada (*In: HABERMAS, 2009, p. 330*).

O referencial que qualifica a compreensão só foi desenvolvido por Habermas na teoria discursiva da verdade. Nela Habermas defende, contra teorias da verdade como correspondência entre enunciado e fatos objetivos, a verdade dos enunciados como sua “assertibilidade ideal” comunicativa, pela antecipação contrafactual das condições pragmáticas da situação ideal de discurso pressupostas pelas enunciações com pretensão de validade (HABERMAS, 2004, p. 46). As condições disciplinam o procedimento argumentativo de que resulta consenso livre de coerção, sem predeterminar o seu conteúdo. A partir dessa elaboração do referencial é que Alexy deriva, em *Teoria da argumentação jurídica*, as regras de racionalidade do procedimento argumentativo no qual se justificam juízos normativos jurídicos (ALEXY, 2005, p. 118 e ss.).

Posteriormente, Habermas situa a verdade consensual no modelo de ação comunicativo, em *Teoria do agir comunicativo*, e trata especificamente da manifestação desse referencial no direito em *Direito e Democracia*. Nesta obra, Habermas submete a compreensão a um segundo momento de qualificação, divergente da proposta de Alexy e consubstanciado no paradigma procedimental democrático e na concepção teórica do direito como integridade de Dworkin associada à dimensão de aplicação de Günther.

A concepção procedimental, subjacente tanto à proposta de Alexy, quanto à de Habermas, Dworkin e Günther, fundamenta o discurso jurídico hodierno, cujos traços este trabalho destacará a partir da atualização da lógica própria do direito de Bourdieu. Antes, porém, cumpre depurar a discussão entre Gadamer e Habermas, posicionando-os em face de Bourdieu e da compreensão do direito no presente estudo.

A discussão se desdobrou⁴ a partir da crítica de Habermas, acima já vista, de que a compreensão a partir de preconceitos perpetua relações de dominação imbuídas na linguagem

⁴ A crítica a *Verdade e Método* (GADAMER: 2008), original de 1960, foi realizada em *A lógica das ciências sociais* (HABERMAS: 2009), de 1967. A seu turno, *A universalidade do problema hermenêutico* (*In: GADAMER: 2007. p. 255-270*), 1966, e *Retórica, hermenêutica e crítica da ideologia: comentários metacríticos na Verdade e método I* (*In: GADAMER: 2007. p. 270-292*), de 1967, foram criticados em *A pretensão de universalidade da hermenêutica* (*In: HABERMAS: 2009, p. 295-335*), de 1970, e em *Sobre Verdade e método de Gadamer* publicado em conjunto com

legada pela tradição (2009, p. 261, 265-266). A resposta de Gadamer esclarece que a autoridade dos preconceitos e da tradição não é cega, ela “não vive do poder dogmático, mas do reconhecimento dogmático”, o qual “[...] não é nada mais que atribuir à autoridade uma superioridade no conhecimento, acreditando, por conseguinte que ela tenha razão”, “[...] porque é ‘livremente’ reconhecida” (*In*: 2007, p. 284-285). Conforme Habermas destaca, ainda que o reconhecimento seja apropriação, não é “entendimento universal e livre de dominação”, mas mera “concordância legitimada”, nos termos de Weber, algo distinto do “verdadeiro consenso” (*In*: 2009, p. 333).

Gadamer não nega “[...] a conformação da linguagem em convenções, em normas sociais, atrás das quais escondem-se sempre também interesses econômicos e de poder” (*In*: 2007, p. 240). É dizer, “a linguagem não é nenhum espelho”, mas o material constituinte dessas relações (*In*: 2007, p. 283). Ele afirma apenas que tal condicionamento é inescapável e, por outro lado, a própria linguagem concomitantemente abre o intérprete a novas experiências que o permitam questionar. Em suas palavras: “[...] esse é justamente o mundo de nossa experiência humana, onde dependemos de nosso julgamento, isto é, da possibilidade de nos colocar-nos criticamente frente a todas as convenções” (*In*: 2007, p. 240).

Se em Gadamer não se supera a tradição, segundo denuncia Habermas (2009, p. 261), isso não significa que o intérprete apenas a reproduz. Ao intérprete é dado superar, sim, o seu horizonte, de vivências e acúmulo histórico próprios, ao se fundir com o horizonte da obra ou do interlocutor, com outras experiências e arcabouço histórico. O intérprete, assim, se apropria de novo recorte da tradição que se abre tanto para conservação quanto para revolução no próprio “consenso básico” ou “solidariedade prévia” que permite a interação sociolinguística, conforme replica Gadamer (*In*: 2007, p. 239-240, 314). Tanto Gadamer, em sua pretensão de universalidade hermenêutica, quanto Habermas, na pretensão de consenso livre de coerção, se ancoram na vocação comunicativa da linguagem (*In*: GADAMER, 2007, p. 310).

Assim como Bourdieu, Gadamer e Habermas reconhecem a dupla dimensão da linguagem, qual seja, consubstanciar uma forma de vida ou horizonte e comunicar, fundindo-se com outros horizontes em uma nova linguagem. Bourdieu e Habermas, ao conjugar essas

Réplica a Hermenêutica e crítica da ideologia (*In*: GADAMER: 2007, p. 292-321) em *Hermenêutica e Crítica da Ideologia*, original de 1971. Dignos de nota são ainda as considerações de Gadamer em *Hermenêutica clássica e hermenêutica filosófica* (*In*: GADAMER: 2007, p. 111-142), original de 1968, *Linguagem e Compreensão* (*In*: GADAMER: 2007, p. 216-233) de 1970, *Posfácio referente à 3ª edição de Verdade e método* (*In*: GADAMER: 2007, p. 508-544), de 1972, e de Habermas em *Direito e Democracia* (HABERMAS: 2012), de 1992.

dimensões, compartilham a perspectiva da luta de classes nas dicotomias entre facticidade da dominação e validade da comunicação racional para este e entre divisão e comunicação para aquele. Bourdieu distingue os termos, mas não admite um critério que promova um em detrimento do outro, reunindo-os no poder simbólico, em que condições sociais e discurso se conjugam, dividindo ao comunicar e comunicando ao dividir. Habermas, a seu turno, se ancora no critério procedimental de validade das condições da situação ideal de discurso para propor a contrafactual maximização da racionalidade comunicativa e diminuição da coerção. Gadamer não postula a dicotomia entre constituição de horizonte e abertura comunicativa a novos horizontes, mas os entende unidos simbioticamente, em um nível ainda mais fundamental que Bourdieu.

Distinto de Bourdieu e Habermas, para Gadamer “a teoria da hermenêutica nem sequer pode decidir por si se é correta ou não a pressuposição de que a sociedade está dominada pela luta de classes [...]” (*In: 2007, p. 313*). Afinal, o modelo de superior e subordinado, bem como a pressuposição de que o amor e a afetividade em geral prejudicam o convencimento são “[...] preconceito dogmático em relação ao que significa a ‘razão’ entre os homens” (*In: 2007, p. 310-311*). Gadamer insiste no dogmatismo do conceito de reflexão proposto por Habermas (*In: 2007, p. 316*) e na afirmação da persuasão retórica (*In: 2007, p. 275-276, 318*). De certa forma, o referencial proposto por Habermas e até então não amadurecido parecia a Gadamer com contornos de regulação metodológica e “a ontologia gadameriana prefere descrever o processo hermenêutico a formular regras de interpretação” (MEGALE, 2012, p. 21). Assim, a qualificação da compreensão pelo referencial do consenso livre de coerção seria, para Gadamer, método dogmático, ainda que crítico (*In: 2007, p. 282, 513-514*) e não reflexão hermenêutica, a qual “[...] não oferece um critério de verdade” (*In: 2007, p. 307*),

Habermas fixou na situação ideal de discurso o fundamento da universalidade da compreensão e limite distintivo da reflexão hermenêutica em face da experiência presa a entendimento sistemático. Gadamer, em contraponto, funda a universalidade hermenêutica na “comunidade de diálogo” (*In: 2007, p. 310-311*) ou “solidariedade prévia” (*In: 2007, p. 297*) que condiciona a comunicação concreta. Por sua vez, a distinção entre o intérprete esclarecido hermeneuticamente e o preso ao método reside no posicionamento daquele na história dos efeitos, que implica postura de abertura para novas experiências:

O que distingue uma práxis hermenêutica e sua disciplina do aprendizado de uma mera técnica, seja ela técnica social ou método crítico, é que na hermenêutica a consciência do sujeito que compreende sempre é co-

determinada por um fator da história dos efeitos. Mas isso implica também a tese inversa, a saber, o que é compreendido sempre desenvolve uma certa força convincente que influi na formação de novas convicções (*In: GADAMER, 2007, p. 317*).⁵

Gadamer afirma, com propriedade, fundar a compreensão hermenêutica na experiência concreta de comunicação em dada língua natural, enquanto Habermas se prende à concepção ideal do discurso livre de coerções (*In: 2007, p. 310-311, 239-240*).

Entretanto, muitas contracríticas formuladas por Gadamer ao referencial das condições discursivas ideais de Habermas perderam sentido, principalmente, com o advento da teoria da verdade consensual e da teoria do agir comunicativo⁶. A indicação vaga do que seria o critério do consenso livre de coerção recebeu, nessas teorias, a formulação de condições da situação ideal discursiva, situadas no modelo de ação orientada para a busca cooperativa da verdade (HABERMAS, 2012b, p. 193-194).

É notável como o critério proposto por Habermas se aperfeiçoa em semelhança às noções empregadas por Gadamer justamente para definir o fundamento da pretensão de universalidade hermenêutica, como “comunidade de diálogo” e “[...] condições prévias indispensáveis para que este [o diálogo] aconteça” (*In: 2007, p. 310-311*). O próprio Gadamer adere à referência de “comunidade ideal de interpretação” de Karl-Otto Apel (*In: 2007, p. 317*) também referidas por Habermas. Ademais, esclareceu-se o caráter contrafactual – e não ideal ou empírico⁷ – das condições ideais de comunicação antecipadas na experiência concreta de diálogo. Com isso, torna-se difícil o entendimento desse referencial como regulação metodológica e esvazia-se sua diferença em relação à posição de diálogo concreta de Gadamer, ainda que em parte. Igualmente, a qualidade procedimental do critério proposto

⁵ Passagem essa repetida no *Posfácio referente à 3ª edição* (*In: GADAMER: 2007, p. 529*) de *Verdade e método*, na qual a tradução para o português optou por “forma persuasiva” e “persuasões” ao invés de “força convincente” e “convicções”, provavelmente, para reforçar o papel da retórica e da afetividade na compreensão.

⁶ Inicialmente, entre outras críticas, sustentou Gadamer que não seria possível recriar as condições para o diálogo livre de coerção (*In: 2007, p. 311, 313-314*); que o consenso contrafactual pressupõe a predeterminação do conteúdo resultante da comunicação (*In: 2007, p. 140, 314, 316*); e que não há deturpação das condições do diálogo, mas “diferenças de opinião insuperáveis” (*In: 2007, p. 311, 312*). Habermas esclareceu, posteriormente, nas teorias da verdade consensual e na teoria do agir comunicativo, o caráter pragmático, procedimental e contrafactual das condições ideais de discurso. Condições que preconizam também a predisposição ao entendimento mútuo e podem ser aproximadas na situação discursiva sem predefinir o resultado, por exemplo, pela distribuição máxima e igualitária do tempo e recursos argumentativos entre as partes. Ademais, a crítica à analogia entre psicoterapia e a prática social (*In: 2007, p. 313*) não é, em si, relevante ao presente estudo, apenas no que revela sobre o posicionamento dos autores, o que foi considerado ao longo deste trabalho.

⁷ A respeito, veja-se Marco Antônio Alves em *Racionalidade e argumentação em Habermas* (2009, p. 194).

por Habermas também reduz as oposições de que qualquer padrão de verdade seria incompatível com a reflexão hermenêutica, pois vincularia de forma dogmática o conteúdo das compreensões. O próprio Gadamer, em texto posterior, não só destaca Habermas dos demais discursos de crítica à ideologia como admite e aplica contra eles o critério proposto por Habermas da “perturbação da possibilidade de consenso e entendimento” ao tratar dos pré-textos (*In: 2007, p. 403*).

Questiona-se, filosoficamente, até que ponto ao longo da discussão entre Gadamer e Habermas a posição dos autores se aproximou; em que medida as condições ideais de comunicação coincidem com a solidariedade, no fundamento de universalidade da reflexão; e, ainda, até que ponto o agir comunicativo, pressuposto pela comunicação livre de coerção, se identifica com a posição do intérprete na história dos efeitos, na distinção entre reflexão hermenêutica e mera reprodução de entendimentos sistemáticos. Interroga-se, inclusive, se a proposta de Habermas é mesmo metodológica ou reflexiva.

Os limites do presente trabalho, em objeto e extensão, não habilitam a responder a tais questionamentos e nem mesmo seria necessário fazê-lo. A autorreflexão informa que a presente pesquisa discute a norma, elemento fundamental da metodologia jurídica, posicionando-se já necessariamente além desse dogmatismo. Ao se submeter ao âmbito acadêmico atual e à vasta intersubjetividade, por ampliar os autores considerados dentro dos limites fáticos, o presente trabalho não só almeja a compreensão hermenêutica de Gadamer, mas também maximiza as condições discursivas de Habermas.

A reflexão sobre o objeto, por sua vez, leva à pretensão de contribuir para o método crítico do direito ao discutir o conceito de norma e a tensão a ele imanente entre vinculação e adequação. A possibilidade e importância de uma reflexão sobre um elemento do método encontra escopo inclusive em Gadamer. A crítica hermenêutica filosófica ao método desconstrói sua pretensa objetividade e seu primado de acesso à verdade, denunciando todo dogmatismo. Contudo, não destitui o método da qualidade de modo da linguagem de uma ciência, tal qual regras de gramática. Segundo Gadamer, “[...] a aplicação da metodologia científica é precedida por certos fatores que dizem respeito à relevância de sua escolha temática e de seu questionamento” (*In: 2007, p. 514*), por isso, “quem quiser aprender uma ciência precisa dominar sua metodologia” (*In: 2007, p. 263*). A hermenêutica filosófica exige frente ao método apenas a autorreflexão sobre sua arbitrariedade, que implica estar aberto para o seu “componente hermenêutico” presente no contexto de aplicação e na tradução da linguagem natural (*In: GADAMER, 2007, p. 518-520*). Assim, as teorias invocadas na discussão do conceito de norma já serão metodologia jurídica, ou seja, a proposta de

Habermas só será objeto do presente estudo quando já aplicada ao discurso jurídico. Aplicação essa que consubstancia a concepção procedimentalista do direito hoje hegemônica, proposta por Alexy nos moldes da teoria da argumentação jurídica e pelo próprio Habermas como associação do paradigma procedimental democrático, do direito como integridade de Dworkin e da dimensão de aplicação de Günther. Também será tratada no nível do método crítico jurídico, a lógica própria do direito definida por Bourdieu como característica do raciocínio dogmático jurídico a ser atualizado sob a concepção procedimental do direito.

A concepção procedimental do direito, na qualidade de aplicação ao discurso jurídico da proposta reflexiva feita por Habermas, está em posição reflexiva privilegiada diante de sua já abordada aproximação com a hermenêutica de Gadamer. Por sua vez, se depurada a teoria de Bourdieu do modelo da luta de classes e do modelo econômico, não é difícil aproximar a noção de campo com os discursos que compõem a linguagem referida por Gadamer, os quais consubstanciam as relações sociolinguísticas do grupo. É possível também associar o *habitus* com o horizonte também incorporado na formação e, ainda, a constante atualização do *habitus* com o posicionamento do intérprete na história dos efeitos. A concepção procedimentalista e a lógica própria do direito ainda encontram respaldo reflexivo, conforme visto acima, por superarem as abordagens funcionalista, internalista e externalista, bem como a dicotomia entre discurso e relações sociais.

2.2 Lógica específica do direito

A incorporação da linguagem jurídica pelo intérprete nele desenvolve, tal qual a interiorização de gramáticas de jogos de linguagem, o modo de raciocínio próprio do discurso do que é lícito ou ilícito. Bourdieu trata essas disposições incorporadas como *habitus* que distingue os agentes pertencentes ao campo jurídico e, na intersubjetividade, toma forma de lógica específica. Lógica que define o campo jurídico em sua relativa autonomia e é determinada por relações de força e pela lógica interna das obras jurídicas:

As práticas e os discursos jurídicos são, com efeito, produto do funcionamento de um campo cuja lógica específica está duplamente determinada: por um lado, pelas relações de força específicas, que lhe conferem a sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência ou, mais precisamente, os conflitos de competência que nele têm lugar e, por outro lado, pela lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada

momento o espaço dos possíveis e, deste modo, o universo das soluções propriamente jurídicas (BOURDIEU, 2010, p. 211).

2.2.1 *Relações de força específicas no direito*

O primeiro elemento determinante da lógica específica do campo jurídico são as relações de força específicas pela nomeação do que é lícito ou ilícito, as quais se desenvolvem no espectro de posições no campo entre o polo da doutrina e o judicial.

A doutrina é “[...] monopólio dos professores que estão encarregados de ensinar, em forma normalizada e formalizada, as regras em vigor [...]” (BOURDIEU, 2010, p. 217). As relações acadêmicas de direito, que muito participam da incorporação do *habitus* jurídico pelos pretendentes a juristas, são verdadeiro rito de instituição (BOURDIEU, 2008, p. 97).

No Brasil, elas passam pela laboriosa aprovação no vestibular para faculdades de direito melhor ou pior posicionadas na hierarquia do campo e culminam, após cinco anos de curso, com a obtenção do título de bacharel. O passo seguinte tende a ser a aprovação no exame da Ordem dos Advogados do Brasil, que na última edição homologada teve apenas 28,08% de aprovação (Ordem dos Advogados do Brasil, 2013). O baixo índice de aprovação provocou reação já absorvida pelo direito ao ser canalizada em impugnação judicial por cercear o direito fundamental de liberdade de exercício de profissão. Assim, o Supremo Tribunal Federal, composto por onze ministros dos mais incluídos no campo jurídico, respaldou com unanimidade a constitucionalidade da prova, ao julgar o recurso extraordinário (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 603583/RS, 2012).

Nesse complexo de relações detém destaque a posição dos professores que se voltam para a sintaxe do direito, na coerência e harmonia do ordenamento jurídico enquanto uma unidade sistemática de normas (BOURDIEU, 2010, p. 218), até mesmo pela facilitação didática. Seja no ensino superior do Direito ou nos cursinhos preparatórios para o exame da ordem e outros concursos públicos para graduados em Direito o Professor possui importância determinante para a construção do discurso jurídico de coerência do ordenamento.

O polo oposto no espectro de posições nas relações de força específicas é o judicial que realiza “[...] interpretação voltada para a avaliação prática de um caso particular, apanágio de magistrados que realizam actos de jurisprudência e que podem, deste modo – pelo menos alguns deles – contribuir também para a construção jurídica” (BOURDIEU, 2010,

p. 217). A posição de destaque dos magistrados no campo jurídico é assegurada até mesmo dogmaticamente pelos artigos 5º, inciso XXXV, e 95 da Constituição da República Federativa do Brasil que lhes atribui a atividade jurisdicional da qual nem mesmo podem se furtar ou ser afastados. No Brasil, essa posição privilegiada na hierarquia social do campo também é respaldada por um rito de instituição que inclui a aprovação em concurso de provas e títulos, também exigido juridicamente pela Constituição em seu artigo 93, inciso I. Aos juízes é própria uma abordagem pragmática do ordenamento jurídico, voltada para a solução de casos concretos e solução de problemas práticos, casos limites (BOURDIEU, 2010, p. 218).

A autoridade argumentativa do precedente judicial aumenta com a superioridade da instância do órgão judicial que o proferiu, afinal o sistema recursal confere às cortes superiores a revisão das decisões dos órgãos inferiores. O número de vezes em que o precedente é reiterado, tornando-se propriamente jurisprudência, reforça sua autoridade agregada de todos os julgadores que assim decidiram e de todos os testes a que se submeteu para vigorar em cada um dos casos. O caráter recente do precedente, seja por sua novidade ou por ter sido reiterado há pouco, é outro fator de valorização, porquanto é tomado como indicativo de sua adequação histórica ao momento contemporâneo e por refletir o atual entendimento das cortes. Conquanto sujeitos a todos esses fatores e limites próprios da lógica jurídica para consolidar entendimentos e mais preceitos jurídicos, o precedente sempre apresentará uma importante abertura argumentativa para posições defendidas em outros campos e novos argumentos. A incidência de um precedente sempre dependerá da identidade entre as circunstâncias fáticas descritas na jurisprudência e os elementos fáticos do caso concreto em exame.

Segundo Bourdieu, as características próprias dos discursos jurídicos surgem da concorrência interna em cada um desses polos, entre aqueles que ocupam posições dominantes e os demais agentes jurídicos, como advogados, notários e outros (2010, p. 216-217, 217-218). Ao mesmo tempo em que concorrentes, essas posições interpretativas, no conjunto do campo, complementam-se na formação do discurso jurídico, como divisão do trabalho de dominação (BOURDIEU, 2010, p. 217, 219). A concorrência entre os intérpretes segue limites que, como regras do embate, constituem a lógica jurídica ao distinguir os produtos interpretativos de meros atos políticos, pois são concebidos como “[...] resultado necessário de uma interpretação regulada de textos unanimemente reconhecidos [...]” (BOURDIEU, 2010, p. 214). Os agentes, por mais divergentes que sejam, não estão dispostos a renunciar a essas restrições (BOURDIEU, 2010, p. 214).

Em linguagem mais reflexiva e menos dogmática, tem-se relações sociolinguísticas entre os intérpretes no polo sistemático dos professores e no problemático dos julgadores, no interior de cada um deles e nas demais posições dos que incorporaram o discurso jurídico. Essas interações dialogais seguem padrões não problematizados que caracterizam a própria linguagem jurídica e determinam os resultados interpretativos como necessários. Justamente o que não é tão disputado na argumentação, ou seja, o pano de fundo consensual é que constitui a lógica específica do direito, distinguindo as enunciações e os participantes habilitados dos afastados.

A existência de relações de força específicas ao campo jurídico contribui para sua autonomia e criação de uma lógica própria, muito embora essas relações não consigam se fazer de todo independentes das demais relações desenvolvidas em outros campos, por exemplo, o campo educacional em que se insere também o magistério jurídico, o campo político que inclui a magistratura e o campo da língua natural. Dessa forma, a dinâmica das condições sociolinguísticas de possibilidade no próprio discurso jurídico com sua lógica não é sistemática, o que levaria a uma leitura positivista professoral, ou problemática, remontando a uma perspectiva tópica de julgadores. Ambas essa abordagens se complementam na fixação do discurso hegemônico no campo jurídico, do qual só se pode dizer que seja argumentativo, regra do jogo que os agentes não se dão conta ou não se dispõem a mudar.

2.2.2 *Lógica interna das obras jurídicas*

O segundo elemento específico do discurso do lícito e ilícito é a lógica interna das obras jurídicas (BOURDIEU, 2010, p. 211). Antes de tudo é preciso compreender que elas não se referem apenas à exteriorização das falas jurídicas, em um sentido expositivo de racionalização, mas, assumindo a situação de todo pensamento na linguagem, cunham o interior do próprio raciocínio dos agentes jurídicos, no sentido intelectual de racionalização. O duplo sentido dessa racionalização, em alusão a Freud e Weber, se dá por meio da incorporação desse discurso pelos agentes em seu *habitus* jurídico (BOURDIEU, 2010, p. 216).

Bourdieu, porém, destaca que, para o discurso ser compreendido e, principalmente, reconhecido, o *habitus* que o condiciona deve levá-lo a satisfazer as exigências de reconhecimento referentes às pessoas, situações e forma legítimas (BOURDIEU, 2008, p.

91). No campo jurídico, isso implica incorporar a retórica da neutralidade, a unidade sistemática do ordenamento e o cânone jurídico que compõem a lógica própria do direito pelas experiências com a jurisprudência e a doutrina que definem o espaço das soluções propriamente jurídicas (BOURDIEU, 2010, p. 211).

A primeira característica da lógica das obras jurídicas é o emprego da retórica da autonomia, da neutralidade e da universalidade, marcada por construções passivas, conjugações no indicativo, verbos de atestação na terceira pessoa do singular do presente ou do passado (BOURDIEU, 2010, p. 215-216) ou, como é comum no português, uso de sujeito oculto e do infinitivo. Essas construções gramaticais constroem um interlocutor impessoal, afastado e neutro, capaz de renegar a própria subjetividade em benefício da revelação imparcial do sentido da lei (BOURDIEU, 2010, p. 215-216).

A segunda característica dessa lógica é retirada do fato de que a interpretação jurídica sempre se volta para uma finalidade prática, a solução do caso concreto e, para isso, encontra limites graves (BOURDIEU, 2010, p. 213). Cumpre aos juristas conformar uma unidade sistemática de normas, o ordenamento jurídico, afastando de antemão a possibilidade de antinomias ou lacunas que não sejam apenas aparentes ou sanáveis com recurso ao próprio ordenamento (BOURDIEU, 2010, p. 213). Segundo Bourdieu destaca:

Pertence aos juristas, pelo menos na tradição dita romano-germânica, não o descrever das práticas existentes ou das condições de aplicação prática das regras declaradas conformes, mas sim o *pôr-em-forma* dos princípios e das regras envolvidas nessas práticas, elaborando um corpo sistemático de regras assente em princípios racionais e destinado a ter uma aplicação universal. Participando ao mesmo tempo de um modo de pensamento teológico – pois procuram a revelação do justo na letra da lei e do modo de pensamento lógico pois pretendem pôr em prática o método dedutivo para produzirem as aplicações da lei ao caso particular –, eles desejam criar uma “ciência nomológica” que enuncie o dever-ser cientificamente; [...] eles praticam uma exegese que tem por fim racionalizar o direito positivo por meio de trabalho de controle lógico necessário para garantir a coerência do corpo jurídico e para deduzir dos textos e das suas combinações conseqüências não prevista, preenchendo assim as famosas “lacunas” do direito (BOURDIEU, 2010, p. 221).

A terceira característica é o cânone jurídico, a necessária referência feita nas proposições jurídicas a disposições normativas que recorrem à autoridade de outras normas até a Constituição ou a uma norma fundamental, convencidos “[...] de que o direito tem o seu fundamento nele próprio [...]” (BOURDIEU, 2010, p. 214). Essa referência se dá ainda à unidade sistemática de normas referida na característica anterior da lógica das obras jurídicas e à sua construção teórica (BOURDIEU, 2010, p. 219) pelos teóricos constitucionais e

teóricos puros (BOURDIEU, 2010, p. 220). Essa remissão representa um “[...] reservatório de autoridade que garante, à maneira de um banco central, a autoridade dos actos jurídicos singulares” (BOURDIEU, 2010, p. 219), dela decorrendo dedutivamente, “[...] uma *cadeia de legitimidade* que subtrai os seus actos ao estatuto de violência arbitrária” (BOURDIEU, 2010, p. 220).

As três características acima destacadas por Bourdieu compõem os traços descritivos da lógica específica do direito, é dizer, do discurso jurídico, cerne de sua autonomia e da *ilusão* de que essa autonomia é absoluta (BOURDIEU, 2010, p. 222).

A prática discursiva do direito revela uma manifestação destacadamente característica dessa lógica, qual seja, o positivismo jurídico do século XX. O próprio Bourdieu já insinua essa identidade ao posicionar no cerne da concepção do direito enquanto sistema fechado e autônomo a iniciativa de Kelsen de formular uma teoria pura do direito (2010, p. 209). A pretensão era buscar na normatividade uma metodologia jurídica própria (KELSEN, 1998, p. 1-2) que proporcionasse um critério de validade formal independente. Essa metodologia será apresentada no item seguinte deste capítulo.

2.3 A versão positivista da lógica específica do direito

A manifestação mais acabada da lógica específica do direito tal qual descrita por Bourdieu seria a teoria pura do direito de Hans Kelsen, na tradição jurídica romano-germânica, e que, na tradição anglo-americana, concorre com a conceituação do direito por Herbert Hart. As teorias, ao qualificar o discurso jurídico sob o programa do que é lícito e ilícito, se desenvolvem em torno de uma concepção do fundamento de validade do direito que consubstancia o critério dessa distinção. Assim, após breve reconstrução do desenrolar dos fundamentos de validade do direito para contextualizar o positivismo, será possível precisar como a lógica específica das obras jurídicas se torna característica em Kelsen e Hart e, então, identificar os ganhos e as críticas necessárias.

2.3.1 O fundamento de validade do direito rumo ao positivismo

O fundamento de validade do direito, nos dias de hoje, pretende ser procedimental, mas antes partiu da proposta material e passou pela formal em que se situa o positivismo jurídico (GOMES *In*: COELHO; MELLO, 2008, p. 295-302).

Inicialmente, a fundamentação de cunho material do direito informava que a validade jurídica das normas decorre de sua concordância com a ordem moral natural, o que só se sustenta em sociedades de extrema homogeneidade, pela comunhão de crenças, costumes e visões de mundo em níveis que permitem sua imposição a todos os membros.

Os gregos atribuíam caráter cosmológico à ordem moral, de modo que o direito positivo seria válido se correspondesse à ordem natural do universo presente e atuante sobre todas as coisas, inclusive sobre o homem. Construção mítica dessa ordem, caracterizada pela identificação de divindades em fenômenos naturais, está retratada em *Antígona*, de Sófocles, cuja protagonista sustenta que o decreto real só teria validade se não fosse contrário às sagradas leis dos deuses, próprias da natureza humana (SOFÓCLES, 1991, p. 214-215). Platão defende formulação idealista do direito natural, como ideia cosmológica existente por si mesma e à qual todas as coisas por natureza se referem, inclusive as leis (PLATÃO, 2004, p. 255, 319). Aristóteles também associa o direito à natureza das coisas como tendência natural, identificada por prudência nas várias manifestações físicas das coisas e relações sociais (ARISTÓTELES, 2002, p. 167-170, 2004, p. 247).

A ascensão do Império Romano, apesar de seu ecletismo jurídico-filosófico, não alterou, ao fundo, a fundamentação de validade do Direito e manifestou influência helenística ao continuar exigindo que o conteúdo do direito positivo concordasse com a ordem natural cosmológica. A lei positiva, em Cícero, deve corresponder com leis naturais ditadas pela reta razão, pela natureza do espírito do homem que vive com retidão, sua orientação transcendental (GOYARD-FABRE, 2002, p. 34).

O declínio do Império Romano do Ocidente, as invasões bárbaras, a estruturação feudal do continente europeu, a distribuição pulverizada do poder bélico, econômico e político fragilizaram o Estado. Inevitavelmente, o direito foi apropriado pela Igreja Católica, que pela culpa e quase monopólio da produção científica e artística tornou-se hegemônica. O direito medieval, de orientação precipuamente canônica, segue a fundamentação material e Santo Agostinho, em sua releitura de Platão e Cícero, propõe a ordem natural como ideia racional da lei de retidão emanada de Deus e manifesta nos homens, da qual a lei positiva deve provir (SANTO AGOSTINHO, 2004, p. 89). São Tomás de Aquino toma Deus como criador de tudo o que é, de forma a ser também a medida das leis positivas que ao intelecto divino devem convergir (TOMAS DE AQUINO, 2004, p. 254-256).

O renascimento do comércio, o mercantilismo, a descoberta da América, o aumento da concentração populacional urbana, a reforma protestante, dentre outros tantos acontecimentos, culminaram no resgate do Estado pelo absolutismo. A burguesia em ascensão, detentora dos recursos econômicos, recorria ao monarca para se opor à iniciativa eclesiástica de manutenção da ordem social e política medieval. Assim, as concepções filosóficas do Estado-nação seguiam orientação antropocêntrica para conceber a cognição e a justiça como elaborações da razão própria da natureza de cada homem, em que se destacaram Descartes (2004, p. 44-45, 54) e Hobbes (2004, p. 113). Nesse contexto, a ordem moral a que o direito positivo deve corresponder não é mais revelada por Deus, mas acessada por cada homem pela razão que, inerente a todos, leva a ao universal e justo a partir de observações empíricas ou da dedução racional. A Escola do Direito Natural e das Gentes, em suas nuances e indecisões, fundamenta a validade do direito em sua concordância com a razão individual e natural dos seres morais, desde Grotius e Pufendorf até Montesquieu (GOYARD-FABRE, 2002, p. 57-58). A crescente racionalização e secularização do direito, tratado como proveniente do homem, conduz a forte argumento contra o autoritarismo absolutista, segundo Locke (1973, 92), Rousseau (s.d., p. 71-73), Kant (2010, p. 45, 47-48, 53-54, 58-59) e outros.

Alexandre Gomes Trivisonno sustenta que Kant não propõe uma fundamentação jusnaturalista típica, pois o imperativo categórico consagrador da liberdade toma também a forma de procedimento de verificação da universalidade de preceitos morais e jurídicos (*In*: GOMES; MERLE, 2007, p. 165-166) e já vislumbra no filósofo o embrião do fundamento procedimental de validade do direito:

Com efeito, a Moral (em sentido amplo) de Kant é constituída por nada mais que um único princípio: o imperativo categórico. Do ponto de vista formal o imperativo categórico é a forma da lei moral para o homem, que, na concepção da doutrina do duplo ponto de vista de Kant, pertence aos mundos numenal e fenomenal. Do ponto de vista material, ele é um teste de universalização, vide sua primeira fórmula: “age apenas segundo um máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal” (Kant: 1995, 79). Enquanto teste de universalização que é, o imperativo categórico constitui-se como procedimento a ser realizado pelo sujeito para encontrar as máximas morais que são legítimas e devem ser executadas – incluído aí o Direito. O imperativo categórico é pois forma, porque procedimento, que porém determina o conteúdo: válidas são as máximas que possam valer para todos. Não é por outro motivo que nas duas teorias procedimentais mais influentes de nosso tempo, a saber, a já citada Teoria da Justiça de Rawls e a Teoria Discursiva do Direito de Habermas, apresenta-se uma forte influência de Kant (GOMES *In*: COELHO; MELLO, 2008, p. 297).

Deflagrada a Revolução Francesa e demais revoluções liberais, seguiu-se esforço codificador para consolidar os direitos revolucionariamente conquistados e conferir cientificidade ao direito, conforme defendeu Thibaut ao disputar com Savigny (STERN, 1970). O direito natural havia sido positivado e, se não o foi totalmente, a concepção do legislador como um conjunto de homens racionais atribuiria à lei positiva a autoridade da natural, nos termos antes formulados por Locke (1973, p. 92) e Rousseau (s.d., p. 71-73, 77). Ademais, entre outros fatores, a expansão das relações comerciais e humanas pelo imperialismo, bem como o encurtamento de distâncias e rearranjo do poder econômico e político pelas revoluções industriais, prejudicaram a homogeneidade moral. A sociedade contemporânea, em sua diversidade, individualismo, relativismo filosófico e pluralismo religioso e normativo, não comporta mais fundamentação material do direito. Tal fundamento implicaria domínio da moral compartilhada por alguns sobre outros e, por isso, foi gradualmente abandonado após a Revolução Francesa.

A superveniente fundamentação do direito era formal e tanto no legalismo do século XIX quanto no positivismo relativista do século XX são juridicamente válidas as normas de qualquer conteúdo que tomem a forma de atos postos de fato pela autoridade também faticamente reconhecida. A proposta não pleiteava fundamento material insustentável e atendia à ânsia por cientificidade do positivismo filosófico, inspirada nas ciências empíricas e exatas, com fulcro na objetividade da lei posta no mundo.

O positivismo legalista reduziu a interpretação à revelação do significado objetivo inculcado na letra da lei posta de fato pela autoridade discricionária do Estado legislador, haja vista a Escola da Exegese de Demolombe, a doutrina analítica de Austin e a teoria da *Herrschaft* de Jellinek (GOYARD-FABRE, 2002, p. 73-74). A convicção da Escola da Exegese na objetividade do sentido da lei chegou a ponto de, conforme Iara Lima, ter ela reduzido a função do intérprete “[...] a uma mera função mecânica de lógica dedutiva” (2008, p. 116). Entretanto, as lacunas demonstram a insuficiência do texto e as divergências interpretativas revelam a contingência da própria literalidade⁸. Segundo Megale, “grande equívoco tiveram os partidários da Escola da Exegese, como se o juiz pudesse operar como autômato” (2012, p. 12). Afinal, ao intérprete cabe compreender e justificar a compreensão para si e para outrem, a partir de sua singular situação histórico-linguística inescapável, de modo que “não há um mesmo olhar sobre um mesmo texto” (MEGALE, 2012, p. 12). O formalismo da proposta legalista não implica imposição moral de uns sobre outros, mas o faz

⁸ Ver adiante item 3.4.

à custa de uma abnegação que se desdobra em duas insuficiências. A crença no texto oculta a falta de critério sobre o conteúdo do direito positivo, tanto para definir o seu sentido (α) quanto para legitimá-lo (β).

O positivismo relativista do século XX reconhece a ausência de critério para definir (α) e legitimar o direito (β), mas insiste na fundamentação formal do direito. Para isso, recorre à suposta objetividade de definições, ainda que plurívocas (para α), e ao efetivo reconhecimento da autoridade jurídica pelos indivíduos em sociedade (para β).

2.3.2 A lógica interna do direito na concepção positivista

Kelsen e Hart são os principais representantes do positivismo do século XX e propõem sistemas teóricos complexos que descrevem a atividade jurídica como subsunção do fato à norma e que tomam por critério o ordenamento jurídico positivado. A validade reside no sentido objetivo das normas efetivamente postas e escalonadas que culminam em uma norma fundamental (KELSEN, 1998, p. 3, 9) ou na existência fáticas das regras em geral e da própria regra de reconhecimento (HART, 2007, p. 111, 114). Não tão determinante é a autoridade do Estado ou do legislador e sua subjetividade arbitrária (KELSEN, 1998, p. 215-217; HART, 2007, p. 122). A seguir serão expostos os traços da lógica específica do direito caracterizados no positivismo de Kelsen e Hart⁹. O primeiro elemento (*i*) é a retórica da neutralidade; o segundo (*ii*), a sistematicidade do ordenamento em que se encontra a tentativa de resposta parcial à definição do sentido do direito positivo (para α); e o terceiro (*iii*), o dogma jurídico ao qual se refere o problema da legitimação do direito (para β). Então (*iv*), serão identificados os ganhos e as críticas necessárias ao positivismo que abrem espaço para a fundamentação procedimentalista.

⁹ A apresentação da teoria proposta por Kelsen se fundamentou, neste estudo, na versão definitiva de *Teoria pura do direito* (1998), publicada originalmente em 1960, com apontamentos da obra póstuma e controversa *Teoria geral das normas* (1986), cujo original data de 1979, em que o autor aprofunda pontos específicos da obra anteriormente referida e que guardam especial importância ao objeto deste trabalho: o conceito semântico de norma. Com isso, espera-se contemplar a fase clássica da obra de Kelsen, maior e mais representativa, e a fase crítica, mais controversa, conforme classificação de Paulson (*In: TRIVISONNO; OLIVEIRA, 2013, p. 16*) Sobre Hart utilizou-se a obra clássica do autor *O conceito de direito* (1994, 2007), em sua segunda edição de 1994, acrescida de pós-escrito póstumo.

(i) O primeiro traço da lógica das obras jurídicas é a retórica da autonomia, da neutralidade e da universalidade. Kelsen não faz em sua obra *Teoria pura do direito* uma apologia expressa ao uso de construções passivas, conjugações no indicativo, verbos de atestação na terceira pessoa do singular do presente ou do passado ou de qualquer forma estilística. No entanto, ao exemplificar e descrever as proposições jurídicas, utiliza em toda a obra essa retórica da neutralidade. Ainda que considere a produção normativa um ato de vontade, O jurista austríaco distingue a norma posta do ato que a põe, do qual ela seria apenas o sentido objetivo, diferença que corresponderia à contraposição entre “dever-ser” e “ser” (KELSEN, 1998, p. 5-10). Kelsen também distingue a norma da proposição jurídica que a descreve (1998, p. 83-84) e, ao fazer ambas as distinções, traça como as normas são descritas de forma neutra em enunciados típicos da verificação objetiva:

Na medida, porém, em que as normas jurídicas são expressas em linguagem, isto é, em palavras e proposições, podem elas aparecer sob a forma de enunciados do mesmo tipo daqueles através dos quais se constatam fatos. A norma segundo a qual o furto deve ser punido é frequentemente formulada pelo legislador na seguinte proposição: o furto é punido com pena de prisão; a norma que confere ao chefe de Estado competência para concluir tratados, assume a forma: o chefe de Estado conclui tratados internacionais (KELSEN, 1998, p. 81).

Hart também utiliza a retórica da neutralidade em sua obra *O conceito de direito* (1994). O autor inglês ainda distingue a perspectiva externa e a interna de abordagem teórica do direito, de modo próximo daquela acima exposta em referência Bourdieu e Habermas. A visão externalista percebe o fenômeno jurídico de fora do sistema jurídico, ao reduzir as regras a meras regularidades comportamentais observadas empiricamente de forma a permitir certo grau de previsibilidade de uma reação hostil ao seu descumprimento (HART, 2007, p. 99, 100). Por outro lado, Hart afirma que a visão internalista dos cidadãos sujeitos ao direito e seus aplicadores não constata simples regularidade ou previsibilidade de hostilidade, mas toma a regra como razão para a própria reação (2007, p. 100). Hart, em seu estudo adota e dá primazia à abordagem externa caracterizando a objetividade que atribui ao sentido das normas, inclusive à regra de reconhecimento, considerações que se fará no item seguinte desta pesquisa. Ainda assim e embora Hart ateste um vocabulário próprio para cada uma das perspectivas (2007, p. 113), ao distingui-las e exemplificá-las, procede como Kelsen e reproduz em ambas proposições impessoais características da retórica da neutralidade:

Talvez a mais simples destas expressões seja “O direito dispõe que...” que podemos ouvir da boca não só dos juízes, mas até de homens comuns vivendo sob o domínio dum sistema jurídico, quando identificam uma dada

regra do sistema. [...] Esta atitude de aceitação compartilhada de regras deve ser contraposta à de um observador que registra *ab extra* o facto de que um grupo social aceita tais regras, mas ele próprio não as aceita. A expressão natural deste ponto de vista externo não é “O direito dispõe que...”, mas “Na Inglaterra reconhecem como direito... tudo que a Rainha no Parlamento aprova...”. À primeira destas formas de expressão chamaremos uma afirmação interna, porque manifesta o ponto de vista interno e é naturalmente usada por quem, aceitando a regra de reconhecimento e sem declarar o facto de que é aceite, aplica a regra, ao reconhecer uma qualquer regra concreta do sistema como válida. À segunda forma de expressão chamaremos afirmação externa, porque é a linguagem natural de um observador externo ao sistema que, sem aceitar ele próprio a regra de reconhecimento desse sistema, enuncia o facto de que outros a aceitam (HART, 2007, p. 114)

O próprio Hart destaca o carácter naturalizado dessas expressões e, portanto, da retórica da neutralidade no discurso jurídico, caracterizando o desconhecimento da arbitrariedade e a incorporação pelos agentes, a que se refere Bourdieu. Este estudo mesmo compartilha da naturalização estilística do discurso jurídico e do discurso científico, ao empregar voz passiva, sujeito oculto e verbos de atestação.

Contudo, mais do que estilo, a retórica da neutralidade reflete a concepção da norma como sentido objetivo em Kelsen e como fato em Hart, que em ambos os casos não é submetida a justificação argumentativa, mas a descrição. Para os juristas a norma, dentro dos limites de sua objetividade, não abre espaço para tematização e questionamento das pressuposições que definem seu significado, as quais permanecem ocultas e são meramente reproduzidas. A discussão desses pressupostos é separada do direito pelos limites da moldura semântica de Kelsen (1998, p. 388) e da textura aberta de Hart (2007, p. 149-160) (insuficiência α). Dentro do discurso propriamente jurídico não há compreensão hermenêutica reflexiva pela apropriação dos preconceitos proposta por Gadamer (2008, p. 371), mas sim mera reprodução de relações de domínio imbuídas na linguagem e combatidas por Habermas (2009, p. 265) (insuficiência β).

(ii) A segunda característica da lógica das obras jurídicas é conformar as normas em uma unidade sistemática. Assim é que Kelsen concebe o ordenamento jurídico, cuja unidade consiste na reunião das normas de certa ordem jurídica sob o império da respectiva norma fundamental e haverá tantos ordenamentos quanto forem as normas fundamentais (1998, p. 217). A sistematicidade do ordenamento reside no escalonamento das normas jurídicas, de modo que as inferiores têm por fundamento de validade as superiores e, portanto, aquelas a estas se submetem hierarquicamente até o ápice da pirâmide, a norma fundamental (KELSEN, 1998, p. 215-217). Kelsen sustenta que imediatamente inferior à norma fundamental e dela

derivando sua validade está a Constituição; abaixo desta, leis gerais; submetidas a estas, normas administrativas; então, atos e negócios jurídicos e; por fim, decisões judiciais seriam normas individuais (1998, p. 259). Apenas como condição de possibilidade se exige que a ordem jurídica e a norma específica apresentem um mínimo de eficácia (KELSEN, 1998, p. 232).

As antinomias, para Kelsen, são afastadas pela interpretação e divididas em dois grupos: conflitos entre normas de mesma hierarquia e entre decisões judiciais. Kelsen não admite conflito entre normas gerais de escalões diferentes, pois, se a norma inferior não condiz com a superior, aquela não seria válida e apenas esta regularia o fato (KELSEN, 1998, p. 232, 295-305). O conflito entre normas gerais de mesma hierarquia se soluciona a favor da mais recente por aplicação do critério expresso no brocardo *lex posterior derogat priori* (KELSEN, 1998, p. 230). Normas contemporâneas e conflitantes indicam que uma é exceção à outra, se a contradição não é total, ou que ao juiz é dado optar entre as duas (KELSEN, 1998, p. 230-231). O conflito entre decisões judiciais, segundo Kelsen, se resolve pela prevalência daquela que se fizer eficaz, pois a decisão sem eficácia, também perde a validade (1998, p. 231-232); se prolatadas pelo mesmo julgador, não farão sentido e, pois, não haverá norma (1998, p. 232).

O jurista austríaco também refuta qualquer possibilidade de lacuna no ordenamento jurídico, ao afirmar que quando não há norma geral que regule positivamente a conduta, esta estará regulada de modo negativo, sendo permitida (1998, p. 273). A hipótese não é de aplicação de norma jurídica singular, mas da ordem jurídica, o que também é aplicação do direito (KELSEN, 1998, p. 273).

O escalonamento depende da capacidade de normas superiores determinarem a forma e, às vezes, o conteúdo de normas inferiores. A determinação, seja de forma ou também de conteúdo, depende da definição do sentido que é a norma superior. Quanto à questão da definição do sentido do direito positivo (α), Kelsen responde que cada norma constitui sentido objetivo, com conteúdo de dever-ser, ligado ao ato de vontade da autoridade jurídica que põe comando (1998, p. 4-9, 1986, p. 34, 213). Ela não se confunde com o ato ou enunciado empíricos dos quais é o sentido e tampouco se resume à significação que o agente liga subjetivamente a seu ato e que é entendida pelos outros (KELSEN, 1998, p. 2-3). O sentido subjetivo somente será válido como norma, “[...] quando ao ato de vontade, cujo sentido subjetivo é um dever-ser, é emprestado esse sentido objetivo por uma norma, quando uma norma, que por isso vale como norma ‘superior’, atribui a alguém competência (ou poder) para esse ato” (KELSEN, 1998, p. 9). Em *Teoria geral das normas*, Kelsen afirma que,

enquanto significação, as normas possuem existência própria dotada de objetividade, é dizer, ideada aos moldes fenomenológicos (KELSEN, 1986, p. 75, 209, 216, 218).

Gomes Trivisonno, nesse sentido, caracteriza esse dever-ser constitutivo da norma em Kelsen como “produto do pensamento” (2004, p. 42). Pode-se dizer, com o jurista, que embora não seja empírica ou metafísica, mas sim intelectual, percebe-se que a norma, enquanto sentido de dever-ser, é tomada por realidade (GOMES, 2004, p. 197). Ou seja, algo dado com objetividade e, desse modo, capaz de ser abordado com a pretensão descritiva da teoria de Kelsen (GOMES, 2004, p. 218-223).

Na subsunção e aplicação de norma superior, a objetiva significação do ato concreto ou da norma inferior corresponde em forma ou também conteúdo à objetividade da norma superior em sua existência como sentido jurídico. O cerne da definição em Kelsen é a relação de correspondência entre sentidos objetivos (1986, p. 332 ss.), entre sentidos dados. Nesse ponto, Kelsen não ignora as dificuldades hermenêuticas inerentes à definição de sentido que ele elenca nas hipóteses de margem intencionalmente deixada pelo legislador, conflito de normas contemporâneas de igual hierarquia e, notadamente, plurivocidade dos termos jurídicos (1998, p. 388-390). Nesses casos a suposta constatação de sentidos objetivos não é capaz de definir um sentido, mas apenas um conjunto de sentidos delimitado. O célebre positivista, então, se apega à semântica e constata que, se a expressão verbal da norma veicula várias significações, outras tantas não fariam sentido e não seriam possíveis (1998, p. 390). A norma é, assim, concebida como uma moldura dentro da qual há significados objetivos em número amplo, mas delimitado, igualmente possíveis e válidos juridicamente (KELSEN, 1998, p. 390).

A interpretação ou “interpretação científica” (KELSEN, 1998, p. 395), é mera constatação da correspondência do sentido objetivo da norma superior com o conjunto delimitado de sentidos objetivo possíveis de normas inferiores ou decisões (1998, p. 390). Trata-se de ato cognoscitivo e exclusivamente jurídico positivo (KELSEN, 1998, p. 393), incapaz de determinar uma única solução para o caso concreto (1998, p. 390-391). Diferente é a aplicação do direito ou “interpretação autêntica” feita pelo órgão aplicador que por um ato de vontade escolhe a significação para a norma, dentro das possibilidades apontadas na interpretação científica ou mesmo fora, caso este em que rompe com o direito positivo e depois a ele retorna ao corresponder à norma da coisa julgada (KELSEN, 1998, p. 394). Com isso, segundo Kelsen, a aplicação cria direito (1998, p. 394) e, para isso, se vale de orientações outras além do direito positivo, como a moral e a política (1998, p. 393). Kelsen, então, admite influências morais, políticas e de outra ordem dentro dos limites da moldura

sem, contudo, considerá-las juridicamente vinculantes e sem prever um critério para a decisão entre as possibilidades de sentido, consagrando a discricionariedade nesses limites.

O caráter insatisfatório da resposta presente em Kelsen para a definição do sentido do direito positivo fica evidente se voltarmos ao paradoxo crucial deste estudo: adequação e vinculação. Se a discricionariedade pode ser considerada margem para adequação ao caso concreto, no que Gomes Trivisnono denominou “senso indeterminado de adequação” (*In: GOMES; MERLE, 2007, p. 171*), por outro lado a discricionariedade esvazia a vinculação ao direito vigente, o que o próprio Kelsen admite na forma da segurança jurídica (1998, 396). O problema, porém, não é só a ausência de um critério para selecionar entre interpretações possíveis dentro da moldura objetiva da norma. O próprio critério parcial proposto por Kelsen também é inaceitável. O cerne da questão é que a objetividade dos limites da moldura não esclarece como eles próprios são traçados e não os submete a argumentação. Assim, nem mesmo é possível traçar os limites da moldura e distinguir entre interpretações juridicamente válidas e não-válidas, entre lícito e ilícito. A objetividade do sentido é insustentável.

Antes de criticá-la, cumpre esclarecer que a objetividade do sentido normativo em Kelsen informa que, em sua existência pensada, a significação é dada, ou seja, predefinida e independente das condições subjetivas do intérprete. A objetividade, categoricamente, não importa identificar norma e texto, de modo que a significação seria ente empírico. Em Kelsen, é clara a distinção entre norma como sentido objetivo e o ato de vontade que a põe (1998, p. 2-3); além disso, costumes podem ser reconhecidos como normas (1998, p. 10, 251). A objetividade também não implica que a significação será unívoca, isto é, predefinirá um único sentido igualmente para todo intérprete. A objetividade pode ser plurívoca, determinando não um, mas um conjunto predefinido de sentidos dentre os quais ela não faz distinção, o que fica claro em Kelsen e sua metáfora da moldura (1998, p. 390). Não se pode confundir a suposta objetividade do sentido com univocidade como parece sugerir Lênio Streck em uma generalização do positivismo (*In: SAMPAIO, 2006, p. 294*), que em textos posteriores não se repete (STRECK, 2008, p. 136, 2010, p. 161). Também não se está aqui perfilando a *Teoria estruturante do direito* (MÜLLER, 2008). Quanto à crítica, aqui não se entende que a questão decorra diretamente da distinção entre ser e dever-ser, como defende Friedrich Müller (2008, p. 24), mas da substância ou *status* hermenêutico que se atribui ao dever ser como objetividade. Com efeito, sob a suposta objetividade da moldura não há resposta à questão da definição do sentido do direito positivo (α).

A objetividade do sentido do direito positivo que almeja a objetividade da ciência moderna – *Objektivität* – perde sustentação diante da crítica hermenêutica que situa toda

compreensão na linguagem, na qual há apenas intersubjetividade - *Sachlichkeit* (GADAMER, 2008, p. 585). A compreensão, na qualidade de fusão de horizontes da obra e do intérprete na linguagem (GADAMER, 2008, p. 503), não pode prescindir da subjetividade deste. Gadamer alerta que “a formulação na linguagem é tão inerente à opinião do intérprete, que em nenhum caso se torna objetiva para ele” (2008, p. 521). Apenas se pode recorrer à intersubjetividade do “pôr-se de acordo na linguagem” (GADAMER, 2008, p. 497) que se conjuga com o consenso livre de coerção já então postulado por Habermas (*In*: 2009, p. 330). Essa crítica será desenvolvida no capítulo seguinte, de forma que aqui é suficiente o que já se antecipou.

A seu turno, Hart é menos analítico com relação à solução de antinomias e à integração do ordenamento jurídico, mas não é menos categórico ao afirmar a unidade sistemática do direito (2007, p. 112). Segundo o jurista britânico, o ordenamento é composto de normas primárias que prescrevem condutas e normas secundárias que regulam a determinação, criação, eliminação e alteração de normas primárias (2007, p. 91, 104). As regras secundárias se subdividem em regras de alteração, de julgamento e, destacadamente, de reconhecimento, a qual é referida pelas demais e determina o que é tido por direito e faz parte do sistema e o que não é (HART, 2007, p. 107, 104-106). Nesse sentido, as regras primárias se subordinam às secundárias e todas elas à regra de reconhecimento (HART, 2007, p. 104-105, 111). A regra de reconhecimento é a regra última que reúne todas as outras sobre seus critérios de admissão, conferindo unidade e sistematicidade ao ordenamento (HART, 2007, p. 105). Dentro dessa estrutura as categorias de regras do *common Law* se hierarquizam a partir da constituição e, seguindo abaixo sucessivamente, leis, decretos, regras incorporadas em precedentes e convenções (HART, 2007, p. 105).

A resposta de Hart ao problema da definição do sentido de normas positivadas (α) se escora na objetividade da regularidade fática de comportamento sociolinguístico que conforma um núcleo de certeza definido por casos familiares, ou padrão, de significado unívoco (2007, p. 134, 139-140). O núcleo de significado é que sustenta o ordenamento ao possibilitar a subsunção, o silogismo normativo e certa vinculação dos magistrados a regras (HART, 2007, p. 149, 157-158). Porém, periféricamente a esse núcleo, surgem empregos duvidosos dos termos nas fronteiras das palavras e as opções de interpretação dentro dessas franjas são igualmente válidas juridicamente, caracterizando a “textura aberta” do direito (HART, 2007, p. 139-141). A abertura discricionária, porém, é delimitada pelos termos da regra aplicada, de modo que só há certa escolha do intérprete nos casos fronteiraços de seu sentido (HART, 2007, p. 149, 151-152, 159-160).

Aqui também fica claro que na delimitação da moldura de Kelsen e no núcleo padrão de Hart, onde há propriamente discurso do direito, não há apropriação hermenêutica reflexiva ou consenso argumentativo livre de coerção sobre os critérios da delimitação das interpretações possíveis, pressupostas como objetivamente dadas. Hart, contudo, não se escora em uma objetividade fenomenológica, mas em objetividade empírica que, embora tente negar (2007, p. 309), permanece latente na perspectiva descritiva que sua teoria adota e que se recusa a abandonar (2007, p. 306). Essa perspectiva externa sobre regras é a do observador (HART, 2007, p. 98) que se baseia em “regularidades observadas” entre “desvio do comportamento normal do grupo” e “reações hostis”, de forma a ser capaz de predizê-las com razoável êxito (HART, 2007, p. 99). Difere-se do ponto de vista interno sobre as regras, que Hart caracteriza como próprio do “[...] membro de um grupo que as aceita e usa como guias de conduta” (2007, p. 99), ou seja, “[...] usam as regras como padrões para a apreciação do comportamento próprio e dos outros” (2007, p. 108). Apreciação comportamental essa que toma as regras como “sentimento de pressão ou compulsão interiorizado” (HART, 2007, p. 98) ou “razão para a hostilidade” (HART, 2007, p. 100). Hart mitiga o caráter estanque dessa distinção afirmando que o ponto de vista externo deve descrever, ou “[...] trazer para o relato o modo por que o grupo encara o seu próprio comportamento” (2007, p. 100). Com isso, mesmo após as críticas de Dworkin, Hart insiste que não é preciso abandonar a “postura descritiva” e “moralmente neutra” (2007, p. 304), reafirmando ser suficiente a descrição externa da aceitação interna do direito (2007, p. 304). Essa dicotomia de perspectivas é próxima à refutada no início deste capítulo, mas ao tomar partido da observação descritiva, Hart não a supera. O jurista britânico, embora admita a distinção entre consensos de convenção e de convicção (2007, p. 317), teima que muitas e fundamentais regras são convenções (2007, p. 319-321) e as toma por “[...] regularidades observáveis de comportamento” (2007, p. 100), fatos objetivos constatáveis.

A crítica feita por Dworkin ao positivismo é voltada a Hart, conquanto inicialmente ampla, é amadurecida ao longo da obra do jurista estadunidense¹⁰ e pode ser sintetizada em três pontos: (1) No primeiro momento Dworkin se volta contra a

¹⁰ As críticas de Dworkin a Hart são pontos recorrentes em seus escritos, mas é possível destacar as feitas nos artigos *O modelo de regras I*, de 1967, *Teoria do direito*, de 1969, e *O modelo de regras II*, de 1972, publicados também em *Levando direitos a sério* (2007a, p. 22-72, 12-22, 73-125). Também se destaca a crítica feita por Dworkin em *O império do direito* (2007b, p. 10 ss., 41 ss.), de 1986. A resposta madura de Hart está no póstumo *Pós-escrito* publicado na segunda edição de *O conceito de direito*, de 1994 (HART, 2007, p. 299-339). Posteriormente, Dworkin volta à discussão, em que se destaca o artigo *O pós-escrito de Hart e a questão da filosofia política*, de 2004, publicado também em *Justiça de toga* (DWORKIN, 2010, p. 199-264).

discricionariiedade comportada na textura aberta da norma que ignora a prática de fazer incidir, nesses casos, padrões normativos jurídicos diferentes das regras, quais sejam, os princípios que em si comportam conteúdo moral (DWORKIN, 2007a, p. 50-63). (2) A crítica se desdobra na denúncia da insuficiência da regra de reconhecimento como fundamento meramente formal ou “regra de *pedigree*” (DWORKIN, 2007a, p. 28), incapaz de reconhecer os princípios e de fornecer um critério de legitimação para o direito (DWORKIN, 2007a, p. 63-72). (3) Ambas as denúncias, ao fundo, combatem a perspectiva descritiva positivista, a qual pressupõe a objetividade das normas, atesta a existência do direito independentemente de legitimação e é incapaz de reconhecer padrões normativos cujo sentido não é objetivamente dado, mas resulta de construção diante do caso concreto (DWORKIN, 2007b, p. 12, 41, 2010, p. 235-237).

A respeito da crítica à discricionariiedade pela não consideração dos princípios (1), Dworkin defende que o direito é composto de regras e princípios, ambos vinculam decisões jurídicas determinadas, diferenciando-se pela lógica dessa orientação (2007a, p. 39). As regras são normas disjuntivas (incidem na forma de “tudo-ou-nada”), cujas exceções podem ser discriminadas, as consequências são predeterminadas e que resolve antinomias na dimensão da validade e não estão abertas (DWORKIN, 2007a, p. 39-10). Por outro lado, os princípios seriam normas não disjuntivas, cujas exceções não são enumeráveis, as consequências jurídicas não são previamente determinadas e que resolve antinomias na dimensão do peso (DWORKIN, 2007a, p. 40-44). Além dessas distinções lógicas, Dworkin traça ainda uma distinção relativa à fonte que, inicialmente, aparece de forma confusa implícita na afirmação de que, ao contrário das regras, os princípios não estão sujeitos à regra de reconhecimento. Embora a invocação dos princípios conte com amparo institucional, tais normas não se originam de decisão específica do Legislativo ou do Judiciário (2007a, p. 64-65). Adotada a distinção proposta por Gomes Trivisonno entre critérios lógicos e critério de fonte (*In*: TRIVISONNO; OLIVEIRA, 2013, p. 188), podemos afirmar com o jurista que, sob os critérios lógicos, nada impede que a regra de reconhecimento seja formulada de forma a comportar normas com a configuração lógica de princípios (2013, 186-187, 189). Nesse sentido, ainda com Gomes Trivisonno se pode afirmar que no positivismo do século XX autores como Hart, Kelsen e Bobbio reconhecem princípios como normas (*In*: GOMES; MERLE, 2007, p. 161-162. *In*: TRIVISONNO; OLIVEIRA, 2013, p. 199). Iara Lima e Bruna Campos também sugerem que Hart reconhecia princípios como normas jurídicas, desde que convencionalmente aceitos (*In*: 2011, p. 9541). A possibilidade de tal formulação da regra de

reconhecimento que contemple princípios é sustentada mesmo por Hart, com isso, sustenta também a inclusão de razões morais em seu modelo (2007, p. 309).

A discricionariedade, como visto mais acima, decorre da textura aberta do direito atestada por Hart e da plurivocidade de sentidos objetivos na moldura de Kelsen, em que se traça o limite do juridicamente vinculante e do juridicamente possível, incluindo neste âmbito as razões morais, políticas e de outras ordens. Também Gomes Trivisonno credita à textura aberta à moldura a discricionariedade (*In: TRIVISONNO; OLIVEIRA, 2013, p. 199-200*). Com isso, é possível vislumbrar que por trás do que Dworkin denomina “princípios” não há um diferente tipo ou espécie do gênero norma jurídica, mas uma diferente concepção de norma jurídica. Segundo esse entendimento, extrai-se a proposta de que o sentido normativo juridicamente vinculante – norma jurídica – não é predefinido pela objetividade de padrões de conduta ou convenções de empregos linguísticos, os quais podem ser descritos e se mostrar irregulares em certas circunstâncias – plurivocidade –. Os princípios despontam como manifestação exemplar do sentido normativo juridicamente vinculante cuja definição é interpretativa, ao modo de consenso de convicção sobre a decisão correta. Essa concepção se coaduna com a afirmação de que mesmo a definição entre regras e princípios não seria predefinida, mas decorre da interpretação dos juristas (DWORKIN, 2007a, p. 43, 119-120). A reforçar esse entendimento, Lima e Campos compreendem que a distinção lógico-argumentativa de Dworkin entre regras e princípios informa que estes só seriam estabelecidos na aplicação do direito (*In: 2011, p. 9548*).

Resta, então, a questão do critério da fonte para distinguir regras e princípios¹¹ que, ao fundo, não é questão de tipos de normas jurídicas, mas sim do que se reconhece como padrões normativos juridicamente válidos, isto é, questiona-se o que são normas jurídicas. Reporta-se, então, à crítica feita à regra de reconhecimento (2), cujo caráter formal – referente ao modo como positivada – e descritivo foi questionado por Dworkin como “regra de *pedigree*” (2007a, p. 28). A referida regras seria incapaz de reconhecer os princípios, enquanto

¹¹ Gomes Trivisonno também aponta que a divergência entre Hart e Dworkin diz respeito a concepções diferentes de norma, isto é, se trata de “[...] diferença entre o conceito e a extensão dos padrões jurídico-normativos em Hart e Dworkin [...]” (*In: TRIVISONNO; OLIVEIRA, 2013, p. 190*). Contudo, coloca a questão como se a concepção de norma de Dworkin necessariamente incluísse padrões-normativos não-autoritativos e a de Hart pudesse ou não incluí-los. Nessas condições, a questão fica um pouco confusa na medida em que o reconhecimento de padrões não-autoritativos em Hart, pressupõe que eles satisfaçam a regra de reconhecimento, por mais inclusiva que ela seja, e, então, o padrão não seria mais não-autoritativo. Apesar disso, a distinção traçada por Gomes Trivisonno poderia se manter de modo que em Hart não se inclui padrões não-autoritativos, de modo a convergir com a distinção feita por Lima e Campos, em que a concepção normativa de Dworkin é mais ampla (*In: 2011, p. 9546*).

padrões normativos interpretativos, e de fornecer um critério de legitimação para o direito (2007a, p. 28, 63-72). A crítica se dirige à perspectiva meramente descritiva fundada na objetividade fática das normas, inclusive da regra de reconhecimento, como regularidades de comportamento sociolinguístico. Ela é melhor formulada quando Dworkin afirma que em Hart haveria um “[...] teste para o direito, comumente aceito, na forma de uma prática social uniforme”, a qual “[...] reconhece tais direitos e deveres” (2007a, p. 76) e consubstancia uma “regra social” (2007a, p. 79, 91), à qual corresponde uma “tese das fontes sociais” (2010, p. 205). Nelas se pressupõe a verdade como correspondência à realidade, considerando-se “[...] verdadeira (ou é afiançada), se um certo estado de coisas factual ocorre” (DWORKIN, 2007a, p. 81). Em contraposição, Dworkin apresenta a concepção interna da “regra normativa”, pela qual os juízes, ao acreditar ter o dever de seguir o estabelecido pelo Legislativo, possuem tal dever e o citam – e não as crenças dos outros – como justificativa para a própria decisão (2007a, p. 81-82).

Hart, conforme visto, defende essa perspectiva externa e moralmente neutra, mitigando-a ao postular que ela também deve descrever o modo como o grupo entende seu próprio comportamento e suas regras (2007, p. 100). Insiste, mesmo após as críticas, que “uma descrição pode ainda continuar a ser descrição, mesmo quando o que é descrito constitui uma avaliação” (2007, p. 306). A prática jurídica, porém, como postula a regra normativa, considera a regularidade fática, mas apenas como uma das razões, dentre outras, pró ou contra as convicções do intérprete. Isso fica claro quando se lembra, com Dworkin e o discurso vegetariano (2007a, p. 84), de comportamentos minoritários que pretendem ser um dever jurídico atual e não o que se deseja que o direito venha ser. O positivismo de Hart e a concepção da regra social que pressupõe se equivoca ao relacionar regularidade fática comportamental e regras, “ela acredita que a prática social *constitui* uma regra que o juízo normativo aceita; na verdade, a prática social ajuda a *justificar* uma regra que é expressa pelo juízo normativo” (DWORKIN, 2007a, p. 91).

Dworkin diferencia ainda “moralidade concorrente”, em que os membros da sociedade estão de acordo quanto à norma, mas não consideram esse acordo a razão essencial para afirmá-la, e “moralidade convencional”, em que o acordo é assim considerado (2007a, p. 85). Essa distinção¹² se reproduz na oposição entre “consenso de convicção”, em que a

¹² A distinção de concepção normativa convencional e de consenso de convicção, bem como de moralidade convencional e concorrente ainda repercute na filosofia política. Nessa seara, diferencia-se “valores autônomos”, que devem ser reconhecidos por si mesmos e não em função da preocupação de viver bem, e “valores integrados” cujo reconhecimento exige justificação em razão

aceitação da proposição depende de razões substantivas, e “convenção”, em que uma proposição jurídica será verdadeira somente porque todos os demais a aceitam (DWORKIN, 2007b, p. 166). Além de não satisfazer a prática jurídica de moralidade concorrente e consenso de convicção, a concepção da regra social nem mesmo atende à moralidade convencional, vistos os casos em que a regularidade comportamental revela a regra, mas não de maneira suficiente, conforme o exemplo dos bebês do sexo masculino e a regra que obriga os homens a tirar o chapéu na igreja (DWORKIN, 2007a, p. 86-87). Isso implica que a prática não tem o mesmo conteúdo que a regra, mas é apenas uma das razões para a composição do sentido normativo:

A teoria da regra social fracassa porque insiste em que uma prática deve, de algum modo, ter o mesmo conteúdo que a regras que os indivíduos sustentam em seu nome. Contudo, se supusermos simplesmente que uma prática pode justificar uma regra, então a regra assim justificada pode ou não ter o mesmo conteúdo que a prática: pode ficar aquém da prática ou ir além dela (DWORKIN, 2007a, p. 92).

Hart admite a distinção entre consenso de convenção e de convicção, assim como a importância deste, mas insiste que muitas e importantes normas como a regra de reconhecimento seriam convencionais (2007, p. 317-320). Contudo, a distinção não diz respeito à natureza de uma ou outra norma, mas à atitude do intérprete na interpretação das normas como um todo e, portanto, incompatível por definição com a regra de conhecimento como critério de constatação de convenções. A nova atitude interpretativa defendida por Dworkin e baseada em consensos de convicção, qual seja, a concepção do direito como integridade, se aplica a todos os casos e só artificialmente uma norma pode se manter considerada de modo convencional (DWORKIN, 2007b, p. 316-317, 422-424).

A crítica à regra de reconhecimento nos moldes de regra social e da tese das fontes sociais corresponde, no discurso das ciências sociais, à crítica de Habermas ao behaviorismo e outras tentativas de reduzir os motivos dos agentes sociais a causas objetivamente determinadas (2009, p. 118, 272-273).

Se o que está em questão é justamente o que se considera ou não norma jurídica e, portanto, direito, não há como pressupor regra de reconhecimento que já o tenha definido. Ao se negar o caráter interpretativo-argumentativo do próprio reconhecimento do direito vigente, pressupõe-se uma objetividade que ignora a situação da compreensão na linguagem. Mesmo a constatação de regularidades de uso linguístico esconde sob sua suposta objetividade as

do interesse de viver melhor e, portanto, em relação aos demais valores (DWORKIN, 2010, p. 221-222). Dworkin defende a concepção de valores integrados (2010, p. 224).

relações ideológicas de dominação que a conceituação traz sem permitir a apropriação da linguagem pelo intérprete postulada por Gadamer e muito menos o consenso livre de coerção preconizado por Habermas.

Aporta-se, então, na crítica de Dworkin à perspectiva descritiva de Hart e na objetividade que ela pressupõe (3), abstraindo-se da crítica da concepção normativa para a perspectiva metodológica. A primeira acusação de Dworkin ao positivismo de Hart e a várias outras correntes do pensamento jurídico sustenta que a pretensão de objetividade do positivismo jurídico o situa no “[...] ponto de vista do direito como simples questão de fato, aquele segundo o qual a verdadeira divergência sobre a natureza do direito deve ser uma divergência empírica sobre a história das instituições jurídicas” (2007b, p. 41). Segundo o jurista estadunidense, sob tal ponto de vista se entende que o direito é tão somente o que as instituições jurídicas, Legislativo e Judiciário, assim decidiram no passado (2007b, p. 10). A divergência seria empírica, isto é, descobrir o que essas instituições, de fato, decidiram e as discussões que se apresentam como, e efetivamente são, questões sobre o que se reconhece como direito são deturpadas, pela postura do direito como fato, em discussões sobre a fidelidade ou não ao direito (DWORKIN, 2007b, p. 10-11). Com isso, a abordagem descritiva separa de maneira estanque os discursos moral e jurídico, bem como naturaliza o entendimento de que, nos casos que evidenciam a inexistência de sentido objetivamente unívoco, cabe ao julgador criar o direito discricionariamente (DWORKIN, 2007b, p. 12). Manifestações do realismo jurídico norte-americano aguçadamente notam que tal objetividade nunca existe, mas, ao invés de abandonar o ponto de vista fático, nele se mantém e são então obrigados a reconhecer que sempre haveria discricionariedade (DWORKIN, 2007b, p. 13).

Hart nega que sua teoria seja apenas factual, pois a regra de reconhecimento não precisa se ater à forma de adoção de leis, mas pode incorporar exigências de conteúdos morais e políticos, como os princípios (2007, p. 309). Entretanto, é exatamente a postura “arquimediana” (DWORKIN, 2010, p. 210) da questão de fato que Hart postula inadvertidamente ao submeter a fontes sociais o reconhecimento desses conteúdos como direito (HART, 2007, p. 332), o que Dworkin bem apontou (2010, p. 205).

Dworkin sustenta também que o positivismo de Hart se enquadra nas teorias semânticas, ao considerar que a história institucional convencionada emprega as palavras nas leis e precedentes (2007b, p. 41). As divergências jurídicas seriam apenas equívocos sobre a regularidade fática do emprego do termo “direito”. Igualmente, o jusnaturalismo seria semântico, embora o critério de fixação do sentido não seja o emprego empírico das palavras, mas sua essência moral (DWORKIN, 2007b, p. 44). A crítica se dirige, então, ao aguilhão

semântico que informa que, “[...] a menos que os advogados e juízes compartilhem critérios factuais sobre os fundamentos do direito, não poderá haver nenhuma ideia ou debate significativos sobre o que é o direito” (DWORKIN, 2007b, p. 54). Também a perspectiva semântica deturpa as discussões teóricas sobre o que é direito em questões de fidelidade ou reforma do direito (DWORKIN, 2007b, p. 56). Essa visão, porém, não se ajusta às divergências que os juristas efetivamente têm e que versam sobre a concepção teórica do direito (2007b, p. 56), o que tenta demonstrar nos casos *Riggs vs. Palmer*, *Henningsen vs. Bloomfield Motors*, *Tennessee Valley Authority vs. Hill*, *McLoughlin vs. O’Brian* e *Brown vs. Board of Education* (DWORKIN, 2007b, p. 20-38). As divergências jurídicas não ocorrem em “casos limítrofes”, sobre o que está aquém ou além da fronteira da regularidade fática do emprego arbitrário de palavras como “direito” (DWORKIN, 2007b, p. 50-52). As discussões são “casos experimentais ou essenciais” sobre a definição do sentido da palavra se o termo, também em sua dimensão política e moral, for corretamente compreendido, o que está em jogo é o que se entende por direito (DWORKIN, 2007b, p. 49-52). Gadamer, ao diferenciar direito e técnica, já afirmava que “o juiz não só aplica a lei *in concreto*, mas colabora ele mesmo, através de sua sentença, para a evolução do direito (direito judicial). Assim como o direito, também os costumes aperfeiçoam-se por força da produtividade de cada caso particular” (2008, p. 79).

Hart também nega que sua conceituação do direito seja semântica, ao defender que sua teoria discutiria os critérios das proposições jurídicas – concepções –, mas não os deriva do significado da palavra direito – conceito – (2007, p. 308-309). Reitera que a regra de reconhecimento pode incorporar exigências de conteúdo moral ou político e afirma que não pretende segurança jurídica plena, classificando-se como positivista moderado (HART, 2007, p. 312-316).

Ainda que Hart não derive a regra de reconhecimento do sentido usual da palavra “direito” e mesmo que reconheça a controvérsia sobre os padrões em casos fronteirços – daí a mitigação da expectativa segurança –, mais uma vez, o jurista britânico se recusa a abandonar a perspectiva descritiva e continua concebendo as regras, inclusive os princípios, como padrões de regularidade de comportamento sociolinguístico. É dizer, Hart continua dotando as normas de conteúdo objetivamente dado pelo padrão comportamental de emprego das palavras, o que é característico da perspectiva semântica. Assim, mesmo recebendo a negativa de Hart, Dworkin insiste que a concepção semântica melhor concebe a proposta de Hart (2010, p. 235) e entender a abordagem descritiva do jurista britânico de outra maneira apenas

levaria a concepções absurdas como descrição de espécies naturais ou estatísticas (2010, p. 235-237).

Gomes Trivisonno já destaca que “naturalmente, por trás dessa diferença está o caráter descritivo da teoria positivista, e o caráter interpretativo, isto é, normativo de teorias pós-positivistas como a de Dworkin” (*In*: GOMES; MERLE, 2007, p. 172). Seja como for, toda descrição pressupõe algo dado objetivamente, ainda que dado por convenção, o que o círculo hermenêutico ontológico de Heidegger e Gadamer já alertou ser inaceitável diante da situação histórico-linguística do intérprete cuja visão está sempre permeada de suas próprias convicções.

(iii) A terceira característica da lógica das obras jurídicas é o cânone jurídico que Kelsen sustenta no preceito de que toda validade do direito reside nas normas e a validade das normas inferiores, nas normas superiores até o ápice da pirâmide do ordenamento: a norma fundamental (1998, p. 3, 9, 215-217). Esse normativismo exclui os precedentes e a doutrina e qualquer outro enunciado como juridicamente não vinculantes, se não derivam de norma positiva superior e não possuem validade jurídica (KELSEN, 1998, p. 259). Gomes Trivisonno destaca que não se exclui, porém, o costume que se possa interpretar como norma, visto que norma não se restringe a lei em Kelsen (2004, p. 163). Ainda assim, a referência a normas não só é necessária, mas é determinante e excludente na fundamentação da validade do direito, além dela exigindo-se apenas um mínimo de eficácia (KELSEN, 1998, 232), na qualidade de condição de validade e não de fundamento (GOMES, 2004, p. 259).

Kelsen postula que, em última instância, toda validade decorre da norma fundamental, vértice máximo da pirâmide representativa do ordenamento jurídico e única norma não positivada ou posta, mas pressuposta (KELSEN, 1998, p. 226). A norma fundamental é condição lógica e interpretativa de se atribuir validade à Constituição e não dota o ordenamento positivo de qualquer valor transcendente (KELSEN, 1998, p. 225). Descrita em proposição, seu conteúdo seria: “[...] devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição” (KELSEN, 1998, p. 225).

Em *Teoria pura do direito*, Kelsen caracteriza a norma fundamental como norma “pressuposta”, pois “[...] sua validade objetiva já não pode ser posta em questão” (1998, p. 226) e também “pensada”, porque “[...] não pode ser o sentido subjetivo de um ato de vontade” (1998, p. 227). Ela é pressuposição orientadora da atitude dos indivíduos que consideram as normas jurídicas válidas a partir da Constituição e incluindo-a, reconhecendo a ordem coercitiva ainda que inconscientemente (KELSEN, 1998, p. 228). Em suma, se trata da

norma pensada como pressuposto pelos indivíduos que tomam uma ordem coercitiva globalmente eficaz por juridicamente válida (KELSEN, 1998, p. 227). Por outro lado, na obra *Teoria geral das normas*, a norma fundamental é caracterizada como “fictícia” por não ser o sentido de um ato de vontade real, mas apenas pensado (KELSEN, 1986, p. 328). Nesse ponto, Kelsen se vale da filosofia do “como-se” de Hans Vaihinger e concebe a norma fundamental como recurso imaginativo (1986, p. 329). Pressuposta ou ficta¹³, a norma que fundamenta o ordenamento consiste no reconhecimento da autoridade legislativa inaugural, que não deriva sua autoridade de qualquer outra norma ou instituto, mas realiza a constituição histórica da ordem jurídica e social (KELSEN, 1998, p. 221-223, 227, 1986, p. 327). Ela é ou não reconhecida e sua “[...] sua validade objetiva já não pode ser posta em questão” (KELSEN, 1998, p. 226), de modo que não é tematizada na argumentação jurídica ou, no vocabulário de Bourdieu, se desconhece sua arbitrariedade.

Kelsen se abstém de propor qualquer orientação de conteúdo ao direito, com isso, deixa de responder à questão de sua legitimidade (β)¹⁴ e apenas fundamenta as normas positivadas e o direito positivo ao todo na objetividade da existência do sentido normativo. A significação do ato e as normas inferiores, conforme visto, só possuem validade e, pois, somente existem como jurídicas quando são sentido objetivo, quando correspondem à norma superior. Cumpre notar a circularidade, só há correspondência entre sentidos objetivos e só há objetividade pela correspondência. Se o corresponder não é causalmente necessário, o é juridicamente e no vértice de toda a cadeia de correspondências está a norma fundamental, na qualidade de sustentáculo último de todo sentido objetivo e, pois, de toda significação e existência jurídica (KELSEN, 1998, p. 9, p. 115-116, p. 225, 1986, p. 326-327).

A ausência de referencial de legitimação só não impede a própria formulação da teoria pura do direito, porquanto ainda se poderia fundamentá-la na suposta objetividade das normas passíveis de abordagem pretensamente neutra e descritiva. A crítica sociológica do início do século passado desmascarou essa autoilusão, de modo que Gomes Trivisonno afirma que “[...] a ideologia implícita na teoria pura de Kelsen seria a ideologia do momento histórico [...]” (GOMES, 2004, p. 221). Nesse mesmo sentido, Iara Lima e Bruna Campos

¹³ A respeito, indica-se *O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen* sobre as duas concepções da norma fundamental (GOMES, 2004, p. 232-234, 247-254) e sobre a questão de sua sucessão temporal (GOMES, 2004, p. 231-232).

¹⁴ Contra a tentativa de Joseph Raz de atribuir à teoria pura do direito normatividade justificada, Júlio Oliveira evidencia que tal leitura contraria a própria e distintiva pureza da teoria, consubstanciada na tese da separação entre direito e moral (OLIVEIRA *In*: TRIVISONNO; OLIVEIRA, 2013, p. 122).

denunciam o agravamento das desigualdades sociais pela ideologia contida no positivismo jurídico (*In*: 2011, p. 9539).

Hart, por sua vez, defende que a validade das regras e sua inclusão no sistema jurídico decorrem do implemento das exigências da regra de reconhecimento (2007, p. 105). O fundamento do sistema jurídico consiste nessa regra secundária aceita e utilizada para a identificação das demais regras como normas jurídicas, sua validade (HART, 2007, p. 117). Ela necessariamente existe, ainda que implícita, onde quer que um ordenamento jurídico seja aceito, ainda que tacitamente, por aqueles submetidos à ordem e pelos que a aplicam (HART, 2007, p. 113-114). Critério de toda positividade normativa, a regra de reconhecimento dispensa ser expressa em um diploma legislativo, pois é a própria sustentação de qualquer norma (HART, 2007, p. 115, 122-123). Coincidentemente, na qualidade de fundamento supremo de validade jurídica e regra última no silogismo normativo de justificação das demais regras, a regra fundamental não recorre a nenhum outro critério (HART, 2007, p. 117-118). Ela possui caráter fático, pois pressuposta na prática jurídica em que tem eficácia o ordenamento jurídico que instaura, e também caráter normativo, porquanto é regra definidora de um sistema jurídico (HART, 2007, p. 117-118). Nesse ponto, embora existam controvérsias doutrinárias, a regra de reconhecimento se diferencia da norma fundamental de Kelsen, pois esta assume caráter pressuposto, normativo e objetividade semântica, enquanto aquela não se coloca além do direito positivo, mas o integra e possui também caráter fático de objetividade empírica.

A pretensão de legitimidade do direito (β) também é abandonada em Hart, que se contenta em fundá-lo na constatação de sua existência na objetividade empírica de regularidades de comportamento linguístico-social. Esse caráter fica claro na seguinte formulação que a regra de reconhecimento recebeu de Hart em disputa com Dworkin:

Segundo minha teoria, a existência e o conteúdo do direito podem ser identificados por referência às fontes sociais do direito (por exemplo, legislação, decisões judiciais, costumes sociais), sem referência à moral, excepto quando o direito assim identificado tenha, ele próprio, incorporado critérios morais para a identificação do direito (HART, 2007, 332).

A crítica à regra de reconhecimento de Hart já foi antecipada no item anterior deste capítulo (*ii*) quanto se tratou da segunda crítica de Dworkin (2) ao jurista britânico. Aqui cumpre apenas lembrar que o caráter pretensamente descritivo da regra se funda na objetividade do reconhecimento como padrão comportamental sociolinguístico, reduzindo o direito a regularidades e convenções. Proposta essa incompatível com a situação hermenêutica histórico-linguística do intérprete, inclusive do teórico do direito, cujas questões expressam

suas convicções políticas e morais sobre o direito. Dessa forma, a proposta de Hart inviabiliza a apropriação dos conceitos preconizada por Gadamer (2008, p. 371) e tampouco o consenso livre de coerção de Habermas (*In*: 2009, p. 330), estendendo-se a ela o velamento da ideologia sob o pretexto da objetividade.

(iv) A traços do discurso jurídico positivista, em sua neutralidade retórica (*i*), sistematicidade objetiva do ordenamento (*ii*) e fundamento de validade formal (*iv*), não foram capazes responder satisfatoriamente à definição do sentido do direito positivo (α) e de sua legitimação (β). O positivismo não satisfaz, portanto, as exigências de vinculação ao ordenamento e tampouco de adequação ao caso, segundo as críticas que, ao fundo, se dirigem contra a pretensão de objetividade. A própria confissão da discricionariedade dentro da moldura proposta por Kelsen ou na fronteira da textura aberta de Hart já consiste grave fragilização da segurança jurídica e vinculação dos intérpretes jurídicos. O resquício de vinculação na delimitação da moldura defendida pelo jurista austríaco e no núcleo familiar do emprego de palavras identificado pelo britânico também se desfaz, na medida em que a objetividade pressuposta pelo sentido objetivo da norma e pelo caráter fático das regras se torna insustentável. Por outro lado, a pretensa objetividade da delimitação da moldura ou do núcleo de sentido impedia a tematização da adequação interpretativa ao caso concreto, ocultando relações sociolinguísticas de dominação. A discricionariedade no interior da moldura ou na abertura da textura da linguagem jurídica simplesmente abdicava de fornecer qualquer critério para a adequação.

O ponto de vista hermenêutico reflexivo permite acusar a versão positivista de ignorar que todo conhecimento é apropriação compreensiva condicionada por pressuposições, histórica e situada na intersubjetividade linguística. O ideal do consenso comunicativo livre de coerção revela a dominação oculta pela pretensão insustentável de objetividade, de modo que o positivismo jurídico não é capaz de fornecer um satisfatório fundamento de validade para o direito. As críticas de Dworkin a Hart informam que a regularidade fática é apenas uma das razões para a justificação da norma e que as divergências entre juristas diz respeito ao que é direito, qual o sentido correto.

Por outro lado, muitos foram os ganhos advindos do positivismo. A própria consagração da imperatividade do direito positivo já representa significativa contribuição para a segurança jurídica em face do absolutismo precedente, o que é destacado por Lima e por Campos (*In*: 2011, p. 9540-9541). O esforço na tentativa de cunhar um discurso isento, ainda que tenha se desvirtuado em pretensa neutralidade, também deve ser reconhecido. A sistematização e unidade do ordenamento são condição de possibilidade de decisões coerentes

e também são pressupostos de princípios fundamentais como a inafastabilidade da jurisdição, que compensa o desforço próprio com ganho de paz social,. O fundamento formal, por mais insatisfatório que seja é a base da justificação interna das decisões judiciais que contribuem para sua consistência, além da normatividade e supremacia da constituição. A origem positivista da normatividade da constituição é destacada por Gomes Trivisonno, que acresce ainda a normatividade dos princípios (*In: GOMES; MERLE, 2007, p. 156*). A própria distinção entre texto, ou ato de vontade, e norma pode ser corroborada ou mesmo atribuída à distinção de Kelsen entre ser e dever-ser. No âmago do discurso jurídico dogmático, o próprio conteúdo do sentido de dever-ser, condições de incidência e consequências normativas, imputação e sanção, dentre vários outros institutos muito úteis ao discurso jurídico na prática, ao menos como descarga argumentativa, se são agregados à prática com tanta discussão o foram por consenso teórico de que em alguma parte são corretos.

A listagem é apenas exemplificativa, mas é suficiente para destacar a importância do esforço teórico de substituir a referência vazia da objetividade por um modo linguístico-pragmática de definir o sentido normativo com legitimidade. A proposta de fundamentação procedimentalista do direito o faz com escopo na intersubjetividade da linguagem em que se formam consensos argumentativo-interpretativos de convicção. Nessa concepção de fundamentação os institutos referidos perdem o *status* de evidências ou fatos objetivamente verdadeiros, o que parece levar alguns autores a preconizarem seu abandono¹⁵. No entanto, apropriando Gadamer, é possível entender tais institutos na qualidade hermenêutica de pré-compreensões interpretativas ou consensos argumentativos já alcançados, mas sempre recolocados a prova a cada nova aplicação, situando o intérprete na história dos efeitos. Conforme Gomes Trivisonno: “[...] é preciso superar o positivismo jurídico incorporando-o” (*In: GOMES; MERLE, 2007, p. 164*).

2.4 A versão procedimental da lógica específica do direito

Não há dúvidas, hoje, de ser insustentável a posição positivista de formal fundamentação do direito, apoiada na objetividade do aspecto fático das normas positivadas ou de seu sentido objetivo (HART, 2007, p. 111, 114; KELSEN, 1998, p. 3, 9). A objetividade

¹⁵ Parecer ser esse o caso de Müller (2008) e Streck (1999).

do sentido normativo, seja pensada ou empírica, é uma referência vazia que apenas oculta as pressuposições morais, políticas e de outras ordens por trás das significações atribuídas em cada interpretação, autoilusória separação entre o direito e a moral, a política, a economia, a estética e outros; entre sentidos juridicamente válidos e não válidos. A suposta separação estanque dos discursos pela pretensa neutralidade política, moral e de outras ordens, apenas oculta a ideologia por trás da ordem jurídica. Então, a crítica feita ao direito pela Sociologia, em especial, nos séculos XIX e XX com autores como Marx, Durkheim e Foucault, desocultou o caráter ideológico do direito, ainda que ao preço de reduzi-lo a mera superestrutura de reprodução das relações de força na sociedade (HABERMAS, 2012a, p. 68-71; BOURDIEU, 2010, p. 209-210). Trata-se do que Habermas denominou “desencantamento do direito” (2012a, p. 66-82, 83).

2.4.1 A crítica rumo à concepção procedimentalista do direito

Em meados do século XX, novas propostas teóricas pretenderam suprir a falta de critério para a definição do sentido do direito positivo e para sua legitimação, sem recair na objetividade do positivismo ou na discricionariedade, como fazem Kelsen e Hart e, de forma exagerada, o realismo jurídico. As teorias propostas ainda pretendiam ter em conta o desencantamento e responder à crítica sociológica. Várias obras advieram nesse profícuo momento, dentre elas: *Uma introdução ao raciocínio jurídico* de Edward Levi, publicada em 1949; *Tópica e Jurisprudência* de Theodor Viehweg, publicada em 1953; *Princípios e norma na elaboração jurisprudencial do direito privado*, de Joseph Esser, em 1956; *Os usos do argumento*, de Stephen Toulmin, em 1958; *Tratado da argumentação: a nova retórica*, de Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, em 1958; e *Tratado geral de filosofia do Direito*, de Luis Recaséns Siches, em 1959¹⁶.

A norma fundamental e os limites da moldura da norma como sentido objetivo, em Kelsen, bem como a regra de reconhecimento e o aspecto fático da regra em seu núcleo

¹⁶ Embora algumas dessas obras já tenham sido traduzidas para o português, nem todas o foram até o momento, razão pela qual se optou por expor tradução livre dos títulos originais, pela ordem: *An introduction to legal reasoning*, de Levi; *Topic und Jurisprudenz*, de Viehweg; *Grundsatz und Norm in der richterlichen Rechtsforbildung*, de Esser; *The uses of argument*, de Toulmin; *La nouvelle rhétorique: traité de l'argumentation*, de Perelman e Olbrechts-Tyteca; e *Tratado general de filosofía del Derecho*, de Siches.

familiar de sentido, em Hart, pretendem se impor em sua objetividade. Com isso, admitem apenas descrição e subsunção em mera reprodução técnica ou, em seus supostos limites, discricionariedade. Não há espaço para tematização argumentativa ou consenso tácito ou aceitação, em que pese a insistência de Hart (2007, p. 119), tampouco reconhecimento da autoridade na acepção preconizada por Gadamer que implica a apropriação dos preconceitos (2008, p. 371), pois tais pressuposições nem mesmo podem ser postas a prova. Consequentemente, o positivismo não resiste à crítica ao método.

A essa altura, Gadamer já postulava em *Verdade e método*, inspirado em Heidegger, que todo conhecimento é historicamente condicionado, de modo que por trás de toda metodologia há a compreensão da coisa que “[...] não é um *factum brutum*, algo simplesmente dado constatável e mensurável, mas, em última instância, algo que possui o modo de ser da pre-sença [...]” (2008, p. 350). Tanto intérprete, em suas concepções prévias, quanto a obra, como ente no mundo em que está posicionada, se situam a partir de seus horizontes históricos situados na tradição, na qual ocorre sua fusão pela compreensão (GADAMER, 2008, p. 399-404). Sob a virada ontológica, Gadamer identifica tradição e linguagem (2008, p. 569), sustentando que esta constitui o mundo (2008, p. 571) em que não há “objetividade” – *Objektivität* – (2008, p. 585), mas apenas a “alteridade autônoma” – *Sachlichkeit* – da intersubjetividade linguística (2008, p. 574). Consequentemente, “a ideia de uma dogmática jurídica perfeita, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença como um simples ato de subsunção, não tem sustentação” (GADAMER, 2008, p. 433). A vinculação positivista ao direito vigente não se sustenta.

Sob o ideal então inaugurado por Habermas do consenso comunicativo livre de coerção (*In*: 2009, p. 330), a versão positivista da lógica própria do direito, fechada à justificação argumentativa dos limites de sentido da norma e da sua vinculação a uma norma superior, é ainda mais insatisfatória. Desprovido da autoridade da objetividade o positivismo jurídico, enquanto proposta de fundamentação do direito e incluindo sua versão da lógica do direito, não satisfaz a “garantia metassocial da validade do direito” (HABERMAS, 2011, p. 233). A lógica do direito em sua versão positivista é insustentável do ponto de vista hermenêutico reflexivo, porquanto a suposta objetividade oculta relações de domínio que, conforme já aludido acima, o desencantamento do direito pelas ciências sociais já havia denunciado (HABERMAS, 2012a, p. 83).

Atribui-se, geralmente, a Viehweg a inauguração de uma nova perspectiva para a fundamentação jurídica, o que posteriormente se desenvolve em uma concepção procedimentalista da validade do direito (ATIENZA, 2006, p. 57; GRANZINOLI, 2009, p.

27). O autor partiu de que as decisões judiciais, antes de serem uma demonstração ou revelação de um sentido objetivo de forma axiomático-dogmática, são frutos de convencimento obtido mediante argumentação jurídica. Extrai-se de sua obra, então, que a fundamentação do direito não mais residiria em questionável objetividade pressuposta na metodologia formal do positivismo, incapaz de um controle de conteúdo. A validade do direito se desloca para a observância de um procedimento argumentativo baseado no convencimento a partir de premissas compartilhadas, segundo Viehweg, a tópica (1964, p. 52, 56, 128). Para tanto, os intérpretes que tomam parte na argumentação se serviriam de vários *topoi*, lugares comuns, pontos de vista, isto é, premissas argumentativas compartilhadas entre os interlocutores e sujeitas a divergências ou passíveis de serem problematizadas. Dessas premissas eleitas pela prudência e a partir do caso concreto se desenvolve um processo dialógico para atingir a interpretação mais conveniente e convincente a um determinado problema.

Posteriormente, essa perspectiva foi incrementada por outros autores, a exemplo de Toulmin, Perelman e MacCormick, até tomar forma como teoria da argumentação jurídica. A obra de Alexy com esse título, originalmente de 1979, propõe que a fundamentação do direito está no procedimento argumentativo racional, o qual é qualificado pela máxima observância das condições ideais de discurso e da racionalidade comunicativa propostas por Habermas (ALEXY, 2005).

A fundamentação procedimentalista se caracteriza por continuar a abdicar de uma referência material para a fundamentação do direito, não se ancorando em qualquer ponto de vista moral específico para atribuir sentido às proposições jurídicas e instruir as decisões judiciais. Por outro lado, também não se apoia na objetividade do sentido normativo ainda que relativamente indeterminados. Ela se sustenta no convencimento argumentativo racional, para o qual não bastam os monológicos subsunção e silogismo normativo do formalismo positivista. É preciso, para assegurar a racionalidade e o caráter efetivamente argumentativo do convencimento, a adoção de um procedimento discursivo dialógico, o que pressupõe pretensões de universalidade e coerência dos argumentos. A crítica sociológica também é superada, após ser enfraquecida pela perda da pretensão de objetividade pela própria Sociologia após a reflexão hermenêutica de Gadamer, aplicada ao âmbito das ciências sociais por Habermas em *A lógica das ciências sociais* (2009). A perspectiva procedimentalista ultrapassa o desencantamento do direito não só por tomar ciência da dominação incutida na linguagem jurídica, mas por submetê-la à argumentação jurídica na qualidade de pressuposições da atribuição de sentido aos enunciados normativos. Com isso, se abre para a

incursão de razões sociais, políticas, morais, de outros discursos e da própria língua natural, rompendo a separação estanque e a dicotomia internalista e externalista. A imperatividade do direito vigente passa a se legitimar por razões funcionais de propiciar a solução de conflitos concretos dentro dos limites da prática e assegurando ao máximo a racionalidade comunicativa da decisão, em nova relação entre vinculação e adequação.

Paralelamente ao desenvolvimento da teoria da argumentação Jurídica na Europa principalmente continental, a doutrina jurídica norte-americana tentava superar a estagnação causada pelo embate duradouro entre interpretativistas e não-interpretativistas. Alguns autores, então, “incorporando conquistas evolutivas do movimento do giro linguístico” e “se lançando para análises mais complexas, como, por exemplo, a questão da legitimidade do direito e das decisões judiciais” vão além dessa oposição (FERNANDES, 2011, p. 171).

Nesse contexto, *Uma teoria da justiça* de John Rawls (1997), originalmente publicada em 1971, beira a fundamentação material ao preconizar preceitos de justiça pelo conteúdo que deve orientar a interpretação das normas jurídicas em função da realização do justo como equidade na promoção liberdade pela igualdade de oportunidades entre os cidadãos. Em que pesem as críticas de Habermas (2012a, p. 83 ss.), é possível interpretar Rawls rumo ao procedimentalismo quando, segundo Goyard-Fabre, a orientação pela equidade seja transposta para a relação entre as partes envolvidas na formulação e aplicação do Direito positivo em função do “consenso por coincidência parcial” (2002, 311-317).

John Hart Ely em *Democracia e Desconfiança*, originalmente de 1980, já se autointitula procedimentalista e sustenta que os direitos fundamentais, cerne da Constituição e do direito, não têm tanto conteúdo material quanto instituem um procedimento para assegurar e promover representação política e igualitarismo. Dessa forma a justificativa de todo direito, em última instância deve ser promover a inclusão e igual participação do maior número possível de pessoas no processo político em que são identificados, ponderados e proporcionados os valores (ELY, 2010, p. 98-102).

Dworkin, concomitantemente a Rawls e Ely e embora seja apontado por este como não-interpretativista, constrói sua concepção do direito como integridade, principalmente em *O império do direito* (2007b), de 1986. A proposta é forjada na crítica ao positivismo e sua pressuposta objetividade, em especial, a Hart, culminando em uma nova atitude interpretativa, sistemática, coerente com o passado e aberta ao futuro, bem como socialmente contextualizada na comunidade de princípios (DWORKIN, 2007b). Abandonada a crença em um sentido objetivo normativo, a aplicação do direito deve tomar os princípios intersubjetivamente compartilhados na sociedade jurídica, o paradigma, como gabarito para

decisões judiciais, propiciando alcançar a única decisão correta para o caso (DWORKIN, 2007b). Essa interpretação construtiva consubstancia o que para o autor seria o direito como integridade:

Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. [...]

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram [...] em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que “lei é lei”, bem como o cinismo do novo “relativismo”. Considera esses dois pontos de vista como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei. Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim, uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípios que a integridade requer (DWORKIN, 2007b, p. 272-274).

A obra *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, de Jürgen Habermas (2011, 2012a), originalmente publicada em 1992, dentre outros méritos, consolida a fundamentação procedimentalista do direito e aproxima seu desenvolvimento anglo-americano com a teoria da argumentação jurídica de matriz europeia. No âmbito do discurso jurídico judicial, o sentido da norma positivada e sua legitimação são reconstruídos segundo a racionalidade comunicativa no procedimento interpretativo-argumentativo que se desenvolve com referência a antecipação da situação ideal de discurso. O ideal do consenso livre de coerção que qualifica a compreensão hermenêutica reflexiva é formulado por Habermas, no direito, como paradigma procedimental democrático e concepção teórica do direito como integridade, emprestada de Dworkin e associada à dimensão de aplicação de Günther (HABERMAS, 2012a, p. 276-280).

Portanto, a posição positivista de um fundamento formal do direito e sua versão da lógica das obras jurídicas são insustentáveis atualmente. Hoje, assume posição hegemônica a concepção de fundamentação procedimental do direito, que não soergue um fundamento, referencial material ou formal que determine o conteúdo do direito e o legitime. O dogma positivista na objetividade, seja ela ideada ou fática, do sentido das normas positivadas e da

própria existência direito, que sustentava sua incúria pela legitimidade, se tornam insustentáveis. O procedimentalismo prescreve fundamentação, uma ação, o processo interpretativo-argumentativo de reconstrução do significado do direito positivo na intersubjetividade da linguagem e legitimado por sua racionalidade comunicativa derivada da antecipação das condições ideais de discurso. Dessa concepção deriva também uma diferente relação de segurança jurídica e justiça, vinculação ao direito vigente e adequação ao caso.

2.4.2 A concepção procedimentalista do direito e sua versão da lógica do discurso jurídico

A transição do fundamento formal positivista para a fundamentação procedimentalista do Direito implica nova construção teórica da lógica das obras no direito não mais orientada pela objetividade, mas para a intersubjetividade do consenso argumentativo. Nesse intuito, cumpre abordar brevemente a teoria discursiva da verdade no contexto do agir comunicativo (i) e sua inerente racionalidade comunicativa (ii) pressupostas pelas concepções procedimentais do discurso prático geral, como teoria da argumentação prática geral (iii), e pelo discurso jurídico (iv), entre as elaborações teóricas de Alexy (iv.a) e de Dworkin, Günther e Habermas (iv.b). Então, será possível reconstruir, sob a égide procedimental, os traços da lógica própria das obras jurídicas (v).

(i) São várias as teoria discursiva da Verdade, dentre elas se destacam as de Charles Peirce, Karl-Otto Apel e Hilary Putnam, todas apoiadas na justificativa sob condições ideais e consideradas pelo próprio Habermas (2004, p. 46). Este, porém, será o autor tomado como referência, pelas seguintes razões: seu diálogo direto com o direito por obras específicas como *Direito e Democracia*; sua absorção de teorias propriamente jurídicas como a integridade de Dworkin e a aplicação imparcial de Günther; sua grande difusão no meio jurídico, ainda pelos motivos antecedentes; e seu diálogo com a hermenêutica, principalmente, com Gadamer.

Gadamer, conforme visto no início deste capítulo, busca em Heidegger a noção da compreensão como dimensão constitutiva do Ser-aí – *Dasein* – e o círculo hermenêutico, em que a compreensão parte das concepções prévias do intérprete e se abre criticamente para a coisa mesma, sem apenas reproduzir noções populares (2008, p. 354 ss.). A compreensão consiste então na fusão do horizonte de concepções prévias do intérprete com o horizonte relacionado pela obra como situada no mundo, o que ocorre no contexto mais amplo da tradição constituída pela linguagem (GADAMER, 2008, p. 330, 399-405, 569). Gadamer

sustenta que a fusão ocorre na alteridade autônoma da intersubjetividade da linguagem (2008, p. 574) na forma dialogal de perguntas e respostas, em que a pergunta é antecipação da perfeição da obra a que seu significado deve responder (2008, p. 483, 488) e de tradução entre o recorte de linguagem no intérprete e o da obra (2008, p. 500). O horizonte do intérprete transformado pela fusão se abre novamente a outras experiências de compreensão na linguagem, ao modo da história dos efeitos (GADAMER, 2008, p. 339, 402). O intérprete parte sempre dos próprios preconceitos, mas os está sempre colocando à prova e, se resistirem, apropriando-se deles (GADAMER, 2008 p. 371, 404). Assim, rejeita-se a pretensão metodológica à verdade, bem como toda pretensão à objetividade e, ao invés, posiciona-se toda possibilidade de compreensão em procedimentos dialogais e na intersubjetividade da linguagem.

Habermas critica Gadamer por não fornecer um critério geral além da tradição que fundamente a universalidade da compreensão hermenêutica e diferencie o esclarecimento hermenêutico da opinião falsa presa a entendimento sistemático (2009, p. 262, 267. 311). Propõe, então, qualificar a compreensão com o referencial do consenso comunicativo livre de coerção (*In: HABERMAS, 2009, p. 330*).

O dito referencial é desenvolvido por Habermas em sua teoria discursiva da Verdade, em que a verdade dos enunciados corresponde à sua justificabilidade racional comunicativa pela antecipação contrafactual das condições pragmáticas da situação ideal de discurso. Essa teoria foi inicialmente proposta em *Teorias da verdade*¹⁷, original de 1973, foi revista em *Teoria do agir comunicativo* (2012b, 2012c), de 1981, e encontra atual reformulação em *Verdade e justificação* (2004), de 1999¹⁸. A verdade discursiva encontra fundamento no caráter inescapável da abertura do mundo na linguagem, concebida por Heidegger, em sua virada lingüística, como existencial do Ser-aí – *Dasein* –. Assim reflete Habermas sobre esse pressuposto de sua própria teoria:

Heidegger realiza a virada lingüística na medida em que traduz a espontaneidade transcendental, geradora de um mundo de objetos da experiência possível, em termos da energia de abertura ao mundo, própria da linguagem. Cada linguagem natural projeta um horizonte categorial de significação, em que se articulam para uma comunidade lingüística histórica

¹⁷ No original, ainda não traduzido para o português: *Wahrheitstheorien*.

¹⁸ Os limites do objeto deste estudo não permitem ingressar nas diferentes nuances que a teoria discursiva da verdade assume ao longo da obra de Habermas, de uma pragmática universal, para uma pragmática formal ou pragmática transcendental e, então, sua reformulação como pragmática epistêmica. A respeito, confira-se *Da revisão do conceito discursivo de verdade em Verdade e Justificação*, de Delamar J. V. Dutra (2003), e ainda A ética comunicativo-discursiva de Jürgen Habermas, de Diego C. Zanella (2012).

uma forma de vida cultural e a pré-compreensão do mundo como um todo. Com isso a consciência invariante do sujeito transcendental dissolve-se na mutação histórica das ontologias gramaticalmente inscritas nas línguas a cada vez dominantes (HABERMAS, 2004, p. 33).

Ao contextualizar o consenso no agir comunicativo, Habermas postula que ele deva se dar nas três dimensões da reação a uma ação de fala, o entender o significado do que se disse, o aceitar ou recusar o ato constituído na fala e, já como consequência do comum acordo, o direcionar o agir a partir da fala (HABERMAS, 2012b, p. 513). O consenso se situa ainda no agir comunicativo, definido por “[...] interações em que os participantes coordenam seus planos de ação individuais, sem restrições, e tendo por base um comum acordo que se quer alcançar por via comunicativa” (HABERMAS, 2012b, p. 513). A conceituação também postula que “[...] o falante vincula pretensões de validade criticáveis” (HABERMAS, 2012b, p. 529), excluindo ações de fala em que por atos perlocucionários o falante busca fins ilocucionários não declarados e ações que buscam fins ilocucionários diante dos quais o ouvinte não pode assumir posição fundamentada. Tudo isso na “busca cooperativa da verdade” (HABERMAS, 2012b, p. 193-194).

Ainda no contexto do agir comunicativo, sobrepõe-se à verdade o conceito genérico de validade, que se manifesta em cada ato de fala simultaneamente em três pretensões: verdade, correção e veracidade (2012b, p. 530). Assim, Habermas adota concepção imanente à linguagem, em que o consenso racional sobre o enunciado, essa “assertibilidade ideal” como validade, é a verdade para os homens (2004, p. 46). Trata-se de critério procedimental, em que é válido o enunciado cujas razões persistem válidas após sua verificação nas situações ideais de discurso, assim definidas: (a) publicidade da situação discursiva e inclusão total de todos os envolvidos; (b) equidade de direitos de comunicação; (c) vedação à coerção, permitindo que prevaleça apenas o peso do melhor argumento; e (d) a probidade dos participantes da situação discursiva, que se apresentem sinceramente dispostos a alcançar um entendimento (HABERMAS, 2004, p. 46). As condições ideais discursivas têm o caráter contrafactual de pressuposição inevitável da atitude discursiva. Ou seja, “a situação ideal de fala não é nem um fenômeno empírico nem uma simples construção, senão uma suposição inevitável que reciprocamente nos fazemos nos discursos” (HABERMAS *apud* ALVES, 2009, p. 194). Daí se falar em sua antecipação e não propriamente em realização.

Gomes Trivisonno, ressaltando as proximidades da teoria do discurso com a filosofia de Kant, defende o valor da situação ideal de discurso como ideia reguladora, pois “além de servir como guia para discursos empíricos, ela torna possível criticar os resultados neles obtidos” (*In*: GOMES; MERLE, 2007, p. 69).

A pretensão de correção continua medida por essas condições comunicativas da validade, mas a pretensão de verdade é reformulada em *Verdade e Justificação*. Aqui cumpre apreciar brevemente essa reformulação apenas no que ela serve, por oposição, à compreensão da pretensão de correção e dos enunciados que a expressam. O discurso epistêmico de pretensão de verdade apresenta diferença primária em relação ao discurso normativo de pretensão de correção: os enunciados com que os sujeitos conhecem se reportam a um mundo objetivo existente por si mesmo, inalcançável, mas referencial; por sua vez, os enunciados práticos se referem ao mundo da vida, não só acessível, mas constituído pelas próprias práticas discursivas que a ele aludem nessa enunciação, os acordos intersubjetivos (HABERMAS, 2004, p. 290 e 297). Sobre a distinção:

No que tange a questões descritivas ou também morais, devemos nos contentar com a aceitabilidade racional de enunciados para decidir questões controversas de validade. Mas o consenso realizado pelo discurso tem conotações diferentes para a verdade de enunciados e para a correção de juízos ou normas morais. Como, sob o pressuposto de condições aproximativamente ideais, todos os argumentos disponíveis são considerados e todas as objeções relevantes são esgotadas, um acordo discursivamente alcançado nos autoriza a ater um enunciado por verdadeiro. Mas, com o olhar voltado para o mundo objetivo, a verdade do enunciado significa ao mesmo tempo um fato – a existência de um estado de coisa. Os fatos devem sua faticidade à circunstância de estarem enraizados num mundo de objetos (sobre os quais enunciamos fatos) que existem independentemente de qualquer descrição. Essa interpretação ontológica implica que um consenso sobre um enunciado pode se revelar falso à luz de novas evidências, por mais cuidadosamente realizado que ele seja e por mais bem fundamentado que seja tal enunciado. No caso das pretensões de validade moral, é justamente essa diferença entre verdade e assertibilidade idealmente justificada que se apaga. Pois, do lado da verdade moral, não há nenhum equivalente para a interpretação ontológica da validade ligada à verdade. Enquanto na dimensão dos problemas postos pelos fatos os sucessos de aprendizagem podem *ter como consequência* um acordo, os sucessos de aprendizado moral *medem-se* pela natureza inclusiva de um tal consenso realizado mediante razões (HABERMAS, 2004, p. 290).

Os agentes precisam, porém, confiar na previsibilidade dos fenômenos e, por isso, necessariamente tomam como verdade as proposições justificadas racionalmente (HABERMAS, 2004, p. 49, 256). Assim, revendo o realismo contra os contextualistas, Habermas conciliou a “verdade epistêmica”, referente à correspondência com as coisas no mundo objetivo, com a “verdade pragmática”, imanente à linguagem (2004, p. 48). A verdade epistêmica é objetiva e, pela inafastabilidade da abertura na linguagem, também é inacessível. Contudo, a verdade pragmática tende à verdade epistêmica, ao buscar na ampliação da universalidade da intersubjetividade a mesma autoridade que possui a objetividade, um

inafastável paradoxo (HABERMAS, 2004, p. 49-50, 258-260). Habermas destaca o caráter bifronte da verdade pragmática, que é certeza no âmbito da ação, mas penas proposição racionalmente justificada no discurso (2004, p. 258-259).

Os enunciados epistêmicos se voltam para a correspondência de suas proposições com o mundo objetivo, com pretensões de verdade e têm por orientação metodológica observar (HABERMAS, 2004, p. 23-24). Por outro lado, os enunciados normativos focam a adequação da proposição ao contexto das relações humanas, consensos intersubjetivos do mundo da vida (HABERMAS, 2004, p. 24-25). Assim, os enunciados normativos se referem ao mundo objetivo apenas de forma instrumental, são máximas de fundamento de todas as ações humanas com pretensão de correção e tem como orientação metodológica compreender (HABERMAS, 2004, p. 21-23, 52, 24).

Proposições normativas não têm pretensão de verdade epistêmica, conforme inaceitavelmente propõe o realismo moral (HABERMAS, 2004, p. 52). Nesse sentido, Habermas afirma que “as pretensões de validade moral perdem também uma instância que ultrapasse o discurso e transcenda a autodeterminação inteligente da vontade dos envolvidos” (2004, p. 291). A respeito de sua contestação, os enunciados descritivos podem ter sua validade negada por refutações empíricas, quando os próprios objetos do mundo frustram as expectativas de resultado dos enunciados epistêmicos, e por interlocutores que possuam diferentes percepções fáticas. A seu turno, os normativos apenas podem ser refutados por outros interlocutores que possuam diferentes orientações axiológicas (HABERMAS, p. 2004, p. 53). Ademais, o enunciado descritivo pretende a correspondência de suas proposições aos fatos, estabelecendo, com isso, uma concepção do mundo objetivo, conhecimento que exige que a validade da assertiva em todas as ocasiões gerais e abstratas em que determinadas condições se verifiquem. Por sua vez, os juízos normativos não se atêm apenas a estabelecer assertivas de conduta correta para ocasiões gerais e abstratas, mas se presta à solução de casos que não podem ser completamente antecipados, cumprindo dois níveis de justificação. A fundamentação, ou validade, estabelece do ponto de vista geral e abstrato do tipo, quais as possíveis condutas válidas, em um juízo temporário, ou *prima facie*. O nível de aplicação aprecia a questão em suas particularidades distintivas, fixando qual o comportamento mais adequado dentre as possibilidades válidas (HABERMAS, 2004, p. 277).

Portanto, ao contrário do que ocorre com a verdade epistêmica e o enunciado descritivo, a correção de um enunciado normativo equivale a sua justificabilidade racional em condições discursivas aproximadamente ideais (HABERMAS, 2004, p. 53). Condições que

são pragmáticas, disciplinando o procedimento da situação argumentativa de que resulta consenso livre de coerção, sem predeterminar o seu conteúdo.

(ii) A teoria discursiva da verdade e também o agir comunicativo, pressupõe também a racionalidade comunicativa, a qual decorre da virada linguístico-pragmática. Nessa virada, a acepção transcendental do conhecimento alcançada pela razão na consciência do sujeito, inspirada em Kant, dá lugar a uma compreensão destranscendental e intersubjetiva, decorrente da referida abertura do mundo na linguagem invocada por Heidegger (HABERMAS, 2004, p. 38-39). Com efeito, Habermas afirma que a racionalidade comunicativa, caracterizada no entendimento mútuo livre de coerção, é possibilitada no pano de fundo do mundo da vida articulado pela linguagem (2004, p. 128). Essa relação já se expressava na hermenêutica filosófica pela concepção da tradição como linguagem (GADAMER, 2008, p. 339-405, 569). Ademais, o núcleo estrutural do agir racional consiste na atitude proposicional pertencente à semântica lógica das línguas naturais do falante competente (2004, p. 127) Não é suficiente, porém, que a consciência do sujeito vocacionada à objetividade seja substituída pela linguagem intersubjetiva.

A linguagem, como abertura ao mundo, não é em si racional, nem todo uso da linguagem é comunicativo e, mesmo dentre tais usos, nem todos visam o entendimento mútuo (HABERMAS, 2004, p. 128). Mais uma vez, cumpre ressaltar que nem todo ato de comunicação, constitui propriamente um agir comunicativo, caracterizado por tender ao entendimento mútuo e também por vincular pretensões de validade criticáveis (HABERMAS, 2012b, p. 528-529). Nesse sentido, fala Megale na “irracionalidade do comunicado” provocado pelo induzimento do ouvinte pelo falante por estratégias retóricas que ocultam suas intenções (2010, p. 194), ou fins ilocucionários. A virada na linguagem somente será completamente destrancendentalizada se, dentro da própria linguagem, ela não se detiver à abertura semântica, mas também alcançar o caráter pragmático dos consensos. Essa é a razão da crítica feita por Habermas ao “[...] idealismo filosófico, de Platão a Heidegger passando por Kant, [que] sempre viu o *logos* em atividade na força totalizante da interpretação de mundo produzida por meio de conteúdo linguístico” (2004, p. 219). Articula-se em sentido próximo a crítica de Habermas a Gadamer pela ausência de critério para distinguir entre a compreensão hermenêutica reflexiva e usos de linguagem que, mesmo que sejam comunicativos, não são “verdadeiro consenso” (In: HABERMAS, 2009, p. 333). No mesmo sentido, Dworkin desenvolve a distinção e superação da atitude interpretativa da moralidade convencional e das convenções semântica pela moralidade concorrente e os consensos de convicção (2007a, p. 85, 2007b, p. 165-169). Todas essas distinções se fundamentam na

concepção de que “[...] a racionalidade comunicativa exprime-se numa práxis de fala que, com seus papéis dialogais e pressupostos comunicativos, é talhada para uma meta ilocucionária: o reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade” (HABERMAS, 2004, p. 127-128).

A partir dessa definição, a razão é desvestida da idealista tendência ao conhecimento totalizante, para se tornar propensa à comunicação entre seres humanos, como propiciadora da compreensão entre os sujeitos. (MOREIRA, 2002, p. 100-102). Ainda assim, pode-se entender que ela eleva o círculo hermenêutico, na medida em que:

[...] obriga as comunidade linguísticas envolvidas em seus contextos contingentes do mundo da vida a antecipações universalistas de uma contida “transcendência interna”, que faz justiça ao caráter inegavelmente incondicional do que é tido-por-verdadeiro e do que se deve fazer (HABERMAS, 2004, p. 129-130).

A racionalidade comunicativa, cumpre destacar, é eminentemente dialógica, assim como a compreensão hermenêutica proposta por Gadamer em sua forma de tradução e de perguntas e respostas entre o horizonte do intérprete e o inculido na obra que se fundem na linguagem legada pela tradição (2008, p. 483, 488, 500). A esta faltaria apenas a exigência da antecipação das condições da situação ideal discursiva.

(iii) A verdade discursiva e a racionalidade comunicativa impõem ao discurso prático geral o modelo dialogal da argumentação como procedimento que assegure o consenso sobre a correção de uma proposição normativa, orientado pelas condições ideais discursivas. Nesse sentido, cumpre tratar de uma teoria da argumentação prática geral de cunho procedimentalista, assim caracterizada por Alexy:

Paradigma de uma tal teoria [teoria da argumentação prática geral] é a teoria do discurso racional. Segundo essa teoria, uma declaração normativa é correta ou – sob o pressuposto de uma teoria da verdade liberal – verdadeira, quando ela pode ser o resultado de um determinado procedimento, o do discurso racional. Essa relação de correção e procedimento é característico para todas as teorias procedimentais. Se *a* é representante de uma teoria procedimental, segundo a qual deve ser direcionado para o procedimento *P*, então *a* responde à questão, quando uma declaração normativa *N* é correta, com:

D: uma declaração normativa *N* é correta exatamente então, quando ela pode ser resultado do procedimento *P*” (ALEXY, 2010, p. 78).

A diferença é notável com relação à fundamentação material, em que a correção é verificada pela correspondência entre o conteúdo da proposição normativa em questão e o conteúdo de preceitos metafísicos. Também é clara a distinção com relação à fundamentação

formal, em que a correção da proposição normativa é dada na objetividade de sua positivação pela autoridade.

Habermas em *Consciência moral e agir comunicativo* (1989), original de 1983, aplica sua teoria discursiva no contexto do agir e da racionalidade comunicativos à razão prática, que em seu uso moral assume a forma do discurso prático geral fundamentado de forma pragmático-transcendental nos princípios de universalidade (PU) e no princípio do discurso (PD). Nesse sentido, o princípio da universalidade consubstancia o critério de correção de proposições morais hipotéticas sendo assim formulado:

(U) Toda norma válida tem que preencher a condição de que as consequências e efeitos colaterais que previsivelmente resultem de sua observância *universal*, para a satisfação dos interesses de *todo* indivíduo possam ser aceitas sem coação por *todos* os concernidos (HABERMAS, 1989, p. 147).

Por sua vez, o princípio da universalidade se conjuga com o princípio do discurso, o qual situa a aceitação livre de coerção por todos no consenso mútuo e inclusivo obtido no discurso prático, recebendo a seguinte formulação: “Toda norma válida encontraria o assentimento de todos os concernidos, se eles pudessem participar de um Discurso prático” (HABERMAS, 1989, p. 148)

Ao fundo, os princípios resgatam as condições da situação ideal de discurso e, assim, não determinam o conteúdo das proposições morais, tampouco reconhecem uma fonte ou autoridade formal que as ponha. A proposta apenas regula o procedimento argumentativo de avaliação da validade da proposição prática, sua correção.

Porém, em *Direito e Democracia* (2011, 2012a), original de 1992, Habermas reconstrói o princípio do discurso de maneira abstrata a ponto de qualificar o discurso prático geral, dele cooriginam o princípio moral e o princípio da democracia – este constituído pelo discurso político e pelo discurso propriamente jurídico –. A moral não se confunde mais com o discurso prático geral e o direito não mais dela deriva, mas tanto moral quanto direito derivam igualmente da argumentação prática geral (HABERMAS, 2012a, p. 141-142, 291-292). Habermas defende que direito e moral “[...] encontram-se numa *relação de complementação* recíproca” (2012a, p. 141), mas o princípio do discurso do qual derivam ostenta apenas o mínimo de conteúdo normativo da imparcialidade de juízos práticos e “[...] *ainda é neutro* em relação ao direito e à moral” (2012a, p. 142). Para isso, o princípio do discurso é assim reformulado: “São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis

atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais” (HABERMAS, 2012a, p. 142).

O caráter procedimental da proposta permanece, inclusive, na manutenção do referencial das condições da situação ideal de discurso para a validade das proposições práticas em geral, cujas particularidades na pretensão de correção foram renovadas em *Verdade e Justificação* (2004), de 1999, conforme já visto. Em suma, os enunciados normativos se referem ao mundo da vida constituído pelos próprios acordos intersubjetivos das práticas discursivas que a ele aludem (HABERMAS, 2004, p. 290 e 297). Tais enunciados se referem ao mundo objetivo apenas de forma instrumental, são máximas para toda espécie de ação humana com pretensão de correção e se orientam pelo compreender (HABERMAS, 2004, p. 21-25, 52, 24). Ademais, os enunciados normativos somente são refutados por outros interlocutores, não se atém a estabelecer assertivas de conduta correta para hipóteses gerais e abstratas, mas se voltam também à solução de casos que não podem ser completamente antecipados, cumprindo dois níveis de justificação: fundamentação e aplicação (HABERMAS, 2004, p. 277). Dessa forma, a correção do enunciado normativo equivale a sua justificabilidade racional em condições discursivas aproximadamente ideais (HABERMAS, 2004, p. 53).

Alexy, em *Teoria da argumentação jurídica*, elaborada no final da década de 1970 e primeiro publicada em 1983, partiu da teoria consensual da verdade como até então formuladas por Habermas, com este compartilhando naquele momento a compreensão do discurso prático geral como o discurso moral do qual o direito derivaria. A virada na teoria de Habermas, que passou a cooriginar o direito e a moral do discurso prático geral, ensejará críticas do filósofo e sociólogo à teoria de Alexy, o que será brevemente considerado mais à frente quando se tratar da argumentação jurídica. Contudo, as posteriores modificações na concepção discursiva da verdade, esclarecendo o caráter contrafactual das condições discursivas ideais e adotando postura realista que culminou na distinção entre verdade pragmática e epistêmica, não alteraram os pontos em que se escora a teoria de Alexy. A abordagem realista não afetou a pretensão de correção, de forma que apenas a compreensão dos enunciados descritivos foi alterada e não os enunciados normativos, cuja validade continua discursivo-pragmática. Assim, da teoria discursiva da verdade de Habermas, Alexy realiza acréscimos e reformulações com conceitos de Wittgenstein, Austin, Hare, Toulmin, Baier, Lorenzen, Schwemmer e Perelman. Propõe que a correção de proposições normativas seja fruto de consenso argumentativo submetido “[...] a uma série de exigências na atividade

de fundamentação”, que não dizem respeito propriamente ao conteúdo das proposições, mas ao comportamento do falante na situação comunicativa (ALEXY, 2005, p. 183).

Alexy defende que as proposições normativas não podem ser tratadas como meras descrições de objetos empíricos e não-empíricos, como pretendiam o naturalismo e o intuicionismo, tampouco podem ser reduzidos em explicações psicológicas e sociológicas, como procurou o emotivismo e o subjetivismo sociológico (2005, p. 81). Isso, porque há em seus enunciados a pretensão de correção que pressupõe um critério para averiguar a validade ou não de um argumento (ALEXY, 2005, p. 182-183). A correção pretendida é a justificabilidade racional e as regras que condicionam a validade asseguram a realização aproximada das condições ideais discursivas, promovendo a racionalidade comunicativa da argumentação.

As referidas condições que a argumentação deve seguir para que seja racional dentro da perspectiva comunicativa são referidas como regras por Alexy, que destaca seu caráter necessário. O primeiro conjunto de regras, por ele denominadas fundamentais, decorre da lógica das asserções na linguagem e podem ser admitidas como condições inafastáveis para o próprio estabelecimento da validade ou não de uma asserção. Elas se referem à não contradição, veracidade, entendimento sobre as expressões empregadas (ALEXY, 2005, p. 191). As regras fundamentais claramente traduzem as três dimensões da reação a uma ação de fala em Habermas: entendimento, aceitação da veracidade e direcionamento do agir (HABERMAS, 2012b, p. 513).

O segundo conjunto de regras, nomeado de regras de razão, é proposto por Alexy como exigências à fundamentação das proposições para que se possa considerá-las racionais, no sentido de uma razão comunicativa, e partem da seguinte regra geral: “(2) Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação” (2005, p. 194). Outros comandos decorrem desse preceito que, explicitando-o, correspondem às condições ideais de discurso e ao próprio princípio do discurso formulados por Habermas e assim foram explicitadas por Alexy, devendo ser interpretadas da forma mais inclusiva sempre:

(2.1) Quem pode falar, pode tomar parte no discurso.

[...]

(2.2) (a) Todos podem problematizar qualquer asserção.

(b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso.

(c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades.

[...]

(2.3) A nenhum falante se pode impedir de exercer seus direitos fixados em (2.1) e (2.2) (ALEXY, 2005, p. 195).

Alexy reconhece a impossibilidade fática de se atender a essas exigências, mas reforça seu caráter contrafactual à medida que seu cumprimento aproximativo serve como um provisório “critério hipotético-normativo”, com atuação negativa ou privativa (2005, p. 195). O seu aproveitamento positivo ou construtivo exigiria, na prática, a capacidade de previsão empírica do comportamento que teriam todos os afetados na argumentação, o que explicita uma limitação e o caráter de revisão dos consensos que assim se chegar (ALEXY, 2005, p. 195-196). Incrementa, assim, o papel de ideia regulatória acima apresentado para as condições discursivas ideais.

Atento às limitações empíricas, Alexy aponta regras de distribuição do ônus argumentativo que também dizem respeito à própria racionalidade da argumentação e não apenas à sua funcionalidade, pois evitam que ela siga *ad infinitum* pela não distribuição do dever de justificação e ausência de limites às sucessivas problematizações. Nesse sentido, Alexy se embasa na distribuição do dever de fundamentação em Singer, na lógica dialógica de Lorenzen e no princípio da inércia de Perelman para exigir, em síntese, que quem introduz uma afirmação sobre outro tema, estabelece uma distinção ou recuse uma refutação o justifique (ALEXY, 2005, p. 197-198).

A fim de deixar o âmbito das condições capazes de sustentar qualquer argumentação racional e ingressar nas particularidade da argumentação prática, Alexy se inspira em Toulmin e apresenta a forma geral dos argumentos práticos que os salvaguarda de influências erísticas. A forma geral expressa que uma condição geral (G), quando implementar a hipótese de incidência de uma regra (R), seja qual for o seu nível, justificaria um dado enunciado normativo de qualquer ordem (N) (ALEXY, 2005, p. 199). Alexy deriva outras formas, nesse primeiro nível, pelas diferentes espécies de condições gerais (2005, p. 199) e, em segundo nível, em função da justificação das condições a partir de outra regra (R') (2005, p. 200) ou da justificação da decisão fundada em uma regra a partir da preferência dessa decisão em relação a outras decisões com ela conflitantes determinadas por outras regras (2005, p. 201-202).

Apresentadas as formas da argumentação prática, Alexy passa a expor as regras próprias da argumentação prática. O primeiro grupo de regras é constituído de variantes do princípio da universalidade em sua apresentação por Hare, Habermas e Baier (ALEXY, 2005, p. 203-204), assim apresentado:

(5.1.1) Quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas, deve poder aceitar as

consequências de dita regra também no caso hipotético de ele se encontrar na situação daquelas pessoas.

[...]

(5.1.2) As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem ser aceitas por todos.

[...]

(5.1.3) Toda regra deve ser ensinada de forma aberta e geral (ALEXY, 2005, p. 204).

O segundo grupo das regras de fundamentação impõe constante desconfiança dos preceitos morais invocados, de modo a verificar – pela gênese crítica de Lorenzen e Schwemmer inspirada em Habermas – se conduzem a acordo racional (ALEXY, 2005, p. 205). Para ser correta a regra moral, em síntese, não pode ter se estabelecido com base em “condições de socialização não justificáveis” – em que o interessado não possa ou não esteja disposto a participar do discurso –, não pode ter perdido as razões que originalmente a justificavam ou precisa apresentar novas razões para que passe a ser justificável (ALEXY, 2005, p. 205).

O terceiro gênero das regras de fundamentação é composto apenas pelo preceito de consideração das limitações fáticas de realização das proposições que pressupõe certo conhecimento empírico, de forma que “(5.3) Devem ser respeitados os limites de realizabilidade faticamente dados” (ALEXY, 2005, p. 206).

Por fim, Alexy apresenta regras de transição que permitem ingressar em argumentações empíricas, de análise da linguagem ou da própria teoria do discurso, durante o curso de uma argumentação prática (2005, p. 206).

A teoria da argumentação prática geral proposta por Alexy é francamente procedimental, na medida em que não postula diretriz de conteúdo, mas de processo argumentativo de avaliação de correção. Com efeito, as condições do discurso prático geral em alguma medida e negativamente afetam o conteúdo das proposições, porque tornam impossível a asserção racional de enunciados que prejudicam a própria situação discursiva (ALEXY, 2005, p. 207). Essa característica não enfraquece, mas reforça o caráter procedimental, na medida em que não pressupõe uma ordem prática a que as proposições devem corresponder para serem válidas e também não se atém à pura forma.

A diferença entre a posição de Habermas a partir de *Direito e Democracia* e a posição de Alexy em *Teoria da argumentação jurídica*, a respeito da coincidência da argumentação prática geral com o discurso moral, é muito mitigada pelo caráter discursivo e procedimental da proposta do jurista. Nas regras propostas por Alexy para a argumentação prática geral não é vista qualquer particularidade moral e mesmo Habermas não propõe a

crítica nesses termos. O próprio Alexy acaba por defender a compreensão de sua tese de uma maneira mais condizente com a proposta de Habermas de cooriginalidade e não derivação da moral e do direito. O jurista sustenta que a referência a “discurso prático geral”, do qual a argumentação jurídica deriva na tese do caso especial, deve ser compreendida como “[...] discurso prático, no qual questões e fundamentos morais, éticos e pragmáticos são unidos um com o outro” e “[...] entre os três tipos de fundamentos existe não só uma relação de complemento, mas também uma relação de penetração” (ALEXY, 2010, p. 134). Embora aproximadas na cooriginalidade, talvez a proposta de Alexy congregue diferentes questões práticas no discurso prático geral e não seja uma abstração delas como proporia uma interpretação possível da neutralidade defendida por Habermas, questão além dos limites do objeto deste estudo.

De qualquer forma, o caráter procedimental da concepção de Habermas e de Alexy para o discurso prático geral é claro. Em ambas a correção do preceito moral e de seu sentido decorre de sua aceitabilidade racional segundo as condições da situação ideal discursiva, em função da intersubjetividade na linguagem do consenso livre de coerção. A justificação procedimentalista não comporta, portanto, a pressuposição da objetividade de um conteúdo ou sentido dados aos preceitos práticos, mas esse sentido deve ser construído de maneira dialogal – na argumentação ou interpretação – segundo as condições ideais de discurso. Na passagem para o discurso jurídico, isso importa rejeitar o discurso do direito natural, em que a objetividade do sentido é dada por uma ordem de conteúdo moral ou metafísico. Isso, porquanto não se pode mais partir da preexistência de uma ordem moral objetiva da qual os enunciados retirem sua validade por a ela corresponder (HABERMAS, 2004, p. 307-308). O procedimentalismo rejeita também o discurso positivista, que se satisfaz com a suposta objetividade de sentido ou grupo de sentidos dados, inclusive na forma do sentido objetivo das normas (KELSEN, 1998, p. 3, 9) e da concepção fático-social das regras (HART, 2007, p. 111, 114).

O discurso prático geral, porém, não é capaz de chegar efetivamente a acordo racional na resposta a um problema prático concreto. Segundo Alexy, isso ocorre por que: as condições ou regras que asseguram a racionalidade da discussão – regras de razão – só podem ser cumpridas aproximativamente; as condições do discurso prático geral são apenas um núcleo e nem todas as etapas do processo de argumentação estão determinadas; a argumentação parte de concepções normativas historicamente construídas e incutidas nos participantes, sendo, por isso, mutáveis; e é possível, no discurso prático geral, que duas proposições incompatíveis entre si sejam julgadas válidas (2005, p. 207, 274-275). Habermas

também se refere a essa inconclusividade ao tratar da pretensão de correção no discurso moral, como manifestação do discurso prático geral privada da institucionalização característica do direito:

[...] sem um ponto de referência que transcenda toda justificação para satisfazer as condições de validade, as razões têm, mesmo idealmente, a última palavra no discurso prático. Mas sempre há razões melhores ou piores, jamais a “única correta”. Como o processo de justificação só poder ser guiado por razões, esperam-se resultados mais ou menos “bons”, mas nenhum unívoco (HABERMAS, 2004, p. 307-308).

Habermas também destaca a necessária passagem ao discurso jurídico em razão de sua já referida função social integradora. Nesse sentido, o direito reproduz suas instituições no mundo da vida com a participação dos demais discursos que, ao mesmo tempo, são regulados pelo direito, de forma que “[...] a linguagem do direito pode funcionar como um transformador na circulação da comunicação entre sistema e mundo da vida [...]” (2012a, p. 112). Em razão da “destrancendentalização do mundo dos fins”, Habermas ainda afirma que “em âmbitos de importância funcional, os discursos de fundamentação e de aplicação necessitam de uma institucionalização com força de obrigação, assim como necessitam da observância de normas justificadas” (2004, p. 56). Assim, sustenta-se com Alexy que para suprir ou amenizar as dificuldades do discurso prático geral em alcançar soluções vinculantes e seguras, o discurso jurídico, por sua institucionalização, é transição funcional necessária (2005, p. 208, 274).

(iv) O discurso jurídico, originário da argumentação prática geral e afluyente da verdade discursiva e da racionalidade comunicativa, distingue-se pela institucionalização que vincula a atividade interpretativo-argumentativa jurídica ao direito vigente. Habermas orienta o discurso jurídico pelo princípio democrático que se compartimenta em discurso político-legislativo e jurídico-judicial (HABERMAS, 2012a, p. 291-292), organização condizente com a proposta de Alexy (2005, p. 311). Apenas o discurso jurídico-judicial interessa ao presente estudo, doravante referido apenas como discurso jurídico.

Assim como ocorre com a construção teórica do discurso racional, também a espécie discurso jurídico racional não pode ser atribuída a uma obra ou um autor específico, nem mesmo se pode chegar a dizer que já encontrou uma formulação ótima. A apresentação da argumentação jurídica que pretende ser mais diretamente inspirada no discurso racional é encontrada em Alexy. Aulis Aarnio também propõe que a correção dos enunciados jurídicos seja atestada por sua aceitabilidade racional. Dworkin contribui em pontos essenciais com suas reflexões sobre a decisão judicial e o papel do julgador na interpretação construtiva,

especialmente quando considerado que o próprio Habermas muito se vale de suas teorias. Habermas também se vale de Klaus Günther, cuja contribuição distingue as dimensões de fundamentação e aplicação na argumentação jurídica. Não se pode ignorar também o aporte de Neil MacCormick sobre o entendimento da atividade jurídica como interpretativa e racional. Da mesma forma, não podem ser esquecidas as fagulhas iniciais lançadas por Viehweg e Perelman. As contraposições entre tais juristas e filósofos, bem como o fato de que em obras sucessivas eles revisam as próprias teorias conferem um desenvolvimento repleto de idas e vindas à elaboração teórica do discurso jurídico que, curiosamente, retrata a própria dinâmica dialogal. Nesse âmbito, guiado pelo objeto do presente estudo e sem reduzir a importância dos demais, destaca-se duas vertentes procedimentalistas: a capitaneada por Alexy e as apropriações mútuas entre Dworkin, Günther e Habermas.

(iv.a) Alexy, conforme visto acima, formula os parâmetros racionais da teoria do discurso prático geral, da qual sua proposta de teoria da argumentação jurídica seria um caso especial com as seguintes características:

As discussões anteriores evidenciaram a inextricável união do discurso jurídico com o discurso prático geral. Se se sintetizar o que foi dito até agora, podem-se distinguir quatro aspectos desta vinculação: (1) a necessidade do discurso jurídico em virtude da natureza do discurso prático geral, (2) a coincidência parcial com a pretensão de correção, (3) a coincidência estrutural das regras e formas do discurso jurídico com as do discurso prático geral e (4) a necessidade de argumentação prática de tipo geral no âmbito da argumentação jurídica (ALEXY, 2005, p. 274).

A respeito da primeira característica da tese do caso especial (I), conforme já visto no final do item anterior (iv), as limitações do discurso prático geral para alcançar soluções vinculantes e seguras fundamentam a transição funcional necessária para que no discurso jurídico se alcance resposta aos problemas concretos nos limites fáticos da prática (ALEXY, 2005, p. 208, 274). Para isso, estendem-se à argumentação jurídica, travada na doutrina e jurisprudência, as vantagens decorrentes das funções de estabilização, progresso, descarga, técnica, controle e heurística atribuídos aos argumentos jurídicos dogmáticos (ALEXY, 2005, p. 258-262). Assim, a argumentação jurídica responde ao caráter aberto dos resultados do discurso prático real, o que Alexy denominou “problema de conhecimento” (2005, p. 311). Simultaneamente, o monopólio do uso da força e os meios empíricos de exercê-la pelo Estado permitem à argumentação jurídica reduzir a disparidade entre a inteligência obtida pelo discurso e as ações correspondentes, nomeado “problema de cumprimento” (ALEXY, 2005, p. 311).

A coincidência parcial entre a pretensão de correção da argumentação prática geral e a argumentação jurídica constitui a segunda característica da derivação da argumentação jurídica em relação à argumentação prática geral (2). Decorrente da teoria do discurso e da argumentação prática geral, a pretensão de justificação racional comunicativa pela antecipação das condições ideais discursivas também está presente nas proposições da argumentação jurídica, ainda que, segundo Alexy, não tão geral e puramente racional, pois se pretende ser a decisão correta “[...] de acordo com a ordem jurídica vigente” (2005, p. 310). A pretensão de uma proposição jurídica possui dupla aspiração: que a decisão se embase corretamente no direito vigente; e que o próprio direito seja racional (ALEXY, 2005, p. 312-313).

Pressupõe o jurista que os enunciados normativos limitam de tal forma as possibilidades interpretativas que o discurso legislativo pode resultar num enunciado irracional que não comporta posterior atribuição de sentido jurídico racional. Vislumbra-se, então, a hipótese de uma lei irracional ser declarada aplicável pelo tribunal superior. Alexy afirma que “[...] se tal lei tiver validade jurídica, a decisão é uma decisão válida juridicamente” (2005, p. 313), porque implementa a pretensão de correção de concordância com o direito vigente. O não cumprimento da segunda pretensão, que exige a racionalidade da proposição, não lhe retira a validade jurídica, mas a proposição possui um defeito e não é juridicamente perfeita (ALEXY, 2005, p. 313). Hipótese que revela a dependência da racionalidade da proposição jurídica à racionalidade do discurso legislativo que positiva os enunciados normativos. Contra as críticas de Ernst Tugendhat sobre a limitada racionalidade, Alexy destaca a importância do desenvolvimento da teoria argumentativa racional da produção de leis e do processo judicial (2005, p. 311). Desse modo, a teoria geral do direito que se divide em sistema de normas e sistema de procedimentos, neste devem ser subdivididos o procedimento de criação estatal de leis e o discurso jurídico e o processo judicial. Manuel Atienza esclarece essa estrutura:

Além disso, Alexy entende que uma teoria da argumentação jurídica só revela todo o seu valor prático no contexto de uma teoria geral do Estado e do Direito. Essa última teoria teria de ser capaz de unir dois modelos diferentes de sistema jurídico: o sistema jurídico como sistema de procedimentos e o sistema jurídico como sistema de normas. O primeiro representa o lado ativo, e se compõe de quatro procedimentos já mencionados: o discurso prático geral, a criação estatal do Direito, o discurso jurídico e o processo judicial. O segundo é o lado passivo, e, de acordo com Alexy, deve mostrar que o Direito, como sistema de normas, é composto não só de regras, como também de princípios (ATIENZA, 2006, p. 181).

A partir desse ponto, a fim de propiciar uma exposição mais didática, será denominada de “vinculação procedimentalista forte” essa compreensão de Alexy de que o programa do enunciado normativo pode impor obstáculo incontornável à interpretação jurídica racional, que expressa relação de dependência da racionalidade das proposições jurídicas para com a racionalidade da lei. Distingue-se da delimitação interpretativa forte a postura que será adiante referida como “vinculação procedimentalista fraca”, subjacente à concepção de direito como integridade proposta por Dworkin e encorajada por Habermas. A distinção antecipa que esse segundo aspecto da tese do caso especial – a coincidência parcial entre pretensão de correção na argumentação prática geral e na argumentação jurídica – é um dos pontos da crítica de Habermas à tese do caso especial.

O terceiro aspecto do caso especial consiste na coincidência estrutural das regras e formas do discurso jurídico com as do discurso prático geral (3). As formas da argumentação jurídica propostas por Alexy apenas adaptam os argumentos práticos gerais, inspirados na forma geral de Toulmin, às razões institucionais no discurso jurídico. Também as regras da argumentação jurídica condicionam as práticas da argumentação jurídica à promoção das condições discursivas ideais de publicidade, inclusividade, igualdade de participação comunicativa, vedação a coerção, sinceridade e busca do entendimento características também do discurso prático geral. Nesse sentido, a pretensão de aceitabilidade racional vale tanto para o aspecto interno da justificação, no qual se verifica se a decisão decorre logicamente das premissas da fundamentação, quanto para a justificação externa, em que se discute a correção dessas premissas (ALEXY, 2005, p. 217-218).

A justificação interna, também referida como “silogismo jurídico” (ALEXY, 2005, p. 218), recebe forma bem próxima ao modelo geral de Toulmin, de modo que: diante da norma, na qual a variável de indivíduo (x) dever ser o predicado normativo (R); se as condições de incidência (T) forem implementadas por certa pessoa (a); então a esta pessoa (a) dever ser o predicado (R) (ALEXY, 2005, p. 218). Alexy derivada essa forma em função da associação em cadeia ou do desmembramento dos elementos das condições de incidência (T) (2005, p. 218), bem como da pressuposição de uma regra de uso das palavras (W) que explicita quais elementos implementam as condições de incidência (2005, p. 229). As regras da justificação interna orientam sua racionalidade, aplicando os princípios de universalidade e do discurso em face do direito vigente, exigindo, em suma, motivação em regra geral que se pretenda universal sempre que houver questionamento, sem saltos e até a saturação (ALEXY, 2005, p. 224).

A justificação externa, por sua vez, tem por objeto a fundamentação das premissas usadas na justificação interna, as quais podem ser normas de direito positivo, enunciados empíricos ou premissas de outras naturezas (ALEXY, 2005, p. 226). Alexy distingue seis classes de formas e regras de justificação externa: argumentos empíricos, pertinentes às questões de fato e que exigem interferência de disciplinas do saber empírico, valendo a regra de transição (2005, p. 228-229); argumentos de interpretação, referentes a atribuições de significado pelos clássicos cânones semântico, genético, histórico, comparativo, sistemático e teleológico que implicam regras e formas próprias, estas em função de regras de uso linguístico, intenções e finalidades (2005, p. 229-230); argumentos de dogmática jurídica, concernentes a enunciados sobre legislação e aplicação, institucionalizados na Ciência do Direito, de conteúdo normativo complementar – não são descritivos – e que seguem regras de motivação e saturação (2005, p. 249, 257, 264); argumentos referentes a decisões judiciais precedentes, que exigem motivação, saturação e distribuição do ônus argumentativo a quem o refuta (2005, p. 267); argumentos jurídicos especiais, especificam as formas metodológicas usuais de analogia, *argumentum a contrario*, *a fortiori* e *ad absurdum*, derivados da argumentação prática geral e submetidos à regra de saturação (2005, p. 268-269); argumentos práticos gerais, que sempre poderão ser necessários em algum nível superior de justificação das classes de argumento precedentes (2005, p. 273-274).

Alguns apontamentos são particularmente importantes para a compreensão da teoria da argumentação jurídica ou especificamente para o presente trabalho. A respeito dos argumentos de interpretação, Alexy caracteriza a determinação da vontade dos participantes no processo e na legislação, bem como a especificação do uso da linguagem como questão de fato (2005, p. 234, 240). Essa afirmação não pode ser, porém, descontextualizada e se faz necessário situá-la na teoria discursiva da verdade, pela qual toda validade é consenso intersubjetivo, e sob a influência de Perelman, cuja teoria caracteriza fatos como resultado de procedimentos argumentativos (PERELMAN; OBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 76-77). Não se trata, portanto, de uma perspectiva descritiva aos moldes do positivismo jurídico e não há pressuposição de objetividade, mas pretensão à intersubjetividade. Tanto que Alexy caracteriza o argumento semântico e o genético como casos especiais da argumentação empírica (2005, p. 234), a qual também está sujeita às exigências gerais de justificação e saturação inclusive de eventuais pressupostos valorativos que sustentem o enunciado fático. Exatamente a mesma ressalva deve ser feita na argumentação teleológica, quando Alexy caracteriza o fim perseguido como “algo objetivo” (2005, p. 237), o que se repete em discussão com Karl Larenz (2005, p. 236). A expressão é empregada em oposição ao caráter

“subjetivo” dos argumentos sobre intenção do legislador antes tratados. O fim não ostenta objetividade no sentido empregado pelo positivismo ou por este trabalho, mas situado no contexto argumentativo e na abertura ao mundo na linguagem, quando muito seria intersubjetivo. Esses esclarecimentos ainda elucidam o caráter procedimentalista da vinculação forte presente na teoria de Alexy.

O argumento teleológico ainda informa que a norma ou grupo de normas que descreve e prescreve o estado de coisas que deve ser promovido, em casos limites, seriam normas gerais que Alexy identifica como princípios (2005, p. 238), antecipando, inclusive, o argumento de preferência por ponderação (2005, p. 238). De modo que “a argumentação teleológica se torna, com isso, argumentação a partir de princípios” (ALEXY, 2005, p. 238). O jurista formulará posteriormente, em sua obra *Teoria dos direitos fundamentais*, de 1986, o conceito de princípios e da regra da ponderação que solucionaria sua colisão (ALEXY, 2008, p. 90-102).

Ainda sobre a interpretação, regras gerais prescrevem a consideração de todos os argumentos possíveis e a decisão de conflitos por ponderação. Alexy também preconiza ônus argumentativo favorável ao emprego literal dos termos normativos:

“(J.7) Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não se que se possam apresentar motivos racionais que dêem prioridade a outros argumentos” (2005, p. 242-243).

Os argumentos dogmáticos recebem especial importância para prover decisões a questões práticas dentro dos limites funcionais concretos. A eles Alexy atribui: função estabilizadora, porquanto fixam determinadas soluções para problemas práticos permitindo sua reprodução e generalização (2005, p. 258); função de progresso, pois permitem partir de enunciados estabilizados para realizar comprovações e diferenciações (2005, p. 259); função de descarga argumentativa, dispensando a justificação de enunciados aceitos, se não houver boas razões para retomar a discussão (2005, p. 260); função técnica, pois a consolidação de enunciados permite sua apresentação simplificada e sistematicamente unificada, de modo a oferecer um panorama rápido quando da solução de problemas práticos e didático para o ensino (2005, p. 261); função de controle, porque possibilita a satisfação da exigência de compatibilidade lógica com os demais enunciados dogmáticos e compatibilidade prática geral com as razões que os justificariam (2005, p. 262); função heurística, em razão de seus modelos de solução, distinções e pontos de vista que se desenvolve pela consolidação de enunciados (2005, p. 262).

A breve apresentação das formas e regras da argumentação jurídica propostas por Alexy é suficiente para iluminar o quarto aspecto da tese do caso especial, qual seja, a necessidade de argumentos práticos gerais no âmbito do discurso jurídico (4). O discurso prático geral, em síntese, está presente na justificação das premissas que sustentam os argumentos jurídicos e em sua escolha, inclusive na justificação interna:

A argumentação prática geral pode ser necessária (1) na fundamentação das premissas normativas requeridas para a saturação das diferentes formas de argumentos, (2) na fundamentação da eleição de diferentes formas de argumentos que levam a diferentes resultados; (3) na fundamentação e comprovação de enunciados dogmáticos (4) na fundamentação dos *distinguishing* e *overruling* e (5) diretamente na fundamentação dos enunciados a serem utilizados na justificação interna (ALEXY, 2005, p. 273).

Assim, a argumentação jurídica é derivada e fundamentada na argumentação prática geral sem deixar de ser complementada por ela (ALEXY, 2005, p. 278). Dutra bem destaca que se trata de uma relação de integração entre discursos distintos e não de continência entre subconjuntos (DUTRA, 2006, p. 31-32). Exatamente por receber argumentos práticos gerais, Alexy entende que a indeterminação, oriunda da plurivocidade dos termos jurídicos, antinomias, lacunas e possibilidade de casos especiais serem decididos contra a literalidade da norma, não é de todo eliminada pela institucionalização do direito, inclusive enquanto ciência e precedentes judiciais (2005, p. 275, 310-311). Consequentemente, não seria possível sempre determinar a única decisão correta para cada problema prático, em que pese a funcionalidade da vinculação ao direito vigente, composto pela legislação, precedentes e doutrina jurídica na delimitação e restrição do discursivamente possível (ALEXY, 2005, p. 275, 310-311, 2010, p. 96-97).

A definição do sentido do direito positivo (α) recebe então uma resposta satisfatória. Enquanto sistema normativo, as normas são convicções intersubjetivas sobre o enunciado normativo democraticamente postos, as quais são fruto de procedimentos interpretativo-argumentativos acumulados na língua natural dos argumentos práticos gerais e na linguagem jurídica ao longo da história da comunidade. Na dimensão do procedimento discursivo, a definição do sentido dos enunciados normativos é consenso intersubjetivo alcançado no momento de aplicação pelo referido procedimento interpretativo-argumentativo. Os referidos procedimentos dialogais antecipam as condições discursivas ideais e comportam, nos limites da vinculação ao enunciado, não só razões gramaticais, ou mesmo dogmáticas e de uso dos precedentes, mas razões práticas gerais. Alexy conclui que “a argumentação prática

geral constitui por isso o fundamento da argumentação jurídica” (2005, p. 274), respondendo, com isso, também à questão da legitimidade do direito positivo (β).

Apresentados os quatro aspectos da tese do caso especial, cumpre apontar rapidamente as três justificativas de Alexy (2005, p. 210-211), para que a argumentação jurídica, em sua institucionalização, não se descaracterize como discurso prático. A primeira indica que o discurso jurídico continua versando sobre conflitos práticos, ou de correção de conduta social, no qual a referência a fatos é apenas instrumental (ALEXY, 2005, p. 211). A segunda razão destaca a pretensão de correção, de modo que a justificação racional das proposições com base no ordenamento jurídico preocupa os falantes e é deles exigível (ALEXY, 2005, p. 214-215). Justificação essa que, segundo Alexy, se dá por normas jurídicas ou sociais que pretendem ser corretas segundo regras semânticas e pragmáticas (2005, p. 310), remetendo ao caráter dúplice da correção (2005, p. 312-313). A terceira justificativa do caráter prático da argumentação jurídica instrui que, apesar da vinculação ao direito vigente e da ação estratégica dos contendores, os argumentos apresentados são racionais por antecipar ideais discursivos (ALEXY, 2005, p. 216-217). Em que pese a resistência das partes, os argumentos destinam-se precipuamente ao convencimento racional do julgador imparcial que preza pelas condições discursivas ideais, se abre aos argumentos das partes e fundamenta sua decisão de forma racional jurídica (ALEXY, 2005, p. 314).

As críticas à tese do caso especial foram parcialmente encampadas por Habermas contra a derivação do discurso jurídico como parte do discurso moral (2012a, p. 287, 291) no intuito de reforçar que a argumentação jurídica decorre do princípio do discurso prático geral (2012a, p. 141-142, 291-292). Essa questão de fundo, porém, perdeu sentido ao longo da discussão. Primeiro, porque Alexy reconheceu que o “discurso prático geral”, do qual a argumentação jurídica deriva como caso especial, deve ser compreendido como discurso prático geral do qual participam não só argumentos morais, mas também éticos e pragmáticos (2010, p. 134). Segundo, como Dutra esclarece, porque Habermas não fez leitura precisa da proposta de Alexy, a qual não toma o direito por subconjunto da argumentação prática geral, mas os argumentos práticos, em especial os morais, complementam a argumentação jurídica, havendo integração e não continência (DUTRA, 2006, p. 31-32). Alexy esclarece que “o discurso jurídico seria, frente ao discurso prático geral, não um *minus*, mas um *aliud*.” (2005, p. 310-311). Com isso, a divergência se restringe apenas à maneira como os argumentos práticos, inclusive morais, participam do discurso jurídico, conforme Alexy sugere (2010, p. 134). Para ele os argumentos práticos gerais são empregados no discurso jurídico como pressuposições ou razões para argumentos institucionais, permanecendo aqueles como são e

apenas integrando a discussão que, no todo, se orienta pela validade jurídica da proposição (2010, p. 134). Ao permanecer como são, os argumentos práticos gerais levam ao discurso jurídico sua indeterminação e não admitem a única resposta correta. Habermas, por sua vez, entende que o ingresso de argumentos práticos gerais, inclusive políticos e morais, no discurso jurídico não se dá na linguagem daqueles, mas, apropriando Gadamer, em sua tradução para a linguagem jurídica institucionalizada (2012a, p. 171, 253-256). Essa tradução segue os moldes da concepção de Dworkin do direito como integridade, capaz de determinar a única solução correta (2012a, p. 252-253, 256).

Desde o princípio, todavia, a crítica não consubstanciava recusa à teoria da argumentação jurídica ou de sua derivação do discurso prático geral, mas apenas à maneira como proposta por Alexy. Habermas inclusive combina a teoria da argumentação jurídica com a teoria de Dworkin para concluir que o discurso jurídico não se fecha hermeticamente no direito vigente tanto na definição de seu sentido (α) quanto em sua legitimação (β), mas recorre a argumentos práticos gerais (2012a, p. 287). Também conclui que a correção da decisão jurídica tem por critério a satisfação de condições comunicativas da argumentação que tornam possível uma decisão imparcial, isto é, racional (HABERMAS, 2012a, p. 287), respondendo assim à questão da definição (α) e legitimação do direito (β). A partir dessas duas conclusões e das considerações no parágrafo anterior sobre a necessária transição para a argumentação jurídica, é possível delimitar o alcance das críticas. Das quatro características da tese do caso especial, Habermas comunga, sem maiores restrições da necessidade do discurso jurídico em virtude da natureza do discurso prático geral (1) e da necessidade de argumentação prática de tipo geral no âmbito da argumentação jurídica (4). A objeção também não rejeita completamente a pretensão de correção jurídica racional (2), mas apenas o caráter condicional que Alexy a ela confere e a indeterminação decorrente, o que Habermas associa à não demonstração da coincidência estrutural das regras e formas do discurso jurídico com as do discurso prático geral (3). Cumpre, então, apontar os argumentos da crítica, na medida em que abrem a discussão para as teorias de Dworkin e Günther.

O primeiro argumento contra a tese do caso especial é natimorto, objetou-se que a vinculação ao direito vigente e a ação estratégica das partes impediria um consenso racional. Alexy afastou essa objeção ao ressaltar que as partes invocam argumentos racionais e os dirigem ao juiz imparcial que os considera imparcialmente (2005, p. 216-217, 314), o que Habermas encampa (2012a, p. 288).

O segundo argumento se volta contra a indeterminação do processo do discurso e a insuficiência da seletividade de suas condições para obter a única decisão correta. Habermas

entende que a proposta de Alexy para determinar o processo discursivo – derivar formas e regras da argumentação jurídica a partir da conjugação da argumentação prática geral com o cânon jurídico – não refuta essa objeção, porque não provou apenas especificar as condições gerais do discurso prático geral (2012a, 288-289).

Daí a opção de Habermas pelo direito como integridade de Dworkin complementado pela separação da dimensão de aplicação de Günther (HABERMAS, 2012a, p. 252-285, 297). Não se trata, porém, de simples adesão e soma das concepções teóricas. Habermas reconstrói a concepção do direito como integridade não sob a perspectiva monológica sugerida por Hércules, mas na qualidade de critério procedimental dialogal rumo ao acordo linguístico-pragmático (2012a, p. 281-282, 287). Para isso, equivale as condições discursivas ideais à referência última de Dworkin ao princípio da igual consideração e respeito a todos os interessados e concebe a comunidade de princípios nos modos de vida do agir comunicativo (HABERMAS, 2012a, p. 277-278). Ainda quanto a Dworkin, mas principalmente sobre Günther, Habermas situa a coerência com o direito como integridade no pano de fundo do paradigma jurídico procedimental (2012a, p. 274). Assim, busca tornar factível a tarefa de consideração de todas as normas e aspectos fáticos na antecipação das expectativas de comportamento e decisão de casos concretos (HABERMAS, 2012a, p. 274-275).

Após a convergência quanto à cooriginalidade entre direito e moral junto ao discurso prático geral, a refutação de Habermas à proposta de Alexy é questionável. Por trás da semelhança estrutural entre regras e formas de argumentos dos discursos jurídico e prático geral, Alexy consagra no discurso jurídico as condições ideais discursivas que condicionam a correção racional dos argumentos (ALEXY, 2005, p. 217-218). Afinal, de todos os argumentos se pode exigir justificação e saturação, o que ocorrerá, na justificação externa, segundo os princípios da universalidade e do discurso ou, na justificação interna, segundo regras que Alexy derivada desses princípios (2005, p. 224). A consagração dessas condições não é outra coisa senão a própria especificação do discurso prático geral. Ademais, Dutra bem salienta o argumento de Alexy, segundo o qual, efetivamente, nem todos os elementos das formas e regras da argumentação jurídica podem ser especificados a partir da argumentação prática geral, ou da moral, porque impostos pela institucionalização coercitiva característica do direito, cuja eliminação implicaria negar o próprio discurso jurídico (DUTRA, 2006, p. 31-32). Por fim, Alexy admite certa indeterminação remanescente no direito mesmo após o recurso às normas jurídicas e as formas e regras especiais da argumentação jurídica, na doutrina e na jurisprudência (2005, p. 275). Isso, porém, não descaracteriza sua teoria como

procedimentalista, uma vez que, para isso, basta o cumprimento do procedimento discursivo racional que efetivamente preconiza. Além disso, a indeterminação seria inevitável, porquanto decorre da própria integração do discurso jurídico por argumentos práticos, inclusive morais, do modo como são. Daí emerge a já apontada diferença, que Dutra também destaca (2006, p. 37), entre Alexy e Habermas a respeito das diferentes formas de ingresso de razões morais no discurso jurídico: “como são” ou “traduzidas”.

O terceiro argumento contra a tese do caso especial depreende que o discurso jurídico não manifesta a pretensão de correção racional do discurso prático geral. Habermas sustenta que Alexy, ao submeter a pretensão de correção jurídica ao direito vigente, acaba condicionando a sua racionalidade à racionalidade da legislação, o que “[...] não somente relativiza a correção de uma decisão jurídica, mas a coloca em questão enquanto tal” (HABERMAS, 2012a, p. 289). Por mais essa razão, Habermas opta pela integridade do direito proposta por Dworkin com o complemento da dimensão de aplicação de Günther (HABERMAS, 2012a, 289-290). A integridade propõe acolher a interpretação mais coerente com as decisões político-jurídicas do passado segundo as atuais convicções da comunidade sobre sua autorrealização no futuro, consolidadas no paradigma (DWORKIN, 2007b, p. 272-274). A vinculação por coerência, porém, exige capacidade explicativa geral das decisões do passado, não se descaracterizando por desprezar um ou outro elemento específico, tal qual a crítica literária (DWORKIN, 2007b, p. 277). Assim, seria possível sustentar a racionalidade da decisão a despeito do conflito de normas – princípios – ou da lei irracional, desprezando uma das normas como erro pontual a partir de outros elementos do direito vigente que, em geral, justificam a decisão racional. Günther propõe situar esse juízo na dimensão de aplicação como questão de incidência da norma, e não na fundamentação da sua validade (2004, p. 70); assim, além da descarga argumentativa, afasta-se qualquer ofensa ao princípio democrático e à separação de poderes.

O condicionamento da racionalidade da proposição jurídica à racionalidade da lei é efetivamente admitido por Alexy (2005, p. 276). O jurista, porém, defende que a racionalidade condicional não implica irracionalidade, de modo que a tese do caso especial se mantém. Primeiro, porque é característica do discurso jurídico justamente a existência de limites institucionais para a racionalidade do discurso prático e restrição não ocasiona eliminação, a não ser que se propusesse a redução da aplicação à subsunção, o que não é a hipótese (ALEXY, 2005, p. 312). A segunda razão a favor da tese do caso especial é o caráter dúplice da pretensão de correção jurídica, maneira compreensível de compor a exigência de racionalidade e a vinculação (ALEXY, 2005, p. 312-313).

O argumento contra o caráter condicional, ou dúplice, da pretensão de correção também reflete ao fundo a divergência entre Alexy e Habermas quanto ao modo como os argumentos práticos gerais penetram no discurso jurídico. Se recebidos como são se diferenciam e submetem aos argumentos institucionais, por imposição do princípio democrático, da separação de poderes e da segurança. Mas, se traduzidos, são exprimidos em argumentos institucionais e podem justificar a preterição de outras razões institucionais, sem prejuízo à democracia, separação de poderes ou segurança. Sob o ponto de vista da definição do sentido do dispositivo normativo, a questão expressa a distinção aqui traçada entre a vinculação procedimentalista forte de Alexy e a fraca de Habermas, Dworkin e Günther, à qual retornaremos no último capítulo.

A terceira objeção sustenta que a tese do caso especial, conforme exposta por Alexy, sobrecarrega o discurso jurídico com as questões de fundamentação da norma ao não distingui-la da aplicação da norma, que já pressupõe válida (HABERMAS, 2012a, p. 289-290). A alternativa de Habermas é complementar a reconstrução racional do direito vigente, orientada pela integridade de Dworkin, com a proposta feita por Günther de especializar o discurso jurídico na aplicação coerente das normas (HABERMAS, 2012, p. 289). Günther afirma que, no estágio pós-convencional, o discurso legislativo se encarregaria da fundamentação, enquanto o discurso jurisdicional é aliviado dessa discussão e se concentra na coerência sob o aspecto da aplicação, já pressupondo a validade das normas estabelecidas pelo legislador político (2004, p. 373). Nessa dimensão, a argumentação jurídica se orienta discursivamente pela adequação da norma ao caso concreto com imparcialidade (GÜNTHER, 2004, p. 71, 98, 251). O discurso jurídico é descarregado da argumentação de validade e da necessidade de compor em um sistema fixo as normas jurídicas (GÜNTHER, 2004, p. 56-57, 64-65).

Alexy defende sua teoria ao afirmar que efetivamente não se deve realizar a distinção das dimensões, uma vez que as decisões de casos particulares devem ostentar “força prejudicial” – pela pretensão de ser aplicável a outros casos semelhantes –, o que exigiria sua fundamentação para satisfazer à exigência de universalidade (2010, p. 133).

As críticas à tese do caso especial, como visto, não desacreditam a teoria da argumentação jurídica, seu caráter procedimental, racionalidade ou derivação do discurso prático geral. Contudo, o debate está longe da conclusão e marca diferentes concepções do discurso jurídico. Alexy entende que os argumentos práticos ingressam na argumentação jurídica do modo como são, expressa uma vinculação procedimentalista forte e não separa completamente fundamentação de aplicação. Habermas, Dworkin e Günther não podem ser

reduzidos a uma concepção teórica única, mas a apropriação da teoria dos dois últimos pelo primeiro postula: o ingresso por tradução das razões práticas à linguagem do direito, a vinculação procedimentalista fraca e a distinção entre fundamentação e aplicação.

(iv.b) A melhor caracterização do discurso jurídico sob a perspectiva procedimental impõe, pois, concisa apresentação das teorias de Dworkin e Günther.

A concepção do direito como integridade é proposta por Dworkin em *Império do Direito* (2007b), original de 1986, e foi desenvolvida em função das críticas do jurista ao positivismo de Hart, preconizando nova atitude interpretativa. Atitude essa que supera a perspectiva do tabu, em que as regras sociais são tomadas por fatos não questionados ou imutáveis (DWORKIN, 2007b, p. 57). Diferentemente, dois são os pressupostos atribuídos por Dworkin à atitude interpretativa: (a) as regras sociais são expressão de valoração, ainda que tácita, que constitui a finalidade que as orienta (2007b, p. 57); e (b) as regras sociais não são algo posto e imutável, mas historicamente contingentes e dependentes da orientação axiológica, de modo que “[...] devem ser compreendidas, aplicadas, ampliadas, modificadas, atenuadas ou limitadas segundo essa finalidade” (2007b, p. 57-58). A atitude, em seus dois pressupostos, deixa de ser mecânica e passa a atribuir significado às instituições em “sua melhor luz” e a reestruturá-las à luz desse significado (DWORKIN, 2007b, p. 58).

O suceder da atitude interpretativa é esquematizado por Dworkin em três fases: (1) pré-interpretativa, em que há alto grau de consenso e a interpretação se restringe a identificar o gênero do que se está a interpretar como um dado bruto, de modo que as regras são reduzidas a padrões de conteúdo experimental da prática social (2007b, p. 81); (2) interpretativa, na qual há justificativa geral para os principais elementos distintivos da prática, elencando valores e princípios que a orientam e problematizando apenas a adoção ou não das regras sociais (2007b, p. 81); e (3) pós-interpretativa, em que as características da prática social são criticadas e regras pontuais podem sofrer exceção ou ser abandonadas, tudo em função de melhor atender ou não à justificativa geral proposta na fase interpretativa (2007b, p. 81-82). No último estágio, as interpretações se orientam por exemplos concretos e distintivos da prática, isto é, por paradigmas e não por definições convencionadas (DWORKIN, 2007b, p. 88-89). Essas fases se relacionam com a proposta feita por Günther das etapas do desenvolvimento institucional do direito, que culminam no arranjo pós-convencional (GÜNTHER, 2004, p. 372-373).

Em *Levando direitos a sério* (2007a), Dworkin já antecipava a caracterização dessa atitude interpretativa ao preconizar a moralidade concorrente, em que há acordo quanto à regra social, mas esse pacto não é considerado razão essencial para afirmá-la. Isso é o

contrário do que ocorre na preterida moralidade convencional, em que o acordo em si fundamenta a regra (2007a, p. 85). Essa distinção inicial, que repercute ainda na distinção entre valores integrados e autônomos, é reproduzida em característica capital da atitude interpretativa a caracterização das normas sociais como consensos de convicção, cuja aceitação intersubjetiva depende de razões substanciais. O consenso se diferencia, pois, das convenções, em que a validade da norma social decorre de sua aceitação, independentemente de razões substantivas para isso (DWORKIN, 2007b, p. 166).

A atitude interpretativa refuta o entendimento das divergências jurídicas como mera questão de fato e as perspectivas semântica e convencional, uma vez que as discussões jurídicas envolvem diferentes posições teóricas sobre o que é direito e requerem razões substanciais para a decisão correta (DWORKIN, 2007b, p. 49-52). Dirigida contra Hart, essa atitude também marca a distinção entre a vinculação positivista ao direito vigente e a vinculação procedimentalista, a ser retomada adiante. Nesse sentido, a postura de Dworkin, compreendida discursivamente como postula Habermas, atribui às normas o sentido intersubjetivo de consensos pragmáticos de convicção e não o sentido supostamente objetivo de convenções sociais fáticas ou semânticas.

O exercício da atitude preconizada por Dworkin é a compreensão reflexiva que denomina “interpretação construtiva” (2007b, p. 64), a qual tem por modelo a interpretação criativa das obras de arte e práticas sociais. Esse modelo se diferencia da interpretação científica por não estabelece relações causais, mas intencionais, e se destaca da interpretação intencional da conversação, porquanto não se prende aos motivos do autor, mas ao propósito que os intérpretes atribuem àquela prática social (DWORKIN, 2007b, p. 61-64). Dworkin também distingue as interpretações por seus “critérios de valor ou de sucesso” (2007b, p. 65), de maneira que: a interpretação científica segue a “teoria da construção”, que condiciona os postulados a critérios metodológicos (2007b, p. 65); a interpretação da conversação importa “caridade” por convergência de intenções (2007b, p. 65); e a interpretação criativa pela intenção ou propósito que se pode atribuir à obra ou prática social (2007b, p. 64). Dessa forma, o caráter construtivo atribuído à interpretação das obras de arte e práticas sociais decorre imposição de um propósito ao objeto ou prática para torná-lo “[...] o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam” (2007b, p. 64). Citando Gadamer, Dworkin afirma que “[...] a interpretação deve *pôr em prática* uma intenção” (2007b, p. 67).

Dworkin parece introduzir aqui o círculo hermenêutico ontológico preconizado por Heidegger e desenvolvido por Gadamer. O referido círculo informa que toda compreensão

parte do horizonte do intérprete que se funde com o horizonte da obra no contexto da tradição (GADAMER, 2008, p. 405). Essa inferência é encorajada pela referência que Dworkin faz às críticas de Gadamer a Dilthey (2007b, p. 62-63n2). A mesma passagem também se refere às críticas feitas por Habermas, o que parece enfatizar que a orientação pelo consenso livre de coerção permite a efetiva construção de sentido às práticas sociais na interação comunicativa.

Sob essa perspectiva, Dworkin afirma que a atribuição de intenção à prática social ou ao enunciado normativo é ato do intérprete e, como conduta, expressa os valores práticos daquele que a efetiva (2007b, 61-62). Mesmo a busca da intenção do autor a concebe em função do que o intérprete entende que seria a melhor expressão da obra pretendida pela subjetividade do criador, a qual não pode ser restrita ao consciente e inclui o inconsciente (DWORKIN, 2007b, 61-62). Humberto Eco exemplifica a complexidade da subjetividade do autor ao comentar as críticas a *Em nome da rosa* e *O pêndulo de Foucault*, que significavam mais do que supunha (ECO, 2001, p. 86-104).

Porém, em implícita concordância com Gadamer, Dworkin esclarece que a interpretação construtiva não é manifestação subjetivista do intérprete, pois a história, ou tradição em que ele e a obra se situam, incorpora contornos de significação à forma da prática ou do objeto:

Daí não se segue, mesmo depois dessa breve exposição, que um intérprete, possa fazer de uma prática ou de uma obra de arte qualquer coisa que desejaria que fossem; que um membro da comunidade hipotética fascinado pela igualdade, por exemplo, possa de boa-fé afirmar que, na verdade, a cortesia exige que as riquezas sejam compartilhadas. Pois a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis destes últimos, ainda que, como veremos, a natureza dessa coerção deva ser examinada com cuidado. Do ponto de vista construtivo, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto (DWORKIN, 2007b, p. 64).

Em sentido semelhante ao qual Gadamer postula a apropriação dos conceitos (2008, p. 371), Dworkin se preocupa com a necessidade do intérprete pôr à prova as próprias convicções em função do sentido que melhor concebe a prática em sua história:

Uma pessoa poderia ver nas práticas da cortesia um meio de assegurar o respeito a quem o mereça devido a sua posição social ou outro atributo qualquer. Outra pessoa poderia ver, com a mesma nitidez, um meio de tornar as relações sociais mais convencionais e, portanto, menos indicativas de juízos diferenciais de respeito. Se os dados brutos não estabelecem diferenças entre essas interpretações antagônicas, a opção de cada intérprete deve refletir a interpretação que, de seu ponto de vista, atribui o máximo de valor à prática – qual delas é capaz de mostrá-la com mais nitidez (DWORKIN, 2007b, p. 64).

A partir de seus próprios valores, de maneira reflexiva, crítica, inspirada e limitada pela história e pela forma simbólica, o intérprete atribui à prática social a intenção que expresse a melhor justificativa a seu conjunto, a sua integridade. Assim, apesar da linguagem de Dworkin, não se trata propriamente da intenção do intérprete, mas de propósito que se atribui à própria obra – seguindo a influência de Gadamer – em sua referência às significações históricas e intersubjetivas da comunidade de intérpretes.

Dworkin, agora no sentido da crítica de Habermas a Gadamer, propõe aplicar a interpretação construtiva às práticas sociais e, ao fazê-lo, assume postura discursiva na defesa da integridade (2007b, 107-108). Eis os fundamentos da interpretação discursiva feita de Dworkin por Habermas (HABERMAS, 2012a, p. 277-287). Afirma o jurista que a integridade política inspira e limita os agentes da criação do direito, diferindo-se da integridade jurídica que requer dos juristas que tratem o sistema de normas como se ele prescrevesse um conjunto coerente de princípios (DWORKIN, 2007b, p. 261).

A integridade política se refere à atividade legislativa, inspirando e limitando a criação do direito na expansão e alteração das normas (2007b, p. 261). Trata-se de ideal político tal qual liberdade, igualdade e justiça, mas não põe conteúdo substancial e sim procedimento de harmonizar e resolver os conflitos fundamentais entre os demais ideais, em especial, igualdade e justiça (DWORKIN, 2007b, p. 214-215). Para isso, a integridade exige coerência como justificativa geral válida para todos os membros da comunidade política e aplicável em todos os casos considerados semelhantes. Não são admitidas decisões conciliatórias que incorrem em incoerência de princípios (DWORKIN, 2007b, p. 223). Assim, Dworkin afirma que a integridade exige não só a vedação de contradição ou sua derivação na igualdade material (2007b, p. 263-264), mas exige a formação de um sistema de princípios e a proporcionalidade entre justiça e equidade (2007b, p. 264).

A interpretação construtiva das práticas sociais decorre, pois, da autocompreensão da sociedade como comunidade de princípios por apresentar interesse e compromisso específico e recíproco de seus membros (DWORKIN, 2007b, p. 254-255). Compromisso esse que é materializado na própria constituição da comunidade, em sua coesão social, e que exige coerência em todas as suas práticas, de modo a justificá-las como expressão de princípios reitores que superam o elenco de regras convencionadas (DWORKIN, 2007b, p. 254-255). Em óbvia crítica a Hart, Dworkin defende que a comunidade não se entende reunida por força de circunstâncias fáticas ou por convenção sobre a forma de reconhecimento de regras sociais (2007b, p. 252-253). As obrigações, diferentemente, decorrem do pertencimento histórico ao

grupo e são associativas, ou seja, recíprocas, pessoais, decorrentes de responsabilidade geral por generalização e fraternalmente igualitárias (DWORKIN, 2007b, p. 250, 242-243).

Não se vislumbra obstáculo para operar, com Habermas, compreensão discursiva da integridade política de Dworkin, equivalendo a referência última de igual consideração e respeito aos cidadãos às condições discursivas ideais, de modo a situar a comunidade de princípios nos modos de vida do agir comunicativo (2012a, p. 277-278).

A outra dimensão da interpretação construtiva das práticas sociais é a integridade jurídica que estrutura a atividade discursivo-interpretativa dos juristas que tratam o conjunto de normas como se ele expressasse e respeitasse um sistema coerente de princípios (DWORKIN, 2007b, 261). Dworkin assim sintetiza a atividade do juiz sob a integridade:

O juiz que aceitar a integridade pensará que o direito que esta define estabelece os direitos genuínos que os litigantes têm a uma decisão dele. Eles têm o direito, em princípio de ter seus atos e assuntos julgados de acordo com a melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam na época em que se deram os fatos, e a integridade exige que essas normas sejam consideradas coerentes, como se o Estado tivesse uma única voz” (DWORKIN, 2007 b, p. 263).

A integridade jurídica é a concepção de direito proposta por Dworkin para atribuir sentido ao uso da força política (2007b, p. 119). Sentido esse que não é apenas a segurança da previsibilidade ou a igualdade formal do convencionalismo, mas assegura “[...] entre os cidadãos, um tipo de igualdade que torna sua comunidade mais genuína e aperfeiçoa sua justificativa moral para exercer o poder político que exerce” (DWORKIN, 2007b, p. 120). Assim, a integridade jurídica responde à questão da legitimidade (β) do direito e da coerção que implica, ao remeter aos vínculos associativos e principiológicos da integridade política (DWORKIN, 2007b, p. 233-237).

O direito como integridade é interpretado das decisões políticas e judiciais do passado, de forma a delas extrair, segundo os valores do presente, o melhor sentido possível para o futuro (DWORKIN, 2007b, p. 263). Dworkin defende que essa atividade interpretativa deve conformar os princípios de justiça, equidade e devido processo legal e estar aberta para ser, amanhã, a decisão passível de interpretação (2007b, p. 272-273), sendo notável a referência implícita à história dos efeitos de Gadamer (2008, p. 405).

A interpretação da história, no entanto, ocorre a partir do presente, de modo que a integridade jurídica “[...] exige uma coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar” (DWORKIN, 2007b, p. 273). A coerência não se resume ao formal dever de não contradição entre o teor

explícito das decisões, mas demanda a reconstrução do ordenamento em função também das pressuposições valorativas implícitas às normas:

Insiste [a coerência exigida pela integridade] em que o direito – os direitos e deveres que decorrem de decisões coletivas tomadas no passado e que, por esse motivo, permitem ou exigem a coerção – contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários a sua justificativa (DWORKIN, 2007b, p. 273-274).

A coerência na interpretação jurídica é desenvolvida em Dworkin à semelhança da literatura e, para isso, o jurista se vale do romance em cadeia, construído por vários autores diferentes que se sucedem na continuação da mesma história (2007b, p. 275). Cada autor fará participar sua autenticidade no capítulo que lhe é dado, contudo, ao se dispor a dar continuidade à história que não iniciou e não terminará, está limitado pelo que já foi escrito e pela abertura do que ainda será (DWORKIN, 2007b, p. 275-276). As referidas limitações à criatividade autoral, que consubstanciam os limites impostos pela coerência, se apresentam em duas dimensões:

O veredito do juiz – suas conclusões pós-interpretativas – deve ser extraído de uma interpretação que ao mesmo tempo se adapte aos fatos anteriores e os justifique, até onde isso seja possível. No direito, porém, a exemplo do que ocorre na literatura, a interação entre adequação e justificação é complexa. Assim como, num romance em cadeia, a interpretação representa para cada intérprete um delicado equilíbrio entre diferentes tipos de atitudes literárias e artísticas, em direito é um delicado equilíbrio entre convicções políticas de diversos tipos; tanto no direito quanto na literatura, estas devem ser suficientemente afins, ainda que distintas, para permitirem um juízo geral que troque o sucesso de uma interpretação sobre um tipo de critério por seu fracasso sobre outro (DWORKIN, 2007b, p. 287).

A primeira é referida por Dworkin como “dimensão da adequação” e diz respeito à pertinência da interpretação à trama, ao texto, já existente (2007b, p. 277), em que se define a contribuição como continuidade da trama – interpretação do texto e não obra nova – (2007b, p. 277-278). É possível associar esse ajuste à noção de pertença em Gadamer, embora a versão hermenêutica destaque que não é o intérprete que invoca a tradição, mas a linguagem que em sua intersubjetividade se faz invocar, falando ao intérprete (2008, p. 597-598).

O critério de adequação não exige pertinência da interpretação a todos os seguimentos do texto, mas apenas que se ajuste aos elementos mais estruturais e em número suficiente, apresentando “poder explicativo geral” (DWORKIN, 2007b, p. 277). O caráter intersubjetivo dessa explicação sobressai em sua caracterização em função do que outros intérpretes não considerariam possível (DWORKIN, 2007b, p. 277). Essa referência aos

demais intérpretes sugere, na hermenêutica, a tradição na linguagem em que os significados são invocados e, discursivamente, o consenso racional sobre as interpretações possíveis. A intersubjetividade e discursividade são também destacados na refutação da interpretação, que deve ser justificada por argumentos que reconstruam as tentativas frustradas de atribuir interpretação coerente ao texto, sendo inaceitável a rejeição por se distanciar do sentido verdadeiro – ou objetivo – do texto, que Dworkin nega existir (2007b, p. 285-286). A intersubjetividade do limite de adequação do sentido ao texto contrasta com a objetividade pressuposta pela vinculação positivista à norma.

A segunda dimensão de limites à criatividade autoral foi posteriormente denominada por Dworkin de “justificação”, quando já discorria sobre o discurso jurídico (2007b, p. 286). Essa dimensão vai além da exigência de apoio em elementos do texto e demanda que a interpretação efetive a melhor concepção da “[...] obra em desenvolvimento, depois de considerados todos os aspectos da questão” (DWORKIN, 2007b, p. 278). Ela sobressai quando duas ou mais interpretações diferentes se mostram aparentemente pertinentes à obra, caso em que a segunda dimensão será decisiva em favor daquela que melhor se ajuste aos elementos do texto (DWORKIN, 2007b, p. 278). A demanda pela melhor interpretação é ainda mais grave na construção do direito vigente em uma sociedade (DWORKIN, 2007b, p. 276). Além disso, esse dever não é só metodológico, mas é obrigação jurídica de prestação jurisdicional justificada. No Brasil, ele decorre dos princípios da inafastabilidade da jurisdição e fundamentação dos atos judiciais, previstos nos artigos 5º, inciso XXXV, e 93, inciso IX, da Constituição.

Dworkin afirma que a coerência, nessa segunda dimensão, vai além da mera pertinência e conjuga a forma simbólica da norma – referida na primeira dimensão – com juízos estéticos (2007b, p. 278) ou, no direito, com convicções políticas (2007b, p. 287). Os critérios de interpretação melhor ou pior não são objetivo, visto que são convicções do intérprete (DWORKIN, 2007b, p. 282), mas justamente por isso, sob a perspectiva dele, não são menos vinculantes (DWORKIN, 2007b, p. 283). Além disso, para Dworkin, a decisão deve se apoiar em uma teoria de fundo complexa sobre o romance e seus mais diferentes elementos e perspectivas de abordagem (2007b, p. 277), o que se aplica ao direito e aos aspectos do caso (2007b, p. 288).

O convencionalismo semântico nega caráter jurídico a essa segunda dimensão – ou às razões nela empregadas –, porquanto não se reporta ao sentido convencionalizado dos atos institucionais, ultrapassando os limites restritos do que essa perspectiva entende por direito e, mais precisamente, por interpretação. Necessariamente, a mesma negativa se faz no

positivismo, em razão da falta de objetividade a ser referida, de modo que a segunda dimensão é encaixada dentro da moldura de Kelsen ou na textura aberta de Hart.

Contudo, em Dworkin, a segunda dimensão de limitação à interpretação do direito continua jurídica, ainda que também política. Afinal, a interpretação segue pressupostos políticos que igualmente instruem a atribuição de sentido ao texto jurídico na seleção das possibilidades interpretativas pertinentes (DWORKIN, 2007b, p. 307). Ademais, o direito como integridade entende que ideais políticos, tais quais equidade e justiça, compõem o ordenamento como princípios que o orientam e o tornam coerente, de modo que a opção por esses ideais é, sim, questão jurídica (DWORKIN, 2007b, p. 312). A comunidade de princípios, para Dworkin, não se constitui sob convenções de regras quaisquer, mas sob os melhores princípios comuns, afinal, “[...] a integridade só faz sentido entre pessoas que querem também justiça e equidade” (2007b, p. 314).

Dworkin sustenta, todavia, que o juízo realizado na segunda dimensão parte da constatação de pertinência realizada na primeira e segue considerando os critérios formais de correspondência à obra, de maneira que “a distinção entre as duas dimensões é menos crucial ou profunda do que poderia parecer” (2007b, p. 278).

As dimensões de limitação da criatividade autoral pela coerência ao direito estabelecem o limiar que distingue interpretações, que dão continuidade à trama do direito vigente, e decisionismos. Não há fatos ou convenções (DWORKIN, 2007b, p. 308) e tampouco há critério objetivo, rígido e claro, conforme sugerido pela referência à objetividade do sentido. Dworkin defende um limiar flexível e aproximado construído na histórica política – e jurídica – da comunidade (2007b, p. 305). A incorporação desse limiar pelos juristas ocorre é gradual e até inconsciente durante sua formação e experiência profissional (DWORKIN, 2007b, p. 306-307). Compreensão sistemática da doutrina de Dworkin entende que o limiar é consenso de convicção, aproximações das posições políticas e morais incorporadas pelos membros da comunidade, ancoradas em razões substantivas (DWORKIN, 2007b, p. 166). Portanto, qualquer ataque às razões substantivas que justificam o sentido normativo será um ataque à própria norma e consubstanciará questão propriamente jurídica (DWORKIN, 2007b, p. 166). O caráter consensual consubstancia a postura interpretativa e discursiva, sempre aberta à reinterpretação, sem prejuízo da convicção de ter alcançado, naquele momento e caso, a melhor decisão (DWORKIN, 2007b, p. 308). A coerência é a resposta complexa de Dworkin para a questão da definição do sentido das normas jurídicas (a).

Dworkin defende, com esteio na demanda pela melhor decisão ao caso – sem a qual não se satisfaz a segunda dimensão dos limites da coerência (2007b, p. 314) –, e no caráter vinculativo das convicções (2007b, p. 306, 308), que, mesmo nos casos difíceis, cabe ao julgador chegar à única decisão correta no direito como integridade. O jurista, inclusive, defende a posição perante as críticas de contradição entre as normas do direito. Para isso, reafirma a coerência e a integridade ao distinguir a “contradição de princípios” da “competição de princípios” que efetivamente ocorreria e seria resolvida pela precedência de uma das normas sobre a outra na sua dimensão do peso, mediante o caso concreto e pelo ajuste aos demais elementos do ordenamento (DWORKIN, 2007b, p. 322).

A consideração em cada caso de todos os princípios e determinações de fim que informam a comunidade possui dimensões heroicas e, por isso, Dworkin recorre à metáfora do juiz “Hércules” para explicá-la do ponto de vista prático do julgador (2007b, p. 287). Sob o pano de fundo do caso de indenização civil *Mcloughlin*, cumpre a Hércules suscitar as possíveis soluções para o caso a partir da legislação e precedentes, endossá-las por princípios da maneira mais coerente possível e então descartar as que menos se conformam até chegar à melhor decisão e única correta (DWORKIN, 2007b, p. 288-299). Hércules e a aplicação perfeita da integridade possuem caráter ideal, mas são úteis a Dworkin como ideia reguladora (2007b, p. 308), na medida em que não pressupõem poderes cognitivos especiais, apenas condições ideais de exercício das faculdades humanas segundo o jurista (2007b, p. 316).

Habermas resgata a teoria de Dworkin das acusações de solipsismo, não sob o viés monológico sugerido em Hércules, mas inserindo-o no procedimento dialógico em que a integridade é critério procedimental de dialógico rumo ao acordo pragmático na linguagem (2012a, p. 281-282, 287). Aliás, a apresentação aqui feita da integridade destacou a compatibilidade da interpretação discursiva que Habermas faz.

Por outro lado, Alexy entende que a proposta da única resposta correta para cada caso é insustentável. Em *Teoria dos direitos fundamentais* (2008), o jurista refuta duas maneiras de apresentar esse postulado. Ambas se referem a ordenações de princípios fundamentais de maneira abstrata e prévia aos conflitos, as quais esbarram em dificuldades de identificação, concretização e mesmo do estabelecimento de preferências entre as normas (ALEXY, 2008, p. 571-573). Essa, contudo, não é a proposta de Dworkin, em que a única resposta correta e a reconstrução da integridade da ordenação ocorrem em função das possibilidades de decisão do caso concreto. Contudo, em obra posterior *Problemas da teoria do discurso* (In: 2010), Alexy também afirmou que a própria suposição de que há sempre uma única resposta correta não foi discursivamente justificada, e talvez nem pudesse ser, de modo

que implica critério absoluto não procedimental (*In*: 2010, p. 96). Não parece, porém, que a interpretação procedimental discursiva da teoria de Dworkin estaria ameaçada. Nela o postulado da única resposta correta apenas orienta o processo interpretativo-argumentativo para a solução melhor justificada sob a exigência decisória institucionalizada no direito. Descontado o exagero retórico, com efeito, a argumentação sobre a única resposta correta parece estar em curso, na medida em que remete ao dissenso entre Habermas e Alexy sobre a forma como as razões práticas ingressam no discurso jurídico e se trazem consigo a indeterminação.

A resposta de Dworkin à crítica da contradição de normas, formulada contra a concepção do direito como integridade, foi refinada de maneira importante por Günther em *Teoria da argumentação no direito e na moral* (2004), original de 1988. Obra essa que inicialmente respondia a outras críticas, quais sejam, as feitas à Teoria do Discurso de Habermas e à aplicação de sua teoria do agir comunicativo à moral.

Günther julga impossível o princípio de universalidade em Habermas, que condiciona a validade das normas à aceitabilidade racional por todos de sua observância geral, consideradas todas as consequências e os interesses de todos os afetados (2004, p. 65). Afinal é humanamente irrealizável a consideração de todas as situações de aplicação da norma quando de sua elaboração, o que também prejudica a apreciação das particularidades de cada caso (GÜNTHER, 2004, p. 56-57, 64-65), razão pela qual Günther abandona a seguinte expressão inicial da universalidade:

Uma norma é válida e, em qualquer hipótese, adequada, se em cada situação especial as consequências e os efeitos colaterais da observância geral desta norma puderem ser aceitos por todos, e considerados os interesses de cada um individualmente (GÜNTHER, 2004, p. 65).

O jurista propõe, alternativamente, uma versão fraca do princípio:

Uma norma é válida se as consequências e os efeitos colaterais de sua observância puderem ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, conforme os interesses de cada um, individualmente (GÜNTHER, 2004, p. 67).

Com isso, a anterior aceitação por todos em todos os casos é substituída pela aceitação de cada um dos envolvidos nas condições previsíveis (GÜNTHER, 2004, p. 62-63). Günther postula que a norma seja aceita como válida para todas as situações que, note-se, apresentem circunstâncias relevantes semelhantes, considerando as consequências e efeitos secundários do seu cumprimento geral (2004, p. 37), que podem ser normativos ou empíricos,

mas são sempre considerados nas situações previsíveis (2004, p. 61-62). A aceitação por cada um dos envolvidos implica considerar os interesses individuais de cada afetado pela norma e deles generalizar um interesse comum (GÜNTHER, 2004, p. 62-63). A reciprocidade se manifesta nessa consideração mútua dos interesses de cada um dos demais envolvidos, exigida pela universalidade, e que, com isso, possibilita a imparcialidade (GÜNTHER, 2004, p. 63).

Contudo, o juízo de universalidade proposto é aberto, porque cognitivamente limitado ao previsível, isto é, às hipóteses que poderiam ser facilmente antevistas no momento de elaboração da norma (GÜNTHER, 2004, p. 66-67). Para superar esse caráter precário, Günther defende testar a adequação das normas diante das particularidades do caso concreto, o que um discurso complementar de aplicação (2004, p. 69-70).

Portanto, Günther distingue duas dimensões de justificação: fundamentação e aplicação. O discurso de fundamentação recai sobre a norma em si, questionando se é do interesse de todos que cada um a observe, isto é, sua validade, independentemente das peculiaridades da situação de aplicação (GÜNTHER, 2004, p. 70). O discurso se orienta pela versão fraca do princípio da universalidade. A seu turno, no discurso de aplicação, a norma é revista nas contingências do caso concreto, avaliando a existência do dever de sua observância e a maneira como isso deve ser feito, ou seja, sua adequação à situação (GÜNTHER, 2004, p. 70). Na aplicação, o que faz as vezes do Princípio da Universalidade, como critério de adequabilidade é a imparcialidade, procedimento discursivo de construção do maior número de aspectos relevantes e característicos do caso, com os quais a norma deverá ser coerente, ou sensível (GÜNTHER, 2004, p. 71, 98, 251). A imparcialidade pressupõe, para isso, uma abertura à consideração de novos sinais característicos do caso e tolerância a concepções individuais de vida boa (GÜNTHER, 2004, p. 118). São, contudo, juízos complementares, de forma que a adequação “recontextualiza” a norma dissociada de casos específicos pela generalização necessária à apreciação de sua validade (GÜNTHER, 2004, p. 69-70, 77, 79). No duplo sentido de correção, Günther postula que “chamamos uma ação de correta porque é o resultado da aplicação *correta* (adequada) de uma norma *correta* (válida)” (2004, p. 93).

A especificidade do direito em face das considerações até aqui válidas também para o discurso prático geral – ou moral como Günther, à semelhança de Alexy, concebia inicialmente – decorre de sua institucionalização. O direito, por recurso à institucionalização, se constitui como meio coercitivo de fixar e fazer cumprir expectativas de conduta entre sujeitos, de modo recíproco e pretensamente universal (GÜNTHER, 2004, p. 366-367). Para

Günther, o direito é discursivo e apresenta pretensão de correção, validade e adequação, restrita pela institucionalização que neutraliza desigualdades de poder, só se utiliza de instrumentos previamente estipulados e viabiliza decisões nos limites de tempo e incompletude de conhecimento (2004, p. 368).

Günther identifica três estágios do desenvolvimento institucional do Direito, baseados no desenvolvimento da consciência moral de Kohlberg. O primeiro apresenta fraca generalização de expectativas de conduta, ainda vinculadas a papéis sociais contextualmente arraigados que não estão sujeitos à atualização e, com isso, justificação e aplicação não se distinguem (GÜNTHER, 2004, p. 372). O segundo estágio apresenta maior generalização e alcança o ponto de vista do terceiro sujeito neutro abstraído do confronto entre os diversos papéis sociais e que corresponde a normas jurídicas generalizadas temporal, objetiva e socialmente, mas a justificação ainda está presa ao contexto moral dos papéis sociais do qual a perspectiva do terceiro é extraída (GÜNTHER, 2004, p. 373). Nessa fase, apesar da separação institucional entre justificação e aplicação em legislação e jurisdição, a vinculação contextual leva o legislador a decidir a validade da norma e também antecipar sua adequação, confundindo os dois discursos (GÜNTHER, 2004, p. 373). Por fim, o terceiro estágio é pós-convencional e alcança generalização universal-recíproca, na qual o ponto de vista do terceiro serve à fundamentação da norma para todos os sujeitos de todos os contextos afetados, bem além dos papéis sociais do contexto moral (GÜNTHER, 2004, p. 373). Günther entende que, nessa fase, a desvinculação do contexto torna a fundamentação muito abstrata e inviabiliza antecipações de adequação (2004, p. 373), de modo que, para a correção da norma, justificação e aplicação são institucionalmente separados, independentes e complementares (2004, p. 373). A perspectiva pós-convencional se relaciona com a etapa pós-interpretativa de Dworkin (2007b, p. 81-82) em uma crítica às posturas convencionalistas e mesmo ao positivismo. A discursividade na institucionalização pós-convencional do direito que ainda ostenta pretensão de correção é a resposta de Günther à legitimidade do direito positivo (β).

A proposta de Günther inclui, também pela separação de fundamentação e de aplicação, não só a distinção de regras e princípios, mas concepção original de norma jurídica. A partir da perspectiva linguístico-pragmática e dos conceitos de Kurt Baier, Günther concebe normas jurídicas como razões para a prática da ação prescrita (2004, p. 306) e, agora com Searle, entende o conteúdo prescritivo dessas razões como máximas de conversação (2004, p. 306). A abordagem tem por consequência que o conteúdo das normas não é estruturado semanticamente, mas situacionalmente dependente da abordagem pragmática que o intérprete dá às normas (GÜNTHER, 2004, p. 315).

Sobre a questão dos tipos normativos, Günther se apropria da distinção de Baier e compreende que o juízo de razões “*prima facie*” responde à incidência ou não de normas como “o que alguém deve, por obrigação, fazer” (2004, p. 309). A seu turno, o juízo de razões já “ponderadas” responde a qual das normas incidentes prevalece e se aplica, ou seja, “o que alguém deveria fazer, tendo examinado todas as coisas” (GÜNTHER, 2004, p. 309). Em face da distinção de tipos normativos feita por Alexy, Günther associa a maior determinação das regras à prévia apreciação das possibilidades fáticas e jurídicas, própria de razões ponderadas (2004, p. 314-315). Por outro lado, a otimização e não comprometimento da validade em casos de colisão atribuídos aos princípios os associa a normas de razão *prima facie* (GÜNTHER, 2004, p. 314-315).

Sobressaem duas diferenças importantes com relação à postura normativa de Alexy. A primeira consiste em que Günther nega às regras caráter *prima facie* ao tomá-las como normas de estrutura definitiva (2004, p. 314). A segunda diferença é que a separação de regras e princípios na estrutura da norma em Alexy é deslocada por Günther para a abordagem dada pelo intérprete às normas na situação de aplicação (GÜNTHER, 2004, p. 315). A distinção entre justificação e aplicação desprende o caráter deontológico da norma de seu modo de aplicação (GÜNTHER, 2004, p. 318). Pode-se dizer que diferentes afirmações do modo como a norma é aplicada não prejudica, mas pressupõe a validade da afirmação de que ela deve ser. Disso Günther conclui que normas antes tomadas por regras podem ser aplicadas como princípios (2004, p. 315-316). Apesar do alerta feito por Alexy de que isso ofende certa concepção do princípio da segurança jurídica, Günther insiste que tal concepção é própria do arranjo institucional superado pelo estágio pós-convencional (2004, p. 319).

Assim, para Günther, as regras expressam a perspectiva convencionalista que exclui ponderações de adequação (2004, p. 315-316), dificulta a adequação das normas ao caso (2004, p. 318) e exhibe déficit ético por não efetivar a imparcialidade (2004, p. 364 e 368-369). Apenas em algumas circunstâncias, em razão das limitações impostas pela exiguidade de tempo e incompletude do conhecimento, algumas normas poderiam ser tomadas artificialmente como regras (GÜNTHER, 2004, p. 318 e 393).

O procedimento discursivo de aplicação imparcial importa em que as normas sejam tratadas como princípios (2004, p. 318). A imparcialidade exige a consideração de todos os aspectos do caso, cujos diferentes arranjos suscitam a incidência de diferentes normas em colisão (GÜNTHER, 2004, p. 302). Na aplicação, a concorrência não afeta a validade das normas que, portanto, são tomadas por princípios a ser ponderados pelo procedimento esclarecido por Alexy (GÜNTHER, 2004, p. 350-351). A ponderação implicaria

discutir os valores que devem ser considerados e sua importância (GÜNTHER, 2004, p. 351-352). Para tanto, Günther toma por critério a integridade proposta por Dworkin, que, para o jurista alemão, é imparcial ao considerar igualmente todos os envolvidos e aspectos do caso e não se ater à interpretação legal (2004, p. 404-405), mas buscar coerência com princípios da autocompreensão moral da sociedade (2004, p. 409). Há aqui interpretação discursiva da teoria de Dworkin (GÜNTHER, 2004, p. 412), depois melhor desenvolvida por Habermas (2012a, p. 274).

Günther recorre à integridade de Dworkin como expressão de três sentidos do princípio de igual respeito e consideração: (a) imparcialidade, apoiado em Habermas, na qualidade de condição ideal de argumentação de discursos práticos de igual consideração dos interesses individuais (2004, p. 412); (b) solidariedade, pois a igual consideração pré-compreende a comunidade de princípios unida por um compartilhar de destinos superior a meras convenções políticas ao se reconhecerem na intersubjetividade e daí derivar com igual consideração os demais direitos (2004, p. 413); (c) princípio para argumentações de adequação que preconiza a ponderação dos vários princípios invocados quando da consideração de todos os aspectos do caso (2004, p. 414). O procedimento discursivo de aplicação imparcial de normas como princípios em ponderação orientada pela integridade é a resposta de Günther à definição do sentido normativo (α).

O referido procedimento proposto por Günther oferece também resposta mais consistente às críticas de contradição entre as normas do direito dirigidas à concepção de integridade cunhada por Dworkin. A colisão de normas na situação de aplicação não diz respeito à sua validade que já se pressupõe fundamentada e, por isso, não há contradição, mas concorrência resolvida pela ponderação que reconstrói discursivamente a integridade do direito. Posição que é encampada por Habermas (2012a, p. 269-272).

Contudo, para Habermas, a integridade do direito proposta por Dworkin e, principalmente na versão de Günther, só é reconstruída retroativamente na aplicação do direito ao caso concreto; antes disso, se refere apenas a flexíveis princípios cujas relações se alteram diante dos aspectos do caso (2012a, p. 272-273). Alexy endossa a crítica expressando “[...] o perigo que o sistema degenera em um catálogo de topois e perca a força de garantir certeza jurídica” (2010, p. 129). Habermas, porém, não refuta a posição de Günther, mas a aprimora. Para mitigar a fragilização das expectativas de comportamento, isto é, a redução da segurança jurídica, esta é concebida por Habermas de modo procedimental, fundado na antecipação das condições do procedimento discurso que permitam prognosticar seu possível

resultado (2012a, 273-274), à qual retornaremos adiante. Além disso, Habermas propõe a complementação da integridade com a “compreensão jurídica paradigmática” (2012a, p. 274).

Dworkin já se referia a paradigmas como atos de aplicação exemplar do direito com os quais a correta compreensão do direito, como integridade, precisa ser coerente (2007a, p. 88). Não se trata, porém, de concepção semântica, uma vez que os paradigmas não são definições, mas interpretativa, porquanto são manifestações de escolhas práticas – jurídicas, políticas, morais – da sociedade e sua própria admissão pode ser preterida em favor de outros exemplos (DWORKIN, 2007a, p. 89). Desse modo, para Dworkin, na fase pré-interpretativa até pode haver conceito convencionado de justiça e direito, mas não na etapa pós-interpretativa, em que o máximo que conseguem os filósofos ou sociólogos é identificar paradigmas jurídicos (2007b, p. 93, 113-114).

O paradigma não é conceito convencionado, mas é constituído por pontos de convergência ou intercessão entre os diferentes sentidos que cada intérprete atribui à prática do direito como um todo (DWORKIN, 2007b, p. 110). Dworkin afirma que as convergências pontuais e contingentes são provocadas por fatores de unificação e socialização – jurisprudência, doutrina, linguagem comum, ensino jurídico e processos de seleção de juristas – que geram apenas senso ou noção aproximados, é dizer, consenso (2007b, p. 97, 110-111). Ainda assim, no momento em que existente pode ser tomado como estabelecida para todos os propósitos práticos (DWORKIN, 2007b, p. 111, 112). Aqui, é possível compreender que a consolidação de paradigmas, enquanto significação, toma forma na linguagem jurídica incorporada na formação dos sujeitos do campo jurídico para Bourdieu ou na tradição em que se situa do horizonte do intérprete. Os paradigmas, então, se consolidam em consensos de convicção que expressam o convencimento substantivo dos sujeitos, mas sempre aberto à reinterpretção:

A atitude interpretativa precisa de paradigmas para funcionar efetivamente, mas estes não precisam ser questões de convenção. Será suficiente que o nível de acordo de convicção seja alto o bastante em qualquer momento dado, para permitir que o debate sobre práticas fundamentais como a legislação e o precedente possa prosseguir da maneira como descrevi no segundo capítulo, contestando os diferentes paradigmas um por um, como a reconstrução do barco de Neurath no mar, prancha por prancha (DWORKIN, 2007b, p. 169).

Günther converte o instituto à dimensão de aplicação, em que “[...] existem ‘paradigmas’ que estabelecem quais sinais característicos em uma situação são normativamente relevantes” (2004, p. 358).

Habermas destaca, então, que o paradigma constitui efetivo pano de fundo contextual ao discurso jurídico (2012a, p. 274-275) na qualidade de concepções implícitas das pessoas acerca da própria sociedade que constitui sua perspectiva sobre a prática da criação e da aplicação do direito (2011, p. 127).

Embora o paradigma seja composto precipuamente das decisões exemplares da justiça, não pode ser restrito à visão implícita que os juízes fazem da sociedade (HABERMAS, 2011, p. 128). Afinal, segundo Habermas, os paradigmas compõem o pano de fundo de todos os atores sociais (2011, p. 131) em disputa política, na qual a expertise técnica aumenta a influência dos juristas, mas não o suficiente para impor uma compreensão da autoconstituição da sociedade (2011, p. 132). Ao associar essas colocações feitas por Habermas à autonomia relativa do direito preconizada por Bourdieu (2010, p. 212), compreende-se que, na concorrência pelo discurso paradigmático jurídico, os incluídos no campo jurídico detêm primazia e independência apenas relativa. Em Habermas essa inter-relação discursiva ocorre como tradução, como sugere¹⁹ para as relações entre direito-política (2012a, p. 171) e direito-moral (2012a, p. 253-256), a partir da hermenêutica de Gadamer (2008, p. 500). A diferença entre Bourdieu e Habermas parece residir na convicção deste na racionalidade comunicativa como critério para a compreensão paradigmática correta, o que a teoria daquele poderia apontar como discurso arbitrário que pretende o monopólio da linguagem metaparadigmática.

Hoje, a teoria do discurso parece hegemônica e a importância orientadora latente exige que o paradigma seja legítimo, é dizer, se ajuste “[...] à ideia original da autoconstituição de uma comunidade de parceiros do direito, livres e iguais [...]” (HABERMAS, 2011, p. 129). Nesse sentido, Habermas propõe o paradigma procedimentalista do direito (2012a, p. 276) que, originado da controvérsia entre autonomia individualista e autonomia pública do direito material, ou seja, entre o paradigma liberal e o social a ambos absorve e supera conjugando-os (2012a, p. 275-276, 2011, p. 181). O faz em procedimento que trata as autonomias como cooriginárias ao levar a discussão para o nível de reflexão sobre as formas de comunicação em que a sociedade se autoconstitui (HABERMAS, 2011, p. 147-148). Tal paradigma não pode se engessar em ideologias e precisa ser mantido aberto pelo foco no processo de continua construção de significados e de si mesmo reflexivamente, em face das interpretações fornecidas por outros paradigmas (HABERMAS, 2012a, p. 275-276). A compreensão paradigmática pressupõe uma teoria geral do direito, algo

¹⁹ Habermas sugeriu o mesmo, inicialmente, para as ciências sociais e demais discursos (2009, p. 298-299).

a que Dworkin já chamava atenção e respondia com a integridade (2007b, 15, 110-112) e que Habermas afirma ter por base a teoria do discurso e se ancora na comunicação racional (2011, p. 181). O paradigma embasa decisões legítimas, porque racionais comunicativas, conferindo igualdade de consideração aos envolvidos (HABERMAS, 2011, p. 153). Igualdade que, associada à liberdade, Habermas afirma ser tanto formal perante a lei na aplicação do direito quanto igualdade de conteúdo nas normas (HABERMAS, 2011, p. 153) e, neste caso, implica tratamento igual a caso iguais e diferenciado a casos dessemelhantes (2011, p. 153). A diferenciação dos casos decorre do reconhecimento de interesses de pessoas em situações concretas de embate contra prejuízos sociais e, por isso, não podem ser relegada exclusivamente a juristas (2011, p. 168). A interpretação dos direitos fundamentais cumpre papel especialmente importante nesse reconhecimento (HABERMAS, 2011, p. 181) que deve conjugar a soberania popular institucionalizada e não institucionalizada, o que Habermas sustenta em referência a Ingeborg Maus (HABERMAS, 2011, p. 186). Esse é, segundo Habermas, o “núcleo do paradigma procedimentalista do direito” (2011, p. 185), que protege, sobretudo, as condições do processo democrático (2011, p. 183). O paradigma procedimental do direito, constituído de atos de aplicação exemplares, incute nos intérpretes concepção não tematizada do procedimento democrático na conjugação imparcial das autonomias individuais e públicas.

Duas são as críticas de Alexy à proposta de Günther e Habermas de especializar na aplicação o discurso jurídico jurisdicional. A primeira acusa a proposta de ser “vazia”, pois não diz como a consideração de todos os pontos de vista – pela apreciação de todas as particularidades do caso concreto e a de todas as normas invocadas – seria capaz de selecionar a norma jurídica mais adequada (ALEXY, 2010, p. 132-133). Alexy insiste na crítica mesmo após Habermas desenvolver o recurso a paradigmas, porquanto o próprio Habermas admite as limitações da compreensão paradigmática causada pela concorrência de paradigmas distintos (2010, p. 133) e, ademais, mesmo paradigmas como o liberal e o social ou procedimental seriam altamente abstratos e insuficientes para determinar a suposta única decisão correta (ALEXY, 2010, p. 133). Ao apenas apontar insuficiências essa crítica não abre ao abandono tanto quanto abre ao aprimoramento da especialização do discurso jurídico na aplicação. A seu turno, a segunda crítica de Alexy ao discurso de aplicação sustenta ainda que a proposta chega a ser “equivoca”, porque tem o risco de uma prática de decisão não universalista (2010, p. 133). As regras de decisão formadas na solução de casos particulares devem ostentar “força prejudicial” – pela pretensão de ser aplicável a outros casos semelhantes –, o que exigiria um discurso de fundamentação para satisfazer à exigência de universalidade (ALEXY, 2010, p.

133). Contudo, Günther orienta a aplicação pela imparcialidade que, por referência à reciprocidade, espelha a universalidade dentro dos limites de semelhança e dessemelhança do caso (2004, p. 63) e nesses limites a decisão pretende aceitabilidade por todos. O que está contido na crítica de Alexy não é tanto o risco de decisões não universalizadas, mas a impossibilidade de cindir juízos de fundamentação e adequação, porque, como aponta Gomes Trivisonno a partir da origem em Kant do princípio da universalidade, a adequação de normas ao caso é informada pela própria universalização (*In*: GOMES; MERLE, 2007, p. 176).

O presente estudo, no entanto, não tem a pretensão de compor as divergências entre as frentes teóricas procedimentalistas de Alexy, Habermas, Dworkin e Günther. O objeto perseguido é bem mais humilde, contentando-se em traçar os elementos comuns que permitem identificar o discurso procedimentalista do direito.

(v) Cumpre concluir provisoriamente com a reconstrução sob a perspectiva procedimental, os traços da lógica própria das obras jurídicas em que se desenvolve a linguagem do que é lícito ou ilícito, em função dos três elementos indicados por Bourdieu e, como visto, manifestos no positivismo jurídico.

A retórica da neutralidade estilisticamente marcada por construções passivas, conjugações no indicativo, verbos de atestação na terceira pessoa do singular do presente ou do passado e outros recursos, no nível da autocompreensão teórica, renega a subjetividade em benefício da revelação do sentido da lei (BOURDIEU, 2010, p. 215-216). O elemento se manifestou de modo típico no positivismo tanto com relação ao estilo como sobre a compreensão teórica da objetividade do sentido. Assim foi expressa em Kelsen no sentido objetivo da norma (1998, p. 4-9, 1986, p. 34, 213) separado da subjetividade do intérprete pelos limites da moldura (1998, p. 388). O mesmo ocorre com o aspecto fático das normas e no núcleo familiar separado da abertura de sua textura, em Hart (2007, p. 149, 151-152, 159-160).

Ainda que a apresentação estilística ainda não o reproduza completamente, houve clara superação da pretensão de neutralidade, em razão do abandono da objetividade do sentido da norma em favor da intersubjetividade da construção discursiva do sentido como acordo pragmático na linguagem. As teorias procedimentalistas, o são exatamente por compreender por correção jurídica de asserções o resultado do procedimento argumentativo-interpretativo que antecipe as condições discursivas ideais (ALEXY, 2010, p. 78). Alexy expressa claramente essa concepção, adotando a versão de Habermas de teoria do discurso (2005), e reivindica à argumentação jurídica a pretensão dialógica de correção, remetendo ao caráter dúplice da correção (2005, p. 212-215, 312-313). Dworkin recorre à noção de

consenso de convicção para adotar a intersubjetividade (2007b, p. 166). As interpretações da integridade feitas por Habermas (2012a, p. 274) e Günther (2004, p. 404-412), ao consagrar a dimensão da aplicação, abandonam a neutralidade em prol da imparcialidade no procedimento dialogal de igual consideração de todos os interesses dos envolvidos e todos os aspectos do caso (HABERMAS, 2012a, p. 274; GÜNTHER, 2004, p. 71, 98, 251).

A ordem jurídica é compreendida como unidade sistemática de normas e afasta de antemão a possibilidade de antinomias ou lacunas que não sejam apenas aparentes ou sanáveis com recurso ao próprio ordenamento (BOURDIEU, 2010, p. 213). Com efeito, isso se verifica em Kelsen e seu escalonamento de sentidos objetivos de normas até a norma fundamental (1998, p. 215-217) por relação de correspondência (1986, p. 332 ss.). As lacunas são afastadas com recurso a regulação negativa geral permissiva (KELSEN, 1998, p. 273) e as antinomias, em geral, também são negadas por meio da hierarquia, da sucessão de normas ou, no caso de normas de mesma hierarquia e contemporâneas, por exceções ou pela negativa de sentido normativo (KELSEN, 1998, p. 230-231). Hart não é tão analítico quanto a lacunas e antinomias, mas partilha da correspondência entre a objetividade de normas até a regra de reconhecimento (2007, p. 104-105, 111) na unidade sistemática do direito (2007, p. 112), apoiada no núcleo de significado padrão que possibilita subsunção, silogismos e vinculação (2007, p. 149, 157-158). Ambos, todavia, admitem que a unidade sistemática é composta de correspondência objetiva, mas nem sempre unívoca, o que expressam com a referência à moldura de possibilidades igualmente válidas juridicamente – que seria o caso da antinomia entre normas de mesma hierarquia e contemporâneas – (KELSEN, 1998, p. 388-390) e à textura aberta do direito (HART, 2007, p. 139-141).

A concepção procedimentalista do direito por razões funcionais e em decorrência da institucionalização não abandona a unidade sistemática do direito, contudo, altera sua posição no discurso jurídico. A unidade e sistematicidade do direito não são mais relações de objetividade constatada, mas imagem regulatória para a seleção de interpretações e argumentos na consecução procedimental do consenso intersubjetivo na linguagem. Nesse sentido, a hierarquização e a relação de sentido entre normas também é alcançada de modo dialogal no que Alexy se refere como justificação interna (2005, p. 218-226) e o sentido normativo que se relaciona também é fruto de justificação, agora externa (2005, p. 229-244). A antecipação do ordenamento em abstrato é referência a consensos intersubjetivos sobre o sentido das normas e suas relações como até então predefinidos pelos estágios pretéritos da contínua comunicação e argumentação na formação histórica da língua natural e da linguagem jurídica. Apenas isso é o que Alexy realiza com o direito constitucional positivado da

Alemanha em *Teoria dos direitos fundamentais* (2008). Além do ônus argumentativo que pesa a favor dos usos reiterados ou literais (ALEXY, 2005, p. 242-243), justificado pelo princípio argumentativo da inércia, nada impede que na situação de aplicação se dê nova significação normativa por razões pragmáticas. Dworkin, Günther e Habermas não consolidam os consensos pretéritos em referências semânticas, mas apenas em paradigmas (DWORKIN, 2007a, p. 88; GÜNTHER, 2004, p. 233; HABERMAS, 2012a, p. 274). Além de não ser uma constatação, a imagem regulatória da unidade sistemática persiste sob a perspectiva interpretativa, intersubjetiva e que conjuga razões substanciais práticas – morais, políticas e jurídicas – do direito como integridade. A integridade consiste na interpretação construtiva e geral das decisões jurídicas do passado, ou das mais importantes e em número suficiente, ao menos, de maneira a formar um complexo de princípios que refletem a autocompreensão moral, política e jurídica da sociedade, em função de sua autorrealização futura e aberta a reinterpretção. Uma das várias apresentações parciais, Dworkin esclarece que “segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” (2007b, p. 272).

O cânone jurídico, a que se refere Bourdieu, diz respeito à necessária referência feita nas proposições jurídicas a disposições normativas que recorrem à autoridade de outras normas até a Constituição ou a uma norma fundamental (2010, p. 214). O fundamento de validade de todo o direito em Kelsen é a norma fundamental, à qual a objetividade de forma e sentido das normas inferiores corresponde escalonadamente (1998, p. 3, 9, 215-217 e 226). Hart, correspondentemente, posiciona o fundamento de validade do direito na regra de reconhecimento (2007, p. 117-118), que possui caráter fático e normativo (2007, p. 117-118) e que identifica como normas jurídicas padrões comportamentais sociolinguísticos (2007, p. 98-100, 105, 117). Ambos abandonam a fundamentação do conteúdo do direito, deixando de legitimá-lo e atendo-se à formal descrição de sua objetividade.

A perspectiva procedimental confirma a positividade do direito, mas não lhe confere objetividade e insiste em sua legitimação. Com isso, o sentido normativo é consenso intersubjetivo de correção cuja validade tem fundamento em sua justificação segundo procedimento dialogal que antecipa as condições discursivas ideais, elencadas pela teoria do discurso. Nesse sentido, Alexy exige a justificação interna e externa das decisões jurídicas com escopo na teoria consensual da verdade de Habermas (2005, p. 118-150, 217-218). O direito para o caso, em Dworkin, deve ser coerente com a integridade que importa exatamente em justificar as decisões político-jurídicas do passado em função da autocompreensão moral

da sociedade atual e sua autorrealização futura (DWORKIN, 2007b, p. 274). A interpretação feita por Habermas (2012a, p. 277-278, 281-282, 287) e Günther (2004, p. 412-414) da integridade ressalta seu caráter discursivo e correlaciona a referência última de igual respeito e consideração aos cidadãos com as condições da situação ideal discursiva.

A compreensão do discurso jurídico procedimentalista aqui empreendida, por meio dos elementos da lógica própria do discurso jurídico e por relação ao cerne das obras de Alexy, Dworkin, Günther e Habermas, contextualiza a resposta para a questão fulcral deste estudo. Questão essa que consiste no entendimento procedimental de segurança jurídica e justiça, isto é, vinculação e adequação, que será, então, apresentada para depois se traçar considerações sobre seu reflexo no conceito semântico de norma.

2.5 Vinculação e adequação: justiça e segurança jurídica procedimentais

A compreensão procedimental do direito atribui validade a proposições normativas se consistirem em resultado de procedimento que antecipe as condições discursivas ideais (ALEXY, 2010, p. 78). Com relação à fundamentação formal do direito, há ganho de legitimidade, de justiça ou adequação, pois a discursividade oferece critério para a justificação racional das normas, em seu conteúdo e diante do caso concreto. Por outro lado, a justificação moral da correção da norma não mais depende da adequação à ordem moral concreta e de conteúdo predefinido, conforme preceituava o fundamento material do direito, mas da satisfação de condições comunicativas no procedimento argumentativo que conduzem à racionalidade do resultado correto. A justiça procedimental proposta, então, por Habermas (2004, p. 296-299) é satisfeita pela imparcialidade na percepção do caso concreto e invocação das normas pertinentes, com destaque para a racionalidade da argumentação que se aproxima, ao máximo, das condições discursivas ideais:

É apenas no processamento de uma crescente complexidade social que a imparcialidade, rearranjada pelas questões de aplicação e fundamentação, ganha função de explicitar uma idéia cada vez mais abstrata de justiça. Desse modo, as representações concretas de justiça, que inicialmente possibilitam o julgamento imparcial de casos individuais, sublimam-se num conceito procedural de julgamento imparcial, que, por sua vez, define então a justiça. A relação inicial de conteúdo e forma se inverte no decorrer dessa evolução. Se no início as concepções concretas de justiça eram critério para decidir se as normas subjacentes ao julgamento de conflitos mereciam reconhecimento,

no fim o que é justo se mede, inversamente, pelas condições de uma formação imparcial do juízo (HABERMAS, 2004, 296).

A justiça procedimental pode ser identificada na referência de Dworkin ao igual respeito e consideração dos cidadãos (2007b, p. 267) e sua correspondente imparcialidade em Günther (2004, p. 71, 98, 251) e, como visto, em Habermas. Embora Alexy, não separe fundamentação de adequação e, pois, universalização de imparcialidade, isso não implica a falta desta, mas apenas a sua não dissociabilidade daquela. Dessa forma, quando o jurista propõe, por referência às condições discursivas ideais, o cumprimento do princípio da universalidade tanto na justificação interna do direito quanto na justificação externa que se remete ao discurso prático geral, está preconizando a justiça procedimental. Note-se que é da universalidade como reciprocidade que Günther propõe a imparcialidade (2004, p. 71) e Gomes Trivisonno bem destaca que “[...] não há como o princípio de universalização não informar também a adequação de normas a um caso concreto” (2007, p. 176).

O sentido normativo, com isso, se torna consenso de linguagem intersubjetivo e contingente, a ser reafirmado ou alterado a cada nova situação dialogal em que se confirme o procedimento. A recusa da ordem moral concreta, preconizada pelo fundamento material do Direito, e igualmente da objetividade de sentidos normativos, segundo preceituava o fundamento formal, aparentemente geraria insegurança. Faltaria, com isso, uma referência na qual se pudesse confiar os juízos de expectativas de comportamento que tanto a moral quanto o Direito pretendem estabilizar. Refuta-se, contudo, toda teoria exageradamente semântica, ou que pressuponha a objetividade do ordenamento e expectativas de comportamento inequivocamente condicionadas, como foi o positivismo (HABERMAS, 2012a, p. 273-274).

Habermas acusa a interpretação feita por Günther da teoria de Dworkin de incorrer nesse risco à segurança jurídica, pois nela a integridade só é reconstruída discursivamente na aplicação do direito ao caso concreto, de forma retroativa (2012a, p. 272-273). O recurso institucionalizado de Habermas para a fixação de expectativas de comportamento, tanto para orientar juridicamente os indivíduos quanto para vincular a atuação dos julgadores, é a compreensão jurídica paradigmática (2012a, p. 274).

Alexy também atenta para o perigo de que o sistema perca a força de garantir certeza jurídica, ao disso acusar Günther (2010, p. 129) e, assim, deixar implícito que sua própria teoria afasta tal risco, ainda que não o faça por meio da referência paradigmática preconizada por Dworkin e Habermas. Alexy não separa de forma estanque fundamentação e adequação, mas destaca os argumentos de interpretação semântico e genético de outros argumentos e concede ônus argumentativo favorável ao emprego literal, prestigiando a

vinculação à lei (2005, p. 242-244). Com isso, seria possível antecipar em abstrato, ou *prima facie*, o sentido das normas e do ordenamento por referência aos consensos intersubjetivos até então alcançados nos estágios pretéritos da contínua argumentação na formação histórica da língua natural e da linguagem jurídica. É o que o jurista faz, por exemplo, com o direito constitucional alemão em *Teoria dos direitos fundamentais* (2008).

A proposta feita por Habermas da compreensão paradigmática do direito pressupõe, todavia, nova concepção de segurança jurídica de viés procedimental (2012a, 273-274), que também se pode subentender na perspectiva argumentativa de Alexy. Dessa forma, à concepção de justiça procedimental corresponde também noção também procedimental de segurança jurídica.

Segurança fundada na objetividade do conteúdo de normas de comportamento, efetivamente, não seria mais possível. No entanto, em outro sentido, continua palpável a estabilização de expectativas de comportamento, por sua vez, baseada na inevitabilidade argumentativa da fixação dos mandamentos e no seu controle em função das condições discursivas ideais e da razão comunicativa.

A segurança não mais se fia diretamente no conteúdo de normas de comportamento ordenadas, pois seu sentido e sua ordem estão sujeitos à prova na situação argumentativa concreta. As expectativas de comportamento e previsibilidade de decisões normativas residem, assim como a justiça procedimental, nos critérios discursivos de decisão. Condições essas que permitem alguma previsibilidade da participação das partes, dos pontos de vista envolvidos, das possíveis razões invocadas e da imparcialidade ou universalização na formação dialógica da decisão judicial, asseguradas institucionalmente por normas jurídicas processuais:

A segurança jurídica, apoiada sobre o conhecimento de expectativas de comportamento inequivocamente condicionadas, representa ela mesma um princípio que pode ser contraposto, *in casu*, a outros princípios. Em troca, a postulada teoria do direito possibilita unicamente decisões corretas, que garantem a segurança jurídica *num outro nível*. Os direitos processuais garantem a cada sujeito de direito a pretensão a um processo equitativo, ou seja, uma clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato; deste modo, os atingidos podem ter a segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes e não arbitrários. Se considerarmos o direito vigente como um sistema de normas idealmente coerentes, então essa segurança, dependente do procedimento, pode preencher a expectativa de uma comunidade jurídica interessada em sua integridade e orientada por princípios, de tal modo que a cada um se garantem os direitos que lhe são próprios. (HABERMAS, 2012a, p. 273-274)

A fundamentação procedimentalista, ao concentrar tanto a justiça quanto a segurança no procedimento discursivo racional de decisões normativas, pode não resolver a eterna tensão entre esses dois termos, ou entre validade e facticidade, legitimidade e positividade, adequação e justificação. Mas, efetivamente, coloca esses termos em comunicação sob a mesma matriz argumentativa racional, a qual servirá de arena para sua contraposição e composição caso a caso em consensos históricos na linguagem.

É possível projetar essa composição sobre duas questões específicas da alteração de perspectiva de fundamentação do direito descrita neste capítulo, quais sejam, o conceito semântico de norma e, antes, por questão prejudicial, sobre a interpretação.

3 INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

O principal traço distintivo do discurso jurídico, que qualifica a pretensão de correção racional comunicativa de seus argumentos, é sua institucionalização que implica vinculação ao direito vigente (HABERMAS, 2004, p. 56; ALEXY, 2005, p. 274-275; GÜNTHER, 2004, p. 366-367). A vinculação se manifesta por meio da observância e aplicação da norma jurídica, em que é expressa a lógica das obras jurídicas (BOURDIEU, 2010, p. 211). Nesse sentido, a mudança do fundamento formal da validade do direito para a fundamentação procedimental, tratada no capítulo anterior, reflete na concepção de norma jurídica e o clássico conceito semântico de norma proposto por Kelsen carece de releitura. Todavia, se norma no conceito proposto pelo jurista austríaco é sentido, a revisão da concepção interpretativa se torna questão prejudicial. Assim, o tema será abordado a partir da hermenêutica fenomenológica com considerações da crítica literária e da Semiologia.

3.1 A questão da interpretação no conceito de norma em Kelsen

Kelsen, na edição definitiva de sua obra mais representativa²⁰, a *Teoria pura do direito* (1998), entende as normas como sentido de dever-ser objetivo de um ato de vontade da autoridade jurídica que põe comando (1998, p. 4-9). Enquanto sentido, a norma não se confunde com o ato empírico que a põe (KELSEN, 1998, p. 2-3). Em sua qualidade objetiva, Kelsen sustenta que a norma também não se resume à significação que o agente liga subjetivamente ao ato, tanto que persiste mesmo após a vontade do agente desaparecer (1998, p. 8) e não diz respeito a juízos de valor subjetivo, como desejo ou vontade de um ou vários indivíduos, mas sim a “valor objetivo” (1998, p. 21). O sentido subjetivo sujeito à vontade gradual do agente é sobreposto pela suposta objetividade e caráter disjuntivo da conformidade

²⁰ Stanley Paulson situa a segunda edição de *Teoria pura do direito* no período mais longo e considerado clássico da obra de Kelsen, ainda que nela já se pudesse antever algo da fase subsequente (PAULSON *In*: TRIVISONNO; OLIVEIRA, 2013, p. 13, 16-17). Elza Afonso também dá especial importância à edição definitiva da *Teoria pura do direito* na consolidação para a obra de Kelsen, uma vez que teria conservado inalterado o núcleo das concepções teóricas anteriores (AFONSO *In*: TRIVISONNO; OLIVEIRA, 2013, p. 40-41). O próprio Kelsen, em prefácio, apresenta as reformulações ocorridas na referida segunda edição como desenvolvimento mais consequente de suas teorias anteriores (1998, p. XVII).

ou não à norma superior (KELSEN, 1998, p. 22). Assim, o sentido de dever-ser só será válido, ou seja, apenas existirá como norma jurídica, “[...] quando ao ato de vontade, cujo sentido subjetivo é um dever-ser, é emprestado esse sentido objetivo por uma norma, quando uma norma, que por isso vale como norma ‘superior’, atribui a alguém competência (ou poder) para esse ato” (KELSEN, 1998, p. 9).

Porém, a norma superior nem sempre atribuirá apenas competência, mas pode atribuir a matéria normativa. Isto é, “[...] ela determina não só o processo em que a norma inferior ou o ato de execução são postos, mas também, eventualmente, o conteúdo da norma a estabelecer ou o do ato de execução a realizar” (1998, p. 388).

Além disso, a norma superior nem sempre admite um sentido objetivamente determinado, mas pode admitir mais de um em conjunto determinado objetivamente. Nesse sentido, Kelsen esclarece que a norma jurídica de escalão superior determina, como quadro ou moldura, possibilidades objetivas de norma inferior ou decisões concretas (1998, p. 388). A determinação do sentido ou dos sentidos possíveis, ilustrada pela delimitação das bordas da moldura é o ato cognitivo, jurídico e vinculado de interpretação. Dentro da moldura não há interpretação jurídica, mas ato de vontade, político e decisório por parte do julgador cuja autoridade é reconhecida (KELSEN, 1998, p. 394, 396). Assim, a concepção de interpretação em Kelsen muito se assemelha à descrição de um objeto:

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem (KELSEN, 1998, p. 390).

Trata-se, afirma Kelsen, de “interpretação científica”, cognoscitiva (1998, p. 395) e exclusivamente jurídica (1998, p. 393), incapaz de fixar a única solução para o caso concreto nos casos de indeterminação (1998, p. 390-391). Diferente é o que o jurista denominou “interpretação autêntica”, em que o órgão aplicador escolhe o sentido dentre ou mesmo fora das possibilidades reveladas através da interpretação cognoscitiva (KELSEN, 1998, p. 393-394). A aplicação, ou “interpretação autêntica”, se relaciona com a interpretação, mas vai além desta por ser ato de vontade que põe decisão, ao escolher por critérios morais, políticos e outros não sejam jurídicos uma solução dentre as possibilidades aventadas pela interpretação ou mesmo fora delas (1998, p. 393), criando direito (1998, p. 394). Neste caso, segundo Kelsen, a aplicação recobra sua validade jurídica ao subsumir a norma da coisa julgada (KELSEN, 1998, p. 394).

Não é claro, porém, como na interpretação se determina o sentido ou os sentidos objetivos que compõem o quadro de possibilidades, em contraposição aos excluídos. Kelsen não traz definição positiva da determinação do sentido pela interpretação, mas tenta traçar uma negativa ao tratar dos limites dela, a indeterminação. Esta será intencional quando a norma determina opções ou prevê limites, dentre os quais cabe à autoridade decidir, como na hipótese da dosimetria da pena no direito criminal (KELSEN, 1998, p. 388-389). A indeterminação intencional nada esclarece e é circular, porque inclui na definição o próprio conceito a ser definido, ao pressupor dada a distinção entre o conjunto de opções deixadas ao julgador e sua extrapolação.

A indeterminação não será intencional em dois casos. Uma hipótese se refere a duas ou mais normas que se contradizem total ou parcialmente e pretendem valer ao mesmo tempo – v. g., porque contidas na mesma lei – (KELSEN, 1998, p. 390). Trata-se da antinomia entre normas de igual hierarquia e contemporâneas cuja decisão Kelsen relega ao magistrado (1998, p. 230-231). O caso também pressupõe como dado a determinação de sentido de cada norma até para que se identifique a incompatibilidade.

Outra hipótese de indeterminação não intencional é a plurivocidade de uma palavra ou sequência delas em que a norma é expressa, nesse caso, “[...] o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis” (KELSEN, 1998, p. 389). Aqui também Kelsen pressupõe a distinção entre significações possíveis e impossíveis, mas diferentemente das hipóteses anteriores há algum esclarecimento, presente na qualificação das possibilidades como de significação verbal ou, pode-se dizer, semântica. Persistindo a referência ao caráter objetivo, pode-se, inferir que norma, enquanto sentido, seria o campo semântico²¹ – unívoco ou plurívoco – objetivamente invocado pelo ato que a positiva.

Guerra também entende a objetividade do significado em *Teoria pura do direito* como redução da norma ao “significado lingüístico” – mais precisamente, campo semântico – invocado pela forma simbólica do enunciado legal (2006, p. 82). Leitura essa que é coerente com a redução da interpretação a mera descrição acima referida e que, portanto, relega à

²¹ Mesmo a Linguística atual, porém, não atribui aos campos semânticos a objetividade que Kelsen pressupõe. Segundo conceituação de Algirdas Greimas e Joseph Courtés, “chama-se campo semântico (ou nocional, ou conceptual, segundo os autores), em semântica lexical, um conjunto de unidades lexicais que se considera, a título de hipótese de trabalho, como dotado de uma organização estrutural subjacente” (s.d., p. 41). A referência semântica é, pois, “hipótese de trabalho”, o que não é algo objetivamente dado e bem se amolda à antecipação apenas provisória de sentidos intersubjetivos e postos à prova a cada situação de aplicação.

discricionariedade a consideração de elementos de linguagem outros que não os sintático-semânticos (2006, p. 82).

A questão permanece, contudo, sobre o que são e como são determinados os elementos que compõem o campo semântico. A interpretação e a vinculação consistem exatamente nessa determinação, mas quanto a isso há apenas vaga referência à objetividade e ao caráter cognoscitivo, como se fosse autoevidente.

Interpretação feita por Paulson encontra em Kant a caracterização da objetividade nessa fase clássica de Kelsen (*In: TRIVISONNO; OLIVEIRA, 2013, p. 29-31*). Também Goyard-Fabre destaca a base em Kant da teoria de Kelsen (2002, p. 340-347). Pode-se dizer que nessa fase a validade objetiva das normas jurídicas decorre do caráter de condição lógico-transcendental da norma fundamental a que a objetividade de norma a norma é remetida (KELSEN, 1998, p. 225). A correspondência de uma norma a outra superior – até a norma fundamental – de maneira objetiva exigia, contudo, caráter nomológico consubstanciado na imputação que faria as vezes da causalidade (PAULSON *In: TRIVISONNO; OLIVEIRA, 2013, p. 31*). A inspiração de Kelsen na Lógica Transcendental postulada na Crítica da Razão Pura de Kant também é destacada por Afonso (*In: TRIVISONNO; OLIVEIRA, 2013, p. 41-42*). Essa concepção, porém, já em *Teoria pura do direito* é fragilizada pelo fato de que os atos de observância e aplicação das normas não decorrem necessariamente tal qual nas relações causais, mas dependem de um elemento volitivo humano distintivo (KELSEN, 1998, p. 86-89). Essa questão levou Kelsen, em sua última fase, a abandonar a concepção de lógica normativa (KELSEN; KLUG, 1984, p. 84) e apenas aplicar a lógica formal a conceitos jurídicos que são conteúdo do sentido normativo de atos de vontade, estes em si mesmos independentes de relações lógicas (KELSEN, 1986, p. 332-349; KELSEN; KLUG, 1984, p. 79-81).

Kelsen confirma em *Teoria geral das normas* (1986) sua concepção de norma, reiterando que: a norma é sentido objetivo de dever ser ligado a ato de vontade da autoridade jurídica que põe comando (1986, p. 34, 213); ela não se confunde com o ato ou enunciado empíricos dos quais é o sentido e tampouco se resume à significação que o agente liga subjetivamente ao ato e é entendida pelos outros (1986, p. 2-3, 42); a norma expressa juízo de valor objetivo e não subjetivo (1986, p. 75); a objetividade do sentido, validade da norma, decorre de sua correspondência com uma norma superior e, assim escalonadamente, até a norma fundamental, tanto quanto à forma quanto ao conteúdo (1986, p. 328, 330-332, 336). Duas diferenças, porém, se destacam.

A primeira consiste no esclarecimento feito por Kelsen de que o sentido normativo, em especial, o componente modal de dever-ser, não decorre exclusivamente da “forma gramatical”, mas leva em consideração outros elementos contextuais como a vontade do agente que põe o ato, no momento em que o faz (1986, p. 189). Isso fica claro nas hipóteses de plurisignificação que levam o jurista a distinguir a “expressão lingüística” do sentido entendido, mas insiste em afirmar sua objetividade remetendo ao que denomina “Psicologia objetiva” (KELSEN, 1986, p. 46). Esses apontamentos permitem concluir na obra póstuma Kelsen estava disposto a compreender o ato de vontade do qual a norma é sentido não apenas em seus elementos “lingüísticos”, mas também “extralingüísticos” ou contextuais. Considerações essas indicam a direção tomada por apropriações dos conceitos de Kelsen como a feita por Marcelo Guerra, que identifica a delimitação dos sentidos juridicamente possíveis da norma – a moldura, interpretação científica – com os limites da significação verbal. Por sua vez, a decisão por um desses sentidos normativos – interpretação autêntica – é associada à complementação pelos elementos “extralingüísticos” para a determinação do sentido completo da norma (GUERRA, 2006, p. 82). A terminologia não parece, contudo, adequada se considerado que a linguagem ou o “lingüístico” não se reduz a elementos gramaticais ou verbais, como esclarece Megale (*In*: MEGALE, 2013, p. 11). É mais preciso dizer que o campo de significação dado aqui não é apenas semântico, mas até certo ponto também pragmático, pois considera elementos contextuais da situação em que a norma é posta, mas não da situação em que ela é interpretada ou aplicada. A distinção entre esses dois momentos da situação de enunciação²² é clara no direito, que parte de enunciados institucionalizados previamente. Essa postura de Kelsen em Teoria geral das normas desconstrói o segundo termo da denominação que é atribuída a sua concepção normativa como “conceito semântico de norma”. No entanto, a insistência de Kelsen na objetividade e no afastamento radical da subjetividade do intérprete não abre sua teoria para o procedimental consenso semântico-pragmático.

A segunda diferença versa exatamente sobre a objetividade, enfrentada por Kelsen diretamente na obra póstuma. É preciso esclarecer que a forma simbólica do ato de vontade, que põe a norma, com esta não se confunde e é apenas sua condição de validade, ou condição

²² Émile Benveniste assim conceitua: “A enunciação é este colocar em funcionamento a língua por um ato individual de utilização” (1989, p. 82). Prossegue, então, decompondo a enunciação entre três atos, a locução individual por apropriação da língua, a alocação diante do outro e a relação com o mundo que possibilita a correferência (1989, p. 83-84). No direito, o segundo ato da enunciação dista no tempo e, de forma que seria inconcebível no esquema teórico de Benveniste, Kelsen parece cindi-lo.

da existência como norma jurídica (KELSEN, 1986, p. 215-216, 322). Desse modo, enquanto sentido, a norma possui sua própria existência ideal, e não real (KELSEN, 1986, 216). Não se trata da existência empírica de Hart (2007, p. 98-100), mas tampouco é alteridade autônoma na intersubjetividade da linguagem postulada por Gadamer (2008, p. 574). Kelsen sustenta que “a ‘existência’ de uma norma – na terminologia de Husserl – é ideal – melhor, ideada – ou objetividade de sentido, uma realidade espiritual, que tem no ato de vontade sua base física – no sentido da fenomenologia de Husserl –” (1986, p. 218).

Mesmo dentro do contexto de inspiração em Kant, Goyard-Fabre já vislumbrava na pureza da preensão metodológica da *Teoria pura do direito* essa “perspectiva quase fenomenológica” (2002, p. 342). Com efeito, Paulson refuta Heidemann, ao destacar que, de certa forma, essa concepção de que os juízos normativos têm sua verdade condicionada à correspondência com um objeto ideal, a norma, não provoca uma ruptura com as concepções anteriores de Kelsen (*In: TRIVISONNO; OLIVEIRA, 2013, p. 21*). No mesmo sentido, Gomes Trivisonno constata que “[...] embora o dever-se não seja uma realidade, e sim uma forma de se abordar a realidade, não se insere no âmbito de uma realidade metafísica, mas de uma realidade intelectual, captada a partir de um objeto empiricamente apreendido.” (GOMES, 2004, p. 197).

Alexy também destaca que a norma, enquanto significado, possui em Kelsen existência objetiva ideal, embora não o faça com referência a Kant ou a Husserl, mas sim ao “terceiro mundo” de Gottlob Frege (*In: TRIVISONNO; OLIVEIRA, 2013, p. 87*). Destina, então, contra o jurista austríaco as críticas contra a pressuposição de um mundo de entidades abstratas (ALEXY *In: TRIVISONNO; OLIVEIRA, 2013, p. 88*).

Seja por referência às condições lógico-transcendentais de Kant, à consciência transcendental de Husserl ou ao terceiro mundo de Frege, a objetividade do sentido em Kelsen sempre se ergue sobre fundamentos filosóficos monológicos. A própria pretensão científica de Kelsen para o direito não é compreensiva, mas inspirada nas ciências naturais modernas é descritiva de objetos dados e depurada de qualquer influência da subjetividade do intérprete (1998, p. 89). Pressupõe, pois, sentidos objetivos predefinidos passíveis apenas de constatação. A próxima seção deste capítulo tratará de como essa concepção de interpretação é absolutamente insustentável após a, preconizada por Gadamer, virada ontológica da hermenêutica pela linguagem em direção à compreensão dialogal orientada ao entendimento mútuo, à intersubjetividade (2008, p. 574-575, 585). Então, serão abordadas as contribuições da teoria discursiva de Habermas e da atitude interpretativa de Dworkin para a proposta da

concepção procedimentalista de interpretação do direito, o que será esclarecido por referências à Linguística-Semiologia.

3.2 A crítica hermenêutica

A abertura ao mundo pela linguagem, que caracteriza a ontologia hermenêutica de Heidegger, é o primeiro passo contra a objetividade monológica do sentido normativo e é o ponto de superação da perspectiva monológica e solipsista de Husserl, uma das quais Kelsen se apoia para fundar a objetividade do sentido das normas.

Husserl propunha retornar ao evidente das coisas, suspendendo-as em *epoché*, ao especificar o que se pretende compreender, e retirando do conceito todo aspecto accidental, em redução eidética, para chegar ao apodítico, à coisa-em-si, fenômeno puro que se dá na consciência transcendental do sujeito que intenciona o objeto (MEGALE, 2007, p. 22-23, 34). Com efeito, o método fenomenológico é de grande valia à aplicação do direito, por exemplo, para o conhecimento do caso concreto em suas particularidades e assim permitir autêntica adequação (MEGALE, 2007, p. 47). Ademais, é preciso reconhecer com Gadamer que é Husserl, em retratações a *Ideen I*, que destaca o horizonte na intencionalidade da consciência do sujeito, que verte para os objetos do mundo e que não pode ser afastada do próprio mundo a que se volta, o qual está em constante construção condicionada pelas ininterruptas experiências do sujeito (2008, p. 330).

No entanto, Megale aponta que Husserl se firma a uma concepção de verdade como correspondência (2007, p. 37) fundada em um “[...] conceito de objetividade dentro de um processo exclusivamente objetivo, ou melhor egológico, solipsístico” (2013, p. 23). Husserl não escapa do monológico solipsismo de seu método ao se prender ao ego transcendental, que nada mais é do que “[...] o ego encerrado em si mesmo [...]” (MEGALE, 2007, p. 38). No mesmo sentido Gadamer aponta o paradoxo do solipsismo, porquanto, se a consciência é condicionada pelo horizonte histórico do sujeito, não há como o conhecimento alcançado por ela ser compartilhado universalmente com outros sujeitos que conhecem a partir de seus próprios horizontes e experiências (2008, p. 333). Tanto para Husserl quanto para Dilthey, inicialmente, os outros só existem como objetos a serem compreendidos e só depois da compreensão seriam reconhecidos como sujeitos por empatia. Para Dilthey, a empatia é procedimento eminentemente subjetivo psicológico, a seu turno, para Husserl, seria

dotado de objetividade na suposta consciência transcendental (GADAMER, 2008, 336). Ambas as pretensões, hoje, insustentáveis.

Assim, Megale bem aponta que as respostas só podem ser encontradas na linguagem (2007, p. 54) e duas frentes promoveram a virada na linguagem. Segundo Habermas, é possível com Wittgenstein posicionar a linguagem no lugar da consciência e substituir a referência ao mundo da vida de Husserl com regras da síntese da consciência por formas de vida e regras da gramática de jogos de linguagem (HABERMAS, 2009, p. 170, 185-186). Em outra frente, Heidegger atribui à compreensão a posição de existencial ontológico e sujeita a abertura ao mundo na linguagem. Nesse sentido, Gadamer afirma:

Por ter redespertado a questão do ser, Heidegger deu uma direção nova e radical a tudo isso. [...] Compreender não é um ideal resignado da experiência de vida humana na idade avançada do espírito, como em Dilthey; mas tampouco é, como em Husserl, um ideal metodológico último da filosofia frente à ingenuidade do ir vivendo. É, ao contrário, a forma originária de realização da pre-sença, que é ser-no-mundo. Antes de toda diferenciação da compreensão nas diversas direções do interesse pragmático ou teórico, a compreensão é o modo de ser da pre-sença, na medida em que é poder-ser e “possibilidade”. (GADAMER, 2008, p. 347)

Destacando a linguagem na virada ontológica realizada por Heidegger com relação a Husserl, Róbson Reis afirma:

Ainda nessa direção, é possível encontrar pontos de vista que reconhecem na transformação hermenêutica da fenomenologia a porta de entrada para uma fenomenologia da linguagem de dimensões ainda não avaliadas (Riedel, 1989: 218), ou até mesmo o surgimento em solo fenomenológico de um giro lingüístico paralelo ao desenvolvido na filosofia anglo-saxônica (Gadamer, 1992: 340). Segundo essa ótica, a passagem de Husserl a Heidegger representa a saída de uma fenomenologia eidético-visual para uma hermenêutica do ser-no-mundo já sempre linguisticamente interpretado (Apel, 1991: 34). (REIS, 1998, p. 34)

Em *Ser e tempo* (2009), ao perquirir de maneira fenomenológica e hermenêutica sobre o sentido do ser, Heidegger se volta para o ente que realiza o ser – o ente que é – qual seja, o *Dasein*, ser-aí ou presença – e que, como tal, existe originária e necessariamente no mundo e no tempo. A presença autêntica se compreende em um instante contínuo de *ekstase* temporal, que reiteradamente parte do passado para o presente e projeta-se no futuro de suas possibilidades e da finitude da morte. Por outro lado, não se perde na mundanidade ingênua, na trivialidade e no simplesmente dado. A presença realiza o ser-no-mundo na e por meio da abertura à autenticidade à originalidade do ser no “aí”. A condição existencial do ser-aí

apresenta dois modos constitutivos: disposição e compreender, ambos determinados na fala (HEIDEGGER, 2009, p. 192).

A disposição é “[...] um modo existencial básico da abertura igualmente originária de mundo, de co-presença e existência, pois também este modo é em si mesmo ser-no-mundo” (HEIDEGGER, 2009, p. 196). Na qualidade de ser-no-mundo, a disposição é antes um humor, ou estado de espírito, que antecipa todo saber ou vontade que dela se apropria, mas que não se extingue pela apropriação (HEIDEGGER, 2009, p. 195). Dessa forma, não é racional e tampouco irracional, pois antecede a tudo que se poderia assim qualificar, sendo sua condição de possibilidade (HEIDEGGER, 2009, p. 195). Por outro lado, na qualidade de estar-lançado, Heidegger sustenta que a disposição é abertura originária para o mundo a situar entre as coisas da forma mais originária possível (2009, p. 195), como circunvisão (2009, p. 196), condição de possibilidade anterior a qualquer afecção na qual “[...] algo que toca pode vir ao encontro” (2009, p. 197). O vir ao encontro das coisas, daquilo que pode tocar de forma originária é ser-aí, *Dasein*, presença, de modo que “o estado de humor da disposição constitui, existencialmente, a abertura mundana da presença” (HEIDEGGER, 2009, p. 197).

O compreender primordial, cooriginário da disposição é outro existencial do ser-aí, que não se refere a modos possíveis de conhecimento, como o esclarecer e o próprio compreender em outro sentido; estes daquele derivam (HEIDEGGER, 2009, 202-203). Naquilo em virtude do que a presença é, o ser-no-mundo se abre como tal e o faz na forma de significância (HEIDEGGER, 2009, p. 203), ou seja, ser passível de significação ou poder-ser, projetando-se no estar-lançado no mundo enquanto possibilidades, é um projeto que, diante das possibilidades do ser que é, convida: “venha ser o que tu és!” (HEIDEGGER, 2009, p. 206). Aqui, porém, ainda não há apropriação predicativa, de modo que não só o pensamento, mas também a intuição são apenas derivados distantes desse compreender originário (HEIDEGGER, 2009, p. 205-206).

Na qualidade de poder-ser a significância não ostenta predefinição que lhe permita fazer as vezes da objetividade do sentido em Kelsen. A significância se abre na presença, mas não como dado e sim como ser, tomado primariamente em todas as suas possibilidades em virtude do que foi, do que está e do que será, na totalidade do que é antes de qualquer determinação (HEIDEGGER, 2009, p. 205).

A interpretação, para Heidegger, é a elaboração do projetar inerente ao compreender (HEIDEGGER, 2009, p. 209). Trata-se da apropriação do compreender primordial pelo intérprete, não como um tomar conhecimento passivo, mas na atividade de uma elaboração das possibilidades projetadas no compreender. Ou seja, a interpretação faz

surgir expressamente o que se compreendeu, ao modo de “algo como algo”, relação que associa sem identificar completamente, marcando concomitantemente certa dissociação (HEIDEGGER, 2009, p. 209-210). A interpretação não põe significado sobre algo, mas expõe a conjuntura que a própria presença abriu no compreender (HEIDEGGER, 2009, p. 211).

A interpretação ocorre em momentos descritos por Heidegger como prévios, porquanto antecipam o seu resultado, o sentido. O primeiro é a posição prévia que diz respeito ao próprio situar da atividade interpretativa na conjuntura da totalidade de possibilidades significativas já compreendidas. A visão previa recorta o que foi assumido na posição previa, ao fixar o parâmetro na perspectiva do qual o compreendido há de ser interpretado, permitindo e efetuando uma determinação. A concepção prévia denomina a conceituação pela qual a interpretação já se decidiu, que pode ser pertencente ao ente, correspondendo a sua manifestação, ou mesmo resistida por este, mostrando-se falsa (HEIDEGGER, 2009, p. 211). A conceituação e o sentido que decorrem desses momentos da interpretação, importa ressaltar, não são necessariamente predicativos ou temáticos, embora já se encontrem no nível do pensamento (HEIDEGGER, 2009, p. 210, 211).

A estrutura da interpretação explícita, em especial nos momentos de visão e conceituação prévia, sua dependência de pressuposições em que se fundam a perspectiva com que a conjuntura compreendida será recortada e as referências para sua conceituação, o que arruína a pretensão exegética de descobrir um sentido exato (HEIDEGGER, 2009, p. 211-212). E mais, o existencial ontológico da interpretação também põe por terra a pretensão positivista de Kelsen de retirar do sentido a subjetividade e os valores do intérprete (1998, p. 21. 1986, p. 75). Aqui fica claro que a abertura ao mundo é inescapavelmente interpretativa e não descritiva:

A simples visão das coisas mais próximas nos afazeres já traz consigo tão originariamente a estrutura da interpretação que toda e qualquer apreensão, por assim dizer livre da estrutura-como, necessita de uma certa transposição. [...] O não pronunciamento ôntico do 'como' não deve levar a desconsiderá-lo enquanto constituição existencial *a priori* do compreender (HEIDEGGER, 2009, p. 210).

O sentido resultante é apropriação do que é articulado pela interpretação por meio da qual algo se torna compreensível como algo (HEIDEGGER, 2009, p. 212-213). A interpretação, ao conceituar e recortar a conjuntura, apenas expõe o compreendido na presença em sua inerente possibilidade de significação (HEIDEGGER, 2009, p. 213). É nesse sentido que se estabelece o círculo hermenêutico pelo qual se interpreta apenas o já compreendido (HEIDEGGER, 2009, p. 214-215). O sentido em certa medida decorre da

própria interação mais originária com as coisas e pessoas: a presença. A interpretação aproxima-se do autêntico se “[...] partir das coisas elas mesmas” e “[...] não se deixar guiar, a posição prévia, visão prévia e concepção prévia, por conceitos populares e inspirações [...]” (HEIDEGGER, 2009, p. 214-215).

Situada a ontologia hermenêutica, há de se apontar sua situação na linguagem, visto que ela se radica na constituição existencial da abertura da presença (HEIDEGGER, 2009, p. 223). A fala propriamente dita se estrutura a partir do referencial – em que ela se situa na presença – do referido – coisa articulada – da comunicação e do anúncio (HEIDEGGER, 2009, p. 225). Nesse sentido, o existencial da linguagem, enquanto fala, não se resume à enunciação e figura tão originariamente quanto a disposição e o compreender que dele dependem para se articularem:

Do ponto de vista existencial a fala é igualmente originária à disposição e ao compreender. A compreensibilidade já está sempre articulada, antes mesmo de qualquer interpretação apropriadora. A fala é a articulação da compreensibilidade. Por isso, a fala se acha à base de toda interpretação e enunciado. Chamamos de sentido o que pode ser articulado na interpretação e, por conseguinte, mais originariamente ainda já na fala. Chamamos de totalidade significativa aquilo que, como tal, se estrutura na articulação da fala. Esta pode desmembrar-se em significações. Enquanto aquilo que se articula nas possibilidades de articulação, todas as significações sempre têm sentido (HEIDEGGER, 2009, p. 223).

O enunciado deriva da interpretação de tal maneira que apresenta essa estrutura formal análoga, em que demonstração, predicação e comunicação correspondem, respectivamente, a posição prévia, visão prévia e concepção prévia (HEIDEGGER, 2009, p. 218-219). Ademais, o ponto de partida da determinação na predicação já fora delimitado antes pela visão prévia, de forma que aquilo implicado pela visão já se encontra implícito no ente quando a enunciação o determina (HEIDEGGER, 2009, p. 219). Se a figuração do ente na enunciação não é tão originária, no entanto, em sua predicação, ela permite a remissão ou apropriação, vantagem essencial para a comunicação que lhe confere função apofântica (HEIDEGGER, 2009, p. 220). Entre uma interpretação, pré-predicativa, e uma enunciação teórica, ápice do predicativo, há uma variedade de graus intermediários, mas todos têm origem na compreensão primordial (HEIDEGGER, 2009, p. 220-221).

Assim, a linguagem para Heidegger tem por fundamento ontológico existencial a fala, o discurso e a enunciação (2009, p. 223). A enunciação, em sua estrutura formal, é uma forma derivada de exercício de interpretação que não se confunde com a própria interpretação, a compreensão, o ato de julgar ou o pensamento (HEIDEGGER, 2009, p. 215).

A forma do enunciado como demonstração descobre o ente à visão, mostra o enunciado na compreensão de sua presença (HEIDEGGER, 2009, p. 216). Enquanto predicção, o enunciado determina o próprio ente, restringe a visão que se tem dele como tal, definindo-o ao delimitá-lo (HEIDEGGER, 2009, p. 216). O enunciado como comunicação compartilha com outros o ente, possibilita a visão conjunta de um ente, mas enquanto presença, de forma que não necessariamente o ente esteja à mão ou à visão (HEIDEGGER, 2009, p. 217). Segundo Heidegger: “o enunciado é um mostrar a partir de si mesmo e por si mesmo, que determina e comunica” (2009, p. 218).

A presença na disposição, em sua possibilidade de significação pré-predicativa, “[...] vem à palavra [...], porém, não são coisas dotadas de significados” (HEIDEGGER, 2009, p. 224). Heidegger nega a existência de sentidos objetivos dados, segundo pressupõe a concepção de interpretação de Kelsen. A palavra, o *logos*, denota a união do som verbal – *phoné* – com a significação – *semaínein* –, em que aquele vem a esta pelo existencial ontológico da linguagem, a articulação da presença (HEIDEGGER in SOUZA, 1978b, p. 114). Segundo Heidegger, a fala nada transporta, mas apenas permite a apropriação compartilhada da presença em que já se coabita, na convivência da disposição e do compreender comuns (2009, p. 225), isto é, *homologeín* (In: SOUZA, 1978b, p. 121). Presença essa que possui linguagem (HEIDEGGER, 2009, p. 228).

Heidegger toma como *a priori* o próprio potencial de significação e a estrutura-corno da interpretação. Dessa forma, a linguagem aqui é tomada em sua feição semântica, na questão ontológica de conteúdo que culmina no sentido das coisas (HEIDEGGER, 2009, p. 228-229). Segundo o autor, “a semântica tem suas raízes na ontologia da presença. O seu florescimento ou fenecimento está atrelado ao destino da presença” (HEIDEGGER, 2009, p. 229).

Algumas críticas insistem que em *Ser e tempo* ainda há acesso não mediado pela linguagem aos objetos, caso de Tugendhat (REIS, 1998, p. 33-34). No entanto, fundamentada no próprio Heidegger, Megale entende que entre a primeira e a segunda fase do pensamento do filósofo alemão não há rupturas, apenas alternância de recuos e avanços (2009, p. 213). Com isso negar a constituição da existência na linguagem em Heidegger é difícil de harmonizar com partes das reflexões onto-hermenêuticas já explicitadas aqui e com outras obras do filósofo, em que o não predicativo não está impossibilitado de sê-lo, mas tem a predicção como uma das possibilidades de sua conjuntura, de seu poder-ser. Não é tanto “anti-predicativo”, quanto é pré-predicativo (REIS, 1998, p. 34). A tais críticas Róbson Reis rebate com a inserção temporal da analítica ontológica em um presente necessariamente

precedido de um passado, o que corresponde à inserção em um mundo já interpretado na linguagem, de forma limitada pela finitude no futuro, que se abre pela *ekstase* temporal:

Segundo Heidegger, a condição humana não é definida apenas pela projeção compreensiva de possibilidades, mas pelo *factum* do já estar em projetos. O desvelamento de mundo ocorre a partir de uma projeção e desvelamento já acontecidos. Consequentemente, a compreensão já sempre encontra-se interpretada, já sempre discursivamente articulada e linguisticamente expressa. A dimensão do passado e a tendência ao encobrimento acarretam a elaboração da compreensão em interpretação, a derivação dessa em enunciado, e a derivação do discurso em linguagem. Portanto, a articulação discursiva da interpretação e da compreensão jamais é efetivada a partir de um ponto inicial desprovido de interpretação e linguagem, mas sempre acontece em um mundo já desvelado, já em contextos de significação compreendidos, interpretados e, esse é ao ponto simbolicamente mediatizados. Isso sugere, portanto, a tese de que a abertura de mundo proporcionada pelo ser-aí é necessariamente mediada pela linguagem, mesmo que não obrigatoriamente de forma predicativo-proposicional (REIS, 1998, p. 38).

Esse entendimento coaduna com as obras posteriores de Heidegger, nas quais o filósofo deixa claro que as próprias coisas, somente se tornam coisas ao ser evocadas pela nomeação na linguagem (HEIDEGGER, 2008, p. 16-17). Então, a abertura do mundo na linguagem concentra toda sua força na afirmação do Heidegger maduro de que “a linguagem é a casa do ser. Nesta habitação do ser mora o homem” (1987, p. 33). Nesse sentido, apenas se fundamenta o que já é intuitivo:

A proposta de refletir sobre a estruturação do mundo via linguagem fundamenta-se no fato de que o homem não tem outra forma de se colocar no mundo a não ser a partir da linguagem, quer dizer, a condição de possibilidade para que o homem pense todas as outras formas de estruturas possíveis do mundo é a linguagem. Portanto, por que não privilegiar a linguagem como sendo uma das formas de estruturar o mundo? (FERREIRA *In*: OLIVEIRA, 2002, p. 13)

Heidegger entende que a interpretação parte da posição prévia do ente na presença, ou disposição no mundo passível de compreensão pela linguagem, sobre a qual foca visão prévia fixando a perspectiva que dirige a concepção prévia em que a interpretação se decide por uma conceituação, de maneira ainda não predicativa e de acordo com a estrutura “como”. O sentido é apropriação da potencial significação inerente à presença que se aperfeiçoa na decisão pela conceituação, na qualidade de resultado da interpretação. A atividade hermenêutica de interpretação, desde a posição prévia, já se desenvolve em função da fala, ou potencial articulação na linguagem.

A perspectiva que direciona a compreensão na visão prévia e a decisão na concepção prévia é informada por pressuposições do próprio intérprete (HEIDEGGER, 2009, p. 211-212). Conseqüentemente, a enunciação é delimitada pela visão e concepção prévia e também o sentido da proposição enunciada é informado por tais pressuposições. O sentido alcançado na interpretação e incutido na proposição será autêntico, segundo Heidegger, se orientado pelas coisas mesmas e se não se deixar guiar por conceitos populares e inspirações (HEIDEGGER, 2009, p. 215, 214-215). É dizer, a autenticidade do sentido depende de que as pressuposições que informam a delimitação da presença indaguem sobre as coisas mesmas e superem a superficialidade da mera reprodução de conceitos populares e inspirações. Se adotada a compreensão Heideggeriana mais imersa na linguagem que entende a presença como pré-predicativa, ou potencialmente constituída na linguagem, e não como “a-predicativa”, tais pressuposições estariam latentes nos vocabulários. Essa compreensão parece coerente com os procedimentos de análise filosófico-semântica heideggeriana e o paralelo entre a pretensão de autenticidade de sua filosofia e a originalidade de seu vocábulo.

Megale destaca não só a condição existencial do ser na linguagem, mas também seu caráter dialogal e irreduzível ao verbalmente expresso, ao afirmar que “o homem se mostra como um ente que é na palavra, no jogo de pergunta e resposta, ou seja, no discurso, que também pode aparecer sem som, no silêncio” (2009, p. 217).

Gadamer, como visto anteriormente neste trabalho²³, contribui com sua própria versão do círculo hermenêutico de compreensão, em que as pressuposições ou pré-compreensões referidas por Heidegger se consolidam no horizonte histórico na linguagem que abriga a intencionalidade e caracteriza a finitude do intérprete em permanente reformulação (2008, p. 330). A obra também se refere ao horizonte das referências históricas que lhe são associadas na linguagem legada pela tradição, ou horizonte do mundo que leva consigo (GADAMER, 2008, p. 330). Na compreensão ambos os horizontes de fundem no contexto mais amplo da linguagem como tradição em que ambos se situam (2008, p. 339, 402-403), em constante ampliação e renovação do horizonte do intérprete que se abre a novas compreensões, na história dos efeitos (2008, p. 399, 405). Gadamer preceitua, pois, que os preconceitos do intérprete são constantemente postos à prova (2008, p. 404) na forma dialógica de perguntas e respostas (2008, p. 488), em que a pergunta é antecipação da perfeição da obra a que seu significado deve responder (2008, p. 483). A crítica à concepção

²³ Confira-se item 2.1.

de interpretação subjacente ao conceito de norma de Kelsen destaca, sobretudo, três aspectos da hermenêutica filosófica de Gadamer.

A primeira contribuição de Gadamer a ser destacada diz respeito às pressuposições que dirigem a compreensão e sua situação na linguagem. Ao apreciar as concepções metodológicas das ciências sociais Gadamer conclui com Helmholtz que a qualidade distintiva diz respeito a condições psicológicas da postura compreensiva (2008, p. 39). Assim, Gadamer destaca a particularidade das ciências do espírito residente no “tato psicológico”, marcado pela “riqueza de memória” e “reconhecimento de autoridades” (2008, p. 42, 39). O tato reside no elemento formador do juízo humano que intuitivamente projeta no fato social a ser compreendido as associações retidas pelas experiências da formação do sujeito que compreende (GADAMER, 2008, p. 51). É essa condição psicológica que permite ao sujeito compreender o sentido do fato social, apreender e lidar com ele, saber o que é ou não possível (GADAMER, p. 2008, p. 52-53). Gadamer associa o tato ao senso comum e sua variação em bom senso, restituído de sua conotação político-social, para caracterizá-lo como elemento do juízo, mais do que objeto da reflexão do sujeito (2008, p. 64). Por outro lado, a compreensão é definida pelo tato, que é sentido ou juízo sensorial, assim como o gosto estético enquanto senso comum, de acordo com a leitura que Gadamer faz de Kant (GADAMER, 2008, p. 73). A origem do tato se desenvolve na formação no sujeito de um sentimento estético e histórico, não se tratando de uma dotação natural, mas de um elemento formado em sua educação humanística, cultural (GADAMER, 2008, p. 53). Formação que não se atém ao acúmulo de experiências de informações culturais humanísticas no sujeito ou no desenvolvimento de faculdades e aptidões, mas alcança aspectos ainda mais fundamentais. Forma-se, por essas experiências, o caráter do sujeito e sua sensibilidade que condicionam toda posterior interação com o mundo (GADAMER, 2008, p. 45-46). Novas interações implicam novas experiências que se acumulam na continuidade da formação do caráter e sensibilidade em efetivo “[...] processo interior de formulação e formação, permanecendo assim em constante evolução e aperfeiçoamento” (GADAMER, 2008, p. 46). Gadamer esclarece que a formação ocorre pelo acúmulo de experiências na memória, que não é mera “capacidade anímica adicional” (2008, p. 51), mas processo e conteúdo de reter, lembrar e esquecer também em formação (2008, p. 51-52). Desse modo, não há simples dotação natural ou “sentido” – intuição ou sentimento – e sim razão ou “[...] consciência estética ou histórica” (GADAMER, 2008, 53). Pode-se dizer que o tato oriundo da formação como consciência histórica condicionante da capacidade do sujeito compreender é a faculdade sobre a qual se sustenta a postulação de Gadamer do exercício da prudência – *phrónesis* – na aplicação de

normas (2008, p. 433) e constitui o próprio posicionamento do intérprete na história dos efeitos (2008, p. 399, 405. *In*: GADAMER, 2007, p. 317). Ao confrontá-lo com Heidegger, é cabível afirmar que Gadamer explicita que as experiências mais originárias com o mundo, ainda na presença em que os entes são poder-ser e na evidência da interação sensorial, a própria possibilidade de significação é constituída e constituinte na consciência histórica em formação no sujeito.

A hermenêutica filosófica desenvolvida por Gadamer, com a profunda constituição da consciência na história e na linguagem refuta a pretensão metodológica de Kelsen de objetividade, pureza e valores objetivos. Com efeito, usando vocabulário de Kant, o intérprete é capaz de distinguir seus desejos de sua vontade, mas mesmo estas estão intrinsecamente imbuídas da subjetividade e contingência histórica da linguagem.

Exatamente por posicionar toda compreensão na linguagem legada na tradição, Gadamer se destaca em um segundo ponto já antes antecipado neste estudo. A virada ontológica da hermenêutica pela linguagem, tradição com a linguagem constitutiva do mundo para o intérprete (2008, p. 569, 571). Nesse sentido, a compreensão é interpretação e, como fusão de horizontes, procede como tradução entre o recorte de linguagem dotado pelo intérprete e o incorporado na obra (GADAMER, 2008, p. 500). Sujeito e objeto já situados na linguagem, nela se reúnem na compreensão. Por não se prender às coisas e, ao mesmo tempo, pressupor entendimento mútuo, a linguagem não está adstrita à facticidade e tampouco está à disposição da subjetividade (GADAMER, 2008, p. 574-575). Gadamer afirma que à linguagem vêm estados de coisas, conjunturas –*Sachverhalte* –, que possuem “alteridade autônoma” com relação à coisa, caracterizando sua “objetividade” – *Sachlichkeit* – (2008, p. 574), aqui denominada “intersubjetividade”, distinta da pretensão científica moderna de objetividade – *Objektivität* – (2008, p. 585). Três preceitos distinguem da “objetividade” das ciências, estas marcadas pela pretensão de eliminar os elementos subjetivos do conhecer (2008, p. 585).

A intersubjetividade da linguagem não decorre de sua correspondência a objetos empíricos, mas fazem presentes abstrações das coisas na linguagem, conjunturas (*I*). Assim, à experiência de mundo pela linguagem não se pode opor o “[...]‘o mundo em si’, como se a visão correta que se possuiria a partir de alguma possível posição fora do mundo humano da linguagem pudesse alcançá-las em seu ser em si” (GADAMER, 2008, p. 578). A cada nuance da percepção das coisas na experiência pela linguagem e que suplanta as anteriores somente se opõe “[...] ‘a coisa em si’ como o *continuum* dessas nuances, enquanto que cada uma das

nuances que se dão nas visões de mundo próprias da linguagem contém potencialmente todas as demais” (GADAMER, 2008, p. 578).

A intersubjetividade da linguagem não despreza a subjetividade do intérprete, mas este nela participa ainda que não seja suficiente para sozinho modificá-la (*II*), pois “[...] não é uma criação do pensamento reflexivo, mas contribui ela mesma para estabelecer a atitude frente ao mundo, na qual vivemos” (GADAMER, 2008, p. 580). Assim, na intersubjetividade, a linguagem se abre também para a mudança de valores coletivos. Segundo Gadamer “[...] no acontecimento da linguagem não encontra lugar somente aquilo que persiste, mas também e justamente a mudança das coisas. Assim, por exemplo, no declínio das palavras podemos ler a mudança dos costumes e dos valores” (2008, p. 580). Esse segundo preceito, porém, deve ser melhor explicitado em face da possibilidade de perspectivas convencionalistas, o que remeterá adiante a Dworkin.

Os dois preceitos acima são dispostos de maneira contínua e inseridos na explicitação da intersubjetividade da linguagem e da compreensão que nela ocorre em *Verdade e método*. O terceiro preceito, porém, subjaz ao conjunto da virada ontológica da hermenêutica pela linguagem na referida obra, sendo pontuado de forma expressa ao longo da obra e, por isso, não é menos claro. A intersubjetividade não refuta apenas a objetividade empírica, mas também a objetividade ideada (*III*). De forma geral, Gadamer afirma que “o intérprete não sabe que carrega para dentro de sua interpretação tanto a si mesmo quanto seus próprios preconceitos. A formulação na linguagem é tão inerente à opinião do intérprete, que em nenhum caso se torna objetiva para ele” (2008, p. 521). Afinal, não se admite qualquer ponto de vista que se posicione fora da contingência histórica da linguagem ou mesmo do horizonte do intérprete que até se amplia na fusão situada na tradição, mas esta nunca será toda contemplada por ele autoridade da “concepção de mundo” encerrada na língua (GADAMER, 2008, p. 568-569, 584). Gadamer defende que “[...] não existe nenhum lugar fora da experiência de mundo que se dá na linguagem, a partir donde fosse possível converter-se a si mesmo em objeto” (2008, p. 584). Nesse sentido, Gadamer recusa a concepção de consciência como referencial para a validade de um juízo, em crítica que parece se dirigir a Hegel, mas alcança também a Husserl e à filosofia da consciência em geral:

Obviamente, também aqui cada compreensão tem um padrão de medida no qual se mede e, nesse sentido, possui também um possível término – é o conteúdo da própria tradição, o único a oferecer um padrão e que se manifesta na fala. Mas não existe nenhuma consciência possível – já o destacamos repetidamente acima, e nisso repousa a historicidade do compreender –, não existe nenhuma consciência possível, mesmo que fosse

infinita e nela se manifestasse na luz da eternidade a ‘coisa’ que é transmitida. Toda apropriação da tradição é historicamente distinta das outras, o que não quer dizer que cada uma não passe de uma concepção distorcida da mesma: Cada uma representa, antes, a experiência de uma “visão” (*Ansicht*) da própria coisa (GADAMER, 2008, p. 610. Sublinhado acrescido)

Mesmo o *continuum* de usos de linguagem, nuances ou visões, referido no segundo preceito, conquanto referencial não pode ser permanente ou revelador de algo além das contingências da linguagem. Isso, porque Gadamer bem nos lembra que “[...] a compreensão implica sempre um momento de aplicação, realizando assim um constante e progressivo desenvolvimento da formação dos conceitos” (GADAMER, 2008, p. 522), conclusão a que o próprio direito leva. Nesse ponto, as noções de Dworkin de que o sentido normativo é estabelecido em consensos de convicção e por casos experimentais serão esclarecedoras e serão vistas no item seguinte. Na mesma direção de Gadamer, Megale também aponta que os conceitos normativos, por serem valorativos, gera divisão entre os interlocutores e dentro do próprio intérprete (2008b, p. 349). A divisão afasta a objetividade e suscita a intersubjetividade do diálogo. Argumentação que Megale sujeita à universalidade em princípios como a isonomia na consideração da complexidade da vida (2008b, p. 347-348). Somente em função do dialogal questionamento o discurso jurídico terá força de resposta (MEGALE, 2008b, p. 358).

A insustentabilidade de referencial propriamente objetivo, ainda que intelectual, arruína as pretensões de pureza em Kelsen e também a pressuposição de que seja possível delimitar o conjunto de sentidos objetivos possíveis, isto é, de traçar a moldura objetivamente.

Isso não importa, porém, que critérios intersubjetivos de definição do sentido da norma possam ser postulados, em princípio, tanto antecipadamente em abstrato quanto na aplicação em concreto. Os preceitos da intersubjetividade estão condicionados ao que Gadamer aponta como o ser autêntico da linguagem: a conversação como “exercício do entendimento mútuo” (2008, p. 575). Afinal, compreender é “pôr-se de acordo na linguagem” (GADAMER, 2008, p. 497) e a conversação é o processo desse acordo (GADAMER, 2008, p. 499). Daí a estrutura dialogal da compreensão, aos moldes da tradução e do jogo de perguntas e respostas (2008, p. 483, 488, 500). O acordo na linguagem manifesta as noções propostas por Gadamer de fusão de horizontes (2008, p. 488, 500) e rejeição ou apropriação dos próprios preconceitos postos à prova (2008, p. 371, 404).

A partir das considerações feitas sobre a filosofia de Heidegger e Gadamer, para este a unidade entre tradição e linguagem informa que não há só analogia de estrutura formal

entre a interpretação e articulação na linguagem, mas coincidência entre posição e demonstração, visão e predicação, concepção e comunicação. Não obstante, a crítica hermenêutica postula que a interpretação parte do posicionamento prévio do intérprete e da presença da obra, ambos na linguagem, ainda no amplo poder-ser de significações na linguagem. O intérprete, pelo juízo sensorial em formação na sua memória que consubstancia sua consciência histórico-linguística e que fixa a perspectiva da interpretação, intenciona a obra, distinguindo-a no que Heidegger denominou visão ou predicação. Nesse ponto, o horizonte histórico do intérprete confronta o horizonte histórico da obra até sua fusão, de forma que o confronto dialético entre as experiências de linguagem do intérprete e as inculcadas na obra se sintetiza na concepção do sentido que responde à pergunta pela manifestação perfeita da forma simbólica da obra.

No discurso jurídico, a interpretação da norma parte de sua presença e do posicionamento do intérprete na linguagem jurídica de determinada comunidade. O intérprete intenciona a norma, a começar pelo reconhecimento da forma simbólica do texto do enunciado normativo e de sua qualidade de fonte jurídica. Assim o intérprete procede orientado pelo juízo em formação ao longo de suas experiências, desde o contato com a língua natural até a incorporação do discurso jurídico, por exemplo, em contendas judiciais, nos bancos das Faculdades de Direito, no contato com diplomas legais e obras jurídicas em geral. As experiências de significação adquiridas pelo intérprete na formação de sua consciência histórica jurídica servem de ponto de comparação e, pois, identificação das experiências que expressam a norma a partir de sua forma simbólica. É na retomada do próprio desenrolar histórico da significação na linguagem jurídica que atribui à forma o sentido da norma jurídica como resposta à indagação sobre qual a manifestação perfeita daquilo que tal forma representa.

3.3 Crítica interpretativa procedimentalista

As diferenças do discurso de fundamentação de validade procedimentalista para o discurso jurídico de fundamento de validade positivista já foram suficientemente apresentadas no terceiro capítulo. Aqui cumpre evitar repetições desnecessárias e apenas destacar os pontos em que Habermas, Alexy, Dworkin e Günther vão além dos apontamentos de Heidegger e Gadamer, contribuindo para a interpretação do direito.

O debate com Gadamer, visto no segundo capítulo, levou Habermas a concluir que nem todo entendimento consagra verdadeiro consenso (*In: HABERMAS, 2009, p. 333*), livre do que denunciou como ideologia incutida na linguagem e formas de coerção (2009, p. 265-266). Nem mesmo toda comunicação pode ser considerada entendimento mútuo (HABERMAS, 2012b, p. 529). Consequentemente e reconhecendo o valor da hermenêutica, Habermas qualifica o acordo na linguagem com exigências pragmáticas que afastariam a coerção do acordo discursivo, quais sejam, as condições ideais da situação discursiva (*I*), cuja formulação atual exige: (a) publicidade da situação discursiva e inclusão total de todos os envolvidos; (b) equidade de direitos de comunicação; (c) vedação á coerção, permitindo que prevaleça apenas o peso do melhor argumento; e (d) a proibidade dos participantes da situação discursiva, que se apresentem sinceramente dispostos a alcançar um entendimento (HABERMAS, 2004, p. 46). O filósofo e sociólogo sustenta essas condições em sua teoria discursiva da verdade que se aplica às pretensões de correção de modo que a validade de proposições normativas está condicionada à justificabilidade racional comunicativa (2004, p. 53), não apenas situada na linguagem, mas também em sua dimensão pragmática (2004, p. 219). Tais exigências são posicionadas no contexto do agir comunicativo que, em suma, exige dos sujeitos condições igualitárias na comunicação em “busca cooperativa da verdade” (HABERMAS, 2012b, p. 193-194).

Nesses termos, a concepção de interpretação de Kelsen se mostra ainda mais insustentável, não apenas por ser fundada na objetividade e não na intersubjetividade da linguagem, mas por não se pautar pelo acordo na linguagem e muito menos pelas condições ideais da situação discursiva. O discurso positivista, então, sob o falso manto da objetividade impede a tematização dos pressupostos da atribuição de sentido à norma e, perpetuando ideologias, priva o direito de qualquer possibilidade de legitimação.

A partir da teoria do discurso de Habermas, Alexy (2005) esboça as formas e regras da argumentação prática geral rumo à aceitabilidade racional comunicativa e, associando-as à institucionalização do direito por razões funcionais, deriva as formas e regras da argumentação jurídica. Dentre tais formas e regras estão os argumentos de interpretação genético, histórico, comparativo, sistemático e teleológico e, note-se, argumentos semânticos e práticos gerais (2005, p. 229-230). Infere-se disso não apenas a tematização de argumentos morais, políticos e de outra ordem, mas também que mesmo a definição semântica do sentido deve ser objeto de consenso argumentativo.

Dworkin defere atenção especial à compreensão do direito e, se sua acusação a Hart de inadmitir princípios não se aplica a Kelsen (TRIVISONNO *In: TRIVISONNO;*

OLIVEIRA, 2013, p. 199), a crítica sobre da postura interpretativa se aplica à pressuposição de objetividade do sentido presente em ambos os positivistas. O jurista estadunidense, nesse sentido, preconiza atitude interpretativa, pela qual as normas são expressão axiológica e historicamente condicionada (2005, p. 229-230). Nesse sentido, Dworkin parece por em prática o círculo hermenêutico ontológico de Heidegger e Gadamer, o que é ainda encorajado por referências feitas a este pelo jurista estadunidense (2007b, p. 62-63n2, 67). Dworkin esclarece que a interpretação construtiva não é manifestação subjetivista do intérprete, pois atenta para a história incorporada à forma da prática social (2007b, p. 64). Com efeito, há clara semelhança com a compreensão postulada por Gadamer (2008, p. 405), em que o intérprete confronta seus preconceitos e funde seu horizonte linguístico-histórico com o da obra, ambos situados na tradição histórico-linguística. Gadamer também postula a apropriação dos conceitos (2008, p. 371) e, igualmente, Dworkin afirma a necessidade de o intérprete pôr à prova as próprias convicções em face do sentido que concebe a prática com mais nitidez, em sua história (2007b, p. 64). Nesse sentido, a defesa de que a atividade interpretativa está aberta para ser, amanhã, a decisão passível de interpretação, sem prejuízo da convicção de ter encontrado no momento e perante o caso a melhor decisão (DWORKIN, 2007b, p. 272-273, 308), assemelha-se com a situação do intérprete na história dos efeitos (GADAMER, 2008, p. 405). Além das semelhanças, porém, há postulados de Dworkin particularmente elucidativos ao procedimentalismo.

Dworkin afirma que a construção do significado normativo se estrutura por intenção que expresse justificativa geral do direito, definida pelos valores atuais e compartilhados pela subjetividade do intérprete de maneira mais do que consciente apenas (2007b, p. 61-64, 67-69, 71, 81). Tal postulado remete à antecipação da perfeição e à lógica das perguntas e respostas (GADAMER, 2008, p. 483) e não parece excluir a estrutura “como” que Heidegger preconiza (2009, p. 209-210). Afinal, ainda se interpretará a forma simbólica “como” obra, o enunciado “como” norma, o texto do artigo 121, *caput*, do Código Penal “como” proibição jurídica de cometer homicídio. Dworkin apenas qualifica a associação “como” com a intenção da melhor obra possível em lugar da busca pela coisa mesma em Heidegger (2009, p. 214-215).

A compreensão parte de antecipar a que referência na linguagem se associa a forma simbólica como uma de suas manifestações. Trata-se da compreensão da coisa em si mesma proposta por Heidegger (2009, p. 214-215) e da antecipação da perfeição e pergunta a que o texto pretende responder em Gadamer (2008, p. 483). Segundo Dworkin, a interpretação construtiva atribui à obra a intenção que expresse justificativa geral dos

elementos da forma, segundo os valores atuais e compartilhados pela sociedade de que o intérprete faz parte (2007b, p. 67-69, 71, 81). Esse é o passo inicial da interpretação construtiva e, então, perquire-se qual o sentido associado a tal forma, como um todo, melhor satisfaz a essa referência (DWORKIN, 2007a, p. 83-84, 2007b, p. 64.).

Destaca-se que o acordo discursivo não é mera convenção, algo considerado válido apenas por ser aceito pelos demais (DWORKIN, 2007b, 166). O entendimento mútuo de Gadamer (2008, p. 575) e o consenso livre de coerção em Habermas (*In*: 2009, p. 330), em Dworkin, são “consensos de convicção” (2), aproximação das posições morais incorporadas pelos membros da comunidade, senso de certo ou errado ancorado em razões substantivas (DWORKIN, 2007b, 166). Nesse caso, qualquer ataque às razões substantivas que justificam a proposição jurídica será um ataque à própria proposição e consubstanciará uma questão jurídica e não além do direito (DWORKIN, 2007b, 166). Ademais, mesmo o reconhecimento da univocidade ou vagueza e ambiguidade da expressão verbal da lei depende de convicções (DWORKIN, 2007b, p. 419-421). Não se trata de supor que há uma ordem moral homogênea na sociedade, mas apenas que o acordo discursivo a que se efetivamente chega a termo seja ancorado nas convicções práticas e substantivas dos intérpretes postas à prova e aproximadas no diálogo. Para isso se parte de premissas mais ou menos aproximadas pelo compartilhamento de experiências comunicativas na comunidade, incorporadas no discurso jurídico como princípios extraídos das decisões políticas e jurídicas do passado com as quais a interpretação deve ser coerente (DWORKIN, 2007b, p. 115).

A coerência, em Dworkin, apresenta a dimensão de adequação, que exige da conjectura interpretativa “poder explicativo geral” com relação aos elementos da obra, no caso, do direito (2007b, p. 277), de modo a só atribuir a eles o que outros intérpretes não considerariam impossível (2007b, p. 277). A segunda dimensão da coerência em Dworkin é a de “justificação” (2007b, p. 286) que exige a melhor concepção da obra, considerados todos os aspectos da questão (2007b, p. 278) e que é controversa por conduzir à única resposta correta. Ao menos a primeira dimensão, porém, parece ser aceita de modo geral entre procedimentalistas e mesmo Alexy exalta a coerência e critica apenas a vagueza da noção para determinar a única decisão correta (2010, p. 133-134), o que pode ser compreendido como objeção apenas à primeira dimensão. A própria crítica literária em que Dworkin se inspira para propor a coerência, não parece adotar unanimemente a segunda dimensão proposta pelo jurista estadunidense, visto que Eco propõe um critério apenas negativo (2001, p. 168). De qualquer forma, os próprios limites do que é mais ou menos coerente também são convicções subjetivas incorporadas de forma gradual e até inconsciente na formação do

intérprete, são construídos na histórica política da comunidade e, com isso, são aproximados na forma de consensos (DWORKIN, 2007b, p. 305-307). As convicções consensuais, que Dworkin consolida na forma de paradigmas são, pois reinterpretadas uma a uma, apoiando-se nas demais (DWORKIN, 2007b, p. 169). Não se vislumbra motivos para que a mesma reconstrução pontual e relacional não ocorra com os elementos da antecipação em abstrato do sentido do ordenamento em situações discursivas teóricas, como Alexy consolida os consensos.

Gadamer já salientava que toda compreensão é aplicação – e, nesse ponto não distingue a aplicação a casos abstratos ou genéricos, da aplicação em casos concretos –, de modo que cada uso de linguagem participa para o desenvolvimento dos conceitos:

Mas o uso das palavras habituais não se origina de um ato de subsunção lógica pelo qual algo individual é submetido à generalidade do conceito. Recordamos, antes, que a compreensão implica sempre um momento de aplicação, realizando assim um constante e progressivo desenvolvimento da formação dos conceitos. O intérprete não se serve das palavras e dos conceitos como o artesão que apanha e deixa de lado suas ferramentas (GADAMER, 2008, p. 522).

No mesmo sentido, mas agora já delimitando a aplicação a casos concretos, Dworkin sustenta que as divergências jurídicas não ocorrem em casos limítrofes, mas em casos experimentais ou essenciais em que se põe em questão a própria definição correta do sentido normativo e do que se entende por norma segundo as convicções também políticas e morais dos intérpretes (DWORKIN, 2007b, p. 49-52). Com isso, e a ilustração em casos concretos que as divergências entre juristas versam sobre a concepção teórica do direito (2007b, p. 56), Dworkin refuta as concepções do direito como questão de fato, semânticas e convencionais, o que também se aplica a qualquer concepção não interpretativa, como a de Kelsen e sua suposta objetividade dos sentidos normativos.

Com efeito, a concepção de Dworkin do direito como integridade, supera os pontos da atitude interpretativa aqui destacados. Conforme visto no segundo capítulo, a integridade implica ainda a adoção de paradigmas, a conjugação específica de valores políticos de liberdade, igualdade e devido processo legal, a concepção da comunidade de princípios e outras noções. Porém, a tentativa de traçar apenas os elementos indispensáveis da interpretação procedimentalista se satisfaz com a noção de consensos de convicção e casos exemplares de certa forma extensíveis às demais teorias procedimentais, pois inerentes ao consenso pragmático de linguagem.

Günther, por sua vez, acresce ao discurso jurídico procedimental a separação das dimensões de fundamentação e aplicação com a consequência especialização institucionalizada neste discurso que pressupõe as normas válidas e questiona sua adequação ao caso pela consideração imparcial de suas particularidades (2004, 69-70). O jurista critica, contudo, a hermenêutica por negligenciar a importância de um procedimento de determinação do sentido da norma por sua adequação ao caso, contentando-se em afirmar que isso ocorreria diante da situação em um círculo inevitável entre o texto e o contexto situacional (2004, p. 398-399). Segundo afirma “[...] entre a fundamentação situacionalmente independente de uma regra e o seu descobrimento situacionalmente dependente, ainda há, porém, o estágio particularmente autônomo da justificação da sua adequação situacional” (GÜNTHER, 2004, p. 400). Günther também julga insuficiente a vaga referência à prudência – *phrónesis* de Aristóteles – a que Gadamer recorreu (GÜNTHER, 2004, p. 400). Günther prefere recorrer a uma teoria política coerente como suporte, o que encontra em uma leitura procedimental dos conceitos de princípios e integridade em Dworkin (2004, p. 404).

A caracterização da interpretação procedimentalista, contudo, não precisa necessariamente encampar a integridade. O recurso à integridade decorre da associação da igual consideração e respeito aos cidadãos proposta por Dworkin com a imparcialidade, esta na qualidade de afetação da versão de Habermas do princípio da universalidade à dimensão de aplicação. A concepção procedimentalista, porém, se satisfaz com a orientação do processo discursivo pela imparcialidade na consideração dos aspectos do caso concreto (3), que pode se manifestar de formas diversas nas várias nuances teóricas procedimentais, sendo a integridade apenas uma delas. Se Alexy, por exemplo, não secciona fundamentação e aplicação, não deixa, por isso, de se orientar pela universalidade (2005, p. 218-226, 229-244), a qual orienta também a adequação ao caso segundo Gomes Trivisonno (*In*: GOMES; MERLE, 2007, p. 176) e da qual o próprio Günther deriva a imparcialidade (2004, p. 63).

A interpretação na concepção procedimentalista, portanto, se constitui na compreensão dialogal proposta por Gadamer voltada para o entendimento mútuo na intersubjetividade qualificado por: (a) situar-se na linguagem também em sua dimensão pragmática e antecipar as condições ideais da situação discursiva; (b) ser consenso de convicção acumulado em casos exemplares e coerente com a obra; e (c) se orientar pela universalização e imparcialidade.

3.4 Apontamentos da crítica literária e da Semiologia: literalidade e comunicação

A Hermenêutica informa que o sentido é compreendido na intersubjetividade da linguagem e a crítica procedimental qualifica esse entendimento dialogal como pragmático consenso de convicção. Refuta-se, com isso, qualquer interpretação objetiva dos sentidos, conforme pretendido por Kelsen. A Semiótica atual reforça a postura hermenêutica, ao informar que nem mesmo as referências semânticas ostentam objetividade, pois são constituídas na intersubjetividade das experiências comunicativas e pragmáticas. Nesse sentido, Eco sustenta que sintática, semântica e pragmática são apenas dimensões do processo de atribuição de sentido – semiose – que não pode ser reduzido a apenas uma delas (2000, p. 221). Já a análise de Pottier insere na própria estrutura do semema a figura sêmica e a base classemática, esta relacionada com a dimensão pragmática (GREIMAS; COURTÊS, s.d., p. 403).

Richard Rorty, com fundamento em Donald Davidson, entende que o mundo pode ser causa de se fazer proposições, “[...] de perfilharmos crenças”, mas não é ele que determina a asserção de verdade ou validade das proposições, visto que não é capaz de nos propor uma linguagem, “o mundo não fala” (RORTY, 1994, p. 26). A verdade ou validade de uma proposição não é determinada por sua correspondência a fatos ou significados por si subsistentes, mas por sua aceitação como dotada de sentido ou facticidade na linguagem. Isso não implica substituir critérios objetivos de validade por critérios subjetivos, tampouco, trocar razão por vontade ou sentimento (RORTY, 1994, p. 27). A aceitação da proposição ou vocabulário não é escolha arbitrária, ato de vontade ou resultado de argumentação, mas gradual perda do hábito de empregar dadas palavras e aquisição gradual do hábito de utilizar outras palavras (RORTY, 1994, p. 27).

A utilização de certas palavras manifesta dadas associações e dissociações na linguagem, mas é sempre possível adquirir o hábito de um novo vocabulário, ainda que isso não represente necessariamente o completo abandono dos vocabulários anteriores (RORTY, 1994, p. 34). Ainda mais certo é que não há propriamente uma relação de complementaridade entre vocabulários para a formação de um conjunto que importe uma metalinguagem (RORTY, 1994, p. 34). Cada vocabulário traz uma utilidade, mas não é possível exaurir algum dia a infinitude de formas de descrição do mundo (RORTY, 1994, 34). Essa utilidade, contudo, não pode ser antecipada antes da própria adoção do vocabulário, pois ele é as novas concepções que trás (RORTY, 1994, 34-35).

A grande contribuição de Rorty sobre a historicidade da linguagem reside justamente na negação de significados objetivos, universais ou essenciais, o que evidencia ao tratar da aquisição de vocabulários distinguindo dois usos diferentes de sinais: literal e metafórico (RORTY, 1994, p. 40). Os usos literais são empregos familiares dos termos que expressam, os quais refletem as teorias antigas e hegemônicas sobre expectativas de comportamento, incluindo o que as pessoas dirão em várias condições (RORTY, 1994, p. 40). O emprego metafórico foge às utilizações familiares e levam o intérprete ou interlocutor a uma nova teoria (RORTY, 1994, p. 40). O uso repetido, agarrado, difundido de uma metáfora aos poucos a torna habitual, dá origem a um novo jogo de linguagem e gradualmente se transforma em um uso literal (RORTY, 1994, p. 41). Rorty compara a história e cultura na linguagem com o evolucionismo de Darwin, de modo que os usos hoje literais eram usos metafóricos melhor adaptados às situações comunicativas e as metáforas serão descartadas ou consagradas como literais conforme se adaptem ou não às condições pragmáticas vindouras. (1994, p. 39).

As colocações de Rorty permitem concluir que a extensão de significados invocados por uma forma simbólica são incorporados como pré-compreensão na memória do intérprete pela experimentação situações comunicativas exitosas de empregos daquela forma simbólica ao longo de sua formação. Os significados não são entidades objetivas ou referenciais semânticos universalmente acessíveis, mas associações e dissociações na linguagem também pragmáticas experimentadas pelo intérprete em situações de comunicação.

O sentido, na qualidade de usos de linguagem, relaciona formas simbólicas a aspectos fáticos ou a representações de objetos, qualidades ou relações – que, por sua vez, podem ser expressas por outras formas simbólicas –. É dizer, aos termos “matar alguém”, postos no enunciado legal do artigo 121 do Código Penal, não existe objetivamente a correspondência a uma ideia ou ente abstrato. Assim, o intérprete, dependendo de suas experiências de linguagem, pode associar a expressão legal a representações que, por sua vez, podem ser expressas como “assassinar”; “tirar a vida de um ser humano”; ou “prática por pessoa imputável da causa da cessação irreversível das atividades biológicas do tronco cerebral de outra pessoa, assim consideradas as pessoas físicas nascidas com vida, excetuada a prática de crime mais específico”. Não há existência prévia de um âmbito semântico abstrato do qual a forma simbólica do enunciado legal seria referência automática ou de qualquer forma objetiva. O ato de relacionar dada forma simbólica a certo fato ou certas representações, e não a quaisquer outros, é determinado pelas pressuposições do intérprete.

Pressuposições sobre o que a forma intenciona representar, sobre a delimitação da forma e sobre qual sentido, dentre os que o intérprete é capaz de especular é mais coerente.

Ao interpretar o enunciado legal “matar alguém” o estabelecimento da relação com a segunda descrição acima referida depende de o intérprete estar convicto, dentre outras pressuposições: das regras sintáticas e usos semânticos da língua portuguesa falada no Brasil; da imputabilidade dos artigos 13 e 26 a 28 do Código Penal; do critério de personalidade do artigo 2º do Código Civil; do critério de morte encefálica do artigo 3º da Lei n. 9.434/1997; e, principalmente, de que a relação com a descrição é a mais coerente com o que se entende ser o direito em seu todo, considerando a função pragmática de imposição de uma proibição jurídica sujeita a penas graves. Em razão da importância conferida a esse último pressuposto elencado em detrimento do primeiro é que se justifica, por exemplo, imputar o crime a quem não pratica o ato usualmente descrito pelo verbo “matar”, mas participa da conduta como mandante. Evidencia-se, assim, que ao determinar a relação da forma simbólica a um fato, as pressuposições não condicionam apenas o conteúdo atribuído a, por exemplo, um enunciado legal, mas também o próprio reconhecimento da forma simbólica como enunciado gramatical e jurídico – é dizer, define até mesmo os termos do enunciado e se ele é ou não fonte de direito. Nesse sentido e atacando a concepção de objetividade de sentido, Dworkin bem ressalta que o próprio reconhecimento de univocidade ou plurivocidade dos termos jurídicos depende de convicções compartilhadas pelo intérprete em sociedade (2007b, p. 419-421).

Rorty, porém, vai além e assume postura contingencialista. Caracteriza-se como ironista, na medida em que define conceitos, mas não como essência, realidade, justiça, cientificidade ou racionalidade que são apenas redescrições contingentes na linguagem, ainda que o sucesso da conceituação dependa de algo no mundo (RORTY, 1994, p. 105). Assim, pretende escapar do senso comum, ao questionar a adequação do conceito à percepção que tem da sociedade em que viveu, vive e pretende viver, o que lhe permite propor novas redescrições metafóricas (RORTY, 1994, p. 105). Do ponto de vista interpretativo, caracteriza-se como pragmatista ao defender a determinação do significado é determinada por sua eficácia enquanto instrumento a serviço objetivos do intérprete e não por fidelidade à obra, que usa e não interpreta (RORTY *In*: ECO, 2001, p. 109-110).

A respeito da postura interpretativa, podem-se opor a Rorty as críticas de Eco, segundo o qual é possível avaliar a interpretação da obra por sua coerência textual com a “*intentio operis*”, conjectura do intérprete sobre o “autor-modelo” – que não é o empírico –, isto é, conjectura sobre qual a intenção é melhor satisfeita pelos elementos do texto (ECO, 2001, p. 75). A hipótese de interpretação e de intenção da obra deve, então, ser testada contra

o próprio texto enquanto um todo coerente (ECO, 2001, p. 76). Isso ocorre ao modo da identificação de isotopia, que atribui tema à obra por conjectura que dever ser confirmada por vários e importantes elementos da obra (ECO, 2001, p. 73) e, em segundo momento, pelo contexto da situação discursiva (ECO, 2001, p. 74). O confronto da conjectura interpretativa com o texto, pauta-se pelo que este efetivamente invoca no referencial da linguagem da comunidade. Quer isso dizer, que a conjectura pessoal deve ser confrontada com “[...] a enciclopédia cultural compreendendo uma determinada língua e a série de interpretações anteriores do mesmo texto [...] em julgamento responsável e consensual de uma comunidade de leitores – ou de uma cultura” (ECO, 2001, p. 168). O próprio autor remete ao “consenso da comunidade” de Charles Peirce e à “tradição” de Gadamer (ECO, 2001, p. 169). Com efeito, destaca-se o caráter dialogal do critério de interpretação que muito se assemelha à compreensão pela fusão de horizontes proposta por Gadamer, de modo que as conjecturas expressam o horizonte do intérprete confrontadas com o invocado pela própria obra no contexto mais amplo da tradição na linguagem. Ainda óbvia é a compatibilidade com a primeira dimensão da coerência de Dworkin, a adequação, a qual também exige o confronto da interpretação com os elementos da obra de modo a oferecer uma explicação geral a partir do que outros intérpretes não considerariam impossível – consenso da comunidade – (DWORKIN, 2007b, p. 277, 286). Eco, contudo, preconiza que seu critério de interpretação é privativo ou negativo, inspirado em Popper (2001, p. 169), e não se presta à afirmação positiva de uma única decisão correta, de modo que não abrange a segunda dimensão da coerência de Dworkin que exige a melhor interpretação como a única correta (2007b, p. 278).

Um argumento de Rorty, contudo, persiste: a coerência não preexiste à própria interpretação que a traça (*In*: ECO, 2001, p. 115) e, em referência à participação do intérprete na construção do sentido da obra por alusão ao círculo hermenêutico (*In*: ECO, 2001, p. 114-115), nega a distinção entre usar e interpretar, de modo que a própria coerência pode apenas servir à intenção do intérprete de convencer os demais da validade de sua interpretação (*In*: ECO, 2001, p. 115). Esse entendimento retrata a postura ironista.

Ainda assim, não é preciso se render ao contingencialismo. Habermas propõe o consenso livre de dominação caracterizado pela antecipação das condições da situação ideal de discurso (2004, p. 46). Condições que constituem critério de validade que permite não só fundamentar argumentativamente definições – contra a postura ironista –, mas também a intersubjetividade da definição de sentido na interpretação proposta – contra o pragmatismo exagerado –. O discurso racional retira o intérprete da determinação inexorável das condições

sociais de eficácia do vocabulário e permite atuar sobre o hábito de utilizá-lo sem, contudo, impor interesses subjetivos, mas convergir no entendimento com os interlocutores.

Rorty reconhece partilhar com Habermas as convicções na comunicação livre de dominação, na redução do sofrimento (1994, p. 93, 98), no contingencialismo histórico e no abandono do fundamento material (1994, p. 92). A diferença se restringe a Rorty ter abandonado qualquer tentativa de fundamentar essas convicções e Habermas insistir em fundamentação pela linguagem e intersubjetividade na racionalidade comunicativa do consenso livre de dominação (1994, p. 93, 98-99), que para o filósofo estadunidense não deixa de ser uma validade ideológica e contingente (1994, p. 99, 108). Essa crítica, em outros termos, também é dirigida a Habermas por Bourdieu que entende o discurso da racionalidade comunicativa como legitimador de uma arranjo social de poder, embora não negue com Rorty que aos agentes tais discursos são sim móvel para agir (BOURDIEU, 2010, p. 216). Habermas, por sua vez, embora não atribua qualidade superior de qualquer razão, admite o contingencialismo histórico-linguístico, está convicto da capacidade de comunicá-las e, com isso, tematizá-las e provocar convencimento e convicções não só pela ocorrência de condições sociais e ideologias:

É certo que os argumentos só valem quando confrontados com *Standards* de racionalidade dependentes de um contexto que funciona como pano de fundo; porém, argumentos que colocam em evidência os resultados de processos de aprendizagem capazes de transformar o contexto também podem soterrar *Standards* de racionalidade exercitados. (HABERMAS, 2012a, 57-58)

Com efeito, a rejeição do entendimento da verdade como correspondência e o contingencialismo histórico-linguístico claramente rejeitam qualquer tentativa de estabelecer um critério de conteúdo correto ou possível de usos de linguagem. Contudo, não é tão claro que se deva rejeitar absolutamente qualquer critério discursivo, conforme postula Rorty. Habermas propõe critério discursivo procedimental de seleção de usos de linguagem corretos ou possíveis que não se funda em qualquer referência de conteúdo e, com isso, está sempre aberto ao advento de novos vocabulários. O critério proposto por Habermas se funda na aceitação argumentativa, isto é, no convencimento não coercitivo e, portanto, no que há de menos contingente em qualquer uso de linguagem, a comunicação. Ademais, sob a perspectiva de Bourdieu, nada impede que o discurso de Habermas seja compreendido como tradução, para a perspectiva dos participantes, das condições sociais ou relações de poder que o próprio Rorty defende como liberal. Se é o discurso hegemônico atual, mais emancipador que os pretéritos e se ainda não se vislumbra outro mais convincente capaz de tomar o seu

lugar, não há razão para abandoná-lo. Até mesmo pelo argumento da contradição performativa, verificável por autorreflexão: por mais que se esteja a par da contingência, não se deixa de ter convicções, ainda que seja a convicção na contingência, e partilhar essa convicção – convencer a outros – revela a pretensão de estar correto, o que pressupõe algum critério de fundamentação.

Assim, a contingência dos padrões de usos de linguagem desacredita a literalidade ou a referência semântica como critério de definição do sentido, o que refuta uma das compreensões possíveis da concepção da objetividade da interpretação em Kelsen. Conquanto os usos sejam o material da definição, o critério de seleção desse material é intersubjetivo, qual seja, o consenso discursivo sobre a coerência da interpretação. Critério que se fundamenta na racionalidade comunicativa.

A Semiologia e a Ciência da Informação fornecem modelo instrutivo para a compreensão das críticas interpretativas aqui expostas. O modelo comunicacional informa que: a *fonte* (1) sensibiliza um aparelho *transmissor* (2) a emitir um *signal* (3) que é transmitido em um *canal* (4), captado por um aparelho *receptor* (5) que o converte em *mensagem* (6) dirigida ao *destinatário* (7) (ECO, 1976, p. 5). Nesse modelo, Eco afirma que “o código fixa um repertório de símbolos, entre os quais posso escolher aqueles que serão atribuídos a dados fenômenos” (1976, p. 9), de modo que da fonte ao transmissor (1-2) há codificação e do receptor ao destinatário (5-7), decodificação.

Eco entende que, transposto o modelo para a comunicação humana, fonte e transmissor se confundem. Afinal, conquanto possam se referir a órgãos diversos, como cérebro e aparelho fonador, toda informação disponível na fonte é permitida ao transmissor pelo código (1976, p. 19). Trata-se da coincidência de pensamento e linguagem preconizada por Gadamer (2008, p. 269).

Além disso, na comunicação humana o código não é unívoco e tampouco idêntico entre emissor e destinatário, autor e intérprete, que podem inclusive pôr o código em discussão (ECO, 1976, p. 19). A própria compreensão de código merece apontamentos, porque se constitui como “repertório de símbolos” (ECO, 1976, p. 9), composto por associações e correspondentes dissociações entre a imagem de uma forma simbólica, o sentido e, quando houver, a coisa. Termos que correspondem, respectivamente, a símbolo, referência e referente para Ogden e Richards (1976, p. 32), representâmem, interpretante e objeto para Peirce (1977, p. 46) ou, considerando apenas os dois primeiros elementos, significante e significado para Saussure (s.d., p. 81). A própria metáfora do código é revista, em razão de sua coincidência com o pensamento e das relações nele contidas contemplarem

todo o conhecimento de mundo do intérprete, caracterizando-se de modo mais rico e flexível por enciclopédia (ECO, 2000, p. 99). Eco afirma que as associações-dissociações simbólicas semânticas são incorporadas em situações pragmáticas de comunicação, reiterando a impossibilidade de cisão das dimensões (2000, p. 228-229). O código ou enciclopédia, portanto, é linguagem (ECO, 1976, p. 29) dotada ao intérprete por experiências comunicativas de linguagem incorporadas na memória e engloba o mundo que a ele se abre, aos moldes do que Gadamer tem por horizonte (2008, p. 330, 500).

A questão hermenêutica se apresenta, no modelo comunicacional, como acertada decodificação do sinal recebido pelo intérprete. O acerto na interpretação conversacional (DWORKIN, 2007b, p. 65) consiste na aproximação do código-enciclopédia-horizonte do falante-fonte com o do ouvinte-destinatário. A interpretação de normas, práticas sociais, obras de arte (DWORKIN, 2007b, p. 64) ou discursos públicos em geral, porém, será válida se o horizonte do intérprete se aproximar ao horizonte que publicamente a obra invoca. Interessa especificamente este caso de interpretação que a hermenêutica de Gadamer soluciona com a fusão desses horizontes no contexto mais amplo da linguagem legada pela tradição (2008, p. 500). A crítica de Habermas (2009, p. 262, 267. 311) aponta apenas que o intérprete carece de critério para qualificar o entendimento alcançado efetivamente como compreensão reflexiva hermenêutica. Ou seja, faltaria parâmetro para aferir se há válida aproximação com o horizonte-enciclopédia da obra ou se o intérprete ainda está preso às relações de dominação incorporadas que distanciam seu próprio horizonte-enciclopédia. Daí a proposta da teoria do discurso e condições ideais da situação discursiva (HABERMAS, 2004, p. 46) que antecipam a fusão dos horizontes, aproximação das enciclopédias, compreensão como consenso livre de dominação. A apresentação dessa aproximação discursiva como consensos de convicção (DWORKIN, 2007b, p. 166) esclarece que, aos participantes, a incorporação do horizonte-enciclopédia e sua aproximação com outros não é questão de fato – ou objetiva em geral – e tampouco convenção arbitrária. O consenso empenha as convicções morais, políticas, filosóficas, estéticas e de outras ordens do intérprete e sua comunidade como razões e pressuposições. A coerência desenvolvida por Eco (2001, p. 73-76, 168-169) e, no direito, por Dworkin (2007b, p. 277-278, 287), por sua vez, serve de critério para que o intérprete se aproxime do horizonte-enciclopédia da obra e não se desvirtue em vã tentativa de interpretação conversacional.

3.5 Interpretação procedimentalista do direito

A concepção de interpretação subjacente ao conceito de norma em Kelsen pressupõe a objetividade do sentido a ser apenas descrito, o que é insustentável. Se compreendida a objetividade como existência ideada ou realidade intelectual, a concepção contraria o postulado hermenêutico da intersubjetividade do sentido, que é construção dialogal pela fusão de horizontes no contexto da linguagem legada pela tradição. Se compreendida a objetividade como recurso a repertório semântico dado, além de também se subverter o caráter dialógico da definição de sentido, não se estará tomando o sentido como consenso de convicção, segundo preconiza a crítica procedimentalista. A crítica literária e a Semiologia reforçam a contingência da literalidade, ou gramaticalidade, o que impede que se lhes atribua objetividade e também afasta a possibilidade de que sirvam de critério de definição de sentido, elucidando e reforçando as críticas interpretativas aqui desenvolvidas.

A partir das referidas críticas, conclui-se que a interpretação parte das associações e dissociações histórico-linguísticas que, como pré-compreensões, o intérprete incorporou em sua memória em formação – no consciente e além – e lhe permitem, ao intencionar a obra, reconhecer sua forma simbólica e invocar conteúdo semântico. Os diversos aspectos da forma invocam diferentes conjecturas de sentido, as quais expressam diferentes interesses ou pontos de vista que o próprio intérprete seja capaz de projetar. Essas conjecturas confrontam-se dialeticamente como horizontes que se fundem ao modo de consenso argumentativo que antecipe preceitos da racionalidade comunicativa. A coerência com os aspectos da forma orienta a definição do sentido, a interpretação, que incute na memória em formação do intérprete outra associação ou dissociação na linguagem, abrindo-se a novas interpretações.

No direito, a interpretação parte das associações e dissociações na linguagem contidas no discurso jurídico incorporado pelo intérprete em sua formação como jurista, na qualidade de convicções normativas consolidadas de algum modo – por paradigma ou antecipação semântica do ordenamento – mais do que apenas conscientemente. Intencionando a forma simbólica, v. g., do enunciado legal ou costume, por referência a essas pré-compreensões, o intérprete reconhece a forma como fonte de normas jurídicas e o estado de coisas como caso de aplicação, relacionando a ambos pela invocação de conteúdos semânticos nas circunstâncias pragmáticas. Diferentes elementos da forma simbólica e aspectos diversos do estado de coisas se associam e dissociam em conjecturas de sentido de acordo com os

variados interesses e pontos de vista que o intérprete é capaz de especular em sua pré-compreensão paradigmática, orientado por universalidade ou sua afetação em imparcialidade. A associação de conjecturas normativas e aspectos do caso, segundo Habermas e Günther, ocorre em ambas as direções de forma interdependente e simultânea, pois as pré-compreensões já trazem direcionamento da percepção de fatos e, igualmente, alguma noção normativa:

“É aqui é supérfluo perguntar se os participantes do discurso dispõem primeiramente de uma descrição completa da situação e só então do conjunto de normas aplicáveis prima facie, ou se a descrição da situação só se mostra à luz de uma pré-compreensão de normas possivelmente aplicáveis... Os participantes só saberão com que normas uma norma aplicável prima facie pode colidir, quando tiverem referido todas as características relevantes de um descrição da situação a normas aplicáveis”. O processo hermenêutico da aplicação de normas pode ser estendido como cruzamento entre descrição da situação e concretização da norma geral; em última instância, a equivalência de significado decide entre a descrição do estado de coisas que é um elemento da interpretação da situação, e a descrição do estado de coisas que fixa os componentes descritivos, portanto, as condições de aplicação da norma. K. Günther traduz esse conjunto complexo para a fórmula simples segundo a qual a justificação de um juízo singular tem que apoiar-se na quantidade dos respectivos argumentos normativos, relevantes no âmbito de uma interpretação completa da situação. (HABERMAS, 2012a, p. 271)

O confronto entre conjecturas ao modo da argumentação racional comunicativa e a coerência com os elementos da forma e o todo das convicções normativas consolidadas – paradigmas ou antecipação do ordenamento – orientam a definição do sentido, interpretação, que renova as convicções normativas.

4 NORMA JURÍDICA

A passagem do fundamento de validade formal do direito para a fundamentação procedimental, vista no segundo capítulo, repercute no principal traço distintivo do discurso jurídico, qual seja, a sua institucionalização, que hoje vincula a pretensão de correção racional comunicativa ao direito vigente. A vinculação se manifesta por meio da observância e aplicação da norma jurídica e expressa a lógica das obras jurídicas. Lógica essa que encontrava expressão categórica na concepção de norma em Kelsen, tomada como sentido objetivo. A respeito da interpretação, viu-se no terceiro capítulo os reflexos da adoção das críticas procedimentalistas e a insustentabilidade da concepção de sentido objetivo e de interpretação como sua mera descrição. Cumpre, então, concluir com uma releitura da concepção de norma como sentido em Kelsen, em contraste com as críticas e propostas procedimentalistas explanadas nos capítulos anteriores.

4.1 Concepção de norma jurídica em Kelsen

Kelsen apresenta logo no início de *Teoria pura do direito* (1998) sua concepção de norma jurídica e, a respeito, são apenas pontuais as diferenças com a concepção presente em *Teoria geral das normas* (1986). A compreensão das críticas aqui desenvolvidas e a própria análise da concepção de norma jurídica em Kelsen exige decompô-la em sua substância de sentido objetivo e seu predicado de dever-ser do qual decorrem outros atributos. Kelsen não realiza essa análise em sua obra, mas é possível identificar textualmente os dois elementos, de modo que Kelsen assim se refere aos predicados de sua concepção normativa:

Com o termo “norma” se quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um home se deve conduzir de determinada maneira. É este o sentido que possuem determinados atos humanos que intencionalmente se dirigem à conduta de outrem (KELSEN, 1998, p. 5).

“Norma” é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém. Neste ponto importa salientar que a norma, como o sentido específico de um ato intencional dirigido à conduta de outrem, é qualquer coisa de diferente do ato de vontade cujo sentido ela constitui. Na

verdade, a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser. (KELSEN, 1998, p. 6).

A seu turno, o jurista austríaco se refere do seguinte modo à substância:

[...] o significado do ato ou dos atos que constituem o procedimento legiferante é uma norma. No entanto, é preciso distinguir o sentido subjetivo do sentido objetivo. [...] Porém, nem sempre um tal ato tem também objetivamente este sentido. Ora, somente quando esse ato tem também objetivamente o sentido de dever-ser é que designamos o dever-ser como “norma” (KELSEN, 1998, p. 5).

As considerações feitas nos capítulos anteriores, a esta altura, já permitem adiantar que a fundamentação procedimentalista da validade do direito é incompatível com a concepção de sentido objetivo pela qual Kelsen dá às normas substância. Por outro lado, a perspectiva procedimentalista não postula conteúdo específico para as normas, mas apenas preconiza sua construção em processo dialogal, de modo que nada obsta que o predicado da concepção de norma em Kelsen obtenha êxito e se firme como consenso em dado estágio da constante argumentação e reinterpretação do discurso jurídico. Com efeito, afirmar que (a) “norma é sentido intersubjetivo, construído no procedimento discursivo” confronta a assertiva (b) “norma é sentido objetivo, descrito como dado” e não se opõe à proposição (c) “norma é sentido de dever-ser”, tanto que é possível asseverar (d) “norma é sentido intersubjetivo de dever-ser”.

Não cabe aqui entrar no mérito da correção ou não desta última assertiva (d), mas apenas fincar a oposição entre as duas primeiras (a e b). Para isso, distinguir entre a substância (i) e o predicado (ii) da concepção de norma em Kelsen é imprescindível, até para não incorrer na imprecisão da teoria estruturante do direito, de Friedrich Müller (2008, p. 24), cujos argumentos hermenêuticos contra a objetividade do sentido (b) se confundem com a refutação da distinção entre ser e dever-ser (c) e demais atributos normativos propostos por Kelsen. Cabe, então, sintetizar os elementos, de modo a também evitar excessiva repetição do já exposto nos capítulos anteriores.

(i) A norma em Kelsen é, em substância, o sentido e não a forma simbólica da lei ou costume que a positiva – ato de vontade que põe comando –, tampouco se confunde com a “forma verbal” de tais atos empíricos (1998, p. 81). Compreende-se, com isso, como que para cada enunciado legal não corresponde uma dada norma, de modo que ela pode ser o sentido de mais de um enunciado conjugado ou de parte de um. Note-se que a forma simbólica pode, por exemplo, se manifestar empiricamente por sons, gestos, sinais gráfico e verbalmente por enunciados no imperativo e de “dever-ser” (KELSEN, 1986, p. 188-189). Ilustrativamente,

pode-se referir à tinta contra papel do Diário Oficial e dos arquivos do Congresso Nacional ou aos pixels dos repositórios virtuais de jurisprudência que exibem no Código Penal: “Art. 121. Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos”. Os atos legislativos ou do costume não são o “ser” da norma, mas ato de vontade e forma simbólica do qual a norma é sentido, a positividade é apenas condição do “dever-ser” que é a norma (KELSEN, 1986, p. 228-229).

Sentido que é, a norma atua como “esquema de interpretação” que empresta significado na linguagem do direito ou valoração jurídica a um ato ou fato por subsunção (KELSEN, 1998, p. 4, 79).

Kelsen inicialmente afirma em *Teoria pura do direito* que, ao representar as normas de maneira cognoscitiva, as proposições se submetem aos preceitos da lógica formal, ou melhor, à formação de silogismos e à não contradição, embora as normas em si não se submetam a esses preceitos (KELSEN, 1998, p. 84, 88-89, 229). A questão foi aprofundada em diálogo com Ulrich Klug e firmada em *Direito e Lógica*, no qual se baseia em uma concepção de lógica formal teórica, relacionada a associações e dissociações semânticas com a verdade (KELSEN; KLUG, 1984, p. 75, 89-90). Na obra, Kelsen refuta uma lógica normativa, visto que o elemento volitivo dos atos de positividade afasta a relação de necessidade entre normas (KELSEN; KLUG, 1984, p. 84), mas afirma que as proposições que descrevem normas, em seus conceitos, se submetem ao silogismo e à não contradição (KELSEN; KLUG, 1984, p. 79-81). *Teoria geral das normas* desenvolve a posição contra uma lógica normativa, em razão do elemento volitivo que pode ser contraditório (KELSEN, 1986, p. 295-296, 310, 322). Kelsen afirma ser possível, porém, estabelecer relações de correspondência que sustentem silogismos, não entre normas, mas entre os conceitos em que as normas se expressam (KELSEN, 1986, p. 339-341) e entre os termos de uma norma – condição e mandamento – (KELSEN, 1986, p. 343-344). O jurista austríaco emprega o termo “lógica” em referência ao modo formal teórico de proceder a associações e dissociações sintático-semânticas como correspondência com a verdade. Não é nesse sentido que o termo tem sido e continuará sendo empregado nesta obra, mas, sim, no significado empregado por Bourdieu que usa “lógica” por referência às premissas não tematizadas que orientam as formações semânticas e distinguem o discurso jurídico.

Kelsen entende que o sentido, que é a norma, possui um caráter subjetivo e outro objetivo. A norma, em sentido subjetivo, é o significado que a autoridade pensa ao realizar o ato de vontade que põe comando e espera ser entendido como tal (KELSEN, 1986, p. 41). Sentido esse que pode não ser invocado apenas pela “expressão lingüística”, mas também pela intenção da autoridade (KELSEN, 1986, p. 44-46, 189). Nesse ponto, o uso da expressão

“lingüística” é melhor compreendida como “verbal” ou “semântica” e deve ser extrapolada para a fixação do sentido também por elementos pragmáticos.

Entretanto, a norma não se confunde com o ato de pensamento que antevê o possível objeto da vontade, com o qual se sabe o que se quer. A norma é o sentido do próprio ato de vontade, o qual põe o querer do indivíduo, pois “[...] a norma nada ‘quer’” (KELSEN, 1986, p. 41-42). Ainda assim, a finalidade com que se pôs a norma não se confunde com a própria norma que é prescrição de dada conduta (KELSEN, 1986, p. 17).

Todavia, segundo Kelsen, não é suficiente o subjetivo sentido de “dever ser”, é preciso que o sentido seja objetivo para que se tenha uma norma (1998, p. 4, 1986, p. 213). Aqui não importa o que pensa a autoridade e tampouco a pessoa sujeita à aplicação da norma, mas aquilo que um terceiro desinteressado considera obrigatório, ou devido (KELSEN, 1998, p. 8, 63). Será esse o caso quando ao ato de vontade com sentido subjetivo de norma for emprestado sentido objetivo por outra norma superior (KELSEN, 1998, p. 8). É dizer, “o sentido subjetivo de um ato de vontade dirigido à conduta de um outro é também seu sentido objetivo, e isto significa uma norma válida, obrigatória, se esse ato é autorizado pela norma válida de uma ordem moral ou jurídica” (KELSEN, 1986, p. 324). Assim, Kelsen afirma que se prossegue em silogismo teórico entre conceitos (1986, p. 325). Sobee-se de escalão na estrutura das normas positivadas até a Constituição e, então, no vértice, se pressupõe a norma que preceitua a própria obediência à Constituição, qual seja, a norma fundamental (1998, p. 9, 115-116, 1986, p. 326-327). A conformidade do sentido à subjetividade e graduação da vontade da autoridade que põe a norma é substituída pela a suposta objetividade e forma disjuntiva da conformidade ou não à norma superior (KELSEN, 1998, p. 22).

A recondução silogística do conteúdo das normas inferiores a normas superiores e até a norma fundamental pressupõe a própria possibilidade de operar tal recondução por associação entre o âmbito de significação objetivamente definido dos termos empregados nos enunciados legais e nas proposições jurídicas. Kelsen só trata diretamente desse pressuposto em *Teoria geral das normas*, na qual postula, conforme visto, que o ato de vontade que põe a norma é mera condição de sua validade-existência (1986, p. 322). A norma possuiria própria existência ideal (KELSEN, 1986, p. 36, 75, 209, 215-216) ou, em referência a Husserl, ideada (KELSEN, 1986, p. 218). Todavia, seja no tratamento tematizado presente em *Teoria geral das normas*, seja como pressuposição na obra de Kelsen, inclusive em *Teoria pura do direito*, e mesmo na manifestação empírica em Hart, a objetividade do sentido constitui o que se denominará “vinculação positivista ao direito”.

A vinculação positivista postula que o sentido da norma é dado objetivamente, o que se coaduna com a já vista concepção de interpretar como mero ato cognoscitivo presente em *Teoria pura do direito* (KELSEN, 1998, p. 390). A interpretação é reduzida à descrição, seja ela unívoca ao sentido objetivo constitutivo da norma ou, como é mais comum, plurívoca ao delimitado rol de sentidos objetivos igualmente constitutivos da norma, componentes da moldura em Kelsen (1998, p. 388) e da textura aberta de Hart (2007, p. 149-160). Guerra entende essa objetividade do significado em *Teoria pura do direito* ao modo de redução da norma ao “significado lingüístico” – mais precisamente, campo semântico – invocado pela forma simbólica do enunciado legal (2006, p. 82). Além da descrição das possibilidades de sentido literal dadas objetivamente, não haveria mais interpretação e tampouco vinculação jurídica, mas decisão discricionária:

Na verdade, quando Kelsen diz que na há elementos de direito positivo para permitir uma escolha entre dois sentidos para o mesmo *s*-texto legal, ele está, implicitamente, reduzindo a norma se não ao *s*-texto legislativo, pelo menos, ao seu respectivo significado lingüístico (o *l*-texto) e o direito ao conjunto de elementos puramente lingüísticos produzidos pelo legislador. Somente assim seria, ao menos em princípio, aceitável a ideia de que, na hipótese de ambiguidade do *s*-texto (ao qual corresponderia, igualmente, dois *l*-textos distintos) – única hipótese, repita-se, em que o uso da metáfora da moldura para defender (4.1) faz pleno sentido – seria impossível, com base apenas no conhecimento do direito positivo (elementos lingüísticos produzidos pelo legislador), determinar qual a norma expressa pelo *s*-texto legislativo, se esta for reduzida ao *l*-texto, ou determinar o sentido do *s*-texto que a norma é (GUERRA, 2006, p. 82).

Essa leitura semântica não é tão coerente com *Teoria geral das normas*, na qual Kelsen defende que o sentido deve ir além da referência semântica e contemplar elementos pragmáticos da situação em que a norma é posta, em especial, para determinar o componente modal da norma – o operador deôntico – (1986, p. 44-46, 189). Porém e ainda que contraditoriamente, persiste a concepção do jurista austríaco de norma como o sentido ou os sentidos jurídicos objetivamente dados, de modo já predefinido. A concepção de interpretação pressuposta pela vinculação positivista ao direito vigente expressa, então, a convicção de que é próprio e possível que juízos propositivos jurídicos “[...] tem de formular-se independentemente do desejo e da vontade do sujeito judicante” (KELSEN, 1998, p. 22-23). A pureza da teoria se baseia na convicção de que a proposição propriamente jurídica é isenta de influência anímica, de convicções políticas ou morais (KELSEN, 1986, p. 194, 197, 235).

Assim, deriva da vinculação positivista ao direito a possibilidade de que as proposições sobre normas apenas as descrevam como objetos ideais (KELSEN, 1986, p. 190-

194). As proposições sobre condutas efetivas, por sua vez, apenas constataam a correspondência entre um objeto empírico – a conduta ou fato – e um objeto ideal – o conteúdo prescrito na norma (KELSEN, 1986, p. 233-235).

A vinculação positivista, fundada na objetividade do sentido, concebe como correspondência a associação entre conceitos dos enunciados normativos referentes a diferentes normas ou dos termos da mesma norma – condição de incidência e comando – (KELSEN, 1986, p. 339-340). A associação de significados é equiparada à correspondência de objetos de existência ideal (KELSEN, 1986, p. 75, 213). A convicção na vinculação ao direito vigente por correspondências objetivas, embora negue a lógica normativa, submete as relações entre os conceitos das normas a dedução lógica em monólogo (KELSEN; KLUG, 1984, p. 79-81; KELSEN, 1986, p. 339-341, 343-344).

Portanto, a caracterização da norma, em sua substância, como sentido objetivo implica vinculação positivista ao direito vigente caracterizada por: (I.1) pressupor o sentido normativo como objetivamente dado, predefinido e homogêneo; (I.2) conceber monologicamente a fala como demonstração e a interpretação como descrição; e (I.3) compreender a relação entre conceitos normativos como correspondência de objetos e os submete a deduções lógicas teóricas formais.

(ii) O predicado da concepção de norma em Kelsen não é necessariamente afetado pelo advento da perspectiva procedimentalista e será sintetizada para, por oposição, melhor caracterizar o substrato efetivamente revisto.

O sentido, que é a norma, é predicado como dever-ser, isto é, verificada a condição²⁴, “deve ser” a consequência (KELSEN, 1998, p. 5-6, 1986, p. 34). O dever-ser é sentido de comando ou imperativo de uma autoridade (1986, p. 189), destinado a determinar a conduta de outro ser humano (1998, p. 6, 1986, p. 113-120). Nesse sentido, estabelece nexo deontológico, que não se confunde com relação teleológica (KELSEN, 1986, p. 17). O conteúdo semântico prescritivo de “dever ser” – *Sollen* – se contrapõe ao conteúdo explicativo de “ser” – *Sein* –, o que seria dado imediato da consciência (KELSEN, 1998, p. 6). Paulson concorda com Heidemann que, na primeira fase de Kelsen, os dois referidos modos lógicos são pontos de vista do que pode ser dito de uma coisa, em caráter natural ou normativo, e, em

²⁴ As traduções de Kelsen referem-se tanto a “pressuposto” (KELSEN, 1998, p. 5-6) quanto a “condição” (KELSEN, 1986, p. 166-167) para se referir ao elemento da relação dever-ser em que é descrita a hipótese de incidência da norma a ser verificada judicialmente (KELSEN, 1986, p. 310-311). Optou-se aqui pelo segundo termo para marcar distinção com o que se denominou “pressuposições linguísticas” no sentido de convicções político-morais que orientam a atribuição de sentido à forma simbólica inclusive em ambos os elementos da norma, condição e consequência.

segunda fase, são modalidades lógicas de proposições que só indiretamente se referem a coisas (*In*: TRIVISONNO; OLIVEIRA, 2013, p. 9n21). Gomes Trivisonno afirma que a diferença entre ser e dever-ser não são duas realidades diferentes, mas a forma de abordar a única realidade, ou seja, “[...] não constituem dois reinos ontológicos distintos, mas duas maneiras de enxergar uma mesma realidade” (2004, p. 197-198).

Kelsen decompõe o conteúdo do sentido normativo entre o modo lógico, a força ilocucionária de comando que algo se efetive e que pode ser expressa pelo dever-ser, e o substrato modalmente indiferente de descrição do algo que deve ser efetivado (1986, p. 70-74). Guerra fala da norma como entidade semântica, cujo conteúdo é constituído pelo componente de intenção específica, ou operador deôntico, e pelo componente representacional de um estado de coisas (2006, p. 78). O substrato pode ainda ser decomposto em âmbitos de validade temporal, espacial, pessoal e material (KELSEN, 1986, p. 183-188).

Entende-se dever-ser de modo amplo, como “[...] ato intencional dirigido à conduta de outrem”, incluindo não só a obrigação e a proibição da conduta, mas a permissão e a dação de competência (KELSEN, 1998, p. 6). Kelsen ainda acresce uma quarta função, a derrogação como “não-dever-ser” (1986, p. 4, 133-134). Contra a tese do caráter fundamental da competência em face das demais modalidades de dever-ser defendida por Paulson, Alexy postula que a obrigação não é menos fundamental do que a competência (*In*: TRIVISONNO; OLIVEIRA, 2013, p. 95, 102).

Da distinção entre ser e dever-ser, bem como da diferença entre a necessidade causal expressa por “ter de” e a necessidade normativa expressa por “dever ser” (KELSEN, 1986, p. 29), Kelsen distingue a relação de causalidade da relação normativa de imputação. Esta afeta à condição a intenção de efetivar a consequência por intervenção da autoridade que põe a norma, o que permanece válido ainda que a consequência não se efetive. Por outro lado, a causalidade relaciona causa a efeito que necessariamente se efetiva, independentemente de intervenção humana (KELSEN, 1998, p. 87, 101, 1986, p. 32). Ademais, toda causa tem efeito que é causa de outro efeito em concatenação infinita, mas condições só o serão para consequências normativas se prescritas em normas, concatenando-se apenas nos limites da previsão normativa (KELSEN, 1998, p. 101, 1986, p. 32).

A norma, conforme visto em sua substância, se distingue da expressão do ato de vontade de que é sentido (KELSEN, 1986, p. 188-189). Ilustrativamente, lembra-se o enunciado legal do artigo 121 do Código Penal: “Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos”. A seu turno, quanto a seu conteúdo ou predicado de dever-ser, outros enunciados próprios do discurso jurídico e seus sentidos também se diferem da norma. Os primeiros são

“proposições sobre norma” que as descrevem na forma da expressão “[...] quando A é, B deve ser” (KELSEN, 1998, p. 87). É o caso da asserção “Se uma pessoa imputável, como agente, participe ou mandante, causar a morte de outra pessoa, exceto nos casos de excludente de ilicitude e culpabilidade ou de caracterização de tipo mais específico, a ele deve ser imposta pena fixada pelos critérios de dosimetria entre seis e vinte anos de reclusão”. Segundo Kelsen:

Proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica – nacional ou internacional – dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas consequências pelo mesmo ordenamento determinadas. (KELSEN, 1998, p. 80)

Embora a proposição jurídica também possa assumir a forma de um enunciado de “dever ser”, apesar da forma simbólica, há diferença de significado entre norma e proposição sobre a norma, o que Kelsen denominou dupla interpretatividade do dever-ser (1986, p. 191-194, 208-207). A norma é prescritiva, válida ou não, por sua vez, a proposição tem sentido descritivo e é verdadeira ou falsa (KELSEN, 1986, p. 190-194, 207-208). Ainda assim, a proposição sobre a norma, embora a descreva sem função ilocucionária e pragmática imperativa, mas explicativa, continua sendo um enunciado normativo. Isso porquanto a proposição é forma que refere uma norma, associação de “dever ser” e não um fato, um “ser” (KELSEN, 1998, p. 88-89, 1986, p. 194).

Também se distinguem as “proposições sobre o ato de estabelecimento da norma”, as quais não descrevem a norma, mas, sim, o ato de vontade exteriorizado em forma simbólica da norma (KELSEN, 1986, p. 195). Nesse sentido, o parecer jurídico, a fundamentação de sentença e o livro de doutrina podem expressar que “o artigo 121 do Decreto-Lei n. 2.848/1940, prescreve a punição do homicídio com pena de seis a vinte anos de reclusão”.

Ainda cumpre diferenciar as proposições jurídicas de “proposições sobre conduta efetiva”, as quais afirmam que específica conduta ou estado de coisas existentes ou pensados correspondem ou não ao conteúdo daquilo que deve ser, segundo certa norma (KELSEN, 1986, p. 195). A exemplo: “Pedro, ao disparar arma de fogo contra João, o matou, de modo que deve ser punido com reclusão de seis a vinte anos”.

4.2 Crítica procedimentalista ao conceito de norma

A concepção de norma em Kelsen, em substância, implica vinculação positivista ao direito vigente que acima se caracterizou por: (I.1) pressupor o sentido normativo como objetivamente dado, predefinido e homogêneo; (I.2) conceber monologicamente a fala como demonstração e a interpretação como descrição; e (I.3) compreender a relação entre conceitos normativos como correspondência de objetos e os submete a deduções lógicas teóricas formais.

A crítica hermenêutica fundamentada principalmente em Gadamer refuta a objetividade de sentido (I.1) e, conforme explanado no terceiro capítulo, toda compreensão se situa na intersubjetividade da linguagem (2008, p. 585) em que necessariamente a subjetividade do horizonte do intérprete se funde com o horizonte da obra (2008, p. 339, 402-403). Não se admite postura monológica (I.2), pois a argumentação, como interpretação da fala do interlocutor, e a própria interpretação de fontes jurídicas constituem compreensão que segue o modo dialógico da tradução e do jogo de perguntas e respostas (GADAMER, 2008, p. 483, 488, 500). Dentro dessa concepção, não só a definição dos sentidos normativos, mas a relação entre eles, na qualidade de associações e dissociações na linguagem, se desenvolve de modo dialógico como entendimento mútuo (GADAMER, 2008, p. 575) e não como correspondência objetiva (I.3). Contra qualquer postura monológica, Megale destaca que mesmo na explicação e, com mais força, no compreender, é a argumentação o “[...] processo pelo qual se dá a explicitação do raciocínio” (2008b, p. 345). Argumentação que se entende como diálogo travado com o outro ou consigo mesmo, nos termos de Platão, mas sempre pautado pela universalidade (MEGALE, 2008b, p. 348). Megale bem situa a questão no discurso jurídico, em que o diálogo se deve pautar pela complexidade da vida e a universalidade se traduz em princípios tal qual a isonomia (2008b, p. 347-348) para reparar a divisão entre interlocutores, inclusive de si mesmo, provocada pelos conceitos normativos, que são valorativos (2008b, p. 349). Os conceitos normativos não são dados objetivamente, mas provocam “dissenso” que afasta as pretensões monológicas e que só pode ser reparado pelo “consenso” dialógico na intersubjetividade da linguagem.

A vinculação positivista ao direito vigente é ainda menos aceitável se consideradas as críticas procedimentalistas que, conforme exposto no capítulo anterior, qualificam o consenso argumentativo alcançado na compreensão dialógica por: (a) situar-se na linguagem também em sua dimensão pragmática e antecipar as condições ideais da situação discursiva; (b) ser consenso de convicção acumulado em casos exemplares e coerente com a obra; e (c) se orientar pela universalização e imparcialidade. Com isso, inaugura-se concepção

procedimentalista de vinculação ao direito vigente, fundada na concepção também procedimental de segurança jurídica, exposta no final do segundo capítulo.

Será procedimental a concepção hermenêutica e normativa que vincular as proposições jurídicas e suas pressuposições de linguagem – que expressam sentido normativo e definem tal sentido, respectivamente – a procedimento discursivo de justificação racional comunicativa a partir das formas simbólicas institucionalizadas – v. g., textos legais, precedentes, doutrina e costumes –. Busca-se efetivar ao máximo as condições da situação discursivas ideal para obtenção de consenso de convicções. Assim, aqui se denominará “vinculação procedimentalista ao direito vigente” a concepção que: (II.1) preconiza a intersubjetividade do sentido construído discursivamente em procedimento dialogal racional comunicativo; (II.2) coincide argumentação e interpretação como procedimentos dialogais para o consenso de convicções; e (II.3) compreende a relação entre sentidos normativos como associações de linguagem consensuais, provisórias e discursivamente alcançadas.

O procedimentalismo, então, contém duas vertentes de concepção de norma, cujos contextos teóricos foram introduzidos no segundo capítulo. A esta altura só serão feitos apontamentos específicos: uma representada por Alexy (i); e outra por Dworkin, Günther e Habermas (ii).

(i) A condição procedimental de vinculação ao direito vigente é satisfeita por Alexy que exige, além da justificação interna, a justificação externa das proposições jurídicas por razões de ordem moral ou prática geral incorporadas ao discurso jurídico, segundo procedimento argumentativo orientado pelos preceitos da Teoria do discurso.

Alexy entende que, sob a perspectiva do direito continental europeu – próxima ao Brasil quanto às fontes jurídicas –, a legislação, a dogmática e os precedentes judiciais compõem o “direito vigente”, que é a diferença específica do discurso jurídico, vinculando-o e, com isso, limitando-o (ALEXY, 2005, p. 210, 2008, p. 548). A partir dessa concepção, Alexy admite catalogar normas antecipando o sentido do ordenamento, como faz com os direitos fundamentais da Alemanha em *Teoria dos direitos fundamentais* (2008). Componente desse ordenamento, a norma jurídica muito rende ao predicado da concepção de Kelsen, podendo-se mencionar a adoção por Alexy do conteúdo de dever-ser, do enunciado deôntico, das modalidades obrigação, permissão e atribuição de competência, entre outros elementos (2008, p. 53-58, 69-70). Ainda no contexto da antecipação do ordenamento, Alexy desenvolve espécies distintas do gênero norma jurídica que compõem o ordenamento extraído da

legislação antecipada em abstrato, quais sejam, regras e princípios (2008, p. 87, 91)²⁵. Entretanto, talvez no caráter *prima facie* das regras, mas com certeza na adoção dos princípios como mandamentos de otimização e sua ponderação (ALEXY, 2008, p. 87, 90-102, 105), o jurista não só entende que a definição do significado das normas é intersubjetiva, mas também que só se aperfeiçoa na situação de aplicação. Alexy chega a refutar diretamente a concepção de norma em Kelsen naquilo aqui designado por sua substância (ALEXY, 2008, p. 53n10). Assim, a adoção da perspectiva argumentativa implica categórica intersubjetividade do sentido e rejeição da substância da concepção de norma em Kelsen: o sentido dado objetivamente.

Há sentido intersubjetivo, porquanto a única forma de conciliar a antecipação do ordenamento com a perspectiva argumentativa é compreender a predefinição das normas como consenso provisório em resultado parcial dos estágios pretéritos da contínua comunicação e argumentação na formação histórica da língua natural e da linguagem jurídica. Não se trata de adotar concepção interpretativa sintático-semântica, mas apenas de situar a aplicação em abstrato, de modo que descrições genéricas ou hipotéticas de estados de coisas façam as vezes do caso concreto e os elementos pragmáticos considerados são os do contexto de discussão teórica. Alexy mesmo destaca a complementaridade das dimensões sintático-semântica e pragmática (2008, p. 55-56).

O consenso então alcançado se integra ao horizonte do intérprete, ampliando-o, mas se abrindo novamente a novas situações discursivas, também em abstrato ou em concreto. Assim, não há fixação de dada ordem social ou predefinição de sentido normativo, pois Alexy admite que o estágio atual do consenso seja afastado, desde que quem o pretenda assuma o ônus da argumentação e apresente razões que, por sua vez, também encontrem respaldo na lei, na dogmática e nos precedentes (2008, p. 541). Tanto que, para Alexy, a referência semântica é uma forma de argumento, a qual se submete igualmente à justificação até saturação (2005, p. 230-231, 240-241). A favor desse argumento há apenas inversão do ônus argumentativo na forma do seguinte postulado:

²⁵ Visto que regras e princípios são tipos normativos e, portanto, componentes do predicado da concepção de norma, o que não é diretamente questionado neste estudo, não se abre a discussão sobre sua definição. Aqui o tema dos tipos normativos é apenas referido quando diz algo sobre o substrato das concepções de norma em questão, ou seja, seu caráter de sentido. Cabe registrar contudo, que a crítica ao positivismo iniciada pela acusação de não admissão de princípios como normas já traz incutida a efetiva divergência de concepções de norma. Parecem perceber nessas críticas algo além da discussão de tipos normativos tanto Lima e Campos, em *A fronteira tênue entre discricionariedade e justiça: o diálogo entre Dworkin e Hart* (2011), quanto Gomes Trivisonno, em *Princípios jurídicos e positivismo jurídico: as críticas de Dworkin a Hart se aplicam a Kelsen?* (In: TRIVISONNO; OLIVEIRA, 2013).

(J.7) Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que se possam apresentar motivos racionais que dêem prioridade a outros argumentos. (ALEXY, 2005, p. 242-243)

Não se trata, pois, do referencial objetivo pressuposto pela vinculação positivista ao direito vigente, que concebe o sentido como objetivamente dado e, se o compreendermos de modo semântico, como predefinição de sentidos homogeneamente perceptíveis e inafastáveis, por isso, não sujeitos a justificação.

Contudo, em Alexy, a vinculação aos padrões institucionalizados chega a ponto incontornável, condicionando a racionalidade da correção das proposições jurídicas justificadas discursivamente à racionalidade das leis e duplicando a pretensão de correção em: embasamento no direito vigente e racionalidade comunicativa (2005, p. 312-313).

A estrutura de identificação de normas de direitos fundamentais – que se pode estender a todas as normas do direito vigente – bem esquematiza a vinculação em Alexy. As “disposições de direitos fundamentais”, na qualidade de enunciados legais, são compreendidas diretamente pela maneira como podem ser expressas por “enunciados deônticos”, ou proposições jurídicas de dever-ser (ALEXY, 2008, p. 69-70). As disposições são por vezes “semanticamente abertas”, pela indeterminação de seus termos, ou podem possuir “abertura estrutural”, pela não concretização do dever que gera e sua indeterminação como atribuidora ou não de direito subjetivo (ALEXY, 2008, p. 70-71). Contra essas indeterminações são adotados outros enunciados, a exemplo de “regras semânticas” (ALEXY, 2008, p. 71), os quais estão indiretamente vinculados ao texto constitucional por “relação de refinamento” e “relação de fundamentação” (ALEXY, 2008, p. 72), sendo denominadas “normas de direito fundamental atribuídas” (ALEXY, 2008, p. 73). O critério de validade da atribuição, que estabelece a vinculação indireta com o texto legal, não é empírico, social ou ético, mas normativo e procedimental discursivo, segundo a formulação: “[...] uma norma atribuída é válida, e é uma norma de direito fundamental, se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma *correta fundamentação referida a direitos fundamentais*” (ALEXY, 2008, 74). Exigência essa que pode ser compreendida como a coerência referida neste estudo.

Conjugando as formas de argumentos de interpretação de Alexy (2005, p. 229-230), as normas atribuídas só ingressam em segundo nível de argumentação e se rendem à classificação como semânticas, genéticas, históricas, comparativas, sistemáticas, teleológicas e práticas gerais. Assim, Alexy bem diferencia os enunciados deônticos e os enunciados

atribuídos, bem como, dentre estes, os argumentos semânticos dos demais – que se pode dizer sejam pragmáticos –. Essa distinção define a vinculação procedimentalista forte em Alexy e está por trás da controvérsia com Habermas sobre a introdução dos argumentos práticos no discurso jurídico, em que tem se concentrado a crítica da tese do caso especial, referida no segundo capítulo. Com efeito, se os argumentos práticos em geral adentram o discurso jurídico como pressupostos ou normas de atribuição, separadamente do argumento semântico e das normas jurídicas propriamente ditas, então, tais argumentos práticos mantêm sua estrutura e são incluídos como são, indeterminados e subordinados à institucionalização. Por outro lado, se inseridos nas normas por tradução, reconstroem a institucionalização, preenchendo-a.

A força da vinculação procedimentalista ao direito proposta por Alexy está em separar o argumento semântico dos demais argumentos de interpretação e distinguir essas razões das normas jurídicas propriamente ditas, o que se apoia na convicção de que “[...] na especificação de um uso da linguagem, o que se busca é o estabelecimento de fatos” (ALEXY, 2005, p. 234). Ainda assim, a proposta de Alexy não recai no positivismo, porquanto seu entendimento de “estabelecimento de fatos” continua procedimental argumentativo, de forma a permanecer submetido a justificação (ALEXY, 2005, p. 240). Embora não referida expressamente nesse ponto da obra, aqui se faz importante a influência de Perelman em toda *Teoria da argumentação jurídica* (2005). A nova retórica de Perelman entende que fatos são acordos argumentativos sobre dados que se referem à realidade e designam, em última análise, o que é comum a vários sujeitos (PERELMAN; OBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 76-77).

Com efeito, Alexy sustenta que, se o uso de linguagem referido tem sua existência contestada ou ainda deve ser determinado, não há argumento semântico. Isso, porém, não importa a impossibilidade da interpretação, infere-se da obra do autor que nada impede o emprego de outros argumentos de efetiva e jurídica interpretação (ALEXY, 2005, p. 230). Sobre o ponto, cabe mencionar que também procedem à justificação externa da interpretação argumentos genéticos, históricos, comparativos, sistemáticos, teleológicos e práticos gerais (ALEXY, 2005, p. 230). Esse, em Alexy, é o limite entre o aspecto semântico – do argumento semântico – e o pragmático – dos demais argumentos há pouco mencionados –, na vinculação da argumentação-interpretação à norma (ALEXY, 2008, p. 62). Limite esse que também separa, na oposição de Alexy a Friedrich Müller, o conteúdo da norma das premissas argumentativas que fundamentam a atribuição de um ou outro sentido a esse conteúdo, que

seria importante à clareza da argumentação jurídica e ao ideal democrático que distingue criação de norma e interpretação (ALEXY, 2008, p. 81-82).

O procedimento discursivo de justificação se satisfaz com consenso racional comunicativo e não há referência a critério elaborado como integridade ou à segunda dimensão da coerência, como propõe Dworkin (2007b, p. 278). Nesse sentido, Alexy destaca que o argumento semântico goza apenas do favor do ônus argumentativo, que os argumentos de interpretação podem ser antagônicos e que não há hierarquia entre os demais argumentos, assim, não há garantia de que se encontre o único resultado correto (ALEXY, 2005, p. 244). Essa condição se expressa também na estrutura de identificação de normas, pois em alguns casos Alexy pontua que será incerto qual proposição atribuída deve prevalecer no caso concreto e inicialmente haverá espaço para decisionismo, mas depois a força do precedente reduz a incerteza (ALEXY, 2008, p. 74-75). Assim, os argumentos jurídicos não serão capazes de determinar a solução para o caso e o direito só poderá recorrer a argumentos práticos gerais introduzidos como são, por quatro razões:

“(1) a vagueza da linguagem do Direito, (2) a possibilidade de conflitos normativos, (3) a possibilidade de casos que exigem uma regulação jurídica, inexistente nas normas vigentes e (4) a possibilidade de decidir em casos especiais contra a literalidade da norma” (ALEXY, 2005, p. 275).

Muito embora a institucionalização e a referência da doutrina e da jurisprudência possam mitigar essa indeterminação, para Alexy, ela nunca é eliminada (2005, p. 275-276). A vinculação forte ao direito vigente, composto pela legislação, precedentes e doutrina apenas delimita o discursivamente possível (ALEXY, 2005, p. 275, 310-311, 2010, p. 96-97). De todo modo, o primeiro modelo de normas e a vinculação forte ao direito vigente capitaneada por Alexy já expressam concepção procedimentalista do direito, na medida em que a definição de sentido normativo é submetida a procedimento argumentativo-interpretativo de acordo com os preceitos da racionalidade comunicativa. Portanto, a concepção de norma em Alexy subentende vinculação procedimentalista forte caracterizada pelos seguintes preceitos:

(i.1) separação entre normas deônticas institucionais e normas atribuídas, fundada na distinção entre o argumento semântico fático e os outros argumentos de interpretação;

(i.2) introdução dos argumentos práticos gerais no discurso jurídico do modo como são – em sua indeterminação –, separados que são por (i.1) dos argumentos jurídicos institucionalizados ou diretamente decorrentes do texto legal;

(i.3) consolidação dos padrões institucionalizados na antecipação precária e discursiva do ordenamento sistemático;

(i.4) condicionamento da racionalidade de proposições jurídicas à racionalidade da legislação e caráter dúplice da pretensão de correção jurídica, embasamento no ordenamento e racionalidade comunicativa;

(i.5) não adoção da integridade ou mesmo da segunda dimensão da coerência, propostas por Dworkin, para chegar à única decisão correta;

(i.6) não separação no discurso entre fundamentação e aplicação.

(ii) A concepção procedimentalista de norma jurídica é defendida, em uma segunda corrente de vinculação procedimental ao direito vigente, por Dworkin, Günther e Habermas, cujas diferenças teóricas são significativas. Ao objeto do presente estudo, contudo, importa apenas traçar um perfil da perspectiva procedimental e, para isso, será suficiente apenas apontar os pontos de convergência.

Dworkin toma por critério de validade do juízo jurídico sua adequação ao direito em sua integridade como conjunto coerente de princípios (DWORKIN, 2007b, 107-108, 261). Günther e Habermas defendem compreensão discursiva da integridade, justificada em procedimento dialogal orientado pelas condições da situação ideal de discurso, que em Dworkin se apresenta como igual respeito e consideração aos cidadãos (HABERMAS, 2012a, p. 274-278, 281-282, 287; GÜNTHER, 2004, p. 412-414). A discursividade do consenso caracteriza a intersubjetividade do sentido normativo e a vinculação procedimental do direito.

A vinculação ao direito vigente, porém, não segue nessa vertente a distinção clara entre as normas e as pressuposições que lhe definem o sentido, tampouco há distinção entre a dimensão sintático-semântica e a dimensão pragmática das razões de interpretação. Nesse sentido, na defesa de seu modelo de regras e princípios contra Hart, Dworkin defende que a definição de normas jurídicas não é questão de “[...] uma crença consensual a propósito de um teste específico, o mesmo que pode ser extraído de uma pesquisa de opinião do Instituto Gallup” (2007a, p. 125). Ainda segundo Dworkin, seria, sim, “[...] matéria para argumentação [...]” que pretende justificar o reconhecimento do princípio como parte de “[...] uma teoria do direito bem fundada [...]” (2007a, p. 125).

No sentido da vinculação não só procedimentalista, mas também fraca, essa segunda vertente traça sua diferença com relação à corrente acima abordada ao conceber regras e princípios diferentemente de Alexy. Dworkin esclarece que os enunciados legais ou jurisprudenciais não são um conjunto de padrões dos quais alguns expressam, de maneira predefinida, sentido de regras e outros de princípios em uma suposta “ontologia jurídica” (2007a, p. 120). Dworkin opõe-se “[...] à ideia de que ‘o direito’ é um conjunto fixo de padrões de algum tipo” (2007a, p. 119). Defende apenas que ao se referirem a enunciados os

juristas expressam proposições que serão eventualmente entendidas à maneira de regras ou princípios (DWORKIN, 2007a, p. 119-120). Não se trata, porém, apenas de atribuição de diferentes conteúdos aos tipos normativos, mas de diferente concepção de vinculação ao direito vigente e, pois, do que são normas.

Isso fica claro em Günther que separa as dimensões discursivas de justificação e aplicação, especializando o discurso jurídico institucionalmente nesta dimensão de adequação do direito ao caso por imparcialidade, isto é, aberto à consideração de todos os aspectos do fato. Consequentemente, o jurista entende que a diferenciação de regras e princípios não é morfológico-semântica, de modo que não está ligada à suposta estrutura da norma definida pelo sentido que se lhe atribui pelo referencial semântico do uso de linguagem dominante. A distinção entre os tipos de normas, e consequentemente o próprio reconhecimento e atribuição de sentido normativo jurídico, assume caráter lógico-pragmático. O sentido de normas jurídicas e a determinação de seu tipo são atribuídos argumentativamente pelas pressuposições de linguagem referidas pelo intérprete na situação discursiva, ou seja, ligado a sua apresentação no “procedimento de aplicação” (GÜNTHER, 2004, p. 392). Nas palavras de Günther:

Possivelmente será mais fácil, em lugar disso, retomar a proposta de Searle de que a distinção, localizada por Alexy na estrutura da norma, poderá ser reconstruída de modo mais adequado em condições de conversação, sob as quais nos posicionamos diante de compromissos em determinada situação. Nesse caso, a diferença consistiria mais em tratarmos de uma norma como regra, à medida que a aplicarmos sem considerar os sinais característicos desiguais da situação, ou como princípios, à medida que a aplicarmos mediante o exame de todas as circunstâncias (efetivas e jurídicas) em determinada situação. (GÜNTHER, 2004, p. 315)

A definição do sentido normativo sem distinguir elementos sintático-semânticos de elementos pragmáticos não admite um referencial de sentido prefixado, ainda que provisoriamente. Não seria possível diferenciar as normas jurídicas do que Alexy distingue como normas atribuídas, que são razões para a determinação do significado. Essa é a razão pela qual, na crítica a Hart, Dworkin insiste na impossibilidade dos princípios, como proposta de novo padrão normativo, se submeterem ao reconhecimento por regras de reconhecimento (DWORKIN, 2007a, p. 113). A questão é, então, melhor elaborada quando Habermas, que, apropriando-se da noção consagrada por Gadamer e Humboldt, sustenta que as razões práticas gerais são introduzidas no discurso jurídico por meio de tradução à forma deontica (HABERMAS, 2012, p. 253-256). Com isso, efetiva-se o que Habermas postula, a partir da teoria de Dworkin, como “reconstrução racional do direito vigente” (HABERMAS, 2012a, p.

289). Desse modo a institucionalização não chega ao ponto de ser incontornável para a justificação racional, o que expõe o caráter fraco da vinculação ao direito vigente.

Também por essas razões, a concepção normativa de Günther e Dworkin não admite a antecipação do ordenamento jurídico sistemático ainda que de forma precária e discursiva, razão pela qual recorrem aos paradigmas para satisfazer a segurança jurídica (DWORKIN, 2007a, p. 88-89; GÜNTHER, 2004, p. 358). Habermas destaca particularmente a necessidade do recurso ao paradigma e desenvolve o instituto (2012a, p. 280-281, 285). O paradigma serve de referencial para a interpretação como melhor manifestação da obra a ser interpretada e, no caso do direito, dirigindo a seleção da possibilidade interpretativa mais coerente com essa melhor interpretação, aproximando Habermas e Dworkin (HABERMAS, 2012a, p. 260-261). Dworkin bem destaca que o paradigma não fixa definições convencionadas, mas aproxima consensos de convicção (DWORKIN, 2007b, p. 97, 110-112). A validade desse consenso está, contudo, condicionada à legitimidade do paradigma que, para isso, deve consubstanciar a autocompreensão da comunidade jurídica livre e igualitária (HABERMAS, 2012a, p. 129). O paradigma, então, deve assegurar co-originalmente a autonomia privada e cidadã de seus membros por assegurar formas de comunicação, e não postulados conteudísticos (HABERMAS, 2012a, p. 147-148). Tais formas de comunicação, como procedimento racional comunicativo (HABERMAS, 2012a, p. 153), mantém o paradigma aberto ao processamento das mais diversas possibilidades interpretativas materiais postuladas por outros paradigmas (HABERMAS, 2012a, p. 275-276). Pretensão essa que envolve igualdade formal perante a lei na aplicação do direito e igualdade de conteúdo nas normas (HABERMAS, 2012a, p. 153). A consolidação do paradigma implica a participação de todos os atores sociais, ainda que alguma primazia recaia sobre os juristas. Isso ocorre quer se considere a perspectiva paradigmática em si mesma como disputa política (HABERMAS, 2012a, p. 131-132) ou na fixação dos critérios de linguagem para associação e diferenciação que o constituem enquanto igualdade na lei (HABERMAS, 2012a, p. 153, 278). Além disso, aliviam o julgador da onisciência fática e jurídica, ao servir de referência para a seleção imparcial de aspectos do caso concreto e invocação mais completa de normas (HABERMAS, 2012a, p. 275).

O paradigma supre de referências de conteúdo, portanto, os esforços para alcançar a solução para o caso que seja a mais coerente com o direito como integridade. A integridade exige a justificação da decisão em razão de sua coerência com uma explicação geral das decisões jurídicas do passado – em especial, os paradigmas –, reconstruídos segundo a atual autocompreensão valorativa da sociedade, consolidada em princípios, e visando sua

autorrealização no futuro (DWORKIN, 2007b, p. 273-274). A coerência apresenta dimensão de adequação aos padrões institucionalizados e também de justificação, que demanda a melhor solução em face dos princípios da comunidade como a única correta (DWORKIN, 2007b, p. 306-308). Habermas e Günther também adotam a coerência com a integridade do direito como critério de seleção contrafactual da única decisão correta, afastando complementarmente a indeterminação e a discricionariedade (HABERMAS, 2012a, p. 270; GÜNTHER, 2004, p. 404, 409-414).

Desse modo, a concepção de norma em Dworkin, Günther e Habermas pressupõe vinculação procedimentalista fraca caracterizada pelos seguintes preceitos:

(*ii.1*) não separação entre as normas jurídicas deônticas e as razões que definem seu sentido e reconhecimento, em razão da conjugação das dimensões sintático-semântica e pragmática;

(*ii.2*) introdução dos argumentos práticos gerais no discurso jurídico consubstanciados às normas, por efeito de (*ii.1*) institucionalizadas por tradução;

(*ii.3*) consolidação dos padrões institucionalizados em paradigma;.

(*ii.4*) a racionalidade da proposição jurídica é assegurada, mesmo diante da institucionalização, pela reconstrução racional do direito vigente;

(*ii.5*) adoção da coerência com o direito em sua integridade que orientam para a única decisão correta;

(*ii.6*) separação dos discursos de fundamentação e aplicação, especializando o discurso jurídico neste âmbito em que a adequação da norma ao caso considera todos os aspectos com imparcialidade.

4.3 Conclusão: releitura procedimentalista do conceito de norma em Kelsen

O discurso jurídico superou o fundamento de validade formal do direito em favor da fundamentação procedimental e, com isso, sofreu importantes modificações nas premissas do raciocínio jurídico, conforme visto no segundo capítulo. Bourdieu caracterizou essas condições de reconhecimento do discurso (2008, p. 91), em face de teorias internalistas como a de Kelsen, pelos preceitos de retórica da neutralidade, unidade sistemática e cânone jurídico (2010, p. 209, 211). A perspectiva procedimentalista, embora sem grandes alterações estilísticas, abandonou a pretensão de neutralidade da objetividade das normas em troca pela

igualdade entre as partes na construção discursiva do sentido intersubjetivo, isto é, universalidade como imparcialidade. A unidade sistemática não é mais objetivamente dada, mas é imagem reguladora do procedimento dialogal de reconstrução da hierarquia e associação de sentidos normativos. Apenas se pode antecipar unidade e sistematicidade como consenso provisório no atual estágio da permanente reconstrução do discurso jurídico na forma de ordenamento em abstrato ou de paradigmas, ambos postos à prova a cada caso concreto. Ademais, o procedimentalismo também confirma a positividade do direito, mas não na forma de cânone jurídico, pois nega sua objetividade e exige legítima justificação na construção intersubjetiva do sentido dos padrões normativos institucionalizados. A atual perspectiva de fundamentação de validade do direito consagra também entendimento procedimental de justiça e de segurança jurídica fundados nas condições discursivas.

A repercussão dessa alteração de fundamento sobre a concepção de norma jurídica como sentido em Kelsen exigiu considerações sobre a concepção de interpretação. Com efeito, consagrou-se a distinção entre a norma e a disposição institucional da qual ela é sentido. No entanto, viu-se no terceiro capítulo que a concepção procedimental rejeitou a objetividade do sentido normativo em favor de sua intersubjetividade na linguagem em que se constitui discursivamente. Propôs-se, nesse sentido, que a interpretação parte das associações e dissociações de linguagem que refletem convicções normativas e, na qualidade de pré-compreensões, foram incorporadas pelo intérprete, não apenas conscientemente, em sua formação como jurista. Então, pelas pré-compreensões, o intérprete reconhece que a forma é fonte de normas jurídicas e o estado de coisas, caso de aplicação, relacionando-os pela invocação, no âmbito mais amplo da linguagem, de conteúdos sintático-semânticos nas circunstâncias pragmáticas. A imparcialidade na consideração da plurivocidade dos signos e multiplicidade dos aspectos fáticos invoca na linguagem diferentes associações de linguagem, ou conjecturas de sentido, que expressam variados interesses e pontos de vista. A definição do sentido resulta do confronto entre conjecturas ao modo dialogal que antecipa as condições discursivas ideais e tem por critério a coerência com os elementos da forma simbólica dos padrões institucionalizados.

O discurso jurídico procedimental e sua concepção de interpretação atacam especificamente a substância da concepção de norma presente em Kelsen como sentido objetivamente dado, seja unívoco ou plurívoco. Não há incompatibilidade, porém, quanto ao predicado dessa concepção, desde que compreendida a qualidade de dever-ser como estágio atual de consenso provisório no discurso jurídico acerca do conteúdo estrutural da norma. Desse modo, conquanto o predicado possa ser posto à prova a cada caso, ainda assim, há

descarga argumentativa, em razão da distribuição favorável do ônus argumentativo e da dispensa de nova justificação se não for controvertido. É fácil perceber a importância da concepção de norma em Kelsen, por exemplo, na distinção entre norma e enunciado legal, que viabiliza a conjugação de vários enunciados na formação de interpretação mais sistemática e, pois, coerente. Igualmente, nota-se a importância da noção da norma como esquema de interpretação, da relação de imputação do dever-ser e da estruturação da norma no enunciado deontico “Se A, deve ser B”, principalmente, na tipificação penal e tributária. Os próprios autores procedimentalistas não descartam o predicado da concepção de Kelsen. Alexy o encampa quanto à distinção entre norma e enunciado normativo, ao enunciado deontico e à relação de imputação como “dever-ser” (2008, p. 53-55, 57, 62-65). Também as concepções normativas de Dworkin, Günther e Habermas, ao preceituar a reconstrução dialogal racional do ordenamento e tomar regras e princípios como diferentes atitudes propositivas na aplicação, pressupõem a norma como sentido (DWORKIN, 2007a, p. 120; GÜNTHER, 2004, p. 309, 315, 319, 392; HABERMAS, 2012a, p. 260-261). Günther inclusive caracteriza o discurso normativo, baseado em Luhmann, pelo programa condicional de “[...] se/então entre tipificação dos fatos e consequência jurídica” (GÜNTHER, 2004, p. 380), que retrata a relação de imputação e o enunciado deontico. Habermas também se vale da imputação por “dever-ser” e seus termos, por exemplo, em expressa referência à condição de incidência como “componente ‘se’” (2012, p. 258).

Ainda assim, severas incompatibilidades com a substância do conceito de norma em Kelsen subjazem às concepções normativas desses autores, conforme visto no terceiro capítulo em que se caracterizou os preceitos da vinculação positivista ao direito vigente (I.1-3) contra os postulados da vinculação procedimentalista (II.1-3). Rejeitou-se o caráter objetivamente dado do sentido normativo, inclusive como referência semântica convencional e predeterminada, supostamente passível de mera cognição sem participação anímica do intérprete. Em contrapartida, o procedimentalismo entende sentido como representação associada pelo intérprete à forma simbólica de um padrão institucional, o que ocorre em procedimento dialogal e racional comunicativo que visa o consenso de convicções normativas na contingência e intersubjetividade da linguagem. Ademais, exige-se justificação na definição do sentido das normas, questão introduzida com os princípios, mas também presente nas regras, ao menos, em seu caráter *prima facie* defendido por Alexy (2008, p. 105) ou até em sua ponderação segundo Humberto Ávila (2006, p. 44-51). Não se trata de abandonar a vinculação ao conteúdo da norma vigente, mas da exigência de justificação também dos critérios de reconhecimento e uso dos termos da forma simbólica a que a interpretação e a

proposição jurídica estão sim vinculadas. A questão do critério de definição de sentido (α), ocultada no positivismo sob a suposta objetividade e relegada à discricionariedade, é, então, tematizada e submetida ao controle da racionalidade comunicativa no procedimento dialogal.

Portanto, em releitura da concepção normativa segundo o discurso jurídico procedimental, a norma é sentido intersubjetivo, em sua substância, associado discursivamente e na linguagem do direito à forma simbólica de um padrão institucionalizado. A discursividade na perspectiva procedimental tematiza as pressuposições na linguagem que justificam a associação, ou significação, incluindo na própria normatividade – e no direito – as razões práticas de definição do sentido. Entre tais razões, cabe exemplificar, inclui-se a de seleção na plurivocidade sintático-semântica, de constatação das circunstâncias fáticas, de concretização e até mesmo de reconhecimento da forma simbólica e da fonte jurídica. O sentido intersubjetivo será válido, havendo efetiva compreensão, se apropriado pelo intérprete, nos termos de Gadamer (2008, p. 371), e se sua definição discursiva tiver antecipado as condições da situação ideal de discurso, segundo Habermas (2004, p. 46). Isto é, confirmando-os ou rejeitando-os, a significação não pode se deter nas pré-compreensões do intérprete ou apenas repetir os usos dominantes de linguagem.

A concepção positivista de norma não atende à pretensão de justiça, em razão da convicção de que objetividade seria suficiente para fundar a validade do direito, reduzindo a adequação ao caso concreto à subsunção e dispensando a justificação de legitimidade. Ademais, a objetividade do sentido normativo exclui de seu âmbito e, pois, do direito, as pressuposições da interpretação, acarretando ausência de critério vinculante de definição do sentido que, relegada à discricionariedade, arruína a segurança jurídica.

A concepção procedimentalista de norma atende melhor às funções de segurança jurídica e justiça traduzidas em vinculação ao direito vigente e adequação ao caso concreto. A justiça procedimental não exige conteúdo material específico, mas antecipação das condições da situação discursiva ideal destinada ao consenso de convicção livre de dominação. Correspondentemente, a segurança não mais se ancora na predefinição objetiva do conteúdo das normas, porque submete o sentido normativo a prova diante do caso concreto, conciliando-se com a pretensão de justiça. A estabilização de expectativas de comportamento reside na antecipação provisória de sentido normativo – paradigmas e ordenamento em abstrato – e, principalmente, nos critérios discursivos assegurados pelo direito processual que permitem antever a participação das partes, dos pontos de vista e das razões na construção intersubjetiva da decisão.

Não há, aqui, a pretensão de revelar a essência ou existência objetiva da norma, mas apenas apresentar o uso de linguagem do termo “norma jurídica” adequado à atual perspectiva procedimental do discurso jurídico. Uso que possa servir de premissa, que delimite e descarregue a argumentação-interpretação, mas que, quando questionado, se transforme no objeto reinterpretação. Afinal, bem alerta Gadamer, “seria um mau hermenêuta aquele que imaginasse poder ou dever ter a última palavra” (2007b, p. 544).

REFERÊNCIAS

AFONSO, Elza Maria Miranda. Passos da teoria de Kelsen rumo à construção da teoria do direito. In: GOMES TRIVISONNO, Alexandre T.; OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. *Hans Kelsen: teoria jurídica e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 39-83.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rev. Claudia Toledo. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. *Direito, razão e discurso: estudos para filosofia do direito*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ALEXY, Robert. Problemas da Teoria do Discurso. In: *Direito, razão e discurso: estudos para filosofia do direito*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ALEXY, Robert. O conceito kelseniano de dever ser. In: GOMES TRIVISONNO, Alexandre T.; OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. *Hans Kelsen: teoria jurídica e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 87-.

ALVES, Marco Antônio S. Racionalidade e argumentação em Habermas. *Kínesis*, Marília-SP, v. I, n. 2, p. 179-195, 2009. Disponível em: <<http://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Kinesis/Artigo13.M.Souza.pdf>>. Acessado em: 12 jun. 2013.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2002.

ARISTÓTELES. *Política*. In: *Aristóteles*. São Paulo: Nova Cultura, 2004. (Os pensadores)

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BENVENISTE, Émile. *Problemas de linguística geral*. vol. II. Trad. Eduardo Guimarães (*et al.*). Campinas, SP: Pontes, 1989.

BOURDIEU, Pierre. *Questões de sociologia*. Trad. Jeni Vaitsman. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983.

BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas linguísticas: o que falar quer dizer*. Trad. Sergio Miceli (*et al.*). 2 ed. São Paulo: EdUSP, 2008.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. 13 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 out. 2013.

BRASIL. Código Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de setembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 dez. 1940. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acessado em: 20 out. 2013.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acessado em: 20 out. 2013.

BRASIL. Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Lei de doação de órgãos. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 fev. 1997. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm>. Acessado em: 20 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 603583/RS. Recorrente: João Antônio Volante. Recorridos: União; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, julgado aos 26 out. 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 25 maio 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listar-jurisprudencia.asp>. Acessado em: 8 nov. 2012.

DESCARTES, René. Discurso do método. Trad. Enrico Corvisieri. In: *Descartes*. São Paulo: Nova Cultura, 2004. (Os pensadores)

DUTRA, Delamar J. V. Da revisão do conceito discursivo de verdade em Verdade e justificação. *Revista Ethic@*, Florianópolis, v. 2, n. 2, p. 219-231, Dez., 2003. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/14618/13370>>. Acesso em: 14 out. 2013.

DUTRA, Delamar J. V. A teoria discursiva da aplicação do direito: o modelo de Habermas. *Veritas*, Porto Alegre, v. b1, n. 1, p. 18-41, Mar., 2006. Disponível em: <<https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/viewFile/1880/1401>>. Acesso em: 14 out. 2013.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007a.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007b.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Trad. Fernando Santos. Rev. Tec. Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ECO, Humberto. *A estrutura ausente: introdução à pesquisa semiológica*. 3 ed. Trad. Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 1976.

ECO, Humberto. *Os limites da interpretação*. Trad. Pérola de Carvalho. Rev. Afonso Nunes Lopes. São Paulo: Perspectiva, 2000.

ECO, Humberto. *Interpretação e superinterpretação*. Trad. MF. São Paulo: Martins Fontes, 2001. (Tópicos)

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. Rev. Alonso Reis Freire. Rev. trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

FERREIRA, Acylene Maria Cabral. Estrutura do mundo via linguagem. In: OLIVEIRA, Eduardo Chagas (org.). *Problemas de Hermenêutica e Fenomenologia*. Feira de Santana: Universidade Estadual de Feira de Santana / Núcleo interdisciplinar de Estudos e Pesquisa em Filosofia, 2002. p. 13-39.

GADAMER, Hans-Georg. A universalidade do problema hermenêutico (1966). In: *Verdade e método II: complementos e índice*. Trad. Enio Paulo Giachini. Ver. da Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 3 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007. p. 255-270.

GADAMER, Hans-Georg. Retórica, hermenêutica e crítica da ideologia – Comentários metacríticos a Verdade e Método I (1967). In: *Verdade e método II: complementos e índice*. Trad. Enio Paulo Giachini. Ver. da Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 3 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007. p. 270-291.

GADAMER, Hans-Georg. Hermenêutica clássica e hermenêutica filosófica (1968). In: *Verdade e método II: complementos e índice*. Trad. Enio Paulo Giachini. Ver. da Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 3 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007. p. 111-142.

GADAMER, Hans-Georg. Linguagem e compreensão (1970). In: *Verdade e método II: complementos e índice*. Trad. Enio Paulo Giachini. Ver. da Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 3 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007. p. 216-233.

GADAMER, Hans-Georg. Réplica a hermenêutica e crítica da ideologia (1971). In: *Verdade e método II: complementos e índice*. Trad. Enio Paulo Giachini. Ver. da Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 3 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007. p. 292-321.

GADAMER, Hans-Georg. Posfácio referente à 3ª edição (1972). In: *Verdade e método II: complementos e índice*. Trad. Enio Paulo Giachini. Ver. da Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 3 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007. p. 508-544.

GADAMER, Hans-Georg. Texto e interpretação (1983). In: *Verdade e método II: complementos e índice*. Trad. Enio Paulo Giachini. Ver. da Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 3 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007. p. 381-418.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rev. da Trad. Enio Paulo Giachini. 10 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

GOMES (TRIVISONNO), Alexandre T.. *O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen*. 2 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

GOMES (TRIVISONNO), Alexandre T. O rigorismo na ética de Kant e a situação ideal do discurso de Habermas: um ensaio comparativo. In: GOMES (TRIVISONNO), Alexandre T.; MERLE, Jean-Christophe. *A moral e o direito em Kant: ensaios analíticos*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007. p. 55-74.

GOMES (TRIVISONNO), Alexandre T. Kant e o pós-positivismo no direito. In: GOMES (TRIVISONNO), Alexandre T.; MERLE, Jean-Christophe. *A moral e o direito em Kant: ensaios analíticos*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007. p. 153-180.

GOMES (TRIVISONNO), Alexandre T. Fundamentação do direito e argumentação jurídica: a proposta de Alexy. In: COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos; MELLO, Cleyson de Moraes (orgs.). *O fundamento do direito: estudos em homenagem ao Professor Sebastião Trogo*. Rio de Janeiro: Freita Bastos, 2008. p. 295-310.

GOMES TRIVISONNO, Alexandre T. Princípios jurídicos e positivismo jurídico: as críticas de Dworkin a Hart se aplicam a Kelsen? In: GOMES TRIVISONNO, Alexandre T.; OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. *Hans Kelsen: teoria jurídica e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 185-212.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Trad. Cláudia Beliner. Rev. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAZINOLI, Cassio Murilo Monteiro. *Interpretação e argumentação jurídica: uma contribuição para a fundamentação e justificação das decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GREIMAS, Algirdas Julien; COURTÉS, Joseph. *Dicionário de semiótica*. Trad. Alceu Dias Lima (et al.). São Paulo: Cultrix, s.d.

GUERRA, Marcelo Lima. Norma, texto e a metáfora da moldura em Kelsen. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 95, v. 853, p. 77-89, nov., 2006.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. Int. Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *A lógica das ciências sociais*. Trad. Marco Antônio Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

HABERMAS, Jürgen. A pretensão de universalidade da hermenêutica (1970). In: *A lógica das ciências sociais*. Trad. Marco Antônio Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009. p. 295-335.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. II. 1 ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I. 2 ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012a.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*, 1: racionalidade da ação e racionalização social. Trad. Paulo Asfor Soethe. Rev. da trad. Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012b.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*, 2: sobre a crítica da razão funcionalista. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012c.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 5 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007.

HART, Herbert L. A. *The concept of Law*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o humanismo*. Trad. Pinharanda Gomes. Pref. Doutor Antônio José Brandão. Lisboa: Guimarães, 1987.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. Trad. Marcia Sá Cavalcanti Schuback. 4 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

HEIDEGGER, Martin. Lógos: Heráclito, fragmento 50. Trad. Ernildo Stein. In SOUZA, José Cavalcanti de (org.). *Os pré-socráticos: fragmentos, doxografia e comentários*. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. In: *Hobbes*. São Paulo: Nova Cultura, 2004. (Os pensadores)

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010. (Livros que mudaram o mundo)

KELSEN, Hans; KLUG, Ulrich. *Normas jurídicas e análise lógica*. Trad. Paulo Bonavides. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEITE, Rogério Proença. A inversão do cotidiano: práticas sociais e rupturas na vida urbana contemporânea. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 53, n. 3, 2010, p. 737-756.

LIMA, Iara Menezes. Escola da Exegese. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 97, p. 105-122, jan.-jun. 2008.

LIMA, Iara Menezes; CAMPOS, Bruna Villas Boas. A fronteira tênue entre discricionariedade e justiça: o diálogo entre Dworkin e Hart. *In: XX Congresso Nacional do CONPEDI. (Org.). Filosofia do Direito I – Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI – Vitória/ES.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, v. 1, p. 9534-9554.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil. Trad. E. Jacy Monteiro. *In: Locke.* São Paulo: Abril, 1973. (Os pensadores)

OGDEN, C.K.; RICHARDS, I. A. *O significado de significado: um estudo da influência da linguagem sobre o pensamento e sobre a ciência do simbolismo.* 2 ed. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

MEGALE, Maria Helena D. e S. *A fenomenologia e a hermenêutica jurídica.* Belo Horizonte: Fundação Valle Ferreira, 2007.

MEGALE, Maria Helena D. e S. A compreensão virtuosa do direito: reflexão sobre a ética na hermenêutica jurídica. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 97, p. 71-104, jan.-jun. 2008a.

MEGALE, Maria Helena D. e S. Uma recordação da retórica no Fedro de Platão ou a força de resposta do discurso juspolítico inspirado na ideia de justiça. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 98, p. 337-360, jul.-dez. 2008b.

MEGALE, Maria Helena D. e S. Introdução à ontologia heideggeriana e ao meio ambiente: abertura do ser para o infinito da existência com o outro. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 99, p. 209-228, jul.-dez. 2009.

MEGALE, Maria Helena D. e S. Induzimento como forma de violência e injustiça no processo juspolítico: a premência da educação, janela de esperança para a lucidez. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 100, p. 173-216, jan.-jun. 2010.

MEGALE, Maria Helena D. e S. Hermenêutica da contratualidade e a análise fenomenológica da consensualidade. *In: MEGALE, Maria Helena D. e S. (Org.). Horizontes hermenêuticos.* Belo Horizonte: Imprensa Universitária da UFMG, 2012. p. 9-30.

MEGALE, Maria Helena D. e S. Hermenêutica da afetividade ou uma introdução à filosofia de Emmanuel Lévinas. *In: MEGALE, Maria Helena D. e S. (Org.). A invocação da justiça no discurso juspolíticos.* Belo Horizonte: Imprensa Universitária da UFMG, 2013. p. 11-41.

MOREIRA, Luiz. *A fundamentação do direito em Habermas.* 2. Ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito.* Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Teoria estruturante do direito)

OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. Conteúdo do direito e normatividade justificada na teoria pura do direito: uma crítica às teses de Joseph Raz. *In: GOMES TRIVISONNO, Alexandre T.; OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. Hans Kelsen: teoria jurídica e política.* Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 105-128.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. OAB divulga resultado final do X Exame: 28,08% de aprovação. *Sítio eletrônico oficial da Ordem dos Advogados do Brasil*. 26 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/25911/oab-divulga-resultado-final-do-x-exame-28-08-de-aprovacao>>. Acessado aos 07 nov. 2013.

PAULSON, Stanley. Reflexões sobre a periodização da teoria do direito de Hans Kelsen – com pós-escrito inédito. In: GOMES TRIVISONNO, Alexandre T.; OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. *Hans Kelsen: teoria jurídica e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 3-37.

PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica*. Trad. José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 1977.

PERELMAN, Chaïm; OBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

REIS, Róbson Ramos dos. Observações sobre o papel da linguagem na fenomenologia-hermenêutica de Ser e Tempo. *Revista Problemata*, João Pessoa, v. 1, n. 1, p. 25-45, 1998.

RORTY, Richard. *Contingência, ironia e solidariedade*. Trad. Nuno Fonseca. Lisboa: Presença, 1994.

PLATÃO. *A república*. Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultura, 2004. (Os pensadores)

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. O direito na obra de Pierre Bourdieu: os campos jurídico e político. *Estudos Jurídicos*, v. 38, n. 1, p. 46-53, janeiro-abril, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. Antônio de P. Machado. Rio de Janeiro: Tecnoprint, s.d. (Universidade)

SANTO AGOSTINHO. Confissões. Trad. J. Oliveira Santos e A. Ambrósio de Pina. In: *Santo Agostinho*. São Paulo: Nova Cultura, 2004. (Os pensadores)

SAUSURRE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. Trad. Antônio Chelini (*et al.*). 12 ed. São Paulo: Cultrix, s.d..

SÓFOCLES. *A trilogia tebana*. Trad. Mário da Gama Kury. 2 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

STERN, Jacques (org.). *Thibaut y Savigny. La codificación: una controversia programática basada em sus obras*. Trad. José Dias García. Madrid: Aguilar, 1970.

STRECK, Lênio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte, Del Rey, 2006. p. 273-309.

STRECK, Lênio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan-abr., 2010.

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ensaio sobre a cegueira positivista. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 52, p. 127-162, jan-jun., 2008. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/67/63>>, acessado aos 20 abr. 2013.

SAVIGNY, De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho. In: STERN, Jacques (org.). *Thibaut y Savigny. La codificación: una controversia programática basada em sus obras*. Trad. José Dias Garcia. Madrid: Aguilar, 1970. p. 49-169

TOMÁS DE AQUINO. Suma teológica. Trad. Alexandre Correia. In: *Tomás de Aquino*. São Paulo: Nova Cultura, 2004. (Os pensadores)

VIEHWEG, Theodor. *Topica y jurisprudencia*. Trad. Luis Diez-Picazo Ponce de Leon. Prol. Eduardo Garcia de Enterría. Madrid: Taurus, 1964.

ZANELLA, Diego C. A ética comunicativo-discursiva de Jürgen Habermas. *Thaumazein*, Santa Maria, ano V, n. 10, p. 131-149, Dez., 2012.