

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

JÚLIO CÉSAR SOUSA COSTA

**ALÉM DA RACIONALIDADE DOGMÁTICA:
UMA TENTATIVA DE RELEITURA DO CONCEITO DE VALIDADE JURÍDICA
COM BASE NA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA
DE HANS-GEORG GADAMER**

**Belém
2011**

JÚLIO CÉSAR SOUSA COSTA

**ALÉM DA RACIONALIDADE DOGMÁTICA:
UMA TENTATIVA DE RELEITURA DO CONCEITO DE VALIDADE JURÍDICA
COM BASE NA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA
DE HANS-GEORG GADAMER**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Paulo Sérgio Weyl Albuquerque Costa.

**Belém
2011**

FICHA CATALOGRÁFICA

C837r

Costa, Júlio César Sousa

Além da racionalidade dogmática: uma tentativa de releitura do conceito de validade jurídica com base na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer / Júlio César Sousa Costa. – Belém: UFPA / Instituto de Ciências Jurídicas, 2011.

207 fls.

Orientador: Paulo Sérgio Weyl Albuquerque Costa.

Dissertação (Mestrado) – UFPA / Instituto de Ciências Jurídicas / Programa de Pós-Graduação em Direito, 2011.

1. Filosofia: Hermenêutica. 2. Direito: Hermenêutica. 3. Gadamer, Hans-Georg: Hermenêutica. I. Costa, Paulo Sérgio Weyl Albuquerque. II. Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340.132

JÚLIO CÉSAR SOUSA COSTA

**ALÉM DA RACIONALIDADE DOGMÁTICA:
UMA TENTATIVA DE RELEITURA DO CONCEITO DE VALIDADE JURÍDICA
COM BASE NA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA
DE HANS-GEORG GADAMER**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Paulo Sérgio Weyl Albuquerque Costa.

Aprovada em: _____.____._____

Banca Examinadora

Professor Doutor Paulo Sérgio Weyl Albuquerque Costa
Orientador (UFPA)

Professor Doutor
Membro

Professor Doutor
Membro

Professor Doutor
Membro

Para Yêda, Camila, Catarina e Caio César, pelo amor constante.

AGRADECIMENTOS

Espero aqui não só cumprir a praxe acadêmica de agradecer a todos os que contribuíram para a conclusão deste trabalho. Muito além da praxe, quero expressar meu sincero reconhecimento pelo encontro com a hermenêutica filosófica, graças ao auxílio do Professor Doutor Paulo Sérgio Weyl Albuquerque Costa, que me orientou na difícil empreitada de realizar esta dissertação. A instigante sugestão de abordar a filosofia de Hans-Georg Gadamer produziu como um nó em minha cabeça. Há anos acostumado a repetir fórmulas já gastas, as quais Lenio Streck chama acertadamente de “cultura *prêt-à-porter* do direito”, a hermenêutica filosófica recolocou-me novamente diante daquilo que almejei e ainda almejo, desde quando escolhi estudar direito. Esse reencontro devo a Paulo Weyl, que, com as leituras de *Verdade e Método* nas tardes abafadas pelo calor de Belém, no Programa de Pós-Graduação em Direito, no campus do Guamá, insistia para que se lesse e relesse Gadamer, o que eu fazia juntamente com os colegas Ricardo Dib, João Arouck e, às vezes, com a prazerosa companhia de Viviane Loureiro.

Mas a melhor qualidade do professor que me orientou é a paciência para com seus orientandos, atitude que o torna um verdadeiro mestre.

Nessa prestimosa ajuda foi coadjuvado pelos Professores Doutores Pastora Leal, Raimundo Raiol e Calilo Kzan, a quem também agradeço as sugestões e orientações.

Com a amizade de sempre – o que é uma dádiva –, meus agradecimentos a José Heder Benatti, Marcelo Silva de Freitas e Regine Schönenberg.

Mas, apesar de todo esse auxílio e de toda essa amizade, sem Liliane Borges e suas bolsistas no dia a dia da instituição, chegar a este termo não seria possível.

Gratidão é um sentimento que nos eleva enquanto humanos, e também enleva, penso eu, pois nos conecta com a Divindade. É o que estas palavras procuram expressar a todas as pessoas acima citadas, e também àquelas que, infelizmente, eu possa ter esquecido nesta hora de concluir uma tarefa. A todos minha sincera gratidão.

*Na interpretação sede imaginativos e
risonhos! Inclusive se não obtiver nada de
um texto, atribui-lhe um sentido!*

W. Goethe, *Zahme Xenien*

RESUMO

Este trabalho resulta da tentativa de efetuar uma reflexão sobre o conceito de validade jurídica, encarado como central no que a dissertação chama de “racionalidade dogmática”, à luz da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, com seus influxos no direito, e que se apresenta como perspectiva filosófica de superação do positivismo inerente ao direito atual, naquilo que se constrói sob uma nova denominação do que se compreende por hermenêutica jurídica. Para efetuar esta pesquisa, partiu-se do entendimento do conceito de validade jurídica com base na análise da obra de Hans Kelsen, como o autor representativo da tradição no pensamento positivista jurídico que tratou com maior acuidade do referido conceito; em contraposição àquele, também se busca efetuar a análise do referido conceito na obra de Robert Alexy, como exemplar do que se tem denominado atualmente de “pós-positivismo”, isto é, uma tentativa de superar a racionalidade dogmática ainda imperante, pelos menos no Brasil, na interpretação do direito. A abordagem teórica envolveu, além da própria perspectiva filosófica central de Hans-Georg Gadamer, a pesquisa de autores que fazem uma análise dos seus pressupostos. Buscou-se exemplificar, ainda, tal aplicação, por meio de uma possível leitura ampliada do conceito de círculo hermenêutico proposto pelo autor. Verificou-se, afinal, que determinados conceitos fundamentais da filosofia de Gadamer – tais como o círculo hermenêutico, a tradição, a distância temporal, a “consciência da história dos efeitos” e a aplicação como forma de compreensão – são também utilizáveis pela hermenêutica jurídica, o que possibilita uma reflexão mais aprofundada, com renovados reflexos no modo de compreensão do direito. Trata-se, portanto, de um estudo qualitativo, de cunho exploratório, cujos procedimentos metodológicos fundamentam-se, especialmente, em levantamento bibliográfico.

Palavras-chave: Filosofia. Hermenêutica. Racionalidade. Dogmática. Direito. Hermenêutica filosófica. Hermenêutica jurídica. Hans-Georg Gadamer.

ABSTRACT

The present work deals with two major knowledge areas: Philosophy and Law. It results from a study aimed at approximating Hans-Georg Gadamer's philosophical hermeneutics and legal hermeneutics. This work results from trying to make a reflection on the concept of legal validity, seen as central to the dissertation calls "dogmatic rationality", based on Hans-Georg Gadamer's philosophical hermeneutics, with its influence on law, and that puts forward as a philosophical perspective of positivism inherent in overcoming the current law, what is constructed by a new designation of what is meant by legal interpretation. To perform this research, started from the understanding of the concept of legal validity from the analysis of the Hans Kelsen's work, as the author of the representative legal positivist tradition in thinking that dealt with more acuity of that concept, and in contrast to that, too one seeks to make the analysis of that concept in the Robert Alexy's work, as an example of what has been called today "post-positivism" – that is, in an attempt to overcome the still prevailing dogmatic rationality in interpreting right, at least in Brazil. The theoretical approach involved, besides the central Hans-Georg Gadamer's philosophical perspective, the search for authors who do an analysis of their assumptions. We tried to illustrate, though, such an application, through a possible reading of the expanded concept of the hermeneutic circle proposed by the author. After all, there was certain fundamental concepts of Gadamer's philosophy – such as the hermeneutic circle, the tradition, the temporal distance, the “awareness of the effects of history” and the application as a way of understanding – are also usable for legal interpretation enabling a more thorough reflection on the way to renewed understanding of the law. It is therefore a qualitative study and exploratory nature, of which methodological procedures departed, especially about its literature.

Keywords: Philosophy. Hermeneutics. Rationality. Dogma. Law. Philosophical hermeneutics. Legal hermeneutics. Hans-Georg Gadamer.

SUMÁRIO

1		
1.1	EXPLICAÇÃO PRELIMINAR A GUISA DE INTRODUÇÃO	10
1.2	DA ESTRUTURA DA DISSERTAÇÃO	29
2		
2.1	DIREITO E RACIONALIDADE DOGMÁTICA: O CONCEITO DE VALIDADE JURÍDICA	37
2.2	A VALIDADE JURÍDICA NA CONCEPÇÃO JUSNATURALISTA	57
2.3	HANS KELSEN E A VALIDADE JURÍDICA INABALÁVEL	64
2.4	ROBERT ALEXY E A VALIDADE JURÍDICA COMO PROCEDIMENTO ARGUMENTATIVO	71
3		
3.1	A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA	96
3.2	O CONCEITO DE HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E SUA PRETENSÃO À UNIVERSALIDADE	115
3.3	A HERMENÊUTICA COMO FILOSOFIA PRÁTICA	123
3.4	A APLICAÇÃO DO COMPREENDER: A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS	129
3.5	A HERMENÊUTICA JURÍDICA	138
3.6	A PROJEÇÃO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA NO DIREITO	143
4		
4.1	O CONCEITO DE VALIDADE JURÍDICA À LUZ DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA	146
	CONCLUSÕES	189
	REFERÊNCIAS	196

1.1 EXPLICAÇÃO PRELIMINAR À GUIA DE INTRODUÇÃO

Meu intento neste trabalho é, sobretudo, estabelecer um diálogo com a tradição jurídica com base na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer. Para ele, o diálogo tem de ser intenso, mediante a própria fala, a palavra viva, como superior até mesmo à própria reflexão. Isso talvez não vá ser possível aqui, mas acreditamos no estabelecimento desse diálogo. A tradição a que nos referimos é aquela designada por Gadamer como a nossa herança, o solo comum do mundo em que pisamos. Para o diálogo com a tradição, escolheu-se dois autores representativos da vertente positivista e da vertente não positivista do direito: Hans Kelsen, o mais importante do positivismo, e Robert Alexy, que aqui representa a corrente denominada pós-positivista¹. A tradição jurídica a que me refiro, portanto, é a do pensamento jurídico contemporâneo, iniciada justamente por Hans Kelsen, herdeiro fiel do positivismo do século XIX e dono do esforço teórico mais consistente na maior parte do século XX, no âmbito da teoria do direito².

Não há aqui nenhuma novidade, nenhuma proposta revolucionária, nem mesmo original. O que se procura é simplesmente apresentar essas duas feições teóricas a respeito da noção de validade jurídica e sobre elas expor o que se entende por hermenêutica filosófica; projetada, esta última, por sua vez, sobre o campo do direito, resultando no que entendemos por *hermenêutica jurídica* – mas longe do sentido tradicional da expressão, ainda apegada a determinados métodos, ou cânones, de interpretação jurídica. Na verdade, acredita-se que a projeção da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer sobre o direito – em especial sobre o conceito de validade jurídica –, com base na exposição de duas correntes teóricas que tratam deste tema, permite expor um modo peculiar de compreensão do direito, diferente do modo tradicional que caracteriza a dogmática jurídica.

¹Sobre o qual pairam várias divergências e assim apenas para estabelecer um sentido prévio, a expressão representa, para nós, a tentativa de reunir, novamente, o aspecto moral e/ou ético do direito, com o rigor das conquistas positivistas, sem voltar ao modo de pensar jusnatural e procurando resolver os problemas da contemporaneidade, que estão sendo impostos ao direito em decorrência de vários fenômenos sociais e tecnológicos, como a crescente secularização da sociedade e a emergência de uma avassaladora tecnificação. Robert Alexy é o mais destacado dentre os chamados *pós-positivistas*, pelo conjunto da obra, ao lado de Ronald Dworkin e Carlos Santiago Nino.

² BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na Pós-Modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 184.

O tema não foi escolhido ao acaso, relaciona-se com a atividade de magistério do autor como professor da disciplina Introdução ao Direito, nesta universidade, no campus de Marabá, desde o segundo semestre de 1994. Desse modo, pode-se afirmar que o assunto decorre de parte de nossa experiência profissional, pois o tema “validade jurídica” é abordado em sala de aula, fazendo parte do conteúdo daquela disciplina.

A presença da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, neste texto, deve ser atribuída à nossa participação nos Seminários Avançados coordenados pelo Professor Doutor Paulo Sérgio Weyl Albuquerque Costa, orientador desta dissertação, nas aulas do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Pará, no período de 2009 a 2010. Foi o orientador deste trabalho quem estimulou a leitura do mencionado autor e o debate de sua obra maior – *Verdade e Método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica –, relacionando seus influxos ao modo como atualmente interpretamos o direito.

É com base nessa leitura que se pode constatar uma alteração no modo de encarar o direito e o encontro com uma nova perspectiva filosófica para seu estudo, além da racionalidade dogmática³ que o tem caracterizado. A hermenêutica filosófica não julga desnecessários outros níveis de racionalidade, como a de caráter dogmático, apenas se preocupa em saber sob que condições eles se tornam compreensíveis. Nesse sentido, estudar *Verdade e Método* é efetuar uma profunda meditação acerca do pensar, do fazer científico que ainda impera, no modo como se compreende o direito.

Num primeiro momento, no contato com a abrangência da hermenêutica filosófica, tem-se a impressão de que a obra gadameriana não causa nenhum impacto no direito, tão complexa ela é. Somente quando se dá o entendimento é possível atentar para a profundidade da influência da hermenêutica filosófica em quem está acostumado a manusear o direito positivo, apenas da forma estritamente técnica, sem preocupar-se com seu lastro mais profundo⁴, que se ambienta na filosofia.

³ Embora a noção de dogmática jurídica seja bem mais antiga que a de racionalidade, a expressão “racionalidade dogmática”, ao unir os dois termos, quer significar que esta união, na atualidade, produziu uma espécie de racionalidade própria; quer dizer, a dogmática uniu-se à racionalidade inerente ao Estado moderno, produzindo um saber jurídico referente a fins no âmbito jurídico. A validade é, assim, um dos aspectos de como a racionalidade técnica-instrumental se expressa no direito. A aplicação da hermenêutica filosófica ao direito procura, justamente, criticar essa racionalidade de cunho dogmático e expressar outra, tida por hermenêutica.

⁴ “[...] os diferentes saberes jurídicos, aí incluída até mesmo a sisuda dogmática jurídica, em que pese a sua indispensabilidade para a fundação das diversas *ciências* do direito. É que, no fundo, todas essas disciplinas, embora importantes, não passam de conhecimentos de *segundo grau*, de saberes que não se fundam a si mesmos, porque dotados de *jurisdição subalterna*, como proclamava o mesmo Ortega y Gasset, ao contrapor a particularidade do conhecimento científico à universalidade do saber filosófico”

Nesse manuseio acrítico do direito, a técnica prepondera e as respostas são quase automáticas. Talvez isso seja o que Streck chama “objetificar” o direito⁵. O intérprete do direito não se pergunta como chegou até determinada solução, o que está fazendo, talvez nem sequer se preocupe com o sentido correto do texto legal; procura, de imediato, o que lhe interessa na jurisprudência dos tribunais e transcreve o julgado ou a ementa, para justificar a sua posição⁶; ou seja, primeiro decide, depois fundamenta. Essa atividade tem um aparato racional, objetivo; nela própria há uma razão de ser, um “quê” de científico. Basta, como se disse, descobrir a ementa adequada, baseando-se nas decisões das instâncias superiores para argumentar-se que aquele direito ali transcrito é o “correto”⁷. Esse tipo de racionalidade no direito é apenas um dos aspectos do que intitulamos de “racionalidade dogmática”. Essa racionalidade, porém, não subsiste diante do “como” hermenêutico⁸; pois há nela uma estratégia pensada desde o início, com o objetivo de convencer, de persuadir – uma intenção relacionada a fins unicamente instrumentais; uma técnica, enfim⁹.

(COELHO, Inocêncio Mártires. *Da Hermenêutica Filosófica à Hermenêutica Jurídica*: fragmentos. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 12, grifos do autor).

⁵ “[...] no contexto da dogmática jurídica, os fenômenos sociais que chegam ao Judiciário passam a ser analisados como meras *abstrações jurídicas*, e as pessoas protagonistas do processo, são transformadas em autor e réu, reclamante e reclamado, e, não raras vezes, ‘suplicante’ e ‘suplicado’, expressões estas que, convenhamos, deveriam envergonhar (sobremodo) a todos nós. *Mutatis mutandis*, isto significa dizer que os conflitos sociais não entram nos fóruns e nos tribunais graças às barreiras criadas pelo discurso (censor) produzido pela dogmática jurídica reinante. Nesse sentido, pode-se dizer que ocorre uma espécie de ‘coisificação’ (objetificação) das relações jurídicas” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e Ensino Jurídico em Terrae Brasilis. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, v. 46, n. 0, 2007a, p. 32).

⁶ Esse tipo peculiar de raciocínio jurídico tem assento no que Ferraz Júnior chama argumento *a posteriori*: “O tipo de argumentação que se propõe fundar a validade de uma proposição pela enumeração de julgados da jurisprudência (*argumentum a judicatio*) é um típico exemplo do raciocínio *a posteriori*. A força do argumento repousa no conhecimento, admitido como mais claro, das consequências, o que permite voltar às causas, eventualmente, menos conhecidas do caso em tela” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2007, p. 356).

⁷ “A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas *uma única* solução correta (ajustada), e que a ‘justeza’ (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito Positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito Positivo” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 391).

⁸ Esse “como” hermenêutico é a pergunta sobre as condições de possibilidade que se perfazem na compreensão. É assim que Stein o qualifica: “[...] e, em quarto lugar, a hermenêutica liga-se ao ‘como’ hermenêutico que, no fundo, se refere sempre ao modo de ser do próprio ser humano enquanto ser no mundo que já sempre se compreende e explicita em seu modo de ser [...]” (STEIN, Ernildo. *Exercícios de Fenomenologia*: limites de um paradigma. Ijuí, RS: Unijuí, 2004, p. 152).

⁹ “[...] Com as súmulas, parece que o senso comum teórico atinge o seu apogeu: uma volta ao mundo das regras e às facilidades objetivistas oferecidas pela metodologia subsuntiva-dedutiva [...] basta elaborar uma súmula apta a resolver os casos futuros. Retorna-se, de forma sofisticada, ao modelo formal-burguês,

A fenomenologia hermenêutica, de Martin Heidegger¹⁰, da qual a hermenêutica filosófica é tributária, afirma que o homem é pleno de significação – é ele quem confere sentido ao mundo. O sentido é que dá significação à existência, e não o contrário; portanto, o homem não existe simplesmente: ele compreende – e se compreende como inserido numa dada existência. Daí a importância conferida à compreensão como elemento integrante da própria existência, o que possibilita entender o que Gadamer quis dizer quando nomeou sua hermenêutica de “filosófica”, por entender que, se a compreensão é permanente, ela é ontológica, faz parte do modo de ser do homem¹¹. Nesse sentido, a hermenêutica filosófica observa o direito com uma inflexão existencial.

Já a técnica, para Heidegger, instalou-se cada vez mais como um *dispositivo*, na vida social contemporânea, tornando-se preponderante, impregnando inclusive o próprio pensamento. Em *Sobre o Humanismo*, ele assevera que para experimentar a pureza do pensamento, “devemos libertar-nos da interpretação técnica do pensar, cujos primórdios recuam até Platão e Aristóteles”¹². De um lado, portanto, temos a hermenêutica filosófica, procurando trazer percepções além da técnica, do modo calculador de pensar que caracteriza a ambiência contemporânea; de outro, o direito dogmático e racionalizador, como expressão dessa mesma técnica, com sentido logicizante e controlador.

Nossa busca, neste trabalho, significa uma tentativa de examinar, à luz da hermenêutica filosófica, o conceito de validade jurídica¹³, construído com base na

isto é, na medida em que *as súmulas antecipam o discurso de validade*, a tarefa dos aplicadores estará restrita ao ‘encaixe’ da situação fática (subsunção) [...] a cultura calcada em manuais, muitos de duvidosa cientificidade [...] forma-se, assim, um imaginário que ‘simplifica’ o ensino jurídico, a partir de *standards* e lugares comuns, repetidos nas salas de aula [...] bem como nos fóruns e tribunais [...] a *dogmática jurídica* [...] considera o direito como sendo uma mera racionalidade instrumental [...]” (STRECK, 2007a, p. 33-35, grifos nossos).

¹⁰ Para fazer a distinção entre a fenomenologia hermenêutica de Heidegger e a de Gadamer, chamada de hermenêutica filosófica, valemo-nos das lições de Ernildo Stein (*Exercícios de Fenomenologia: limites de um paradigma*. Ijuí, RS: Unijuí, 2004, p. 166-168; *Nas Proximidades da Antropologia: ensaios e conferências filosóficas*. Ijuí, RS: Unijuí, 2003a, p. 61-70), nas quais constam as expressões acima usadas.

¹¹ “[...] Enquanto existência o ser-aí é compreensão e essa compreensão é implícita compreensão do ser [...] à medida que a compreensão e a explicitação constituem existencialmente o ser-aí, o sentido deverá ser concebido como a estrutura formal e existencial da revelação característica da compreensão [...] somente o ser-aí pode ter ou estar privado de sentido [...] portanto, pela compreensão prévia, que é a abertura do ser-aí, nós já sempre levamos conosco o sentido que buscamos [...]” (STEIN, Ernildo. *Compreensão e Finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Ijuí, RS: Unijuí, 2001a, p. 246-247).

¹² HEIDEGGER, Martin. Sobre o Humanismo: carta a Jean Beaufret. In: _____. *Conferências e escritos filosóficos*. Tradução de Ernildo Stein. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 149.

¹³ “Entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica existe pois uma relação essencial, na qual a hermenêutica detém a primazia. 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, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo

dogmática jurídica. Prefere-se a expressão “dogmática jurídica” a “teoria do direito”¹⁴, porque esta última é bem mais recente. Escolheu-se a corrente filosófica da hermenêutica filosófica porque ela, ao lado da filosofia analítica da linguagem, representa a ultrapassagem daquilo que se convencionou chamar “filosofia da consciência”¹⁵, assim como por sua evidente afinidade com a hermenêutica jurídica. Nesse sentido, pode-se afirmar que aqui a contextualização do tema “validade jurídica” é nitidamente de cunho filosófico¹⁶, não dogmático. Isso significa conceber essa noção – a de validade jurídica – como um critério técnico, mas também submetido, por sua vez, à interpretação. Quero aqui afirmar que o conceito de validade jurídica, tão importante para a moderna “Ciência do Direito”, é visto dentro da tradição positivista como uma construção quase imune à crítica, acabando por ser considerado o verdadeiro sustentáculo de todo o sistema jurídico positivo; por isso, o título do trabalho começa com uma singela pretensão (uma tentativa), que é a de ir além da racionalidade dogmática que tem caracterizado o direito.

No Brasil, o principal autor na área do Direito que se tem utilizado da “*virada linguística*” é Lenio Luiz Streck, que a cita como substrato filosófico da hermenêutica filosófica; asseverando, por outro lado, que a filosofia da consciência é o paradigma de racionalidade que ainda tem sustentado a prática jurídica em nosso país; para ele, a “virada linguística” “não teve a devida recepção no campo da filosofia jurídica e da hermenêutica no cotidiano das práticas judiciárias e doutrinárias brasileiras”¹⁷.

Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: São Francisco, 2005, v. I, p. 433).

¹⁴ “[...] o fato de, ao lado da filosofia do direito, existir uma teoria do direito, só é explicável por razões históricas. É certo que a denominação ‘Teoria do Direito’ é antiga. No entanto, só há pouco mais de três décadas é utilizada para designar uma disciplina específica da ciência do direito [...] a filosofia do direito está mais orientada para o conteúdo, enquanto a teoria do direito se preocupa mais com a forma [...]” (KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 34).

¹⁵ “A passagem do paradigma da filosofia da consciência para o paradigma da linguagem constitui um corte de igual profundidade. A partir deste momento, os sinais linguísticos, que serviam apenas como instrumento e equipamento das representações, adquirem, como reino intermediário dos significados linguísticos, uma dignidade própria. *As relações entre linguagem e mundo, entre proposição e estado de coisas, substituem as relações sujeito-objeto*. O trabalho de constituição do mundo deixa de ser uma tarefa da subjetividade transcendental para se transformar em estruturas gramaticais [...]” (HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico: estudos filosóficos*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 15, grifos nossos).

¹⁶ “[...] essa vocação do discurso jusfilosófico, nesse aspecto, segue o poliglotismo próprio da filosofia, sempre aberta ao diálogo com as mais diversas áreas do saber. Assim, são várias articulações possíveis: filosofia do direito e filosofia; filosofia do direito e teoria jurídica; filosofia do direito e teoria política; filosofia do direito e direito constitucional” (MAIA, Antônio Cavalcanti (Org.). *Jürgen Habermas: filósofo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 4-5).

¹⁷ STRECK, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*.

Nossa pesquisa visa, portanto, estender ao direito a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, mesmo porque esse autor tem como um de seus modelos de compreensão a hermenêutica jurídica, ao lado da teológica e da filológica. Esse estender, porém, não é como uma técnica apenas, ainda mais porque o filósofo alemão não estava preocupado em criar metodologias, estava apenas em busca do que chamou “uma intenção filosófica”¹⁸. Tal possibilidade adveio daquilo que se pode cognominar então de “crise no direito”, que hoje pode ser também concebida como “crise do positivismo”. Apesar da existência de críticas, essa crise não é bem definida na literatura específica, entendemos que ela é pertinente, quando então a vertente da hermenêutica filosófica é uma das possibilidades de sua superação¹⁹.

O momento em que o direito de feição positivista viu-se confrontado pela realidade pode ser demarcado historicamente a partir do segundo pós-guerra, quando foram descobertos os crimes que aconteceram nos campos de concentração da Alemanha nazista, e após o Tribunal de Nuremberg, quando a legitimidade da ordem jurídica e legal alemã, imposta por Hitler²⁰, foi questionada incisivamente em sua verdade mais protegida: a validade jurídica²¹. Essa crise permanece com a crescente

7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007b, p. 63-64.

¹⁸ “Minha verdadeira intenção, porém, foi e continua sendo uma intenção filosófica: o que está em questão não é o que fazemos, o que deveríamos fazer, mas o que nos acontece além do nosso querer e fazer” (MAIA, 2008, p. 14).

¹⁹ “Denominamos ‘rito de passagem’ porque entendemos que o pós-positivismo nunca se solidificou como uma nova teoria ou ideologia. Foi um momento de redefinição de valores, necessário e exigido pelo mundo pós-guerra. Na opinião de Antônio Cavalcanti Maia, Albert Calsamiglia desenvolveu aguda análise utilizando o termo pós-positivismo, trazendo referências ao assunto em diversos artigos, que poderia ser concluída (não encerrando o debate sobre o assunto) da seguinte maneira: pós-positivismo= *superção do positivismo por princípios+constitucionalização do direito*” (MARTINS, Flávia Bahia. *O Direito Fundamental à Saúde no Brasil sob a Perspectiva do Pensamento Constitucional Contemporâneo*. 2008. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008, p. 18, grifo nosso). Veja-se também: BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 3, n. 11, p. 42-73, jul./set. 2001; CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 21, p. 209-220, 1998; BITTAR, 2009, especialmente p. 208-214.

²⁰ “[...] essa concepção do positivismo jurídico soçobra ante os abusos do hitlerismo, como toda teoria irreconciliável com os fatos. Pois a reação universal diante dos crimes nazistas obrigou os chefes de Estados aliados a instruir o processo de Nuremberg [...] a convicção de que era impossível deixar impunes aqueles crimes horríveis, mas que escapavam a um sistema de direito positivo, prevaleceu sobre a concepção positivista do direito” (PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 395).

²¹ “[...] o direito de *Auschwitz*, ao ser revelador de uma forma de racionalização do mundo da vida, é pura irracionalidade. Por isso, não é possível que o direito se associe a *tánatos*, revelando-se como instrumento da face da morte [...] se confundindo com a força bruta do ato de polícia, e se revelando como potência fálica incontestável, o direito se faz simplesmente irracionalidade” (BITTAR, Eduardo C. B. *Educação e Metodologia para os Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 44).

agudização de temas e situações surgidas na complexidade vívida da sociedade contemporânea²², de resto já intuída pela filosofia do direito:

Analistas refinados, como Norberto Bobbio, têm contribuído decisivamente para o aprofundamento dessa discussão. Por trás dela, na verdade, *está o decantado tema da crise do direito contemporâneo*, do qual se destaca o colapso do individualismo jurídico, o esvaziamento de um direito burguês edificado em torno da concepção de direito subjetivo, a publicização do direito privado, a *administrativização* do direito público e a crescente dificuldade de se definir, nas sociedades de classes, combinatórias exequíveis entre legitimidade política e eficácia normativa. À medida que ‘não é possível pensar-se numa solução jurídica que possa contentar a toda gente em todos os quadrantes do mundo’, conforme as palavras de Reale, ‘*a crise da validade técnico-formal implica a da validade social do direito, aspectos conjugados que são do desequilíbrio operado na história do homem novecentista*’. Por extensão, ‘*como será possível se cogitar de um direito válido e eficaz*’?²³.

Concebemos aqui a hermenêutica filosófica como uma dessas possibilidades, senão das mais atraentes, a que melhor oferece condições e direção para um caminho de saída desse nevoeiro teórico e filosófico em que se enredou o direito. Essa possibilidade é vista por nós sob os seguintes aspectos: a) afastamento do método concebido pela razão matemática; b) reconhecimento e utilização da *razão prática* como modelo de resolução de problemas no âmbito do direito; c) experiência e sensibilidade trazidas ao intérprete pela racionalidade hermenêutica; d) compreensão como critério-chave do modelo atual de ciência – afinal, como diz o próprio Gadamer, “estão surgindo sempre novas fontes de compreensão, revelando relações de sentido insuspeitadas”²⁴.

Esta dissertação, portanto, tem uma difícil pretensão: submeter aos ditames da hermenêutica filosófica o conceito de validade normativa, com a significação que ele recebe de dois dos seus mais representativos autores – Hans Kelsen e Robert Alexy. É uma pretensão porque talvez não exista outro conceito no âmbito da dogmática jurídica

²² Antônio Cavalcanti Maia ainda aponta outros temas de inegável interesse, provenientes dessa complexidade, que se refletem no direito, como: “[...] a reconexão do debate da teoria do direito com o domínio da teoria da justiça; a sofisticação das discussões da metodologia jurídica, sobretudo com a proliferação dos casos difíceis, com o desenvolvimento expressivo das teorias de argumentação jurídica; a reabilitação da racionalidade prática e a erosão do paradigma positivista; o novo papel dos princípios jurídicos e a reconfiguração da teoria constitucional; o reequacionamento da legitimidade da jurisdição com base nas discussões acerca do modelo da democracia deliberativa; as demandas por democratização e participação popular nas ações da administração pública; o alargamento da tarefa hermenêutica dos magistrados em face das exigências de efetivação dos direitos consagrados nos textos constitucionais; o crescimento da intervenção do Judiciário na vida quotidiana dos cidadãos e a necessidade de critérios para aferir a legitimidade de suas decisões (como, por exemplo, a exigência de mais cuidadosa motivação das decisões judiciais); a expansão das biotecnologias e a necessidade de parametrização ético-legal de seu desenvolvimento [...]” (MAIA, 2008, p. 3-4).

²³ FARIA *apud* BITTAR, 2009, p. 195, grifos do autor e nossos.

²⁴ GADAMER, 2005, p. 395.

que tenha sido tão exaustivamente esmiuçado quanto este²⁵; logo, é possível que tudo já tenha sido dito; ademais, a hermenêutica filosófica reconhece a falibilidade humana e a impossibilidade de se obterem, na ciência, tanto quanto na filosofia, conceitos definitivos. Então, a pesquisa permanece como pretensão, nomeada “tentativa”, conforme o título escolhido.

Para dar conta dessa empreitada, pensou-se em obedecer a algumas diretivas. Em primeiro lugar, ao invés de um raciocínio linear, adotar-se-á o do círculo hermenêutico. Esse *standard* hermenêutico tem como objetivo fazer com que o geral se adapte ao particular e vice-versa, não seguindo a forma costumeira dos processos de indução e dedução, ao contrário do método positivista da ciência, seja quando parte do particular para o geral, ou vice-versa. O círculo hermenêutico, por seu turno, procura efetuar uma integração entre as partes e o todo²⁶. O intérprete, assim, tem de revisar constantemente suas conclusões parciais e verificar se estão em consonância com a conclusão final. Portanto, cada capítulo da dissertação procura integrar-se ao *todo* da obra²⁷.

A segunda diretiva rechaça o estudo da validade jurídica na perspectiva unicamente semântica, como acentua Riccardo Guastini²⁸, validade é uma palavra de significação inconstante –, muito gasta por sinal, no âmbito da teoria do direito. Assim como os objetos, o que fica muito gasto torna-se inoperante; no caso das palavras, a inoperância é a perda de sentido. A validade jurídica tornou-se usada em diversos sentidos, perdendo, por conseguinte, substância semântica. Mas como a afeição sentimental por um objeto usado faz com que a atração por ele permaneça, a validade jurídica, apesar de tudo, mantém acesa a preocupação dos juristas; talvez por ser o

²⁵ “[...] não estou interessado em discutir as diversas teorias da validade das quais está repleta a literatura filosófico-jurídica” (GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 269-268).

²⁶ “Toda interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar para ‘as coisas elas mesmas’ [...] quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo [...] a compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido [...]” (GADAMER, 2005, p. 355-356).

²⁷ “Assim, o movimento da compreensão vai constantemente do todo para a parte e desta para o todo. A tarefa é ir ampliando a unidade do sentido compreendido em círculos concêntricos. O critério correspondente para a justeza da compreensão é sempre a concordância de cada particularidade com o todo. Se não houve tal concordância, significa que a compreensão malogrou [...] quando se realiza a compreensão, o círculo do todo e das partes não se dissolve; alcança ao contrário sua realização mais autêntica [...] o círculo da compreensão não é, portanto, de modo algum, um círculo ‘metodológico’; ele descreve antes um momento estrutural ontológico da compreensão” (Ibid., p. 386, 388-389).

²⁸ GUASTINI, op. cit., p. 271.

problema jusfilosófico principal, talvez por encerrar o mistério do direito: afinal, como se explica que as palavras obriguem?²⁹

Por tratar-se de uma pesquisa que tem como base teórica a hermenêutica filosófica, este texto pode ser caracterizado como uma narrativa particular que obedece a uma cronologia específica, em uma perspectiva histórica. É uma narrativa porque não se trata, especificamente, de um texto rigorosamente submetido às normas do método científico, mesmo porque segue, nesse particular, as orientações de Hans-Georg Gadamer, para a quem a autocompreensão tem papel destacado no processo de conhecimento³⁰.

Um aspecto que é evidente no decorrer do trabalho é a procura de um ritmo próprio, do tom dado às frases, aos parágrafos – enfim ao próprio texto. Os tópicos deste trabalho estão escritos na primeira pessoa, o que é explicável: com isso, procura-se afastar qualquer tom por demais asséptico e neutro que, por vezes, é considerado o adequado ao trabalho científico, com o sujeito que o redige numa posição equidistante e imparcial; entretanto, ao escolher escrevê-lo neste ritmo e na perspectiva da primeira pessoa do singular, coloquei a ênfase justamente no aspecto narrativo, fazendo-o prevalecer sobre o descritivo, menos consentâneo com o referencial retórico da hermenêutica filosófica e jurídica. Procuro narrar o que compreendi com o diálogo mantido com os autores lidos. Assim, o sentido a que se chega é oriundo da experiência do autor/leitor, o que também se reflete no processo de autorreflexão que a hermenêutica filosófica procura proporcionar ao sujeito que compreende. Mais uma vez a orientação de Gadamer é esclarecedora, pois ele diz que “também nós compreendemos os textos transmitidos sobre a base de expectativas de sentido que extraímos de nossa própria relação precedente com o assunto”³¹.

²⁹ “Carl August Emge disse uma vez o seguinte sobre o problema da validade do direito: ‘o problema fundamental da filosofia do direito é saber como é possível que de imperativo e de pretensões de dever ser que se presumem adequados à experiência e que emanam de uma força superior, sejam possíveis normas realmente vinculantes, um autêntico dever ser; ou seja, algo completamente diferente’. E noutro lugar aduz: ‘haver entendido este problema significa haver descoberto toda a estrutura da filosofia do direito’” (KAUFMANN, Arthur. *Derecho y Conciencia: observaciones sobre el problema de la validez del derecho*. In: OLLERO, Andrés; SANTOS, José Antonio (Orgs.). *Hermenéutica y Derecho*. Granada: Comares, 2007a, p. 173).

³⁰ Segundo Gustavo Just, em *Dicionário de Filosofia do Direito*, a “[...] recepção da hermenêutica pelo pensamento jurídico está caracterizada por um lado pela incontestável predominância da hermenêutica *ontológica* ou *existencial* de Gadamer, em detrimento da hermenêutica dita *metódica* de Betti, e por outro lado pela emergência da virada interpretativa anglo-saxônica, sendo essas duas orientações majoritárias [...]” (BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo, RS: Unisinos, 2009, p. 395-399, grifos do autor).

³¹ GADAMER, 2005, p. 389.

A cronologia que é adotada é tipicamente fruto da percepção pessoal do autor na leitura das obras dos teóricos do direito que aqui são estudados. Verificamos, no decorrer de nossa pesquisa, que as obras publicadas não seguem uma linha temporal linear, o que é óbvio, já que, no diálogo que elas tematizam, as respostas e os embates resultam, evidentemente, do tempo de maturação de cada autor na busca de sua criação teórica. Logo, qualquer enumeração que especifiquemos decorre desse diálogo de cunho teórico.

Por fim, a perspectiva histórica adquire um valor especial, dado a importância que a hermenêutica filosófica confere à historicidade³²; logo, sem ela não é possível compreender a produção de determinadas ideias e argumentos pelas teorias aqui estudadas. Como acima já mencionado, não há uma busca rigorosa do sentido da palavra “validade”, no afã de afastar inconsistências e simples impressões. Temos essa tarefa, além de ingrata, como totalmente infrutífera e desnecessária. Não que seja impossível estabelecer um sentido para a palavra, ainda que não unívoco; entretanto, conforme os resultados do “giro linguístico”, todo sentido depende do contexto em que é estabelecido³³. Se a filosofia analítica segue nessa direção, enfatizando o uso semântico da palavra para detectar seu significado, a hermenêutica filosófica, por seu turno, assinala que o sentido de alguma coisa, seja texto, seja ato ou palavra, está associado ao contexto circundante. Por isso rechaça a possibilidade de encontrar um sentido unívoco para a expressão “validade jurídica”; em seguida, atenta ao contexto, entende que os diversos sentidos dados à expressão são fruto dos momentos históricos distintos em que foram concebidos, resultam da historicidade vivenciada por seus formuladores; ajustam-se, então, às próprias perspectivas histórico-sociais em que foram inventados. Isso, por outro lado, não significa que os conceitos de validade jurídica não tenham alguma importância; muito pelo contrário: a tradição é aspecto essencial da hermenêutica. Por isso, os conceitos mais importantes resguardam um acúmulo teórico que não pode ser menosprezado em hipótese alguma. Com isso, afasta-

³² A historicidade é tratada pela hermenêutica filosófica como “um fundo inesgotável no qual estamos mergulhados e que nunca conseguiremos trazer totalmente à tona” (STEIN, 2004, p. 163).

³³ “Essa posição intermediária onde a hermenêutica deve ocupar seu posto mostra que sua tarefa não é desenvolver um procedimento compreensivo *mas esclarecer as condições sob as quais surge a compreensão. Nem todas essas condições possuem o modo de ser de um ‘procedimento’ ou de um método, de modo que quem as compreendesse poderia aplicá-las por si mesmo; essas condições devem estar dadas*” (GADAMER, 2005, p. 391, grifos nossos).

se a acusação de relativismo³⁴ da hermenêutica jurídica, já que ela é construída sobre o que já é dado pela tradição.

A contribuição exposta não visa ser original, seu conteúdo é muito mais pessoal e expressa, sobretudo, o ponto de vista do autor sobre o tema da validade jurídica, com base na forma como é apresentado por Hans Kelsen e Robert Alexy. O mais difícil foi justamente imprimir esse cunho pessoal ao trabalho, já que ele não se desenvolveu segundo o modelo adotado pela dogmática jurídica, que é considerado insuficiente, como será demonstrado no decorrer da exposição. Para nós, a autointitulada “ciência do direito”³⁵ fracassou na sua disposição em adotar o método científico. Para superar esse fracasso, há décadas conhecido como “a crise do direito”, várias propostas tem sido feitas. Todas possuem algo absolutamente em comum: o recurso a outros campos do conhecimento para reaplicá-los no direito. Assim, temos teorias jurídicas que se alimentam da filosofia analítica, da psicanálise, da sociologia, da fenomenologia e até mesmo da semiótica³⁶. O resultado parece, a uma primeira visada, uma verdadeira barafunda, uma intensa algaravia de múltiplas vozes que ora se contrapõem, ora se superpõem, umas sob as outras.

Para ouvidos comuns, essa sinfonia um tanto quanto desconexa parece totalmente confusa e, de certo modo, estaria conspurcando o sacrossanto recesso da dogmática, onde tudo é paz e tranquilidade. Entretanto, para quem enfrenta o embate diário na busca de respostas para o tempo presente, a polifonia soa como uma riqueza

³⁴ Defensor ardoroso da não relatividade da hermenêutica, Streck diz o seguinte: “Jamais existiu um relativismo para a hermenêutica. São antes os adversários da hermenêutica que conjuram o fantasma do relativismo, porque suspeitam existir na hermenêutica uma concepção de verdade, que não corresponde às suas expectativas fundamentalistas [...] Quem fala do relativismo pressupõe que poderia existir para os humanos uma verdade sem o horizonte dessa conversação, isto é, uma verdade absoluta, ou desligada de nossos questionamentos. Como se alcança uma verdade absoluta e não mais discutível? Isso nunca foi mostrado de forma satisfatória. No máximo, ‘ex-negativo’: essa verdade deveria ser não-finita, não-temporal, incondicional, insubstituível, etc. Nessas caracterizações, chama a atenção a insistente negação da finitude. Com razão, pode-se reconhecer nessa negação o movimento básico da metafísica, que é exatamente a superação da temporalidade” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 165).

³⁵ “A verificação de princípios gerais pela lógica e pela experiência era o objeto da Ciência Jurídica no seu mais alto nível intelectual; normalmente, contudo, o jurista do século XII, assim como o atual, estava preocupado com o que viria a ser denominado muito mais tarde de ‘dogmática jurídica’, isto é, o estudo sistemático de ramificações de regras jurídicas, as suas ligações, bem como sua aplicação a tipos específicos de situações” (BERMAN, Harold. J. *Direito e Revolução*: a formação da tradição jurídica ocidental. Tradução de Eduardo Takemi Takaoka. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2006, p. 193). Ver também FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 14).

³⁶ Aqui me refiro a Luis Alberto Warat (*Direito e sua Linguagem*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1984), e a Leonel Severo Rocha (*Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003), como exemplos dessas vertentes.

inesgotável de possibilidades abertas para a pesquisa e para um pensar sobre o direito. Para começar, o constante retorno à inquirição primeira: está se falando de direito, em que sentido? Qual a sua definição nas linhas acima? Usei o termo “direito” partindo do pressuposto de que o sentido dessa palavra é comum a quem lê estas linhas. Na verdade, parece necessário que a primeira providência num texto desta ordem seja caracterizar o sentido da palavra “direito”. Na literatura especializada, há vários textos que começam com essa questão, na busca de uma significação – quase exata, eu diria – da palavra “direito”³⁷. O curioso dessa literatura é que ela não chega a nenhum denominador comum; logicamente porque não há um sentido único para o termo “direito”. Portanto, aqui ele é usado por ser compreensível no contexto da dissertação, será compreendido pelo próprio uso que dele se faz no desenvolvimento do trabalho. Ou seja: a definição será dada pelo uso interno da expressão na própria pesquisa. Pretende-se, assim, manter a coerência argumentativa do texto, ao invés de isolar a palavra de seu contexto próprio e procurar uma definição que seja unívoca. Nesse sentido, o *leitmotiv* é de Zaccaria:

[...] a filosofia hermenêutica compartilha com a filosofia analítica da linguagem corrente, que chega a conclusões similares por outros caminhos, a consciência que se pode obter o significado das coisas observando de que maneira se utilizam as palavras num contexto concreto³⁸.

A dissertação não segue um procedimento esquemático. De fato, seria até mais fácil separar os tópicos e os conceitos, explicando seus significados na literatura especializada e com apoio nos autores autorizados, para, somente ao final da pesquisa, buscar fazer a contextualização. Entretanto, até aqui se tentou a todo momento, desde o início da pesquisa, imbricar a vertente teórica que dá eixo ao trabalho e os conceitos provindos da racionalidade dogmática, que são abordados à luz da hermenêutica filosófica. Portanto, o que se pretende é que, no decorrer da pesquisa, tanto o direito quanto a filosofia estejam unidos numa exposição em comum. Daí a escolha da própria forma de escrever a dissertação, uma espécie de narrativa, mais do que uma mera descrição. Não sabemos se essa tentativa resultou evidente no decorrer da pesquisa.

³⁷ Refiro-me especialmente a duas obras marcantes em minha formação pessoal: *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2007, p. 31-34), e *O que é Direito*, de Roberto Lyra Filho (São Paulo: Brasiliense, 1985, p. 7-9). Mas é Santiago Nino que nos dá um exemplo desse rigor analítico: “A palavra ‘direito’ é *ambígua* e, como se não bastasse, possui a pior espécie de ambiguidade, que não é a mera sinonímia acidental (como a de ‘banco’), mas aquela constituída pelo fato de ter vários significados profundamente relacionados entre si [...] além disso o termo direito é *vago* [...] o último inconveniente que ‘direito’ apresenta na linguagem corrente é sua *carga afetiva* [...]” (NINO, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. Tradução de Elza Maria Gasparatto. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 15-17, grifos nossos).

³⁸ ZACCARIA, Giuseppe. *Razón Jurídica e Interpretación*. Navarra: Civitas, 2004, p. 160, grifo nosso.

Nesses casos, como alerta Gadamer, os nossos preconceitos e pré-juízos às vezes falam mais alto, não possibilitando o desvelamento da verdade de forma adequada³⁹.

Outro objetivo que se buscou – embora evidente desde o início do trabalho, entende-se como importante explicitá-lo nesta introdução – é o reconhecimento da historicidade como elemento fundamental na caracterização da compreensão. A racionalidade dogmática pretende ser atemporal e conduzir o intérprete a um local metafísico, supostamente infenso à racionalidade prática, julgando que, assim, a verdade se encontra definida, porque imutável e de valor universal.

O recurso à historicidade é essencial para justamente permitir que o intérprete não se desligue do mundo prático. Esse é outro preceito fundamental na hermenêutica filosófica e obedece à intenção de fugir de um sentido hipostasiado, fora do tempo e do lugar.

É preciso explicar o que se tem em mente no que concerne tanto à primeira asserção, acima mencionada de se recorrer à historicidade, quanto à relação entre o direito e a filosofia. Nesta última, é preciso recorrer à história como ambiência para a compreensão do objeto. Nesse caso, as palavras de Arthur Kaufmann e Winfried Hassemer são esclarecedoras. Para estes dois, na relação entre direito e hermenêutica, alguns cuidados prévios devem ser tomados:

Foi justamente a hermenêutica mais recente que mostrou que o ‘preconceito’ ou a ‘pré-compreensão’ é uma condição transcendental para o entendimento de conteúdos de significados, donde resulta o seu particular significado, sobretudo para as ciências linguísticas (nas quais já se inclui a ciência do direito, já que esta se debruça, essencialmente, sobre textos linguísticos)⁴⁰.

Como se pode intuir do que acima foi dito, esta dissertação move-se tanto no âmbito lógico-instrumental, no qual se inserem as teorias jurídicas, quanto também no plano hermenêutico, numa outra racionalidade, conforme explicita Stein:

Se considerarmos o estudo do Direito a partir de um *standard* de racionalidade, não podemos fugir da distinção entre a dimensão lógica e a dimensão hermenêutica no Direito. Desse modo a explicitação e a interpretação se apresentarão sempre como uma dupla estrutura [...] todo o trabalho do Direito, uma vez que fomos atingidos pela fenomenologia hermenêutica, passa a ser realizado sob os cuidados de uma dupla interpretação. E quando fazemos Filosofia do Direito estamos basicamente chamando a atenção para a dimensão

³⁹ “Quem busca compreender está exposto a erros de opiniões prévias que não se confirmam nas próprias coisas. Elaborar os projetos corretos e adequados às coisas, que como projeto são antecipações que só podem ser confirmadas ‘nas coisas’, tal é a tarefa constante da compreensão” (GADAMER, 2005, p. 356).

⁴⁰ KAUFMANN; HASSEMER, 2002, p. 26-27.

hermenêutica. Como ela nunca se dá separada do discurso apofântico, explicitador do Direito, todo o exercício deste como hermenêutica jurídica opera com a hermenêutica como pré-compreensão⁴¹.

Ora, aqui se defende a hermenêutica jurídica (de *cariz gadameriano*, como assinala Streck), como uma clara opção ao positivismo jurídico, como um modo novo de entender o direito. A hermenêutica filosófica, porém, não descarta totalmente a racionalidade apofântica⁴², apenas assevera que esse não é o único modo de compreender o direito.

Para a hermenêutica, não se pode superar a finitude⁴³, como deseja a metafísica⁴⁴. Todo sentido é demarcado pelo tempo, pela historicidade latente que caracteriza o processo interpretativo. Logo, é preciso admitir que as teorias jurídicas sobre o conceito de validade jurídica foram produzidas dentro de determinados contextos; por isso, possuem limitado alcance histórico, não sendo capazes de perdurar indefinidamente. Um exemplo quase perfeito é a teoria kelseniana, que, para Morrison⁴⁵, encarna a “identificação entre poder e legalidade verdadeiros”.

O trabalho hermenêutico é fixar esse sentido, buscar o horizonte histórico em que tais teorias foram estabelecidas e, a partir do seu próprio horizonte, interpretar e extrair o sentido que elas ainda podem ter na atualidade. Não é possível que um sentido extraído em determinada época e lugar continue sendo válido para os dias atuais, senão como tradição aberta ao debate e ao diálogo, para permitir a compreensão do hoje.

A validade jurídica é o tema principal desta dissertação. Nela estuda-se o conceito de validade jurídica tal como formulado pela dogmática jurídica, para, após, submetê-lo a uma incisão da hermenêutica jurídica. Por isso, nosso objeto de estudo obedece a um recorte bem definido, não se estendendo demasiadamente para outras

⁴¹ STEIN, 2004, p. 169-170.

⁴² “O desenvolvimento da fenomenologia hermenêutica terá como consequência a distinção entre dois tipos de discurso, o apofântico e o hermenêutico, aquele que se conduz pelo *logos* enquanto aspecto lógico e explicitativo, e o *logos* como dimensão pré-compreensiva ou hermenêutica” (STEIN, 2004, p. 166). Ainda: “E antes que o *Dasein* teorize ou exponha no discurso o mundo, ele já possui uma compreensão de si, dos utensílios com que lida. Esta estrutura que Heidegger chama de ‘como hermenêutico’ que é mais originária que o ‘como apofântico’ do dizer, compromete o *Dasein* com o mundo, numa relação anterior a teoria e práxis” (STEIN, Ernildo. *Seis Estudos sobre Ser e Tempo*. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, p. 17).

⁴³ Segundo Stein, Heidegger afirma que a filosofia, histericamente, persegue a ideia do infinito: “A filosofia não suporta a ideia de finitude” (STEIN, 2001b, p. 49). E mais: “A interrogação pelo ser deve movimentar-se na finitude, porque o ser ligado ao tempo, não pode ser interpretado a partir da eternidade, que é a negação do tempo” (STEIN, loc. cit.).

⁴⁴ “A referência ao supra-sensível e atemporal constitui elemento fundamental da ideia de ser desenvolvida pela metafísica” (STEIN, 2001a, p. 15).

⁴⁵ MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 387.

áreas do direito, a fim de manter sua coerência interna. Nesse caso, qualquer menção a outros traços teóricos de tais autores é feita por absoluta indispensabilidade, ou seja, somente quando a elucubração teórica exigir que se recorra a outro âmbito, que guarde alguma relação com o problema da validade jurídica, no afã de iluminar alguma passagem mais obscura, que necessite de melhor clarificação. Por enquanto, tenta-se restringir o foco da validade normativa do direito.

Essa tentativa de aproximação de um tema que pertence ao âmbito da dogmática jurídica, como o da validade do direito, pela hermenêutica contemporânea, especificamente por aquela herdeira da filosofia de Hans-Georg Gadamer, está fincada em alguns pressupostos, dos quais destacamos:

- a) a crise do positivismo jurídico na atualidade e a presença da hermenêutica filosófica/jurídica como uma alternativa viável de superação dessa crise;
- b) a esperança de que a hermenêutica possibilite recuperar um sentido “original” do conceito de validade jurídica, que hoje, como diz Riccardo Guastini⁴⁶, está submetido a um processo de desgaste pela existência de tantas teorias na literatura especializada que tratam do tema;
- c) a abertura de uma perspectiva teórica inovadora que se pergunte, em certo sentido, sobre as condições de possibilidade da dogmática jurídica, e especialmente da validade jurídica, ao serem encaradas sob este enfoque.

No debate jusfilosófico atual, defende-se que a questão da validade da norma, chamada “intrassistemática” por Fariñas Dulce⁴⁷, está afastada, tratando-se mais de um problema relativo à justiça e à interpretação jurídica, do que essencialmente de um problema de fundamentação⁴⁸. Apesar de tudo, a crise do positivismo tem justamente

⁴⁶ GUASTINI, 2005.

⁴⁷ “[...] o determinante para predicar a validade de uma norma jurídica concreta é que ela tenha sido autorizada por outra norma válida do sistema jurídico em questão. Parece, pois, pelo que coloca, em definitivo, que quando nos questionamos sobre o fundamento da validade de uma norma jurídica, é dizer, sobre o fundamento da *validade intrassistemática*, é uma pergunta acerca de como e em que circunstância a norma foi produzida [...]” (FARIÑAS DULCE, Maria José. *El Problema de la Validez Jurídica*. Madrid: Civitas, 1991, p. 57, grifo nosso e tradução nossa).

⁴⁸ “Dito de outro modo, a filosofia *no* direito assume, portanto, especial relevância neste início de século XXI, na medida em que é ela que vai preocupar-se em pensar os problemas filosóficos implícitos e inerentes à tríplice questão pós-positivista que move as teorias de direito contemporâneas: *como se interpreta, como se aplica e como se fundamenta* em busca do alcance das condições interpretativas capazes de garantir uma resposta correta diante da indeterminabilidade do direito” (TRINDADE, André Karam. *A Filosofia no Direito: com Gadamer, contra Habermas, à procura de um paradigma de racionalidade a partir do qual seja possível pensar pós-metafisicamente a teoria do direito contemporâneo*. 2006. 352 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, 2005, p. 26).

início com o problema da validade jurídica, se se der crédito ao que leciona Chaïm Perelman⁴⁹.

Portanto, pela amplitude do tema, e pelas diversas concepções que deverão ser analisadas neste trabalho, este trabalho não se permite estender-se além do tema da validade jurídica em Hans Kelsen e Robert Alexy, não possibilitando qualquer incursão mais aprofundada no conjunto da obra deles. Esse é o recorte principal da pesquisa, que busca justamente apresentar a contribuição de cada um dos autores mencionados para o assunto “validade jurídica”.

Para ultimar esta introdução, algumas advertências são necessárias. A dissertação desenvolver-se-á em dois âmbitos: um lógico-instrumental, no qual se movem as teorias jurídicas sobre a validade; noutro, que chamamos “hermenêutico”, no qual a racionalidade é de outro nível – antes de se perguntar pelo resultado que será obtido, pergunta-se sobre as condições prévias em que essas teorias são construídas.

1.2 DA ESTRUTURA DA DISSERTAÇÃO

Como este trabalho procura assentar-se em solo hermenêutico, toda a sua redação está relacionada com um modo próprio de escrever e de descrever os resultados da pesquisa, que é, por assim dizer, a estrutura interna do trabalho. Desse modo, busca-se obedecer ao enfoque hermenêutico, que possui um caminho peculiar, cujos elementos necessários são a pré-compreensão, a tradição, a distância temporal e o círculo hermenêutico. Já a estrutura externa do trabalho compreende quatro capítulos, que na verdade são tópicos, seguidos de sub-tópicos relacionados entre si. No capítulo introdutório, procurou-se fazer a descrição do trabalho, expondo os motivos, os conceitos prévios e os preconceitos que ensejaram nossa reflexão.

Tais itens são como se fossem a porta de entrada para o próximo capítulo, que trata justamente da hermenêutica filosófica. Nele, embora os temas estejam diretamente relacionados com o enfoque teórico que é o referencial deste trabalho, apresentam-se em uma perspectiva própria, adotada pelo autor da dissertação. Quero dizer que, já no início do capítulo, é feita como uma breve retrospectiva histórica e filosófica da hermenêutica filosófica; mas, ao se adentrar nos demais tópicos, são encontrados itens de especial relevância para o desenrolar de toda a dissertação.

⁴⁹ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998; PERELMAN, 2000.

Assim, esse tópico está relacionado diretamente com o debate sobre a questão metodológica. Embora chame de “metodológica”, a rigor, não deveria receber esse nome, já que o posicionamento gadameriano sugere não enfrentar o método como algo totalmente inoperante ou defasado, e até mesmo aceitá-lo como integrante duma outra racionalidade.

Também possui o mesmo objetivo a subseção seguinte, que trata do debate sobre a universalidade da hermenêutica. O tópico procura explicitar as raízes do debate que se deu especialmente entre Hans-Georg Gadamer e Jürgen Habermas, nos idos anos 70 do século XX e nos anos seguintes, acerca da universalidade da hermenêutica filosófica. Com base nesse enfrentamento, insere-se na questão, procurando compreendê-la, mas colocando um acento que julgo fundamental na possibilidade de sua compreensão como universal, e, por essa razão, interligando-a com a reflexão num contexto regional e local.

O tópico seguinte àquele também possui um sentido específico: trata da hermenêutica filosófica como filosofia prática. Se a hermenêutica filosófica proporciona-nos a experiência de uma compreensão reveladora por meio da sensibilidade estética, se também possui um caráter de universalidade reconhecido, como acima ressaltado, chega-se ao ponto de questionar a sua utilização prática enquanto enfoque compreensivo. Ou seja, o que a hermenêutica pode oferecer-nos na prática cotidiana do direito? Essa discussão está relacionada diretamente com o aspecto de filosofia prática da hermenêutica, com as proposições de Gadamer sobre a importância de Aristóteles, nesse sentido⁵⁰.

Do ponto de vista aristotélico, isso nos conduz a um item importante de inflexão: leva-nos à prudência em contraposição à imprudência; àquela é a que nos permite uma postura de menos arrogância e pretensão diante do conhecimento; a convicção de que é impossível obter o saber absoluto, a certeza e a resposta para todas as perguntas. Ora, como não reconhecer a postura contrária à prudência no positivismo, que encara o

⁵⁰ “A utilização do *slogan* ‘reabilitação da filosofia prática’ indica o movimento de ideias iniciado no alvorecer da década de 60, que ganhou *momentum* a partir dos anos 70, vindo a se tornar central nos debates filosóficos ao longo dos anos 80. Os esforços aqui despendidos focalizam o trabalho de Habermas, emblemático, juntamente com o trabalho de John Rawls, uma abordagem de inspiração kantiana, que incorporam os últimos avanços no campo das ciências sociais [...] entretanto, esse movimento teve seu marco de origem em uma matriz neo-aristotélica [...] ela se inscreve em um grande movimento intelectual, caracterizado como de reabilitação da razão prática, basicamente teutônico [...] tal abordagem renova os pontos de vista elaborados por Aristóteles no domínio da reflexão filosófica sobre a práxis, isto é, na ética, na economia, na política e no direito, incluindo autores como Hans Georg Gadamer [...] entre outros[...]” (MAIA, 2008, p. 43-44).

direito como sistema fechado e sem lacunas, com respostas para qualquer problema que se apresente? Isso não é uma *hybris*, uma postura de arrogância? Como também não reconhecer no direito de corte positivista o raciocínio *a posteriori*, o argumento que se define pelas consequências da ação, que envolve o cálculo e a escolha dos meios, algo como exemplo de uma razão de caráter instrumental?⁵¹

A questão, portanto, da filosofia prática é a busca de um antídoto para as condutas que se impõem, também, no âmbito do direito, como o excesso de teorias e a indeterminação do direito. Isso somente pode ser afastado pelo que Aristóteles nos apresenta como prudência. A hermenêutica filosófica, com Gadamer, trouxe esse tema novamente ao debate, e aqui se vai discutir justamente a possibilidade de pensar e repensar o excesso de teoria e o modo como o intérprete pode situar-se diante de uma situação concreta, no âmbito da ética e do direito.

Finalmente, ainda nesse capítulo, a subseção final trata de uma proposta em que o compreender possa ser aplicado, no que se relaciona com o tema acima. Essa discussão é mais forte em Lenio Luiz Streck, de quem retiramos a ideia central dessa parte. Com apoio na proposta hermenêutica de que a aplicação não se dissocia da interpretação, Streck aponta que, no direito de feição tradicional, essas operações são separadas, causando dissabor⁵² e culminando apenas no que ele chama de reprodução do sentido, e não na sua produção, momento em que o intérprete é, essencialmente, criador do direito – ideia que se encaixa perfeitamente na acepção da hermenêutica gadameriana, segundo a qual, diante de um texto, nunca se reproduz fielmente o sentido, mas sempre nele se colocam os preconceitos e pré-juízos, o que resulta numa nova compreensão sempre distinta e diferente. Esse elemento criativo e inovador representa, certamente, a contribuição da hermenêutica filosófica para a superação dos esquemas dogmáticos no âmbito do direito.

⁵¹ “[...] as razões do positivismo não são desprezíveis nem ingênuas e, acima de tudo, *afirmam-se sobre a fascinante utopia de um saber total*” (WEYL, Paulo Sérgio. *Autonomia e Norma Jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 86, grifo nosso).

⁵² “Daí minha insistência: em face da incindibilidade entre interpretação e aplicação, em qualquer ato de nosso agir-no-mundo *estaremos aplicando*. Não há desoneração; o que há é um agir que se dá numa síntese hermenêutica, na diferença ontológica. Se a aplicação ocorresse somente no ato de ‘aplicação judicial’, de que modo ocorreriam os demais atos de nosso agir-no-mundo? [...] Portanto, quando falo da impossibilidade da cisão – ou o nome que se queira dar a essa construção teórica – entre justificação e aplicação, e que *nós sempre aplicamos*, não estou me referindo à ‘aplicação’ de que fala a teoria discursiva. Dito de outro modo, discursos de fundamentação que trata(ria)m da validade das normas nada mais são – à luz da hermenêutica – do que ‘discursos de aplicação’” (STRECK, 2008, p. 68-69, grifos do autor).

De fato, neste último tópico, pretende-se fazer a passagem da hermenêutica filosófica para a hermenêutica jurídica, que é explicitamente o tema do capítulo seguinte. A aplicação do que se compreende é um tema fundamental na hermenêutica gadameriana e remete ao que se chama a “velha tradição da hermenêutica”, para explicar que esta última separava o problema hermenêutico em três áreas afins, mas distintas, que são o compreender, o interpretar e o aplicar. Gadamer assinala que, mais que um método, o aplicar trata-se de “uma aptidão que requer uma finura de espírito”⁵³. Por isso, nessa subseção, busca-se tornar possível a passagem da hermenêutica de cunho filosófico para a hermenêutica jurídica, com auxílio na afirmação de Gadamer, segundo a qual “uma lei não deve ser entendida historicamente, a interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica”⁵⁴. Essa nuance deve ser explorada neste tópico porque une a questão da validade jurídica, que é matéria desta dissertação, com a questão da interpretação. Daí advém a ideia de concretização de direitos, que está, por sua vez, ligada à questão do aplicar, como se pode notar no mesmo parágrafo de *Verdade e Método* do qual a citação acima foi extraída: Gadamer diz que, quando devemos compreender um texto, inclusive um **texto de lei**, “devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação distinta de uma maneira nova e distinta. *Aqui, compreender é sempre um aplicar*”⁵⁵. No decorrer deste trabalho, quer-se desvendar esse pensamento de Gadamer.

No capítulo seguinte, aprofunda-se a questão da hermenêutica jurídica, descrevendo-se todo o desenrolar histórico-conceitual da hermenêutica, desde os seus primórdios até à aquisição da consistência filosófica, com reflexos na hermenêutica jurídica. A preocupação maior é obter sucesso em diferenciar a hermenêutica tradicional, inclusive a jurídica, da hermenêutica filosófica e seus influxos no direito. Por isso, um dos tópicos do capítulo trata da projeção da hermenêutica filosófica no direito. O conceito de projeção foi emprestado do próprio Gadamer, assim como os usos constantes que o método fenomenológico faz da palavra “iluminar”, colocada no mesmo nível de uma projeção – que, como no cinema, faz-se através de um fecho de luz sobre a tela branca, na qual as imagens aparecem, permitindo que se compreenda a história pela sua sucessão delas. Apesar da figura de retórica, o que se quis realmente é obter àquele efeito, o de iluminar o que se considera tradicionalmente dogmático no direito – o

⁵³ GADAMER, 2005, p. 406.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 408.

⁵⁵ GADAMER, loc. cit., grifo nosso.

tratamento dado à questão da validade jurídica –, pelo enfoque compreensivo, obtendo-se um des-velamento, uma iluminação – quem sabe? – da questão da validade jurídica, situada na dogmática jurídica. Nesse percurso, somos auxiliados pelo exemplo de alguns autores que buscam realizar essa mesma transposição: Arthur Kaufmann, Antonio Osuna Fernández-Largo, Lenio Luiz Streck, Giuseppe Zaccaria, Francesco Viola e Giuseppe Zaccaria, Inocêncio Mártires Coelho⁵⁶. No Brasil, a difusão do pensamento hermenêutico com projeção no direito pode ser verificada nos vários volumes da *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. A maioria dos autores citados, a meu ver, aceita a hermenêutica filosófica como modelo para a renovação da hermenêutica jurídica; como meio para discutir o direito nessa perspectiva, procurando fazê-la inteligível no âmbito jurídico.

Explicitada essa racionalidade de cunho hermenêutico, como se pretende, o capítulo quarto obedece ao enfrentamento da racionalidade que denominamos de “dogmática”, estabelecendo uma relação com a questão da *fronesis* aristotélica, a questão da ação humana conforme os fins. A racionalidade instrumental e a técnica têm o caráter de tornar qualquer ato referido a um argumento que o justifica; é um modo de encarar a *praxis* como se ela estivesse previamente contaminada pelo raciocínio *a posteriori*, enquanto a ética pura deve ser desinteressada (algo que reconhecemos como quase impossível nos dias que correm). O conceito de validade jurídica, portanto, foi construído sob a orientação dogmática com o intento de possibilitar um modo operativo, técnico, àquele que pratica o direito cotidianamente. É um conceito duro, e a preocupação central, num primeiro momento, é como aproximá-lo da hermenêutica filosófica. Obviamente que apenas tivemos alguns *insights* sobre o assunto, aqui e ali, que foram constituindo o todo da dissertação.

Após essa explanação, acredita-se ser possível demonstrar a relação entre a racionalidade instrumental e técnica e o conceito de validade jurídica na literatura especializada que trata do tema, tomando como exemplos dois autores “canônicos”, que são Hans Kelsen e Robert Alexy: o primeiro, como representante do modo tradicional de apresentar a validade em seu aspecto puramente formal, no qual prevalece a separação quase insolúvel entre direito e moral; o segundo pode ser considerado como

⁵⁶ KAUFMANN, 2007a; FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *El Debate Filosófico sobre Hermenêutica Jurídica*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1995; STRECK, 2007b, 2008; ZACCARIA, 2004; VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Derecho e Interpretación: elementos de teoría hermenéutica del derecho*. Tradução de Ana Cebeira, Aurelio de Prada e Aurelia Richart. Madrid: Dykinson, 2007; COELHO, 2010.

sendo não positivista, pois, a partir da separação entre direito e moral, sua teoria admite a inclusão do elemento moral, caracterizado pela justiça (correção)⁵⁷ no direito positivo, a ponto de afirmar que as regras extremamente injustas não podem ser consideradas válidas.

O que se nota, a partir desse tópico, em especial, é a mudança, a partir de meados do século passado, do modo de encarar a validade: não se considera apenas o ponto de vista formal, passa-se a dar atenção, também, ao aspecto substancial, ou axiológico, da validade jurídica, como pode ser notado nas obras não só de Robert Alexy, como também, nas de Carlos Santiago Nino, Luigi Ferrajoli, Ronald Dworkin⁵⁸, entre outros.

Portanto, depois de se apresentar a questão da validade jurídica na literatura representativa da tradição jusfilosófica, a partir de Kelsen e Alexy, tomados como exemplos, é o momento de verificar se ela comporta algum influxo de natureza hermenêutica, questão que é debatida por todo o tópico seguinte, que analisará o conceito de validade do direito à luz da hermenêutica jurídica – cerne de todo o trabalho, especificamente porque se defende a posição de que a validade jurídica, ainda que pressuposta, submete-se à compreensão de cunho hermenêutico.

⁵⁷ “A circunstância de que a justiça seja um tipo particular de correção tem profundas implicações para a teoria da justiça. Quem afirma que algo é justo afirma sempre e de algum modo, ao mesmo tempo, que é o correto. E quem afirma que algo é correto entende que este algo é suscetível de ser fundamentado, justificado, mediante razões. A tese segundo a qual a justiça é correção, portanto, conduz diretamente à ideia da justiça como possibilidade de fundamentação, ou justificação, mediante razões. Isto é, leva luz a uma relação interna entre o conceito de justiça e o de fundamentação” (ALEXY, Robert. *Justicia como Corrección. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 26, 2003, p. 164-165).

⁵⁸ NINO, 2010; FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006; DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

2.1 DIREITO E RACIONALIDADE DOGMÁTICA: O CONCEITO DE VALIDADE JURÍDICA

A hermenêutica filosófica aproxima-se da teoria crítica⁵⁹ quando, também, faz a crítica da metodologia, naquilo que é seu fundamento mais caro: a ideia de uma *razão científica* compreendida como absoluta. Nesse aspecto, portanto, podemos afirmar que a crítica de Max Horkheimer ao que chama de *razão instrumental* é também aproximativa da hermenêutica⁶⁰.

Enquanto a posição de Horkheimer⁶¹ é até mesmo vista como nostálgica, ou romântica, por parte de determinada corrente de pensamento de viés claramente conservador, a hermenêutica filosófica traz uma nova forma de conceber o conhecimento, embora não seja esse seu principal intento, ressaltando outros modos de compreensibilidade, que não aqueles estabelecidos na relação sujeito *versus* objeto.

Se a razão moderna tem pretensão de fundamentabilidade absoluta do ponto de vista epistemológico ou da teoria do conhecimento, a hermenêutica filosófica aponta para um sentido prévio, anterior ao próprio conhecimento, que, se não pode ser tratado como um momento verdadeiramente gnosiológico, não pode ser plenamente desprezado, ainda que contingente e histórico. Esse último aspecto, aliás – a historicidade de todo conhecimento –, se não exerce uma pressão sobre a concepção da razão na modernidade, ao menos levanta a possibilidade de se autointerrogar acerca da contingência histórica que precede a toda compreensão de algo. Nesse sentido é que deve ser compreendido o que se chama de “virada hermenêutica”, a partir da segunda metade do século XX⁶².

⁵⁹ Teoria Crítica é o nome que a Escola de Frankfurt, constituída de Theodor Adorno, Max Horkheimer, Herbert Marcuse e depois Jürgen Habermas – apenas para lembrar os nomes mais famosos –, deu aos trabalhos desses pensadores. Antônio Carlos Wolkmer define-a como uma das “inúmeras propostas metodológicas atuais que tratam de repensar e fundamentar temas da filosofia e das ciências humanas [...] representada no pós-guerra pela Escola de Frankfurt, encontra toda sua inspiração numa tradição idealista que remonta ao criticismo kantiano, passando pela dialética hegeliana e culminando na reinterpretção do materialismo histórico marxista [...] o terceiro período é representado, principalmente, pela atuação de Habermas, sua polêmica com o positivismo (Luhmann), a *desmistificação da razão instrumental e da dominação tecnocrática, a questão da crise e da legitimidade do Estado capitalista, a reestruturação da Teoria Crítica através da razão comunicativa/dialógica, a dialética da modernidade e da pós-modernidade*, etc.” (WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. São Paulo: Acadêmica, 1995, p. 15-18, grifo nosso).

⁶⁰ HORKHEIMER, Max. *Crítica de la Razón Instrumental*. Tradução de Jacobo Muñoz. 2. ed. Madrid: Trotta, 2010.

⁶¹ *Ibid.*, p. 11-22.

⁶² Habermas localiza a virada hermenêutica muito antes da segunda metade do século passado, já em

A racionalidade de que fala Horkheimer é de cunho instrumental, hoje imperante, que ainda se mantém como autônoma, deslocando quaisquer outras racionalidades para a esfera do aleatório, da instabilidade, da rebeldia e da indeterminação, principalmente a partir do chamado *pós-modernismo*. A racionalidade instrumental expressa-se de maneira convincente e muito forte na *técnica*. Ao proporcionar conforto e segurança, essa racionalidade ganhou conotação institucionalizada, “dominando a natureza e os homens, mas ameaçando a própria vida humana”⁶³. Surgida justamente para “combater o mito e promover a emancipação”, segundo Oliveira⁶⁴, a razão hoje está reduzida “ao controle técnico da natureza e dos homens”. Por conseguinte, seguindo tais indicações, é possível desembocar no conceito de “crise”, isto é, ante essa situação, podemos afirmar que o homem hodierno experimenta uma espécie de crise que se perfaz no contínuo ascenso de uma razão dominadora e no esvaziamento do sentido da própria existência, em última instância⁶⁵.

No começo do século XX, Max Weber destacava o caráter da racionalidade que impregnava o mundo moderno. Para ele, o nosso destino era e é a chamada “jaula de ferro” (*stahlhartes Gehäuse*)⁶⁶, já que seu pensamento é orientado pela noção de desencantamento do mundo, que significaria hoje, em nosso sentir, o mesmo fenômeno que Jürgen Habermas chama de secularização⁶⁷; guardadas, evidentemente, as devidas proporções. O agente de toda essa movimentação não é mais o indivíduo, mas forças quase incontroláveis que se conjugam no sistema capitalista com seu aparato racional-

Heidegger haveria diretrizes nesse sentido. Essa é a nossa compreensão do ensaio “Filosofia Hermenêutica e Filosofia Analítica”, constante em *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos* (Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 63-97).

⁶³ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética e Racionalidade Moderna*. São Paulo: Loyola, 1993, p. 68.

⁶⁴ OLIVEIRA, loc. cit., p. 68.

⁶⁵ Por seu turno, Antônio Carlos Diniz, afirma que, “[...] com efeito, nova vaga de demandas sociais capitaneadas por fatores conexos como pluralismo, globalização, massificação, aumento das desigualdades sociais, ameaças naturais e artificiais à sobrevivência da espécie humana, vertiginosa progressão infotecnológica, entre muitos outros, insta por uma nova configuração do sistema jurídico apta a responder à altura às exigências não apenas do presente (que já não são poucas), mas sobretudo de um futuro presumivelmente mais complexo e indeterminado. *O paradigma racional-sistemático do Direito ocidental moderno foi concebido e estruturado originariamente em cima de certezas, dogmas, previsões e crenças herdadas da ideologia ilustrada, modelado pelo influxo das poderosas narrativas de transformação social, pela excessiva confiança num certo tipo de racionalidade instrumental-formal [...]*” (BARRETTO, 2009, p. 649, grifos nossos).

⁶⁶ FREITAG, Barbara. *Itinerários de Antígona: a questão da moralidade*. 2. ed. Campinas, SP: Papirus, 1992, p. 241.

⁶⁷ “[...] quanto maior for a complexidade da sociedade e quanto mais se ampliar a perspectiva [...] na medida de seu desencantamento, decompõem-se os complexos de convicções sacralizadas em aspectos de validade diferenciados [...] como integrar socialmente mundos da vida em si mesmos pluralizados e profanizados [...] desligados de autoridades sagradas e de instituições fortes? [...]” (HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 44-46).

burocrático, expresso numa ética de conteúdo calvinista em que Deus é dinheiro (*rectius*: ou tempo é dinheiro), e ainda com o apoio do “vetor técnico-científico”. É no aparato burocrático que o direito enquanto técnica de controle social vai expressar esse aspecto da racionalização que invadiu a vida moderna, estendendo-se atualmente por todo o planeta, mediante o fenômeno da globalização. Nesse sentido, Weber é positivista, pois basta ver a sua noção de direito, que designa como “dominação legal”:

A dominação legal baseia-se na vigência das seguintes ideias, entrelaçadas entre si: 1. Que todo direito, mediante pacto ou imposição, pode ser estatuído de modo racional – racional referente a fins ou racional referente a valores (ou ambas as coisas) – com a pretensão de ser respeitado pelo menos pelos membros da associação [...] 2. Que todo direito é segundo sua essência, um cosmos de regras abstratas, normalmente estatuídas com determinadas intenções⁶⁸.

Para esse autor, tais itens vão desembocar no que ele qualifica de “caráter racional da dominação legal”, que por vezes se alcança na denominada “racionalidade plena” – como ocorre, segundo ele, na aplicação burocrática das leis por um conjunto de funcionários escolhidos tipicamente para efetuar este trabalho⁶⁹.

Nesse contexto, Weber distingue a dominação racional das dominações de caráter tradicional e carismático. O esquema weberiano atém-se à demonstração da inserção de uma determinada racionalidade no conjunto social e o direito assume essa condição, tanto que a dominação racional é a expressão mais convincente do que ele chama de dominação legal – basta reler a citação acima, em que ele caracteriza esse tipo de dominação como “referente a fins”. Aqui se tocam as noções de racionalidade e o direito, como expressão daquela, com seu aparato conceitual técnico-dogmático, da qual a validade jurídica é conceito operativo dos mais importantes.

Com efeito, o direito permite a estabilização dos conflitos, oferece a perspectiva da segurança e da certeza, especialmente na previsão das consequências. Nesse aspecto, não é de todo arriscado afirmar que o direito converte-se num item da racionalidade instrumental, numa “técnica de controle social”, como o define Hans Kelsen⁷⁰.

⁶⁸ WEBER, Max. *Economia e Sociedade*: fundamentos de sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 3. ed. Brasília, DF: UnB, 1994, p. 142.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 143.

⁷⁰ “[...] há um elemento comum que justifica plenamente essa terminologia e que dá condição à palavra ‘Direito’ de surgir como expressão de um conceito com um significado muito importante em termos sociais. Isso porque a palavra se refere ‘a técnica social específica de uma ordem coercitiva [...] a técnica social que consiste em obter a conduta social desejada dos homens através da ameaça de uma medida de coerção a ser aplicada em caso de conduta contrária [...]’ (KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 21-26, grifo nosso). Um autor nacional, que reputo mais avançado, também tem opinião semelhante: “[...] o direito, como técnica de disciplina da vida coletiva, destina-se, fundamentalmente, a reger comportamentos, em função de

Faria descreve esse aspecto de racionalidade que assumiu o direito, expresso no conceito de dogmática jurídica, compreendida como uma técnica:

Durante muito tempo acreditou-se que o estágio atual do pensamento jurídico tinha incorporado as formulações, os conceitos e as categorias mais importantes aparecidas no passado. E embora se soubesse que a história do pensamento jurídico é formada por controvérsias, polêmicas e rupturas, aceitava-se que, de modo algum, as verdades surgidas no passado estariam já incluídas no presente. Estudar o direito, nesta perspectiva, nada mais seria então do que aprender as últimas contribuições teóricas [...] redutível a uma unidade lógico-formal capaz de permitir a coexistência [...] de equilibrar distintos antagonismos, de harmonizar diferentes interesses segundo cálculos de conveniências e oportunidades e de propiciar a decisão dos mais variados tipos de conflitos [...] na crença de uma atomização social passível de ser unificada por uma ordem jurídico-formal *obtida graças a uma técnica singular, impessoal e neutra de construção de conceitos e categorias para a organização do direito e de fixação de critérios axiomáticos de referência para sua aplicação, conhecida como 'dogmática jurídica'*⁷¹.

Faria ainda registra que essa técnica era obtida segundo uma racionalidade atribuída ao legislador, sendo por isso mesmo funcional, já que presentes os critérios de uma técnica de controle social (como acentuou Kelsen), e que é exposta nos seguintes movimentos: universalização do direito legislado, por meio de normas estatuídas na forma abstrata de cláusulas gerais, sem conteúdo material; sistematização dessa legislação de forma coerente e hierárquica, inclusive para fins de sua própria validade; linguagem específica com pretensão de univocidade e clareza. Todo esse aparato tem o intuito de possibilitar que o direito cumpra seu papel, que inclui:

[...] reduzir incertezas; [...] unir e ao mesmo tempo separar; [...] viabilizar a divisão e a atomização de uma sociedade concebida como um sistema de indivíduos independentes e [...] realizar a sua unificação; [...] *asseverar a previsibilidade das expectativas, o cálculo econômico e a certeza jurídica*⁷².

É consenso, penso eu, que a atualidade sofre a imposição avassaladora da técnica, resultado daquilo que o próprio Gadamer assinalou em nossa época: a “racionalização crescente da sociedade e pela técnica científica que serve para guiá-la”⁷³. Isso se expressa num poderio assustador porque torna possível uma espécie de

valores cuja preservação foi tida por conveniente [...]” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 108, grifo nosso).

⁷¹ FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 43, grifo nosso.

⁷² *Ibid.*, p. 45, grifo nosso.

⁷³ GADAMER, 2005, p. 15.

pensamento segundo o qual a técnica, compreendida como um dispositivo posto à mão, é o único instrumento capaz de permitir um mundo de conforto e também seguro. Ora, na verdade, aumentam cada vez mais os mecanismos de dominação.

O processo de racionalização idealizado por Weber atinge, assim, o seu apogeu, chegando até “os limites do insondável”⁷⁴. Não posso deixar de assinalar o que esse processo significa para a Amazônia. Numa linguagem habermasiana, o mundo vivido amazônico está sendo colonizado pela economia, cujo modelo é, sem dúvida, o dinheiro. Para Habermas, a razão instrumental opera procurando alcançar fins, e a sua forma de ação é a técnica⁷⁵. Explica Freitag:

Na teoria da ação comunicativa (1981) Habermas faz uma distinção fundamental entre ação instrumental e ação comunicativa. *A ação instrumental é a forma de ação técnica que aplica (racionalmente) meios para a obtenção de fins. Essa forma de ação passou a predominar nas sociedades modernas, institucionalizando-se em dois sistemas (o econômico e o político) indispensáveis para o funcionamento e a reprodução da sociedade como um todo.* Nesses dois sistemas (ou subsistemas) societários já não há lugar para a ação comunicativa. Se no sistema econômico o dinheiro substitui a linguagem, no sistema político a linguagem é substituída pelo poder⁷⁶.

Para Habermas, Weber considerou as sociedades ocidentais como exemplos em que se perfazem os tipos de “dominação legal”; por tal razão, a legitimidade representa como um ato de fé no exercício do poder; por consequência, “a dominação legal adquire um caráter racional”, porque uma espécie de racionalidade caracteriza o direito em sua formalidade típica que legitima o exercício do poder, nessas sociedades. Portanto, para Habermas, o direito, na concepção de Weber, é um “conceito positivista”⁷⁷, porque o direito em vigor é confundido com o direito estabelecido pelo legislador e, por essa razão, não tem nenhum “parentesco” com a moral. Conclui Habermas que, na acepção dada por Weber, o direito possui uma racionalidade que lhe é intrínseca, porquanto se funda em razões formais próprias, independentes da moral, como se disse acima. A racionalidade do direito possui então um caráter formal, referente a fins; o direito é um instrumento de controle social, concretizando-se numa racionalidade técnica, quando se conjuga com a dogmática jurídica.

Na interpretação de Habermas, a atenção que Weber dá ao predomínio da racionalidade procedimental obedece de certa forma, ao surgimento do Estado regulador

⁷⁴ BARRETTO, 2009, p. 859.

⁷⁵ FREITAG, 1992, p. 239.

⁷⁶ FREITAG, loc. cit., grifos nossos.

⁷⁷ HABERMAS, 1997, p. 193.

– e compensador, segundo Habermas–, que tem de atuar em sociedades cada vez mais complexas; a separação entre direito e moral, por exemplo, obedece a uma prescrição necessária de manutenção da própria racionalidade do direito, já que, segundo Habermas, para Weber, “as demandas por ‘justiça material’, ao serem introduzidas no *medium* do direito, destroem sua ‘racionalidade formal’”⁷⁸.

Finalmente, Habermas afirma que Weber possui uma concepção bastante ampla do conceito de racionalidade, que se estrutura com base em três significados:

- a) racionalidade instrumental – “quando se trata de regras técnicas e perfectíveis de dominação da natureza e do material, a *racionalidade geral de regras* assume o significado mais estrito de racionalidade instrumental”⁷⁹;
- b) racionalidade de fins – quando as ações são orientadas para atingir um determinado resultado, não são ações “cegas”;
- c) “racionalidade científica”⁸⁰ – resultado do trabalho dos intelectuais, que se caracterizam por um “pensamento científico-metódico”.

Em sua crítica do aparato racional-técnico que havia alcançado a civilização ocidental, lançada em 1949 (*Eclipse of Reason*) – em 1967, já em alemão, com o título *Para uma Crítica da Razão Instrumental* –, as suspeitas de Horkheimer não se haviam confirmado de todo, mesmo porque é sabido que, no primeiro momento, o olhar de Horkheimer era retrospectivo, estava ainda sob o impacto do fenômeno totalitário: o triunfo do fascismo, da barbárie nazista, o autoritarismo do stalinismo e, sobretudo, a capacidade de manipulação da chamada “cultura capitalista de massa”, orientada para o consumo e impeditiva da emancipação da classe trabalhadora. Assim, pode-se afirmar que, à época, Horkheimer expressou um conteúdo evidentemente nostálgico em relação ao alcance da razão, que foi concebida na Modernidade como esclarecimento, liberdade, como possibilidade de o homem libertar-se do preconceito, da mistificação e do poder clerical; enfim, das incongruências metafísicas.

A razão, no Ocidente, foi concebida sob estes argumentos: liberdade e autonomia do indivíduo e progressiva liberação do homem em direção à felicidade. Desencantado com os acontecimentos que presenciou Horkheimer possivelmente expressou, em seu texto, a sua nostalgia e a sua descrença na possibilidade de uma razão emancipadora. Mas sua crítica é ainda pertinente e já intuía, certamente, aquilo que hoje

⁷⁸ HABERMAS, 1997, p. 195.

⁷⁹ Ibid., p. 197.

⁸⁰ Ibid., p. 198.

concebemos como globalização, com a tentativa de imposição do modo capitalista em todos os quadrantes do mundo e, principalmente, os perigos a que a vida humana atualmente está exposta, com o arsenal nuclear e o desastre ambiental. Portanto, a tese de que a razão ocidental é uma razão dominadora e está indo em direção a sua própria autodestruição foi sagazmente concebida por Horkheimer. O problema reside em descobrir ao que ela leva em se destruindo: ao totalitarismo novamente? Ao controle absoluto da intimidade da vida humana? À dependência do poder, unicamente? À prevalência da técnica como controle absoluto da vida humana? Razão é poder?

Se a barbárie nazista foi um dos motivos que levaram Horkheimer a descrever o que chamou eclipse da razão, na atualidade é esse mesmo motivo que serve de ensaio para assinalar o momento em que o direito também se propaga com apoio na racionalidade instrumental. O exemplo histórico concreto que traduziu o ideal de racionalidade instrumentalizadora com a mais clara propriedade foi o chamado Holocausto, na Segunda Guerra Mundial, quando houve o extermínio sistemático de pessoas (judeus) em câmaras de gás⁸¹.

Há uma visão sem discórdia desse fato: nesse momento, ficou evidente a preparação racional e burocrática para o extermínio de pessoas num ambiente semelhante ao ambiente de uma fábrica. A organização, a engrenagem burocrática, a completa falta de pudor diante das brutalidades que estavam sendo cometidas, tudo expressou esse princípio racionalizador presente na modernidade. Como exemplos dessa “racionalidade”, merecem destaque alguns tópicos. Em primeiro lugar, o uso dos recursos tecnológicos para a satisfação de um fim político-ideológico; isto é, a possibilidade de a técnica ser um fator sempre “à mão”, no dizer de Baumann⁸². Em segundo lugar, o disciplinamento dos funcionários dos campos de concentração, que atuavam no projeto da “solução final” sem qualquer assombro ou estupor, em razão da cega obediência ao estado nazista. Essa característica é representativa, também, da racionalidade que atua instrumentalmente, já que a disciplina e a obediência ao complexo legal e/ou regulamentar são objetivos fixados pela autoridade governamental na atualidade, que se concretizam no direito legislado (como expressou Weber).

⁸¹ Segundo Morrison, o Holocausto provocou um choque na esfera da filosofia do direito, posto que “o direito positivo foi exposto como o instrumento muito fácil de uma justificativa para legislar que obtivera poder ideológico” e “era difícil fugir ao fato de que, *de uma perspectiva jurídico-positiva, os decretos promulgados pelos nazistas configuravam um direito válido*” (MORRISON, 2006, p. 369-370, grifo nosso).

⁸² “[Auschwitz] era também uma extensão rotineira do sistema fabril moderno. Em vez de produzir bens, a matéria-prima eram seres humanos e o produto final era a morte [...]” (BAUMANN *apud* MORRISON, 2006, p. 367).

Finalmente, em terceiro lugar, o poder do direito e da lei na consecução da barbárie nazista. Num certo sentido, essa proposição é completamente contraditória, até mesmo tautológica, já que o direito não pode pretender o mal. Ele não pode ter como produto final, como nos campos de concentração da Alemanha nazista, a violência e a morte. Por definição, o direito é destinado a regular a convivência pacífica entre os homens. No caso descrito, ele foi utilizado como mera técnica instrumental para a consecução de fins contrários à sua própria índole. Isso reflete, sem dúvida, a apropriação do direito como instrumento técnico, controlador, na acepção que o próprio Kelsen assinalou. Aqui, portanto, vemos com mais clareza a racionalidade dogmática em toda sua inteireza, operando em favor de uma determinada finalidade que deve ser alcançada a qualquer custo.

O paradoxo, como diz Baumann⁸³, é que o direito estava a serviço da busca de uma sociedade perfeita, da felicidade coletiva – ainda que à custa de milhões de vidas. É justamente uma pretensão da teoria política moderna o crédito na possibilidade de se instaurar a felicidade na sociedade humana por meio da intervenção no tecido social, mediante o uso de instrumentos adequados. O que ficou patente, entretanto, foi a opacidade do direito positivo, que ficou exposto ao critério da validade axiológica. O positivismo jurídico forneceu, sim, a condição necessária para que o direito nazista fosse considerado válido, independentemente do fato de o bem almejado por ele ser completamente perverso. A experiência do direito positivo na sociedade nazista é importante porque demonstrou, no real concreto da história, a utilização do cabedal jurídico-legal unicamente para satisfazer um fim político-ideológico. A racionalidade instrumental que Horkheimer concebeu e compreendeu advém dessa imbricação. De igual modo, reflete o resultado a que levou a proposta weberiana segundo a qual a introdução de elementos “materiais” (morais) no direito positivo compromete-lhe a racionalidade. Daí para a ideia de que no direito cabe qualquer conteúdo, segundo Kelsen, é apenas um pequeno passo⁸⁴.

Quem pode aquilatar com alguma propriedade esse momento é Gustav Radbruch⁸⁵, que acompanhou tanto o momento histórico-político antecedente, ainda na

⁸³ BAUMANN *apud* MORRISON, 2006, p. 369.

⁸⁴ “O Direito a aplicar forma, em todas essas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades possíveis de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo o acto que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura *em qualquer sentido possível*” (KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 466-467, grifos nossos).

⁸⁵ “A imagem legal do positivismo jurídico havia ajudado a fazer da perversidade do regime nazista uma

fase da República de Weimar⁸⁶, como também o momento posterior, com a ascensão e a derrocada de Hitler. Esse autor, em nossa opinião, é um dos que mais influenciaram Robert Alexy. Em sua obra, ficam expostos dois momentos: de um lado, a secura do positivismo jurídico, com o abandono de toda e qualquer influência da ética no direito; do outro, a indeterminação do direito natural, considerado como incapaz de dar sustentação aos reclamos da sociedade moderna, mobilizada pelos apelos da técnica.

De fato, dando-se crédito à genial intuição de Horkheimer, a razão eclipsou-se; atingiu seu ocaso; daí para frente, o direito é cada vez mais concebido como a *ultima ratio*, invadindo o campo da política como técnica de controle social. O arsenal nuclear que permite a destruição da Terra por várias vezes, o controle cada vez mais programado das massas mediante o uso controlado das mais refinadas técnicas da propaganda, o irracionalismo desvairado que se consoma na destruição dos ecossistemas naturais em prol da ganância por lucro, todos esses fenômenos, seja individualmente, seja em conjunto, demonstram o acerto da posição horkheimeriana – a razão tornou-se opaca.

Como dissemos acima, o direito pode servir a esse fim, tornando-se, por sua vez, instrumental, na esteira dessa razão que descrevemos. Streck, por exemplo, assevera que “não tem dúvidas em concordar com Warat quando afirma que a dogmática jurídica pode indagar, criar e construir. Dito de outro modo, *o Direito não pode mais ser visto como sendo tão-somente uma racionalidade instrumental*”⁸⁷. Aqui, aprofunda-se a perspectiva defendida neste trabalho, segundo a qual a racionalidade instrumental, inclusive no direito, é confrontada pela hermenêutica filosófica. Esta, por sinal, não se quer como uma espécie de “racionalidade”, justamente para não servir de técnica, para não ser capturada pela noção de método; a hermenêutica quer-se como um contraponto a esta maneira objetificada de pensar, colocando-se como “ontológica”, existencial e sensível à presença do homem no mundo e na história.

banalidade paulatinamente aceitável? Num exercício de meditação pessoal, o teórico alemão Gustav Radbruch aparentemente pensava assim” (MORRISON, 2006, p. 370).

⁸⁶ “O sistema constitucional de Weimar (1919-1932), devido às fragilidades intrínsecas detectadas por juristas como Carl Schmitt, selaria o seu ocaso ao pavimentar o caminho para a ascensão do nacional-socialismo ao poder supremo na Alemanha pela via da legalidade e do procedimento democrático. A inexistência de limites materiais internos expressos ao poder de reforma do legislador tornaria possível ao Parlamento alemão fazer *tabula rasa* da democracia liberal de Weimar pela via meramente procedimental. Operou-se, assim, ironicamente uma revolução ‘legal’, pela qual o partido nazista seria conduzido ao poder pelo sufrágio popular [...]” (DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. *Teoria da Legitimidade do Direito e do Estado: uma abordagem moderna e pós-moderna*. São Paulo: Landy, 2006, p. 144-145, grifo do autor).

⁸⁷ STRECK, 2007b, p. 28, grifos nossos.

Nessa linha, a hermenêutica pode advogar-se também como tributária do pensamento de Max Horkheimer, porque ambos são contrários a uma demasiada preponderância de uma espécie de *razão científica* e da redução de todo e qualquer pensamento, ao âmbito único da ciência e da tecnificação. Esse é o pensamento de viés positivista. Tanto a hermenêutica filosófica, quanto a crítica (na forma como pensada por Habermas) encontram-se num pensamento comum, que é um pensamento inserido na história, em que a finitude é pensada radicalmente, um pensamento crítico contra as estruturas sociais que mantêm a injustiça e que impedem a felicidade. Além disso, a crítica e a hermenêutica posicionam-se contra o que entendem por pensamento metafísico. A segunda, por sinal, irmana-se com a teoria crítica ao combater o desenfreado processo de racionalização que se tornou, de certo modo, autoimaneente, na medida em que a razão se preocupa unicamente em dominar e se autopreservar, numa lógica que remete diretamente à dominação, ao poder. A história move-se como que marcada exclusivamente pela lógica do poder, do domínio completo da natureza e da sociedade:

[...] A crise contemporânea da razão radica fundamentalmente no fato de que, chegando sua evolução a uma determinada etapa, o pensamento, ou bem perdeu por completo a capacidade de conceber a objetividade, ou bem começou a combatê-la como uma miragem. Este processo veio pouco a pouco a afetar o conteúdo objetivo de todo conceito racional. Finalmente, não há realidade singular alguma que pode aparecer como racional per se, esvaziados de conteúdo, todos os conceitos fundamentais se converteram em meras máscaras formais [...]⁸⁸.

O conteúdo resumido das propostas de Horkheimer, na crítica que faz à razão instrumental, pode ser descrito como: a) a transformação da razão em mero instrumento formal, de mera capacidade executora, que conduz à estupidez⁸⁹; b) a linguagem torna-se, também, instrumental, reduzida a propaganda, a anúncios publicitários, para a condução das massas: “toda coisa e todo homem são classificados e providos de uma etiqueta”⁹⁰. Horkheimer menciona de certo modo o direito, pois também afirma:

[...] quais são as consequências da formalização da razão? Justiça, igualdade, felicidade, tolerância, todos os conceitos que, como se há dito, batiam em séculos anteriores no coração da razão, ou tinham que ser aceitos por ela, perderam suas raízes espirituais. São, todavia, fins e objetivos; mas não há instância racional alguma que pode corresponder à tarefa de agregar-lhes um valor e pô-los em conexão com uma realidade objetiva. *Aprovados por documentos históricos veneráveis, ditos conceitos desfrutam ainda, possivelmente, de certo*

⁸⁸ HORKHEIMER, 2010, p. 48.

⁸⁹ Ibid., p. 84-87.

⁹⁰ Ibid., p. 60.

*prestígio, e alguns deles estão inclusos nas constituições dos países mais importantes [...]*⁹¹.

A racionalidade que informa a dogmática jurídica é a mesma do cientificismo racionalista que desembocou, no direito, no positivismo. Foi, e de certo modo, ainda é, uma tentativa de aprisionar o fenômeno jurídico em esquemas imutáveis e dar-lhe um caráter pretensamente científico. Ora, o fenômeno jurídico está muito além dos esquemas conceituais do positivismo ou do dogmatismo. Nessas concepções, o direito é um sistema fechado, com a pretensão de possuir as respostas para qualquer problema que se apresente, sem lacunas.

Em tempos de pós-modernismo, é impossível não falar de racionalidade e, no caso do direito, daquilo que apelidamos de racionalidade dogmática⁹². Desde o início de nossa pesquisa, acreditamos que a validade jurídica, tal como é apresentada nas correntes positivistas, reproduz um modelo típico de racionalidade que se assemelha a uma racionalidade do tipo instrumental, conforme a definição de Max Horkheimer. A crítica de Horkheimer ainda pode ser admitida nesta plaga e neste tempo – já que data de 1947 (com a segunda publicação, mais conhecida, em 1967)? A plaga a que me refiro é a nossa região localizada no hemisfério Sul, aonde a modernidade não chegou completamente, sendo chamada de *tardia*, como quer Streck⁹³.

Por outro lado, o que a crítica de Horkheimer indicava finalmente se concretizou neste tempo, no mundo pós-moderno⁹⁴ em que vivemos, no qual a intensa burocratização, para não dizer a racionalização de tudo, faz-se cada vez mais presente, a ponto de permitir um escape pela saída do pós-modernismo, como um extremo radical,

⁹¹ HORKHEIMER, 2010, p. 60-61, grifo nosso.

⁹² [...] que leva as coisas ao extremo, isto é, até um formalismo e funcionalismo vazios de conteúdo, cuja ‘pureza’ se torna tão estéril que não sabe nada [...] A verdade é que nós, com o pecado original das leis injustas (das quais são culpados o pensamento positivista e o jusnaturalista), perdemos para sempre nossa inocência. Desde que isso ocorreu nenhuma filosofia do direito pode limitar-se exclusivamente ao formal e descuidar dos conteúdos, ou deixa-los à política. O pós-moderno não é de nenhuma maneira só uma extravagância passageira, nele se expressa algo essencial à consciência de nossa época. Assim como o crescimento econômico chegou a seus limites, também hoje, como disse Habermas, se esgotaram as energias da utopia. A obsessão pelo progresso indefinido também se gastou e a Razão, deusa da modernidade, se desvaneceu” (KAUFMANN, Arthur. *La Filosofía del Derecho en la Posmodernidad*. Tradução de Luis Villar Borda. 3. ed. Bogotá: Temis, 2007b, p. 13-14).

⁹³ “Quanto aos autores pós-positivistas, tendo como pano de fundo as reflexões dos autores próximos a Jürgen Habermas, como, por exemplo, Albrecht Wellmer, Anthony Giddens e Ulrich Beck, *tendem a compreender o tempo presente mais no sentido de uma modernidade reflexiva ou de uma modernidade tardia – onde se espera realizar as promessas não cumpridas do ideário político da modernidade*, como a efetiva antirealização ética-estética e autodeterminação política” (MAIA, Antônio Cavalcanti *apud* DINIZ, A., 2006, p. 22, grifos nossos).

⁹⁴ “O niilismo e o desconstrutivismo pós-modernista dissolvem qualquer referência às sistematizações, às visões totalizantes, à cientificidade e tecnicidade, à unidade, à estabilidade, às grandes narrativas, em troca de uma incitação ao pontual, ao fragmentário, ao local, ao instável, ao diferente, ao senso comum, à experiência estética, ao irracional.” (DINIZ, 2006, p. 205).

propiciando o retorno do irracional, do efêmero, do transitório, para alguns; mas, na verdade, também permitindo uma severa crítica aos esquemas antes estipulados, aprisionadores da própria razão.

A construção de Hans Kelsen acerca da validade jurídica nada mais é que um reflexo dessa racionalidade que nascia. O modo como o conceito de validade jurídica foi construído por ele e pelos demais integrantes do positivismo jurídico – especialmente por Max Weber – denota que se destinava a prefigurar o Estado contemporâneo no sentido de conferir-lhe uma legitimidade inerente, mas servindo a seus fins, a tal ponto que a alteração da legislação passou a ser um simples problema técnico. Do mesmo modo, o direito transformou-se num meio de obter determinados resultados, politicamente calculados, perdendo sua característica tradicional para transformar-se numa espécie de veículo normatizador de *políticas públicas* ou mesmo de assegurador da última fronteira na contenção de problemas sociais, como a criminalidade, por exemplo.

O direito, aqui também incluída a legislação, transformou-se, portanto, numa espécie de instrumento auxiliar da política, de uma técnica de controle social, prevalecendo, assim, o seu fim nitidamente instrumental. Peña Freire demonstra essa capacidade que o direito tem de servir a fins e interesses, admitindo francamente que a lei advém do conflito social, antes de servir mesmo à sua composição, servindo como meio de justificação do poder político, se transformando num instrumento, referente, portanto, a determinados fins:

É dizer, se toma consciência de que, longe de formar parte de um âmbito separado do real, a lei é parte do conflito social e que, longe de ser expressão pura da vontade geral, a lei é produzida por uma maioria contingente, interessada e dispersa. Nesse caso, a lei deixa ser garantia frente ao Estado e se converte em expediente de legitimação do poder político e em expressão da vontade estatal, pois em lugar de constituir uma garantia contra o arbítrio, passa a ser *instrumento* para o exercício eficaz do poder⁹⁵.

Quer-se ilustrar, não o aspecto político e ideológico que a lei adquire como assinala a transcrição acima, de justificação e legitimidade do poder político, mas a instrumentalização do direito no âmbito da racionalidade dogmática, em que os fins são afastados para dar lugar aos meios. Nesse sentido, o direito não possui condições de validade axiológica, pois a lei confunde-se com justiça e passa a servir de uso político

⁹⁵ PEÑA FREIRA *apud* DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito: aproximação à metodologia discursiva do direito*. 2. ed. rev. São Paulo: Landy, 2004, p. 44-45, grifo nosso.

justamente porque esconde essa sua condição: a instrumentalização do direito como técnica de controle social, é feita sub-repticiamente.

O conceito de validade jurídica, pois, segue um caminho semelhante, na medida em que confunde o direito válido com o procedimento de sua criação. Afinal, como advertem Arthur Kaufmann e Winfried Hassemer, “a pós-modernidade encerra uma advertência no sentido de não levarmos tão longe a racionalidade técnica – e a jurisdicionalização do nosso mundo é parte dela – que nos esqueçamos do homem e de seus anseios fundamentais”⁹⁶. Reconhecer esse “caráter instrumental do direito”, que, de resto, é também da política legislativa, por assim dizer, importa seguramente admitir que o direito não se constitui em esfera autônoma da política e, por conseguinte, da moral, pois na primeira as considerações de ordem moral são fundamentais para determinar a ação política – por sinal, sempre orientada para um fim específico. Esse aspecto, a nosso ver, é de suma importância, porque comprova a ineficácia da teoria jurídica positivista, que desejava justamente efetuar essa separação, com objetivos claramente definidos, como o de tornar o direito uma ciência, separando-o de qualquer conteúdo valorativo. Na verdade, o positivismo revestiu-se de um *véu ideológico* que escondia essas contradições.

A validade jurídica é como se expressa a racionalidade na ordem estabelecida pelo direito. Esse conceito assume sua feição fundamentadora do poder político e jurídico. A preocupação em justificar o poder advém da teoria política do século XVIII, principalmente de Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau. A crença na igualdade entre os homens, donos de uma mesma base racional, leva à imposição de um único fundamento que sirva de substrato para a existência das organizações sociais. Nesse modelo, a validade está estritamente relacionada com o surgimento do Estado moderno. O poder precisa, pois, ser legitimado; legitimado, torna-se aceito e válido, provocando a obediência – objetivo último da teoria política contratualista, acima citada. Araújo Costa adota essa visão:

[...] a necessidade de legitimação do poder é interpretada pelos pensadores modernos como a necessidade de fundamentação da *validade* de determinados padrões de organização social, sejam elas morais, políticas ou jurídicas. Assim, o discurso filosófico da modernidade, no que toca às questões normativas, está inteiramente voltado à elaboração de discursos fundamentadores que são construídos a partir do dogma *de que tudo que é racional é válido*⁹⁷.

⁹⁶ KAUFMANN; HASSEMER, 2002, p. 46.

⁹⁷ COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. 420 f. Tese (Doutoramento em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília,

O aspecto lógico da validade, que em Kelsen ganhou maior amplitude, é hoje superado pelo aspecto substancial, de conteúdo – como exemplo, neste texto, a teoria de Robert Alexy –, tanto pelo avanço da teoria hermenêutica, quanto pela filosofia analítica, que chegam a um mesmo denominador comum: é a linguagem que deve ser a preocupação central na meditação filosófica, a linguagem é a própria ação; por isso não é mais possível somente descrever, há o envolvimento do intérprete.

Com a reviravolta linguística, o que é bastante enfatizado por Streck, a linguagem assume o proscênio e segue caracterizando o próprio modo de ser do homem no mundo, que está condicionado pelo uso prático que se faz dela. Logo, o sentido do termo “validade” não pode ser o mesmo adotado por Hans Kelsen e Herbert Hart, por exemplo, há mais de cinquenta anos. Suas preocupações com o direito eram outras, ditadas pelo ambiente histórico em que viviam.

Desde Max Weber, no começo do século XX, já havia um confronto entre os que defendiam as “ciências da natureza” para servir de exemplo como estatuto científico e os que defendiam outro modo de conceber o conhecimento, mediante as chamadas “ciências do espírito”. Eis o pano de fundo cultural e histórico das elucubrações kelsenianas. Portanto, a teoria de Kelsen deve ser encarada como finita. O fato de ela inserir-se em determinado ambiente histórico determina-lhe a sua finitude, o que significa dizer que é limitada pela sua ambiência histórica e, por isso, pode até continuar a servir de modelo, mas não com a importância que lhe é conferida ainda hoje. O que nos importa é a questão atual, que é a crise desse conceito, que, num certo sentido, reflete a crise da fundamentação do direito nos ordenamentos jurídicos atuais, mormente aqueles de extração romano-ocidental, nos quais se insere o brasileiro, com a emergência do que se convencionou chamar de “neoconstitucionalismo”⁹⁸. Se, para o positivismo, ao modo de Hart ou de Kelsen, para a caracterização da validade jurídica do direito bastava a perfeita adaptação da norma ao sistema, na atualidade é consenso que essa concepção tem-se revelado insuficiente.

Do estudo das teorias contemporâneas acerca da validade jurídica, resulta que ainda não se conseguiu superar, e talvez nem se consiga, sua feição inquestionavelmente

DF, 2008, p. 18, grifo nosso.

⁹⁸ O termo é aqui utilizado em sua acepção mais ampla possível, aquela que inclui tanto a emergência de um novo padrão hermenêutico no âmbito do direito constitucional, conferindo estatuto normativo aos “princípios”, como também a que reinsere a questão jusfilosófica como essencial, o que redundará em efeitos para todo o direito. Em suma, podemos assinalar quatro itens que caracterizam esse termo, ainda carregado de dificuldade de sentido: a Constituição é vista a) como norma superior, b) carregada de valores e princípios, c) como norma jurídica eficaz e d) como garantia de controle jurisdicional.

formal. A formalidade atribuída a esse conceito, de fato, é um avanço, se confrontada com a teoria jusnaturalista; entretanto, o problema da fundamentação da ordem jurídica continua em aberto. A validade de cunho unicamente formal não é capaz de dar conta dos novos problemas que surgiram com o avanço tecnológico, as dissensões políticas, a emergência da secularização e a instituição da globalização, com o avanço rápido do sistema capitalista em todas as áreas do globo terrestre, invadindo também todas as facetas da vida humana. Nessa situação, incluem-se problemas diversos, como os relacionados com a bioética e o biodireito, a convivência de diversas e diferentes culturas num mesmo espaço sociocultural, o respeito à diversidade de gênero, os modos de vida que devem ser preservados (por exemplo, o indígena, no Brasil), o surgimento de conceitos jurídicos extremamente abertos como os “direitos das gerações futuras”⁹⁹ e vários outros.

Portanto, para explicitar onde reside a incapacidade da tradição positivista e, por conseguinte, do critério de validade jurídica por ela formulado, destacaremos os pontos em que acreditamos estejam os dissabores dessa concepção. Robert Alexy, por exemplo, assinala que, na nova feição que se quer dar ao direito, a linha divisória entre o passado e o presente (ou o futuro) é ainda a velha e tradicional distinção entre moral e direito. Para ele, as teorias positivistas sustentam com afinco essa separação, enquanto as teorias não positivistas advogam justamente o contrário – a estreita vinculação entre essas duas esferas normativas¹⁰⁰.

Para Alexy, a definição de direito deve aceitar tranquilamente que nela se incluam elementos de conteúdo moral. Sem admitir essa conexão, fica difícil explicar fatos cujo conteúdo moral é evidente, apesar da obrigação de submetê-los a julgamentos legais. As complexidades das questões atuais forçam o sistema jurídico positivo a

⁹⁹ “[...] penso que a questão do futuro, ante a impossibilidade de antecipá-lo, deve ser vista como dimensão do fazer humano [...] a discussão sobre o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, ante a tendência do desenvolvimento ilimitado dos níveis de entropia, reclama uma nova elucidação do fazer [...] *de crítica da racionalidade técnica* [...]” (WEYL, Paulo Sérgio. Implicações Teóricas de um Conceito Normativo de Direito das Futuras Gerações. *Cadernos da Pós-Graduação em Direito da UFPA*, Belém, v. 2, n. 5, out./dez. 1997, p. 70, grifo nosso).

¹⁰⁰ “O principal problema na polêmica acerca do conceito de direito é a relação entre direito e moral. Apesar de uma discussão de mais de dois mil anos, duas posições fundamentais continuam se contrapondo: a positivista e a não positivista. Todas as teorias positivistas defendem a *tese da separação*. [...] Em contrapartida, todas as teorias não positivistas defendem a *tese da vinculação* [...] o que o diferencia do positivista é muito mais a concepção de que o conceito de direito deve ser definido de forma que, além dessas características que se orientam por fatos reais, inclua elementos morais [...]” (ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 3-5, grifos do autor).

conhecer de temas que antes eram submetidos apenas ao conhecimento de regras morais. Habermas, na crítica que faz ao modelo weberiano, afirma que:

[...] é preciso considerar que os discursos jurídicos, independentemente do modo como se ligam ao direito vigente, não podem mover-se num universo fechado de regras jurídicas univocamente fixadas. Isso é uma consequência da própria estratificação do direito moderno em regras e princípios. O direito constitucional revela que muitos desses princípios possuem uma dupla natureza: moral e jurídica. Os princípios morais do direito natural transformaram-se em direito positivo nos modernos estados constitucionais. Por isso, a lógica da argumentação permite ver que os caminhos de fundamentação, institucionalizadas através de processos jurídicos, continuam abertos aos discursos morais¹⁰¹.

Alberto Calsamiglia¹⁰², por sua vez, embora ressaltando que realmente a diferença entre moral e direito é um dos elementos que distinguem positivistas e não positivistas, assinala outros elementos que julgo da maior importância, como a indeterminação do direito e as relações não só entre direito e moral, mas também entre direito e política. Para fins de nossa pesquisa, o que chama a atenção na doutrina positivista é a justificação estrita do direito positivo, o qual, mesmo possuindo conteúdo de injusto, deve ser considerado como válido.

Nas teorias positivistas, a justificação do direito válido é de natureza exclusivamente formal – basta que o processo de produção normativa seja observado para que o direito positivo seja válido; não há necessidade alguma de justificação de ordem moral. É claro que esse posicionamento mais extremado é de Hans Kelsen, em sua *Teoria Pura do Direito*, em que ele afirma:

[...] a exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta [...] a validade de uma ordem jurídica positiva é independente de sua concordância ou discordância com qualquer sistema de moral [...] a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever [...] do ponto de vista de um conhecimento dirigido ao Direito Positivo, *uma norma jurídica pode ser considerada como válida ainda que contrarie a ordem moral*¹⁰³.

Essa tese kelseniana geralmente é rechaçada em razão dos casos extremos de injustiça do direito no século XX. O exemplo que ainda hoje persiste é o da ordem jurídica nazista, que também pode ser assimilada aos demais “estados totalitários”, como a Rússia, de Stalin e seus Gulags. Nesses casos, a legalidade ficou exposta como

¹⁰¹ HABERMAS, 1997, v. 2, p. 203.

¹⁰² CALSAMIGLIA, 1998.

¹⁰³ KELSEN, 1979, p. 103-107, grifo nosso.

insuficiente, desnudando que a ordem jurídica, destinada a garantir direitos, fez justamente o contrário, servindo para aprofundar a diferença, a violência e a desigualdade. O impacto da legislação nazista foi tão forte que Gustav Radbruch, em 1945, disse:

Há também princípios fundamentais do direito que são mais fortes do que todo ou qualquer preceito jurídico positivo, de tal modo que toda *lei que os contrarie não poderá deixar de ser privada de validade* [...] a lei vale por ser lei [...] o que chamamos Positivismo, foi o que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais sanguinárias¹⁰⁴.

É dessa primeira situação que nasce a crítica contra aquele positivismo defendido por Hans Kelsen, que advogou uma união perfeita entre a lei estatal e o próprio direito. É quando o Ocidente vai defrontar-se com a primeira ruptura mais acentuada com a busca de igualar o direito à lei, criando a noção de “crimes contra a humanidade”¹⁰⁵, por definição, imprescritíveis. Foi contra essa banalidade do mal, para usar uma expressão cara a Hannah Arendt¹⁰⁶, que o direito se voltou na tentativa de evitar que fatos como aqueles se repetissem.

Na Filosofia do Direito, o sentido desse acontecimento é assinalado tanto por Chaim Perelman, quanto por Norberto Bobbio. O primeiro admite o fracasso da corrente formalista, pois afirma:

[...] essa concepção do positivismo soçobra antes os abusos do hitlerismo, como toda teoria científica irreconciliável com os fatos. Pois a reação universal diante dos crimes nazistas obrigou os chefes de Estado aliados a instruir o processo de Nuremberg e a interpretar o adágio *nullum crimen sine lege* num sentido não-positivista¹⁰⁷.

Perelman continua esse raciocínio, afirmando, novamente, que com isso se “prova a natureza insuficiente da construção kelseniana que faz a validade de toda regra de direito depender de sua integração num sistema hierarquizado e dinâmico, cujos elementos retirariam, todos, sua validade, de uma norma suprema pressuposta”¹⁰⁸.

¹⁰⁴ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução de L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 413-417, grifo nosso.

¹⁰⁵ “Tendo em vista as atrocidades perpetradas ao longo da Segunda Guerra Mundial, particularmente o genocídio que resultou na morte de seis milhões de judeus, a Convenção afirma ser o genocídio um crime que viola o Direito Internacional [...] quanto aos precedentes históricos da criação da Corte Penal Internacional, há que destacar os Tribunais de Nuremberg e Tóquio [...] pela primeira vez, desde os Tribunais de Nuremberg e Tóquio, um sistema como este está a prometer justiça às vítimas de extremos abusos, bem como está a inibir a repetição destes crimes” (PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 211-213.).

¹⁰⁶ ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução de Sônia Orieta Heinrich. São Paulo: Diagrama e Texto, 1983.

¹⁰⁷ PERELMAN, 2000, p. 395.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 396.

Bobbio, referindo-se ao mesmo fato histórico, também extrai um sentido semelhante, criticando o positivismo e suas “consequências práticas funestas [...] pois o positivismo jurídico foi considerado como uma das causas que provocaram ou favoreceram o advento de regimes totalitários europeus e, em particular, do nazismo alemão”¹⁰⁹.

Para Bobbio, a crítica realizada pela “corrente renascida ou revigorada do jusnaturalismo”¹¹⁰ obteve maior audiência na opinião pública, reduzindo tudo ao argumento hitlerista (*reductio ad Hitlerum*), mas não conseguiu desconstruir o positivismo no campo científico.

Entretanto, do ponto de vista estritamente legal (positivista), o Tribunal de Nuremberg deve ser considerado uma farsa, pois não respeitou nem a lei, nem os princípios: afinal, como julgar crimes que não estavam definidos previamente em lei, e ainda retroagindo no tempo para julgá-los?¹¹¹ Por mais que Bobbio queira destacar o excesso de crítica ao positivismo apenas no nível ideológico – como o argumento de tudo reduzir ao fenômeno hitlerista – e ainda afirmar que no âmbito científico as críticas não se sustentam, as dúvidas persistem, pois o Holocausto é considerado como um verdadeiro divisor de águas na teoria positivista. Seu efeito no campo jusfilosófico foi tamanho que a crise do positivismo começa justamente no âmbito em que se dá mais atenção: o da validade.

De fato, a questão judia durante a Alemanha nazista suscitou no direito uma questão que ataca frontalmente a validade das normas legais, que é a sua aplicação no caso de serem injustas. Por isso, a filosofia jurídica enveredou com maior atenção pela questão da justiça. É um confronto antigo e persistente, como podemos notar já na famosa tragédia grega *Antígona*¹¹².

¹⁰⁹ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006, p. 225.

¹¹⁰ BOBBIO, loc. cit.

¹¹¹ A respeito dessa questão, Morrison tem o seguinte posicionamento: “Colocavam-se duas questões jurídicas de extrema importância: a criação do Tribunal e a legalidade dos atos nazistas. Os nazistas haviam infringido o direito existente? Que dizer dos nazistas que haviam praticado atrocidades porque estavam cumprindo ordens? A necessidade de dar uma resposta aos fatos se sobrepunha às considerações de legalidade, no sentido de somente punir se um direito determinável tivesse sido infringido? Que direito era esse?” (MORRISON, 2006, p. 372).

¹¹² “CREONTE – Mesmo assim ousaste transgredir as minhas leis? ANTÍGONA – Não foi com certeza, Zeus que as proclamou, nem a Justiça com trono entre os deuses dos mortos as estabeleceu para os homens, nem eu supunha que tuas ordens tivessem o poder de superar as leis não-escritas, perenes, dos deuses, visto que és mortal. Pois elas não são de ontem, nem de hoje, mas são sempre vivas, nem se sabe quando surgiram” (SÓFOCLES. *Antígona*. Tradução de Donald Schüler. Porto Alegre: L&PM, 2006, segundo episódio).

O nazismo, banalizando o mal, trouxe de volta a preocupação com os princípios do direito, como Perelman ressalta, afirmando que, ao que tudo indica, num primeiro momento, foi preciso recorrer “aos princípios gerais do direito, que poderíamos aproximar do antigo *jus gentium* e que encontrariam no consenso da humanidade civilizada seu fundamento efetivo e suficiente”¹¹³. Ora, foi como um prenúncio do que estava por vir. Essa mesma “humanidade civilizada”, na qual acredita o autor belga, já secularizada, assistiu, a partir da década de 60 do século passado, a novos embates – que ainda hoje persistem – entre a questão moral e a questão legal (ou jurídica), sobre temas como aborto, eutanásia, homossexualidade, ecologia, etc. Isso mostra que a simples positividade de condutas continua a revelar-se insuficiente e revela a necessidade de um aprofundamento maior do critério de validade normativa, além, muito além, daquele predito por Hans Kelsen.

Para finalizar este tópico, constata-se que o debate sobre a validade não cessou: manter a autonomia formal da validade jurídica, como espaço que não se confunde com a moral, nem com a justiça, nem com a política (isso é possível?), como necessidade emancipatória diante da possibilidade de que, resvalados esses limites, tenha-se, novamente, o retorno da hipóstase estatal, como nas experiências totalitárias; ou, o que é pior, na atual contemporaneidade, aceitar a hipertrofia do mercado, o esquecimento da prioridade axiológica do ser humano e, sobretudo, o esmaecimento dos direitos fundamentais, dando vazão ao irracionalismo econômico?

A racionalidade instrumental, hoje, leva a ambas as coisas. Atualmente, artefatos tecnológicos invadem o espaço da intimidade, o corpo humano é transformado em objeto de valor – basta evocar a venda da imagem humana, a satisfação sexual mediante paga com o corpo alheio, ou pura e simplesmente os transplantes de órgãos humanos. O controle estatal faz-se por meio de novidades tecnológicas, como o uso indiscriminado de câmaras de vídeo e aparelhos de transmissão quase instantânea de dados. Na verdade, mesmo reconhecendo todos os desvarios dessa razão instrumental, não se pode retornar ao nível anterior, da validade de cunho jusnatural, em que todo o direito era reduzido à justiça. Vejamos do que se trata.

¹¹³ PERELMAN, 2000, p. 395.

2.2 A VALIDADE JURÍDICA NA CONCEPÇÃO JUSNATURALISTA

Entendemos que a expressão “jusnaturalismo” foi cunhada em oposição ao positivismo e aplica-se a várias teorias sobre o direito. Na verdade, tudo o que precede o chamado positivismo deve ser considerado como partícipe do direito natural. Parece evidente que esse conceito tudo abriga sob o seu teto. É preciso cuidado para qualificar tudo que o antecede ao império da lei, principalmente da lei escrita, como jusnaturalismo. A concepção, seja política, seja ideológica – e, nesse caso, jurídica –, que se impõe pretende, sem dúvida, desqualificar a que a antecedeu. Ora, parcelas importantes do direito natural ainda persistem, e com vigor, no domínio do positivismo. Do mesmo modo, o positivismo nasceu muito antes do marco histórico que se lhe costuma impor. Aqui, registre-se a proposta de Luigi Ferrajoli, para quem o positivismo, principalmente a partir da segunda metade do século XX, incorporou ao sistema legal – mediante a inserção de direitos naturais nas Constituições dos países democráticos – a maioria, se não a integridade, dos postulados juspositivistas¹¹⁴.

Entretanto, por realizarmos uma pesquisa que examina o positivismo desde o seu início e por entendermos que o pano de fundo histórico é de considerável importância para o entendimento das concepções, preferimos, antes de adentrar no objeto da pesquisa propriamente dita, efetuar uma rápida descrição do jusnaturalismo e de sua concepção de validade. O panorama é rico porque a formação do próprio positivismo, gestado dentro do jusnaturalismo, demonstra que também se desenhava uma disputa política acerca da formação do Estado moderno.

Chama imediatamente a atenção o longo período histórico em que predominou o direito natural. Radbruch, por exemplo, situa, no começo do século XIX, o fim do que chama “a doutrina do Direito Natural”¹¹⁵.

Segundo alguns historiadores do direito, como Michel Villey, o jusnaturalismo remonta ao pensamento grego. Ora, assim fica patente que se olha o passado com olhos do presente, na busca de ajustar um conceito posterior a fatos que ocorreram bem antes:

¹¹⁴ “Todos esses princípios, afirmados pelas doutrinas jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII na forma de direitos ou direitos *naturais*, foram consagrados nas modernas Constituições na forma de princípios normativos *fundamentais* que contêm limitações ou imperativos negativos – ou também positivos, como os expressados pelos chamados ‘direitos sociais’ ou ‘materiais’[...] cujos destinatários são os legisladores e os demais poderes públicos. Em particular os chamados direitos ‘invioláveis’ da pessoa, direitos ‘personalíssimos’ ou ‘indisponíveis’, não são mais que a forma jurídica *positiva* que os direitos *naturais* [...] têm assumido como ‘direitos subjetivos’ nas Constituições modernas” (FERRAJOLI, 2006, p. 328, grifos do autor).

¹¹⁵ RADBRUCH, 1979, p. 61.

Aristóteles é o ‘pai da doutrina do direito natural’; ele deu destaque ao termo (*dikaion physicón*); construiu sua teoria e a pôs em prática; é o fundador dessa doutrina à qual inúmeros juristas, ao longo dos séculos, vieram aderir. Mas o direito natural de Aristóteles é algo bem diferente do que a maioria dos nossos contemporâneos imagina. As soluções de direito natural seriam, pensam eles, *deduzidas* de princípios: de princípios *a priori* da razão prática (escola kantiana) ou de definições abstratas da ‘natureza do homem’ (escola do direito natural moderno). Acabamos de ver que para o fundador da doutrina não é bem assim. Realista e nem um pouco idealista, pratica um método de observação [...] ¹¹⁶.

Essa visão, aliás, é defendida por Lafer, para quem Aristóteles, numa passagem da *Retórica*, teria mesmo feito uso da peça *Antígona*, de Sófocles, ao exemplificar o chamado “justo por natureza”, pois a protagonista da peça “evoca as leis imutáveis e não escritas leis do Céu, que não nasceram nem ontem nem hoje, que não morrem e que ninguém sabe de onde provieram”¹¹⁷. Lafer extrai daí alguns parâmetros para caracterizar o direito natural: a ideia de imutabilidade; a ideia de universalidade; o acesso às leis mediante a razão, a intuição ou a revelação; o direito natural, que qualifica uma conduta ou ação como boa e justa, ou má e injusta¹¹⁸. Por isso, para ele, é possível distinguir, no direito natural, dois planos: um ontológico, em que o direito é o direito natural, e outro deontológico, em que o direito natural é uma ordem imutável universal de valores (de princípios?).

É consenso que no direito natural ou jusnaturalismo, há várias concepções de natureza filosófica sobre o direito que remetem sua existência ou validade a um plano metafísico. Desse modo, o direito estaria sustentado por uma razão divina, ou por uma razão humana, ou pela natureza. O direito como obra do homem seria derivado de uma dessas entidades, conforme a época histórica. De fato, extrai-se do direito natural essa tendência a fundamentar o direito em um ponto de vista externo ao direito vigente. As leis humanas decorrem de fontes que se localizam fora do contexto histórico-social e perseguem uma validade universal e imutável, com o conteúdo valendo mais que a forma.

Para Arthur Kaufmann e Winfried Hassemer, a justificação da validade no direito natural somente pode ser compreendida a partir do ser¹¹⁹. Segundo eles, na época

¹¹⁶ VILLEY, Michel. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 53-54, grifo do autor.

¹¹⁷ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia de Letras, 1988, p. 35.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 36.

¹¹⁹ KAUFMANN; HASSEMER, 2002, p. 38.

em que há preponderância do ser, fica patente a primazia do direito natural: nesse momento filosófico, a ontologia faz-se presente, suscitando confiança num direito natural que prescindia de legislação escrita, podendo ser extraído diretamente da observação da natureza ou mesmo da conduta ética considerada reta.

De fato, o jusnaturalismo pode ser encarado sob este signo de confiança. A ordem natural das coisas pode ser apreendida pelo homem; por conseguinte, o direito adquire a característica de imanente, permanente, duradouro e intransponível. São momentos de absoluta confiança na razão, por exemplo. Para confirmar o que dizem Kaufmann e Hassemer¹²⁰, basta lembrar o que a filosofia produziu nessas épocas, como a filosofia de São Tomás de Aquino, ou mesmo a de um Friedrich Hegel.

Não há uma história específica do conceito de validade jurídica na tradição anterior ao positivismo; apenas como um breve recorte, a validade era tratada como equivalente a uma *ratio* imanente à lei humana ou divina, com uma determinada força obrigatória. O que interessa é pensar que o critério fundamental da ordem jurídica jusnatural é o *critério de justiça*. A ordem natural, proveniente de Deus, da razão ou da natureza, é justa. Cabe ao homem observá-la e pô-la em prática. A ordem legal, ou positiva, somente tem validade se igual ou aproximada daquela outra; o direito, portanto, somente pode ser assim considerado se igual à ordem natural. Ou melhor: a lei em vigor deve ser conforme com a justiça.

Transparece nessa formulação que a validade tem por fundamento – ou critério, por assim dizer – uma causa externa. O plano aqui é o plano espiritual, axiológico ou, em linguagem mais comum, é o plano dos *valores*. O direito positivo é uma ordem de segunda importância e deve refletir o que o aspecto axiológico confere como *direito*. Uma ordem jurídica positiva, assim, para ser legítima, deve estar de acordo com a ideia de justiça. Não há como não pensar na concepção de Gustav Radbruch, mais tarde reelaborada por Robert Alexy, segundo a qual uma norma extremamente injusta não é direito, pois a teoria jusnaturalista pensa exatamente igual, embora sem assinalar a extremidade da injustiça. Para os jusnaturalistas, o direito válido tem de ser considerado justo. O direito, portanto, torna-se *atemporal e a-histórico*.

Como já fizemos questão de assinalar, o conteúdo do direito natural persiste como válido nas constituições atuais, especialmente no capítulo dos direitos fundamentais. Daí existência, para Hart, de um “conteúdo mínimo de direito natural” na

¹²⁰ KAUFMANN; HASSEMER, 2002, p. 38.

ordem positiva¹²¹. Portanto, creio que é desnecessária a suposição de que há uma relação hierárquica entre Direito Natural e Direito Positivo. Em tempos de *pós-positivismo*, essa distinção não é mais importante; teve a sua importância quando o embate era mais acirrado e o positivismo tornara-se dominante, como sua concepção de rigor lógico e de metodologia científica, da qual Kelsen é o destacado representante.

Os argumentos de Kelsen, porém, contra a doutrina do direito natural não podem ser simplesmente afastados. O primeiro deles, que assinalo, é a confusão entre uma “ordem natural” e uma “ordem jurídica”. De fato, essa última, ao invés de ter sido criada por uma entidade abstrata – Deus, a natureza ou a razão –, emana da autoridade. Como diz Kelsen, ela é produto da “vontade humana”. O que caracteriza a doutrina kelseniana, portanto, do ponto de vista formal não é o fato de ela se apegar a procedimentos; em última instância, a doutrina de Kelsen reconhece unicamente, como produtora do direito, a vontade humana, que se concretiza em uma autoridade com poder para impor o direito. Chegamos, então, a uma segunda proposta avalizada por Kelsen: “o direito positivo é essencialmente uma ordem de coerção”¹²², por isso não possui a “justeza” como “autoevidente”. Aqui a frieza da técnica impõe-se no direito, uma racionalidade em que o formal prepondera sobre o conteúdo, já que a justeza das normas de direito positivo não serão objeto de preocupação primeira, mas apenas a sua “positividade”.

Ao conferir tal importância à coerção como característica essencial do direito positivo, Kelsen, por um lado, distingue-se da concepção jusnaturalista, mas, ao mesmo tempo, cai na contradição mais evidente de seu pensamento, que consiste em retirar do direito justamente o aspecto material que lhe dá substância – o critério axiológico. Kelsen diz, inclusive, que “a doutrina que declara a coerção como característica essencial do direito é uma doutrina positivista e se ocupa unicamente com o Direito Positivo”¹²³.

Daí para a afirmação de que a ordem jurídica positiva se assemelha ao Estado é apenas um pequeno passo. Por conseguinte, para Kelsen, “pode-se dizer que o Estado é a forma perfeita do Direito Positivo”¹²⁴, o que confirma que sua teoria jurídica está em perfeita consonância com o nascimento do Estado contemporâneo, que passou a conferir

¹²¹ FALCON Y TELLA, Maria Jose. *Conceito e Fundamento da Validade do Direito*. Tradução de Stefani Borba de Rose Trunfo. Terra de Areia, RS: Triângulo, 1998, p. 75.

¹²² KELSEN, 2005, p. 559.

¹²³ KELSEN, loc. cit.

¹²⁴ Ibid., p. 560.

ao direito¹²⁵ a característica de uma técnica social, para organizar tanto o próprio Estado, como a sociedade. Isso resulta, atualmente, naquilo que Faria descreve como “o esgotamento [...] da utilização do direito como simples instrumento de implementação de programas econômicos e execução de políticas públicas”¹²⁶.

Kelsen¹²⁷ critica, ainda, o direito natural, afirmando que, por ser uma ordem não coercitiva, anárquica, conduz, por sua vez, às concepções políticas também anárquicas, como o anarquismo, o cristianismo primitivo e o marxismo moderno. No que tange ao aspecto material do direito positivo confrontando-o com o direito natural, Kelsen chega a uma conclusão que hoje é tranquilamente repelida:

*[...] todo conteúdo jurídico material, se for Direito positivo, deve ser tomado como ‘reto’ e ‘justo’. O ‘dever ser’ do Direito positivo só pode ser hipotético. Isso se segue necessariamente da natureza do fundamento de validade que distingue o Direito positivo do Direito natural. As normas de Direito positivo são ‘válidas’, ou seja, devem ser obedecidas, não porque, como as leis do Direito natural, derivam da natureza, de Deus ou da razão, de um princípio absolutamente bom, reto ou justo, de um valor ou norma fundamental a qual se acha, ela própria investida da pretensão de validade absoluta, mas, simplesmente, porque foram criadas de certo modo ou feitas por certas pessoas*¹²⁸.

Além desses dois critérios – a confusão entre as duas ordens jurídicas, a natural e a positiva, e o ato coercitivo que distingue o direito positivo do natural –, Kelsen cita uma diferença que considera essencial: a diferença entre as origens, ou as fontes, de cada um desses dois sistemas. Para ele, “a unidade e a natureza específica do fundamento último de validade constituem a unidade e a natureza específica de um sistema normativo”¹²⁹. Enquanto o sistema de direito natural atribui seu fundamento último a Deus, à natureza ou à razão, o sistema positivo estabeleceu que o que dá

¹²⁵ Embora a associação entre direito e poder político por intermédio do direito, já remonte a Hobbes, segundo Lafer: “a identificação entre Direito e Poder, derivada da positivação, está na raiz da construção do Estado moderno [...] Hobbes, nesse sentido, representa a matriz de um pensamento inspirador, no mundo moderno, da convergência entre direito e poder, que faz do Direito um instrumento de gestão governamental[...]” (LAFER, 1988, p. 39).

¹²⁶ E mais: “[...] crise generalizada do intervencionismo estatal, esses três problemas convergentes configuram o que Teubner, numa sofisticada teorização sobre os Estados intervencionistas e seus limites jurídicos-estruturais, chama de trilema regulatório – um tríplice dilema formado (a) pela progressiva ‘indiferença’ recíproca entre direito e sociedade, (b) pela tentativa de ‘colonização’ da sociedade por parte das leis e (c) pela crescente ‘desagregação’ do direito por parte da sociedade” (FARIA, José Eduardo. A Inflação Legislativa e a Crise do Estado no Brasil. *Revista do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio*, Rio de Janeiro, n. 5, 1994, p. 3).

¹²⁷ KELSEN, 2005, p. 560.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 559, grifos nossos.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 569.

validade a uma norma em vigor é justamente outra norma, chamada fundamental, à qual se chega pelo critério da derivação lógica.

Entretanto, por incrível que pareça, o próprio Kelsen reconhece a limitação desse raciocínio:

A norma fundamental não é uma norma construída, mas sim, uma norma hipotética, pressuposta; ela não é direito positivo, mas apenas a sua condição. Mesmo isso demonstra claramente a limitação da ideia de ‘positividade’ jurídica. A norma fundamental não é válida por ter sido criada de certo modo, mas a sua validade é pressuposta em virtude de seu conteúdo. *Ela é válida, então, como uma norma de Direito Natural, separada de sua validade meramente hipotética.* A ideia de um Direito positivo puro, assim, como a do Direito Natural, tem a sua limitação¹³⁰.

Ocorre que, mesmo ressaltando essa aproximação entre o direito natural e o positivo, já que a norma fundamental – o atributo que dá fundamento de validade a todas as demais normas do sistema – é uma norma pressuposta e vale hipoteticamente, importando para essa validade o seu conteúdo, como uma norma de direito natural, Kelsen defende a separação entre as duas esferas, a do direito positivo e a ordem jurídica natural, porque os dois sistemas diferem entre si em relação aos seus postulados de validade última, porque, “caso se admita a validade de uma ordem jurídica natural, não se pode ao mesmo tempo, admitir a existência de uma ordem jurídica positiva simultaneamente válida com a mesma esfera de validade”¹³¹. Portanto, para Kelsen, uma ordem exclui a outra, e assim se procede à radical separação, lógica por sinal, entre o direito natural e o direito positivo. A doutrina kelseniana insiste em querer tornar completamente inoperante a ideia de um “direito natural”.

O problema é que o direito natural renasceu após o Tribunal de Nuremberg. Arthur Kaufmann e Winfried Hassemer afirmam que, “após o terrível domínio da arbitrariedade no nacional-socialismo, durante o qual o direito foi pervertido até se tornar irreconhecível, muitos creram, obviamente, que [...] devia regressar ao direito natural”¹³², mas eles mesmo sustentam que esse renascimento “foi episódico”, e que hoje se procura uma “terceira via [...] para além do direito natural e positivismo”¹³³.

O exemplo insuspeito dessa afirmação é Gustav Radbruch. Até Nuremberg, ele era um defensor ferrenho do positivismo. Embora Kaufmann e Hassemer afirmem que, mesmo antes disso ele já se preocupava com uma filosofia de valores no direito, a

¹³⁰ KELSEN, 2005, p. 573, grifo nosso.

¹³¹ Ibid., p. 586.

¹³² KAUFMANN; HASSEMER, 2002, p. 125.

¹³³ Ibid., p. 135.

literatura é forte no sentido de procurar disseminar uma espécie de conversão de Radbruch. Ele já se caracterizava o positivismo como uma “idolatria do poder”, chegando-se a afirmar que “não se vislumbra justificação para a validade do direito manifestamente incorrecto”¹³⁴.

Radbruch é assim definido por Kaufmann e Hassemer:

[...] uma ponte que estabelece uma ligação entre as posições antagônicas do passado. A sua filosofia do direito situa-se, se a contemplarmos globalmente e não retirarmos dela arbitrariamente afirmações isoladas, para além do direito natural e positivismo. Aquela ponte é formada, em primeiro lugar, pelo seu *conceito de direito*. No direito natural clássico o ‘direito’ equivale ao seu valor jurídico absoluto, a justiça. No positivismo, o conteúdo não tem qualquer importância; o direito ‘injusto’ também cabe neste conceito, desde que tenha sido produzido de um modo formalmente correcto. O conceito de direito de Radbruch, ao qual ele se ateu durante toda a sua vida e que não sofreu qualquer transformação, não segue nenhuma dessas orientações. *Ele representa de facto, uma ‘terceira via’*¹³⁵.

Esse conceito de direito é aquele que leva em conta o aspecto valorativo da norma jurídica, relacionada com a justiça. O direito é orientado para valores. Segundo Kaufmann e Hassemer, para Radbruch, “apenas as normas dirigidas à justiça, orientadas por ela, têm qualidade jurídica”¹³⁶. De fato, em 1945, em *Cinco Minutos de Filosofia do Direito*, ele diz o seguinte:

[...] a lei vale por ser lei e é lei sempre que, como na generalidade dos casos, tiver do seu lado a força para se impor; *esta concepção de lei e sua validade*, a que chamamos *Positivismo*, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas. Torna equivalentes, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará o primeiro¹³⁷.

Infelizmente, essa concepção de direito tem como maior corifeu Hans Kelsen, cuja teoria é analisada a seguir.

2.3 HANS KELSEN E A VALIDADE JURÍDICA INABALÁVEL

O conceito de validade jurídica positivista sofreu um abalo com o genocídio nazista. Com Hans Kelsen, apesar de tudo, mantendo-se fiel ao seu pensamento, à sua coerência, sem modificar em potencial sua posição sobre a questão da validade jurídica,

¹³⁴ KAUFMANN; HASSEMER, 2002, p. 136.

¹³⁵ Ibid., p. 137, grifo nosso.

¹³⁶ Ibid., p. 138.

¹³⁷ RADBRUCH, 1979, p. 415, grifos nossos e do autor.

inclusive mesmo com a publicação da segunda versão de *A Teoria Pura do Direito*, em 1960. No prefácio da segunda edição, Kelsen mantém a sua visão do direito, mas expressa alguns opiniões que, de certo modo, revelam que as críticas foram ouvidas por ele. Nesse particular, defendendo a tese de que, com a publicação de *O Problema da Justiça*, em 1960, Kelsen¹³⁸ quis responder às críticas que lhe foram dirigidas segundo as quais sua teoria era uma teoria demasiadamente formal e, sob alguns aspectos, levaria a resultados injustos, quando aplicada. Só assim é possível compreender por que, no prefácio à segunda edição de *A Teoria Pura do Direito*, se manifestou deste modo:

[...] agora, como antes, uma ciência jurídica objetiva que se limita a descrever seu objeto esbarra com a pertinaz oposição de todos aqueles que, desprezando os limites entre ciência e política, prescrevem ao Direito, em nome daquela, um determinado conteúdo, quer dizer, crêem poder definir um Direito justo e, conseqüentemente, um critério de valor para o Direito positivo. É especialmente a renascida metafísica do Direito natural que, com esta pretensão, sai a opor-se ao positivismo jurídico. O problema da Justiça, enquanto problema valorativo situa-se fora de uma teoria do Direito que se limita à análise do Direito positivo como sendo a realidade jurídica¹³⁹.

Admitindo-se, como ponto de partida, a posição de Mario Losano¹⁴⁰, a teoria de Hans Kelsen é, no fundo, uma teoria sobre um único objeto, considerado de maior importância: a validade jurídica. A teoria pura do direito não passaria, portanto, de “uma teoria da validade do direito”, segundo Losano¹⁴¹. Por essa razão, a realidade concreta não lhe interessaria, sendo a sua única preocupação aquilo que se chama de “normatividade” – ou o mundo do “ser” do direito – e, por essa razão, uma ciência de cunho totalmente descritivo conforme a epistemologia da época. Nesse particular, Diniz condensa a teoria do direito kelseniana do seguinte modo:

Embora sua obra seja alvo de críticas e acesas polêmicas, a contribuição teórica de Kelsen é motivo de referência singular e persiste detendo uma significativa influência junto à comunidade jurídica dos países de língua portuguesa e espanhola [...] Kelsen pretende fundamentar uma teoria puramente descritiva, desprovida de quaisquer juízos de valor na exposição do direito. Não que com isto ele tencione eliminar radicalmente toda e qualquer referência valorativa do direito, mas sobretudo tornar explícito que a valoração do direito não é função da ciência jurídica [...] *A validade das normas numa ordem jurídica positiva prescinde antes da associação contenedora específica, ou seja, a validade das normas independe de sua alusão a este ou àquele conteúdo moral ou político com carga de*

¹³⁸ KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹³⁹ KELSEN, 2009, p. XVIII.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. XVIII.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. XVI.

obrigatoriedade auto-evidente [...] Partidário do monismo legalista, Kelsen identifica o estado com a ordem jurídica [...] Esta postura se revela especialmente problemática quando se tem em mente que, não sendo admissível um Estado de não-direito, ou de direito injusto, é de se acolher como válidos os ordenamentos jurídicos-políticos estabelecidos sob a liderança de, v.g., Hitler, Pol-Pot, Stalin¹⁴².

Não se pode negar, por evidente, que qualquer reflexão que se faça acerca do tema da validade jurídica deverá ter como ponto de partida as propostas de Hans Kelsen, pois é na doutrina kelseniana que a formulação jusfilosófica sobre a validade do direito ganhou sustentabilidade lógica rigorosa e possibilidade de manejo técnico-operacional. Com Kelsen, é possível talvez dizer que o conceito tornou-se referência fundamental. Por isso, esta dissertação parte, necessariamente, da concepção de validade jurídica de Kelsen, que tornou o referido conceito um elemento essencial do direito positivo.

Embora esse ponto de vista seja comumente aceito, parecendo sua explanação até mesmo um mero lugar-comum, do nosso ponto de vista, a mais importante contribuição de Kelsen para a teoria do direito é esta: a justificação de um conceito de validade jurídica tipicamente inserida no âmago do direito positivo, dando-lhe sustentabilidade; isto é, o direito, por injunções da modernidade, necessitava de uma criação desse molde, sem depender de qualquer causa extrajurídica, ou extrassistemática. Atende-se, assim, tanto a uma necessidade “científica”, quanto a uma necessidade de cunho político. Explico-me. No primeiro caso, temos a inserção de Kelsen no debate filosófico acerca da natureza do conhecimento científico no início do século XX. Ora, nesse caso, a ideia de uma “ciência pura do direito” estava de acordo com a sistemática de seu tempo e com a necessidade de dar fundamentação científica ao direito, que passaria a não mais depender de causas externas para obter reconhecimento e legitimidade. O debate kelseniano foi contra a filosofia anterior, especialmente a que predominava, de viés austiniano, em que a norma jurídica era concebida como uma ordem ou um comando. Kelsen demonstra a insuficiência dessa concepção quando afirma que essa não é a única função da norma¹⁴³, além de retirar o aspecto psicologizante da norma jurídica compreendida como comando, que se expressaria na vontade de alguém. Para Kelsen, não há quem “queira”, por detrás da norma, que se aja

¹⁴² DINIZ, 2006, p. 131-133, grifos nossos.

¹⁴³ “A palavra ‘norma’ procede do latim [...] com o termo se designa um mandamento, uma prescrição, uma ordem. Mandamento não é, todavia, a única função de uma norma. Também conferir poderes, permitir, derrogar são funções de normas” (KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris Editor, 1986).

de determinada maneira; apenas no momento interpretativo é que a vontade se sobressai¹⁴⁴.

Igualmente, ainda que sob os auspícios de uma discussão de natureza científica, a teoria de Kelsen, a nosso ver, representa, também, o momento crucial do Estado Liberal concebido como ordem jurídica e que atende a determinados fins. É o momento instaurador da razão instrumental no âmbito estatal, já que a concepção kelseniana de validade de índole somente formal é adequada ao momento político de um Estado que necessita alterar leis para alcançar determinados objetivos, tornando-se o direito, então, mais um componente do controle técnico-político da sociedade. Ou seja: a validade de caráter kelseniano é a expressão dessa razão adequada a fins que permite a alteração da legislação sem recorrer a expedientes extrajurídicos. Aqui estamos numa sociedade que não mais é tradicional, que não se fia mais em concepções de cunho religioso e na qual o direito surge como elemento catalisador das disposições políticas. O problema da doutrina kelseniana, que a crítica reconheceu, é este: embora se diga separada da política, na verdade, atribui-se qualquer conteúdo à proposta kelseniana.

Kelsen representa toda a concepção ideológica do positivismo científico, lastreado nos seguintes dogmas: todo conhecimento válido somente pode ser obtido mediante o modelo hipotético-dedutivo; esse conhecimento é isento de valor, o que significa que todo compromisso normativo é insignificante, não podendo ser aceito qualquer conhecimento que tenha estabelecido algum tipo de compromisso político, ético ou moral; a discussão desses tópicos dentro do direito conduz a uma discussão de conteúdo irracional; isto é, não é possível admitir algum tipo de racionalidade para o debate que trate de questões afetas à moral e à política; por fim, essa concepção conduz tranquilamente a uma compreensão do Estado como meio de alcançar determinados fins.

Com o arranjo kelseniano, portanto, o problema da legalidade do direito fica resolvido, ao menos formalmente, uma vez que é válida a norma que pertence a determinado sistema jurídico-positivo. Nesse caso, há uma cadeia de validade que se interpenetra de modo sistemático, a ponto de qualquer interferência fora desse contexto tender a considerar a norma inválida. O problema da validez é solucionado dentro do próprio sistema, sem que se recorra a qualquer outro expediente externo, como na receita de extração jusnaturalista. Sair desse diapasão, por exemplo, buscando expor o

¹⁴⁴ KELSEN, 2005, p. 49-50.

problema do ponto de vista da obrigatoriedade, ao se inquirir por que as normas jurídicas obrigam, segundo a orientação kelseniana, é passar para o domínio da Ética ou da Moral – ou quem sabe da Política, se entendermos essa obrigatoriedade como poder.

Com base na exposição de Robert Alexy sobre o conceito de validade jurídica, é possível antever que a pressuposição de Kelsen encontra-se atualmente superada pelo reconhecimento da “validade ética”¹⁴⁵ ou “substancial” no próprio direito positivo:

[...] em muitos dos modernos Estados totalitários as normas acerca das produções de normas, que estão no vértice do ordenamento, limitam-se de fato a conferir ao poder soberano o poder de legislar: nestes ordenamentos seria válida, por exemplo, ainda que injusta, uma lei que conferisse ao soberano o poder arbitrário sobre a vida e a morte [...] normas desse tipo são, ao contrário, em qualquer Estado de direito que possua Constituição rígida minimamente garantista, não somente injustas como também inválidas [...] A especificidade do moderno Estado constitucional de direito está precisamente no fato de que as condições de validade estabelecidas por suas leis fundamentais incorporam não só requisitos de validade formal, senão também condições de justiça material [...] por conseguinte será possível dividir a legitimidade jurídica ou interna em *legitimidade jurídica formal*, que se refere somente às formas prescritas para os atos normativos [...] e *legitimidade jurídica substancial*, que, ao contrário, se refere aos conteúdos destas mesmas normas [...] ¹⁴⁶.

Como representante de um determinado período histórico, mesmo querendo ter-se como “científica”, a concepção kelseniana de validade jurídica não mais se sustenta na atualidade, especialmente diante dos acontecimentos históricos e da alteração na própria concepção do Estado contemporâneo, que se diz “democrático de direito” e no qual a força dos princípios e da Constituição tornou-se predominante. Nesse particular, assinala-se que a sociedade, cada vez mais secularizada, alimentada por conquistas técnicas que alteram o modo de vida, e mesmo sem religião, ainda dá inegável importância para aspectos morais em sua convivência. Ou seja, afasta, de algum modo, a influência da religião em suas condutas sociais, mas, por outro lado, aumenta seu anseio de justiça. Isso significa que se aceitam critérios morais para justificar a validade das normas jurídicas, em alguns casos, o que revela que o entendimento sobre direito modificou-se na contemporaneidade.

¹⁴⁵ “O objeto do conceito ético de validade é a validade moral. Uma norma é *moralmente* válida quando é moralmente justificada. Um conceito de validade moral subjaz às teorias do direito natural e do direito racional. A validade de uma norma do direito natural ou do direito racional *não se baseia em sua eficácia social nem em sua legalidade conforme o ordenamento, mas unicamente em sua correção material, que deve ser justificada por meio de uma justificação moral*” (ALEXY, 2009, p. 103, grifos nossos e do autor).

¹⁴⁶ FERRAJOLI, 2006, p. 330-331, grifos do autor.

Se o jusnaturalismo foi, de certo modo, superado pelo positivismo, cuja teoria mais emblemática é o discurso kelseniano com sua incessante tentativa de equiparar o direito a uma ciência, tornando o direito positivo o único direito aceitável, o pós-positivismo é o retorno do direito à filosofia, às discussões sobre ética, legitimidade e justiça. A importância que a hermenêutica adquiriu na interpretação jurídica, não como mera ciência auxiliar, o papel dos valores na definição do direito (ou pelo menos em sua indefinição) e outros procedimentos práticos e teóricos caracterizam, realmente, um novo enfoque do direito, uma perspectiva inovadora, defendida por Alexy¹⁴⁷, principalmente a partir de sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, de 1986.

Na visão pós-positivista, por assim dizer, a validade ganha contornos de substancialidade, de conteúdo ético. Para que a norma jurídica ganhe aceitabilidade, tem de possuir um conteúdo justo, e aqui temos a associação entre direito e justiça, outro mote de extração pós-positivista. A norma válida, portanto, será a norma justa; preceito que parece satisfazer a Alexy, que aponta como inválida a norma jurídica que seja de extrema injustiça. Nesse caso, o conteúdo moral, ético ou axiológico da norma prevalece como critério de sua validade.

A hermenêutica de Gadamer supera esse impasse, já que não faz distinção entre sujeito e objeto e ainda apela para o conceito de sabedoria prática, advindo de Aristóteles, para refletir sobre a inserção do saber teórico na realidade prática das condutas humanas. Ou seja: qual a direção acertada que devo tomar em determinadas circunstâncias? Um exemplo notável do que acima afirmamos é o contraste existente entre a noção de razão prática e a teoria do direito kelseniana, que apela, esta última, inegavelmente, para a razão teórica: estabelecendo um objeto¹⁴⁸ para o direito enquanto ciência jurídica; fazendo preponderar a descrição objetiva de seu objeto de estudo, mas apenas o direito positivado; acreditando na impossibilidade de justificar moralmente as normas jurídicas; dando abertura indiscriminada ao intérprete, que pode escolher entre as várias interpretações possíveis, sendo este trabalho um ato de vontade, etc.

A razão prática opõe-se a todos esses dogmas kelsenianos: tem fé na possibilidade de a ação humana ser justificada racionalmente, especialmente no campo

¹⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008a.

¹⁴⁸ “O projeto de Kelsen consistia em conceber uma teoria do direito autônoma, sistemática e unitária, estritamente comprometida com a objetividade científica e com rigor metodológico, destinada a elevar a ciência jurídica ao mesmo estatuto de cientificidade alcançado pelas ciências epistemologicamente consolidadas [...] O objetivo de Kelsen era construir uma ciência descritiva cujo objeto seria o aspecto normativo do direito, isto é, as normas do direito positivo” (DINIZ, A., 2006, p. 130-131).

ético, isto é, crê que a ação humana pode ser fundamentada em uma posição moral, e não apenas no critério objetivista da ciência. Já Kelsen opõe-se ao conceito de razão prática. Para ele, essa razão seria uma espécie de confusão entre conhecer e querer, sobretudo porque ela teria sido concebida por Kant como “a razão divina no homem”¹⁴⁹.

2.4 ROBERT ALEXY E A VALIDADE JURÍDICA COMO PROCEDIMENTO ARGUMENTATIVO

Creio que a teoria da argumentação de Robert Alexy também insere-se num determinado pano de fundo histórico, já no pós-guerra de 45, após as atrocidades praticadas pelo exército nazista no decorrer do conflito mundial. A busca da superação da noção exclusivamente formal da validade jurídica começa com Gustav Radbruch, de quem Robert Alexy herda, a nosso ver, a tentativa de ultrapassar o positivismo, procurando não recair no jusnaturalismo. Por isso, alguns argumentos utilizados por ele são de origem radbruchiana, como o famoso “argumento da injustiça”.

Compartilhamos a opinião de Arthur Kaufmann e Winfried Hassemer¹⁵⁰, que destacam a decisiva contribuição de Radbruch para a superação do “dualismo do método entre ser e dever-ser” e para a consequente transição da filosofia do direito “para além do direito natural e do positivismo”. Alexy elabora a teoria argumentativa, a partir dos trabalhos seminais de Chaim Perelman, Jürgen Habermas e outros¹⁵¹, nos quais consta a possibilidade de, por meio de um raciocínio prático-argumentativo, ultrapassar a lógica dedutivista que marcou a experiência positivista em seus teóricos mais conhecidos.

A teoria da validade jurídica de Alexy segue, quase irremediavelmente, a mesma fundamentação de sua teoria argumentativa, especialmente no que diz respeito à distinção entre regras e princípios. Dependendo da espécie da norma, a validade insere-se de determinada forma. Por exemplo, em sendo uma regra, a validade é indiscutível, não se admitindo discussão quanto ao seu conteúdo (a famosa expressão tudo ou nada): “se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige”¹⁵². Se a

¹⁴⁹ Kelsen, 1986, p. 98-103.

¹⁵⁰ Kaufmann; Hassemer, 2002, p. 44.

¹⁵¹ Ver Atienza, Manuel. *As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006, p. 160.

¹⁵² Alexy, 2008a, p. 91.

norma é da espécie dos princípios, o caráter da validade modifica-se, mas como diz o próprio Alexy, “o fundamental é [que] a decisão é uma decisão sobre validade”¹⁵³.

Pode-se dizer que a questão da validade em Alexy obedece a um parâmetro consentâneo com sua elaboração teórica, porque a distinção entre regras e princípios também se insere no debate sobre a validade. Princípios são normas que contêm aspectos mais generalizáveis e possuem *mandados de otimização*. “São normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes [...] já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”¹⁵⁴.

A contribuição mais importante que sua teoria jurídica traz, para o problema da validade jurídica, é a aceitabilidade da normatividade dos princípios jurídicos. A validade permanece no âmbito das normas, das regras – entendidas aqui, a nosso ver, como as leis positivas, para usar uma velha e conhecida expressão. Tanto que já é comum, na teoria dos princípios, o argumento de que os conflitos de regras são resolvidos na dimensão da validade¹⁵⁵; já a colisão dos princípios, segundo Robert Alexy, ocorre fora do âmbito da validade. Para esse autor, essa dimensão é a dimensão do valor, por isso ele dá-lhe o nome de dimensão de peso. O princípio jurídico que possui mais peso prepondera sobre aquele com o qual colide. Nessa perspectiva, os princípios possuem força normativa, para usar a expressão tão ao gosto corrente; mas, por incrível que pareça não se submetem ao problema da validade! Serão válidos por si sós, de modo autônomo? Como aplicar algo que não se justifica como válido? Ou serão válidos apenas no aspecto moral, como quer Alexy?

Na teoria de Robert Alexy, as regras são afastadas do sistema pelo critério da validade, quando são declaradas inválidas; os princípios, porém, não se submetem a esse critério, já que, mesmos afastados em sua aplicação no caso concreto, permanecem integrando o sistema. Isso significa que existe uma dupla dimensão conferida à validade: de um lado, o exame tradicional, em que se aplica a validade às regras jurídicas; do outro, os princípios, agora com caráter normativo, que não são expostos ao critério da invalidade.

No caso dos princípios, que são *mandados de otimização* e não possuem o caráter *prima facie* imprimido às regras jurídicas, podem ser ultrapassados por razões

¹⁵³ ALEXY, 2008a, p. 93.

¹⁵⁴ Ibid., p. 90-91.

¹⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 251.

opostas. A sua validade, portanto, não é definitiva, não é determinada. Esse fenômeno é peculiar na teoria de Robert Alexy e aparece, sem dúvida, com outros matizes, na teoria de Ronald Dworkin¹⁵⁶. Entretanto, trata-se de uma nova configuração que o conceito de validade assumiu em tempos de pós-positivismo. Só penso que essa argumentação, no limite, conduz a uma espécie de situação inusitada, que são princípios com valor normativo – e por isso semelhantes às regras –, valendo indefinidamente, e regras que ainda são tratadas pelo prisma tradicional da validade, que é a oposição válida/inválida e em certos casos sendo colocadas para fora do sistema.

É importante, nesse caso, ressaltar que, para Alexy, a norma injusta não pode ser considerada válida¹⁵⁷. No que toca à teoria da validade jurídica, a contribuição de Robert Alexy pode ser destacada com o “argumento da injustiça”, trazido, por sua vez, da conhecida *fórmula de Radbruch*.

O próprio Alexy classifica-se como um autor não positivista no campo do direito, já que o argumento citado admite a relevância da moral no conteúdo do direito positivo. Na perspectiva alexiana, como exposto, quem declara a invalidade absoluta da norma é o juiz, superando a noção de validade exclusivamente constituída pela observância do procedimento adequado na legislação. Há, aqui, em nosso entendimento, uma posição hermenêutica, já que é o intérprete, e não o legislador, quem efetua a passagem do aspecto meramente procedimental para o contudístico.

O elemento histórico dessa proposta fica evidente porque se baseia naquilo que Alexy chama “a fórmula de Radbruch”, elaborada por esse jurista após o fracasso do nacional-socialismo alemão. No Brasil, seria possível, hoje, a aplicação do argumento da injustiça? Se positivo, onde, em que âmbito do direito? Mas, de qualquer maneira, Alexy tenta fazer retornar para o interior do debate jusfilosófico, mesmo que teoricamente, a questão da justiça com o problema da validade interna do ordenamento jurídico, ainda que somente ante o que qualifica de “extrema injustiça”, conceito difícil de fazer mais claro. Entretanto, nesse âmbito, ele difere da posição positivista, em

¹⁵⁶ “[...] as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e nesse caso em nada contribui para a decisão [...] os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou da importância. Quando os princípios se inter cruzam [...] aquele que vai resolver o conflito tem que levar em conta a força relativa de cada um [...] Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida [...]” (DWORKIN, 2002, p. 35-50).

¹⁵⁷ “A extrema injustiça não é direito” (ALEXY, Robert. *El Concepto y la Naturaleza del Derecho*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Marcial Pons: Gedisa, 2008b, p. 70). Ou: “O direito extremamente injusto não é Direito” (ALEXY *apud* BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Pós-Positivismo: o argumento da injustiça além da fórmula de Radbruch. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, out./dez., 2006, p. 213).

especial a de Kelsen, no que tange ao conteúdo de justiça da norma jurídica, pois admite a verificação desse conteúdo do ponto de vista de um valor, que é a justiça. Ora, aqui é possível afirmar que a razão prática é utilizada quando é possível, para o intérprete, aferir o caráter de justo de determinada norma, como defendiam os jusnaturalistas; mas, quando Alexy admite tal condição apenas para o que define como “extrema injustiça”, há uma busca de um consenso sobre a segurança da norma positivada, o que é uma herança positivista, e ela somente perde sua validade se defrontada, então, com a injustiça extrema.

Na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*¹⁵⁸, publicada inicialmente em 1985, a questão da validade ainda não aparece com maior destaque, mas já se podem notar algumas considerações que são interessantes, partindo desse filósofo do direito, a respeito da validade das normas.

Nessa obra, Alexy relaciona o conceito de norma, que considera como “conceito fundamental da Ciência do Direito”, com o de validade¹⁵⁹; para ele, o conceito de norma jurídica deve ser compatível com “as mais variadas teorias sobre a validade”; por isso defende o que chama de um “conceito semântico de norma”. Nesse caso, a norma deve ser compreendida com o auxílio das conhecidas “modalidades deônticas”, como dever, permissão e proibição.

Tomando como exemplo o modelo de norma proposto por Alf Ross, Alexy afirma que, para esse autor, o conceito de norma também não é separado do de validade; ou seja, na própria definição de norma jurídica de Ross, encontrar-se-ia incluída a questão de sua validade – porque Ross define norma como sendo uma “diretiva”.

A questão proposta por Alexy aqui é interessante sob dois aspectos, que estão interligados: o positivismo não consegue definir norma jurídica sem separá-la de sua validade – ou seja, toma a existência da norma como sendo sua própria validade, e vice-versa; Alexy pensa que é possível separar essas duas questões por meio de um conceito “semântico” de norma. Vejamos essa explicação nas próprias palavras do autor:

[...] a definição de Ross extrapola seus objetivos. Ela não só possibilita falar em existência ou em validade de uma norma, mas torna isso também necessário, pois, segundo essa definição, somente normas válidas ou normas existentes são normas [...] então, o conceito de norma não pode ser definido de forma a pressupor a validade e a existência da norma. *Da mesma forma que é possível expressar um*

¹⁵⁸ ALEXY, 2008a.

¹⁵⁹ Ibid., p. 52.

*pensamento sem tomá-lo como verdadeiro, tem que ser possível expressar uma norma sem classificá-la como válida*¹⁶⁰.

Fica claro que Alexy busca verificar a possibilidade de um conceito de norma jurídica que esteja separado da sua validade intrínseca, ou pelo menos não a pressuponha. Propõe, então, Alexy o mencionado conceito semântico de norma. Como também já assinalado, seu intento é que esse conceito seja compatível com as diversas teorias jurídicas que tratam da validade, as quais ele resume numa estrutura formal simplificada que diz apenas que, se “a norma N satisfaz os critérios K¹...K², então, N é válida”¹⁶¹. Logo, as diversas teorias diferenciam-se umas das outras, pelos critérios que adotam para designar o que chamam de validade¹⁶². É assim que Alexy concebe essa questão:

[...] Se se faz menção a fatos sociais, como, por exemplo, a obediência regular à prescrição normativa, aliada a um sentimento de vinculação, ou a alternativa entre cumprimento e a sanção para o não - cumprimento, trata-se então, de uma teoria sociológica da validade. Se necessária a edição por uma autoridade cuja competência deriva de uma norma de nível superior, deve-se falar em uma teoria jurídica de validade. Quando se crê numa razão moral, como, por exemplo, na “lei natural”, como fundamento da validade, está-se diante de uma teoria ética da validade¹⁶³.

Na teoria alexiana, os três aspectos da validade correspondem, por sua vez, ao que ele chama de eficácia social, legalidade e correção material¹⁶⁴. A diferença entre suas proposições e outras que podem ser intituladas de positivistas também é pequena. Maria Helena Diniz, por exemplo, também nos fala dessa repartição tripartida da validade, designando os seguintes modelos de validade: “a *vigência* como validade formal ou técnico-jurídica, a *eficácia* como validade fática e o *fundamento axiológico* como validade ética”¹⁶⁵. No primeiro caso, chama em seu apoio a doutrina de Kelsen sobre a validade, enumerando os requisitos para a validade formal, como a elaboração por um órgão competente, a competência material desse mesmo órgão e a observância

¹⁶⁰ ALEXY, 2009, p. 58-59, grifo nosso.

¹⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 60.

¹⁶² Esta é uma argumentação constante nas diversas obras que estudam a validade jurídica. Veja-se, por exemplo, Fariñas Dulce (1991, p. 36), para quem “[...] o conceito de validade jurídica é um conceito complexo, que, por sua vez, reflete a complexidade mesma do fenômeno jurídico. Dita complexidade há dado lugar, na história da filosofia jurídica, à elaboração de vários critérios de validade, que em sua grande maioria recaem em posições reducionistas [...]”.

¹⁶³ ALEXY, 2009, p. 61.

¹⁶⁴ ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Tradução de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 2008c, p. 87.

¹⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 393.

dos procedimentos estabelecidos na lei; no segundo caso, a validade fática consiste na “real aplicação da norma”¹⁶⁶. A autora chama novamente Kelsen em seu favor, para citar a expressiva afirmação dele de que toda norma necessita de um “mínimo de eficácia”¹⁶⁷. Por último, a validade ética ou axiológica significa que, além de a norma buscar “uma tentativa de realização de valores”¹⁶⁸, no fundo ela deve buscar a justiça como “*ratio juris*, ou seja, a razão de ser e fundamento da norma”, pois “a norma jurídica deve corresponder aos ideais e aos sentimentos de justiça da comunidade que rege”¹⁶⁹.

Como se nota, a posição de Alexy é também descritiva no sentido de que se limita apenas a enfatizar os critérios que determinam a validade jurídica de uma norma. Entretanto, como se verá mais à frente, essa postura não é permanente no autor, pois, em determinado momento, o critério ético ou de correção material assume importância em sua teoria jurídica. No capítulo terceiro de *El Concepto y la Validez del Derecho*¹⁷⁰, é onde ele se ocupa dessa questão com maior atenção. Ali menciona aqueles três aspectos que registramos atrás. Portanto, nesse capítulo, Robert Alexy aborda as três modalidades de validade jurídica, assim como comenta a ideia de norma fundamental em Kelsen, Kant e Hart.

Ele define a validade jurídica como validade social, isto é, a norma é válida quando socialmente respeitada; em caso de desobediência, aplica-se uma sanção ao transgressor¹⁷¹. Para Alexy, essa preocupação é de ordem sociológica, tratando-se de um tema que se relaciona com o grau de obediência à norma e também com o modo de aplicação da sanção nela prevista, o que leva a incluir, nesse último, a coação física, no extremo, para que a norma seja respeitada.

Há um conceito ético de validade em Robert Alexy, que se refere ao que ele chama de *correção*: a norma pode ser considerada válida se submetida ao exame ético, se for considerada justa. Nosso autor entende que essa assunção corresponde aos argumentos de direito racional ou natural (jusnaturalismo); para ele, é possível que se demonstre a possibilidade de a norma ser moralmente justificada. O que é um passo adiante, em relação ao formalismo e ao positivismo jurídico. Essa é, a nosso ver, a mais relevante contribuição alexiana para o tema da validade jurídica, seguindo as críticas

¹⁶⁶ DINIZ, M. H., 2006, p. 402.

¹⁶⁷ Ibid., p. 403.

¹⁶⁸ DINIZ, M. H., loc. cit.

¹⁶⁹ Ibid., p. 404.

¹⁷⁰ ALEXY, 2008c.

¹⁷¹ Ibid., p. 87.

que já vinham sendo feitas por outras teorias do direito a respeito da insuficiência do conceito de validade formal¹⁷².

Alexy destaca a existência de um conceito de validade que é estritamente jurídico, longe dos padrões éticos ou sociais. De fato, para ele, “se tão somente [a validade] inclui elementos de validade social, se trata de um conceito positivista de validade jurídica; se abarca também elementos de validade moral, é um conceito não - positivista”¹⁷³. Mesmo assim insiste em afirmar que é possível construir um conceito que se refira exclusivamente a “propriedades específicas”, um conceito de validade jurídica que seja “estrito”:

[...] A este tipo de conceito se faz referência quando se diz que uma norma vale juridicamente quando é ditada pelo órgão competente, de acordo com o procedimento previsto e não lesiona um direito de categoria superior; dito brevemente: quando é estabelecida conforme o ordenamento [...] ¹⁷⁴.

Nesse conceito estrito de validade jurídica, Alexy descobre uma estrutura circular, pois o que define uma norma como válida é o mesmo critério que define qual o “órgão competente” de onde provém aquela norma válida; como também é um mesmo critério que define o procedimento previsto para considerar como a norma se torna válida. Na verdade, a lei que diz que uma norma é válida é a mesma lei que define o processo em que ela adquire validade; por essa razão, essa circularidade acaba por conduzir ao que a doutrina chama de “derivação” ao infinito. Daí a ideia de uma “norma fundamental” nas teorias positivistas. Concebo esse tipo de raciocínio como uma espécie de “tautologia”¹⁷⁵.

Para Alexy, o conceito de validade em sentido estrito somente é possível em “sistemas jurídicos desenvolvidos”¹⁷⁶. Por isso, “a validade jurídica das normas de um sistema jurídico desenvolvido se baseia numa Constituição, escrita ou não, que diz sob quais condições uma norma pertence ao sistema jurídico e porque vale

¹⁷² FERRAJOLI, 2006, p. 64; DWORKIN, 2002, cap. 2.

¹⁷³ ALEXY, 2008c, p. 89.

¹⁷⁴ ALEXY, loc. cit.

¹⁷⁵ A tautologia “designa em lógica uma proposição cujo predicado repete o sujeito – em termos idênticos ou não. Exemplo: o vivo é o que vive. Considera-se então o termo de maneira pejorativa para evocar uma aparência de explicação ou de definição que se contenta em utilizar termos diferentes para dizer a mesma coisa duas vezes [...] Alguns lógicos contemporâneos (Wittgenstein, Russel, o Círculo de Viena) denominam tautologia qualquer expressão que permanece formalmente verdadeira [...]” (DUROZOL, Gerard; ROUSSEL, André. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Marina Appenzeller, Campinas, SP: Papiros, 1993, p. 460).

¹⁷⁶ ALEXY, op. cit., p. 90.

juridicamente”¹⁷⁷. Mas Alexy defende outra questão que diferencia sua teoria: para que as normas jurídicas possam efetivamente valer, devem possuir, explícita ou implicitamente, uma “pretensão de correção”. Essa pretensão na teoria alexiana está exposta no que ele chama de “o argumento da injustiça”, ou seja, as normas perdem sua validade, seu caráter de juridicidade, quando extremamente injustas; do mesmo modo, para adquirir validade devem possuir “um mínimo de justificabilidade moral”¹⁷⁸.

De resto, no que tange ao critério de validação de todo o sistema jurídico, Alexy aceita a teoria da norma fundamental, aduzindo que ele “é o instrumento mais importante para a superação do círculo contido no conceito de validade jurídica”¹⁷⁹. Aponta ainda a existência de três tipos de conceitos de norma fundamental: um analítico, outro normativo e, por último, um empírico. Para o primeiro, apresenta como exemplo o conceito de Hans Kelsen, que considera, entretanto, incompatível com o argumento da injustiça, já que nesse caso a norma fundamental “é completamente neutra no que respeita ao seu conteúdo”¹⁸⁰; para isso, baseia-se na conhecida expressão kelseniana segundo a qual “qualquer conteúdo pode ser direito”¹⁸¹. Para Alexy, por outro lado, a norma fundamental tem a pretensão de validar todo o sistema jurídico, mas permanecem dúvidas a respeito de sua natureza, concordando ele, porém, com a sua condição de “necessariamente pressuposta”¹⁸².

É interessante observar que Robert Alexy expõe como um dos pressupostos da norma fundamental o fato de que ela “não admite nenhuma fundamentação”, pois, sendo ela a “norma suprema”, se admitir fundamentação, há que se admitir outra norma imediatamente superior – e assim esse critério segue ao infinito.

A norma fundamental normativa, ele a tem como prevista em Kant, embora afirme que o filósofo não fale expressamente dessa norma; entretanto, nosso autor vislumbra essa possibilidade em Kant com base em uma citação na qual busca um fundamento para as leis positivas – nesse caso, uma norma que fundamente a competência do legislador para editar leis positivas. Essa lei anterior seria de caráter natural, e não lógico-transcendental, como em Kelsen. Logo, a partir das teorias políticas do contrato social, Alexy defende que Kant anteviu essa mesma necessidade de uma espécie de norma fundamental.

¹⁷⁷ ALEXY, 2008c, p. 90.

¹⁷⁸ Ibid., p. 94.

¹⁷⁹ Ibid., p. 95.

¹⁸⁰ Ibid., p. 104).

¹⁸¹ Ibid., p. 105.

¹⁸² Ibid., p. 108.

Já Hart é, para Alexy, o idealizador da norma fundamental do ponto de vista empírico, pois a chamada “norma de reconhecimento” também tem o sentido de uma norma fundamental. Essa concepção torna-se problemática quando confrontada com o conceito de aceitação da norma. Além disso, Hart não explicita o momento da passagem do “ser ao dever-ser”¹⁸³. De fato, Hart admite expressamente que sua norma de reconhecimento tem o caráter de norma última do sistema jurídico.

Preocupado com o viés argumentativo que caracteriza sua elaboração teórica, Alexy, pode-se afirmar, também não se preocupa com a questão da fundamentação do direito, tanto que para ele o que legitima as decisões jurídicas – e, necessariamente, o próprio direito – é o que ele chama de “uma argumentação jurídica racional”. Diz a professora Cláudia Toledo, na introdução à edição brasileira de a *Teoria da Argumentação Jurídica*:

[...] a busca de um interesse comum (ou majoritário) de correção nas ações judiciais, normas, instituições, etc, caracteriza, fundamenta a validade das regras do discurso no estabelecimento de um Estado em que se tenta fazer prevalecer o Direito. Ao mesmo tempo, é cumprindo-se sempre mais as regras de argumentação jurídica que mais se possibilitam as chances de consenso fundadas que democraticamente consolidam o Estado¹⁸⁴.

Para essa intérprete do pensamento alexiano no Brasil, as regras de argumentação desenvolvidas por Alexy buscam a correção e a validade dos discursos jurídicos no âmbito de sua racionalidade argumentativa. Assim, correção e argumentação imbricam-se a partir do momento em que a última permite que a primeira aconteça. Num certo sentido, acredita Cláudia Toledo que é possível “a demonstração racional” dos argumentos:

[...] refuta-se, com isso, a afirmação positivista de não - cientificidade ou de relativismo das ciências normativas. Os juízos de valor (axiologia) e os juízos de dever (deontologia) têm sua verdade atingida argumentativamente com a observância das regras do discurso. Sua verdade é chamada correção¹⁸⁵.

Essa proposta crê na possibilidade do controle argumentativo dos discursos jurídicos, por meio de regras lógicas; com esse controle racional e argumentativo, aprimorar-se-iam a legalidade e a legitimidade do Estado democrático de direito, afastando-se, por certo, o decisionismo e o discricionarismo que marcam o Poder Judiciário, no Brasil. Para Toledo, a teoria alexiana instituiu um meio de fazer

¹⁸³ ALEXY, 2008c, p. 122.

¹⁸⁴ ALEXY, 2005, p. 17.

¹⁸⁵ Ibid., p. 19.

preponderar um “procedimento racional de justificação”. Na verdade, a teoria de Alexy é uma das modalidades da teoria do discurso, que acredita na possibilidade de o discurso possa servir de elemento justificador da atividade jurídica, por meio do consenso. A teoria de Alexy integra, portanto, o time das teorias *consensuais* e busca a fundamentação do discurso e, por extensão, do direito, em regras formais e em práticas argumentativas que também carecem de conteúdo. Nelas não há, portanto, comprovação empírica do que se diz, e o seu objetivo é de natureza formal-ideal. Afinal, como as regras discursivas, racionais, podem sobrepor-se à realidade concreta, seja por meio de um consenso buscado argumentativamente, seja mediante uma situação de “diálogo ideal”, como em Habermas, que influenciou a teoria de Alexy?

Streck, por sua vez, critica a possibilidade de os discursos argumentativos darem credibilidade ao direito. Embora ele não debata diretamente com Robert Alexy – crítica principalmente a teoria de Jurgen Habermas –, creio que a crítica possa valer também para o que aqui se discute. Afinal, diz-se que Alexy condensa em sua teoria jurídica influências do pensamento habermasiano. Nesse aspecto, vejamos o que nos tem a dizer Streck, principalmente em *Verdade e Consenso*:

[...] a teoria discursiva – por sua característica procedural – apresenta componentes muitos diferentes da hermenêutica [...] enquanto a hermenêutica se assenta na ruptura com o paradigma epistemológico-representacional, ontologizando-se para abarcar o mundo prático [...] a teoria do discurso afasta a contedística para sustentar a cisão entre fato e valor e entre discursos de justificação e discursos de aplicação, pretendendo alcançar neste desiderato a partir da instituição de uma ‘situação ideal de comunicação’ [...] é assim porque a teoria discursiva de Habermas funda-se na antecipação do discurso ideal [...] no qual poderiam ser dadas as condições ótimas, em que todos teriam o mesmo nível de argumentação, de informação, de capacidade de argumentação e, assim, chegariam a um consenso. Trata-se da teoria consensual da verdade [...] ¹⁸⁶.

Alexy, porém, admite que o caminho da pretensão da correção inclui, também, “uma pretensão de fundamentabilidade”, ou seja, é possível entender também a teoria da argumentação jurídica como “uma teoria da fundamentação de normas”¹⁸⁷. O argumento da injustiça traz para dentro do direito o conteúdo que lhe faltava, que é o moral, unindo-se com a questão da formalidade, expressa pela racionalidade argumentativa. Assim, tomam-se as medidas necessárias para que as normas e as decisões jurídicas ganhem validade tanto axiológica, quanto lógica. Um exemplo é o que ele chama de

¹⁸⁶ STRECK, 2008, p. 57-58, grifos do autor.

¹⁸⁷ ALEXY, 2009, p. 94.

correção como elemento central da justiça, quanto também da própria capacidade argumentativa do intérprete, mediante efetivo cuidado em observar as regras do discurso.

Para os fins deste estudo, interessa esclarecer o que é “argumento da injustiça”, pois acreditamos que, nesse item, a teoria de Alexy traz novidade para o direito e para a teoria da validade jurídica. De fato, Alexy chega ao ponto de afirmar que a norma extremamente injusta não pode ser considerada como válida. Parte de sua teoria perde um pouco de sua capacidade argumentativa quando tenta definir o que é uma “norma extremamente injusta”. Alexy insiste em admitir no direito um conteúdo moral, o que distingue sua teoria das de lastro positivista. Por outro lado, como vimos acima, ao suscitar essa questão, ele debate diretamente com a teoria de Hans Kelsen, que afirmava que qualquer conteúdo pode ser direito. Entendemos que nesse aspecto Alexy submete a proposição kelseniana a uma crítica pertinente, sendo possível crer que ele incorpora ao seu pensamento os influxos da reviravolta linguística, ao dar acentuada atenção ao discurso, seguindo as direções abertas pela filosofia analítica.

Diz Alexy, por exemplo, que é possível expressar uma norma sem classificá-la como válida – essa afirmação é a mais surpreendente no que tange ao nosso trabalho –, porque, para ele, “o conceito de norma não pode ser definido de forma a expressar a validade e a existência da norma”¹⁸⁸. Embora aqui Alexy já dialogue com Alf Ross, Kelsen também segue nesse diapasão: igualar a validade com a própria existência da norma. Ora, nesse sentido, verificamos que a teoria alexiana sente uma forte necessidade de afastar-se desse conceito de norma jurídica que alia a noção de validade à de existência, como para distanciar-se das teorias positivistas. Mas fica plantada a inquietação: é possível mesmo um conceito de norma que não se atenha, também, à sua validade, à capacidade de produzir efeitos normativos? Como conseguir, pois, expressar um conceito de norma jurídica sem relacioná-la com a sua validade? Estaríamos aqui no exclusivo domínio da Moral?

Outro aspecto também levantado pelo autor alemão, e que consideramos importante no que tange à teoria da validade jurídica, como já fizemos questão de assinalar acima, diz respeito ao que ele chama “pretensão de correção” do direito. Vamos a seguir entender o que isso significa. A base é a *fórmula de Radbruch*, que a seguir transcrevemos, no modo como foi efetivamente expressa:

¹⁸⁸ ALEXY, 2005, p. 59.

[...] O conflito entre a justiça e a segurança jurídica deveria poder ser solucionado no sentido de que o direito positivo assegurado pela lei e o poder tenha, também, preferência quando seja injusto e inadequado enquanto ao seu conteúdo, a não ser que a contradição entre a lei positiva e a injustiça alcance uma medida tão insuportável que a lei deva ceder como ‘direito injusto’ ante a justiça. É impossível traçar uma linha mais nítida entre os casos de injustiça legal e as leis válidas, apesar de seu conteúdo injusto; mas se pode estabelecer outra linha divisória com total previsão: onde não se quer se pretenda a justiça, donde a igualdade, que constitui o núcleo da justiça, é negada conscientemente no estabelecimento do direito positivo, aí a lei não é só direito injusto, mas também carece totalmente de natureza jurídica¹⁸⁹.

A formulação desse postulado deve-se, sobretudo, a uma tentativa de superação do positivismo, sem recair no direito natural. Por isso, a extrema injustiça é sugerida como elemento que provoca a invalidade do direito tornado injusto. Por um lado, mantém-se o postulado da segurança jurídica, mas Radbruch reconhece que é impossível traçar uma linha entre “injustiça legal” e as “leis válidas”. Nesse caso, para traçar algum limite entre a injustiça e o direito positivo, deve-se atentar para o critério da igualdade, como critério que justifique até mesmo a natureza jurídica do direito.

A mudança de paradigma, no âmbito da teoria do Direito, tem como causa mais próxima, e evidente, o esgotamento do modelo positivista, que encara o fenômeno jurídico somente na perspectiva formalista. Vários são os autores que compartilham da tese da “revolução axiológica”; como Comparato:

[...] a simples afirmação da legalidade formal como fator de legitimidade política e pela redução da Constituição ao nível de mero ordenamento [...] é inegável que os positivistas do direito contribuíram, decisivamente, para o surgimento, no século XX, de um dos piores monstros que a humanidade jamais conheceu em toda sua longa história: o Estado totalitário¹⁹⁰.

Celso Lafer é outro autor que também confirma essa impressão, ao constatar que “foram [...] os horrores da legalidade totalitária, e em menor escala os da legalidade autoritária, que incitaram a reflexão deontológica, dando margem a um renascimento do Direito Natural”¹⁹¹.

Ao que parece, essa percepção já está consolidada no âmbito da filosofia jurídica:

Constatadas a falibilidade e as insuficiências do modelo de racionalidade jurídica positivo-normativista, supostamente neutral a

¹⁸⁹ ALEXY, Robert. Una Defensa de la Fórmula de Radbruch. *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidad da Coruña*, A Coruña, n. 5, 2001, p. 75-76.

¹⁹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*, São Paulo: Companhia de Letras, 2006, p. 363.

¹⁹¹ LAFER, 1988, p. 78.

valores e descompromissado com toda sorte de justificação moral; após os eventos radicais da Segunda Grande Guerra, assistiu-se em alguns países castigados pelos horrores do conflito – principalmente na Alemanha – à luta por uma concepção de direito não apenas válido porque eficaz, mas válido e eficaz porque justo. A lição remanescente do período sugeria que, ‘se o Estado de Direito, iluminista e racional, se mostrou ineficiente para proteger a coletividade frente ao totalitarismo mais abjeto, tornou-se necessário abandonar a legalidade em sentido estrito, permissiva de arbitrariedades e ditaduras, em direção a terrenos um pouco mais seguros, nos quais os princípios da democracia, da liberdade e da solidariedade não possam jamais ser ignorados’¹⁹².

Luís Roberto Barroso situa o surgimento dessa nova concepção que chama de “pós-positivismo” na segunda metade do século XX. Para ele, “a separação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não corresponde ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade”¹⁹³.

Barroso também afirma que o “pós-positivismo se apresenta como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não se trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e uma filosofia política”¹⁹⁴.

Conclui o autor:

[...] contesta, assim, o *postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade de tratá-los como espaços totalmente segmentados*, que não se influenciam mutuamente. Se é inegável a articulação complementar entre eles, a tese da separação, que é central ao positivismo e que dominou o pensamento jurídico por muitas décadas, rende tributo a uma hipocrisia¹⁹⁵.

Carla Faralli faz um breve inventário dessa crise do positivismo, situando-a no final dos anos 60 do século XX, com o que chama de “crise do modelo hartiano”. Para essa autora, outra “característica do debate filosófico e jurídico contemporâneo é a ampliação do âmbito temático [...] o filósofo do direito está hoje mais empenhado em tratar de questões específicas que o aproximam do filósofo moral”¹⁹⁶.

¹⁹² MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 15, 1999, p. 101, *apud* DINIZ, A., 2006, p. 206-207, grifo nosso.

¹⁹³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 248.

¹⁹⁴ BARROSO, loc. cit.

¹⁹⁵ BARROSO, loc. cit., grifo nosso.

¹⁹⁶ FARALLI, Carla. *A Filosofia Contemporânea do Direito: temas e desafios*. Tradução de Candice Premaor Gullo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 2.

Albert Calsamiglia assume posição semelhante. Para ele, é “interessante destacar [...] as diversas possibilidades de defesa da tese de separação e esse deslocamento da relação entre direito e moral no seio da reflexão positivista e sua discussão com as teorias que afirmam esta conexão”¹⁹⁷.

Outros autores, de correntes diversas, como Luigi Ferrajoli, também comentam essa importante distinção entre o direito e a moral, mas posicionando-se do lado positivista. Para Ferrajoli, tanto a tese da separação, como a de conexão entre essas duas esferas são “uma aquisição basilar da civilização liberal”¹⁹⁸. Além disso, “a separação entre direito e moral [...] é um princípio político do liberalismo moderno [...] que serve para fundar a recíproca autonomia entre as duas esferas”¹⁹⁹. Para terminar, Ferrajoli afirma que essa separação é absolutamente importante para impedir o avanço do Estado na vida íntima das pessoas, na “vida moral dos cidadãos, nem mesmo promover-lhes de forma coativa, a moralidade”²⁰⁰.

De fato, se se pensar na imensa conquista que representou para a autonomia do indivíduo a separação entre a consciência íntima, moral, e a conduta externa do cidadão, no avanço das liberdades individuais, admitir a conexão entre essas esferas é abrir espaço para o retorno do Estado totalitário, aquele que se imiscui completamente na esfera privada dos cidadãos; vigiando-os, condenando-os pelo exercício de pensar diferente da ideologia oficial. Aqui é indiscutível que a separação entre direito e moral, quase verdadeiro dogma da teoria positivista do direito, é originária do Estado liberal, guardião das liberdades individuais, em especial, a da consciência. Entretanto, o extremo dessa separação leva a um sistema jurídico injusto, sem nenhuma percepção de seu conteúdo de moralidade e, principalmente, destacando um sistema amoral em que a vivência humana chega a um ponto em que nada mais choca as pessoas. Kelsen, representante maior da corrente positivista, é quem consegue dar relevância ao argumento da separação:

[...] a exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral [...] isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral [...] não há valores absolutos mas apenas há valores relativos, que não existe uma Justiça absoluta mas apenas uma justiça relativa [...] é de per se evidente que uma Moral

¹⁹⁷ CALSAMIGLIA, 1998, p. 216,

¹⁹⁸ FERRAJOLI, 2006, p. 204.

¹⁹⁹ Ibid., p. 207.

²⁰⁰ Ibid., p. 207-208.

simplesmente relativa não pode desempenhar a função [...] de fornecer uma medida ou padrão absoluto para a valoração de uma ordem jurídica positiva [...] devemos ter presente, porém, quando apreciamos moralmente uma ordem jurídica positiva, quando a valoramos como boa ou má, justa ou injusta, que o critério é um critério relativo, que não fica excluída uma diferente valoração com base em outro sistema de moral [...] quando uma ordem jurídica é considerada injusta se apreciada com base no critério fornecido por um sistema moral, ela pode ser havida como justa se julgada pela medida ou critério fornecido por outro sistema moral²⁰¹.

No que tange ao posicionamento de Robert Alexy, Faralli registra que é na obra *Conceito e Validade do Direito*, publicada em 1992, que ele defende a conexão “conceitual e normativamente necessária”²⁰² entre direito e moral, contra a já assentada posição positivista de separação entre esses dois aspectos da conduta humana.

De fato, é Radbruch quem representa o renascimento do direito na Alemanha, de uma perspectiva diferente da positivista. A tese da “extrema injustiça”, central na obra de Alexy, como *leitmotiv* de sua reflexão acerca da moral e do direito, é retomada, portanto, no teorema da injustiça, que pode ser resumido na “contradição entre a lei positiva e a justiça alcance uma medida tão insuportável que a lei, enquanto direito injusto, tenha que ceder ante a justiça”²⁰³.

A maioria dos comentadores de Alexy registra que ele parte daquele teorema exposto primeiramente por Gustav Radbruch, para justificar a relação entre direito e moral, existente em sua filosofia; para, por meio dela, pretender o que ele chama de possibilidade corretiva do direito. O próprio Alexy sustenta que o “argumento da injustiça extrema” ainda pode ser considerado atual, apesar de ter sido aplicado pelos tribunais alemães depois da derrota do nazismo em 1945 e também após o colapso da República Democrática Alemã, em 1989, com a queda do Muro de Berlim e a reunificação das duas Alemanhas. Em 1996, num texto sobre os assassinatos dos fugitivos na fronteira da ex-República Democrática Alemã, Alexy defende que a fórmula poderá ser aplicada “sempre que persista a possibilidade de existirem sistemas jurídicos injustos ou defeituosos”. No último caso, Robert Alexy analisou a aplicação, pelo Tribunal Supremo Federal, da Alemanha, da chamada “fórmula de Radbruch”, segundo a qual o direito extremamente injusto não pode ser considerado direito:

[...] a fórmula de Radbruch é a expressão de um conceito não positivista do direito. Segundo este conceito, o que seja direito vem

²⁰¹ KELSEN, 1979, p. 104-105, grifo do autor.

²⁰² FARALLI, 2006, p. 16-18.

²⁰³ RADBRUCH *apud* DUARTE, 2004, p. 168.

determinado não só pela positividade válida, formalmente estabelecida e pela eficácia social, mas também por seu conteúdo (de justiça material). O que tem de especial na Fórmula de Radbruch é que ela postula uma conexão necessária entre direito e moral, mas sem pretender solapar a ambos. *Assim, por razões de segurança jurídica, o direito positivado e eficaz não deixa de ser direito, ainda que tenha conteúdos desproporcionais ou injustos [...]*²⁰⁴.

Trazemos em nosso favor os comentários de Bustamante acerca dessa questão. Segundo ele, a citada fórmula foi “forjada como uma reação ao nazismo e às atrocidades praticadas durante esse período supostamente ‘em nome do direito’”²⁰⁵. Esse autor assinala que Radbruch formulou-a como um *participante*, ou seja, do ponto de vista interno, conforme a teoria de H. L. Hart. Essa fórmula representa, ainda, uma espécie de direito natural racional, salientando Bustamante, porém, que ela carece de objetividade que possa permitir ao jurista prático aplicá-la. Por isso, Alexy estabelece o princípio que chama de “PA: Quanto mais extrema a injustiça, mais certo será o conhecimento sobre a sua existência”²⁰⁶. Afirma, entretanto, Bustamante:

[...] quando Alexy tenta fundamentar com argumentos exclusivamente normativos (e não mais pragmáticos e analíticos, como vinha fazendo) a fórmula de Radbruch e o seu princípio de aplicação (PA), ele sai da trilha que vinha levando a sua teoria até o patamar mais alto de sofisticação da filosofia do direito contemporâneo, fazendo retroceder a metaética necessária para a interpretação e aplicação do direito a plano diferente, muito mais rudimentar [...]²⁰⁷.

Bustamante também conseguiu estabelecer uma relação entre o argumento da injustiça em Alexy e o que esse autor chama de pretensão de correção. Para Alexy, essa pretensão é o “dever jurídico de decidir corretamente”²⁰⁸. O direito acaba por constituir uma idealidade e, “quando o direito consagra uma injustiça, [...] estamos diante não apenas de um defeito moral, mas também de um defeito jurídico”²⁰⁹. Ora, nesse sentido, o aspecto moral transmuda-se em jurídico a partir da compreensão de que a injustiça não só qualifica o direito (como injusto, é claro), mas também faz que ele seja corrigido, já que ela, além de ser um defeito moral, produz também um defeito no âmbito jurídico.

²⁰⁴ ALEXY, Robert. Derecho injusto, retroactividad y principio de la legalidad penal. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 23, 2000, p. 204-205, grifo nosso.

²⁰⁵ BUSTAMANTE, 2006, p. 212.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 214.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 216.

²⁰⁸ ALEXY *apud* BUSTAMANTE, 2006, p. 211.

²⁰⁹ BUSTAMANTE, *loc. cit.*

Dá a necessidade de aplicar corretamente o direito. Ou seja, além de juridicamente corretas, as normas e as decisões jurídicas devem ser “moralmente corretas”²¹⁰.

No debate hoje, entre positivismo e pós-positivismo, a relação direito *versus* moral assume uma dimensão conotativa; em outros termos, nele a célebre distinção entre ser e dever-ser ganha um novo sentido. Ou seja, se na concepção kelseniana a validade é encarada como um dever-ser, não podendo derivar de um fato, mas de outro dever-ser, no caso da validade alexiana, ela é colhida em valores que estariam acima da ordem jurídica, especialmente o valor *justiça*. As palavras de Alexy são nesse sentido:

A circunstância de que a justiça seja um tipo particular de correção tem profundas implicações para a teoria da justiça. Quem afirma que algo é justo afirma sempre e de algum modo, ao mesmo tempo, que é correto. E quem afirma que algo é correto entende que é possível de ser fundamentado, justificado, mediante razões. A tese segundo a qual a justiça é correção, portanto, conduz diretamente à ideia da justiça como possibilidade de fundamentação, ou justificação, mediante razões²¹¹.

Por isso, para Alexy, “a questão central da polêmica sobre o conceito de direito é a relação entre direito e moral”²¹², que seria uma discussão de mais de dois mil anos, que mesmo assim segue num mesmo diapasão básico, que é o debate entre positivistas e não positivistas. As teorias de cunho positivista sustentam a separação entre direito e moral, e as teorias que lhes são contrárias, por sua vez, defendem a tese de que direito e moral são vinculados um ao outro. Como acima destacado, Alexy recorreu a Radbruch para elaborar seu conceito de extrema injustiça. Ao contrário da corrente positivista, ele sustenta:

[...] a moral é capaz de servir de fundamento à força obrigatória do direito. Com efeito, dos preceitos jurídicos, considerados como imperativos ou manifestações de vontade, pode talvez fazer-se derivar, como já foi mostrado, quando muito um *ter-de-ser*, isto é um *müssen*; nunca, porém, um *dever-ser*, um *sollen*. Só pode rigorosamente falar-se de *normas* jurídicas, dum *dever-ser* jurídico, dum *validade* jurídica, e *portanto de deveres jurídicos, quando imperativo jurídico for dotado pela própria consciência dos indivíduos com a força obrigatória ou vinculante do dever moral [...] desta maneira a relação entre a moral e o direito apresenta-se-nos como uma relação muito especial [...] como meio para a realização de certos valores morais, o direito toma parte [...] deste modo, embora com reserva da sua autonomia, é absorvido pela Moral*²¹³.

²¹⁰ BUSTAMANTE, 2006, p. 211.

²¹¹ ALEXY, 2003, p. 163.

²¹² ALEXY, 2008c, p. 13.

²¹³ RADBRUCH, 1979, p. 109-113, grifos nossos.

Para defender a inclusão da moral no direito, Alexy enumera três posições que para ele trazem algumas vantagens: o problema das avaliações que se encontram para justificar e fundamentar o direito; o de realizar a pretensão de correção na criação e na aplicação do direito; e, por fim, o problema dos limites do direito²¹⁴.

No primeiro caso, a certeza jurídica e a proteção dos direitos fundamentais passam a ser consideradas exigências da *razão prática*. Já no segundo, é mais interessante notar sua relação com a questão dos chamados “casos difíceis”, pois, para Alexy, considerando-se a moral como parte integrante do direito, as razões morais podem e devem participar das decisões jurídicas quando se esgotam as razões de cunho autorizativo. No que concerne aos limites do direito, que é o terceiro caso admitido pelo autor, voltamos ao exemplo da “extrema injustiça” na lei positiva: em caso de acontecimento, não deve ser considerada como “direito”. O próprio Alexy pergunta-se então: “como justificar esta circunstância sem recorrer a razões morais?”²¹⁵

Entretanto, o autor alemão não é ingênuo a ponto de admitir que o retorno da inclusão da moral no âmbito do direito não traga sérios e difíceis problemas. O primeiro problema assinalado por ele é a indeterminação que proporciona instabilidade ao princípio da segurança e da certeza jurídicas, razão para que o direito possua uma estrutura autorizativa e institucionalizada. Como na vida social é quase impossível alcançar o consenso por meio da discussão ou dos debates, é preciso recorrer, por necessidade prática, ao que ele chama de “decisão autorizativa”.

É, de fato, interessante, a afirmação de Alexy de que é impossível ser positivista sem estar de acordo com a tese da separação entre a moral e o direito. Afinal, essa tese encontra-se no próprio núcleo do pensamento positivista. Mas, para ele, a estreita vinculação entre a esfera moral e a jurídica é comprovada por três proposições argumentativas: a correção, a extrema injustiça e a existência dos princípios, ao lado das regras jurídicas, funcionando como normas jurídicas.

Na primeira asserção, o argumento da *correção* é dividido em dois aspectos. No primeiro, o direito possui necessariamente uma pretensão de correção; já no segundo aspecto, essa pretensão implica, também, como necessária, a conexão entre o direito e a moral. Alexy chama esse argumento de conceitual porque é apenas qualificador, e não classificatório. Para explicá-lo, afirma que a pretensão de correção está presente em todo sistema jurídico, e aquele sistema jurídico que não tenha essa pretensão não pode

²¹⁴ ALEXY, 2008b, p. 47-49.

²¹⁵ Ibid., p. 48.

ser considerado enquanto tal. Os atos e decisões jurídicas necessitam, ainda que implicitamente, de uma fundamentação, de uma justificação de que são corretos – para que sejam aceitos e cumpridos integralmente. Portanto, está o juiz impedido, por exemplo, de emitir uma sentença absurda porque imediatamente violaria uma regra social vinculada à figura do juiz. Segundo Alexy, não pode existir direito sem a pretensão de correção. Compreendo esse conceito como uma constante necessidade que o sistema jurídico tem de corrigir-se na busca por justiça; nesse caso, a aplicação do direito pelos juízes passa por um trabalho de correção que é permanente.

Quando se trata da aplicação do direito, devem-se examinar dois outros problemas: o direito possui uma textura aberta e admite-se a existência de casos difíceis (*hard cases*). Nesses últimos, não se pode decidir apenas com apoio em razões oriundas do direito positivo; há que recorrer a argumentos que sejam de outro grau. Temos aí, então, novamente a pretensão de correção do direito, que se caracteriza quase sempre por razões de ordem moral, ou melhor, de justiça, já que elas são prioritárias em relação a outras razões que não as de direito positivo, como os argumentos de utilidade, de tradição e outros. Por consequência, nessas situações, adotam-se argumentos de natureza moral, o que comprova a conexão entre as referidas esferas de conduta, como acima assinalado. Sobre esse argumento, diz Alexy:

[...] a pretensão de correção não só implica o poder jurídico do juiz de aplicar razões morais em casos difíceis; também implica a obrigação jurídica de fazê-la quando seja possível. Do ponto de vista do positivismo jurídico, esta é uma conexão necessária entre direito positivo e a moral. Esta conexão necessária tem a consequência de que as decisões que são moralmente defeituosas também são juridicamente defeituosas. *Do ponto de vista de uma concepção mais ampla e não positivista do direito, isto significa a inclusão de razões morais no interior do direito [...]*²¹⁶.

A outra proposição levantada, a da injustiça extrema, acima já bem analisada, aqui se refere à conexão do direito com a moral, como defende Alexy. Nesse caso, o autor alemão criou uma fórmula – “a extrema injustiça não é direito” –, para logo afirmar que nessa situação deve-se dar preferência à justiça material em relação à certeza jurídica. Esse argumento é considerado por Alexy como “normativo”, diferente do acima mencionado, de pretensão da correção, que chama de “conceitual”. É normativo porque acontece no próprio interior do sistema de direito positivo, que, ante a injustiça extrema, perde sua validade. Logo, prepondera com inegável assunção o aspecto

²¹⁶ ALEXY, 2008b, p. 68, grifos nossos.

moral do direito sobre o aspecto exclusivamente jurídico ou positivo, o que revela que a conexão entre direito e moral é realmente existente e necessária.

Não se pode esquecer que a conexão entre direito e moral ainda encontra amparo no argumento dos princípios, segundo o qual os princípios morais cristalizados na Constituição concretizam-se mediante o âmbito jurídico, o que reforça a importância do argumento moral. Nesse sentido, ante a chamada “abertura do sistema”, importa incorporar os princípios jurídicos como normas jurídicas também aptas a produzir efeitos. Esses efeitos atendem à pretensão de correção preconizada por Alexy.

Manuel Atienza²¹⁷, criticando a teoria do pensador alemão, enumera algumas questões, no debate sobre a conexão direito e moral. Em primeiro lugar, essa tese presta-se ao que ele chama de “utilização ideológica”, ou seja, uma ordem jurídica sem sentido seria unicamente um sistema jurídico; assim a moral presta-se a “dar sentido” ao direito, segundo essa crítica. Em segundo lugar, uma norma jurídica que não obedeça a critérios morais (isto é, que não tenha o caráter qualificador), mesmo sendo uma norma ou decisão jurídica, é defeituosa – não é, segundo Atienza, “juridicamente perfeita”. Em terceiro lugar, atribuir uma significação moral à noção de “pretensão de correção” não traz nenhum esclarecimento conceitual, “mas sim leva a atribuir ao jurídico uma ‘forma arbitrária’”. Por fim, defende Atienza que “uma norma ou uma decisão jurídica poderiam não satisfazer totalmente a pretensão de correção, sem por isso deixar de ser jurídica”. Concluindo, Atienza pergunta-se: “de que vale dizer que existe uma conexão conceitual necessária entre direito e moral?”. Por exemplo:

[...] não parece paradoxal que havendo uma conexão conceitualmente necessária, se possa falar, contudo, de direito injusto, de norma jurídica injusta ou de decisão jurídica injusta? Não seria preferível partir de uma noção mais forte de moral – que inclusive poderia se basear numa ética discursiva – que, evidentemente, não permitiria explicar de modo satisfatório, – mas tampouco justificar por si só – *o Direito positivo, porém, apenas julgá-lo como menos ou mais valioso conforme o seu grau de aproximação em relação à moral?*²¹⁸.

O fundamental na filosofia jurídica de Alexy, que nos parece advir da tese da inclusão do direito na moral, é o aspecto por ele muito observado – a chamada possibilidade de correção. Nesse caso, a correção, por admitir o conteúdo moral do direito, deve ser argumentada e principalmente fundada racionalmente – ou melhor, demonstrada racionalmente. Essa exigência decorre do caráter imprimido ao direito

²¹⁷ ATIENZA, 2006, p. 205.

²¹⁸ ATIENZA, loc. cit., grifos nossos.

enquanto *razão prática*, segundo o qual os discursos devem ser fundamentados, se querem ser aceitos pela comunidade a que se destinam. Portanto, na teoria alexyana, há uma evidente preocupação com a argumentação racional do discurso, como meio de justificar o discurso jurídico.

A “verdade”, no discurso normativo, no qual se insere o direito, deve ser alcançada mediante o que o autor denomina de correção. Para nós, a ideia de “correção” – ou a busca de uma resposta correta, como em Ronald Dworkin, por exemplo – assemelha-se a uma busca da “verdade”, enquanto conceito, no âmbito do direito, especialmente na prática cotidiana do direito.

Cláudia Toledo, ainda na introdução à edição brasileira da obra *Teoria da Argumentação Jurídica*, de Robert Alexy, assim se manifesta:

[...] a *racionalidade* que nas ciências *da natureza*, apresenta-se sob a forma de *verdade* de suas proposições, e, no Direito, como ciência *normativa*, é evidenciada pela *correção* de suas assertivas. Esta correção deve estar presente tanto na *teoria* quanto na *prática* jurídica, pois ambas, para ultrapassar o âmbito da mera *doxa*, carecem de *demonstração racional* de suas afirmações²¹⁹.

Há dúvidas sobre a capacidade de se admitir a teoria de Robert Alexy no contexto latino-americano, já que é uma teoria construída para ser aplicada nos chamados “Estados Democráticos de Direito”, mais avançados politicamente, cujo exemplo, como evidente, é a República Federal da Alemanha, onde ela nasceu. Não é o caso do Brasil, que, apesar dos mais de vinte anos de vigência da atual Constituição da República, ainda carece de desenvolvimento social e econômico para concretizar direitos individuais, sociais e econômicos nela previstos.

Para Cláudia Toledo, essa preocupação não deve ser considerada seriamente:

[...] Embora alguns critiquem a *utilidade* do estudo de uma *teoria da argumentação jurídica* em países *periféricos*, que ainda caminham para tornar-se verdadeiros Estados Democráticos de Direito em virtude especialmente de suas desigualdades sociais é pela *observância de critérios e objetivação de metas* que podem tais Estados se pautar para a consecução dos *ideais de institucionalização da democracia*, em seus procedimentos argumentativos em qualquer instância, desde a intersubjetiva particular quanto a *pública*, realizada nos poderes legislativo, executivo e judiciário. A busca de um *interesse comum* (ou majoritário) de *correção* nas ações judiciais, normas, instituições, etc. caracteriza, fundamenta a *validade das regras do discurso* no estabelecimento de um Estado em que se tente fazer prevalecer o *Direito*. Ao mesmo tempo, é cumprindo-se sempre mais as regras de argumentação jurídica que mais se *possibilitam* as chances de *consensos fundados* que democraticamente consolidam o

²¹⁹ ALEXY, 2005, p. 17, grifos do autor.

Estado. Embora a teoria de Alexy tenha sido desenvolvida no contexto racionalista europeu, pelo menos algumas das regras mais básicas da argumentação aplicam-se *universalmente*²²⁰.

Na construção jusfilosófica de Robert Alexy, é possível vislumbrar o liame entre a prática jurídica e a consecução de um Estado de Direito, democraticamente estabelecido e determinado na concreção dos direitos fundamentais. Isso a torna atraente, em contraposição aos contextos positivistas, em que há a retirada do conteúdo moral do direito positivo, da pretensão de correção em direção a um valor estipulado como *justiça*. Obliterou-se a aplicação do direito, que passou a ser considerado válido desde que emanado da autoridade – qualquer autoridade.

Se, de um lado, a humanidade ocidental conseguiu separar a esfera moral da esfera jurídica, para garantir autonomia e liberdade ao indivíduo – essa separação levada ao seu extremo fez emergirem regimes totalitários e de injustiça extrema –, de outro, com o reconhecimento da conexão entre a esfera moral e o direito, na atualidade, como defende a teoria jurídica de Robert Alexy, importa manter intactos os valores de segurança e de certeza jurídicas, quando se recorre a razões morais, somente quando necessário e desde que essas razões possam ser *racionalmente demonstráveis*.

Cabe evocar o posicionamento de Ferraz Júnior:

a exigência moral de justiça é uma espécie de condição para que o direito tenha sentido [...]; às vezes, ao homem e à sociedade, cujo sentido de justiça se perdeu, ainda assim sobrevive com seu direito, este é um enigma, o enigma da vida humana, que nos desafia permanentemente e que leva muitos a um angustiada ceticismo e até a um despuorado cinismo²²¹.

²²⁰ ALEXY, 2005, p. 16, grifos do autor.

²²¹ FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 372-374.

3.1 A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

Para deixar claro o sentido da expressão “hermenêutica filosófica” que vai ser usada neste texto, é preciso explicitar os diversos sentidos adquiridos pela hermenêutica na história da filosofia, e até no âmbito do direito, no qual a expressão, sem o adjetivo “filosófica”, possui inegável caráter metodológico. Quero dizer com isso que a hermenêutica é sempre uma técnica de desobstrução do sentido de textos escritos; no direito, é reconhecida como um método utilizado para alcançar o sentido da lei. Na filosofia tradicional é pensada também como um método de extração do sentido do texto, como uma técnica auxiliar do intérprete. Mas, a partir da fenomenologia hermenêutica de Martin Heidegger, passa a ser vista como uma verdadeira *ontologia*, tornando-se ínsita ao próprio existir, isto é, compreender o mundo circundante é atividade natural mesma do sujeito.

Com a reviravolta linguística, a linguagem é concebida como o *medium* em que se unem o *eu* e o mundo originariamente existente. Essa concepção permite compreender a linguagem como o centro das atenções para a hermenêutica filosófica. A estrutura especulativa da linguagem, considerada por Gadamer como um constante “vir-à-fala”, é quem dá à hermenêutica filosófica uma conotação universal, pois a estrutura ontológica da linguagem é comum a todos. A estrutura especulativa da linguagem é concebida a distinção entre “ser em si e representar-se”²²²: ela vale por si, mas também possui a capacidade de falar sobre si mesma, isto é, de se representar. Por isso, Gadamer afirma que o mundo especulativo da linguagem é o que conduz a “seu significado ontológico universal”²²³.

Para Gadamer, a crítica da “consciência estética, quanto da consciência histórica” tornou possível reconhecer a linguagem como esse *medium* universal. Por isso, ele entende que, com a linguagem, ultrapassou-se a simples crítica “para adquirir a dimensão de um questionamento universal”²²⁴; assim, a “relação humana com o mundo tem o caráter da linguagem de modo absoluto”, razão por que a hermenêutica acaba

²²² GADAMER, 2005, p. 613.

²²³ GADAMER, loc. cit.

²²⁴ GADAMER, loc. cit.

sendo “um aspecto universal da filosofia e não somente a base metodológica das chamadas ciências do espírito”²²⁵, possibilitando o *giro* hermenêutico.

Para Gadamer, a partir da linguagem reconhecida como tal, “o procedimento objetivador do conhecimento da natureza e o conceito do ser em si” são resultados de mera abstração – afinal, “essa abstração procura assegurar o ente”, organizando metodologicamente o conhecimento²²⁶. Portanto, na crítica feita ao método, Gadamer afirma que é impossível um conhecimento que se assegure de forma abstrata confiando apenas na linguagem como meio de garantir esse conhecimento; ora, esse tipo de trabalho dirige-se à linguagem vendo nela apenas um “ente”, e não o seu ser, que para nós é a capacidade especulativa da linguagem e a possibilidade de se adequar, quase instantaneamente, ao mundo-da-vida²²⁷, com maior rapidez do que o simples método. A visão equivocada da hermenêutica tradicional – ou, por assim dizer, da ciência atual²²⁸ – reside em querer organizar metodologicamente o conhecimento em estruturas discursivas e dar-lhes um caráter de racionalidade transcendental.

Se a hermenêutica era encarada como uma técnica ou uma arte, como era de se esperar numa época dominada pela ciência, a hermenêutica tendia, de fato, para transformar-se uma espécie de metodologia científica²²⁹. Ocorre que Gadamer deu-lhe uma configuração diferente, reconhecendo seu caráter ontológico. Quem faz essa “virada” é Heidegger, mas quem a aprofunda é Gadamer em *Verdade e Método*.

Gadamer, por exemplo, anteviu na “hermenêutica romântica” o momento em que a hermenêutica ganha condições de estruturar-se. De fato, não descarta das contribuições de Ranke, J. C. Droysen e Schleiermacher – para Gadamer, os representantes do método hermenêutico da Idade Moderna. Gadamer traça este recomeço (o da hermenêutica) – que chama de “redescobrimento” – a partir do interesse teológico e do filológico. Tanto o primeiro, quanto o segundo autores citados acima, tinham por objetivo “desvendar o sentido original dos textos através de um

²²⁵ GADAMER, 2005, p. 631.

²²⁶ Ibid., p. 614.

²²⁷ Ibid., p. 332.

²²⁸ É impossível aqui não se pensar no exemplo da *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, que segue esse esquema, apelando até mesmo para uma norma lógico-transcendental.

²²⁹ Isso, entretanto, não deixou de acontecer ante a existência, na Alemanha, de correntes hermenêuticas objetivas, que privilegiam a coleta de dados empíricos. Consulte-se, como informação ilustrativa, WELLER, Wivian. *A Hermenêutica como Método Empírico de Investigação*. Disponível em <<http://www.anped.org.br/reunioes/30ro/trabalhos/GT17>>. Acesso em: 10 jun. 2010.

procedimento de correção quase artesanal”²³⁰, fossem esses textos a Bíblia ou textos da literatura clássica.

É Schleiermacher que propõe a ideia de uma hermenêutica universal, com base na experiência de que a estranheza e o mal-entendido são universais. Daí nasce, por sua vez, a noção que orientará a hermenêutica gadameriana, que é a noção de compreensão. Com Schleiermacher, Gadamer aprende que compreensão é entendimento: “significa, de princípio, entender-se com os outros”²³¹. Portanto, a partir do mal-entendido ou da estranheza, desenvolve-se um processo de entendimento, na busca de se alcançar um acordo. É quando, segundo o próprio Gadamer, “o verdadeiro problema da compreensão aparecerá”, possibilitando que se faça “o esforço de compreender um conteúdo”, no afã de saber “como o outro chegou à sua opinião”²³².

Partindo da noção de mal-entendido, que para ele não é a mesma coisa que incompreensão, Schleiermacher esboça um projeto universal para a hermenêutica, que consiste na tentativa de evitar o mal-entendido entre as pessoas. Nesse instante, segundo Gadamer, “a hermenêutica se eleva à autonomia de um método”²³³, e Schleiermacher estabelece “um cânon de regras gramaticais e psicológicas de interpretação que se afastam completamente de toda ligação dogmática de conteúdo, inclusive na consciência do intérprete”. Portanto, o que vemos pela ótica de Gadamer, na história da hermenêutica tradicional, é a tentativa de Schleiermacher de “isolar o procedimento do compreender, trata-se de torná-lo autônomo com uma metodologia própria”²³⁴. “A contribuição mais genuína” de Schleiermacher – que é a interpretação psicológica, técnica que mais tarde vai, provavelmente, influenciar Savigny²³⁵ – é descrita desta forma:

A hermenêutica abrange a arte da interpretação gramatical e psicológica. Mas o que há de mais próprio em Schleiermacher é a interpretação psicológica. É, em última análise, *um comportamento divinatório*, um transferir-se para dentro da constituição completa do escritor, em conceber o ‘discurso interno’ da feitura da obra, uma reformulação do ato criador²³⁶.

²³⁰ GADAMER, 2005, p. 242.

²³¹ Ibid., p. 248.

²³² Ibid., p. 249.

²³³ Ibid., p. 255.

²³⁴ GADAMER, loc. cit.

²³⁵ “A teoria subjetiva, tendo por prosélitos, dentre outros, Savigny, Windscheid [...] entende que a meta da interpretação é estudar a *vontade histórico-psicológica do legislador* [...] a interpretação deve procurar compreender o pensamento do legislador [...]” (DINIZ, M. H., 2006, p. 427-428, grifo nosso).

²³⁶ GADAMER, op. cit., p. 257, grifo nosso.

Para Gadamer, há dois aspectos na concepção hermenêutica de Schleiermacher: de um lado, infelizmente, toda interpretação permanece com a pecha do adivinhatório; de outro, remete-se ao conhecido postulado daquele autor, para quem o “que importa [é] compreender um autor melhor que ele próprio se compreendeu”²³⁷.

Com base nesse postulado, é possível verificar a contribuição da interpretação de cunho psicológico definida por Schleiermacher, e criticada por Gadamer. Schleiermacher deseja efetuar a reconstrução de tudo que o autor pensou; na verdade, o trabalho do intérprete reduzir-se-ia a reproduzir o pensamento do autor – talvez até melhor do que ele, como a citação acima afirma. Para Gadamer, o postulado acima é uma obviedade. Afinal, como ele mesmo argumenta, na premissa de conhecer o outro melhor do que ele mesmo se compreendeu, é preciso ficar atento e verificar se o sentido extraído dessa compreensão não se converteu em algo completamente distinto²³⁸. Para Gadamer, tanto o romantismo, quanto Schleiermacher, no afã de criarem uma hermenêutica universal, perderam a noção do que se pode chamar de “compreensão objetiva”²³⁹, já que estavam atentos ao “espírito” (como Fichte, segundo Gadamer), ao psicologismo.

Como conclui Gadamer, embora a escola romântica da hermenêutica possa ter descortinado o valor da consciência histórica, ainda que tenha evoluído da compreensão dos textos para a compreensão da história, quem faz a virada ontológica é Heidegger, que faz a junção da hermenêutica com o método fenomenológico de Edmund Husserl e possibilita o “como hermenêutico”. Daí o interesse de Heidegger por aquilo que Gadamer chama “a estrutura da compreensão”²⁴⁰.

Vejamos como o próprio Gadamer compreende essa questão.

Gadamer começa dizendo que Heidegger permite que a intenção filosófica latente em Dilthey consiga sobressair. Primeiro Heidegger demonstra que o conceito de substância era inadequado para o ser e para o conhecimento histórico. Com apoio na noção de “intencionalidade” da fenomenologia de Husserl, Gadamer acredita que Heidegger afasta tanto o “psicologismo objetivista”, quanto o “pseudoplatonismo da filosofia da consciência”. Com a superação do axioma da separação entre o significado das palavras e o conteúdo psíquico real da consciência, Gadamer insiste em dizer que a fenomenologia permitiu que “a subjetividade humana” adquirisse “validade

²³⁷ GADAMER, 2005, p. 263.

²³⁸ Ibid., p. 266.

²³⁹ Ibid., p. 269.

²⁴⁰ Ibid., p. 354.

ontológica”²⁴¹, passando, assim, também a ser vista como um fenômeno. As vivências passam a adquirir condições de tematização. Desse fluxo interno chamado vivência, surge então o conceito de horizonte: “um horizonte não é uma fronteira rígida, mas algo que se desloca com a pessoa e a convida a que continue a caminhar”²⁴².

O horizonte acaba sendo o nexó entre a vivência e o mundo, “pois tudo o que está dado como ente está dado como mundo e leva consigo o horizonte do mundo”²⁴³. O mundo então é algo prévio a qualquer pretensão científica. Isso conduz Husserl a uma decisão extraordinária, a nosso ver: “ele não fala mais de consciência, nem de subjetividade, mas de vida”²⁴⁴. Explica Gadamer:

Forjando um conceito que faz aparecer o contraste com o conceito de mundo que pode ser objetivado pelas ciências, *Husserl chama a esse conceito fenomenológico de mundo de ‘mundo da vida’, ou seja, o mundo em que nos introduzimos por mero viver nossa atividade natural, que, como tal, jamais poderá tornar-se objetivo para nós, mas que representa o solo prévio de toda experiência*²⁴⁵.

Gadamer, portanto, debate-se com esse conceito pela extraordinariedade que ele, de fato, representa. Significa retornar ao natural? Representa apenas um sentido naturalístico, naquilo que a filosofia tem de pensar o mundo? É possível sentir Gadamer tentando explicar a que se refere esse conceito. Ele diz, por exemplo, que tal conceito “se opõe a todo objetivismo” e que é “um conceito essencialmente histórico”; ou melhor, o “mundo da vida quer dizer outra coisa, significa o todo em que estamos vivendo enquanto seres históricos”²⁴⁶.

Para a hermenêutica filosófica, portanto, o modelo paradigmático de conhecimento, em nosso sentir, não é a objetividade das ciências naturais, nem muito menos a subjetividade própria do indivíduo natural, como realidade; mas, sim, a intersubjetividade que é construída historicamente.

3.2 O CARÁTER DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E A SUA PRETENSÃO À UNIVERSALIDADE

No final de sua obra magna, *Verdade e Método*, Gadamer trata justamente desse tema. É sintomático que essa obra seja concluída com a pretensão de justificar a

²⁴¹ GADAMER, 2005, p. 329.

²⁴² Ibid., p. 330.

²⁴³ GADAMER, loc. cit., p. 330.

²⁴⁴ Ibid., 2005, p. 331.

²⁴⁵ GADAMER, loc. cit., p. 331, grifos nossos.

²⁴⁶ Ibid., p. 332.

possibilidade de a hermenêutica possuir conteúdo universal. Gadamer retoma o tema da universalidade da hermenêutica após as críticas que lhe foram dirigidas por Jürgen Habermas contestando essa pretensão da hermenêutica filosófica. Na verdade, somente a partir da linguagem, essa dimensão *especulativa* é tida como comum a todos os homens. Talvez seja necessário entender que a hermenêutica não tem, ela mesma, a pretensão de ser “universal” no sentido conferido a essa expressão pela epistemologia científica, enquanto ciência. Habermas, portanto, fala em pretensão, embora tenha a mesma vontade de conferir à teoria crítica o caráter de universalidade. Assim, a universalidade da hermenêutica somente pode subsistir em seus pressupostos, embora se possa notar que Gadamer constrói a hermenêutica filosófica com apoio em vasta erudição, ficando patente o recurso aos filósofos europeus e historiadores alemães, assim como a filósofos gregos. Não há, portanto, como não constatar que se trata de uma proposta que não esconde seu caráter eurocêntrico – nem conseguirá tal façanha. Isso, inclusive, pode ser mais bem percebido quando Gadamer se refere à Europa como o local comum das diferentes línguas e, por conseguinte, o local propício a uma cultura de respeito e de tolerância.

O sentido universal da hermenêutica talvez somente se possa realmente concretizar por meio da linguagem enquanto território comum a todos os homens. Se se concebe a linguagem como meio que possibilite o encontro do mundo e do eu, como acentua Gadamer, então é bastante provável a pretensa universalidade da hermenêutica, embora essa universalidade não seja a própria da ciência, com axiomas universais e invariáveis.

A leitura que Habermas faz da pretensão de universalidade da hermenêutica é curiosa. Ele ainda permanece, de certo modo, atado à visão de que a hermenêutica filosófica é uma “tecnologia ou doutrina da arte”²⁴⁷; entretanto, também a concebe enquanto crítica, dada sua orientação reflexiva – e por isso distingue essa crítica de uma “tecnologia”, chamando-a de “uma meditação filosófica sobre estruturas da comunicação em linguagem corrente”²⁴⁸. Por essas palavras, é possível ver que o filósofo Habermas não chegou a compreender totalmente o sentido e a importância da contribuição de Gadamer. Pelo menos, Habermas reconhece que a compreensão hermenêutica é condicionada “pelo contexto no qual o sujeito que compreende adquiriu

²⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. *Dialética e Hermenêutica*: para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987, p. 27.

²⁴⁸ HABERMAS, loc. cit.

unilateralmente seus esquemas de interpretação”²⁴⁹. Por isso, para descrever a importância da hermenêutica, admitiu que aquele que interpreta esteja vinculado a “uma reflexão sobre o contexto histórico-efetual, que desde sempre vincula o sujeito que conhece com o seu objeto”²⁵⁰.

Habermas também reconhece algo que, em minha opinião, assemelha-se à ideia de uma ciência ou que a hermenêutica gadameriana tem uma pretensão instrumental, pois afirma:

[...] as funções que se acrescentaram ao progresso científico-técnico para a manutenção do sistema das sociedades industriais explicam a necessidade objetiva de pôr o saber tecnicamente utilizável em relação com a consciência prática do mundo da vida. Creio que a hermenêutica procura satisfazer esta necessidade com sua pretensão de universalidade²⁵¹.

Para mim, Habermas interpreta a universalidade da hermenêutica como uma tentativa de Gadamer de tornar a hermenêutica equiparável à ciência no que tange à sua aceitação universal, como se Gadamer buscasse tornar acessível a experiência da ciência à todos por meio da hermenêutica, até como retórica²⁵². Habermas também reconhece que Gadamer lastreia sua pretensão na linguagem, chegando a afirmar:

[...] justamente aquele motivo histórico que fez a hermenêutica reagir com seus esforços não combina com a afirmação de Platão. Pois é evidente que a ciência moderna pode legitimamente pretender chegar a enunciados verdadeiros sobre “as coisas” através de procedimentos monológicos, em vez de atentar para o espelho do discurso humano; ou seja, ao erguer teorias construídas monologicamente e apoiadas por observações controladas²⁵³.

Ele traz à tona um problema hermenêutico, que é a tradução daquela linguagem monologicamente produzida. Como entender, pois, o discurso científico? Habermas quer dar a compreender que a hermenêutica é simplesmente a busca dessa tradução, razão porque chegou até mesmo a determinar que a via como a direção correta da hermenêutica, pois ela teria abandonado sua herança artística e deveria “clarificar as condições que possibilitava como sair da estrutura do diálogo da linguagem corrente e empregar a linguagem monologicamente para a estrita formação da teoria e para a organização do agir racional-com-respeito-a-fins”²⁵⁴.

²⁴⁹ HABERMAS, 1987, p. 29.

²⁵⁰ Ibid., p. 34-35.

²⁵¹ Ibid., p. 36.

²⁵² HABERMAS, loc. cit.

²⁵³ Ibid., p. 36-37.

²⁵⁴ Ibid., p. 37.

É de fato evidente a preocupação habermasiana em querer relacionar a universalidade da hermenêutica, tal como proposta por Gadamer, com uma racionalidade científica (ou seja, “agir-racional-com-respeito-a-fins”), pois, para ele, a compreensão hermenêutica sempre procede *ad hoc* (agora) e, por isso, “não se deixa constituir em um método científico (mas, no máximo, disciplina-se como uma arte-técnica)”. Isso suscita o problema da existência de uma teoria que é lastreada na “linguagem natural”, como o é a hermenêutica filosófica, que possa fundamentar “uma compreensão de sentido metodicamente assegurada”²⁵⁵. O parâmetro que Habermas usa, a nosso ver, ainda é o epistemológico, no sentido de que a hermenêutica deverá guiar-se pelos padrões da razão científica.

Para Habermas, mesmo a compreensão – ou o esclarecimento (*Aufklärung*), que é o único que produz “uma compreensão radical” – é sempre política; por isso, não podemos deixar de verificar que, mesmo no diálogo, como propõe Gadamer, a coação (a violência) faz-se presente. Habermas afirma que “a experiência hermenêutica profunda nos ensina que, na dogmática do contexto de tradição [...]”, impõe-se “a representatividade de uma relação de violência (ou poder)” e que essa violência “deforma a intersubjetividade do entendimento”, por isso “distorce sistematicamente a comunicação em linguagem corrente”²⁵⁶. Nesse sentido, a hermenêutica não pode prescindir da “crítica”²⁵⁷.

Para justificar sua posição, Habermas toca num ponto absolutamente nevrálgico da hermenêutica filosófica, pelo qual por vezes é criticada acerbamente: sua constituição de índole politicamente conservadora, que decorre justamente da inversão que Gadamer propôs para os sentidos de preconceito e de tradição, contrários ao que apregoava o Iluminismo. Tanto a tradição, quanto o preconceito são vistos por Gadamer como positivos, e isso revelaria uma posição da hermenêutica filosófica francamente contrária a mudanças sociais.

Sem o aspecto que imprime à tradição, a hermenêutica perde o seu lastro antirrelativista. É a tradição, como vista por Gadamer, que assegura a manutenção do diálogo em uma base segura (entretanto, a recepção dessa tradição pode tornar-se simplesmente acrítica – creio que é isso que Habermas aponta). O conceito de tradição funciona, para a hermenêutica filosófica, como as hipóteses para o sistema científico-

²⁵⁵ HABERMAS, 1987, p. 39.

²⁵⁶ Ibid., p. 63.

²⁵⁷ Ibid., p. 69.

metodológico, como uma espécie de asseguramento prévio da discussão. É isso que Habermas ressalta, afirmando que mesmo o diálogo defendido por Gadamer não está isento de coação (daí a preocupação daquele com as condições que assegurem a cada falante igual posição no discurso, livre de qualquer coação).

Ao lado da tradição, o preconceito é o outro conceito que vai ser reinterpretado por Gadamer. Ao invés de apontá-lo como algo negativo, nosso autor sugere que dele nos acerquemos numa posição prévia que pode ser revista ou não, mediante o processo compreensivo.

Na releitura que Lenio Streck faz da hermenêutica filosófica no âmbito do direito e da realidade brasileira, esse aspecto, de certo modo, é negligenciado. Streck defende que a hermenêutica, junto com o neoconstitucionalismo, pode ter um caráter renovador (e até mesmo crítico) no espaço da prática jurídica nacional. Por outro lado, no que tange ao aspecto linguístico, a hermenêutica filosófica não deixa de ser uma renovação no modo de compreender as coisas, já que estabelece a linguagem como o espaço próprio onde o mundo é revelado.

A diferença específica entre a hermenêutica filosófica e a metodologia está naquilo que se chama “a linguisticidade do ser”²⁵⁸. Enquanto a metodologia estrutura-se dentro da razão e da lógica, a hermenêutica segue o caminho da linguagem. O pensamento conceptual que caracteriza a metodologia, que procura isolar, controladamente, o fenômeno, para equipará-lo à verdade como aquilo que descreve do ponto de vista de um sujeito autônomo e solipsista, é afastado pela hermenêutica que, por sua vez, abre-se ao universo da linguagem em busca daquilo que é tido por Martin Heidegger como uma revelação: o sentido. Tudo o que existe é abrangido e mediado pela experiência da língua; nada se situa fora de seu alcance. No dizer de Bleicher, “as experiências de caráter metódico representam apenas, como é lógico, uma forma secundária”²⁵⁹ – de conhecimento, diria eu.

A compreensão, portanto, somente pode dar-se no âmbito linguístico, em que a “experiência do mundo” é preponderante desde antes, como pré-compreensão das coisas, dos entes, do próprio sentido da existência. Esse aspecto, segundo Gadamer, torna a hermenêutica filosófica universal, porque a experiência da língua é comum a

²⁵⁸ BLEICHER, Josef. *Hermenêutica Contemporânea*. Tradução de Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 1992, p. 166.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 167.

todos, de forma indistinta, já que todos nós integramos o mundo da linguagem e dele participamos ativamente.

Na metodologia apenas se apresenta uma parte dessa compreensão. A compreensão é muito mais ampla que o conhecimento adquirido pela via da metodologia, porque ela já se encontra subjacente ao nosso estar-no-mundo. Bleicher afirma que Gadamer construiu uma teoria em que “todo conhecimento provém de uma situação histórica em que a influência da tradição se faz sentir”²⁶⁰. O reconhecimento dessa qualidade da compreensão não poderia acontecer, sem dúvida, dentro do âmbito da ciência. Com efeito, a compreensão possui um componente filosófico; o sujeito tem de estar envolvido no próprio objeto que conhece; a linguagem envolve-o também, a ponto de que, para obter algum resultado satisfatório, o sujeito tem de recorrer à prévia compreensão que lhe assegura um ponto de apoio. Na verdade, os juízos prévios são os que abrem, num primeiro momento, “os possíveis campos de sentido”²⁶¹; é quando se abre um horizonte e o intérprete haverá que se permitir revisões constantes de suas partidas iniciais. Essas idas e vindas, revisando os pontos de vista iniciais e procurando mantê-los adequados ao sentido geral da compreensão, podem e devem ser admitidos como um “círculo hermenêutico”:

A atividade do intérprete segue a lógica da pergunta e resposta e fornece ao ‘objeto’ a possibilidade de ressoar com um novo e mais alargado sentido. Por conseguinte, o contexto da tradição volta de novo à vida, não sob a forma de uma repetição da experiência que o perceptor original pode ter dela recebido, mas de uma nova maneira: surge algo que nunca antes existira²⁶².

A melhor defesa de Gadamer contra as críticas recebidas a respeito do caráter da hermenêutica filosófica é o *Posfácio* à 3.^a edição de *Verdade e Método*, no qual defende a hermenêutica filosófica em sua relação com a ciência e a metodologia. Gadamer argumenta que seu trabalho se localiza justamente entre a filosofia e a ciência e que nunca desconsiderou o rigor metodológico necessário a um trabalho científico, embora enfatize que se deva ir além da “simples aplicação de métodos usuais” e que se deve dar valor à “fantasia criativa do investigador”, como elemento mais importante que a obediências às regras metodológicas²⁶³.

²⁶⁰ BLEICHER, 1992, p. 169.

²⁶¹ Ibid., p. 171.

²⁶² Ibid., p. 172-173.

²⁶³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: complementos e índice*. Tradução de Enio Paulo Giachini; revisão da tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: São Francisco, 2004, p. 509.

Afirma Gadamer que a atualidade de seu pensamento é incontroversa num momento em que a ciência chega aos “extremos da idolatria”, restando à filosofia o trabalho de esclarecer os limites e o espaço próprio de liberdade da ciência, devendo ser superada a visão unilateralista que a caracteriza. A crítica de Gadamer tem pertinência quando afirma que a hermenêutica desvenda “condicionantes de verdade que não pertencem à lógica da investigação, mas que a precedem”²⁶⁴.

Gadamer considera as críticas de Habermas um possível mal-entendido de fundo ingênuo, pelo fato de que a hermenêutica não é objetiva cientificamente, assinalando uma provável obsessão de Habermas com o “metodologismo da teoria da ciência que só consegue(m) ver regras e sua aplicação”. Habermas não percebeu que sua reflexão não é de natureza técnica e que recai sobre a questão da práxis, que “passou a ser uma mera aplicação da ciência”²⁶⁵. Por isso a reflexão de Habermas perde seu caráter esclarecedor e orientador que demandava desde a filosofia aristotélica enquanto exemplo de uma “inteligência prática ou sabedoria”.

3.3 A HERMENÊUTICA COMO FILOSOFIA PRÁTICA

O contexto social e político é uma exigência do referencial teórico aqui utilizado, que é a hermenêutica filosófica. Ela apela para o aspecto histórico do conhecimento – ou melhor, do compreender. A compreensão do concreto (real) é determinada pelo âmbito histórico, daí o reconhecimento da historicidade como um dos conceitos principais da hermenêutica gadameriana, sem, porém, fazer-se absoluto. A consciência histórica caracteriza o esforço do pensamento na atividade compreensiva; logo, é consciência da história que vai emoldurar o enfoque compreensivo. Essa questão é descrita por Gadamer como a possibilidade de se compreender a história, afirmando mesmo que “a hermenêutica é o método universal das ciências históricas”²⁶⁶; para ele, essa é a maneira atualmente possível de conceber um novo enfoque para as ciências humanas, sem que fiquem atreladas à “espúria restrição de perspectiva imposta pelo modelo das ciências da natureza”²⁶⁷.

Esse modelo é lastreado naquilo que Gadamer chama de “conhecimento prático”, ou “filosofia prática”, que representa, sobretudo, uma “razão prática”, longe da

²⁶⁴ GADAMER, 2004, p. 510.

²⁶⁵ Ibid., p. 515.

²⁶⁶ GADAMER, 2005, p. 12.

²⁶⁷ Ibid., p. 13.

“mistificação científica da sociedade moderna”²⁶⁸. Portanto, a consciência histórica, mais que uma simples razão/consciência, é o modo de o ser humano portar-se no mundo, muito antes de elaborar qualquer “conhecimento teórico”. Gadamer elabora essa distinção com base no Livro Sexto de a *Ética a Nicômaco*, em que Aristóteles²⁶⁹ separa o conhecimento teórico e técnico, do conhecimento prático. Ora, o método científico é teórico, não possuindo nenhum elemento de saber prático à primeira vista; numa recorrência, essa concepção remete ao pensamento idealista platônico com sua teoria das “ideias”.

A filosofia hermenêutica segue outro caminho, que privilegia o conhecimento prático, advindo da vivência da cotidianidade do sujeito que, para viver e conhecer, não faz diferença entre pensar, existir e aplicar. Não há um “penso, logo existo”, essa redução direta à consciência é afastada; aqui se tem o reconhecimento de que é vivendo, existindo, que o homem compreende – e compreendendo aplica o que obteve a partir dessa mesma compreensão. Logo, os conceitos utilizados por Gadamer estão umbilicalmente interligados: a consciência histórica é o modo como o homem se localiza no mundo; ela é prática porque lhe orienta o agir e lhe dá, num primeiro momento, a pré-compreensão de estar no mundo. Como o próprio Gadamer adverte, a pré-compreensão é “prefigurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e modela os seus preconceitos”²⁷⁰.

Mas essa tradição não implica necessariamente que o intérprete deva aceitá-la de modo acrítico ou que seja refém de um “conservadorismo social e político”²⁷¹. Para Gadamer, há um confronto com a tradição que pode permitir o surgimento do novo ante o antigo. De onde se extrai que a historicidade é própria do homem, sendo-lhe tão característica que se pode afirmar que lhe é intrínseca, já que não há como pensar o sujeito sem que ele esteja inserido em dada realidade histórica. É essa característica, aliás, como sugere o próprio Gadamer, que nos impõe a obrigação de realizar a constante interrogação que chamamos filosofia. A historicidade é, pois, a consciência constante do fluxo do tempo, trazendo, por sua vez, a certeza da relatividade de toda opinião. Dessa consciência histórica provém a reflexividade inerente ao pensar atual, que pode ser descrita como uma maneira de indagar-se sobre a força da tradição,

²⁶⁸ GADAMER, Hans-Georg. *O Problema da Consciência Histórica*. Organização de Pierre Fruchon. Tradução de Paulo Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1996, p. 13.

²⁶⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

²⁷⁰ GADAMER, op. cit., p. 13.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 14.

refletindo-se sobre ela, como diz Gadamer, “a fim de ver o significado e o valor relativos que lhe são próprios”; “esse comportamento reflexivo diante da tradição chama-se interpretação”²⁷².

A interpretação passa, então, a tornar-se a palavra-chave da atividade reflexiva das ciências sociais, ao contrário das “ciências da natureza” que ainda se preocupam com a “busca de regularidades”, perscrutam as “causas ocultas” dos acontecimentos, no afã de desvendarem seu verdadeiro sentido. O conhecimento da história, portanto, foge ao método indutivo das chamadas ciências naturais; não se buscam as citadas regularidades que designariam o “caráter” científico do conhecimento; o regular é impossível na história, ela não se repete; o objetivo da hermenêutica é extrair a nota singular, o acento único de determinado fato. Como assinala Gadamer, “o que interessa ao conhecimento não é saber como os homens, os povos, os Estados se desenvolveram em geral, mas, ao contrário, como este homem, este Estado, este povo, veio a ser o que é; como todas essas coisas puderam acontecer e encontrar-se aí”²⁷³.

Essa questão encerra a disputa entre o conhecimento teórico e o conhecimento prático? A querela entre a *vita contemplativa* e a *vita activa*?²⁷⁴ A filosofia hermenêutica da existência, de Heidegger, na qual Gadamer também obteve sugestões, procura, em meu sentir, um caminho para essa dualidade. O primeiro ponto é o rechaço de qualquer ideia de uma “natureza humana”, conceito que agradou aos teóricos do racionalismo. Heidegger, ao contrário, propõe o que chama de uma “analítica existencial”, inserida na cotidianidade; que, penso eu, não é estática como a noção de uma natureza humana presente no homem – em todos os homens – através da história. Creio que isso fica explícito nesta passagem:

Para Scheler, a pessoa nunca pode ser pensada como uma coisa ou uma substância. ‘A pessoa é, sobretudo, a unidade da vivência diretamente vivenciada com as vivências – e não somente uma coisa somente pensada atrás e fora do que se vivencia diretamente’. A pessoa não é um ser substancial, nos moldes de uma coisa. Além disso, o ser da pessoa não pode exaurir-se em ser um sujeito de atos racionais, regidos por determinadas leis. A pessoa não é uma coisa, uma substância, um objeto²⁷⁵.

²⁷² GADAMER, 1996, p. 19.

²⁷³ Ibid., p. 23-24.

²⁷⁴ A contraposição dessas duas expressões, compreendidas como modos de vida, é exposta em: ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária; São Paulo: EDUSP, 1981, cap. 1, especialmente p. 20-26.

²⁷⁵ HEIDEGGER, 1984, p. 84.

É claro que nessa passagem não está claramente a interpretação que acima espousei. De fato, não é da prática de Heidegger, em *Ser e Tempo*, ir diretamente a esse tipo de debate. Acima, remanesce a minha interpretação do que se toma como “analítica existencial”. Citei o texto para mostrar que Heidegger não está preocupado com algo que pode ser compreendido como uma “natureza” – como *ousia*, ou seja, como substância, na interpretação aristotélica do ser, mas que deságua justamente no ente, como ele criticou. A metafísica ao mostrar o ser, na verdade, trata do ente. A ideia de Heidegger de uma analítica, portanto, está mais consentânea com a noção de pessoa, de vivência – que não pode ser uma coisa, nem objeto, nem substância, mas sim presença (*Dasein*) e cotidianidade. Nessa configuração, é possível pensar que a discussão entre conhecimento prático e teórico pode ser superada. Ao contrário de Heidegger, porém, Gadamer prefere voltar a Aristóteles, como se pode notar do tópico intitulado “A atualidade hermenêutica de Aristóteles”, constante de *Verdade e Método*. Nesse item, Gadamer aborda o problema da aplicação como um problema de conteúdo hermenêutico e faz algumas considerações a partir da ética aristotélica; sobressai sua preocupação em compreender como fazer do conhecimento teórico algo aplicável ao saber ético do homem, ou seja, como fazer agir o saber teórico sobre a conduta humana.

Embora ressalte que o saber hermenêutico não é nem ético nem técnico, Gadamer busca em Aristóteles uma disposição de como fazê-lo atuar à maneira do saber ético, e a reflexão aristotélica pode conceder razões para isso. A questão é esta: o que se aprende deve ser aplicado e essa questão é primordial na ética, porque segundo Gadamer, “aquele que deve tomar decisões morais é alguém que já sempre aprendeu alguma coisa”²⁷⁶. O conceito de *phrónesis* em Aristóteles pode esclarecer tal questão, segundo Gadamer. E é no direito, ou a sua aplicação pelo juiz, que se tem um dos exemplos de que se serve Aristóteles para explicitar sua noção de fronesis: “Não falamos da ‘arte’ do juiz? Por que será que o que Aristóteles designa como forma jurídica da *phrónesis* (*dikastiké phrónesis*) não é uma *techne*?”²⁷⁷.

Gadamer também termina por expressar aquilo que acima indicamos, ao afirmar que se referiu a “descrição aristotélica do fenômeno ético, e em particular, da virtude do saber moral [;] então a análise aristotélica servirá como uma espécie de *modelo dos problemas inerentes à tarefa hermenêutica*”²⁷⁸.

²⁷⁶ GADAMER, 2005, p. 322.

²⁷⁷ Ibid., p. 418.

²⁷⁸ Ibid., p. 426, grifos do autor.

Nesse sentido, a ideia de *razão prática* vem novamente à tona. Gadamer, por exemplo, em *Verdade e Método*, retomando Aristóteles, enfrenta o debate sobre várias questões que são de interesse para o direito. Em primeiro lugar, situa a razão, enquanto modo de pensar, no problema da questão ética, ou seja, insere a problemática no contexto do que é o bom para o ser humano quando defrontado com problemas desse tipo, que demandam uma espécie de raciocínio que não pode ser completamente abstrato. Isso ressalta a atualidade de Aristóteles, que se contrapôs à noção vazia da ideia de bem de Platão.

Mutatis mutandis, esse argumento pode servir de parâmetro para a crítica da concepção formalista da validade do direito, também como algo generalista e vazio, necessitando de uma espécie de *correção*²⁷⁹, que seria a adequação da abstração da norma legal à sua concretude na ação humana, na conduta, para a qual se destina como *ethos* obrigatório.

Esta reflexão surgiu encimada por uma questão fundamental: a afirmação de que o conceito de validade jurídica, principalmente em Hans Kelsen, é excessivamente formal, como de resto toda sua teoria, e, por isso, afasta-se do mundo da realidade²⁸⁰. Assim, entendemos que a reflexão aqui proposta traduz, a nosso ver, um aspecto da chamada “sabedoria prática”, ou mundo prático, de que nos fala a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, que busca justamente aproximar o compreender do mundo-da-vida (*Lebenswelt*)²⁸¹. Na verdade, assinala-se uma questão bastante em voga, que é o retorno da filosofia e da ciência àquilo que pode ser chamado de “mundo prático”. Lenio Streck aponta:

[...] Em sentido contrário Gadamer vai resgatar o valor da tradição, colocando a pré-compreensão como condição de possibilidade. Mas há um algo a mais na tese hermenêutico-gadameriana: essa pré-compreensão está eivada de faticidade, do modo prático do ser no mundo [...] *a tradição – tão combatida por autores como Habermas – mostra-nos que não havia espaço para o mundo prático no modelo do direito anterior*. Não havia espaços para a discussão dos conflitos sociais; que não eram assunto para o direito [...] se a própria

²⁷⁹ Aqui essa palavra assume seu sentido comum, sem duplicidade, assim como é definida por Aristóteles em sua *Ética a Nicômaco*, E 14, e como a trata Gadamer na página 419 da edição brasileira de 2005. Entretanto, é necessário fazer alusão ao sentido que também Alexy empresta ao termo.

²⁸⁰ Cf. Mario G. Losano, na introdução à edição italiana de *O Problema da Justiça*: “Se uma teoria geral não-formal do direito não serve para nada, para que serve então a teoria pura do direito?” (KELSEN, 2003, p. XXIV).

²⁸¹ Cf. Alexandre Araújo Costa: “O que determina a especificidade do homem é justamente o fato de que ele *compreende* o mundo, no sentido de que ele confere sentido às coisas. É justamente por isso que o homem habita um território simbólico pleno de significados, e não apenas um mundo empírico de objetos inexistentes” (COSTA, 2008, p. 13).

Constituição altera substancialmente a teoria das fontes que sustentava o positivismo e os princípios vêm a propiciar uma nova teoria da norma (atrás de cada regra há, agora, um princípio que não a deixa se desvencilhar do mundo prático) [...] ainda vivemos em um mundo jurídico que busca exorcizar os fatos e conflitos tratados pelo direito, isto é, em um mundo no qual a metodologia jurídica continua com *a função de promover a desvinculação do caráter historicamente individualizado de cada caso que esteja em sua base, para atingir o abstrato generalizável e comum* [...] ²⁸².

Portanto, a partir da hermenêutica filosófica de Gadamer e sua influência no direito, é possível pensar num influxo sobre o conceito dogmático de validade jurídica, colocando-o sob a chancela da realidade, do mundo prático, rechaçando a sua absolutização conceitual que peca pelo excesso de formalismo. Para ele, o problema hermenêutico não se reduz exclusivamente à teologia ou à jurisprudência, já que ultrapassa os limites impostos pelo “conceito metodológico da ciência moderna”²⁸³; não é, portanto, algo reservado apenas aos homens da ciência, pois tem um sentido na experiência do homem no mundo. A compreensão não é um problema de método, embora se defronte com o predomínio da ciência moderna, que se quer – ainda – como verdade. Por isso, Gadamer afirma que a “experiência da verdade” ultrapassa o “campo do controle da metodologia científica”²⁸⁴ – para ele, esse campo é extensível à filosofia, à arte e também à história. Para Gadamer, “são modos de experiência nos quais se manifesta uma verdade que não pode ser verificada com os meios metodológicos da ciência”²⁸⁵. Entretanto, a legitimação que essas experiências buscam como partícipes da verdade deve ser adquirida no “aprofundamento do fenômeno da compreensão”²⁸⁶. A hermenêutica pretendida por Gadamer é aquela que vai além do que ele chama de “autoconsciência metodológica” das ciências do espírito²⁸⁷.

Como se disse, a retomada da noção de sabedoria prática na filosofia atual é feita por Gadamer a partir de Aristóteles, especialmente por meio da leitura do Livro Sexto de *Ética a Nicômaco*, quando se realçam os tipos de conhecimento que o Estagirita atribui à alma, entre os quais a arte, o conhecimento científico, a sabedoria filosófica e a razão intuitiva. Aristóteles destaca a sabedoria prática, como um tipo de capacidade do homem para deliberar acertadamente sobre coisas boas e más, principalmente em casos particulares:

²⁸² STRECK, 2008, p. 4-9, grifos nossos.

²⁸³ GADAMER, 2005, p. 29-34.

²⁸⁴ Ibid., p. 30.

²⁸⁵ GADAMER, loc. cit.

²⁸⁶ GADAMER, loc. cit.

²⁸⁷ Ibid., p. 31.

[...] A sabedoria prática, pelo contrário, versa sobre coisas humanas, e coisas que podem ser objeto de deliberação; pois dizemos que essa é acima de tudo a obra do homem dotado de sabedoria prática: deliberar bem. Mas ninguém delibera a respeito de coisas invariáveis, nem sobre coisas que não tenham uma finalidade; um bem que se possa alcançar pela ação. De modo que delibera bem no sentido irrestrito da palavra aquele que, baseando-se no cálculo, é capaz de visar à melhor, para o homem, das coisas alcançáveis pela ação [...] A sabedoria prática também é identificada especialmente com aquela de suas formas que diz respeito ao próprio homem, ao indivíduo; e essa é conhecida pela denominação geral de ‘sabedoria prática’. De outras espécies, uma é chamada de administração doméstica, outra, legislação, e a terceira, política, e desta última uma parte se chama deliberativa e a outra judicial. [...] Que a sabedoria prática não se identifica com o conhecimento científico, é evidente; porque ela se ocupa, como já se disse, com o fato particular imediato [...] ²⁸⁸.

Este é um debate que se alonga na história da filosofia moderna se pensarmos na mesma questão proposta por Karl Marx em *Teses sobre Feuerbach*, segundo a qual os filósofos até aquele momento estavam interessados em apenas interpretar o mundo, quando o que é importante é modificá-lo (XI Tese) ²⁸⁹. Trata-se da célebre distinção entre *teoria* e *práxis*. A força retórica dessa afirmação sempre foi muito citada, porque nela transparece a urgência moderna consubstanciada na política e também na moral com fins instrumentais; e, nessa urgência, o direito é levado quase de roldão, pois deve ser considerado como uma espécie de “ciência prática”, feição que lhe deram os romanos.

O que Aristóteles chama de sabedoria prática, Gadamer cognomina de *phrónesis*, por oposição à *techne* ²⁹⁰. O conhecimento do direito, portanto, segundo a hermenêutica filosófica, como agir prático, de cunho deliberativo, não se ajusta a um conceito de validade que é de cunho técnico, com pretensão de absoluto, tal qual o cunhado pelo positivismo do começo do século XX; o qual, por isso, “corresponderia ao ideal lógico de demonstração da ciência” ²⁹¹, de que é modelo a teoria kelseniana do direito, preocupada em ser científica, tendo como objeto o direito positivo e como intuito apenas sua descrição. O argumento que se quer desenvolver aqui é justamente este: o contraponto entre a visão de mundo, lastreada na “facticidade da práxis”, que é

²⁸⁸ ARISTÓTELES, 1984, p. 146-148.

²⁸⁹ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Obras Escolhidas*. São Paulo: Alfa-Ômega, [1985], v. 3, p. 210.

²⁹⁰ “Aristóteles, porém, distingue então duas formas, nas quais um tal saber do bem encontra a sua perfeição, *techne* e *frónesis*; formas que repousam sobre a diferença entre *poiesis* e *práxis*” (GADAMER, Hans-Georg. A ideia de filosofia prática. In: _____. *A Ideia do Bem entre Platão e Aristóteles*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 27-28, grifo do autor).

²⁹¹ GADAMER, Hans-Georg. Razão e Filosofia Prática. In: _____. *Hermenêutica em Retrospectiva*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007, v. 3, p. 68.

próprio da hermenêutica filosófica, e a racionalidade meramente instrumental do conceito de validade jurídica kelseniano, enquanto representante maior da corrente positivista. Nesse sentido, estabelece Zaccaria:

[...] de igual maneira como a hermenêutica filosófica contesta a pretensão das linguagens formalizadas da ciência e da técnica, de ocupar todo o campo da racionalidade, assim as teorias hermenêuticas da interpretação jurídica se opõem à pretensão do positivismo e do formalismo jurídico em dar conta da totalidade do fenômeno jurídico²⁹².

O excessivo formalismo conduziu, pois, a esse embate entre teoria e prática. O conceito de validade jurídica tal como descrito por Kelsen é um excelente exemplo do tipo de construção conceptual em que o mundo da realidade se encontra afastado do cotidiano da ação prática, da *phrónesis*.

Outra contribuição de Gadamer, baseada na leitura do Estagirita, é a preocupação com o compreender. Para Gadamer, “Aristóteles mostra que toda lei é geral e não pode conter em si a *realidade prática* em toda a sua concreção”²⁹³. Aqui, aquilo que se tem denominado de “razão prática” exige o necessário ajuste entre o âmbito geral e a situação em si. Não se precisa reafirmar que esse tipo de exercício intelectual está indelevelmente ligado ao direito. Nosso objetivo é entender o direito como inserido no campo ético, e nisso não estamos longe de Miguel Reale, por exemplo, que registrou esse aspecto em seu livro *Filosofia do Direito*, da seguinte maneira:

*Compreender não é ver as coisas segundo nexos causais, mas é ver as coisas na integridade de seus sentidos ou de seus fins, segundo conexões vivenciadas valorativamente. É mister, pois, distinguir, entre leis físicas ou naturais, de ordem explicativa, e as leis culturais que envolvem uma “conexão de sentido”, ou a vivência do real, sendo de ordem compreensiva. Uma das espécies de leis culturais são as normas, que implicam a **necessidade ética** de se agir ou não em certo sentido. Os bens da cultura compreendem-se, não se explicam apenas. O explicar é condição do compreender, porque em todo objeto cultural existe um elemento que é o “suporte”. A compreensão marca, ao contrário, o íntimo contacto (vivência) com o elemento valorativo ou axiológico [...] sem “compreensão”, entendido o termo na acepção especial que lhe estamos dando, não existe ciência cultural [...] A norma jurídica é, por conseguinte, uma espécie de norma ética [...] daí a impossibilidade de estender aos domínios do Direito, princípios e métodos peculiares às pesquisas da Física ou da Matemática: cada região ôntica possui leis próprias, bem como a metodologia correspondente às suas estruturas objetivas*²⁹⁴.

²⁹² ZACCARIA, 2004, p. 11.

²⁹³ GADAMER, 2005, p. 419, grifo nosso.

²⁹⁴ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 251-253, grifos nossos e do autor.

O pensamento de Reale, nesse aspecto, é semelhante ao de Gadamer, que também assinala que “Aristóteles enfatiza o fato de que, no terreno da filosofia prática, não se pode falar de uma exatidão de nível máximo como a que fornece o matemático”²⁹⁵.

Mas voltando a Gadamer e à sua compreensão da ética aristotélica, para fins deste trabalho, é assim que ele descreve a questão da relação entre o saber e a virtude:

O problema então é saber como pode se dar um saber teórico sobre o ser ético do homem. Se o que é bom para o homem se dá cada vez na concreção da situação prática em que ele se encontra, então o saber ético deve chegar a discernir de certo modo o que é que esta situação concreta exige dele ou, dito de outro modo, aquele que atua deve ver a situação concreta à luz do que se exige dele em geral. Negativamente, *significa que um saber geral que não saiba aplicar-se à situação concreta permanece sem sentido, e até ameaça obscurecer as exigências concretas que emanam de uma determinada situação*²⁹⁶.

Em nossa percepção, a preocupação gadameriana com o problema da relação entre a ética e a sua concreção está ligada à questão hermenêutica, pois “*também o problema hermenêutico se aparta evidentemente de um saber puro*”²⁹⁷. Portanto, o saber hermenêutico, tal como o define Gadamer, com base na compreensão da ética por Aristóteles, não é um saber totalmente puro, de aspecto meramente teórico; é um saber também prático.

A afirmação parece completamente cabível para a crítica da tentativa de eleger um saber puro para o direito por meio de uma conhecida teoria (aqui falamos obviamente de Kelsen). Nesse sentido, a hermenêutica gadameriana ou filosófica é um aporte relevante para a crítica da racionalidade dogmática de conteúdo positivista, qual seja: a necessidade de que o conhecimento seja relevante para a ação, para guiar a conduta – tal como demanda o direito –, não podendo separar-se da realidade em que está inserido, não podendo ser apenas puro e teórico. É assim que Gadamer enfrenta essa questão:

[...] é certo que uma hermenêutica das ciências do espírito não pode extrair nenhum ensinamento dessa delimitação entre o saber ético e o saber nos moldes da matemática. Ao contrário, em oposição a essa ciência ‘teórica’, as ciências do espírito fazem parte, estritamente, do saber ético. São ‘ciências morais’. Seu objeto é o homem e o que sabe de si mesmo²⁹⁸.

²⁹⁵ GADAMER, 2005, p. 413.

²⁹⁶ Ibid., p. 412-413, grifos nossos.

²⁹⁷ Ibid., p. 414, grifos do autor.

²⁹⁸ GADAMER, loc. cit.

Mas é muito importante ressaltar, ainda, que, para Gadamer, esse saber de si mesmo não é suficiente; tanto o saber ético, como o saber técnico ainda não correspondem àquele que é buscado pela hermenêutica. Para o autor, a “consciência hermenêutica não se trata de um saber técnico nem ético, mas essas duas formas de saber contêm *a mesma tarefa da aplicação* que vimos ser a problemática central da hermenêutica”²⁹⁹.

3.4 A APLICAÇÃO DO COMPREENDER: A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS

Não é escusado afirmar que o direito ganhou centralidade nas preocupações da política e da filosofia. Na teoria de Jürgen Habermas, por exemplo, é possível notar esse deslocamento do direito para o local de um programa com características políticas. Na passagem do século XX para o XXI, ou com a queda das utopias do século XX, tanto a chamada “teoria crítica”, quanto a teoria marxista perderam interesse como “programas de ação”, como práxis revolucionária ou emancipadora, a tal ponto que o direito passou a ser uma espécie de programa político das sociedades democráticas, principalmente da Europa e do chamado Primeiro Mundo. Talvez pelas inserções de princípios e programas pelas Constituições do pós-guerra, em razão das experiências totalitárias ou autoritárias, o fato é que o direito tornou-se algo além do interesse de apenas juristas e advogados. Embora não se possa deixar de considerar a emergência do “neoconstitucionalismo”, parece ser um ponto mais forte que isso, o fracasso das utopias comunitárias, apesar da persistência no direito de tendências com esse último perfil³⁰⁰.

Já no que tange à filosofia, o direito também se pode considerar como que invadido por ela, por uma exigência de compreensão que transcende a ele próprio. Enquanto se revelou impotente diante da experiência totalitária, permitiu-se que fossem reavaliados seus fundamentos, como demonstra a tentativa de Gustav Radbruch, na Alemanha, logo após a Segunda Guerra Mundial. Em certa medida, vivenciamos ainda essa tensão que se estabeleceu no início entre as denominadas correntes

²⁹⁹ GADAMER, 2005, p. 415, grifo do autor.

³⁰⁰ “O comunitarismo repudia o passivismo formalista dos nossos operadores do Direito, especialmente no Judiciário, cobrando o surgimento de uma magistratura comprometida com um ativismo em favor das causas sociais. Esse engajamento da magistratura certamente é elemento essencial para a superação do Estado Social de Direito pelo Estado Democrático de Direito” (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, *Habermas e o Direito Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 13).

“jusnaturalistas” e “positivistas” quando se busca uma espécie de terceiro gênero, denominado, por sua vez, de “pós-positivismo”, que ainda aguarda definição mais adequada. Barroso, acertadamente, afirma sobre esta noção que o “debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. *Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares*”³⁰¹.

Se o pós-positivismo representa a invasão do direito pelos “princípios” e, num certo sentido, significa recorrer à filosofia para compreender o direito, o neoconstitucionalismo prende-se a esse aspecto, mas a partir de um acontecimento político e histórico, que redefiniu a Constituição como documento normativo na perspectiva democrática. Se antes era necessária a revolução como processo histórico e político para se conseguir as alterações em favor de uma sociedade justa, após a quadra utópica, quando se verificou que a revolução conduz a um canal autoritário e, por vezes, até mesmo totalitário, sobressai hoje a Constituição como mecanismo político de obtenção da “vida boa” ou da “felicidade”.

Essa passagem institucional não se fez sem decepções, tristeza e mortes, como no caso da Alemanha após a onda nazista; processos semelhantes podem ser descritos na Espanha, em Portugal e no Brasil, a partir de 1988. Todos esses processos têm em comum o fato de que esses países experimentaram longos períodos ditatoriais, na segunda metade do século XX. A ajuda veio da teoria constitucional que renovou o entendimento de que a Constituição não é apenas mero ornamento jurídico-político, de conteúdo programático e dentro da política do possível. Para isso contribuíram expressões teóricas como a doutrina da “força normativa da constituição”, com Konrad Hesse³⁰² na Alemanha, e a disposição renovadora do constitucionalismo português depois da Revolução dos Cravos. Não é sem motivo que essa renovação inicia-se na Alemanha em 1949, com a Lei Fundamental de Bonn, terra de Habermas, e consolida-se com a instituição do Tribunal Constitucional Federal em 1951. Depois dela, teremos o surgimento das Constituições da Itália, em 1947, a de Portugal, em 1976, da Espanha, em 1978, e do Brasil, em 1988, como já frisado acima.

Assim, creio que é possível assinalar os nexos que interligam, de um lado, os fatores sociais e históricos e, do outro, os reflexos no direito, a partir da emergência de

³⁰¹ BARROSO, 2009, p. 247, grifo nosso.

³⁰² HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991.

um novo padrão constitucional, tendo como pano de fundo filosófico uma preocupação mais acentuada com a concreção dos direitos e garantias do ser humano em busca da felicidade. Ao definir que é possível o estabelecimento da “vida boa” na sociedade humana, ideia perseguida pelos filósofos desde a Antiguidade, como se pode ver já em Aristóteles, o pós-positivismo está também interligado, sem sombra de dúvida, com a “revalorização da razão prática”³⁰³. É possível, então, constatar que a hermenêutica filosófica, que também persegue a mesma possibilidade, admite a conexão com o direito naquilo que se pode chamar de uma “nova hermenêutica jurídica”, como, de certo modo, propõe Lenio Streck no Brasil.

Streck advoga a possibilidade de o direito constituir-se em ponto de intersecção entre a conduta jurídica e a concretização dos direitos que apontem para a consecução do Estado Democrático de Direito. Nesse programa, um papel importantíssimo é desempenhado pelos juristas, que devem evoluir para uma postura produtiva, deixando a postura meramente reprodutiva, como acontece atualmente. Nesse particular, a Constituição – ou uma Teoria da Constituição – surge, também, como elemento programático dessa empreitada.

A ideia da *razão prática* permite conectar a conduta humana com os princípios da moralidade e da justiça e, nesse ponto, afasta grandemente a teoria positivista, segundo a qual o direito deve ser encarado como uma mera técnica de aplicação do direito positivo de forma dedutivista e silogística. A ação humana pode ser informada pelas diretrizes da razão, que se chama *prática*, e deve ser direcionada no sentido do “bem”, da “vida boa”, da felicidade e da Justiça. Esta é a grande novidade proporcionada pelo pós-positivismo: o resgate da possibilidade filosófica de um pensar orientado para a conduta humana, com base em uma racionalidade diferente da que caracteriza o positivismo, por exemplo, no qual prepondera a razão teórica. Essa nova (?) razão é “*dialógica*, centrada não no sujeito, mas no processo argumentativo, que vincula a correção das decisões judiciais ao teste do debate público”³⁰⁴.

A Constituição, assim, no dizer de Streck, passa a *constituir*³⁰⁵; seus efeitos passam a ser irradiados por todo o tecido social, devendo ser, necessariamente, interpretada e compreendida:

³⁰³ BARROSO, 2009, p. 249.

³⁰⁴ (SOUZA NETO *apud* BARROSO, loc. cit.

³⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 78.

A rapidez das mudanças sociais das sociedades contemporâneas foi, no entanto, exigindo uma mobilidade nas questões jurídicas que enfrenta o poder judiciário e a justiça constitucional, à qual deveria corresponder um conjunto de novas formas de conceber problemas do direito e do que significa o *constituir* da Constituição. Enfrentou-se, assim, o estudo do direito com situações inteiramente novas, a que era necessário responder com radicalidade e sem repetir velhas fórmulas teóricas³⁰⁶.

Nesse mesmo opúsculo, Stein afirma que a hermenêutica jurídica seguia uma forma rígida, como interpretação apenas técnica, baseada em cânones interpretativos, prevalecendo o argumento da autoridade. Essa interpretação, por sua vez, articula-se com a dogmática jurídica. Ainda que se esforçasse para atualizar parâmetros, modificar sentidos, a dogmática jurídica constituía-se (e constitui-se) em refém de uma tradição metafísica que se consolidava numa ideia de solidez e de imutabilidade. Explica Stein:

O pensamento dogmático do direito era capaz, quando muito, de responder com novos aparatos legais que sempre traziam em seu bojo a mesma rigidez dos pressupostos metafísicos de onde provinham. Era o império da objetificação que prendia o pensamento dogmático no estreito domínio da positividade [...] muitos autores da área jurídica se aperceberam dos impasses em que se movimenta toda a dogmática jurídica. Muitos devem ter sentido, na prática do dia-a-dia, o quanto funcionava uma espécie de descompasso entre o funcionamento do direito na realidade e as formulações nos códigos, na Constituição e as respectivas interpretações. Mas esse descontentamento com o mundo do direito levava a correções pontuais e a sugestões transitórias. Quando muito se faziam apelos a velhas fórmulas de fundamentação do direito ou a teses em que se debate a filosofia do direito³⁰⁷.

Entendo, por isso, que Streck, apesar de criticar Habermas em *Verdade e Consenso*, no fundo admite a teoria do direito com seu caráter emancipatório. Em *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*, Streck³⁰⁸ insere, a seu modo, o parâmetro da filosofia hermenêutica no mundo do direito; com isso procura desmobilizar os modos de compreensão dogmáticos que imperam na tradição nacional, de conteúdo objetificador e positivista, para não dizer, de extrema admiração por Kelsen. Essa mobilização dogmática é conhecida na busca incessante de um fundamento único, de um método que sirva, além do tempo e da história, como único e exclusivamente necessário, para definir o direito. Aqui temos a importância que é dada ao sujeito como aquele que interpreta e doa o sentido; ele é o dono do sentido,

³⁰⁶ STEIN, Ernildo. *Novos Caminhos para uma Filosofia da Constitucionalidade*: notas sobre a obra *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*, de Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: [s.n.], 2003b.

³⁰⁷ Ibid.

³⁰⁸ STRECK, 2002.

investido nessa condição, não admite outra compreensão que não a sua. O fundamento existe e nele o direito se espraia e se edifica como num sistema coerente e quase sem rupturas; esse fundamento é único e indivisível e não adianta contrapor-se a ele: pois além dele não há direito, o risco é imenso (ou o medo). É assim que funciona; pode-se admitir o peso dessa expressão como elemento que sossega os mais críticos; logo, não há como escapar à dogmática jurídica e à sua expressão objetificadora. Entretanto, esse método é *puro*, mas sem vida: a norma é o texto.

É nesse mesmo ponto que entra a crítica da racionalidade tida por dogmática. Não há como escapar ao *estranho* que nos conduz ao direito que não busca esse fundamento, que aceita permanentemente o acontecer da interpretação, o sentido do texto predeterminado pela pré-compreensão que sempre acompanha o sujeito. Este não é o dominador de toda a linguagem e o dono exclusivo do sentido; o sentido é construído intersubjetivamente e, afinal, a norma não é o texto.

Por consequência, o direito constitucional – ou a Constituição – não é autônomo, desprovido de efetiva ligação com o cotidiano da prática jurídica; não há a rigidez metódica, colocando a Constituição no centro de toda interpretação jurídica. Ela é que é o fundamento de todo o direito; mas não um fundamento de caráter metafísico e aleatório no tempo e no espaço, metafisicamente separado da realidade. A Constituição acompanha-nos em nosso processo de compreender juridicamente.

Emerge, então, o direito como que imbuído de uma “força civilizatória”³⁰⁹, na proposta de Habermas, em um contexto assim caracterizado:

[...] crescente entrelaçamento entre filosofia política e filosofia do direito, com a reconexão do debate de teoria do direito com o domínio da teoria da justiça; a sofisticação das discussões da metodologia jurídica, sobretudo com a proliferação dos casos difíceis, com o desenvolvimento expressivo das teorias da argumentação jurídica; a reabilitação da racionalidade prática e a erosão do paradigma positivista; o novo papel dos princípios jurídicos e a reconfiguração da teoria constitucional; o reequacionamento da legitimidade da jurisdição constitucional com base nas discussões acerca do modelo da democracia deliberativa; as demandas por democratização e participação popular nas ações da administração pública; o alargamento da tarefa hermenêutica dos magistrados em face das exigências de efetivação dos direitos consagrados nos textos constitucionais; o crescimento do Judiciário na vida quotidiana dos cidadãos e a necessidade de critérios para aferir a legitimidade de suas decisões³¹⁰.

³⁰⁹ MAIA, 2008, p. 1-23.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 3.

Antônio Cavalcanti Maia afirma que o elenco de temas está longe de ser exaustivo, apontam para a missão civilizatória do direito, hoje, em países em que o capitalismo se tornou tardio. Como eu disse acima, essa importância dada ao direito significa a derrota de programas políticos definidos, uma espécie de *domesticação política*, principalmente nos aglomerados que insistiam na revolução política. Na sonhada *terceira via* entre capitalismo e socialismo, o direito surge como opção³¹¹.

Para Canotilho, a tentativa de Habermas procura escapar às armadilhas de um “autismo da validade normativa quer à pura facticidade típica da objectivação sociológica”³¹². Para Maia, Habermas defende a tese de que o direito adquire a condição de fazer o liame entre os canais de procedimentos políticos e legais, mediante processos deliberativos formais e informais, em que alguns podem, inclusive, tornar-se vinculantes; além de proporcionar a existência de um sistema circulatório entre o sistema e o mundo-da-vida, constituindo-se em mecanismo de reprodução social, por meio de normas jurídicas com caráter de obrigatoriedade. O direito é visto por Habermas como uma linguagem que se insere na circulação social, funcionando como uma espécie de ligação comunicativa entre sistema e mundo da vida, como acima se tentou explicar.

Aqui a razão prática novamente é citada como inserta no direito, a partir do momento em que as Constituições incorporam valores morais e princípios jurídicos específicos, o que representa para Habermas, uma aposta significativa no direito como local em que se encontram consagrados direitos fundamentais. Esses direitos, por sinal, com a centralidade que ganharam atualmente nas cartas constitucionais, são o exemplo do que Habermas entende pelo *minimum* do direito, como categoria que impulsiona o avanço social. Para ele, há uma clara e expressiva diferenciação do direito no tecido social; o direito incorporaria uma dimensão diferente da moral ligada ao mundo natural, por exemplo, assim como uma dimensão da economia, também relacionada ao mundo natural. O direito firma-se como um programa de realizações que possibilitariam a vida em sociedade, de diversas formas de cultura.

O debate sobre a validade do direito, na atualidade, tomou um caráter renovador, principalmente porque fugiu ao controle dos filósofos do direito e tornou-se, também, preocupação de outras esferas da ciência, como, por exemplo, de filósofos *tout court*, de sociólogos e de políticos. Isso talvez se deva à situação acima exposta: o direito

³¹¹ MAIA, 2008, p. 6.

³¹² CANOTILHO *apud* MAIA, 2008, p. 8.

adquiriu a centralidade de uma força emancipadora. A validade jurídica vista apenas como normativa, como um dado técnico que poderia justificar a aplicação de normas jurídicas, e objeto do debate dos *jusfilósofos*, agora se tornou uma preocupação central da teoria política e filosófica. Num mundo cada vez mais secularizado, onde a religião e a moral tornam-se meros itens de uma tradição não mais obrigatória, em que já não se afasta o infrator para o limbo da sociedade, emerge o direito como a única forma *racional* de norma válida que se consegue impor a todos os integrantes da sociedade, sem distinção de qualquer natureza, ou, de outro modo, distinguindo onde é necessário distinguir para atingir a ideia de igualdade.

A norma jurídica não pode mais impor-se, única e obrigatoriamente, pela força; desse modo ela perde legitimidade e é contestada. O teorema de Gustav Radbruch, levantado por Robert Alexy, é justamente isto: a perda de validade da norma que se torna injusta, tão excessivamente injusta que leva ao seu próprio descrédito. O que deve justificar a norma jurídica? Apenas o procedimento por meio do qual é produzida, como na receita kelseniana? É a sua inerente racionalidade, possível de ser compreendida por todos, que sustenta a sua legitimidade? Mas quem decide que a norma é norma? Deve o processo prevalecer sobre o sentido moral que reside no âmago da norma?

Ora, já não é mais possível afastar a instância moral, o conteúdo da norma, do aspecto tangencial de sua validade. A norma jurídica, para ser válida, deve ser justa – ou pelos menos conter em si uma parcela dessa originariedade, que é a sua substância ética. Foi como se tivesse havido uma tremenda mudança, em que o substrato ético da norma, tão pouco abordado pelos manuais positivistas, agora se transformasse no essencial do tema da validade da norma jurídica. A validade, nessa nova concepção, torna-se humildemente falível, passível de alteração, a tal ponto que a norma que sofra contestação em seu modelo moral, pode até mesmo ser prontamente rechaçada pelo sistema e pelos operadores do sistema jurídico, em especial, pelos juízes.

Habermas defende, portanto, a ideia de secularização, de que estamos num estágio em que podemos nos chamar de sociedade “pós-metafísica”, o que significaria a rejeição de qualquer ideia de tradição, de costume ou mesmo de religião, para dar legitimidade às normas jurídicas, fazendo surgir, então, o problema de fundo, que é o local onde elas devem buscar sua legitimidade. A simples racionalidade aparente do processo legislativo já não mais satisfaz desde que se sabe que esse mesmo processo, embora aparente expressar a vontade geral, pode servir para constituir situações de força, ditatoriais mesmo, anda que por meio do Parlamento. Nesse tipo de sociedade,

não há para quem apelar, para que as normas sejam justificadas. Esse fato provoca uma abertura inigualável para um vazio e uma exigência que deve lastrear-se na filosofia. Essa *estraneidade* provoca a necessidade de pensar imediatamente uma saída para o direito que não esteja na satisfação da autoridade, seja política, seja religiosa, ou mesmo consuetudinária, nem numa pretensa racionalidade procedimental. Mas, se esses requisitos não satisfazem, sobra apenas o conteúdo ético, que, por sua vez, não é nunca definitivo. Por isso, afirmamos que a validade, hodiernamente, não é absoluta, é sempre falível, estando limitada pelo mundo-da-vida; ou, se se quiser uma linguagem mais habermasiana, é limitada pela facticidade. A facticidade, que aqui entendemos como o espaço próprio onde se movem as pessoas, por meio da linguagem e da comunicação entre si, é um limite real e necessário porque o direito é apenas um *medium* que possibilita a comunicação e a integração entre as pessoas.

Moreira descreve essa situação de forma bem clara:

Com a introdução das características do Direito moderno, a saber, a positividade, a legalidade e o formalismo, fez-se uma exigência de fundamentação que não pôde ser cumprida pelas etapas anteriores do Direito. Ou seja, a exigência de fundamentação do Direito não pode firmar-se nem a partir do sagrado, nem do tradicional. No entanto, essa exigência só pode efetuar-se quando a consciência moral atinge um nível pós-tradicional, pois é aqui que pela primeira vez surge a ideia de que as normas jurídicas são suscetíveis a críticas, por conseguinte, são falíveis³¹³.

Para Streck, a hermenêutica filosófica estaria num campo oposto, em que a exigência de fundamentação não é assim absolutamente necessária. A crítica que ele faz às teorias procedimentalistas parte deste argumento: não é possível o fundamento último, a busca por um fundamento. As teorias de cunho procedimental, como a de Alexy, por exemplo, são expressões do mesmo mal que acometia a filosofia anterior, representacional e metafísica. A hermenêutica destrói essa busca incessante de justificar algo, de fundamentar o direito; a hermenêutica preocupa-se *hit et nunc*, é mais importante o momento em que o sujeito vive, o que significa essa vivência, do que apegar-se a um conceito que justifique tudo.

Moreira segue, porém, o argumento de Habermas de que as normas legais necessitam de justificação. Isso é o que se quis dizer quando se afirmou que a questão da validade ainda assombra a filosofia do direito, não conseguindo desvencilhar-se

³¹³ MOREIRA, Luiz. Direito, Procedimento e Racionalidade. In: MOREIRA, Luiz (Org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso, democracia*. Tradução dos ensaios de Karl-Otto Apel por Claudio Molz; revisão de Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004, p. 38-39.

desse aparato que, no fundo, tem motivações científicas e, principalmente, metodológicas, porque é o método que se preocupa em justificar, em fundamentar. Para aquele autor, ainda com lastro em Habermas, parece não haver saída para a questão da fundamentação. Ainda que a questão moral esteja inserida, por meio de princípios jurídicos, no bojo das constituições modernas, esses princípios necessitam de uma justificação moral. É como se se restabelecesse uma espécie de dedutivismo: o direito livra-se das estruturas tradicionais, torna-se secularizado, mas dependente de uma justificação, que se dá nos princípios jurídicos, os quais, no fundo, recorrem à moral para se justificarem; assim se chega à constatação de que o direito, hoje, tem por fundamento uma moralidade. A racionalidade do direito não é, portanto, a instrumental, referente a fins estratégicos; é antes uma racionalidade de caráter prático-moral, ou seja, justifica-se por meio das ações do sujeito.

3.5 A HERMENÊUTICA JURÍDICA

A hermenêutica jurídica tem uma aceitação forte no âmbito da tradição da compreensão, a tal ponto que ela figura em *Verdade e Método* ao lado da interpretação teológica e estética; é nela também que Gadamer busca modos de exemplificar o que entende por compreensão. E desse modo a hermenêutica filosófica possui condições de estender-se ao direito.

Como se nota, Gadamer preocupa-se em apenas estudar os autores que trataram a hermenêutica na Idade Moderna; na sua maioria, são alemães. Neste caso, a relevância do estudo está ligada a uma circunstância histórica: é somente com o afastamento da autoridade da Igreja, mediante a Reforma, que o texto bíblico pôde ser estudado tendo em vista uma compreensão adequada; antes, o dogmatismo católico impedia esse estudo. Assim, surgiu a escola que se pode chamar de “hermenêutica teológica”, cujo representante de maior envergadura é Schleiermacher. Esse teórico da hermenêutica começa seu trabalho como pregador; depois, ascende da hermenêutica bíblica para uma teoria de caráter metodológico, com pretensões filosóficas. Por tal razão, Gadamer situa seu estudo nos séculos XVIII e XIX – ou seja, no que chama de Idade Moderna –; daí também sua notória preocupação com o que ele chama de *Aufklärung* (esclarecimento, iluminismo), já que o Iluminismo foi recebido na Alemanha de maneira peculiar.

Portanto, o que se nota nos autores nos quais Gadamer fundamenta suas reflexões é o fato de que a abertura obtida pela hermenêutica, separando-se da presença

teológica ou da presença filológica, reflete a secularização europeia. E a questão filológica? Segundo o que se desprende de Gadamer, o interesse pela reconstrução filológica dos textos antigos é uma preocupação na Europa após o Renascimento. A busca da identificação do estilo, no afã de complementar o texto ou dar-lhe legitimidade, a exata inserção de uma palavra ou o período gramatical faltante, num texto encontrado, tudo isso dá a dimensão de como a hermenêutica filológica também se preocupava com o sentido.

Verifica-se, também, que a mudança ou a evolução da hermenêutica em direção a métodos ou modelos interpretativos revela que a “irmã pobre” é a hermenêutica jurídica, pois os métodos de interpretação históricos, o psicológico e mesmo o gramatical, no direito, são métodos que advêm da hermenêutica teológica. Assim, segundo Gadamer, o método psicológico de Schleiermacher influenciou Savigny (de fato, como não pensar nesta possibilidade diante das ideias de um encontro da *mens legislatoris*, mediante a interpretação jurídica?)³¹⁴.

Quando se constata que Gadamer vai buscar na Idade Média os momentos que serviram de configuração inicial à sua “hermenêutica”, é possível detectar a fonte dos métodos tradicionais de interpretação jurídica. O método gramatical, literal, é obra de Lutero em sua interpretação da Bíblia; o psicologismo de Schleiermacher é o fundamento do método psicológico da *mens legislatoris*; a Escola Romântica, com Ranke e Droysen, traz o método teleológico que vai ser estabelecido por Rudolf Ihering. Por isso, podemos dizer que a hermenêutica jurídica é uma obra de segunda mão.

Entretanto, Gadamer não pensa assim. Para ele, a hermenêutica jurídica assume um significado importante como modelo de uma ciência hermenêutica, isto é, onde a compreensão se faz presente e serve de exemplo para as demais formas de hermenêutica, como a teológica e a filológica. Na verdade, Gadamer defende a unidade de todas elas. Para defender essa tese, afirma que a hermenêutica jurídica tardiamente alcançou tal posição em relação às demais hermenêuticas, já que era vista apenas como meio auxiliar da práxis jurídica “destinado a sanar certas deficiências e casos

³¹⁴ “Como uma nova investigação do legado Schleiermacher torna provável, pode ser que a interpretação psicológica só aos poucos tenha ganhado sua posição de destaque no desenvolvimento do pensamento de Schleiermacher. Seja como for, *essa interpretação psicológica tornou-se realmente determinante para a formação das teorias do século XIX – para Savigny, Boeckh, Steinthal e sobretudo para Dilthey*” (GADAMER, 2005, p. 256-257, grifos nossos).

excepcionais no sistema da dogmática jurídica”³¹⁵. O objetivo da hermenêutica jurídica, portanto, era dogmático e por isso se “apartou de uma teoria geral da compreensão”³¹⁶.

Para melhor compreender o funcionamento da hermenêutica jurídica, a partir de um motivo de Betti, Gadamer passa a discorrer sobre a diferença entre “interesse dogmático” e “interesse histórico”. O que se extrai dessa exposição, para fins deste trabalho, é o fato de que o jurista quando interpreta o faz com evidente caráter prático, para aplicar a um determinado caso concreto; já o historiador não tem essa vantagem. Citando Betti, Gadamer diz que o jurista, quando interpreta, preocupa-se em pôr o conteúdo de sua interpretação, com “a atualidade presente da vida”³¹⁷.

O trabalho do jurista é, portanto, diferente do trabalho do historiador, porque o jurista precisa atualizar o sentido da lei tendo em vista sua aplicação a um caso concreto. O historiador preocupa-se com a totalidade do sentido; já a compreensão no âmbito jurídico vive às voltas tanto com o sentido original da lei, quanto com sua atualização no presente. O jurista deve possuir conhecimento histórico do sentido originário da lei, assim como deve “admitir que as circunstâncias foram mudando, precisando assim determinar de novo a função normativa da lei”³¹⁸.

Para fins deste trabalho, importa reconhecer, com Gadamer, que, nessa tarefa de atualizar a lei, há o que ele chama de “um sentido vigente”. Mesmo quando faz a atualização da lei para o presente, perscrutando seu sentido, diferentemente do historiador, o jurista sabe que a lei vige, tem valor. Portanto, a compreensão da validade da lei não é separada do procedimento compreensivo; na atualização do sentido da lei, do passado para o presente, a hermenêutica jurídica tem consigo a questão da vigência da lei. Ou devemos compreender a expressão “sentido vigente” como apenas referente ao sentido da interpretação atual da lei, como hoje vigora? Isso apenas no aspecto interpretativo, e não no aspecto validativo?

O sentido vigente é aquele a que me conduzem os sentidos atuais da lei, já que minha interpretação não é arbitrária, segundo Gadamer; ou, por se tratar de uma compreensão estritamente relacionada com a aplicação prática, reconhece-se que a lei tem um determinado valor. Ora, por isso mesmo, a validade na interpretação jurídica é

³¹⁵ GADAMER, 2005, p. 426.

³¹⁶ Ibid., p. 427.

³¹⁷ BETTI *apud* GADAMER, 2005, p. 428.

³¹⁸ GADAMER, 2005, p. 429.

crucial, pois basta confrontá-la com o trabalho do historiador, para verificar que este “pretende apenas estabelecer o significado histórico da lei”³¹⁹.

Isso é ainda mais patente quando se verificam também os aspectos práticos da hermenêutica teológica, a qual, segundo Gadamer, tem “uma autêntica correspondência com a hermenêutica jurídica”, já que àquela compreende para anunciar a Boa-Nova, que se dá na pregação, concretizando-se a interpretação, enquanto na hermenêutica jurídica tal ocorre na sentença³²⁰. Por isso, mais uma vez Gadamer retorna à questão da validade jurídica:

[o] que se exige [...] é que a ordem jurídica seja reconhecida como válida para todos, sem exceção. Por isso, a princípio sempre é possível conceber como tal a ordem jurídica vigente, o que significa reelaborar dogmaticamente qualquer complementação jurídica feita á lei. Entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica existe, pois, uma relação essencial, na qual a hermenêutica detém a primazia. *A ideia de uma dogmática jurídica perfeita, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença como um simples ato de subsunção, não tem sustentação*³²¹.

A crítica é direta ao modelo de interpretação como ato de vontade e, nesse sentido, combate o positivismo kelseniano, em nosso modesto compreender. Para Gadamer, a compreensão é uma forma de efeito, porque nela temos de lidar com a problemática do nosso próprio distanciamento histórico em relação seja a um texto jurídico, seja a um texto filosófico. Nessa compreensão, na busca de uma perspectiva que seja adequada, o sentido compreendido sempre tem uma aplicação, nós sempre pertencemos “ao texto que [se] compreende”³²². Portanto, “a compreensão é uma forma de efeito, e se sabe a si mesma como tal efeito”³²³.

A leitura que Streck faz dos argumentos de Gadamer a respeito da hermenêutica jurídica deve ser sublinhada. Em primeiro lugar, Streck ressalta o caráter produtivo na interpretação jurídica, com apoio no argumento de que é uma “ficção insustentável” que o intérprete possa equiparar-se ao autor/leitor originário, porque entre eles instala-se a mediação histórico-cultural; o texto não se torna autônomo, nem pode sê-lo porque quem lhe confere sentido é o intérprete. Logo, interpretar a lei é tarefa de cunho criativo, inventivo, inovador. Segundo Streck, esses postulados afastam o *diktak*

³¹⁹ GADAMER, 2005, p. 431.

³²⁰ Ibid., p. 433.

³²¹ GADAMER, loc. cit., grifo nosso.

³²² Ibid., p. 445.

³²³ Ibid., p. 447.

positivista de “reduzir a realidade jurídica ao Direito positivo e a sua correta aplicação”³²⁴.

Parece-me que compreender a distância temporal é essencial para a interpretação jurídica. Se é impossível refazer a vontade do legislador integralmente, como pensava Savigny, isso acontece evidentemente em razão do percurso histórico entre a lei e o momento atual. A interpretação correta não é fidelidade extrema à letra da lei, mas, sim, sua atualização ao presente, a partir da pré-compreensão do intérprete que, como dissemos, está inserido completamente numa situação histórica concreta, com seus hábitos, pré-juízos e preconceitos, totalmente condicionado pelo meio ambiente histórico-cultural. No dizer de Fernández-Largo: “O histórico se identifica com a situação do intérprete [...] toda interpretação acontece num sujeito condicionado histórica e socialmente e esse ‘horizonte histórico’ marca toda a sua interpretação”³²⁵. Esse mesmo autor, por sinal, afirma que, por isso, “toda interpretação jurídica é uma fusão de horizontes e uma mediação da distância no tempo”³²⁶.

Os objetivos deste estudo, como já mencionado, no que tange ao aspecto da validade do direito, assume-se que a interpretação realizada pela hermenêutica jurídica, além de atualizar o sentido da lei, também lhe confere validade, ainda que esteja dependente da validade originária. Ao conferir atualidade e vigência à lei, a interpretação jurídica adentra, seguramente, na questão da validade da norma legal interpretada ao convalidá-la na aplicação que dela faz. Portanto, não se pode fazer a separação típica da hermenêutica jurídica tradicional – momentos de “interpretação” e momentos de “aplicação” da lei; não se “pressupõe” a validade de uma norma interpretada, para, depois, interpretá-la e somente depois aplicá-la. Esses momentos são unos, como acima explanado, já que interpretar uma norma jurídica é, ao mesmo tempo, conferir-lhe validade no tempo, e ao interpretá-la o seu sentido já é aplicação. Assim, não se pode acreditar mais em postulados segundo os quais interpretar é obter “o significado e o alcance de uma lei”, por meio de métodos específicos, como ensinam os manuais dogmáticos. Interpretar juridicamente é, sobretudo, um existencial, porque o intérprete está completamente envolvido nessa tarefa, diante de toda uma tradição e agindo criativa e produtivamente, em suma, concretizando direitos.

³²⁴ STRECK, 2007, p. 269.

³²⁵ FERNÁNDEZ-LARGO, 1995, p. 88.

³²⁶ (FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *La Hermenéutica Jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1992, p. 67.

3.6 A PROJEÇÃO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA NO DIREITO

O objetivo desta dissertação é iluminar e explorar o resultado da projeção da hermenêutica filosófica sobre o conceito de validade jurídica na teoria do direito. Em última instância, trata-se de uma projeção hermenêutica sobre um conceito que tenho como nitidamente dogmático. Essa noção de dogmática que aqui utilizamos tem fins operacionais e instrumentais para aquilo que a dogmática pensava construir: uma ciência jurídica por meio de conceitos fundamentais no âmbito do direito. Exemplo dessa operacionalidade é a demonstrada por Souza³²⁷, para quem a dogmática é uma espécie de “técnica jurídica”: o autor destaca os conceitos que julga essenciais numa técnica jurídica de uso operacional – o que entendemos por dogmática, sendo esse o sentido que ela adquire no contexto desta dissertação.

A ideia de uma projeção é emprestada especialmente de Gadamer, para quem a hermenêutica filosófica possui essa capacidade: “Quem quiser compreender um texto, realiza sempre um projetar”, diz Gadamer³²⁸. A hermenêutica jurídica já era uma das modalidades da hermenêutica tradicional, ao lado da filológica e da teológica ou bíblica, quando a hermenêutica filosófica fez sua aparição no cenário filosófico e do pensamento. Todas essas “hermenêuticas”, porém, inserem-se num espectro também de uma técnica, ou de uma arte de compreender, como auxiliares de um conhecimento maior e mais amplo, seja o jurídico, seja teológico, seja, por fim, na busca do sentido das expressões contidas em textos antigos, como na técnica filológica. Esse dado é importante porque ressalta que, antes da hermenêutica de cunho filosófico, a jurídica já se fazia presente como uma técnica antiga de interpretação dos textos jurídicos em vigor. Portanto, o que traz de novo a hermenêutica filosófica para a jurídica? Num primeiro momento, fica patente a necessidade de revisitar esta última sob os auspícios daquela, já que ocorreu uma mudança substancial no compreender, que se quer ontológico.

Como acima mencionado, a pretensão é submeter o conceito de validade normativa a uma nova luz, efetuando uma releitura desse conceito com base na tradição jurídica que o sustenta, na perspectiva da hermenêutica jurídica informada pela filosófica. Muito mais que uma técnica interpretativa, esta última coloca-se na posição

³²⁷ SOUZA, Daniel Coelho de. *Introdução à Ciência do Direito*. 13. ed. Belém: Cejup, 1994, p. 357.

³²⁸ GADAMER, 2005, p. 356.

de que a interpretação de um texto é também um problema filosófico. Por essa razão, entendemos que ela parte em direção a uma crítica do direito enquanto razão prática, pois ultrapassa a tarefa de interpretar textos e busca explicar como acontece a compreensão. Em suma, pergunta-se: como se compreende? Quais as condições que permitem o acontecer da compreensão? Essas são as questões principais da hermenêutica enquanto produto filosófico.

Segundo Fernández-Largo³²⁹, é pela interpretação que se incrementa o sentido de um texto e se outorga eficácia normativa a um direito que é, até então, mera linguagem e que se convalida historicamente. Isso significa que é na interpretação que está inserido o momento em que a validade jurídica é atribuída àquele texto normativo; isso significa, ainda, que no ato de busca da compreensão de um texto legal, esse ato interpretativo também aduz validade ao direito. Como isso é feito? Sob quais condições? Nem todo significado da norma é válido como interpretação; o intérprete não é completamente livre para criar: a norma jurídica desde já lhe atribui certa orientação num sentido preestabelecido, que afasta de antemão qualquer outro sentido que seja contraditório ou incompatível com aquele.

Mais uma vez, é Fernández-Largo quem ilustra essa questão, pois, para ele, “[...] o tema da interpretação deixou de ser mero inciso do jurista quando explica as fontes do direito, tendo passado a ser um problema filosófico que questiona a ciência do direito e o iniludível contexto histórico e social do ‘homo juridicus’”³³⁰.

Portanto, o caminho leva-nos a uma abertura, em que se torna visível (em que se desoculta, diria Streck) a racionalidade dogmática na qual a noção de validade jurídica está encerrada pelo modo positivista de pensar o direito; e que, de acordo com o limite por ele estabelecido, trata-se de um conceito explicitamente formal e lógico, com um uso técnico impressionante, fácil de usar na linguagem que caracteriza o chamado “sentido comum teórico dos juristas”³³¹. No tópico seguinte a dissertação busca essa abertura.

³²⁹ FERNÁNDEZ-LARGO, 1995, p. 92.

³³⁰ Ibid., p. 7.

³³¹ É impossível não se referir a Warat: “Acercando-me de uma terceira caracterização do sentido comum teórico do direito [...] o identificarei com a *racionalidade jurídica ocidental que se manifesta subjacentemente como gramática de produção, circulação e reconhecimento dos discursos do direito* (especialmente no discurso das ciências jurídicas) (WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1995, p. 75, grifo do autor).

4.1 O CONCEITO DE VALIDADE JURÍDICA À LUZ DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

Depois desse percurso, voltemos à primeira inquirição, lançada no introito deste trabalho: como tratar o conceito de validade jurídica, central no espectro jurídico, com base na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer? Esse problema é, ao mesmo tempo, a dificuldade e o esteio deste trabalho. Se, por um lado, surge como questão que se apresenta; por outro, é o que faz mover o pensamento em sua direção. O primeiro item que apontamos é a construção detalhada na doutrina, de uma teoria da validade como um conceito de conteúdo apenas lógico-formal, herança kelseniana. Portanto, assim compreendida este conceito de validade é refratário ao “como” hermenêutico e estaria mais localizado na dimensão apofântica. Essa dimensão é definida pela hermenêutica como o lugar da lógica, do discurso “manifestativo-argumentativo-lógico” e é precedida pelo chamado “como” hermenêutico, o que Streck³³² chama “o algo como algo” (*etwas als etwas*)³³³.

Já em Alexy e, por extensão, em Habermas, Streck descobre a mesma cisão entre o que chama “discursos de fundamentação” e “discursos de aplicação”, ignorando que essa diferença – que é apenas *ontológica*, ele sublinha – não existe na hermenêutica, em que “interpretar é aplicar, ou seja, entre fato e direito, entre ser e ente, há apenas uma diferença, que é ontológica (essa diferença introduz o mundo prático na filosofia)³³⁴. Por isso, segundo Streck, “na formulação do juízo de validade (fundamentação-justificação) já está presente a dimensão estruturante, transcendental, que se assenta no mundo prático (que é a ‘situação concreta’ de que falam os juristas)”³³⁵.

Uma teoria da validade jurídica deve, entretanto, estar concertada com a Constituição Federal, na dimensão que essa adquiriu, ainda que tardiamente, em nosso país. A concretização dos direitos deve ser vista como eficácia: é essa a lição da hermenêutica filosófica de Gadamer.

³³² STRECK, 2008, p. 84.

³³³ “E antes que o *Dasein* teorize ou exponha no discurso o mundo, ele já possui uma compreensão de si, dos utensílios com que lida. Esta estrutura que Heidegger chama de ‘como hermenêutico’ que é mais originária que o ‘como apofântico’ do dizer, compromete o *Dasein* com o mundo, numa relação anterior a teoria e práxis” (STEIN, 2008, p. 17).

³³⁴ STRECK, op. cit., p. 80.

³³⁵ Ibid., p. 81.

A necessidade do retorno à filosofia, pelo direito, faz-se justamente no momento em que o mundo atinge um estágio em que os dogmas construídos na Modernidade, como certeza, razão, método, técnica, ciência, entre outros, sofrem um ataque cerrado em sua consistência e infalibilidade. É o momento em que a razão é sobressaltada pelo selo do que é provisório e efêmero, em que os paradigmas são superados ou encontram-se na fase de superação. O direito é também assaltado por este momento de ruptura e, como tal, soçobra entre o recurso extremo ao completo tecnicismo, no afã de não ficar desnudo diante de sua *secura* filosófica; e o retorno à indagação de cunho filosófico, para preencher esse espaço vazio em que o colocou o positivismo de todos os matizes.

É aqui que se tem a consolidação daquilo que se compreenderá por dogmática jurídica, uma disciplina com pretensão científica e com o desejo de superar a indagação filosófica – pois, para ela, o direito deve ser autônomo, não dependente de outras instâncias. Um movimento que por certo desembocará em Hans Kelsen. Assinala Fernández-Largo que esse modelo, construído com a pretensão de ser considerado como “ciência”, com apoio no postulado de que “não há direito que aquele estatuído positivamente, conclui pela negação de todo questionamento filosófico acerca do direito”³³⁶. Daí a exigência de se repensar o direito, em busca daquilo que pode ser cognominado de um novo *standard* de racionalidade³³⁷.

Constatada a ineficácia, ou a insuficiência de uma filosofia do direito dos juristas, diante da imensidão da crise paradigmática que assola as ciências – e não somente o direito –, o que resta é chamar a Filosofia para dar conta de uma resposta, ou pelo menos de uma saída, apontar um caminho, para que se possa sair da névoa atual. Esse momento está bem caracterizado na literatura, em que se intitula “pós-modernismo”. As certezas que tínhamos desde o início da Modernidade agora estão se esfarinhando, e o retorno à filosofia tem sido apregoado como um meio de indicar caminhos³³⁸, pelos que ainda acreditam na razão emancipatória.

³³⁶ FERNÁNDEZ-LARGO, 1992, p. 37.

³³⁷ “[...] sempre que se quiser aplicar a filosofia a determinado campo – por exemplo, no direito, na psicanálise, na política – é necessária a utilização daqueles autores que inauguraram certos paradigmas filosóficos, isto é, autores que fundaram *standards* de racionalidade ou matrizes de inteligibilidade [...]”. (TRINDADE; CASTRO, 2007, p. 51).

³³⁸ “Em grandes linhas, o movimento pós-modernista leva a efeito uma crítica virulenta e desentronizadora do tipo de racionalidade moderna hegemônica, crítica essa marcada pelo desencanto e perda do otimismo para com a consecução dos ideais e promessas forjadas desde a época das Luzes, cerne do espírito moderno. Nota-se, no discurso pós-moderno, uma clara insurgência contra o despotismo de uma razão ilustrada que fracassou em seu projeto emancipatório [...] no contra-fluxo deste tipo de racionalidade prevalente, busca-se dentro de uma *démarche* libertária abrir espaços para o encontro com o *outro da razão*. Este *outro* que se refugia na sensibilidade estética, na metodologia transgressora, no senso

Por isso, para Antonio Osuna Fernández-Largo, a hermenêutica filosófica de Gadamer aplicada ao âmbito jurídico deve ser entendida como:

[...] teoria filosófica acerca da atividade interpretativa do direito. *O que assim se reconstrói é uma teoria da razão prática jurídica, em que a racionalidade do discurso jurídico, a universalidade de sua validade, a compreensão de seus postulados e a justificação de seus conceitos e princípios, estão fundados na mesma realidade ôntica do ser humano social e na sua ontológica abertura aos demais.* No direito se encontram a autoconsciência ética do ser humano e sua pretensão de construir formas possíveis de convivência com outros sujeitos de igual condição e dignidade [...]. A filosofia do direito não tem como missão oferecer receitas a serviço de juristas, pois estas não existem nem há outras pessoas competentes para entendê-las que os próprios juristas, mas sim dar uma explicação da experiência interpretativa dos juristas e homologá-la com outras atividades da razão prática humana [...] ³³⁹.

O direito, aqui entendido em sua acepção sistêmica; isto é, como ordenamento jurídico válido, possui uma qualidade que lhe é intrínseca: permite que situações consideradas “injustas” tenham força normativa. Esse é um paradoxo conhecido e também ainda irresoluto no âmbito do direito. Essa característica do sistema jurídico deve ser denominada de “contrafática”, no sentido de que as expectativas criadas pelas normas jurídicas debatem-se com a realidade, com os fatos e, às vezes, não se realizam como planejadas.

Como exemplo, temos a Constituição do Império de 1824, falando de liberdade, mas, ao mesmo tempo, permitindo a escravidão ³⁴⁰. Esse é apenas um exemplo histórico. Essa dualidade permanece apesar dos exemplos fáticos, por assim dizer, como o do Tribunal de Nuremberg, quando a validade da lei foi questionada diante da natureza de genocídio dos crimes cometidos pelos nazistas contra a comunidade judia, validade que não consegue ser resolvida pelas diversas tentativas teóricas empreendidas até agora. Com efeito, a tensão entre validade e faticidade continua demonstrando essa dualidade.

A tentativa mais exemplar é a de Kelsen que, reutilizando as categorias “ser” e “dever-ser” do kantismo, procura resolver essa contradição, mas acaba por realizar um corte metodológico, pois antes de admitir o aspecto prático, na verdade, remete-o para

comum, na esfera do sonho, do lúdico, do inconsciente, da força vital, seria a morada da *irracionalidade* [...]” (DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. Pós-Modernismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo, RS: UNISINOS, 2009, p. 648, grifos do autor).

³³⁹ FERNÁNDEZ-LARGO, 1992, p. 14, grifos nossos.

³⁴⁰ “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a **liberdade**, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. XIII. **A Lei será igual para todos**, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”.

outra disciplina, que nesse caso seria a Sociologia do Direito³⁴¹. Kelsen, portanto, procura resolver a tensão, remetendo-a para outra realidade, que para ele pode ser muito bem o mundo do “ser” ou o mundo empírico.

Uma questão impõe-se, como exemplo, com base na hermenêutica filosófica: como partir para a compreensão de Hans Kelsen, nesse caso, sem preconceitos, sem visões prévias? Aqui fica patente a visão “estereotipada” que temos do “positivismo kelseniano”. Tem-se de explicitar esse encontro com a “tradição” positivista. Esclarecer os conceitos prévios, os preconceitos³⁴², a importância de Kelsen no pensamento jurídico brasileiro, apesar de tudo. E talvez tenhamos que nos valer de Sérgio Buarque de Holanda, para quem o nosso caráter nacional oferece um exemplo sem par, de apego a esse formalismo proporcionado pela teoria kelseniana³⁴³.

O positivismo jurídico é o movimento teórico que introduz no direito a noção de igualdade do direito positivo com a de validade; uma corresponde à outra. Bastando garantir a sua existência, o direito passa então a ser válido. Assim temos a equação: direito válido igual a direito positivo. Esse é o único exemplo do direito. O direito adquire sua pretensão à validade científica, quando o direito positivo (a norma) torna-se “objeto” da ciência jurídica³⁴⁴, como ciência normativa. Não se esqueça de que a ideia do direito como ciência normativa é de Kelsen, que distingue “o ato de um salteador de estradas que ordena a alguém, sob cominação de qualquer mal, a entrega de dinheiro”³⁴⁵, de um ato prescrito pelo direito posto, já sob a “cominação de atos coercitivos, isto é, de determinados males, como a privação da vida, da liberdade, da propriedade e outros”³⁴⁶.

³⁴¹ “Observou Kelsen ‘[...] que sendo o direito uma realidade específica [...] não seria de bom alvitre transportar para a égide da ciência jurídica métodos válidos para outras ciências [...] Kelsen verificou que isso só seria possível se houvesse ‘pureza metódica’. Com base no postulado kantiano de que ‘todo conhecimento é puro quando não se acha misturado com algo estranho’ [...] visou, portanto, uma metodologia capaz de isolar a análise do direito o estudo de outras ciências sociais” (DINIZ, Maria Helena. *A Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 16).

³⁴² “[...] preconceito quer dizer um juízo (*Urteil*) que se forma antes do exame definitivo de todos os momentos determinantes segundo a coisa em questão” (GADAMER, 2005, p. 360).

³⁴³ “Mas os positivistas foram apenas os exemplares mais característicos de uma raça humana que prosperou consideravelmente em nosso país [...] de todas as formas de evasão da realidade, a crença mágica no poder das ideias pareceu-nos a mais dignificante em nossa difícil adolescência política e social. Trouxemos de terras estranhas um sistema complexo e acabado de preceitos, sem saber até que ponto se ajustam às condições da vida brasileira [...]” (HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 155).

³⁴⁴ “O objeto da investigação do *verdadeiro* jurista deve ser a norma jurídica, e a conduta humana só o será na medida em que constitui o conteúdo de comandos jurídicos” (DINIZ, op. cit., p. 45, grifo nosso).

³⁴⁵ KELSEN, 1979, p. 75.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 74.

Ora, para Hans Kelsen, essa distinção é essencial para diferenciar os dois comandos, porque interpretamos o segundo comando como “uma norma objetivamente válida”³⁴⁷. É a validade da norma, então, que confere ao comando legal a sua validade e, por consequência, a sua obediência pelo destinatário. Mais do que isso, ressalta Kelsen:

[...] não conferimos ao comando de um salteador de estradas, proferido sob ameaça de morte, o sentido objetivo de uma norma vinculadora do destinatário, isto é, de uma norma válida, porque é que não interpretamos este acto como um acto jurídico, por que interpretamos a realização da ameaça como um delito [...] se se trata do acto isolado de um só indivíduo, tal acto não pode ser considerado como um acto jurídico [...] pelo facto de o Direito [...] não ser uma norma isolada, mas um sistema de normas, um ordenamento social e uma norma particular apenas pode ser considerada como norma jurídica na medida em que pertença a um tal ordenamento [...]³⁴⁸.

Assim, duas questões impõem-se à Kelsen como importantes para a caracterização do direito enquanto ordem normativa: a sua pertença a um determinado sistema jurídico e a sua validade enquanto ordem que deve ser respeitada justamente por isso. Mesmo a injustiça não é capaz de tornar a ordem jurídica inválida:

[...] Uma ordem jurídica pode ser julgada como injusta do ponto de vista de uma determinada norma de Justiça. O facto, porém, de o conteúdo de uma ordem coercitiva eficaz poder ser julgado como injusto, não constitui de qualquer forma um fundamento para não considerar como válida essa ordem coercitiva³⁴⁹.

Por outro lado, a corrente analítica do direito destaca a obscuridade da expressão “validade jurídica”, que seria totalmente ambíguo e não unívoco. Esse tipo de análise, ainda que enfatizando a importância da linguagem, acredita possível detectar e construir um sentido comum e único para o conceito, sem levar em conta o contexto; por isso as definições analíticas não interessam a esse estudo. Embora ressaltem o estudo da linguagem e seu aspecto prático no que tange ao direito, essas teorias permitem-se buscar, quase incessantemente, um sentido único para ele – algo como um fundamento último –, e nisso incorrem nas mesmas dificuldades da teoria positivista³⁵⁰. A hermenêutica filosófica, porém, defende outro ponto de vista, o de que o sentido das palavras, e por extensão o dos conceitos, é construído em determinados contextos históricos; logo, é impossível construir um fundamento último para a validade do

³⁴⁷ KELSEN, 1979, p. 75.

³⁴⁸ Ibid., p. 78.

³⁴⁹ Ibid., p. 81-82, grifo nosso.

³⁵⁰ Streck afirma que a “hermenêutica filosófica [...] supera a ideia do método e do fundamentum inconcussum absolutum veritatis (fundamento último próprio do pensamento metafísico)” (STRECK, Lenio Luiz. Diferença (Ontológica) entre Texto e Norma: afastando o fantasma do relativismo. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 89, jan./jun. 2004, p. 64).

direito, ainda que recorrendo a um corte método(lógico), de caráter transcendental, como quis Kelsen, ao defender uma “norma fundamental” como critério de validade para todas as normas do sistema jurídico positivo.

Quando o processo de justificação é no interior do próprio discurso de validade, como em Kelsen, o jurista teima em aplicar a lei, ainda que ela sofra de algum defeito principalmente em seu componente axiológico (se injusta, por exemplo); nesse caso, entendemos que o horizonte de sentido da norma é prefixado a partir de pré-juízos inautênticos, porque ele não é confrontado com uma situação concreta, quando sua validade é posta à prova.

Tanto em Kelsen quanto nos demais teóricos que se seguiram, como Hart e Bobbio, além da validação da norma legal dentro do próprio sistema jurídico, há, ainda que implicitamente, uma preocupação com o que se pode chamar “norma básica”, que seria o fundamento último de todo o sistema positivo. O funcionamento do sistema jurídico em sociedades cada vez mais complexas já não mais comporta a construção kelseniana de validade jurídica, como demonstram as tentativas mais recentes de aliar a validade formal à substancial, na busca de um “justo” equilíbrio.

No debate sobre a validade normativa do ponto de vista externo, por assim dizer, lá onde a questão da fundamentação é relacionada a todo sistema, é importante destacar que duas outras acepções, ainda que no âmbito da filosofia: uma vertente remete à Ética, quando se pergunta como as normas jurídicas válidas obrigam; a outra, já no âmbito da Política, quando se questiona se o direito é apenas expressão do poder coativo do Estado, posto em termos obrigatórios e, por isso, válidos.

Buscar o fundamento da validade da norma numa entidade lógica ou metafísica – como, por exemplo, nas concepções pressupostas de uma “norma fundamental” ou “norma de reconhecimento”, como se vê nas teorias de Kelsen e de Hart, que nesse sentido se assemelham – implica justificar a norma jurídica numa dimensão externa ao próprio direito, já que essas “normas últimas” localizam-se no ambiente lógico-argumentativo ou na “realidade empírica”. O fundamento externo também é impossível como critério justificador, porque remete a um mundo exterior não existente e, nesse caso refém do que quer que se construa naquele mundo. Assim, somente se tem como racional – e aqui racionalidade equivale ao mundo prático – a fundamentação do direito na Constituição da República, a partir da qual o direito tem possibilidade de iniciar sua concretização material. Essa é a lição pós-metafísica da hermenêutica filosófica ao direito.

Ao mesmo tempo em que é tema costumeiro no âmbito da dogmática, da teoria jurídica e da filosofia do direito, a validade jurídica é uma questão extremamente prática, que orienta o exercício e a aplicação do direito no dia a dia, naquilo que podemos chamar de “cotidianidade”. Essa última expressão³⁵¹ provém dos exercícios filosóficos de Martin Heidegger e Ludwig Wittgenstein³⁵² e é importante na virada que a filosofia efetua em direção a uma concepção que podemos chamar, ainda que provisoriamente, de pós-metafísica³⁵³. Entretanto, apesar dessa cotidianidade que se reflete na validade jurídica, o que temos é uma preponderância do impessoal e a desconexão do intérprete do direito do mundo da vida. A cotidianidade nem sequer prevalece.

Desse questionamento surge a necessidade de recolocar o direito sob uma crítica pertinente, reconhecendo na atualidade sua incapacidade de lidar com temas mais problemáticos, principalmente os de índole transindividuais, como o ecológico, fruto desse atraso em se autoquestionar e em teimar no modo positivista de pensar, que ainda prepondera nos manuais, nas escolas e em boa parte da doutrina e da jurisprudência. Streck atribui a isso a baixa constitucionalidade existente em nosso sistema jurídico, assim como o apego a fórmulas procedimentais ao encarar o fenômeno jurídico:

[...] Pode-se dizer que a superação do velho constitucionalismo ou, se se quiser, do “constitucionalismo ideológico”, ocorre em três frentes: primeiro, pela teoria das fontes, uma vez que a lei não é a única fonte, aparecendo a própria Constituição como auto-aplicativa; a segunda ocorre com a substancial alteração da teoria da norma, em face do aparecimento dos princípios, problemática que tem relação com a própria teoria das fontes; a terceira dá-se no plano da interpretação.

³⁵¹ “[...] permanece na não-surpresa característica de tudo aquilo que vem ao encontro da *cotidianidade* [...] retornar à *cotidianidade* tranquila de seu mundo de ocupações [...] Também na cotidianidade mediana, o que está em jogo na presença é este poder-ser mais próprio, irremissível e insuperável, conquanto seja apenas *no modo de ocupação de uma indiferença imperturbável frente à possibilidade extrema de sua existência*” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1993, p. 35-37, grifo nosso).

³⁵² Cf. Zaccaria (2004, p. 159-160): “A filosofia hermenêutica compartilha com a filosofia analítica a linguagem corrente, e chega a conclusões similares por outros caminhos, a consciência de que se pode obter o significado das coisas observando de que maneira se há utilizado, efetivamente, as palavras em um contexto concreto”.

³⁵³ Essa direção foi tomada por André Karam Trindade (2005) em sua dissertação de mestrado. Já André Duarte assim conceitua a pós-metafísica: “[...] o termo ‘pós’ não deve ser entendido no sentido do que vem cronologicamente depois da metafísica, mas sim no sentido de determinar um confronto reflexivo com os resíduos impensados da permanência da metafísica no presente; não se trata da substituição de certo arcabouço conceitual por outro, supostamente mais científico e neutro, mas sim de outro meio de exercitar o pensamento por meio de um constante diálogo crítico com o passado e com aquilo que nele permaneceu impensado [...] o pensamento pós-metafísico é, portanto, aquele que ousa pensar seu presente no contraponto das insuficiências e dilemas do já pensado pela tradição, e, enquanto tal, se assume como um pensamento do porvir, como um pensamento inquieto de procura e da interrogação desamparada, desprovida das garantias concedidas por sólidos fundamentos consagrados” (DUARTE, André. *Filosofia Pós-Metafísica*. Rio de Janeiro: Arquimedes, 2006, p. 7-8).

Da incindibilidade entre vigência e validade e entre texto e norma, característica do positivismo, um novo paradigma – hermenêutico-interpretativo – aparece sob os auspícios daquilo que se convencionou chamar de giro linguístico-hermenêutico [...]. Essa problemática tem relação direta com a construção de uma nova teoria das fontes, uma vez que a Constituição será o locus da construção do direito dessa nova fase do Estado Democrático de Direito; conseqüentemente, não há mais que se falar em qualquer possibilidade de normas jurídicas que contrariem a Constituição e que possam continuar válidas; mais do que isso, muda a noção de parametricidade, à medida que a Constituição pode ser aplicada sem a interpositio legislatoris, fontes de serôdias teorias que relativizavam a validade/eficácia das normas³⁵⁴.

Ao fixar o horizonte da compreensão no próprio observador, a hermenêutica filosófica destaca o esforço autorreflexivo que lhe é próprio. Entretanto, esse esforço não tem a pretensão de ser completo; permanecem, sem dúvida, preconceitos, pré-juízos, opacidades e lacunas que somente serão preenchidos – se preenchidos – com a autocorreção proporcionada pelo círculo hermenêutico, por meio de um diálogo constante consigo mesmo e com os autores que cuidam do assunto relacionado, ou seja, com a tradição que marca àquele tema.

Se na hermenêutica tradicional, como em Emílio Betti³⁵⁵, por exemplo, no campo da hermenêutica jurídica, é possível admitir a cisão entre os momentos validativo, interpretativo e aplicativo, na hermenêutica filosófica, isso não é possível. De fato, Gadamer avisa que não existe separação entre compreender e aplicar, muito menos, então, no momento de conferir validade à determinada norma jurídica. Diz ele que essa separação era utilizada na tradição anterior da hermenêutica, na qual se conseguia distinguir o momento da interpretação e o da aplicação; na hermenêutica filosófica, isso é ultrapassado com o entendimento de que a compreensão, a interpretação e a aplicação são unidas num mesmo momento. Portanto, Gadamer (2005, p. 408) diz claramente que, na hermenêutica jurídica, “uma lei não quer ser entendida historicamente, a interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica”.

Referindo-se à cisão entre compreender e aplicar, Gadamer avisa:

De fato, a cisão entre as funções cognitiva e normativa atravessa, por inteiro, a hermenêutica teológica, e dificilmente poderá ser sanada pela distinção que se faz entre conhecimento científico e sua posterior aplicação edificante. É a mesma cisão que atravessa a interpretação

³⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. O Problema da Decisão Jurídica em Tempos Pós-Positivistas. *Novos Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, RS, v. 14, n. 2, jul. 2009b, p. 22, grifo nosso.

³⁵⁵“Betti é apresentado como o último grande ordenador e recapitulador da metodologia tradicional, em contraposição a Gadamer, primeiro representante da ‘nova hermenêutica’ ontológica” (ZACCARIA, 2004, p. 325).

jurídica, na medida em que o conhecimento do sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso jurídico concreto não são dois atos separados, mas um processo unitário³⁵⁶.

A questão da fundamentação do direito, que é a mesma da validade jurídica, não é levantada claramente nas teorias tradicionais; na verdade, ela não aparece ligada à interpretação, por isso adquire o caráter de pressuposta, como assinala Hart: “pode-se dizer que alguém que emite um enunciado interno sobre a validade de uma norma especial de um sistema *pressupõe* que seja verdadeiro o enunciado factual externo, de que, de modo geral, o sistema é eficaz”³⁵⁷.

Entendo que fica bem explícito o fato de que a questão da validade é enfrentada, não diretamente, mas por intermédio de um expediente lógico, no qual prevalece a ideia de que o intérprete deve acreditar que o sistema é eficaz e que, por isso, a norma jurídica a que recorre é válida. Portanto, na teoria tradicional, a pressuposição da validade normativa situa-se no momento antecedente à sua interpretação; por conseguinte, dando-se crédito a essa separação da hermenêutica tradicional, a validade da norma é admitida também muito antes de sua aplicação. Se pressuposta, como quer Hart, essa validade, temos três momentos distintos: pressupor a validade da norma, interpretá-la e aplicá-la. Esse é o percurso da interpretação e da aplicação da lei na hermenêutica tradicional.

Tal postura tradicional parece significar que a validade de uma norma jurídica já é algo ínsito a ela mesma, à sua interpretação – se o fato já foi regulado por uma norma, cabe ao intérprete unicamente extrair seu sentido mediante o ato interpretativo adequado; assim, a validade da norma, trazida para o presente, é obra da interpretação que a atualiza. Como bem assinala Fernández-Largo, o momento da validade está na interpretação, e não em separado: “É certo que a interpretação se sente sempre dependente da validade originária e que não pretende substituí-la, mas sim fazê-la significativa e convidá-la em cada nova situação. O contrário seria como disse algum autor ‘aceitar o reinado dos mortos sobre os vivos’”³⁵⁸. Para esse autor parece impossível, portanto, o intérprete livrar-se desse caráter pressuposto da validade da norma, pois estaria “afetado pela normatividade”³⁵⁹.

³⁵⁶ GADAMER, 2005, p. 409.

³⁵⁷ HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 134, grifo do autor.

³⁵⁸ FERNÁNDEZ-LARGO, 1995, p. 89.

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 90.

Já Hart tem para esse fato uma explicação bem mais plausível: o intérprete colocar-se-ia no ordenamento jurídico, num local que o tornaria apto a aceitar “a norma de reconhecimento e, sem explicitar o fato de que é aceita, aplica a norma para reconhecer como válida alguma outra norma específica do sistema”³⁶⁰. Para Hart³⁶¹, o emprego dessa norma que reconhece as demais como válidas é algo implícito ao trabalho do intérprete. Portanto, além da tensão entre interpretação e aplicação da norma jurídica, há um momento em que é preciso, ainda que implicitamente, reconhecer a validade da norma jurídica que se deseja aplicar – ou seja, ela estaria pronta para ser aplicada.

Hart é um teórico que reconhece explicitamente esse caráter da regra última (*ultimate right*) atribuído à sua “regra de reconhecimento” como critério de fundamento da validade de todo o sistema jurídico. Afirma ele: “a norma de reconhecimento que estabelece os critérios para avaliar a validade e outras normas do sistema é, num sentido importante [...] uma norma última [...]”³⁶².

Esse tipo de construção teórica permite assinalar, com Fariñas Dulce³⁶³, o que pode ser chamado de um conceito de validade jurídica formal, que é o da própria norma jurídica, distinto de outros mais amplos que abrangeriam, por exemplo, todo o ordenamento jurídico. É o que a autora chama “validez intrassistemática ou intrajurídica”, citando o próprio Hart, que disse expressamente que “só necessitamos da palavra ‘validade, e em geral só a usamos, para responder às perguntas que surgem dentro de um sistema de normas’”³⁶⁴.

Para Hans Kelsen, por exemplo, o fundamento da validade da ordem jurídica internamente é uma norma superior dando validade a outra imediatamente inferior, até que se alcance a norma superior máxima, chamada “fundamental”, que também, como vimos, é pressuposta:

Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental, formam um sistema de normas, uma ordem coativa. A norma fundamental é a fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum [...] é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas [...]

³⁶⁰ HART, 2009, p. 133.

³⁶¹ Ibid., p. 132.

³⁶² Ibid., p. 136.

³⁶³ FARIÑAS DULCE, 1991, p. 26.

³⁶⁴ HART. op. cit, p. 140.

³⁶⁵ KELSEN, 1979, 269-271, grifos nossos.

Já em *O Problema da Justiça*, que data de 1960, Kelsen admite mais claramente “que a norma fundamental não é uma norma de direito positivo” e que esse é “o único ponto em que existe certa semelhança entre a teoria da norma fundamental e o jusnaturalismo”³⁶⁶. Mais à frente, na mesma obra, afirma que a norma fundamental de fato não pertence ao sistema jurídico, ou seja, “não é uma norma estabelecida através de um ato de vontade, não é uma norma positiva”³⁶⁷, mas pressuposta pelo ordenamento jurídico (novamente a pressuposição). E destaca que “a norma fundamental determina somente o fundamento de validade, não o *conteúdo de validade do direito positivo*”³⁶⁸, reconhecendo expressamente essa deficiência em sua construção teórica. Atribui a essa norma o caráter “lógico-transcendental”. Portanto, não tem ela um conteúdo ético-político de justificação de todo o sistema, apenas um sentido lógico; falta-lhe, portanto, o aspecto prático.

No mesmo texto de Kelsen, acima citado, confirma-se que a norma fundamental funciona apenas como um pressuposto lógico de validade de todas as demais normas existentes no sistema jurídico, com imensa semelhança com a mesma qualidade descrita por Hart para a “norma de reconhecimento”. Dessa pressuposição, decorrem vários fatos: a validade normativa é apenas lógica; na verdade, se aparecem apenas como um pressuposto as normas jurídicas obtêm uma validade apenas presumida; existe um imenso esforço teórico para construir a teoria de validade do sistema jurídico a partir de uma visão intrassistemática. Pressuposta, então, a validade da norma jurídica, encontra-se o intérprete apenas obrigado a efetuar a interpretação do texto legal e, por conseguinte, a aplicá-la na forma como foi interpretada. A validade torna-se encoberta, sem discussão prévia.

Bobbio, ao fazer a distinção entre o positivismo e o movimento jurídico antecedente, que é o jusnaturalismo, assinala que o primeiro encara o direito, não como um valor, mas com um fato; no positivismo, principalmente no de Kelsen, não há juízos de valor, e a realidade deve ser descrita tal qual ela é, sem conotação valorativa. Desse posicionamento, decorre o que Bobbio chama “uma particular teoria da validade do direito”³⁶⁹, que se apresenta como extremamente formal e na qual o direito é visto unicamente em seu aspecto exterior, sem referência a seu conteúdo.

³⁶⁶ KELSEN, 2003, p. 115.

³⁶⁷ Ibid., p. 116.

³⁶⁸ KELSEN, loc. cit., grifo nosso.

³⁶⁹ BOBBIO, 2006, p. 131.

Essa visão do direito está relacionada com o esforço do positivismo para construir uma “ciência jurídica” ao molde das ciências naturais, que tinha por paradigma. Tentativa que se revela infrutífera, é certo. No que tange à validade da norma jurídica, o positivismo trouxe a afirmação de que, para ser válida basta que a norma exista e seja assim reconhecida pela sociedade e que seja oriunda de quem tenha poder para declará-la como válida. Ocorre aí um corte metodológico entre ciência e filosofia do direito – a primeira, dedicada ao estudo do que entende por direito positivo e a segunda, perscrutando a fundamentação do direito, mas sem se tocarem, já que o filósofo do direito não pode adentrar na análise do conteúdo das normas estatuídas³⁷⁰. A leitura de Bobbio é esclarecedora quanto a esse ponto:

Temos assim duas categorias diversas de definição do direito, que podemos qualificar, respectivamente, como definições científicas e definições filosóficas: as primeiras são definições factuais, ou avalorativas ou ainda, ontológicas, isto é, definem o direito tal como ele é. As segundas são definições ideológicas, ou valorativas, ou deontológicas, isto é, definem o direito tal como deve ser [...]. Os positivistas jurídicos não aceitam as definições filosóficas, porque estas [...] restringem arbitrariamente a área dos fenômenos sociais que empírica e factualmente são direito [...]³⁷¹.

Para Bobbio, é o positivismo que introduz na definição do direito “o elemento único da validade”³⁷². Tal assertiva é interessante: então o jusnaturalismo não se preocupava com a questão? Quem construiu o conceito de validade? Como ele surgiu? Qual a sua necessidade? De fato, Mário Losano argumenta que toda a teoria jurídica de Hans Kelsen é construída com o intento de validar o direito³⁷³.

Lenio Streck tem a seguinte explicação para esse fato: para ele, desde o seu início, o positivismo procurou associar o conceito de validade normativa ao de verdade, com o fito de criar uma ciência jurídica nos moldes relatados por Bobbio; dessa associação decorreriam a separação entre direito e ciência jurídica – esta, informada por proposições verdadeiras; àquela, por normas válidas. Para Streck³⁷⁴, só assim se explica o corte metodológico efetuado principalmente por Kelsen, bem como o fato de a norma fundamental advir de uma pressuposição: “a norma fundamental hipotética é porque é, por isso se diz que sua validade é pressuposta”. Ou seja, por meio dessa incrível tautologia, Streck afirma mais uma vez:

³⁷⁰ BOBBIO, 2006, p. 131-139.

³⁷¹ Ibid., p. 138.

³⁷² Ibid., p. 142.

³⁷³ Afirma Mário G. Losano na *Introdução de O Problema da Justiça*: “[...] a finalidade da teoria pura do direito – como já se disse – é ser uma teoria da validade do direito” (KELSEN, 2003, p. XX).

³⁷⁴ STRECK, 2009b, p. 5.

[...] Kelsen resolve o problema do regresso ao infinito de seu procedimento dedutivista para determinação da validade com uma tautológica norma hipotética fundamental. Ou seja, ele mantém no nível permanente abstrato da cadeia de validade o problema do fundamento neste mesmo nível, a partir de percepção lógica³⁷⁵.

Analisando a proposta de Hart, Streck chega a uma opinião semelhante. O autor inglês cria a sua famosa norma de reconhecimento, que, embora com um caráter muito mais empírico do que a norma fundamental kelseniana, também tem a mesma função daquela, que é funcionar como resposta para o problema do fundamento último do sistema jurídico. Por aí se vê a importância que adquiriu o conceito de validade jurídica na atualidade. Sem ele, é quase impossível conceber a própria existência do direito enquanto ordem coativa; na sua inexistência, certamente que se voltaria para a discussão filosófica de obediência às leis.

Streck³⁷⁶ critica os modelos positivistas no que tange à questão da validade, por entender que são excessivamente teóricos, efetuando o que ele caracteriza como uma “espécie de asfixia da realidade do mundo prático”, pois não conseguem resolver o problema da eficácia do sistema. O caminho por ele proposto consiste em incorporar “o contexto prático das relações humanas concretas”, fazendo com que, no momento da aplicação do direito, unam-se, numa síntese, tanto o fato social, quanto o direito, posto que toda interpretação acontece numa dimensão concreta, em que não é possível separar conhecimento, interpretação e aplicação.

Esse autor, portanto, toca na questão que estamos perseguindo: onde se localiza, no momento interpretativo, a aferição da validade da norma? É óbvio que a hermenêutica responderá que não há nenhuma divisão nesse momento, como quer a metodologia tradicional – entre a verificação da validade, a interpretação e a aplicação da norma. Streck³⁷⁷ pergunta-se, porém, onde estaria explicitamente o *locus* da validade – nesse caso, como visto acima, na Constituição.

Assim a validade jurídica não pode ser simplesmente pressuposta, com todos os significados que essa palavra assume. Sendo a validade algo que já é pressuposto na norma, infere-se que ela deve ser aplicada incontinenti; o que pode diferir, sem dúvida, é a interpretação que, nesse caso, está sujeita a um ato de vontade do intérprete, como defende Kelsen³⁷⁸. Ora, o jusnaturalismo nunca se preocupou tão fortemente com uma

³⁷⁵ STRECK, 2009b, p. 6.

³⁷⁶ Ibid., p. 7.

³⁷⁷ Ibid., p. 8.

³⁷⁸ “[...] a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse

teoria da validade do direito. A confissão de Kelsen de que esse é o único ponto em que sua teoria, extremamente formal, mantém um contato com o direito natural, pois a validade é localizada fora do sistema jurídico, impõe-nos a certeza de que permanece irresoluta a questão.

Nesse caso, a validade na doutrina positivista continua caracterizada pelo modo como ela é posta, isto é, num lugar fora do mundo, como acentua Streck. A hermenêutica propõe o contrário: ao invés de alcançar o nível abstrato da elucubração teórica, quer que desçamos do pedestal e mergulhemos na cotidianidade, no mundo prático. A questão da validade na filosofia do direito, apesar dos rios de tinta escritos sobre ela, sempre disse respeito ao funcionamento do próprio sistema jurídico, sendo por isso reificada³⁷⁹ cada vez mais, mas sem mostrar sua verdadeira natureza.

Talvez devêssemos pensar que a validade da ordem jurídica atende a uma exigência da política moderna, na medida em que a organização social necessita de um fundamento. Com isso, o Estado adquire legitimidade e pode manter sua estratégia de dominação. No fundo, toda a teoria positivista de fundamentação do direito obedece a esse padrão, de certa forma, racionalizante, que vai desembocar num tipo de prática jurídica histórica cognominada de “dogmática”, justamente porque pretende prever as expectativas. Essa é outra questão importante no capitalismo moderno, no qual a previsão das condutas e das expectativas configura-se como elemento essencial para toda sorte de *investimentos* e o capital infiltra-se, por consequência, em todos os segmentos da vida humana.

O direito passa, assim, a servir de padrão racionalizador, tanto das condutas individuais, quanto das ações estatais. A burocracia surge nesse contexto, dizendo-se seguidora de regras jurídicas e atos normativos. O Estado de Direito é a criação ficcional da época. Nesse aspecto, o conceito de validade jurídica adquire a condição de ter sido teoricamente fabricado, conscientemente, para dar sentido a toda uma argumentação legitimadora da ação do Estado, justificando-se, assim, sua força coercitiva, seu monopólio da violência. E coube bem em seu papel, porque a partir daí

processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária [...] através deste ato de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação [...]” (KELSEN, 2009, p. 393-394).

³⁷⁹Atribuída a Georg Lukács, num dos ensaios do célebre *História e Consciência de Classe*, a ideia de reificação consagra-se com o predomínio do caráter racionalizante do capitalismo moderno, em que as relações sociais são coisificadas. O direito segue o mesmo predomínio, com a ilusão de, abstrata e imanentemente, regular a sociedade por meio de uma ordem legal válida, clara e precisa e independente de nós, que possibilite o *cálculo*; que nele assume a expressão de “certeza” ou “segurança” jurídica (DORIA, Francisco Antônio. Marcuse – Vida e Obra, 2. ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974, p. 94-100).

houve e ainda há toda uma discussão teórica no campo jurídico sobre a sua existência e aplicação. O jurista, aquele que trabalha com a aplicação do direito, também a partir daí pergunta se a norma que vai interpretar é válida ou inválida. Havia essa preocupação anteriormente, nos tempos do jusnaturalismo? A validade jurídica aparece com essa preocupação, porque passou do debate científico filosófico para o debate jurídico-dogmático do direito. Pretensões de validade são pretensões de toda argumentação; entretanto, sem o mundo prático, a questão concreta não se consolida.

Observa-se na discussão teórica sobre o conceito de validade que ele assume variadas formas, sempre atendendo ao contexto histórico-político de um ou outro Estado, que busca, justamente, justificar a sua ação política, a direção econômica e social dos indivíduos. Portanto, o conceito de validade representa claramente a *racionalidade instrumental*: é útil a determinado fim político. Nesse debate, entretanto, não se vê o lugar anterior à sua própria formação. É óbvio que os principais teóricos do século XX, principalmente, concebem a validade jurídica a partir de um ponto de partida prévio que não admite discussão sobre o antecedente. Se assim for, fica desnuda a sua estrutura apenas lógica e instrumental.

O que comprova assim, que o direito é contingente e que não há possibilidade alguma de fundamentá-lo em um pressuposto universal, que seria válido para os *sistemas jurídicos de direito positivo*; a racionalidade instrumental que dirige os objetivos do Estado cuidou de demonstrar o contrário, como se pode ver, ultimamente, na inflação legislativa, no afã do Estado de legislar sobre todo e qualquer assunto³⁸⁰. Por razões de natureza eminentemente política, não é possível que a legislação em vigor se sustente por muito tempo, devendo ser alterada continuamente; esse fato é a prova de que não é possível sustentar um critério de validade normativa que dê conta de todo o sistema jurídico. Logo, a saída é que a validade seja orientada internamente, não havendo com fundamentar o discurso jurídico fora de um sistema.

É aqui que se impõe uma interrogação que ainda permanece: de acordo com o positivismo, admitir a impossibilidade de se legitimar o direito a partir de uma base

³⁸⁰ “Condicionalizado por dois princípios conflitantes, o da legalidade e da eficiência, o Estado passa a agir de modo paradoxal, gerando, em nome do combate à inflação econômica, uma corrosiva inflação jurídica. Este tipo de inflação se traduz pelo crescimento desenfreado de normas, códigos e leis, de tal modo que a excessiva acumulação desses textos legais torna praticamente impossível sua efetiva aplicação ocasionando, por consequência, a ‘desvalorização’ progressiva do direito positivo [...]. Esse é o potencial corrosivo da inflação jurídica – o risco da própria morte do direito [...]. O Estado tende a perder seu poder de controle, regulação e pressão e a sociedade, a ser envolvida por comportamentos cada vez mais hobbesianos – o que pode levar [...] à ruptura da própria matriz organizacional do país, em face da fusão das crises de racionalidade e de hegemonia num única crise, global e total” (FARIA, 1994, p. 2-7).

ordenada e racional, como querem os jusnaturalistas, implicaria admitir uma *ordem natural* das coisas orientada para um fim, que seria uma espécie de justiça. Para os positivistas, apenas o critério lógico-normativo pode conferir legitimidade (validade) ao sistema, já que esta ordem natural não existe, é metafísica, porque a ordem social é construída a partir do poder; portanto, construída historicamente, como ressalva Costa:

Sob uma perspectiva hermenêutica, todas essas buscas estão fadadas ao insucesso porque elas implicam uma tentativa de descobrir o sentido das coisas nas próprias coisas. Identificar na natureza um sentido deontico significar buscar nos fatos o sentido dos próprios fatos, o que é uma tarefa inglória e somente pode chegar à peculiar inversão de captar nas coisas os sentidos que a eles previamente atribuímos. Melhor seria seguir o exemplo de Kelsen e aceitar, desde o início, que não existe *autoridade racional* nem *autoridade natural*, mas apenas autoridade historicamente construída. Portanto, a validade do direito nunca pode ser *demonstrada cientificamente*, restando aos cientistas do direito apenas postular a validade do sistema que eles buscam explicar³⁸¹.

A análise da validade da norma, porém, não pode ser dissociada de seu contexto interpretativo (interpretar é ato ontológico constante); isso implica inserir no sentido da norma a questão de sua justificação. A validade, assim, tornar-se-ia um problema autônomo em relação ao problema hermenêutico? Obteria uma condição própria, a validade, independentemente de seu significado – ou seja, validade e sentido da norma estariam separados ou é apenas mais um artifício do pensamento tradicional?

A atenção que o tema é recebido na obra de Kelsen faz crer que a validade é seu objeto principal, já que ela coincide com a própria existência da ordem jurídica. Entretanto, é sintomático que, no último capítulo de *A Teoria Pura do Direito*, o tema tratado seja a interpretação judicial. Nesse item, Kelsen admite claramente que a norma inferior é produzida por meio de um ato da norma de escalão superior. Esse ato, por sua vez, “determina não só processo em que a norma inferior ou o acto de execução são postos, mas também, eventualmente, o conteúdo da norma a estabelecer ou do acto de execução a realizar”³⁸², embora sempre fique uma margem de apreciação que não é determinada exclusivamente pela norma superior, como se fosse uma *moldura a preencher*. Quem tem de aplicar a norma, portanto, vê-se diante de “várias significações possíveis”, por conta do sentido verbal da norma³⁸³, dentro dessa mesma moldura.

³⁸¹ COSTA, 2008, p. 43, grifos do autor.

³⁸² KELSEN, 1979, p. 464.

³⁸³ Ibid., p. 465.

Para Kelsen, porém, nossas perguntas são irrelevantes: a norma a ser interpretada e aplicada é pressuposta como válida; resta, então, interpretá-la e aplicá-la. O conteúdo da norma, como vimos, é objeto da interpretação; já a sua validade é constituída em outro fundamento que não está na interpretação normativa. Esse fundamento preocupa-se apenas com a dinâmica de instituição da norma válida, seja por meio de um ato de autoridade, seja de conformidade com um determinado costume ou mesmo com “uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento”³⁸⁴, porque “na pressuposição da norma fundamental não é afirmado qualquer valor transcendente ao direito positivo”³⁸⁵. Para Kelsen, não há nenhuma preocupação nesse momento com o conteúdo da norma instituída, se ela provém ou não de uma “ordem justa ou injusta; e também não importa a questão de saber se esta ordem jurídica efectivamente garante uma relativa situação de paz dentro da comunidade por ele constituída”³⁸⁶.

Infere-se do que é exposto acima que o momento de validade da norma é mesmo antecedente ao de sua definição de conteúdo, que se dá no momento interpretativo. Para a hermenêutica, repita-se, essa operação é impossível, já que não se podem separar ambos os momentos, pois é na interpretação que se condensam todos os momentos em que a norma adquire o sentido que é dado pelo intérprete.

Se o mundo é essencialmente constituído pela linguagem isso nos leva a uma virada linguística no modo de compreender este mesmo mundo, afastando desde logo toda e qualquer categoria que se interponha entre o sujeito e o mundo, seja de conteúdo representacional, consistente na noção de que é possível por meio das palavras “representar” na consciência, o existente; seja no modelo idealista segundo o qual os fenômenos têm existência separada da nossa. Com a virada linguística ficou patente que esses modelos são também eles, meras representações. O que permanece presente, o que dá sentido às coisas é a linguagem; sem ela não existe mundo, a rigor, nem sujeito, nem objeto. O que caracteriza nossa existência é a possibilidade da fala, da língua. E é na fala que reside a diferenciação essencial, como descoberto por Gadamer: é no diálogo, na conversação que o novo (a diferença) se impõe além de qualquer tentativa de tornar a existência regulável, previsível, como quer a metodologia científica³⁸⁷.

³⁸⁴ KELSEN, 1979, p. 271.

³⁸⁵ Ibid., p. 278.

³⁸⁶ KELSEN, loc. cit.

³⁸⁷ “[...] no interior do paradigma linguístico, a verdade de enunciados não pode mais ser compreendida como ‘correspondência’ com algo no mundo. Do contrário, seria preciso sair da linguagem por meio da

Aqui reside a riqueza da hermenêutica filosófica: é possível vislumbrar um laivo de autenticidade na ênfase no diálogo, na conversação, num momento em que o mundo é-nos entregue inteiramente, sem nenhuma interposição. É possível, pois, compreender este *momentum*, para quem está arraigado a noções de conceitos, categorias, hipóteses e outras construções teóricas? É um retorno drástico ao mundo vivido, em que a razão teórica é relegada a uma espécie de segundo plano? O que isso implica para o direito? A preponderância da jurisprudência sobre a doutrina (como um retorno à jurisprudência dos valores do século XIX)? Um fortalecimento do “praxismo”, como se ouve nas faculdades, segundo o qual o que vale é a “prática”? Talvez possam parecer desimportantes todas essas inquições, mas no seu bojo permanece a profunda questão do conteúdo filosófico que traz o problema da verdade. Gadamer diz que a tarefa da hermenêutica é esclarecer o que ele chama de “milagre da compreensão”³⁸⁸.

Desse modo, é possível expor os preconceitos que habitam o horizonte da compreensão, as lacunas existentes nesse mesmo horizonte. É por meio do diálogo intersubjetivo que as deficiências de uma determinada compreensão podem ser esclarecidas; mas esse é o horizonte negativo. É assim também que os acertos são incorporados à tradição, em que a polifonia de muitas vozes enriquece a compreensão de algo. A visão empírica é ainda aquela que pretende que os objetos sejam destituídos de sentido, daí a ênfase na descrição pura e simples. A hermenêutica jurídica, porém, apela para a compreensão – as coisas são dotadas de significados, ou melhor, o homem confere significado às coisas.

A essa visão puramente descritiva, supostamente neutra e objetiva, a hermenêutica filosófica contrapõe a reflexividade. Essa condição é inaugurada na filosofia moderna por Kant, que, no debate entre o racionalismo de Descartes e o empirismo de Hume, estabeleceu as bases da epistemologia moderna por meio do “conhecimento transcendental”. O importante na meditação filosófica de Kant é justamente o estabelecimento de uma consciência que pensa em si mesma por meio de sua subjetividade: é o nascimento do conceito de sujeito como ser pensante e autorreflexivo, que tem a faculdade de conhecer; é uma subjetividade que constitui. Para Kant, é a capacidade de conhecer do sujeito que define o objeto, e não o contrário. Ao pesquisar tanto os juízos como as categorias que formam o entendimento, ele acercou-se da consciência que conhece mediante a razão. Em suma, a consciência (a razão) tem a

linguagem” (HABERMAS, 2004, p. 282).

³⁸⁸ GADAMER, 2004, p. 73.

capacidade de elaborar juízos, ou seja, de constituir-se na reflexividade. Entretanto, Kant é marcado pela questão epistemológica, pois acredita na possibilidade de buscar um fundamento último, universal e necessário para a filosofia do conhecimento.

Nesse sentido, podemos afirmar que ele é um metafísico. Kant não mergulhou inteiramente na reflexividade, ficando marcado pela dissociação entre sujeito e objeto. Nietzsche é quem vai efetuar essa primeira inserção ao afirmar que não existem fatos, só interpretações. Em um primeiro momento, a hermenêutica vai tornar-se ontológica no pensamento de Heidegger e vai desembocar na filosofia de Gadamer. Vimos até agora o percurso descrito por Gadamer até o ponto em que eclode a hermenêutica filosófica, principalmente com a publicação de *Verdade e Método* em 1960, a partir das obras de Schleiermacher, Ranke, Droysen, Dilthey e da conformação que ele confere a Heidegger. Esse é o percurso que Gadamer estabeleceu para mostrar o desenvolvimento da hermenêutica, desde a tradicional até aquilo que ele intitula de “filosófica”. Essa descrição é importante para comprovar que o diálogo com a tradição foi o que possibilitou o avanço. É acertado falar em avanço, já que as conclusões da hermenêutica assemelham-se às da filosofia analítica porque ambas conferem importância à linguagem e à diminuição da distância da dualidade sujeito-objeto. Vimos isso, em breve passagem, ao citar as contribuições de Husserl, por intermédio de Heidegger, para a consolidação da realidade subjetiva como detentora de importância no trabalho científico e o surgimento da noção de “intersubjetividade” que tem influenciado autores na direção de uma “pragmática” ou de uma teoria do discurso (Alexy), no âmbito do direito.

Como visto, a hermenêutica filosófica assenta-se na tradição existente na Alemanha de interpretação de textos bíblicos (teologia) e clássicos (filologia), uma tradição que inclui diversos autores – os mais proeminentes são Schleiermacher e Dilthey – que dialogam entre si, num debate vivo e interessante.

O que dizer da hermenêutica no Brasil? Aqui não houve, nem há, nenhuma preocupação com a interpretação das Escrituras de um ponto de vista “leigo” que acabe por redundar numa espécie de hermenêutica. A Contra-Reforma venceu em Portugal e na Espanha, impedindo um desenvolvimento desse tipo aqui. O que temos desde o século XIX é apenas uma hermenêutica que atende por “jurídica”; esta sim, há anos, limita-se a transcrever, na maioria das vezes, os métodos interpretativos abstratos oriundos da Europa. Hermenêutica, no Brasil, é uma palavra do vocabulário dos

juristas, dificilmente dos filósofos, pelos menos até a recente irrupção de Gadamer no cenário nacional.

Isso nos cria dois problemas: a falta de tradição dificulta o entendimento da hermenêutica em *terrae brasilis* – como gosta de acentuar Streck; estamos em um patamar inferior, recepcionando a hermenêutica gadameriana sem degluti-la antropofagicamente, ou seja, sem que se faça o necessário contraponto local.

Por isso, talvez se deva afirmar, ainda com Streck, que os estudiosos do direito ainda estão “sob o desafio do descobrimento de caminhos que conduzam à produção de justiça material”³⁸⁹. Para Streck, estamos ainda numa época de transição, passando de um modelo de direito que ainda está submetido ao caráter “liberal-individualista-normativista” para um novo modelo conformado a partir do Estado Democrático de Direito³⁹⁰.

Entretanto, ao mesmo tempo em que se admite essa percepção, também não se deixou de atentar para o aspecto totalmente eurocêntrico da hermenêutica filosófica (aqui a expressão “eurocêntrico” não possui o significado que lhe dão atualmente as ciências sociais, um tanto quanto pejorativo), oriunda de uma tradição histórica e filosófica muito mais consistente que a nossa, pois que é resultado do próprio desenvolvimento da hermenêutica desde a Idade Média.

Na crítica que Habermas faz à universalidade da hermenêutica de Gadamer, um ponto chama a atenção: a defesa de que um diálogo deve ser isento de coação, de violência. Isso talvez somente seja possível na realidade dos países europeus, em que a modernidade não se fez tardia. Na América Latina e especificamente no Brasil e ainda muito mais na Amazônia, a violência e a coação são presentes com intensidade frequente, e o poder é acentuado por conta das estruturas socioeconômicas, impossibilitando aquele diálogo isento de coação com que sonha Habermas. Basta verificar a incidência da violência na Amazônia em termos de agressões à natureza e aos defensores dos direitos humanos, ou contra os que defendem a Reforma Agrária, sem contar a corrupção desenfreada nos organismos públicos. Como estabelecer um diálogo numa realidade como essa? Nestes momentos, o exercício de uma reflexão mais apurada fica parecendo um luxo diante das situações relatadas. Deve-se dar razão a Habermas, mas, por outro lado, importa lembrar que sua teoria e talvez a de Gadamer

³⁸⁹ STRECK, Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, n. 8-2, jun. 2003, p. 259.

³⁹⁰ STRECK, loc. cit.

são teorias gestadas em ambientes completamente diferentes dos amazônicos e brasileiros. Como fazer, porém, para pensar o direito sem que aqui haja algo semelhante e mais elaborado que se aproxime de tais teorias? As dificuldades são antigas e já remontam a Tobias Barreto³⁹¹, por exemplo, no século XIX, em sua tentativa de exercitar um pensamento brasileiro, mas com apoio em autores europeus.

A hermenêutica filosófica proposta por Gadamer inclui a autocompreensão do sujeito. Compreender algo não está situado apenas naquilo que podemos nomear de esfera externa, num dado objetivo, mas também naquele que compreende. Isso implica associar a compreensão à autocompreensão; portanto, não há como afastar o fato de que compreender é também se descobrir integrado à realidade circundante. Disso decorrem dois aspectos relevantes: de um lado, reconhecer que a hermenêutica filosófica tem abrangência universal; de outro, utilizá-la (não como técnica, nem como método, ressaltado) até mesmo na Amazônia, como aqui se busca. Efetuar um esforço compreensivo sem atentar para a realidade que nos cerca não é proceder hermeneuticamente. No dizer de Rohden, “[...] a hermenêutica não é ciência, nem epistemologia pura, nem uma ferramenta para alcançar determinados fins, nem um simples método para extrair o sentido subjacente aos textos”³⁹².

Direito é interpretação, isso é inevitável. Entendemos que o momento antecedente à fixação do sentido é a dimensão propriamente hermenêutica, porque aí se está na fase da pré-compreensão. É então que afloram as condições únicas para dimensionar o impacto do sujeito no mundo, com seus pré-juízos e preconceitos, sem horizonte e sem vivência, delimitado, ainda, pela historicidade. Toda certeza e toda segurança ambicionadas pela dogmática jurídica esvaem-se porque o que prepondera, sem dúvida, mais que o saber teórico que essa disciplina procura estabelecer como correlato de científico é a dimensão prática³⁹³, que está presente na pré-compreensão do mundo.

A ação de interpretar do sujeito, entretanto, não é subjetivista, no sentido de que somente prevalecerá sua vontade. Aliás, essa maneira de interpretar é defendida por Kelsen, no último capítulo de *Teoria Pura do Direito*; ali sim, é possível afirmar que prevalecem decisionismos, como os chama Streck. Gadamer explicita esse controle do

³⁹¹ BARRETO, Tobias. *Estudos de Filosofia*. 2. ed. São Paulo: Grijalbo; Brasília, DF: INL, 1977.

³⁹² ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica Filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*. São Leopoldo, RS: UNISINOS, 2002, p. 19.

³⁹³ RABBI-BALDI, Renato. Precomprensión y Jurisprudencia. *Persona y Derecho: Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Pamplona, n. 47, 2002, p. 394-395.

subjetivismo na hermenêutica filosófica, para que não se caia, simplesmente, no mais extremado irracionalismo.

Assim, tem-se somente como racional – e aqui se trata da racionalidade do mundo prático – que a fundamentação do direito deve ser buscada na Constituição da República, para fugir a decisionismos e/ou discricionariedades do intérprete.

CONCLUSÕES

Em final de trabalho, quero registrar alguns tópicos, fruto da reflexão acerca da hermenêutica filosófica e de sua projeção no direito, a título de conclusão, resumo e condensação, e também de reprojeção³⁹⁴, das ideias expostas no texto acima.

I – Penso que não se pode conceber a hermenêutica filosófica como uma técnica, mesmo porque assim era concebida antes dos direcionamentos propostos por Heidegger e especialmente por Gadamer. A sua concepção como arte é também inteiramente desprovida de sentido, ainda mais se compreendida essa “arte” como uma capacidade oriunda de um talento especial, “artístico”. Nesse ponto, igualar-se-ia novamente ao aspecto “adivinhatório” que já assinalaram alguns autores. Concebê-la como metodologia seria justamente ir de encontro diretamente a tudo o que Gadamer apregou em *Verdade e Método*. Ora, a ânsia de defini-la, em certo sentido, é também fruto do pensamento epistemológico. É óbvio que se deve afastar esse item, pois Gadamer nunca pensou em debater como se conhece, apesar de fazer referência a Kant, certamente às célebres questões da teoria do conhecimento, a hermenêutica não pode ser pensar como *episteme*. Se não é ciência, nem arte, nem técnica, o que lhe resta então? Creio naquilo que foi originalmente pensado para ela: a hermenêutica é *ontológica* e localiza-se numa dimensão antecipadora do sentido. Onde então se localiza essa dimensão? No senso comum? Na raiz dos preconceitos e dos pré-juízos?

II – Ousaria responder que não, porque entendo que o local da hermenêutica é a linguagem. Assim, a linguagem prevalece sobre os preconceitos e os pré-juízos, e principalmente sobre a linguagem monológica científica, que é de caráter formal. A linguagem ordinária ganha sentido e importância porque é nela que se constitui o mundo. A linguagem científica é lógica, apofântica, explicativa, informada pelas regras metodológicas. Isso não significa que a hermenêutica afaste essa linguagem. Por meio dela é que se constroem os discursos, mas a hermenêutica busca justamente aquela dimensão antecipadora de sentido em que vivemos e convivemos, e que ela chama de pré-compreensão. É o sentido desse momento anterior, antes que a linguagem adquira o rigor formal, que a hermenêutica busca captar, afirmando que essa dimensão é comum a todos nós. Portanto, não existe um “método” hermenêutico, existe um “modo de compreender” – uma espécie de *phrónesis* – relacionado a uma questão prática.

³⁹⁴ GADAMER, 2005, p. 402.

III – Ao eleger a linguagem como campo explicativo da realidade, a hermenêutica aboliu a separação entre sujeito e objeto, afastando a ideia de que a realidade é criada pela consciência, a noção de que os objetos são representados em nossa mente, como se sofressem uma apreensão a partir de nossas características inatas ou *a priori*; ou que seja resultado de nossas impressões concretas. Como costuma acentuar Streck, a linguagem não é vista apenas como uma mediação dessas realidades; ela é a própria realidade. Essa é a principal contribuição da hermenêutica que revolucionou (revolução “copernicana”) – segundo Streck³⁹⁵ – a filosofia e a ciência, mas ainda não foi apreendida completamente – talvez sejam necessárias décadas para se firmar.

IV – Dessa situação decorrem duas importantes consequências: a inexistência de um fundamento último para a filosofia e para as ciências, como sempre defendeu a metafísica; a afirmação, já de todos conhecida, de que o conhecimento é declaradamente *histórico*. Em assim sendo, não pode ser visto como a palavra final; e, logo, em razão da temporalidade e da finitude, o conhecimento deve ser declarado obsoleto; se não, deve ser revisto e revisado constantemente, mediante o diálogo estabelecido com a tradição.

V – A validade é o termo técnico – eu arriscaria dizer – que designa a busca da fundamentação no direito, especialmente a partir de uma postura dogmática; essa colocação parte da afirmação de Gadamer de que os conceitos na visão dogmática/positivista são tratados de maneira “arcaizante, quer seja do tipo de um manuseio técnico, que se serve de conceitos como ferramentas”³⁹⁶. Na perspectiva hermenêutica, a validade jurídica é dada historicamente, o que significa que os juízos sobre a validade construídos pelas teorias do direito estão relacionados diretamente com alguma necessidade técnica ou política do Estado contemporâneo. Assim, a filosofia de Kelsen aparece como um momento de intensa racionalização do aparelho estatal, na disputa entre as ideias liberais do Estado e as que defendiam a intervenção deste. Logo, o direito passa a ser um instrumento técnico, afastando a discussão ética e filosófica para outros campos e concentrando-se em justificar a validade apenas no âmbito formal, já que a lei deveria ser modificada ao sabor das conveniências políticas e econômicas.

VI – Já em Alexy a validade vai ganhar consistência axiológica, após os horrores da Alemanha nazista na primeira metade do século XX, a partir da célebre *fórmula de*

³⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e Autonomia do Direito*. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, RS, v. 1, n. 1, p. 65-77, jan./jun. 2009a.

³⁹⁶ GADAMER, 2005, p. 33.

Radbruch, que traz o conteúdo moral para dentro do direito em uma tentativa de efetuar uma difícil empreitada, que consiste, de um lado, em garantir a segurança proporcionada pelo conceito de validade formal-procedimental; mas, de outro, em não deixar que esse conceito seja capturado por qualquer ideologia política e assim configure uma espécie de direito válido e ao mesmo tempo, justo. Em suma, busca-se associar os dois aspectos, o formal e o substancial, sem recorrer ao jusnaturalismo.

VII – Como se viu em Alexy, a “validade axiológica”, a partir da força normativa dos princípios, ganhou prevalência, igualando-se às demais, e assim produzindo a junção do aspecto moral com o formal no direito de marca pós-positivista. Há um ponto de intersecção, portanto, entre as concepções de validade normativa e de validade ética, ou axiológica, justamente na consecução de uma validade material ou efetiva. Essa validade vai além do “juiz”, porque é centrada na ética, em todos os participantes do sistema jurídico, e não apenas naquele que aplica a lei.

VIII – Apesar de reconhecer a importância dessa interpretação no direito, a hermenêutica jurídica, com lastro na hermenêutica de Gadamer, vê com reservas a proposta de Alexy, porque, como integrante da corrente que pode ser chamada de *filosofia ou teoria do discurso*, seria vazia de conteúdo, na busca de uma suposta fundamentação final do direito, mediante um procedimento argumentativo em que se obtém o consenso, mas não se observa qual o conteúdo desse consenso.

IX – Alexy empenha-se em preservar as regras do discurso, acabando por cair, também, numa racionalidade eminentemente formal, fria, que não se preocupa com os conteúdos, senão que eles sejam oriundos desse processo discursivo. A hermenêutica, porém, compreende que todos os juízos são obtidos mediante a experiência histórica; por tal razão, o conteúdo é necessário, principalmente no direito, em que há uma preocupação com questões que nos afetam diretamente, como os *direitos humanos* e a *ecologia*, apenas para ficar em dois dos mais importantes. Portanto, as normas jurídicas não podem ser dissociadas de seus contextos, porque possuem um lugar no “mundo da vida”.

X – Nesse sentido, defende-se aqui que a hermenêutica jurídica é mais condizente com a atualidade, do que as regras formais do discurso de Alexy, ou do que o aspecto transcendental da teoria “pura” de Hans Kelsen; essa, também, excessivamente formal e ainda com pretensões de se tornar universal, cabível em qualquer ordenamento jurídico positivo. Ora, a filosofia do direito não pode esgotar-se em questões formais. Fórmulas jurídicas não podem ser universalizáveis, há uma exigência prática de validade que se funda na experiência do cotidiano, não há uma receita para a

compreensão dos valores, eles devem ser avaliados no caso concreto de sua aplicação. As vidas dos homens não são iguais e é impossível reduzi-las a um denominador comum.

XI – Nesse aspecto, a hermenêutica filosófica serve de apoio para a crítica da homogeneização do direito nas sociedades periféricas ou onde a modernidade ainda é tardia, como é o caso do Brasil e da Amazônia, porque rechaça a ideia de um auditório universal, ou de uma situação comunicativa ideal.

XII – Aliás, não se pode deixar de apontar as relações entre a “teoria pura do direito” de Hans Kelsen e as tentativas de Max Weber de obter um conhecimento isento de valoração, no começo do século XX. É evidente a tentativa de Kelsen de deduzir normas jurídicas sem recorrer à experiência, buscando estabelecer uma forma pura e estritamente lógica do direito, mediante a exclusividade do raciocínio silogístico, e também sem recorrer a qualquer outro tipo de conhecimento, já que o direito é concebido como um sistema fechado e com a pretensão de resolver toda e qualquer questão jurídica que lhe fosse posta à apreciação.

XIII – Por meio da hermenêutica, portanto, a interpretação jurídica deve ser vista não apenas como um ato passivo de subsunção, mas como um sistema aberto que permite a intersubjetividade, sendo uma atividade que se constrói com a participação de todos nela envolvidos. Todo intérprete parte de um juízo prévio, que nasce do seu próprio entendimento e põe-se diante do horizonte histórico que lhe é descortinado pela tradição, para assim, obter uma conclusão, um sentido, que também é provisório, porque informado pela finitude e pela temporalidade.

XIV – Na compreensão tratada como problema hermenêutico, não há separação entre compreender, interpretar e aplicar o texto estudado. Para Gadamer, “compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão”³⁹⁷, assim como “a aplicação é um momento tão essencial e integrante do processo hermenêutico como a compreensão e a interpretação”³⁹⁸.

XV – A racionalidade que se defende neste texto é, pois, aquela que não se confunde com a de caráter instrumental, estratégica. A racionalidade advinda do “como hermenêutico” é a que Stein assinala como própria ao *habitus* do direito, que é informada pelos conceitos de mundo, pela pré-compreensão, que não se julga autossuficiente, nem depende de um procedimento argumentativo próprio para justificar-se. O esforço é na direção de se compreender a própria compreensão, dentro

³⁹⁷ GADAMER, 2005, p. 406.

³⁹⁸ Ibid., p. 407.

de um determinado contexto histórico, e de construir sentidos que sejam condizentes com um direito comprometido com a emancipação. Nesse enfoque, a diferença é mais importante que a identidade; o sentido deve ser conscientemente construído, pois não se busca descobrir nada já previamente delimitado. A travessia é mais importante do que a chegada.

XVI – Finalmente, ainda se tratando de Alexy, ressalta-se que, ao incluir a dimensão material da validade jurídica, como também fazem Dworkin e Nino – que analisam a norma jurídica também sob seu fundamento moral, como no caso dos princípios –, o aspecto meramente lógico-dedutivo é afastado de imediato e a validade torna-se, por sua vez, uma “questão interpretativa ou hermenêutica”, porque impõe que o intérprete entre na dimensão especulativa da linguagem, da compreensão, na qual não está(va) obrigado a entrar pela teoria kelseniana, até o surgimento da inadequação do direito contemporâneo ante as situações fáticas produzidas pela história recente. Assim, a validade deixa de ser pressuposta e passa a ser incluída no âmago do próprio processo hermenêutico.

XVII – Rejeitou-se, nesta dissertação, a menção a aspectos exclusivamente dogmáticos, como a relação entre validade jurídica e vigência, e eficácia e outros temas decorrentes desse enfoque, como *vacatio juris*, (ir)retroatividade da lei e temas correlatos. Tampouco se abordou a questão da legitimidade do poder jurídico e, em última instância, a do poder político, assim como questões envolvendo a obrigatoriedade ou obediência à lei. Tentou-se, a todo custo, localizar a reflexão num local antecipador de sentido, isto é, numa região do pensamento tida como pré-compreensiva, buscando-se compreender, a partir dos autores estudados (Kelsen e Alexy), como se compreende essa dimensão específica do direito, que é a validade jurídica.

XVIII – Por fim, esta dissertação é o resultado de diversas leituras, que devem ser compreendidas como interpretação segundo a orientação hermenêutica. Não se buscou apenas a fiel reprodução do pensamento dos autores, mesmo porque tal condição é impossível. Ademais, adverte Kant: “[...] o perigo reside não em ser refutado, mas em não ser compreendido”³⁹⁹.

³⁹⁹ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Tradução de Valério Rohden e Udo Balduur Moosburguer. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 22.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008a.

_____. *El Concepto y la Naturaleza del Derecho*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Marcial Pons: Gedisa, 2008b.

_____. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Tradução de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 2008c.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

_____. Justicia como Corrección. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 26, p. 161-171, 2003.

_____. Una Defensa de la Fórmula de Radbruch. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidad da Coruña*, A Coruña, n. 5, p. 75-96, 2001.

_____. Derecho injusto, retroactividad y principio da la legalidade penal. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 23, p. 197-229, 2000.

ARENDDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução de Sônia Orieta Heinrich. São Paulo: Diagrama e Texto, 1983.

_____. *A Condição Humana*. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária; São Paulo: EDUSP, 1981.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.

BARRETO, Tobias. *Estudos de Filosofia*. 2. ed. São Paulo: Grijalbo; Brasília, DF: INL, 1977.

BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo, RS: Unisinos, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 3, n. 11, p. 42-73, jul./set. 2001.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BERMAN, Harold J. *Direito e Revolução: a formação da tradição jurídica ocidental*. Tradução de Eduardo Takemi Takaoka. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2006.

BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na Pós-Modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

_____. *Educação e Metodologia para os Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BLEICHER, Josef. *Hermenêutica Contemporânea*. Tradução de Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 4. ed. Bauru, SP: EDIPRO, 2008.

_____. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1994.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)*.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Pós-Positivismo: o argumento da injustiça além da fórmula de Radbruch. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, p. 199-230, out./dez., 2006.

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

COELHO, Inocêncio Mártires. *Da Hermenêutica Filosófica à Hermenêutica Jurídica: fragmentos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*, São Paulo: Companhia de Letras, 2006.

COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. 420 f. Tese (Doutoramento em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Tradução de J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. Pós-Modernismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo, RS: UNISINOS, 2009. p. 647-650.

_____. *Teoria da Legitimidade do Direito e do Estado: uma abordagem moderna e pós-moderna*. São Paulo: Landy, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *A Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1995.

DORIA, Francisco Antônio. *Marcuse: vida e obra*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974.

DUARTE, André. *Filosofia Pós-Metafísica*. Rio de Janeiro: Arquimedes, 2006.

DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito: aproximação à metodologia discursiva do direito*. 2. ed. rev. São Paulo: Landy, 2004.

DUROZOI, Gerard; ROUSSEL, André. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Marina Appenzeller. Campinas, SP: Papyrus, 1993.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FALCON Y TELLA, Maria Jose. *Conceito e Fundamento da Validade do Direito*. Tradução de Stefani Borba de Rose Trunfo. Terra de Areia, RS: Triângulo, 1998.

FARALLI, Carla. *A Filosofia Contemporânea do Direito: temas e desafios*. Tradução de Candice Premaor Gullo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *A Inflação Legislativa e Crise do Estado no Brasil*. *Revista do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio*, Rio de Janeiro, n. 5, p. 49-60, 1994.

FARIÑAS DULCE, Maria José. *El Problema de la Validez Jurídica*. Madrid: Civitas, 1991.

FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *El Debate Filosófico sobre Hermenéutica Jurídica*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1995.

_____. *La Hermenéutica Jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FREITAG, Barbara. *Itinerários de Antígona*: a questão da moralidade. 2. ed. Campinas, SP: Papyrus, 1992.

GADAMER, Hans-Georg. A ideia de filosofia prática. In: _____. *A Ideia do Bem entre Platão e Aristóteles*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 155-172.

_____. Razão e Filosofia Prática. In: _____. *Hermenêutica em Retrospectiva*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007, v. 3. p. 59-68.

_____. *Verdade e Método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: São Francisco, 2005.

_____. *Verdade e Método*: complementos e índice. Tradução de Enio Paulo Giachini; revisão da tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: São Francisco, 2004.

_____. *O Problema da Consciência Histórica*. Organização de Pierre Fruchon. Tradução de Paulo Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1996.

GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação*: ensaios filosóficos. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

_____. *Pensamento Pós-Metafísico*: estudos filosóficos. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.

_____. *Dialética e Hermenêutica: para a crítica da hermenêutica de Gadamer*. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.

HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1993.

_____. Sobre o Humanismo: carta a Jean Beaufret. In: _____. *Conferências e escritos filosóficos*. Tradução de Ernildo Stein. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HORKHEIMER, Max. *Crítica de la Razón Instrumental*. Tradução de Jacobo Muñoz. 2. ed. Madrid: Trotta, 2010.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Tradução de Valério Rohden e Udo Baldur Moosburguer. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

KAUFMANN, Arthur. Derecho y Conciencia: observaciones sobre el problema de la validez del derecho. In: OLLERO, Andrés; SANTOS, José Antonio (Org.). *Hermenéutica y Derecho*. Granada: Comares, 2007a. p. 173-186.

_____. *La Filosofía del Derecho en la Posmodernidad*. Tradução de Luís Villar Borda. 3. ed. Bogotá: Temis, 2007b.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *O Problema da Justiça*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Teoria Geral das Normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris Editor, 1986.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Cardoso. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia de Letras, 1988.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. São Paulo: Brasiliense, 1985.

MAIA, Antônio Cavalcanti (Org.). *Jürgen Habermas: filósofo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MARTINS, Flávia Bahia. *O Direito Fundamental à Saúde no Brasil sob a Perspectiva do Pensamento Constitucional Contemporâneo*. 2008. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Obras Escolhidas*. São Paulo: Alfa-Ômega, [1985], v. 3.

MOREIRA, Luiz. Direito, Procedimento e Racionalidade. In: MOREIRA, Luiz (Org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso, democracia*. Tradução dos ensaios de Karl-Otto Apel por Claudio Molz; revisão de Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004. p. 177-200.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. Tradução de Elza Maria Gasparatto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

NUNES, Benedito. *Passagem para o Poético: filosofia e poesia em Heidegger*. São Paulo: Ática, 1986.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta Linguístico-Pragmática*. São Paulo: Loyola, 1996.

_____. *Ética e Racionalidade Moderna*. São Paulo: Loyola, 1993.

PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1997.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Lógica Jurídica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

RABBI-BALDI, Renato. Precomprensión y Jurisprudencia. *Persona y Derecho: Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Pamplona, n. 47, p. 391-416, 2002.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução de L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica Filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*. São Leopoldo, RS: UNISINOS, 2002.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Tradução de Celso Reni Braidá. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

SÓFOCLES. *Antígona*. Tradução de Donaldo Schüler. Porto Alegre: L&PM, 2006.

SOUZA, Daniel Coelho de. *Introdução à Ciência do Direito*. 13. ed. Belém: Cejup, 1994.

STEIN, Ernildo. *Seis Estudos sobre Ser e Tempo*. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

_____. *Exercícios de Fenomenologia: limites de um paradigma*. Ijuí, RS: Unijuí, 2004.

_____. *Nas Proximidades da Antropologia: ensaios e conferências filosóficas*. Ijuí, RS: Unijuí, 2003a.

_____. *Novos Caminhos para uma Filosofia da Constitucionalidade: notas sobre a obra Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*, de Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: [s.n.], 2003b.

_____. *Compreensão e Finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Ijuí, RS: Unijuí, 2001a.

_____. *Epistemologia e Crítica da Modernidade*. 3. ed. Ijuí, RS: Unijuí, 2001b.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e Autonomia do Direito*. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, RS, v. 1, n. 1, p. 65-77, jan./jun. 2009a.

_____. *O Problema da Decisão Jurídica em Tempos Pós-Positivistas*. *Novos Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, RS, v. 14, n. 2, p. 3-26, jul. 2009b.

_____. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Hermenêutica e Ensino Jurídico em Terrae Brasilis*. *Revista da Faculdade de*

Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, v. 46, n. 0, p. 27-50, 2007a.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007b.

_____. *Constituição ou Barbárie*: a lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito. Disponível em:
<http://www.ihj.org.br/poa/professores/Professores_02.pdf> Acesso em: 10 nov. 2010. 2007c.

_____. *Diferença (Ontológica) entre Texto e Norma*: afastando o fantasma do relativismo. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 89, p. 121-160, jan./jun. 2004.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, n. 8-2, p. 258-295, jun. 2003.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TRINDADE, André Karam. *A Filosofia no Direito*: com Gadamer, contra Habermas, à procura de um paradigma de racionalidade a partir do qual seja possível pensar pós-metafisicamente a teoria do direito contemporâneo. 352 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, 2005.

TRINDADE, André Karam; CASTRO, Fábio. A Filosofia no Direito e a Temporalidade Jurídica. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 5, p. 41-68, 2007.

VILLEY, Michel. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Derecho e Interpretación*: elementos de teoría hermenêutica del derecho. Tradução de Ana Cebeira, Aurelio de Prada e Aurelia Richart. Madrid: Dykinson, 2007.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito*: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Fabris Editor, 1995.

_____. *Direito e sua Linguagem*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1984.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos de sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 3. ed. Brasília, DF: UnB, 1994.

WELLER, Wivian. *A Hermenêutica como Método Empírico de Investigação*. Disponível em <<http://www.anped.org/br/reunioes/30ro/trabalhos/GT17>>. Acesso em: 10 jun. 2010.

WEYL, Paulo Sérgio. *Autonomia e Norma Jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Implicações Teóricas de um Conceito Normativo de Direito das Futuras Gerações*. *Cadernos da Pós-Graduação em Direito da UFPA*, Belém, v. 2, n. 5, p. 49-71, out./dez. 1997.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. São Paulo: Acadêmica, 1995.

ZACCARIA, Giuseppe. *Razón Jurídica e Interpretación*. Navarra: Civitas, 2004.