

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito
Mestrado em Teoria do Direito

**Conflitos entre princípios constitucionais: elementos teóricos para uma
compreensão adequada ao Estado Democrático de Direito**

Aníbal Magalhães da Cruz Matos

Belo Horizonte
2010

Aníbal Magalhães da Cruz Matos

**CONFLITOS ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: elementos teóricos para
uma compreensão adequada ao Estado Democrático de Direito**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Teoria do Direito.

Orientador: Alexandre Travessoni Gomes

Belo Horizonte

2010

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

M433c Matos, Aníbal Magalhães da Cruz
Conflitos entre princípios constitucionais: elementos teóricos para uma
compreensão adequada ao Estado Democrático de Direito / Aníbal Magalhães da
Cruz Matos. Belo Horizonte, 2010.
102f.

Orientador: Alexandre Travessoni Gomes
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito - Filosofia. 2. Hermenêutica (Direito constitucional). 3. Verdade.
4. Pragmatismo. 5. Análise do discurso. 6. Constituição – Interpretação. 7.
Antinomia – Princípios constitucionais. 8. Aplicação da lei. I. Gomes, Alexandre
Travessoni. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de
Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340.11

Aníbal Magalhães da Cruz Matos

**Conflitos entre princípios constitucionais: elementos teóricos para uma
compreensão adequada ao Estado Democrático de Direito**

Dissertação apresentada ao Programa de
Pós-Graduação em Direito da Pontifícia
Universidade Católica de Minas Gerais,
como requisito parcial para obtenção do
título de Mestre em Teoria do Direito.

Alexandre Travessoni Gomes (Orientador) – PUC Minas

Fernando José Armando Ribeiro – PUC Minas

Margarida Maria Lacombe Camargo – UFRJ

Belo Horizonte, 26 de abril de 2010.

Às pessoas que eu mais amo neste mundo:

Meus pais, que me ajudaram a dar os primeiros passos nesta longa jornada.

Edvânia, exemplo de esposa e mãe, que tem me auxiliado durante todos esses anos a enfrentar as dificuldades da vida.

E meus filhos, Lauren Jamilly e Henry William Isaac, que acendem todos os dias a chama da esperança e da vontade de viver dentro de mim.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Alexandre Travessoni Gomes, que me ajudou a enxergar mais longe no horizonte da Hermenêutica Jurídico-filosófica e tornou possível a realização deste trabalho.

Aos Professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC MINAS. Em especial ao Professores Fernando Armando Ribeiro e Marcelo Campos Galuppo, pelas profícuas discussões sobre temas atuais da Teoria do Direito.

Aos meus colegas de sala de aula, pela ajuda que recebi e pela proveitosa troca de experiências.

A todos que, de alguma forma, contribuíram para esta construção.

“In the beginning was the Word, and the Word was with God, and the Word was God. He was with God in the beginning.” John 1, 1, NIV.

RESUMO

Esta dissertação descreve, estuda e analisa o tema conflitos entre princípios constitucionais, apresentando elementos teóricos para a sua compreensão. Descreve, primeiramente, com o objetivo de situar o problema, as principais correntes de pensamento que tratam do conceito de princípios constitucionais, sua normatividade e diferenciação em relação às regras. Sistematiza e examina a evolução e o estágio atual do problema, de acordo com os principais teóricos que abordam o assunto. Critica a proposição geralmente aceita no campo teórico no sentido de que é possível a existência de conflitos entre princípios constitucionais e defende que, na verdade, o que há é uma aplicabilidade paralela concomitante de tais princípios, de modo que o intérprete deve aplicar um deles, afastando os demais, de acordo com uma fundamentação racional objetiva conectada com o sistema jurídico, para o que sustenta a construção de uma base teórico-filosófica e objetiva para a aplicação desses princípios. Aborda as principais questões e proposições a respeito da fundamentação e aplicação do Direito, com foco na Teoria Discursiva do Direito, defendendo uma base pragmática dessa teoria. Aponta, assim, o pragmatismo como um dos fundamentos da Teoria Discursiva do Direito e estuda seus reflexos na hermenêutica jurídica, principalmente na seara constitucional, em que o conflito entre princípios se revela como um exemplo modelo de casos difíceis. A partir daí, discorre sobre as duas principais concepções de verdade, material e procedimental, que procuram determinar o fundamento do Direito, e seus reflexos na aplicabilidade dos princípios. Por fim, investiga as possibilidades e diretrizes propostas pela Teoria Discursiva do Direito para a solução de conflitos entre princípios constitucionais, de acordo com os seus principais teóricos, e sustenta que ela, em razão de sua natureza pragmático-procedimental, pode ser o meio mais apropriado para a solução de casos difíceis, considerando que é mais coerente com o Estado Democrático de Direito, por permitir uma maior participação dos membros da comunidade na interpretação das leis.

Palavras-chave: Teoria do Direito. Hermenêutica constitucional. Verdade material e verdade procedimental. Pragmatismo. Teoria Discursiva do Direito. Casos difíceis. Conflito entre princípios constitucionais. Aplicabilidade de princípios constitucionais.

ABSTRACT

This dissertation describes, studies and analyzes the theme of conflicts between constitutional principles, presenting theoretical elements for its comprehension. It describes, firstly, with the goal of situating the problem, the main chains of thought that deal with the concept of constitutional principles, its normativity and differentiation regarding the rules. It systematizes and it examines the evolution and the current stage of the problem, according to the main theoreticians that approach the subject. It criticizes the proposition generally accepted in the theoretical field in the sense that it is possible the existence of conflicts between constitutional principles, and defends that what actually exists is a concomitant parallel applicability of such principles, so that the interpreter must apply one of them, relegating the rest, according to an objective and rational fundamentation connected with the juridical system, in terms of what sustains the construction of a theoretical-philosophical and objective foundation for the application of these principles. It approaches the main questions and propositions concerning the fundamentation and application of Law, focusing on the Discourse Theory of Law, defending a pragmatic basis of such theory. It points, thus, the pragmatism as one of the fundamentals of the Discourse Theory of Law and studies its reflexes on juridical hermeneutics, mainly in the constitutional seara, in which the conflict between principles is revealed as a model example of hard cases. From there onwards, it refers to the two main conceptions of truth, material and procedural, which seek to determine the Law foundation and their reflexes in the applicability of the principles. Finally, it investigates the possibilities and guidelines proposed by the Discourse Theory of Law for the solution of conflicts between constitutional principles, according to its main theoreticians, and sustains that, due to its pragmatic-procedural nature, it can be the most appropriated means for the solution of hard cases, considering that it is more coherent with the Democratic Rule of Law, for allowing a larger participation of community members in the interpretation of the laws.

Key-words: Theory of Law. Constitutional Hermeneutics. Material truth and procedural truth. Pragmatism. Discourse Theory of Law. Hard cases. Conflicts between constitutional principles. Applicability of constitutional principles.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 PRINCIPIOLOGIA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL.....	12
2.1 Conceito de princípio constitucional.....	12
2.2 Princípios e regras constitucionais: vertentes atuais.....	14
2.3 Conflitos entre princípios constitucionais: origens e evolução.....	20
2.4 Aplicabilidade de princípios constitucionais.....	26
2.5 Conflito ou aplicabilidade paralela de princípios constitucionais ?.....	28
2.6 Aplicabilidade de princípios constitucionais: por uma construção teórico-filosófica e objetiva das razões argumentativas.....	33
3 FUNDAMENTAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO.....	37
3.1 A concepção ontológico-existencial da pré-compreensão.....	38
3.2 A pré-compreensão pragmática: a objetivação da verdade pela aceitação e compartilhamento com os outros.....	42
3.3 A base pragmática da teoria estruturante para concretizar as normas constitucionais: a constituição como dado lingüístico.....	46
3.4 Fundamentação e aplicação do Direito.....	50
3.5 A Teoria Discursiva do Direito: a razão comunicativa segundo Habermas....	60
3.6 A integridade do Direito.....	67
4 A TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO NA APLICABILIDADE DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	74
4.1 Verdade procedimental e verdade material.....	75
4.2 Pragmatismo, linguagem e interpretação jurídica.....	77
4.3 Pressupostos pragmáticos da Teoria Discursiva do Direito.....	79
4.4 Aplicabilidade de princípios constitucionais de acordo com Habermas.....	82
4.5 A ponderação de valores segundo Alexy e Günther: argumentação racional e adequada ao caso concreto.....	90
5 CONCLUSÕES.....	95
REFERÊNCIAS.....	99

1 INTRODUÇÃO

Os princípios constitucionais têm sido amplamente investigados ultimamente no meio acadêmico, principalmente após a construção da teoria normativa principiológica – princípios, assim como as regras, são normas - propugnada por teóricos da estirpe de Robert Alexy e Ronald Dworkin, adotada por vários juristas e magistrados ao redor do mundo, inclusive brasileiros.

A partir desse movimento, surgiu o problema do conflito entre princípios constitucionais, objeto de investigação do presente trabalho, ainda pouco estudado nos âmbitos prático e teórico.

Quase não há bibliografia nacional sobre o assunto. As obras que tratam dos princípios constitucionais apenas fornecem uma breve síntese sobre a questão de acordo com as propostas de Alexy e Dworkin no sentido de que, em caso de conflito entre princípios constitucionais, o intérprete deve efetivar um sopesamento entre eles a fim de escolher um para solucionar o caso concreto, permanecendo os demais válidos no ordenamento jurídico.

Na prática essa proposta nada resolve. O juiz, aplicador ou intérprete da lei, continua com o poder de decidir qual princípio (ou peso) deve prevalecer no caso. A solução é imposta de acordo com o seu espectro pré-compreensivo solipsista e subjetivo.

Logo, o problema precisa ser tratado no âmbito das possibilidades da fundamentação dessa escolha. Os argumentos utilizados nesse “sopesamento” necessitam de uma base teórica para se tornarem mais conectados com o regime democrático adotado no Brasil, pois o juiz não deve apresentar argumentos desvinculados do ordenamento jurídico-social existente, sob pena de desvirtuar sua atividade estatal e o resultado advir da sua vontade pessoal.

Daí, pretende-se neste trabalho monográfico apresentar alguns elementos teóricos para compreender os conflitos entre princípios constitucionais e indicar diretrizes para uma solução adequada.

Com esse objetivo, dividimos o trabalho em três partes: a) principilogia constitucional; b) fundamentação e aplicação do Direito; e, c) a Teoria Discursiva do Direito na aplicabilidade de princípios constitucionais.

Na primeira parte (capítulo 2), ao escopo de revelar a situação atual do problema, fez-se um apanhado evolutivo e histórico de elementos teóricos a respeito do conceito de princípio constitucional, sua natureza normativa e distinção em relação às regras.

Em seguida, discorreu-se sobre os conflitos entre princípios constitucionais, com um breve relato do seu desenvolvimento e das principais teorias que tratam do tema.

Nesse estágio, levantou-se uma crítica à afirmação de Bonavides a respeito do êxodo dos princípios para o sistema constitucional, bem como se aventou a possibilidade de inexistência de conflito entre princípios constitucionais, e, em lugar disso, a aplicabilidade paralela de dois ou mais princípios ao mesmo caso concreto.

Na segunda parte (capítulo 3), fundamentação e aplicação do Direito, foram apresentados elementos teórico-filosóficos para compreender a atividade interpretativa, partindo dos estudos de Heidegger e Gadamer sobre a pré-compreensão e as possibilidades de dessubjetivação da interpretação.

Daí em diante, liga-se a pré-compreensão à Teoria Estruturante de Müller, analisando-se a base pragmática dessa teoria, que vê na estrutura normativa e nos signos linguísticos mecanismos para a concretização da Constituição.

Incluíram-se nessa parte tópicos que discorrem sobre as principais correntes de pensamento a respeito da fundamentação e aplicação do Direito, iniciando com o jusnaturalismo, passando pela razão comunicativa habermasiana e finalizando com a visão de Dworkin do Direito como integridade.

Na última parte do desenvolvimento (capítulo 4), focalizaram-se as diretrizes apontadas pela Teoria Discursiva do Direito para a aplicabilidade de princípios constitucionais (ou para as formas de resolver conflitos entre eles).

Para tanto, investigou-se a distinção entre verdade material (ontológica) e formal (ou procedimental), o pragmatismo e seus influxos sobre a Teoria Discursiva do Direito, e, ao final, as indicações e diretrizes teóricas de Habermas, de Alexy e de Günther no que refere aos conflitos entre princípios constitucionais.

Como se vê, este trabalho tem natureza eminentemente exploratória. Não tem por objetivo esgotar o tema (se é que isso é possível), o que seria excessivamente trabalhoso e acarretaria o distanciamento da finalidade da dissertação, que é apresentar elementos e diretrizes teóricas para a compreensão do fenômeno estudado.

Contudo, como se pode verificar no decorrer e ao final do texto, criticamos a atividade valorativa do julgador/intérprete e nos filiamos à Teoria Discursiva do Direito, por entendermos mais consentânea com o Estado Democrático de Direito.

Cabe ressaltar, nesse ponto, que consideramos como inseridas dentro do campo da Teoria Discursiva do Direito as proposições de Alexy e de Günther, porque ambos se basearam em Habermas para desenvolver suas investigações sobre o tema, somente para apontar alguns dos principais teóricos da linha discursiva procedimental, sem olvidar, por outro lado, da importância de estudos de teóricos como Dworkin, o qual, muito embora não filiado diretamente à corrente de pensamento habermasiana, tem uma compreensão do Direito que apresenta alguns pontos de convergência com ela.

Assim, pretende-se compreender o conteúdo e a extensão das principais teorias que tratam do tema, comparando-as a fim de demonstrar suas diferenças e possibilidades, analisar e descrever quais orientações e critérios são por elas fixados para a fundamentação do intérprete na aplicação de princípios constitucionais, tudo por meio de um linha argumentativa crítico-descritiva.

Uma última observação importante a respeito da formatação: como será possível notar durante a leitura do texto, não foi inserida nenhuma nota de rodapé no trabalho. Isso porque seguimos o Padrão PUC-MINAS de Normalização, o qual, além de fixar o sistema autor-data para as citações (o que significa dizer que não são necessárias notas para a indicação da bibliografia), sugere que se evite o uso dessas notas, porque “interrompem a sequência lógica da leitura”.

Por essa razão, colocamos as nossas observações ou comentários sobre um ponto ou outro entre parênteses ou travessões no corpo do texto, de forma a evitá-las.

2 PRINCIPIOLOGIA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

Durante as últimas décadas, tem-se construído, no âmbito da Teoria do Direito e da dogmática jurídica, uma teoria principiológica constitucional, em razão da importância concedida aos princípios constitucionais, por se localizarem no ápice do ordenamento jurídico.

Por isso, muito amiúde, principalmente após o advento da Constituição Federal Brasileira de 1988, os teóricos e os aplicadores do Direito debruçam-se no trabalho de desvendar a natureza, as nuances e os efeitos desses elementos jurídico-constitucionais.

Não é objetivo desta parte adentrar nas profundezas do tema principiológica constitucional, em razão das limitações deste trabalho, mas, por outro lado, é necessário discorrer sobre alguns detalhes a fim de situar o problema central desenvolvido – conflito entre princípios constitucionais -, descrever e definir, ainda que perfunctoriamente, seus pressupostos variáveis, consistentes na natureza e no conceito de princípios constitucionais, aplicabilidade, antinomia e fundamentos teórico-filosóficos, além de revisar as propostas dos principais juristas e filósofos da atualidade a respeito desse tema.

2.1 Conceito de princípio constitucional

Sob o prisma etimológico e filosófico, segundo Abbagnano (1998), princípio significa início ou fundamento de um processo qualquer – em grego: ἀρχή; em latim: *principium*; em inglês: *principle*; em francês: *principe*; em alemão: *prinzip, grundsatz*;

Desde a época pré-socrática o termo princípio é utilizado como ponto de partida, alicerce ou fundamento das coisas. Desse modo, os filósofos da natureza - como eram chamados de forma geral os filósofos anteriores a Sócrates, porque sua principal reflexão centrava-se nos fenômenos naturais – discutiam a origem da vida e dos elementos materiais percebidos na natureza.

Por isso, o termo princípio sempre foi muito utilizado nas ciências naturais e exatas, ora para designar a origem de algo, ora para indicar o seu fundamento,

como assinala Bonavides, citando Luís Diez Picazo, que vê na Matemática o advento dos princípios:

A idéia de princípio, segundo Luís Diez Picazo, deriva da linguagem da geometria, “onde designa as verdades primeiras”. Logo, acrescenta o mesmo jurista que exatamente por isso são “princípios”, ou seja, “porque estão ao princípio”, sendo “as premissas de todo um sistema que se desenvolve *more geometrico*”. (PICAZO *apud* BONAVIDES, 2001, p. 228-229).

No âmbito jurídico, a definição e o conceito de princípio com característica normativa têm evoluído de acordo com o desenvolvimento dos sistemas hermenêuticos vigentes, iniciando com o jusnaturalismo, passando pelo positivismo e, finalmente chegando ao pós-positivismo, como explica Bonavides:

A juridicidade dos princípios passa por três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. [...] A primeira – a mais antiga e tradicional – é a fase jusnaturalista; aqui, os princípios habitam ainda a esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça. [...] A segunda fase da teorização dos princípios vem a ser a juspositivista, com os princípios entrando já nos Códigos como fonte normativa subsidiária ou, segundo Gordillo Cañas, como ‘válvula de segurança’, que garante o ‘reinado absoluto da lei’. Com efeito, assinala Gordillo Cañas, os princípios entram nos Códigos unicamente como ‘válvula de segurança’, e não como algo que se sobrepusesse à lei, ou lhe fosse anterior, senão que, extraídos da mesma, foram ali introduzidos ‘para estender sua eficácia de modo a impedir o vazio normativo’. [...] A terceira fase, enfim, é a do pós-positivismo, que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas deste século. As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais. (BONAVIDES, 2001, p. 232-237).

Bonavides, como se vê, defende a constitucionalização dos princípios jurídicos, construída por meio de uma elevação dessa categoria normativa ao altiplano constitucional através dos tempos, afirmando que:

A caminhada teórica dos princípios gerais, até a sua conversão em princípios constitucionais, constitui a matéria das inquirições subseqüentes. Os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema jurídico. (BONAVIDES, 2001, p. 231).

No entanto, a assertiva no sentido de que os princípios jurídicos saltaram do plano infraconstitucional para o constitucional, passando a pertencer ao nível hierárquico maior do ordenamento jurídico, é criticável, considerando que a

Constituição traz consigo princípios jurídicos que nunca pertenceram a plano inferior, como, por exemplo, no caso do Brasil, os princípios Constitucionais do Estado Democrático de Direito, o princípio federativo e o princípio da separação de poderes.

Tais princípios foram instituídos com o advento da Constituição Federal brasileira vigente concomitantemente, não-lhes sendo aplicável o raciocínio da transmutação de nível, pois nunca pertenceram a plano diverso do constitucional, de forma que a afirmação no sentido de que os princípios jurídicos evoluíram historicamente até alcançarem o plano constitucional deve ser vista com reservas.

É preciso dizer, por sua vez, que é vasto e fértil o campo de estudos a respeito da natureza e do conceito de princípios constitucionais, existindo no Brasil e no exterior muitas monografias sobre o tema, que os classificam de variadas formas.

Espíndola (1999), por exemplo, trata do tema com grande abrangência em sua obra “conceito de princípios constitucionais”, em que faz um apanhado geral das principais características dos princípios constitucionais, revisa o conceito no discurso de juristas brasileiros e o aborda de forma bastante peculiar de acordo com a compreensão de Canotilho.

De forma geral, contudo, os estudos efetivados concluem que princípios constitucionais são fundamentos de todo o ordenamento jurídico, funcionando como vetores interpretativos e valorativos, pois são considerados normas de hierarquia superior a todas as outras porque subjazem no ápice da estrutura jurídica.

2.2 Princípios e regras constitucionais: vertentes atuais

A jornada da ciência jurídica em busca da normatividade dos princípios jurídicos e sua distinção em relação às regras jurídicas teve a participação de vários estudiosos através dos tempos.

Assim, considerando os objetivos deste trabalho, como já afirmado, em razão da necessidade de situar a questão sobre o conflito entre princípios constitucionais, nos limitaremos a fazer uma breve evolução e a discorrer sobre a situação atual do tema.

Jean Boulanger foi um dos primeiros teóricos a tratar de forma sistemática a principiologia jurídica na sua obra *La théorie des principes juridiques n'a pas encore*

été entreprise, em que analisa e classifica os diversos princípios aplicáveis ao processo judicial, mas, segundo Bonavides, “coube, porém, a Esser, jurista alemão, levar a cabo e aprofundar esse tratamento na sua clássica obra *Princípio e norma (Grundsatz und Norm)*.” (BONAVIDES, 2001, p. 239).

Para Esser, de acordo com Ávila, princípios são normas que fixam fundamentos para “que determinado mandamento seja encontrado. Mais do que uma distinção baseada no grau de abstração da prescrição normativa, a diferença entre os princípios e as regras seria uma distinção qualitativa.” (ESSER *apud* ÁVILA, 2008, p. 35), proposição semelhante à de Karl Larenz, que os qualifica como “critérios teleológico-objectivos da interpretação e em conexão com o desenvolvimento do Direito” ou “pautas directivas de normação jurídica que, em virtude de sua própria força de convicção, podem justificar resoluções jurídicas.” (LARENZ, 1997, p. 674).

De ver-se que tanto Esser quanto Larenz definem os princípios como fundamentos das demais espécies normativas, funcionando como elementos vetoriais interpretativos e aplicativos destas últimas.

Claus-Wilhelm Canaris procura diferenciar os princípios jurídicos das regras jurídicas pelo conteúdo axiológico e pelo modo de interação normativa. Como explica Ávila:

Em primeiro lugar, o conteúdo axiológico: os princípios, ao contrário das regras, possuíam um conteúdo axiológico explícito e careceriam, por isso, de regras para sua concretização. Em segundo lugar, há o modo de interação com outras normas: os princípios, ao contrário das regras, receberiam seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação. Acrescentam-se, pois, novos elementos aos critérios distintivos antes mencionados, na medida em que se qualifica como axiológica a fundamentação exercida pelos princípios e se predica como distintivo seu modo de interação. (CANARIS *apud* ÁVILA, 2008, p. 36).

De forma mais específica, Dworkin (2002, p. 39, 42 e 43) distingue os princípios das regras jurídicas com base no grau de aplicabilidade. As regras são aplicáveis na forma do tudo-ou-nada, não existindo espaço para atuação discricionária do aplicador, pois o comando normativo nesse caso é direto e imediato relativamente aos fatos, enquanto que os princípios possuem uma dimensão de peso e importância que deve ser considerada no momento da aplicação, principalmente quando mais de um princípio é aplicável ao caso.

Complementando essas afirmações, Alexy reafirma o caráter normativo e distingue princípios jurídicos de regras jurídicas com base no grau de aplicabilidade indicado pela estrutura da norma:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio. (ALEXY, 2008, p. 90-91).

Diante disso, levando-se em consideração os estudos postos em destaque, é possível afirmar que no momento atual a concepção de que princípios e regras constitucionais têm natureza normativa, existindo poucos teóricos que se insurgem contra essa linha de raciocínio.

Atualmente, a denominada corrente pós-positivista tem entendido que o conceito de lei e de princípios gerais do Direito abarca os princípios, de onde decorrem, também, os princípios jurídicos expressos e os princípios jurídicos implícitos, os quais, por serem normas jurídicas de natureza imperativa, possuem força jurídica efetiva, equiparando-se aos demais veículos legais existentes no ordenamento jurídico. Os princípios e as regras são espécies do gênero norma.

Canotilho, seguindo essa tendência, define e distingue princípios e regras da seguinte forma:

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*) [...]. (CANOTILHO, 2002, p. 1.145).

Canotilho (2002, p. 1144-1145), contudo, verifica que a distinção e a especificação normativa de princípios e regras é tarefa bastante complexa e encontra uma ampla gama de variáveis para a fixação de critérios, encontradas a partir das tentativas teóricas nesse sentido, ora por meio do grau de abstração e

determinabilidade – princípios têm um nível de abstração maior, são indetermináveis e imprecisos, enquanto que as regras são menos abstratas, são determináveis e precisas -, ora pela característica da fundamentalidade e da idéia do Direito – princípios são normas hierarquicamente superiores com importância estruturante, como são os princípios constitucionais, pertencem à idéia do Direito e funcionam como “standards” para o ordenamento jurídico -, outras vezes com base no fundamento genético dos princípios – princípios são normas fundamentantes e constituem a *ratio* das demais normas.

Klaus Günther (2004, p. 309-310) analisa a distinção entre normas que têm um caráter *prima facie* (princípios) e normas definitivas e absolutas (regras) adotando a proposta de Searle que as diferencia a partir da distinção entre obrigação “sob circunstâncias que permanecem iguais” (*things being equal*) e a proposição de norma segundo a qual se deveria fazer algo “sob a consideração de todas as circunstâncias” (*all things considered*). Desse modo, a distinção é feita pela forma como se trava uma conversação a respeito das razões da ação, e não a partir de um determinado conceito de norma ou da análise de sua estrutura e do significado do dever.

Assim, referido autor faz a proposta de considerar as normas que forem válidas sob circunstâncias inalteradas, como resultado possível de um discurso de fundamentação, enquanto que em discursos de aplicação serão consideradas aquelas cuja adequação é válida quando contempladas todas as circunstâncias.

Ao adotar a proposição de Searle, Günther deixa de lado a distinção entre normas *prima facie* e normas definitivas a partir de classificação de normas ou obrigações, adotada por Alexy, e, em lugar disso, faz com que a diferença dependa de uma máxima de conversação. Segundo essa idéia, seria possível entender a diferença entre os dois juízos – “o que alguém deve, por obrigação, fazer e o que alguém deveria fazer, tendo examinado todas as coisas” – de tal modo que a diferença se referisse à quantidade apreendida de informações comunicadas em uma conversação a respeito das razões da ação.

Tal proposta não permite a existência de dois diferentes conceitos de validade, uma *prima facie*, na qual ficaria em aberto em que grau ela estaria impondo um compromisso, e uma validade absoluta, que não pode ser restrita, como ocorre quando se distingue tais normas de acordo com o caráter da obrigação. Como discorre Günther:

É esta proposta que eu gostaria de levar adiante. Ela tem a vantagem de fazer com que a distinção seja desvinculada do conceito de norma e da validade coercitiva de juízos normativos, para, em lugar disso, ancorá-la nas condições da ação, as quais estabelecem a forma de tratarmos as normas em situações. Conseqüentemente, podemos continuar a perguntar como uma conversação é estruturada e quais são os atributos aplicados, “sob circunstâncias inalteradas” (*things being equal*) e “sob a consideração de todas as circunstâncias” (*all things considered*)... Se uma norma valer na situação S1, valerá também nas situações S2, S3,... Sn, se as respectivas circunstâncias se mantiverem iguais. [...] Como evidenciou a nossa interpretação sistemática do princípio moral, essa pressuposição precisa ser estabelecida ao se fundamentar o pleito de validade de normas. Ela serve para abstrair de possíveis alterações das constelações de sinais característicos e, também, para tematizar a norma exclusivamente sob o ponto de vista de que todos os implicados podem querer a sua observância geral sob as condições situacionais (Sx) conhecidas no momento (tx). Somente segundo essa pressuposição é que fará sentido fundamentar a validade geral de uma norma em si, sem acrescentar simultaneamente uma quantidade imprevisivelmente grande de exceções... Por isso, podemos dizer que a validade de uma norma sempre se refere à concordância geral, e sua aplicabilidade ocorre sob circunstâncias inalteradas. (GÜNTHER, 2004, p. 310).

Verifica-se, desse modo, que a distinção entre princípios e regras, de acordo com esse corte metodológico, existe em função dos sinais característicos situacionais, pois se no discurso vingar a cláusula *ceteris paribus* (mantendo-se iguais as demais coisas), sua natureza será fundamentacional, ao passo que se forem consideradas as circunstâncias da situação, a natureza do discurso será aplicacional. Determinada norma é uma regra, se no discurso os elementos situacionais permanecerem inalterados, ou princípio, se forem consideradas todas as circunstâncias fáticas e jurídicas referentes ao problema interpretativo. Nesse caso, esclarece Günther:

[...] a diferença consistiria mais em tratarmos de uma norma como regra, à medida que a aplicarmos sem considerar os sinais característicos desiguais da situação, ou como princípio, à medida que a aplicarmos mediante o exame de todas as circunstâncias (efetivas e jurídicas) em determinada situação. (GÜNTHER, 2004, p. 315).

Portanto, diferentemente de Alexy, que defende a diferenciação entre princípios e regras a partir do conceito estrutural das normas – princípios são normas *prima facie* contendo ordens de otimização e regras são normas de caráter absoluto com ordens específicas e definitivas -, Günther propõe uma distinção entre tais normas no âmbito do discurso aplicacional, de modo que os princípios e as regras sejam distinguidos de acordo com as condições de conversação referentes

aos elementos situacionais relacionados ao caso. Nesse ponto, Günther, após analisar a proposta de Alexy, afirma que:

[...] Possivelmente, será mais fácil, em lugar disso, retomar a proposta de Searle de que a distinção, localizada por Alexy na estrutura da norma, poderá ser reconstruída de modo mais adequado em condições de conversação, sob as quais nos posicionamos diante de compromissos em determinada situação. (GÜNTHER, 2004, p. 315).

A dependência da validade da norma à concordância geral e sob circunstâncias inalteradas revela a natureza pragmático-discursiva da proposta, cuja estrutura é crucial para o desvendamento e resolução de conflitos entre princípios constitucionais, como se demonstrará oportunamente.

Mais recentemente, Ávila (2008) defende uma dissociação heurística e um modelo tripartite para a diferenciação das várias espécies de normas. Dissociação heurística porque as normas (no sentido de juízo ou resultado interpretativo) surgem da construção hermenêutica a partir dos signos lingüísticos dos dispositivos textuais, pelo que “essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete.” (ÁVILA, 2008, p. 68). A partir daí, referido jurista propõe *alternativas inclusivas* para concluir que:

os dispositivos podem gerar, simultaneamente, mais de uma espécie normativa. Um ou vários dispositivos, ou mesmo a implicação lógica deles decorrente, pode experimentar uma *dimensão* imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado). (ÁVILA, 2008, p. 69).

Dessa forma, um mesmo princípio pode ser considerado uma regra – de natureza comportamental -, um princípio – de natureza finalística – e/ou metódica – de natureza postulatória ou interpretativa -, como o princípio da igualdade, exemplo fornecido por Ávila (2008, p. 69), que pode ser interpretado como regra, porque proíbe a criação ou aumento de tributos que não sejam iguais para todos os contribuintes, como princípio porque tem por fim a realização da igualdade, e como postulado, considerando que estabelece um dever jurídico de comparação a ser observado no momento da atividade interpretativa.

A natureza normativa dos princípios, assim, tem sido recebida de forma ampla no âmbito jurídico, a partir do que surgiu a questão a respeito da antinomia entre os princípios jurídicos.

2.3 Conflitos entre princípios constitucionais: origens e evolução

Como se pode verificar dos tópicos anteriores, a normatividade dos princípios jurídico-constitucionais e sua distinção das regras encontram forte suporte teórico-dogmático, o que não acontece com o tema “conflito entre princípios constitucionais”.

De forma geral, os diversos autores que tratam do tema, contentam-se em afirmar que o conflito entre princípios constitucionais (como nos princípios jurídicos em geral) deve ser solucionado com o sopesamento entre eles, a fim de encontrar aquele de maior peso ou que prepondera, para utilizar os termos dworkinianos e alexyanos.

Todavia, como se verá, ainda não foi estabelecido um critério mais preciso, como acontece com as regras, para dirimir os casos em que ocorrem conflitos/colisões entre princípios constitucionais, se é que realmente ocorrem.

Em caso de conflito (ou colisão) de princípios constitucionais, Dworkin afirma que para verificar qual princípio tem peso maior deve o aplicador utilizar argumentos decorrentes de uma mistura de “práticas e outros princípios, nos quais as implicações da história legislativa e judiciária aparecem juntamente com apelos às práticas e formas de compreensão partilhadas pela comunidade.” (DWORKIN, 2002, p. 58).

A solução, de acordo com tal assertiva, é encontrada por meio da argumentação em favor de um ou outro princípio e seu peso, o que significa dizer, em última análise, que o resultado dependerá sempre da força argumentativa daqueles (ou daquele) que efetivam a decisão, não existindo atualmente um critério preciso, como acontece nos casos de antinomia entre regras, em que é possível utilizar determinados critérios – cronológico, hierárquico ou da especialidade -, para escolher entre um ou outro princípio jurídico.

Cabe, nesse ponto, aduzir uma crítica no sentido de que, mesmo no campo da interpretação das regras, os critérios clássicos atualmente já não são suficientes para proporcionar uma solução interpretativa e aplicacional das normas jurídicas em todos os casos, principalmente em razão da rápida mutabilidade das relações sociais decorrente das transformações dos meios de comunicação pela tecnologia.

No que concerne à aplicação de princípios, o próprio Dworkin reconhece que não é possível demonstrar de forma direta e imediata a autoridade de um princípio e seu peso subjacente que devem prevalecer em determinado caso, como acontece com as regras jurídicas, pois tal resultado é decorrente dos juízos e argumentos utilizados:

É verdade que, em geral, não podemos demonstrar a autoridade ou o peso de um princípio particular, da mesma maneira que às vezes podemos demonstrar a validade de uma regra reportando-a a um ato do Congresso ou ao voto de um tribunal autorizado. [...] Não existe papel de tornassol para testar a consistência desse argumento – ele é matéria que depende de juízo e pessoas razoáveis podem discordar a respeito dela. (DWORKIN, 2002, p. 60).

Essa ausência de critérios para solucionar conflitos entre princípios, por outro lado, não implica que a solução pode ficar ao talante do aplicador da lei quando se tratar de casos judiciais, pois os juízes não têm competência legislativa para simplesmente escolher qual peso deve prevalecer de acordo com as suas convicções pessoais, sob pena de ofensa à certeza e à segurança das relações jurídicas decorrentes do Estado Democrático de Direito.

É necessário, então, estabelecer critérios a fim de diminuir o grau de subjetividade das decisões judiciais em tais casos, o que pode ser feito por meio de argumentos decorrentes de práticas, de outros princípios, elementos históricos legislativos e judiciários, bem como de outras formas de “compreensão partilhadas pela comunidade”. Segundo Dworkin:

Porém, não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar a mudança; caso contrário, nenhuma regra estaria a salvo. É preciso que existam alguns princípios com importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios mais importantes que outros. Esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio, elegível. Se fosse assim, não poderíamos afirmar a obrigatoriedade de regra alguma. Já que, nesse caso, sempre poderíamos imaginar um juiz cujas preferências, selecionadas entre os padrões extrajurídicos, fossem tais que justificassem uma mudança ou uma

reinterpretação radical até mesmo da regra mais arraigada. (DWORKIN, 2002, p. 60).

Vê-se, a partir daí, que a escolha entre um princípio em detrimento de outro passa obrigatoriamente pela necessidade de se apresentar razões ou critérios com o objetivo de racionalizar a decisão de forma a legitimar a atuação jurisdicional perante a sociedade e atender a segurança jurídica.

A questão que surge a partir daí é saber se existe algum modo de diminuir esse grau de subjetividade do julgador quando de sua argumentação para estabelecer qual princípio ou peso deve preponderar.

Nesse particular, é preciso dizer que, como Dworkin, defende-se aqui a proposição no sentido de que os argumentos judiciais em casos que tais devem surgir a partir de canais comunicativos que revelem um precedente histórico, cultural, jurídico, jurisprudencial ou qualquer outra forma que decorra de “uma compreensão compartilhada com a comunidade”, ao escopo de otimizar e racionalizar essas decisões judiciais, considerando que não há legitimidade do julgador para escolher (sopesar) os valores em jogo a fim de estabelecer qual princípio deve prevalecer.

Essa linha argumentativa tem natureza estritamente pragmático-discursiva, porquanto opera com uma verdade estritamente procedimental (ou formal), pois não permite nenhuma atuação do julgador no campo axiológico, por ser esta privativa e exclusiva do poder legiferante, mas coloca a validade dos argumentos utilizados na dependência de elementos que indiquem uma aceitação compartilhada pelos demais membros da sociedade.

Por isso, considerando a necessidade de utilização de um modelo de argumentação jurídica que racionalize a decisão judicial, adotou-se na presente investigação como marco teórico a “Teoria Discursiva do Direito e da Democracia” de Jürgen Habermas (2003), de natureza lingüístico-pragmática, para quem:

[...] a pré-compreensão paradigmática do Direito em geral só pode colocar limites à indeterminação do processo de decisão iniciado teoricamente e garantir uma medida suficiente de segurança jurídica, se for compartilhada intersubjetivamente por todos os parceiros de direito e expressar uma autocompreensão constitutiva para a identidade da comunidade jurídica. (HABERMAS, 2003, p. 278).

Para Habermas (2003, p. 281), a correção de decisões judiciais não pode ser explicada com base em uma teoria da verdade como correspondência, porquanto

direitos são uma construção social que não pode ser sedimentada em fatos, significando dizer que correção é aceitabilidade racional, com suporte em argumentos, devendo o julgador considerar-se como parte da comunidade e basear sua interpretação em padrões (*standards*) comprovados a fim de garantir a objetividade e a controlabilidade intersubjetiva do juízo.

Com o objetivo de apresentar uma proposta para solucionar os casos de conflitos entre princípios jurídicos, Robert Alexy assinala que “a solução da colisão consiste em que, levando em consideração as circunstâncias do caso, estabelece-se entre os princípios uma relação de precedência condicionada.” (ALEXY, 1993, p. 92).

A colisão, nesse caso, é solucionada pela apresentação de razões que determinem a preponderância de um princípio em detrimento do outro. O princípio com peso maior, portanto, deve ser aquele que tiver mais razões para a sua prevalência sob determinadas condições.

Contudo, continua obscuro o critério para a definição de quais razões aumentam o peso de determinado princípio, caso em que a decisão final continua a depender da subjetividade e do solipsismo do juiz.

Após analisar a proposta de Alexy para distinguir princípios e regras, bem como a forma de estabelecer uma lei de colisão por meio da formação de enunciados de precedência, Günther comenta essa ausência de critérios para solucionar os conflitos entre princípios, pois:

[...] obviamente, Alexy não indica critérios, segundo os quais fosse possível avaliar a adequação de um enunciado de preferência... O motivo pelo qual esse tipo de argumentação de adequação seria exigência da estrutura dos princípios continua nebuloso. Somente se “evidenciará” que determinadas normas exigem argumentações de adequação em situações de aplicação. (GÜNTHER, 2004, p. 318).

Na verdade, Alexy tão-somente transferiu o problema de lugar, considerando que procurou resolver a questão por meio de uma lei de preferência condicionada (ou incondicionada), mas não dispôs sobre a fundamentação da fundamentação, ou, em outras palavras, sobre a fundamentação das razões que estabelecem essa relação de precedência, como discorre Klaus Günther:

[...] Alexy demonstrou que é possível precisar o modelo de ponderação metodicamente, tornando-o uma lei de colisão e uma lei de ponderação que corresponda a esta lei de colisão. Não obstante, não foi possível, dessa

forma, eliminar completamente o problema de critério. Além disso, ele pressupunha uma reinterpretação teleológica de princípios e reduziu o problema de fundamentação à fundamentação de decisões de preferência. (GÜNTHER, 2004, p. 332).

Do mesmo modo, Grau entende que não há atualmente nenhuma regra ou princípio que oriente o julgador para escolher entre um princípio em detrimento do outro, em caso de antinomia:

Sucedem a inexistir no sistema qualquer regra ou princípio a orientar o intérprete a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles estabelecido, deve ser privilegiado, qual o que deve ser desprezado. Isso somente se pode saber no contexto de cada caso, no âmbito do qual se verifique o conflito. (GRAU, 2006, p. 198).

Grau (2006, p. 198) revela que Poulantzas apresenta um modelo para a solução de antinomias entre princípios jurídicos com base em uma estruturação normativa referencial. O conflito é solucionado reportando-se à infra-estrutura do Direito, concedendo-se um peso maior ao princípio que possuir uma relação mais próxima com os dados em referência.

Esse modelo, que revela uma concepção estruturante do sistema jurídico decorrente da construção de uma infra-estrutura normativa capaz de indicar a solução de conflitos entre princípios, permite que o intérprete solucione o conflito pela indicação do princípio “[...] que assume, no caso concreto, importância mais significativa em relação aos dados da infra-estrutura.” (GRAU, 2006, p. 198).

Esse critério baseado na referência aos dados da infra-estrutura interna do Direito de Poulantzas, contudo, assemelha-se à questão da fundamentação das razões da relação de preferência propugnada por Alexy, considerando que a utilização dos elementos relacionados aos princípios conflitantes necessita ser fundamentada de forma racional.

Da mesma forma, Canotilho não vai muito longe, pois apenas confirma sua adesão à normatividade dos princípios jurídicos e sua diferenciação das regras de acordo com os juristas mencionados, restringindo-se a repetir os modelos de solução de antinomias principiológicas de Dworkin e Alexy, no sentido de que esse problema é resolvido por meio da verificação do peso e da ponderação dos princípios em jogo, os quais não são excluídos do sistema jurídico, mas tão-somente afastados do caso:

[...] a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à “lógica do tudo ou nada”), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida de suas prescrições, nem mais nem menos. [...] em caso de *conflito entre princípios*, estes podem ser objecto de ponderação e de harmonização, pois eles contêm apenas “exigências” ou “Standards” que, em “primeira linha” (*prima facie*) devem ser realizados; as regras contêm “fixações normativas” *definitivas*, sendo insustentável a *validade* simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de *validade* e *peso* (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de *validade* (se elas não são correctas devem ser alteradas). (CANOTILHO, 2002, p. 1145-1146).

Para Ávila (2008), como os princípios são normas que possuem determinada finalidade e procuram atingir um determinado estado de coisas, o intérprete está livre para ponderar as razões morais que estão por trás das normas, ou seja, “o aplicador está incumbido de fazer uma ponderação concretamente orientada entre os princípios conflitantes, ele próprio encontrando os meios adequados, necessários e proporcionais à consecução do fim cuja realização é determinada pela positivação dos princípios.” (ÁVILA, 2008, p. 102).

De tudo o que foi exposto, como já afirmado anteriormente, verifica-se que ainda não foi estabelecida uma base teórica formal para se resolver conflitos entre princípios jurídicos, encontrando-se atualmente a questão no estágio da ponderação ou sopesamento das razões que estabelecem a preponderância de um princípio sobre o outro, o que significa dizer, que o resultado está a depender da argumentação levada a cabo pelo julgador ou aplicador da lei.

Não se pretende aqui, contudo, defender a possibilidade de alcançar uma fundamentação última e absolutamente objetiva, pois tal pretensão encontra obstáculo na infinitude lógica do conhecimento universal, como já demonstrou Hans Albert (1980, p. 11-15) com o trilema de Münchhausen, em que se verifica a ineficácia no plano do raciocínio transcendental que tem esse objetivo porque sempre leva a uma regressão (ou progressão) ao infinito humano, a um pensamento circular ou à interrupção do procedimento hermenêutico, que tem origem estritamente subjetiva, porque realizado por um ser pensante.

No entanto, é preciso dizer que tal argumentação deve e pode ser menos subjetiva em seu processo, sob pena de se desvirtuar a finalidade e as funções

delineadas no Estado Democrático de Direito, que não permite ao julgador escolher os seus valores pessoais, mas aqueles que estão por trás das leis votadas pelo parlamento e partilhadas pela comunidade por meio dos vários canais de comunicação colocados a sua disposição.

Por isso, é necessário estudar e investigar as possibilidades de dessubjetivação (ou objetivação) das argumentações levadas a efeito pelo julgador no momento de decidir qual princípio deve prevalecer, equação que somente pode encontrar solução na Filosofia e na Teoria do Direito. Em relação a esse ponto, investigaremos mais adiante algumas das principais correntes filosóficas que procuram desvendar essas possibilidades interpretativas.

Antes, porém, é necessário analisar e discutir a aplicabilidade dos princípios constitucionais e testar a assertiva no sentido de que é possível existir antinomia entre eles.

2.4 Aplicabilidade de princípios constitucionais

As normas jurídicas podem ser fundamentadas em dois níveis distintos: em nível de discurso de justificação fundamentadora da própria existência da norma e em nível de discurso de aplicação que considera e analisa todos os sinais característicos da situação.

Segundo Günther (2004, p. 250-252), a justificação das normas jurídicas ocorre no plano da validade, ao passo que a aplicação se dá no âmbito da adequação, da concreção, por meio da análise de todos os sinais característicos – normativos ou fáticos - da situação.

Nessa conformidade, a fundamentação dos princípios constitucionais pode ocorrer no plano da justificação existencial ou no plano da concretude aplicacional.

No primeiro caso, o discurso tem natureza moral e axiológica, pois o poder constituinte é quem decide e fundamenta os princípios que devem nortear todo o sistema jurídico do Estado constituído, valendo-se para tanto de todas as formas de comunicação possíveis para emitir sua opinião.

No plano da aplicação, por outro lado, a concretização se desenvolve, geralmente, quando se exerce a função decisória - judicial, administrativa ou

legislativa – em face de um caso concreto, momento em que o intérprete deve utilizar todos os sinais característicos da situação, a fim de tornar a sua decisão mais racional e objetiva.

Assim, em caso de conflito ou colisão entre princípios constitucionais, deve o julgador considerar, no momento de aplicar um ou outro princípio conflitante, elementos interpretativos que revelem a máxima objetividade decisória, de forma a evitar influências de suas convicções pessoais ou não relacionadas ao caso.

Etimologicamente, aplicabilidade significa a qualidade do que é aplicável, é aquilo que pode ser aplicado, utilizado, ministrado ou concretizado.

Na seara jurídica, aplicar uma norma é fazer com que ela produza efeitos jurídicos concretos em decorrência da autoridade de que está revestido o aplicador – juiz, administrador ou parlamentar -, quer sejam regras, quer sejam princípios, pois ambos funcionam como razões para ações ou razões para normas, o que significa dizer que, “[...] enquanto razões para normas, podem eles ser razões para normas universais (gerais-abstratas) e/ou para normas individuais (juízos concretos de dever-ser).” (ALEXY, 2008, p. 106-107).

José Afonso da Silva (2001), após firmar a tese de que todas as disposições das Constituições rígidas têm estrutura e natureza jurídico-constitucional, criadas para reger a conduta humana, trata de forma sistemática a “aplicabilidade das normas constitucionais”, esclarecendo que aplicabilidade:

[...] exprime uma possibilidade de aplicação. Esta consiste na atuação concreta da norma, “no enquadrar um caso concreto na norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado. Por outras palavras: tem por objeto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano”. Aplicação de uma norma, contudo, [adverte Kelsen] é ainda o juízo através do qual exprimimos que um indivíduo se conduz, ou se não conduz, tal como uma norma lho prescreve ou positivamente consente; ou que ele age, ou não age, de acordo com o poder ou competência que uma norma lhe atribui.” (SILVA, 2001, p. 51).

Silva (2001) distingue aplicabilidade de eficácia, definindo esta como a aceitação e a obediência efetivas da norma – eficácia social – ou, no âmbito jurídico, a capacidade que possui a norma de atingir as suas finalidades – eficácia jurídica.

A partir daí, classifica as normas constitucionais quanto à eficácia e à aplicabilidade da seguinte forma:

(1) normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; (2) normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral; (3) normas de eficácia limitada: (a) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos; (b) declaratórias de princípio programático. (SILVA, 2001, p. 86).

Muito embora Silva em sua destacada obra *aplicabilidade das normas constitucionais* não entre na discussão a respeito dos princípios jurídicos constitucionais como categorias normativas e sua distinção das regras constitucionais, é possível, de acordo com o raciocínio exposto em sua análise, considerá-los como normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, pois tais normas estão aptas a produzir todos os efeitos que lhes são próprios e a incidir sobre os fatos que lhes são subjacentes de forma direta e imediata.

Efetivamente, Silva, citando Schmitt, ao discorrer sobre as normas constitucionais fundamentais da Constituição Federal Brasileira de 1988 – princípios republicano, democrático e federativo -, conclui que elas têm eficácia plena, e, em razão disso, possuem aplicabilidade direta e imediata porque incidem diretamente sobre os objetos de interesse do poder constituinte originário, dispondo de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade:

Essas idéias gerais sobre aquelas normas fundamentais – verdadeiras decisões políticas concretas que denunciam a forma política de ser do povo brasileiro e formam o pressuposto básico para todas as normações ulteriores, inclusive para as leis constitucionais, conforme o pensamento de Schmitt – demonstram que se trata de normas de eficácia plena; por isso, talvez, é que o mesmo Schmitt chega a afirmar que são *mais* que leis e normações, com exagero inegável, visto que tal tese acaba por destruir-lhes a natureza jurídica. (SILVA, 2001, p. 91).

Não poderia ser diferente, porque os princípios constitucionais, encontrando-se no ápice do ordenamento jurídico, não poderiam depender de outra norma constitucional ou infraconstitucional para terem eficácia e aplicabilidade.

2.5 Conflito ou aplicabilidade paralela de princípios constitucionais ?

Costuma-se afirmar, tanto no âmbito dogmático quanto no teórico, com base nas conclusões antes apresentadas a partir de estudos exponenciais sobre o tema, que o conflito entre regras é solucionado por determinados critérios –

hierárquico, cronológico e da especialidade -, construídos com base no direito positivo a respeito da revogação/derrogação das leis, cujo resultado é a exclusão do mundo jurídico de uma das regras conflitantes, e que o conflito entre princípios é resolvido com base na ponderação, atribuição de pesos ou relação de precedência efetuadas de acordo com as razões dos princípios conflitantes.

Contudo, ainda há dúvidas substanciais se existem ou não conflitos (ou colisão) entre princípios jurídicos constitucionais sob os aspectos científico, jurídico e filosófico, simplesmente porque não há, nesses casos, exclusão ou alteração (revogação ou derrogação) de uma das normas conflitantes, característica basilar dos conflitos entre normas jurídicas.

Tercio Sampaio Ferraz Junior (2003) classifica as antinomias jurídicas em: a) reais e aparentes; e, b) próprias e impróprias. Reais são as antinomias que não encontram solução de acordo com um dos critérios acima indicados – hierárquico, cronológico e da especialidade -, enquanto que aparentes são as antinomias jurídicas em relação às quais existe algum critério normativo no ordenamento jurídico apto a resolvê-las. Por outro lado, Ferraz Junior diferencia antinomias próprias das impróprias da seguinte forma:

Chamam-se antinomias próprias aquelas que ocorrem por motivos formais (por exemplo, uma norma *permite* o que outra obriga), e são impróprias as que se dão em virtude do conteúdo material das normas. Entre estas incluem-se as antinomias de princípios (quando as normas de um ordenamento protegem valores opostos, como liberdade e segurança), antinomias de valoração (quando, por exemplo, atribui-se pena mais leve para um delito mais grave), antinomias teleológicas (quando há incompatibilidade entre os fins propostos por certas normas e os meios propostos por outras para a consecução daqueles fins). Nesses casos, a antinomia é imprópria porque nada impede o sujeito de agir conforme as normas, ainda que, em virtude de algum juízo particular de valor, ele não concorde com elas. Ou seja, não se cogita, nesses casos, sequer de antinomia aparente, pois nesta o sujeito fica numa situação em que tem de optar e sua opção por uma norma implica a desobediência de outra, devendo recorrer a regras para sair da situação. Nas antinomias impróprias, o conflito é mais entre o comando estabelecido e a consciência do aplicador, aproximando-se a noção de antinomia imprópria da noção de lacunas políticas ou de *lege ferenda*. (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 212-213).

Segundo o modelo proposto acima, tem-se que a antinomia (conflito ou colisão) entre princípios constitucionais é real, porque não há um critério fixado no ordenamento jurídico para a sua solução, e imprópria porque os princípios em conflito protegem valores opostos, como a antinomia entre os princípios constitucionais da privacidade e da publicidade, por exemplo.

Entretanto, a classificação de antinomias em próprias e impróprias é criticável, primeiro porque as categorias deônticas permitido, obrigado ou proibido constituem o núcleo das normas, e por isso têm natureza material, já que se referem ao conteúdo objetivo normativo, razão por que as normas cujo conteúdo obriga e permite respectivamente não poderiam constituir antinomia própria (por motivos formais), mas sim imprópria (em razão do conteúdo).

Por outro lado, dizer que a antinomia é imprópria porque os valores ou finalidades das normas se contradizem não tem fundamento científico-filosófico, pois todas as normas, quer sejam regras, quer sejam princípios, possuem como fundamento subjacente determinado valor ou finalidade, escolhidos pela autoridade competente para legislar, circunstância que não é característica exclusiva dos princípios, podendo ocorrer antinomia imprópria mesmo no caso de regras, geralmente por meio de exceções, como, por exemplo, a regra penal que proíbe o aborto (artigos 124 a 126 do Código Penal brasileiro) com a finalidade de resguardar o valor vida do nascituro e a regra penal que permite o aborto se não há outro meio para salvar a vida da gestante ou em caso de gravidez resultante de estupro (art. 128 do mesmo diploma legal).

Na origem dos princípios constitucionais, valores e finalidades são escolhidos para nortear e fundamentar todo o sistema jurídico, os quais são fixados por meio de normas – princípios -, momento em que a justificação (fundamentação) ocorre no plano estritamente abstrato de forma coerente e sistemática, do que decorre a conclusão de que não há como ocorrer colisão ou antinomia entre eles, caso contrário todo o sistema jurídico cairia por terra, pois não resistiria ao teste dos princípios lógicos da contradição, da identidade e do terceiro excluído.

A afirmação usual de que existe conflito entre princípios constitucionais decorre da confusão conceitual entre princípios constitucionais e regras constitucionais no plano abstrato da justificação.

Um exemplo costumeiro é a assertiva de que existe um conflito entre princípios constitucionais no plano abstrato entre a norma que prevê o direito de propriedade (art. 5º., XXII, da CF/88) e a que prescreve a função social da propriedade (art. 170, da CF/88).

Considerando o conceito já estudado de princípio constitucional, como mandamento nuclear de otimização de todo o sistema jurídico, nesse caso não há conflito entre princípios constitucionais porque o direito de propriedade não é

princípio, é uma regra de exceção posta pelo poder constituinte relativamente ao princípio da função social da propriedade, o qual prepondera diante da regra, mas por estarem no plano normativo constitucional não se excluem.

O conflito ou colisão entre princípios constitucionais não é logicamente possível porque não consegue passar pelo princípio máximo de contradição – nada pode ser e não ser concomitantemente – imanente ao sistema jurídico posto.

Ou seja, a contradição entre normas jurídicas deve ser orientada por critérios que excluam uma delas, a fim de manter a coerência do sistema, o que não ocorre com os princípios jurídicos em geral, os quais continuam funcionando e existindo dentro do conjunto de normas, diferentemente das regras, que têm sua harmonia coordenada por critérios de exclusão – hierárquico, cronológico e da especialidade.

Assim, a título de exemplo, o poder constituinte originário não poderia instituir como princípio constitucional o princípio republicano e o princípio monárquico ao mesmo tempo, ou ainda, o princípio federativo e o princípio do Estado unitário, porque são impossíveis.

A partir daí, verifica-se que o princípio é ou não é – princípio de identidade -, não admitindo um meio termo – terceiro excluído -, de forma que a antinomia entre princípios constitucionais é de toda forma logicamente impossível.

Por isso, Eros Grau defende que o “conflito” entre princípios não constitui antinomia jurídica, pois não ocorre a exclusão de um dos princípios colidentes:

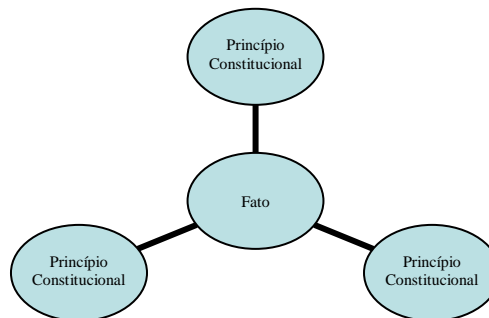
[...] Aqui, porém, o conflito não conduz à necessidade de uma das normas ser eliminada do sistema. O conflito manifesta-se – há incompatibilidade entre ambas -, porém não resulta em *antinomia jurídica*. São desse tipo os *conflitos entre princípios*: a opção do intérprete por um deles – em detrimento do que a ele se opõe – não implica desobediência do outro. Repita-se: esse tipo de conflito não resulta em *antinomia*. (GRAU, 2006, p. 194-195).

Ávila, da mesma forma, opina pela inexistência de conflito entre princípios no plano abstrato por força de sua natureza teleológica:

[...] Os princípios, enquanto normas que estabelecem ideais a serem atingidos, não entram em conflito direto. Abstratamente, apenas se entrelaçam. Nesse ponto, é correto afirmar que as regras diferenciam-se dos princípios. Enquanto uma *incompatibilidade lógica total* entre regras pode ser concebida analiticamente e em abstrato, sem a análise das particularidades do caso concreto, uma incompatibilidade abstrata entre princípios é inconcebível. (ÁVILA, 2008, p. 66-67).

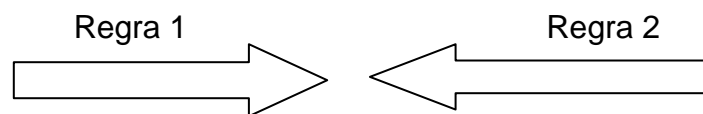
Da mesma sorte, no plano aplicacional ou da concretização não há como existir antinomia entre princípios constitucionais, porque os princípios convergem, conforme se pode observar na figura abaixo, de forma independente para o substrato fático, caso em que a aplicabilidade é paralela e não antinômica, não entrando as normas em choque, como ocorre com as regras, motivo porque permanecem no ordenamento jurídico:

Conflito entre princípios constitucionais:



As regras, por outro lado, caminham no plano abstrato de forma divergente e em sentido contrário, de forma que uma elimina a outra, de acordo com os critérios previstos no ordenamento jurídico:

Conflito ou antinomia entre regras:



Não é pretensão deste trabalho analisar todas as nuances e características das antinomias de normas jurídicas, mas tão-somente se pretende suscitar uma breve discussão a respeito do uso do termo “conflito entre princípios constitucionais” de forma que se possa melhor vislumbrar as possibilidades de tratamento da questão e desenvolvimento dos trabalhos de interpretação dessa espécie de norma quando da ocorrência de uma aplicabilidade principiológica paralela.

2.6 Aplicabilidade de princípios constitucionais: por uma construção teórico-filosófica e objetiva das razões argumentativas

A concretização ou aplicação de princípios constitucionais, quer exista antinomia entre eles ou não, deve estar conectada a uma fundamentação objetiva e plausível das razões que determinam a escolha entre um ou outro, de forma que o destinatário ou leitor das decisões possa estar seguro de que o critério respeitou a vontade da lei.

Para utilizar novamente as palavras de Dworkin, em seu ataque ao positivismo, “[...] esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um podendo ser, em princípio, elegível.” (Dworkin, 2002, p.60).

Não é incomum nos foros ou nos órgãos públicos em geral, onde há o exercício da atividade jurisdicional, o julgador se deparar com questões de difícil solução, como é o caso da aplicabilidade concomitante ou paralela de princípios constitucionais, em que se lhes é exigida uma fundamentação principiológica mais ampla, mas sempre de acordo com o ordenamento jurídico.

Desde aí, verifica-se a importância do estudo e da investigação do tema a fim de se encontrar diretrizes para se otimizar (no sentido de tornar o melhor possível, alcançar um grau máximo de objetividade) a objetividade das razões utilizadas para aplicar os princípios constitucionais, as quais não podem ficar à mercê da vontade do julgador.

Diz-se otimizar porque sempre haverá um certo grau de subjetividade nas decisões que descrevem razões para aplicar os princípios constitucionais, considerando que o processamento das razões ocorre no âmago do ser humano.

Entretanto, a questão que surge aí é se essa subjetividade racional pode ser mitigada ou influenciada por meio de elementos concretos externos ao julgador, de forma que os destinatários da decisão possam controlar e verificar se as razões expostas estão de acordo com o sistema jurídico.

No nosso modo de ver, a resposta é afirmativa, porquanto há no sistema jurídico e social vários vetores interpretativos que podem orientar o aplicador quando da possibilidade de aplicação paralela de princípios constitucionais, diminuindo a subjetividade das decisões, como a jurisprudência, as leis, outros princípios,

elementos culturais e sociais vigentes, etc. Todos eles podem ser utilizados como razões para decidir de determinada forma ou de outra.

A dessubjetivação da pré-compreensão do intérprete já foi e vem sendo estudada por teóricos como Heidegger, Gadamer, Müller e Habermas, cujas análises serão investigadas a seguir de modo que a subjetividade das decisões que revelam as razões quando da aplicabilidade de princípios constitucionais sejam mitigadas por meio de traços mais objetivos, respondendo, assim, a questão colocada.

É preciso dizer, por outro lado, que somente por meio da Teoria do Direito e da Filosofia jurídica é possível sugerir critérios para tornar os argumentos utilizados na aplicação de princípios constitucionais menos subjetivos, de forma a assegurar a imparcialidade do julgador, legitimar a sua atuação e resguardar a segurança jurídica que deve permear as relações sociais ocorrentes dentro do Estado Democrático de Direito.

O conflito entre princípios constitucionais é um problema freqüentemente discutido nos discursos teórico e prático, fato que obriga a Teoria do Direito a empreender esforços no sentido de defini-lo, estudá-lo, investigá-lo, e revelar as suas nuances e possibilidades de solução, a partir da compreensão da gênese, da fundamentação e da aplicação do Direito.

Por isso, justifica-se, a presente investigação permeia os meandros dos estudos jusfilosóficos dos principais teóricos da atualidade, antes citados, a fim de estabelecer diretrizes para a aplicabilidade dos princípios constitucionais, considerando a textura aberta dessas normas, por meio de uma teoria da argumentação jurídica adequada ao regime político adotado em nosso país, como se verá na próxima parte do trabalho.

Ao final, e com esse objetivo, defende-se a possibilidade de utilização de uma linha de pensamento pragmático-discursiva como hipótese investigativa, como é a Teoria Discursiva do Direito, porque mais consentânea com o Estado Democrático de Direito, porque, como já citado:

[...] a pré-compreensão paradigmática do direito em geral só pode colocar limites à indeterminação do processo de decisão iniciado teoricamente e garantir uma medida suficiente de segurança jurídica, se for compartilhada intersubjetivamente por todos os parceiros de direito e expressar uma autocompreensão constitutiva para a identidade da comunidade jurídica.(HABERMAS, 2003, p. 278).

Não se pode olvidar, contudo, que esforços foram empreendidos nesse sentido não somente por Habermas, mas também por Ronald Dworkin, Robert Alexy, Klaus Günther e outros juristas e filósofos, os quais procuraram estabelecer diretrizes argumentativas na tentativa de otimizar a pré-compreensão do hermeneuta.

Como se sabe, as decisões judiciais funcionam como mecanismos de concretização do Estado Democrático de Direito, pois este é considerado:

Uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do 'direito' e do 'poder' no Estado Constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado constitucional. O poder político deriva do poder dos cidadãos. (CANOTILHO, 2002, p. 98).

Dessa forma, as decisões jurisdicionais devem apresentar fundamentos objetivos e atrelados ao ordenamento jurídico vigente para então serem consideradas legítimas perante a sociedade, que pode verificar a correção dos atos dos agentes políticos escolhidos para exercer o poder, por força do princípio da soberania popular.

Além disso, lembra Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira:

Não se pode desconsiderar que a livre formação da opinião, a mobilização social e política, que se dá numa esfera pública mais ampla, exige a devida mediação institucional, que corresponde aos canais de participação e de representação do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, não se pode esquecer que a tomada de decisão jurisdicional, que envolve, inclusive, o exercício de poder coercitivo, administrativo, também pode assumir um papel 'contramajoritário'. O problema, pois, é como o Tribunal deve decidir, com base em pressupostos metódicos e de legitimidade, adequados à Constituição de um Estado Democrático de Direito, que leva a sério o vínculo interno entre autonomias pública e privada. (OLIVEIRA, 2007, p. 123).

Nessa conformidade, em caso de “conflito” entre princípios constitucionais o sistema jurídico-positivo é carente de fundamentos para a sua solução, circunstância que leva à ilação de que o problema deve ser resolvido por meio de argumentos ético-filosóficos, porquanto é aí que o Direito encontra o seu alicerce racional de justificação.

Assim, a solução da equação proposta deve ser extraída do âmbito teórico-filosófico, por meio do estudo e da análise da Teoria Discursiva do Direito e de outros modelos de argumentação jurídica, em razão do caráter amplo e aberto de que se revestem os princípios constitucionais, por meio de uma perspectiva procedimentalista, evitando-se, assim, a relativização da decisão judicial.

Um dos grandes desafios do Judiciário atualmente é a necessidade de justificar suas decisões de forma sólida e racional, o que não pode ser ultrapassado, no caso de conflito entre princípios constitucionais, por meio de uma interpretação legalista (no desenvolvimento deste estudo, utilizaremos os termos legalismo e positivismo-legalista como sinônimos, a fim de evitar confusão com o positivismo), isto é, uma interpretação que, além de considerar válido como direito somente o texto da lei, defende também que a interpretação do texto deve ser literal. A razão pela qual o legalismo prega essa interpretação literal é que ele não leva em conta, em seu conceito de Direito, o conceito de justiça e seus fundamentos filosóficos.

Não se pode esquecer, portanto, no momento de solucionar tais conflitos principiológicos, que o Direito não pode se restringir à literalidade da lei, considerado como conjunto de normas estático e fechado, mas, ao contrário, devem-se considerar argumentos que estão além desse nível, na Filosofia e na Ética, mas desde que relacionados ao sistema jurídico de forma coerente.

3 FUNDAMENTAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO

O texto constitucional, que abrange as regras e os princípios constitucionais, constitui um sistema aberto de normas – assim considerado porque a interpretação e a aplicação dos seus comandos demandam um esforço hermenêutico maior em razão de sua indeterminabilidade e abstração - que se relacionam muito proximamente com os fundamentos fáticos e valorativos de todo o ordenamento jurídico, porque é o elemento justificador e fundamentador de todas as demais normas e regras vigentes, e por isso está em constante conexão com os elementos extrajurídicos formadores do Direito posto.

Em razão dessa relação entre criador e criatura, a otimização da aplicação dos princípios constitucionais, principalmente quando há concorrência incidental – aplicabilidade paralela – de princípios constitucionais, passa necessariamente pela análise dos fundamentos do Direito, e, conseqüentemente, pelos métodos teórico-filosóficos de aplicação das normas constitucionais.

É preciso enfatizar, por outro lado, que essa interação sistêmica não pode ser efetuada de forma aleatória, mas é necessário manter um controle de conectividade entre os fundamentos do Direito e o seu objeto - as normas -, de forma que o critério de interatividade escolhido demonstre ou apresente elementos interpretativos objetivos e imparciais, de sorte a tornar os argumentos utilizados na aplicação de princípios constitucionais menos subjetivos, assegurar a imparcialidade do julgador, legitimar a sua atuação e resguardar a segurança jurídica que deve permear as relações sociais ocorrentes dentro do Estado Democrático de Direito.

Por isso, o presente estudo adentra os meandros filosóficos da pré-compreensão e dos fundamentos do Direito, a fim de estabelecer diretrizes para a aplicabilidade de princípios constitucionais, considerando a textura aberta dessas normas, por meio de uma teoria da argumentação jurídica adequada ao regime político adotado em nosso país, como se verá adiante.

Ultimamente tem se muito amiúde discutido, na teoria e na prática, a influência da pré-compreensão na atividade interpretativa de textos normativos, a qual revela de certa forma o caráter da conclusão interpretativa descrita pelo hermeneuta.

Por isso, costuma-se afirmar que o intérprete, seja o juiz, o advogado, o promotor, o estudante de Direito, enfim, todo aquele que no exercício de sua atividade tem como principal instrumento de trabalho a interpretação de textos jurídicos, sofre influências, no momento de interpretá-los, do conjunto de conhecimentos intelectuais, morais, sociais e culturais que possui, fato que justifica os diferentes resultados que podem ocorrer na interpretação de um dispositivo legal efetivado por diferentes julgadores.

A partir daí, torna-se relevante analisar o conceito, o contexto e as principais correntes teórico-filosóficas da pré-compreensão na atividade interpretativa, pois, em razão de sua amplitude e desenvolvimento teórico, tal elemento é de vital importância para o entendimento dos resultados da atividade hermenêutica.

Por conseguinte, uma questão de alta indagação surge desse altiplano: é possível o intérprete operacionalizar uma atividade hermenêutica de forma objetiva absoluta ou relativa, ou o resultado de sua interpretação terá sempre natureza subjetiva por força de sua pré-compreensão? Ou, ainda, até que ponto elementos objetivos externos à sua capacidade de síntese podem influenciar a cirurgia interpretativa a ponto de torná-la menos subjetiva?

Tais questões são bastante relevantes para a ciência hermenêutica, principalmente quando se exige do intérprete o mínimo de respeito aos veículos normativos e à segurança jurídica exigida dos resultados obtidos.

Aqui esse tema será tratado a partir das concepções ontológica e discursiva, a fim de descrever os elementos essenciais desse fenômeno, com um breve enfoque na metódica estruturante de Friedrich Müller (2005) aplicada à interpretação de normas constitucionais - que em sua obra *Métodos de trabalho do Direito Constitucional* tem a pré-compreensão como elemento caracterizador dessa atividade - e assim possibilitar um melhor entendimento do seu papel na concretização da Constituição.

3.1 A concepção ontológico-existencial da pré-compreensão

De forma geral, a partir de Martin Heidegger houve um rompimento com a sistemática hermenêutica objetiva anterior, que teve como expoentes

Schleiermacher e Dilthey, para colocar a atividade hermenêutica no prisma existencial do homem, no seu modo de ser e interagir (*dasein*), na temporalidade da presença (*dasein*), marco que se tornou conhecido como giro fenomenológico ou ontológico.

Para Heidegger, a interpretação do ente tem sempre por fundamento uma visão prévia do ser, que faz surgir, por conseguinte, uma “visão providente”, como revela a explanação de sua assertiva:

[...] A interpretação funda-se sempre numa *visão prévia*, que “recorta” o que foi assumido na posição prévia, segundo uma possibilidade determinada de interpretação. O compreendido, estabelecido numa posição prévia e encarado numa “visão providente” (*vorsichtig*) torna-se conceito através da interpretação. A interpretação pode haurir conceitos pertencentes ao ente a ser interpretado a partir dele mesmo, ou então forçar conceitos contra os quais o ente pode resistir em seu modo de ser. Como quer que seja, a interpretação sempre já se decidiu, definitiva ou provisoriamente, por uma determinada conceituação, pois está fundada numa *concepção prévia*. (HEIDEGGER, 2006, P. 211).

A interpretação é observada a partir de uma prévia compreensão surgida de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado, por meio de um projeto prévio que é modificado e otimizado enquanto se penetra no sentido buscado, de forma que os conceitos prévios são substituídos por outros mais adequados. Há uma constante reprojeção desses conceitos, que caminha por uma direção sedimentada pelo sentido da atividade compreensiva e interpretativa. É esse constante reprojeter que forma o círculo hermenêutico, como faz ver Gadamer:

[...] O fato de toda revisão do projeto prévio estar na possibilidade de antecipar um novo projeto de sentido; que projetos rivais possam se colocar lado a lado na elaboração, até que se estabeleça univocamente a unidade de sentido; que a interpretação comece com conceitos prévios que serão substituídos por outros mais adequados; justamente todo esse constante reprojeter que perfaz o movimento de sentido do compreender e do interpretar é o processo descrito por Heidegger. (GADAMER, 2005, p. 356).

Assim, os valores, as opiniões, os conceitos prévios relativamente à compreensão, que se situa em um momento anterior a esse exercício e constitui um conjunto de elementos do conhecimento do intérprete, ou seja, a pré-compreensão, são revisados e analisados a fim de verificar a sua correção mediante a confirmação nos objetos da realidade.

Contudo, para Gadamer (2005, p.356) o intérprete deve evitar ir diretamente ao texto com opiniões prévias da linguagem/conteúdo sem antes testá-las quanto a sua legitimação e validade, por meio da compreensão do texto a partir do hábito da linguagem existente no tempo em que foi escrito, conscientizando-se das diferenças entre o uso costumeiro da linguagem (opinião prévia) e o uso do texto. Nesse último caso, exige-se uma abertura para a opinião do outro (ou para a opinião do texto), efetivando-se uma relação pressuposta pela alteridade, pois “a tarefa hermenêutica se converte por si mesma num questionamento pautado na coisa em questão, e já se encontra sempre co-determinada por esta.” (GADAMER, 2005, p. 358).

Esse critério da alteridade fixado por Gadamer permite que a atividade hermenêutica ganhe “um solo firme sob seus pés” (GADAMER, 2005, p. 358), de sorte que o intérprete compreenda um texto com fundamento, não em sua concepção prévia própria, mas a partir do objeto compreendido, “por isso, a consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto.” (GADAMER, 2005, p. 358).

No entanto, isso não quer dizer que se deva assumir uma posição neutra relativamente ao ente a ser compreendido, mas sim que se operacionalize uma “destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais” (GADAMER, 2005, p. 358), permitindo-se que o intérprete se conscientize de sua pré-compreensão (posição prévia, visão prévia e concepção prévia) e que o texto-objeto se apresente em sua alteridade (em si – *dasein*), circunstância que possibilita uma confrontação da verdade da pré-compreensão (opiniões pessoais prévias) com a verdade do ente a ser compreendido (ler o que está lá).

Para amenizar esse subjetivismo da pré-compreensão e afastar tudo aquilo que torna cego o intérprete em relação ao texto sob exame, Gadamer quebra a base racional do iluminismo e se abebera na consciência histórica como instrumento para revelar um caminho compreensivo harmônico com a finitude, inerente ao caráter humano. Tal consciência histórica pode ser definida como a representação do passado como meio para que o ser compreenda a tradição historicamente, pois o iluminismo tinha a tradição como algo absolutamente impossível e absurdo quando colocada diante da razão. Assim, a realidade histórica do ser é constituída pelos elementos preconceituais do intérprete, de modo mais preponderante que os seus juízos racionais.

A partir daí, procura-se reabilitar a autoridade e a tradição como forma de legitimar os preconceitos que constituem a pré-compreensão, pois a compreensão vincula-se ao objeto no momento histórico do seu surgimento por meio do conjunto de elementos preconceituais e fundamentadores, com o intuito de reconhecer a distância temporal que separa o intérprete do presente com o criador do objeto a ser interpretado paralisado no passado. Contudo:

O tempo já não é, primariamente, um abismo a ser transposto porque separa e distancia, mas é, na verdade, o fundamento que sustenta o acontecer, onde a atualidade finca suas raízes. Assim, a distinção dos períodos não é algo que deva ser superado. Esta era, antes, a pressuposição ingênua do historicismo, ou seja, que era preciso deslocar-se ao espírito da época, pensar segundo os seus conceitos e representações em vez de pensar segundo os próprios, e assim se poderia se alcançar a objetividade histórica. Na verdade, trata-se de reconhecer a distância de tempo como uma possibilidade positiva e produtiva do compreender. Não é um abismo devorador, mas está preenchido pela continuidade da herança histórica e da tradição, em cuja luz nos é mostrada toda a tradição. [...] A distância temporal possui ainda um outro sentido além da morte do interesse pessoal pelo objeto. Ela é a única que permite uma expressão completa do verdadeiro sentido que há numa coisa. Entretanto, o verdadeiro sentido contido num texto ou numa obra de arte não se esgota ao chegar a um determinado ponto final, visto ser um processo infinito. Não se eliminam apenas novas fontes de erro, de modo a filtrar todas as distorções do verdadeiro sentido. Antes, estão surgindo sempre novas fontes de compreensão, revelando relações de sentido insuspeitadas. A distância temporal que possibilita essa filtragem não tem uma dimensão fechada e concluída, mas está ela mesma em constante movimento e expansão. Ao lado do aspecto negativo da filtragem operada pela distância temporal, aparece, simultaneamente, seu aspecto positivo para a compreensão. Essa distância, além de eliminar os preconceitos de natureza particular, permite o surgimento daqueles que levam a uma compreensão correta. (GADAMER, 2005, p. 394-395).

Dessa forma, o tempo não é algo a ser superado, porque a distância temporal que separa o intérprete do texto tem natureza dinâmica, pois é formada pela continuidade da herança histórica e da tradição, o que significa dizer que está sempre em movimento e em expansão, possibilitando-nos diferenciar os preconceitos verdadeiros (objetivos) daqueles viciados pela opinião pessoal que causam mal-entendidos.

Por conseguinte, no momento em que o hermeneuta tenta compreender um determinado fenômeno histórico, ele não precisa voltar ao passado em uma máquina do tempo para testar a validade da pré-compreensão do criador do texto, pois a herança histórica e a tradição caminham no tempo em direção ao futuro, encontrando-se o ser sob os efeitos dessa história efetual. O intérprete recebe as luzes da história muito tempo depois da sua ocorrência, observando-as por meio do

seu horizonte de eventos, que consiste no âmbito de visão que inclui e fecha tudo o que pode ser visto a partir de determinado ponto, mas que se abre sempre que percebe a possibilidade de inclusão de algum elemento. Esse horizonte aplicado na compreensão permite ao intérprete ver o passado sem ir até lá, sem utilizar os seus padrões e preconceitos, mas a partir do seu horizonte histórico.

Portanto, a alteridade, a tradição histórica, a autoridade e os efeitos da história refletem as possibilidades encontradas pela ontologia existencial para otimizar a posição prévia, a concepção prévia e a visão prévia do intérprete, de modo a permitir que a pré-compreensão de determinado objeto se torne menos pessoal e subjetiva, bem como se torne mais harmônica com o interesse geral da comunidade, muito embora esse constante reprojeter tenha natureza infinita.

3.2 A pré-compreensão pragmática: a objetivação da verdade pela aceitação e compartilhamento com os outros

No âmbito da Teoria Discursiva do Direito, a pré-compreensão segue um caminho pragmático, por força de seu fundamento procedimental e lingüístico, diferenciando-se da visão ontológica pelo fato de que esta tem a verdade como algo inerente ao próprio ser ou decorrente de sua consciência histórica.

É possível dizer que o início dessa trilha formal em busca da verdade teve propulsão nos estudos sobre a Filosofia da Linguagem empreendidos pelo filósofo alemão Gottlob Frege (1848-1925) no âmbito da lógica matemática – *The Foundations of arithmetic*-, pois suas pesquisas envolveram a essência dos significados das representações da matéria e sua distinção relativamente à referência ou significação.

Em seguida, a verdade procedimental evoluiu por meio dos trabalhos levados a cabo na área da linguagem por Ludwig Wittgenstein (1889-1951) no *Tractatus Logico-Philosophicus*, com base nas pesquisas de Frege e Russel, e na obra *Investigações Filosóficas e Sobre a Certeza*, após o que sobreveio o marco interruptivo da *linguistic turn* quando Austin, Peirce e Habermas desenvolveram as teorias dos atos de fala, do entendimento e do discurso jurídico – *How to do things with words*, *Semiótica* e *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*.

Desse modo, verifica-se que a determinação de uma verdade formal por meio de um procedimento discursivo comunicativo foi desenvolvida após várias pesquisas e estudos nessa área, no que cabe registrar, também, que sofreu fortes influências dos pensamentos de outros filósofos, como Edmund Husserl, G. E. Moore e B. Russel.

Com isso, quer-se asseverar que a teoria lingüístico-pragmática constitui um dos fundamentos da verdade comunicativa e da Teoria Discursiva do Direito, o que significa dizer, em última análise, que nesse espectro procedimental a pré-compreensão objetiva pode ser encontrada em um entendimento compartilhado por todos, permitindo afastar as posições, visões e concepções prévias pessoais do ser-intérprete. Efetivamente:

A partir do momento em que as idéias sobre a oposição abstrata entre o inteligível e o fenomenal, que serviam de pano de fundo à metafísica kantiana não convenciam mais a ninguém e a partir do momento em que o entrelaçamento especulativo e dialético entre as esferas da essência e da aparência, criado por Hegel, perdeu sua plausibilidade, entraram em cena, no decorrer do final do século XIX, interpretações empiristas que passaram a dar preferência a uma explicação psicológica das relações lógicas ou conceituais: contextos de validade foram assimilados a processos fáticos da consciência. Contra tal psicologismo levantaram-se, utilizando quase os mesmos argumentos, Ch. S. Peirce na América, Gottlob Frege e Edmund Husserl na Alemanha e G. E. Moore e B. Russel na Inglaterra. E, ao se recusarem a tomar a psicologia como base para a lógica, a matemática e a gramática, eles lançaram as bases para a filosofia do século XX. (HABERMAS, 2003, p. 27).

Vê-se, portanto, que o *medium* lingüístico é visto como um mecanismo que permite a passagem do estágio do pensamento para o nível das ações e proposições, considerando que é ele – o *medium* da linguagem - que possibilita a expressão e a representação da realidade, das idéias e seus elementos. Nesse ponto, assevera Habermas:

O *status* ideal que empresta aos pensamentos uma estrutura proposicional a salvo da corrente das vivências, garantindo aos conceitos e aos juízos conteúdos gerais, reconhecíveis intersubjetivamente e, deste modo, idênticos, sugere a idéia de verdade. Porém, a identidade da *validade veritativa* não pode ser explicada nos mesmos termos que a idealidade da *generalidade do significado*, lançando mão apenas de invariâncias gramaticais, ou seja, da estrutura da linguagem em geral, que se configura através de regras. Ora, a semântica formal de Frege opera com um único conceito semântico de linguagem, que não focaliza os demais aspectos da utilização da linguagem, deixando-os entregues à análise empírica; por isso, ela não consegue explicar o sentido da verdade no horizonte da comunicação linguística. Ao invés disso, ela recorre à relação ontológica entre linguagem e mundo, entre proposição e fato, ou entre pensamento e força do pensamento (como a capacidade subjetiva de produzir

pensamentos e de avaliá-los). Contrapondo-se a essa linha, Ch. S. Peirce completou a guinada linguística, incluindo na análise formal o uso da linguagem. (HABERMAS, 2003, p. 31).

Vale lembrar, que a comunicação em geral utiliza sinais para a demonstração de sua estrutura, servindo os símbolos como elemento primordial para o sistema lingüístico. Nesse campo, Peirce:

[...] conseguiu explicar não somente o momento da formação dos conceitos, que funda a generalidade, mas também o momento de formação de juízos verdadeiros, que superam o tempo. No lugar de um conceito bipolar de um mundo representado linguisticamente, surge em Peirce o conceito tripolar da representação linguística de algo para um possível intérprete. O mundo como síntese de possíveis fatos só se constitui para uma comunidade de interpretação, cujo membros se entendem entre si sobre algo no mundo, no interior de um mundo da vida compartilhado intersubjetivamente. “Real” é o que pode ser representado em proposições verdadeiras, ao passo que “verdadeiro” pode ser explicado a partir de uma pretensão que é levantada por uma relação ao outro no momento em que assevera uma proposição. (HABERMAS, 2003, p. 32).

Logo, o tempo aqui, também, não precisa ser superado para se alcançar, entender e estabelecer a objetividade do criador do texto a ser interpretado, pois a pré-compreensão é compartilhada subjetivamente e estabelecida como verdade por meio de uma comunidade de interpretação, quando em harmonia com os pressupostos do discurso e com o contextualismo social e as conseqüências da decisão.

O intérprete jurídico tem como instrumentos de trabalho os signos encontrados nas leis, os valores fixados e transmitidos pelos signos da linguagem, bem como um conjunto prévio de elementos que permitem diminuir a subjetividade de suas opiniões pessoais, os quais podem ser objetivados mediante um ato receptivo e compartilhado pelos demais membros da comunidade. Assim, para a Teoria Discursiva do Direito:

[...] a pré-compreensão paradigmática do direito em geral só pode colocar limites à indeterminação do processo de decisão iniciado teoricamente e garantir uma medida suficiente de segurança jurídica, se for compartilhada intersubjetivamente por todos os parceiros de direito e expressar uma autocompreensão constitutiva para a identidade da comunidade jurídica. (HABERMAS, 2003, p. 278).

Por essa razão, é possível alcançar um nível maior de objetividade dos elementos pertencentes à pré-compreensão de acordo com essa teoria, e assim aumentar proporcionalmente a intensidade da segurança jurídica, mediante um

procedimento discursivo formal que tenha como pressuposto a posição, a visão e a concepção prévias compartilhadas intersubjetivamente, de modo que o resultado da atividade hermenêutica esteja pautado por um trabalho comum estruturado pela comunicação pública com os cidadãos. Dessa forma:

[...] é necessário um esforço cooperativo para enfraquecer a suspeita de ideologia que se levanta em relação ao pano de fundo de tal compreensão. O Juiz singular tem que conceber sua interpretação construtiva como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública com os cidadãos. (HABERMAS, 2003, p. 278).

De ver-se, por conseguinte, que no caso da atividade interpretativa de normas constitucionais, aqui utilizadas como base empírica para a investigação, esse empreendimento somente pode ser alcançado por meio da fundamentação das decisões de acordo com uma teoria do Direito reconstruída com base nos princípios regentes do sistema jurídico adotado, porque a dogmática existente já não é mais suficiente para legitimar as interpretações adotadas pelo ser-intérprete, considerando que a sua pré-compreensão necessita se harmonizar com a pré-compreensão do elaborador do veículo legal interpretado. Dentro de uma perspectiva interna, portanto:

[...] a autolegitimação fática de uma corporação que, de forma alguma, é homogênea não é suficiente para que sejam aceitos como válidos os princípios procedimentais que fundamentam a validade. Princípios do processo que garantem a validade dos resultados de uma prática de decisão, conforme ao procedimento, necessitam de uma fundamentação interna. Tampouco basta o recurso às regulamentações positivadas ao modo do direito processual; pois a racionalidade que, sem dúvida alguma, habita nas prescrições conformes ao direito do procedimento, é parte integrante do direito vigente carente de interpretação, ou seja, cuja interpretação objetiva está em questão. Para sair desse círculo, só mesmo uma reconstrução da prática de interpretação pelo caminho de uma teoria do direito, e não de uma dogmática do direito. (HABERMAS, 2003, p. 280).

Para Habermas (2003, p. 281), a correção de decisões judiciais não pode ser explicada com base em uma teoria da verdade como correspondência, porquanto direitos são uma construção social que não pode ser sedimentada em fatos, significando dizer que correção é aceitabilidade racional, com suporte em argumentos, devendo o julgador considerar-se como parte da comunidade e basear sua interpretação em padrões (*standards*) comprovados a fim de garantir a objetividade e a controlabilidade intersubjetiva do juízo.

Diante disso, é plausível a afirmação de que o julgador tem a seu dispor diretrizes interpretativas que permitem a aplicação de determinado princípio ou

regra, com o respectivo afastamento do(s) outro(s), decorrentes de um procedimento argumentativo e racional que possibilita um consenso entre os participantes da discussão. A decisão ótima, portanto, será aquela que surgir de argumentos racionais com base em um discurso prático baseado num entendimento. De ver-se, daí :

[...] que esse problema deve ser considerado por uma teoria discursiva do direito, a qual analisa a aceitabilidade racional dos juízos dos juizes sob o ponto de vista da qualidade dos argumentos e da estrutura do processo de argumentação. Ela apóia-se num conceito forte de racionalidade procedimental, segundo o qual as qualidades constitutivas da validade de um juízo devem ser procuradas, não apenas na dimensão lógico-semântica da construção de argumentos e da ligação lógica entre proposições, mas também na dimensão pragmática do próprio processo de fundamentação. (HABERMAS, 2003, p. 281).

Verifica-se, diante de tais considerações teórico-filosóficas, que a pré-compreensão nas atividades interpretativas, com base em uma teoria pragmático-discursiva, pode ser objetivada por meio de uma teoria da fundamentação jurídica com base na liberdade comunicativa, que permite o movimento discursivo do aplicador da lei ao escopo de encontrar os argumentos mais racionais e corretos com base na comunicação e no entendimento dos participantes da decisão.

Na seara da hermenêutica constitucional não é diferente, pois o intérprete deve buscar elementos discursivos e pragmáticos para sustentar a sua fundamentação, considerando que não é necessário superar a barreira do tempo que o separa do criador da norma constitucional para alcançar um entendimento racional, superação esta impossível fisicamente de ser efetivada, mas sim compreender o texto constitucional como um dado lingüístico, que pode ser entendido e aplicado mediante uma interpretação reconstrutiva e concretizadora.

3.3 A base pragmática da teoria estruturante para concretizar as normas constitucionais: a constituição como dado lingüístico

Na atividade hermenêutica das normas constitucionais, considerada ainda jovem diante dos demais ramos do Direito, como o Civil e o Penal, principalmente no Brasil, cujo regime democrático só veio a ser aprimorado após o advento da

Constituição Federal de 1988, os métodos tradicionais de interpretação - histórico, filológico, sistemático, lógico e teleológico – não foram suficientes para solucionar muitas questões oriundas da aplicação de normas de natureza constitucional a casos concretos, pois esses cânones surgiram para auxiliar na compreensão de normas objetivadas em dogmas, situação impossível com o sistema aberto, estruturante e político do altiplano constitucional. Tal circunstância demanda um novo enfoque da atividade interpretativa das normas constitucionais, a ser seguido a partir de uma teoria do Direito que contemple a estrutura da norma, como afirma Müller em seu projeto:

Importa examinar os elementos *savignyianos* de interpretação com vistas à sua aproveitabilidade para a metódica do direito constitucional e analisá-los mais pormenorizadamente com vistas às condições da concretização do direito constitucional. Pelo simples fato deles reduzirem a realização do direito à interpretação, a concretização da norma à interpretação do texto da norma, os *canones* já não podem ser suficientes para a concretização da norma no direito constitucional. Diante disso, uma metódica do direito constitucional sistematicamente elaborada deve pesquisar a estrutura da normatividade; e isso significa, já que a concretização da norma evidencia ser um processo estruturado, que ela deve pesquisar a estrutura das normas jurídicas. A metódica jusconstitucional deve ser fundamentada por uma teoria do direito: mas não por uma teoria *sobre o direito* (seja ela de natureza teológica, ética, filosófica, sociológica, político-ideológica), mas por uma teoria *do direito*, quer dizer, por uma *teoria da norma jurídica*. Ela é “hermenêutica” no sentido aqui definido. Circunscreve a peculiaridade fundamental da estrutura normativa, diante de cujo pano de fundo devemos ver o trabalho prático da metódica jurídica. (MÜLLER, 2005, p. 33-34).

Para Müller:

Enquanto forem indicadas como “métodos” da práxis e ciência jurídicas somente regras de interpretação, a estrutura da realização prática do direito terá sido compreendida de forma equivocada. A interpretação do teor literal da norma é um dos elementos mais importantes no processo de concretização, mas somente um elemento. Uma metódica destinada a ir além do positivismo legalista deve indicar regras para a tarefa da concretização no sentido abrangente da práxis efetiva. Não pode aferrar-se nem ao dogma da evidência nem ao dogma voluntarista. Não pode conceber o processo bem como a tarefa da realização do direito normativamente vinculada como uma mera reelaboração de algo já efetuado. Ela deve elaborar os problemas da “pré-compreensão” da ciência jurídica e do fato da concretização estar referida ao caso. Ela deve partir *in totum* de uma teoria da norma que deixa para trás o positivismo legalista. (MÜLLER, 2005, p. 47).

Observa-se, assim, que a proposta acima avança no sentido de afastar um tratamento positivista-legalista quando da interpretação das normas constitucionais, restringindo o papel da pré-compreensão ao âmbito jurídico e ao conjunto fático da

operação hermenêutica. Nesse contexto, a pré-compreensão, diferentemente da ontologia existencial e da Teoria Discursiva do Direito, tem o papel especificamente limitador da posição, da visão e da concepção prévias do intérprete, pois procura objetivar as manifestações pessoais do ser com os elementos constituintes do campo normativo e material do universo jurídico. De fato:

O que foi dito até agora já torna claro que papel a “*pré-compreensão*” da norma concretizanda e do caso desempenha no trabalho jurídico. No contexto da metódica jurídica, “*pré-compreensão*” pode significar somente pré-compreensão jurídica, não pré-compreensão filosófica ou genericamente própria das ciências humanas. Isso vale também diante dos elementos não-jurídicos da pré-compreensão “*ideológica*” no sentido abrangente, diante do caráter de pré-julgamento genericamente válido para toda e qualquer compreensão. [...] A pré-compreensão jurídica e a sua justificação racional – na práxis do direito constitucional em larga escala congruente com a inserção de conteúdos da teoria do estado e da constituição – é assim o lugar de uma *crítica das ideologias* que nasce da práxis e não deve ser feita autosuficientemente com vistas à própria práxis, mas com vistas à racionalidade e correção da decisão a ser tomada. (MÜLLER, 2005, p. 52).

Desse modo, a metódica estruturante definida no projeto mülleriano concebe a constituição como um dado lingüístico e sua concretização se efetiva por meio de um processo estritamente lingüístico-pragmático, porque os dados textuais nela contidos são símbolos pré-compreensivos que devem ser tratados não com um retorno ao tempo de sua confecção, mas sim com base em uma teoria que estabeleça parâmetros para a averiguação da fundamentação do intérprete no presente com vistas à racionalidade e correção da decisão a ser proferida. Em outras palavras, não há um conceito unívoco de constituição, tampouco suas normas têm o preceito da finitude interpretativa, pois se modificam no tempo e no espaço.

Critica-se o modelo positivista-legalista que pretendia primeiramente definir o que é constituição e sua respectiva concretização separadamente, enquanto esses entes devem ser vistos de forma integrada, porque o primeiro termo é aplicável de *per si*, independentemente de sua definição, bem como porque a normatividade tem natureza dinâmica, encontrando o seu limite no Estado Democrático de Direito e nas regras de uso da linguagem, a fim de otimizar a variedade de significados. Logo, a Teoria Estruturante do Direito quando trata da concretização de normas constitucionais reconhece como instrumento para objetivar a pré-compreensão do hermeneuta o pragmatismo. Em apoio a isso, temos que:

[...] a idéia fundamental da teoria dos atos de fala (desde Austin e Searle) e da subsequente pragmática linguística afirma que cada enunciado pode ser descrito como uma ação segundo regras – e isso na esteira de Wittgenstein e da sua teoria do uso do significado. *Conhecer* o sentido do signo linguístico “constituição” significa, por conseguinte, saber quais regras vigem para o seu uso e saber como se pode agir com esse signo. (MÜLLER, 2005, p. 126).

Em Müller, portanto, a constituição é um símbolo utilizado como instrumento de trabalho, como “mera explicitação” do texto, não importando para a sua concretização a discussão a respeito de sua definição ou conceito.

Vista desse modo, a constituição permite um campo aberto de investigação experimental com o objetivo de se verificar a aplicabilidade e os usos dos seus símbolos lingüísticos, o que permite a construção de uma ponte entre a Teoria Estruturante do Direito e a Semântica Prática, sendo que:

[...] Ao operar indutivamente e não dedutivamente a Teoria Estruturante do Direito opta pela teoria da ação. O sujeito da decisão jurídica não é “a lei”, “a norma”, mas o jurista efetivamente atuante. *Ele* é responsável pela sua deliberação vinculante, está além disso comprometido com o Estado de Direito e a democracia, no tocante à metódica do seu trabalho. Nesse sentido exigente se deve entender a expressão “operador jurídico”. A linguagem não é aqui instrumento passivo dessa atuação jurídica, mas meio, melhor ainda, espaço de atuação. Na sua condição de língua natural especializada, ela é submetida, do ponto de vista categorial, a exigências excessivas pelas concepções tradicionais do “silogismo”, da “subsunção” lógica ou de um “significado”, inerente aos textos, supostamente propriedade dos conceitos referentes às circunstâncias de fato. E assim como desde Wittgenstein a linguagem é vista no nexo de jogos de linguagem e formas de vida, o jogo de linguagem específico do “direito” (instituição do direito, implementação do direito, concretização do direito, nova instituição do direito) está sempre inserido no seu entorno efetivo das condições sociais, políticas e econômicas, e no entorno normatizado das instituições estatais envolvidas. Dito em outras palavras: o trabalho jurídico transcende a “compreensão” (no sentido da Hermenêutica) e a “interpretação” (no sentido do paradigma positivista e das posições antipositivistas). O trabalho jurídico é trabalho com textos nas instituições estatais ou (enquanto preparação ou comentário) com vistas a elas. (MÜLLER, 2005, p. 126-127).

Observada por esse prisma, a Teoria Estruturante do Direito tem o veículo normativo não como uma lei codificada, contendo somente textos, pois estes se diferenciam da norma jurídica porque esta última é produzida quando “trazida para fora”. Assim a “atividade concretizante” significa não uma forma de aplicar concretamente uma norma jurídica genérica contida em uma lápide codificada, mas, “a partir de uma ótica e reflexão realistas, *construção* da norma jurídica no caso

individual a ser decidido, sendo que os elementos do trabalho textual se tornam crescentemente mais concretos de uma fase à outra.” (MÜLLER, 2005, p. 129).

Portanto, concretizar em Müller não significa efetivar uma operação de subsunção silogística estrita à maneira do legalismo. Também não significa, como no positivismo kelseniano “individualizar” uma norma jurídica genérica. Ao contrário, concretizar significa “produzir, diante da provocação pelo caso de um conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito.” (MÜLLER, 2005, p. 131).

3.4 Fundamentação e aplicação do Direito

Há muito tempo se discute e se tenta estabelecer de onde vem o Direito. A resposta a essa indagação é crucial para a interpretação das normas postas em determinada sociedade.

Duas vertentes filosóficas surgiram dessa discussão: o jusnaturalismo e o juspositivismo.

A primeira liga as normas jurídicas ao Direito Natural, assim considerado o conjunto de determinantes baseadas na própria existência do homem, como parte da natureza, porque é o ser humano que, após escolher determinados valores como importantes para a sociedade em que vive, elabora as normas jurídicas para regulamentá-los, como forma de expressão do seu sentimento de justiça. A natureza humana, suas necessidades e atividades mentais, de acordo com essa linha de pensamento, é o ponto de partida do Direito. O homem é o criador e o destinatário das normas jurídicas.

Para Nader (2004, p. 375), o positivismo, por outro lado, surgiu como método experimental das ciências da natureza, da necessidade de comprovação de hipóteses científicas impossíveis com a abstração, com a especulação e com o raciocínio transcendental, revelando-se, em razão disso, “ametafísico”, aproximando-se, na nossa opinião, do pragmatismo, de natureza antifundamentalista.

De acordo com esse autor, com o tempo o método positivista foi transferido para o âmbito das ciências sociais e do Direito, para ser utilizado como instrumento científico para o estudo e a investigação das normas sociais e jurídicas, e assim rejeitar todos os meios de abstração e especulação filosófica a respeito dos valores e da justiça do Direito, refutando, portanto, as bases do jusnaturalismo.

No entanto, cabe registrar que para alguns estudiosos, como Alexandre Travessoni Gomes, “[...] o nascimento da dogmática jurídica e, de certa maneira, do Positivismo Jurídico em sentido amplo dá-se com a escola de glosadores, que surgiu, no século XI, em Bolonha.” (GOMES, 2004, p. 165).

Para Travessoni Gomes (2004, p. 165), os glosadores tinham como objeto de estudo o *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano e partiam do “[...] princípio dogmático de que direito é aquilo que está no *Corpus*. São positivistas porque não se dedicam a qualquer especulação metafísica.” (GOMES, 2004, p. 165).

Além disso, lembra referido autor, “além dos Glosadores, da codificação e da Escola da Exegese, Bobbio aponta também a Escola Histórica como causa do surgimento do Positivismo Jurídico, uma vez que empreendeu uma crítica contra o direito natural.” (GOMES, 2004, p. 173).

De qualquer sorte, o positivismo jurídico, ou juspositivismo, em sua vertente mais estrita, procura determinar o fundamento do Direito na própria norma jurídica, como vontade suprema do Estado. O Direito surge da norma jurídica. O Direito é a norma e sua origem está na norma. Para essa linha de pensamento:

[...] só existe uma ordem jurídica: a comandada pelo Estado e que é soberana. Eis, na opinião de Eisenmann, um dos críticos atuais do Direito Natural, a proposição que melhor caracteriza o positivismo jurídico; “Não há mais Direito que o Direito positivo.” Assumindo atitude intransigente perante o Direito Natural, o positivismo jurídico se satisfaz plenamente com o *ser* do Direito Positivo, sem cogitar sobre a forma ideal do Direito, sobre o *dever-ser* jurídico. Assim, para o positivista a *lei* assume a condição de único valor. (NADER, 2004, p. 377).

Várias linhas de pensamento explicitam e analisam tanto o positivismo jurídico quanto o jusnaturalismo, aparecendo, no decorrer da história do homem, diversas classificações e concepções dessas duas formas de explicação do fundamento do Direito. A corrente jusnaturalista, por exemplo, como disserta Nader:

[...] não se tem apresentado, no curso da história, com uniformidade de pensamento. Há diversos matizes, que implicam a existência de correntes

distintas, mas que guardam entre si um denominador comum de pensamento: a convicção de que, além do Direito escrito, há uma outra ordem, superior àquela e que é a expressão do direito justo. É a idéia do Direito perfeito e por isso deve servir de modelo para o legislador. É o Direito ideal, mas ideal não no sentido utópico, mas um ideal alcançável. A divergência maior na conceituação do Direito Natural está centralizada na origem e fundamentação desse direito. Para o estoicismo helênico, localiza-se na natureza cósmica. No pensamento teológico medieval, o Direito Natural seria a expressão da vontade divina. Para outros, se fundamenta apenas na razão. O pensamento predominante na atualidade é o que o Direito Natural se fundamenta na natureza humana. (NADER, 2004, p. 366).

Afiliaram-se ao positivismo jurídico, segundo Nader (2004, p. 377), entre outros, os seguidores da Escola da Exegese, na França, os da Escola dos Pandectistas, na Alemanha, os sectários da Escola Analítica de Jurisprudência, de John Austin, na Inglaterra, bem como famosos jusfilósofos como Hans Kelsen e Léon Duguit.

Atualmente, há uma forte tendência na Teoria do Direito de se afastar de qualquer extremismo fundamentacional do Direito, quer pelo Direito Natural, quer pelo positivismo jurídico ou mesmo pelo legalismo. Ressalte-se que este último torna o intérprete um escravo da lei posta, dificultando a análise e a aplicação das normas jurídicas, principalmente aquelas com alto grau de abstração, como são os princípios constitucionais. Já o Direito Natural não permite aos destinatários das normas um meio de averiguar a legitimidade das razões invocadas pelo intérprete diante do amplo espectro racional da mente humana.

Procura-se conciliar, então, em meio ao pluralismo de concepções, o sistema jurídico normativo com o Direito Natural, de maneira que os valores justiça e segurança jurídica sejam resguardados pelo intérprete e pelos aplicadores da lei. O fundamento do Direito não se encontra somente no texto legal, como afirmam os legalistas, tampouco somente nos valores e elementos extrajurídicos, mas decorre de uma conexão lógica entre ambos os planos, tornando a aplicação das normas jurídicas mais humanas, muito embora em grau mínimo de objetividade. Essa concepção humanista do Direito, diz Nader:

[...] procura conciliar os valores justiça e segurança, captando a essencialidade do pensamento jusnaturalista, sem a inconveniência de subverter a ordem jurídica, amesquinhando o valor *segurança*. Como instrumento que visa à paz social, o Direito é processo cultural criado pela sociedade e que deve sempre tutelar o *direito à vida, à liberdade e à igualdade de oportunidade* da pessoa humana e não apenas na dimensão teórica dos compêndios. A atitude que preconizamos para o jurista é a de aplicação do *jus positum* nas condições estabelecidas pelo legislador,

considerando-se sempre presentes aqueles três direitos fundamentais. É que a lei deve ter por limite a tutela desses direitos, de tal forma que, atentando eventualmente contra qualquer um daqueles três princípios, *direito não será*, carecendo de aplicabilidade. A idéia nuclear da Concepção Humanista do Direito é a da presença permanente, compulsória, de preceitos garantidores do direito à vida, à liberdade e à igualdade de oportunidade. Assim, esses direitos fundamentais não apenas orientam o legislador, mas têm assento real ou presumido em toda ordem jurídica. Nos Estados democráticos de Direito tais princípios se acham consagrados na Lei Maior, pelo que o conceito de Direito ora exposto é uma defesa da pessoa humana contra possíveis Estados totalitários. (NADER, 2004, p. 373-374).

Assim como a concepção humanista de Direito, outras correntes de pensamento jurídico-filosóficas procuram conciliar as duas possibilidades de fundamentação do Direito, e assim permitir que o aplicador da lei não fique preso à letra da lei, tampouco seja arbitrário na escolha de suas razões no plano extrajurídico.

Nesse sentido, como vimos nos tópicos anteriores, tanto a ontologia existencial, quanto a Teoria Discursiva e a Teoria Estruturante do Direito procuram demonstrar que é possível estabelecer parâmetros racionais para diminuir a subjetivação da pré-compreensão do intérprete de textos normativos, quer mediante a utilização da autoridade e da tradição, quer mediante a consideração de elementos estruturais normativos e dados lingüísticos que se encontram à disposição do operador jurídico.

Isso significa que no âmbito teórico a atividade pré-compreensiva pode ser restringida por meio de elementos concretos que permitam um maior respeito à segurança jurídica e aos veículos legais, pois tais elementos constituem instrumentos para a dessubjetivação da posição prévia, da visão prévia e da concepção prévia do hermeneuta.

Assim, muito embora usualmente se procure desmistificar o pragmatismo e o procedimentalismo ao argumento de que eles não conseguem concretamente estipular uma regra que estabeleça uma interpretação correta em razão da coexistência de concepções valorativas e da impossibilidade de um trabalho interpretativo compartilhado por força da diversidade de opiniões do eu e do outro, os estudos efetivados pela Filosofia da Linguagem têm permitido uma maior amplitude do espectro pré-compreensivo do intérprete jurídico, principalmente na área do Direito Constitucional, onde os métodos clássicos de interpretação já não satisfazem as exigências dos sistemas jurídicos decorrentes dos regimes políticos

democráticos contemporâneos, mais abertos, politizados e pluralistas, e por isso mais exigentes no que concerne à fundamentação racional das decisões.

De ver-se, por conseguinte, que essa natureza pluralista das normas constitucionais constitui um pluralismo compreensivo interpretativo que deve ser considerado para direcionar e abrir caminho para interpretações mais racionais e corretas, pois as sociedades que aderem a um regime político participativo e democrático devem respeitar a diversidade de concepções dos valores estabelecidos pelo poder legiferante, que confecciona a teia que diminui a tensão entre o plano fático e o campo jurídico, entre o povo e a lei.

Portanto, do ponto de vista macro-interpretativo constitucional, o ser-intérprete tem a seu dispor elementos de concreção que podem ser extraídos do ordenamento jurídico, das bases sociais, do conjunto cultural predominante e dos canais participativos democráticos, os quais se prestam a relativizar a subjetividade de suas conclusões e manifestações próprias, ou seja, de sua pré-compreensão.

Em razão disso, o hermeneuta deve estar atento à origem do Direito, não para dizer qual seja a vontade da lei ou do legislador, possibilidade fisicamente impossível do ponto de vista lógico, mas para extrair de lá elementos extrajurídicos capazes de determinar e conceder coerência à decisão interpretativa das normas dentro de um sistema que está em constante contato com a realidade, em um processo contínuo de (des) fundamentação do Direito.

Daí a importância de se investigar a gênese do Direito, de modo a permitir um intercâmbio ou intermediação entre o fundamento das leis e os seus destinatários por meio do intérprete, principalmente naqueles casos em que o veículo normativo apresenta um comando aberto e sujeito a variadas interpretações, como são os princípios constitucionais.

A argumentação nesses casos deve estar, contudo, jungida a fundamentos extrajurídicos conectados ao sistema jurídico, para que assim se assegure uma decisão mais racional e objetiva do julgador.

Pretende-se com essa afirmação dizer que não é qualquer elemento extrajurídico que pode viabilizar uma interpretação mais correta, mas sim aquele que permite interligar o sistema jurídico com os argumentos ou razões utilizadas nas interpretações.

Com base nesse pressuposto genético, é preciso distinguir os dois planos fundamentadores das normas jurídicas. O plano fundamentador genético (material

ou formal) e o plano fundamentador aplicacional, como faz Günther (2004, p. 70), ambos interligados por meio de uma ponte axiológica que permite a comunicação do sistema jurídico com os elementos que o criaram, os quais se encontram no mundo da vida.

Na nossa opinião, de acordo com esse modelo, no plano fundamentador genético material as normas jurídicas surgem a partir das manifestações sociais, culturais e econômicas ocorrentes em determinada sociedade, ao passo que o nível fundamentador genético formal funciona por meio dos procedimentos legislativos que objetivam fixar comandos de condutas de acordo com textos normativos previamente elaborados e votados.

A partir do plano fundamentador genético material surge o plano fundamentador formal, pois é daquele que o construtor dos textos jurídicos retira o seu fundamento de validade. As normas jurídicas têm como objeto a conduta humana, motivo porque sua matriz genética material se encontra em meio ao amplo espectro social formado por valores. Por conseguinte, para que elas se tornem observáveis, aplicáveis e obrigatórias, é preciso instituir um procedimento forçado para que sejam cumpridas, e isso é feito pelo poder legislador devidamente constituído pela sociedade por meio das leis.

Já no plano fundamentador aplicacional, campo de atuação do intérprete, as normas jurídicas são aplicadas de acordo com os elementos fundamentantes extraídos dos dois planos fundamentadores acima explicitados, de modo que a “cadeia interpretativa” seja formada. O intérprete, assim, não fica preso tão-somente ao plano fundamentador genético formal – o texto legal produzido de acordo com determinado procedimento -, mas também deve se reportar aos pontos de fundamentação genética material das normas.

Na zona de atividade do plano fundamentador genético a norma jurídica vive *de per se*, independentemente de situações fáticas, diferenciando-se do plano fundamentador aplicacional, mas sempre ligada à mesma origem fundamentadora, como observa Günther:

Para a fundamentação é relevante exclusivamente a própria norma, independentemente de sua aplicação em cada uma das situações. Importa se é do interesse de todos que cada um observe a regra, visto que uma norma representa o interesse comum de todos e não depende de sua aplicação, mas dos motivos que conseguimos apresentar para que ela tenha de ser observada por todos como uma regra. Em contraposição, para

a sua aplicação cada uma das situações é relevante, não importando se a observância geral também contempla o interesse de todos. Em vista de todas as circunstâncias especiais, o fundamental é *se e como* a regra teria de ser observada em determinada situação. Na aplicação devemos adotar, “como se estivéssemos naquela situação”, a pretensão da norma de ser observada por todos em toda situação (isto é, como regra), e confrontá-la com cada uma de suas características. O tema não é a validade da norma para cada um, individualmente, tampouco para os seus interesses, mas a adequação em relação a todas as características de uma única situação. (GÜNTHER, 2004, p. 70).

O Direito costuma ser entendido pela sociologia como um subsistema social positivado, de forma a garantir a observância de determinadas regras de conduta por todos os membros da sociedade, escolhidas como importantes e obrigatórias pelos representantes destes. O Direito sob essa perspectiva é constituído como um filtro ordenador das relações sociais.

A fundamentação material do Direito pode ser efetivada, também, a partir do altiplano da ética, constituído pelo conjunto de regras normativas decorrentes da cultura, do qual o Direito é parte. O Direito seria, então, um subsistema normativo objetivo da ética – *ethos em grego* – como nos explica Mariá Brochado:

Deveria soar redundante a adjetivação do direito como “ético” ou apontar uma *eticidade* do direito. Se buscarmos a origem etimológica da palavra *ética*, constataremos que ela vem do grego *ethos*, que significa sinteticamente “toda produção *normativa* da cultura”. Desse modo, certo é que o direito compõe essa produção, manifestando-se como instância normativa *objetiva* do *ethos*. Logo, a palavra designaria conjuntamente a normatividade *subjéctiva* (moral), a *intersubjéctiva* (dita ética em sentido estrito) e a *objetiva* (o direito). Ocorre que é usual no jargão vulgar e também no das doutrinas jurídicas em geral adotar-se o termo *ética* em seu sentido estrito, referida como ordem normativa notadamente *espontânea*, no que se distingue do *direito*, que tem por nota caracterizadora a *coercibilidade* de suas normas (que são também heterônomas evidentemente). (BROCHADO, 2006, p. 15).

É da cultura que derivam muitas leis. As manifestações culturais condicionam todo o sistema jurídico vigente, funcionando como uma espécie de máquina geradora de normas jurídicas, pois é daí que o legislador vai se abeberar para escolher as condutas e interesses que devem ou precisam ser regulamentados a fim de diminuir a tensão existente no pluralismo político e determinar os valores que necessitam ser assegurados.

Para Kant, o Direito “é a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com uma lei universal de liberdade” (Kant, 2003, p. 76), encontrando, assim, na moral (em sentido amplo),

mais especificamente na liberdade o seu fundamento, como faz ver Alexandre Travessoni Gomes:

Na *fundamentação*, Kant está buscando o princípio supremo que fundamenta a moralidade ou o imperativo categórico. Em virtude disso, poder-se-ia pensar que Kant está tratando apenas da moral (*stricto sensu*), já que apenas seus imperativos (e não os do direito) são categóricos. Ocorre que a fundamentação do direito em Kant, pode-se dizer, é moral. Isso significa que, como veremos, há um dever moral de obediência à ordem jurídica. Portanto, ao fundamentar (na *fundamentação*) o imperativo categórico, Kant está fundamentando, na verdade, toda a moralidade (isto é, moral e direito). (GOMES, 2004, p. 118).

Isso explica o fato de Kant (1995), na *Fundamentação da metafísica dos costumes*, ter incluído o Direito como parte da Ética ou Teoria dos Costumes, lá definida como a ciência que se ocupa das leis da liberdade. Assim, segundo Gomes:

O fundamento de validade do direito em Kant, em síntese, é a liberdade, entendida como autonomia da vontade (razão prática). Por ser o homem um ser racionalmente livre, deve proceder de acordo com as normas éticas. A Ética, em Kant, divide-se em moral e direito. A moral consiste na legislação interna do homem, em que se destacam, portanto, a autonomia da vontade e a liberdade interna. [...] Pode-se afirmar, portanto, que o fundamento de validade do direito em Kant é ético: deve-se obedecer às normas jurídicas do Estado porque assim manda a razão. (GOMES, 2004, p. 285).

Travessoni Gomes (1995), entende que esse fundamento de validade do Direito, que chama de transcendental, considerando que somente por meio dele a moral e o Direito são possíveis, em certo sentido tem natureza material.

Realmente, muito embora a concepção de liberdade seja um tanto abstrata e possua várias definições de acordo com o observador, para Kant:

O conceito de liberdade é um conceito racional puro e que por isto mesmo é transcendente para a filosofia teórica, ou seja, é um conceito tal que nenhum exemplo que corresponda a ele pode ser dado em qualquer experiência possível, e de cujo objeto não podemos obter qualquer conhecimento teórico: o conceito de liberdade não pode ter validade como princípio constitutivo da razão especulativa, mas unicamente como princípio regulador desta e, em verdade, meramente negativo. Mas no uso prático da razão o conceito de liberdade prova sua realidade através de princípios práticos, que são leis de uma causalidade da razão pura para determinação da escolha, independentemente de quaisquer condições empíricas (da sensibilidade em geral) e revelam uma vontade pura em nós, na qual conceitos e leis morais têm sua fonte. (KANT, 2003, p. 64).

Desse modo, conquanto seu conceito teórico seja complexo, a liberdade se manifesta por meio dos atos das pessoas e mediante o uso da autonomia da

vontade, do que decorre a existência de diversas concepções que tentam explicá-la pela análise de suas conseqüências em nível concreto.

A liberdade “pode ser definida de várias formas. Aliás, a liberdade pode ser vista e sentida de várias formas [...]. Por isso, existem diversas concepções de liberdade [...]” (BITTAR; ALMEIDA, 2006, p. 445). De igual modo a definição de poder é algo muito complexo de se levantar, considerando a possibilidade de ser exercido e sentido de várias maneiras.

Por isso, pode-se afirmar que a liberdade tem a força de mudar o destino dos homens, considerando que é um elemento criador e recriador do Direito, pois é por meio dela que o procedimento de escolha das razões e fundamentos jurídicos é possível.

Kelsen (1994), por outro lado, define o Direito e a moral como sistemas de normas diferentes, diferenciando-os a partir da possibilidade de coerção, encontrável no primeiro. Para Kelsen:

Uma distinção entre o Direito e a Moral não pode encontrar-se *naquilo* que as duas ordens sociais prescrevem ou proíbem, mas no *como* elas prescrevem ou proíbem uma determinada conduta humana. O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando – como já mostramos – se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física. (KELSEN, 1994, p. 71).

Partindo desse pressuposto, contudo, Kelsen rejeita a tese de que o Direito seja essencialmente moral em razão da relatividade dos valores morais e da possibilidade de afastamento no campo aplicacional das normas postas pelo Estado se assim considerar-se o Direito. Em suas palavras:

A tese de que o direito é, segundo a sua própria essência, moral, isto é, de que somente uma ordem social moral é Direito, é rejeitada pela Teoria Pura do Direito, não apenas porque pressupõe uma Moral absoluta, mas ainda porque ela na sua efetiva aplicação pela jurisprudência dominante numa determinada comunidade jurídica, conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva estadual que constitui tal comunidade. (KELSEN, 1994, p. 78).

Kelsen concebe o Direito como uma ordem normativa da conduta humana, definindo ordem como um:

[...] sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é – como veremos – uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. (KELSEN, 1994, p. 33).

Por conseguinte, a fim de evitar que o seu raciocínio de fundamentação normativa siga em direção ao infinito – de acordo com suas palavras: “[...] Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável” (KELSEN, 1994, p. 217) -, Kelsen conclui que uma norma superior, denominada de norma fundamental (*Grundnorm*), que se pressupõe a “última e a mais elevada” porque não pode ser posta por uma autoridade, deve servir como fundamento de validade de todas as outras normas.

Portanto, em Kelsen, o fundamento de validade do Direito é formal, considerando que as normas são justificadas e fundamentadas de acordo com um critério hierárquico normativo, como explica Alexandre Travessoni Gomes:

[...] A concepção kelseniana de ciência levou-o a afastar qualquer valoração acerca do conteúdo da ordem jurídica e a conceber uma validade simplesmente formal. Para Kelsen, são válidas as normas jurídicas produzidas de acordo com critérios postos numa norma superior. Um dever-ser só pode retirar sua validade de outro dever-ser. Nem todo dever-ser, entretanto, ou nem todo sentido subjetivo de dever-ser está revestido por uma norma superior que autoriza que os atos de vontade de uma autoridade sejam interpretados como uma norma jurídica: a norma superior é, pois, o fundamento de validade da norma inferior. (GOMES, 2004, p. 227).

O tema a respeito da fundamentação e aplicação do Direito apresenta terreno amplo e fértil para discussão e investigação, não sendo de forma alguma objetivo aqui o aprofundamento e a análise minuciosa desse campo.

Pretendeu-se, com as breves incursões nessa temática teórico-filosófica, apresentar as possibilidades de interpretação das normas jurídicas utilizando-se elementos extrajurídicos em casos de difícil solução, como são os conflitos entre princípios constitucionais ou a aplicabilidade de princípios constitucionais.

Essa questão é bastante relevante, considerando que os princípios constitucionais, considerados normas jurídicas, apresentam uma textura muito

aberta e ampla, demandando uma investigação maior das possibilidades e dos critérios argumentativos para sua aplicação, de forma que o fundamento material, formal ou transcendental podem determinar tais critérios, na medida que o intérprete pode nortear os seus trabalhos por um ou por outro fundamento.

Surgem a partir daí as seguintes indagações: Como fundamentar a aplicação de princípios constitucionais diante de suas características abstratas e genéricas de forma a permitir a segurança jurídica e a racionalidade das decisões ? O fundamento dos princípios constitucionais é formal, material ou transcendental ? É possível justificar a aplicação de princípios constitucionais por meio de elementos extrajurídicos? Qual o critério que melhor se harmoniza com o Estado Democrático de Direito ?

O trabalho investigativo aqui empreendido já valerá à pena se tais questões, de alta indagação jurídica, forem pertinentes e causarem o brotamento de discussões.

3.5 A Teoria Discursiva do Direito: a razão comunicativa segundo Habermas

Com o objetivo de substituir a razão concebida como algo inerente à auto-reflexão, ou seja, baseada na Filosofia da consciência, Habermas propôs, já na década de 70, a possibilidade de a razão ter natureza comunicativa.

Tal fato é considerado um rompimento com o projeto frankfurtiano anterior, seguido por Habermas, que tinha na atividade racional mental a principal forma de raciocínio lógico.

Em Habermas (2003), o Direito é situado como categoria da mediação social entre a facticidade e a validade das normas, definido a partir disso como um meio (*medium*) que permite amenizar a tensão entre esses dois planos, pois, após o giro linguístico promovido pelo pragmatismo, ocorreu, diz ele, a superação da clássica diferenciação entre o sensível e o ideal, que caracterizou a teoria platônica e a Filosofia da consciência. Em seguida a esse marco hermenêutico:

As idéias passam a ser concebidas como incorporadas na linguagem, de tal modo que a facticidade dos signos e expressões lingüísticas que surgem no mundo liga-se internamente com a idealidade da universalidade do

significado e da validade em termos de verdade. (HABERMAS, 2003, p. 55).

A partir daí, Habermas propõe substituir a razão prática, destinada a orientar o sujeito no seu agir, por uma razão comunicativa, mais apropriada, de acordo com esse teórico, a permitir o entendimento, por meio de sinais linguísticos, do plano inteligível. Para Habermas:

Até Hegel, a razão prática pretendia orientar o indivíduo em seu agir, e o direito natural devia configurar normativamente a única e correta ordem política e social. Todavia, se transportarmos o conceito de razão para o *medium* lingüístico e o aliviarmos da ligação exclusiva com o elemento moral, ele adquirirá contornos teóricos, podendo servir aos objetivos descritivos da reconstrução de estruturas da competência e da consciência, além de possibilitar a conexão com modos de ver funcionais e com explicações empíricas. (HABERMAS, 2003, p. 19).

A razão comunicativa distingue-se da razão prática, porque a primeira não está “adscrita a nenhum ator singular nem a um macrosujeito sociopolítico.” (HABERMAS, 2003, p. 20), enquanto que a segunda possui fundamento diretamente na consciência e no solipsismo do sujeito-intérprete.

O que possibilita a existência da razão comunicativa é o *medium* linguístico que permite a conexão entre as interações sociais e a estruturação das formas de vida.

Logo, a racionalidade é concretizada por meio de signos linguísticos, saindo do sujeito para o mundo, para o entendimento mútuo, revelando-se no *telos* linguístico do entendimento, na comunicação. Isso porque os pensamentos são distintos das representações linguísticas, sendo que estas últimas funcionam como veículos concretizadores dos primeiros. Como explica Habermas:

Os pensamentos articulam-se através de proposições. É fácil obter clareza sobre isso, tomando como exemplo a construção gramatical de proposições assertóricas simples. Não há necessidade de me deter nesse ponto. O importante é saber que podemos ler a estrutura dos pensamentos observando a estrutura das proposições; e as proposições são as partes elementares de uma linguagem gramatical, passíveis de verdade. Dependemos, pois, do *medium* da linguagem quando queremos explicar a diferença entre os pensamentos e as representações. Ambos os momentos, o do pensamento que vai além dos limites de uma consciência individual empírica e o da independência do conteúdo do pensamento em relação à corrente de vivências de um indivíduo, podem indicar que certas expressões lingüísticas têm *significados idênticos* para usuários idênticos. (HABERMAS, 2003, p. 28-29).

Outra diferença apontada por Habermas (2003) entre a razão comunicativa e a razão prática, refere-se ao fato de que a razão comunicativa não é uma fonte direta de normas de agir, mas possui um conteúdo normativo somente “na medida em que o que age comunicativamente é obrigado a apoiar-se em pressupostos pragmáticos de tipo contrafactual.” (HABERMAS, 2003, p. 20), ou seja:

[...] ele é obrigado a empreender idealizações, por exemplo, a atribuir significado idêntico a enunciados, a levantar uma pretensão de validade em relação aos proferimentos e a considerar os destinatários imputáveis, isto é, autônomos e verazes consigo mesmos e com os outros. E, ao fazer isso, o que age comunicativamente não se defronta com o “ter que” prescritivo de uma regra de ação e, sim, com o “ter que” de uma coerção transcendental fraca – derivado da validade deontológica de um mandamento moral, da validade axiológica de uma constelação de valores preferidos ou da eficácia empírica de uma regra técnica. (HABERMAS, 2003, p. 20).

A razão comunicativa habermasiana apresenta vetores no campo das pretensões de validade, mas “não fornece nenhum tipo de indicação concreta para o desempenho de tarefas práticas, pois não é informativa, nem imediatamente prática.” (HABERMAS, 2003, p. 21).

Desse modo, ela se refere a um amplo conjunto de pretensões de validade da verdade das proposições, da verdade objetiva e de correção normativa, afastando-se do âmbito estritamente moral e prático, que objetiva a motivação e a maneira de agir. Seu espaço de permanência é composto apenas por “intelecções e asserções criticáveis e abertas a um esclarecimento argumentativo.” (HABERMAS, 2003, p. 21).

A razão comunicativa não se caracteriza por uma normatividade orientadora obrigatória do agir, como ocorre com a razão prática, mas revela uma normatividade do agir alcançada pelo entendimento partilhado dos participantes da atividade discursiva.

Essa substituição da razão prática pela razão comunicativa efetuada por Habermas e suas respectivas definições, são muito bem delineadas por Moreira:

[...] Habermas, através da reviravolta lingüística, substituirá a razão prática pela razão comunicativa, acoplando o conceito de racionalidade ao *medium* lingüístico. Ora, é através do *medium* lingüístico que a razão comunicativa se distingue da razão prática. A razão prática está associada a um padrão interpretativo que se entende a partir da singularidade. Mesmo quando busca a pluralidade, o modelo é o sujeito, ampliadas suas dimensões. Como faculdade subjetiva, a razão prática perpassa a totalidade da constituição social, uma vez que o quadro conceitual é dado a partir de um sujeito solipsista. A sociedade é composta da união desses sujeitos, vindo

ela mesma a constituir-se como um sujeito em dimensões ampliadas. Por outro lado, a razão comunicativa insere-se no telos do entendimento a partir do *medium* lingüístico. No ato de linguagem, isto é, com a fala, buscamos o entendimento com alguém sobre algo no mundo. Na busca desse entendimento, adotamos um enfoque performativo, ou seja, uma performance, o que implica a aceitação de certos pressupostos. Mais precisamente, adotamos as seguintes pretensões universais de validade: o falante tem de expressar-se de modo a se fazer compreender; sua comunicação se faz através de um conteúdo proposicional verdadeiro, isto é, ele dá a entender algo; suas intenções são expressas verazmente de modo que se firme um entendimento a partir do que é comunicado; e sua manifestação tem que ser correta para que seja possível o entendimento. E essas pretensões de validade de fala comunicam-se às formas de vida, que se reproduzem comunicativamente. (MOREIRA, 2004, p. 100-101).

A razão comunicativa, assim, é o meio pelo qual é possível estabelecer uma discussão entre os interlocutores de determinado diálogo, pois ela permite a transformação das conclusões mentais em símbolos linguísticos, permitindo que a subjetividade das proposições intelectuais sejam transferidas para o campo sensível.

Ela é formada por um conjunto de proposições linguísticas caracterizadas por uma pretensão de validade, as quais são normatizadas discursivamente e com base nas situações encontráveis no mundo fático.

A validade das proposições desse sistema é aferida intersubjetivamente e de acordo com as condições de aceitabilidade e validade partilhada pelos participantes do discurso, de acordo com critérios de inteligibilidade, de veracidade, de correção e de igualdade de participação discursiva sem coação, considerando que a justificação nesse caso é necessária a fim de determinar a sua racionalidade comunicativa. Esse procedimento justificatório, por sua vez, é caracterizado pelo princípio do discurso com vistas a determinar a validade e a aceitação das pretensões. O consenso dos envolvidos na discussão é o último passo normatizador e é alcançável após o cumprimento de todos os passos do procedimento, por isso essa verdade é denominada procedimental ou pragmática.

Pressupõe-se que os critérios ou condições do discurso são universais e de ocorrência obrigatória para permitir que a razão comunicativa não se torne contraditória, harmonizando-se com uma situação ideal de fala caracterizada por uma igualdade de participação e pela sinceridade de todos os envolvidos na discussão, que partilham o entendimento demonstrado linguisticamente sem coação.

É preciso dizer, contudo, que a definição de razão comunicativa foi investigada tanto por Karl-Otto Apel quanto por Habermas com o objetivo de estabelecer o fundamento material da ética e da verdade.

Basicamente, duas discordâncias podem ser encontradas entre os pensamentos dos dois filósofos a respeito do tema. O primeiro, segundo Habermas (2004), refere-se ao fundamento filosófico último – *Letzbegründung* - da verdade que Apel tenta teorizar, em busca de um elemento discursivo transcendente e auto-referencial, ao passo que Habermas procura compatibilizar os diversos discursos teóricos sem estabelecer o primado de um sobre os demais. Discorre Habermas:

Quanto à questão do *Letzbegründung* ou fundamento último, lanço mão de uma estratégia menos dedutiva para a construção do sistema. Karl-Otto ainda crê na existência de um metadiscorso racional de caráter transcendente e auto-referencial que garante uma posição privilegiada para a filosofia. Quanto a mim, faço outra idéia da cooperação entre a filosofia e a ciência – tenho uma visão pluralista de diversos discursos teóricos que devem, na melhor das hipóteses, ser compatíveis entre si, sem porém que nenhum deles possa reivindicar uma prioridade sobre os demais, quer pelo ponto de vista fundamentacionista, quer pelo ponto de vista reducionista (filosofia ou teoria social X física, biologia ou neurofisiologia). (HABERMAS, 2004, p. 23).

O segundo ponto de discordância diz respeito à questão da aplicação de normas em situação de conflito. Habermas compartilha do pensamento de Klaus Günther no sentido de que os discursos de aplicação distinguem-se dos discursos de justificação ou fundamentação (em sentido estrito) de acordo com critérios adotados para solucionar conflitos de normas morais, pois essa distinção proporciona a ultrapassagem das dificuldades existentes na concepção kantiana, que unifica esses dois níveis de fundamentação (em sentido amplo). Apel, por sua vez, entende que é necessário estabelecer condições que permitam a participação, a aceitação e a obediência de todos os interessados no discurso prático. De acordo com Habermas:

A segunda discordância diz respeito à aplicação. Sigo Klaus Günther na distinção entre discursos de aplicação e discursos de justificação enquanto passos distintos e necessários que levam a afirmações morais ou jurídicas singulares em situações de conflito. Penso que essa seqüência nos mantém longe das conhecidas dificuldades da abordagem kantiana, que infelizmente junta num mesmo passo a justificação e a aplicação das normas morais. Quando fala sobre a aplicação – ou a “parte B” da ética do discurso -, o que Apel tem em mente é outra coisa. Refere-se ele ao sério problema do tipo de praxe que visa à promoção daquelas condições cuja realização já está pressuposta no discurso prático regular: em primeiro lugar, as condições econômicas, sociais e culturais que garantam uma participação abrangente e competente de todos os que podem ter algum interesse no discurso prático; e, em segundo lugar, a condição de que cada parte disposta a aceitar as normas intersubjetivamente reconhecidas possa contar com que todas as demais partes interessadas se comportem da mesma maneira.

Espera-se, pois, que todos efetivamente obedeçam às normas justificadas. (*Das ist die Zumutbarkeitsbedingung*). (HABERMAS, 2004, p. 24-25).

A Teoria Discursiva do Direito surge com a aplicação desses pressupostos filosófico-pragmáticos ao âmbito jurídico, pois a razão comunicativa é verificada nos campos genético e aplicacional do Direito, gerada a partir da opinião e da vontade discursiva procedimental – princípio discursivo - manifestada pelos participantes da sociedade, por meio de canais comunicativos possibilitados pelo Estado Democrático de Direito.

Habermas afirma que os “direitos de participação política remetem à institucionalização jurídica de uma formação pública da opinião e da vontade, a qual culmina em resoluções sobre leis e políticas [...]” (HABERMAS, 2003, p. 190).

Essa formação pública da opinião, por outro lado, de acordo com Habermas, é operacionalizada em formas de comunicação, nas quais o princípio do discurso apresenta dois sentidos:

[...] o *sentido cognitivo* de filtrar contribuições e temas, argumentos e informações, de tal modo que os resultados obtidos por este caminho têm a seu favor a suposição da aceitabilidade racional: o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito. Entretanto, o caráter discursivo da formação da opinião e da vontade na esfera pública política e nas corporações parlamentares implica, outrossim, o *sentido prático* de produzir relações de entendimento, as quais são “isentas de violência”, no sentido de H. Arendt, desencadeando a força produtiva da liberdade comunicativa. O poder comunicativo de convicções comuns só pode surgir de estruturas da intersubjetividade intacta. E esse cruzamento entre *normatização discursiva do direito e formação comunicativa do poder* é possível, em última instância, porque no agir comunicativo os argumentos também formam motivos. [...] (HABERMAS, 2003, p. 191).

A partir daí, esse teórico explana a utilização do princípio do discurso nos âmbitos genético e aplicacional do Direito:

[...] no caso da fundamentação e aplicação de normas do direito, entra em jogo tal relação com bens e fins coletivos; normas jurídicas não se encontram no mesmo nível de abstração que as normas morais. Geralmente elas não exprimem o que é igualmente bom para todos os homens, pois elas regulam o contexto vital dos cidadãos de uma comunidade jurídica concreta. E aí não se trata apenas da regulamentação de conflitos de ação típicos, sob o ponto de vista da justiça. A necessidade de regulamentação não se esgota em situações problemáticas que exigem um uso moral da razão prática. O *medium* “direito” também é solicitado para situações problemáticas que exigem a persecução cooperativa de fins coletivos e a garantia de bens coletivos. Por isso, os discursos de fundamentação e de aplicação precisam abrir-se também para o uso *pragmático* e, especialmente, para o uso *ético-político da razão prática*. Tão logo uma fundamentação racional coletiva da vontade passa a visar programas jurídicos concretos, ela precisa ultrapassar as fronteiras dos

discursos da justiça e incluir problemas do auto-entendimento e da compensação de interesses. (HABERMAS, 2003, p. 193-194).

Para a Teoria Discursiva do Direito, o Direito funciona como um *medium* “para a auto-organização de comunidades jurídicas que se afirmam, num ambiente social, sob determinadas condições” (HABERMAS, 2003, p. 191), motivo por que valores e opiniões finalísticas de uma determinada comunidade jurídica imigram para o Direito.

Para Habermas, o Direito difere da moral, porque esta regula e formula regras interacionais em geral e de interesse de todos, que podem ser aceitas racionalmente por qualquer um, ao passo que o Direito exprime também a vontade política dos participantes da comunidade jurídica e revela “a expressão de uma forma de vida compartilhada intersubjetivamente, de situações de interesses dados e de fins pragmaticamente escolhidos.” (HABERMAS, 2003, p. 191).

Diante de tais pressupostos teórico-filosóficos, é possível afirmar que um dos fundamentos da Teoria Discursiva do Direito é o pragmatismo, de modo que a verdade subjacente dessa linha de pensamento tem natureza formal, o que se conclui das próprias afirmações de Habermas, como será esclarecido e defendido na próxima parte do trabalho.

Esse caráter pragmático da Teoria Discursiva do Direito permite legitimar e justificar o Direito e a sociedade democrática na racionalidade comunicativa, o que de certa forma possibilita a verificação, por parte dos destinatários das normas jurídicas, da legitimidade e da racionalidade das interpretações dos aplicadores da lei, assegurando-se em um grau maior de objetividade a segurança jurídica que deve permear as decisões públicas.

Critica-se o caráter pragmático da Teoria Discursiva do Direito em razão da possibilidade latente de dissenso entre os envolvidos, da infinitude e falibilidade argumentativa das proposições, além da ausência de garantia de veracidade e validade dos resultados obtidos.

Entretanto, tais objeções são de certa forma inerentes a qualquer regra estabelecida no âmbito das ciências humanas, que têm como substrato as mutações constantes das interações sociais. Na verdade, tais obstáculos ocorrem até mesmo nas ciências naturais onde os dados concretos proporcionam uma segurança maior às conclusões científicas.

De ver-se que, além disso, o caráter pragmático da Teoria Discursiva do Direito revela a verdade procedimental e provisória do consenso obtido, cujo valor

veritativo somente pode ser obtido enquanto existir um consenso entre os envolvidos.

Como se verá na próxima parte deste estudo, a verdade pragmática surgiu nas ciências naturais, a partir de Peirce, com o objetivo de quebrar a indeterminabilidade, a falibilidade argumentativa e a possibilidade de dissenso, e assim, conseqüentemente, tornar formalmente válidas e verdadeiras as proposições científicas. Assim, as objeções acima indicadas fazem parte das características e finalidades da verdade pragmática, base da Teoria Discursiva do Direito.

Essa controvérsia demanda uma investigação e uma discussão muito ampla, que refoge ao desiderato do presente trabalho, motivo porque não nos ateremos nesse ponto.

O importante aqui é deixar clara a possibilidade de dessubjetivação das razões invocadas pelo intérprete de textos legais por meio de critérios pragmáticos discursivos fornecidos pela racionalidade comunicativa, a qual, como já afirmado, possibilita a verificação da correção e legitimidade dos signos linguísticos utilizados na atividade interpretativa, diferentemente da razão prática pura, decorrente da atividade solitária da consciência hermenêutica, a qual impossibilita um controle maior das pretensões de validade dos argumentos.

Quer-se afirmar, nessa conformidade, que a argumentação decorrente de uma racionalidade comunicativa em casos de aplicação de normas de alta abstração, como são os princípios constitucionais, permite não só um maior controle das pretensões do intérprete, mas também um grau maior de objetividade das razões elencadas por meio dos sinais linguísticos fornecidos pelo entendimento compartilhado, porque “o direito extrai a sua força muito mais da aliança que a positividade do direito estabelece com a pretensão à legitimidade.” (HABERMAS, 2003, p. 60), pois “a positividade do direito não pode fundar-se somente na contingência de decisões arbitrárias, sem correr o risco de perder seu poder de integração social.” (HABERMAS, 2003, p. 60).

3.6 A integridade do Direito

Outra perspectiva importante para direcionar o intérprete na aplicabilidade de princípios constitucionais, principalmente em caso de conflitos ou aplicabilidade

paralela – concorrente – é a do Direito considerado como integridade, do jurista Ronald Dworkin, da Universidade de Harvard.

A ligação dessa teoria com o nosso trabalho reside na afirmação de Dworkin em sua obra *Levando os direitos a sério*, de 1977/78, no sentido de que na demonstração do peso de determinado princípio, diferentemente das regras, o julgador deve lançar mão de uma mistura de:

[...] práticas e outros princípios, nos quais as implicações da história legislativa e judiciária aparecem juntamente com apelos às práticas e formas de compreensão partilhadas pela comunidade. (DWORKIN, 2002, p. 58).

Naquela época, Dworkin reconhecia que não havia um critério para verificar a precisão das razões em favor de um princípio ou de outro em caso de aplicabilidade concorrential de princípios, mas o juízo do intérprete deveria chegar, por meio de técnicas argumentativas, a uma compreensão do que deveria ser aplicado:

Não existe papel de tornassol para testar a consistência desse argumento – ele é matéria que depende de juízo e pessoas razoáveis podem discordar a respeito dela. Uma vez mais, porém, isso não diferencia um juiz de outros funcionários públicos que não possuem poder discricionário. O sargento não tem papel de tornassol para experiência; o árbitro não tem nenhum para agressividade. Nenhum dos dois possui poder discricionário, pois eles têm a obrigação de chegar a uma compreensão, controversa ou não, a respeito do que suas ordens ou as regras exigem e agir com base nessa compreensão. Esse é, também, o dever do juiz. (DWORKIN, 2002, p. 58).

Iniciava-se um forte ataque à doutrina do positivismo jurídico que distinguia o Direito de uma certa comunidade de outros padrões sociais por meio de algum teste aplicado por uma regra suprema, defendia a discricionariedade do juiz na atividade interpretativa e sustentava a dependência das obrigações jurídicas à previsão normativa – as obrigações só existem se forem previstas em regras estabelecidas.

Para Dworkin, o positivismo jurídico não conseguia resolver o problema dos casos difíceis, ou seja, “quando é impossível encontrar tal regra estabelecida” (DWORKIN, 2002, p. 70), não existindo, conseqüentemente, uma obrigação jurídica previamente estabelecida. Se não existe essa obrigação jurídica e nenhum teste de verificação das razões utilizadas, Dworkin faz as seguintes indagações:

[...] quais princípios devem ser levados em conta e em que medida ? Como decidir se um conjunto de razões é melhor que outro ? Se a obrigação jurídica repousa em um juízo desse tipo, que não pode ser demonstrado,

como pode ele fornecer uma justificação para um decisão judicial que estabelece que uma das partes tem uma obrigação jurídica ? Essa concepção de obrigação está em harmonia com a maneira pela qual os juristas, juízes e leigos falam ? Ela é consistente com nossas atitudes a respeito da obrigação moral ? Essa análise nos auxilia a lidar com perplexidades clássicas da teoria jurídica a respeito da natureza do direito ? (DWORKIN, 2002, p. 71).

O positivismo, segundo Dworkin, não enfrenta os casos difíceis nem responde a essas indagações, pois “quando lemos esses casos, o positivismo nos remete a uma teoria do poder discricionário que não leva a lugar algum e nada nos diz” (DWORKIN, 2002, p. 72).

Dworkin (2002) diferencia os argumentos de política, assim considerados aqueles que fundamentam uma decisão política que promove ou resguarda um determinado objetivo coletivo da comunidade como um todo, e argumentos de princípio, que fundamentam uma decisão política, demonstrando que ela respeita ou garante um determinado direito de um indivíduo ou de um grupo, bem como defende a tese de que “as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis, são e devem ser, de maneira característica, geradas por princípios, e não por políticas.” (DWORKIN, 2002, p. 129).

A partir daí, Dworkin inicia a construção de uma Teoria do Direito como integridade, de forma que o Direito deve ser visto como um conjunto de princípios jurídicos decorrentes da história institucional de determinada sociedade, que condicionam os direitos dos cidadãos e os juízos interpretativos.

A história institucional funciona, então, como elemento norteador da interpretação dos direitos, pois o Direito é produto da história, que compreende as práticas, princípios e decisões das instituições políticas. Os juízes analisam continuamente “novos direitos das partes”, mas sempre de acordo e orientados “pelas decisões políticas tomadas no passado” (DWORKIN, 2002, p. 136).

A política, de acordo com Dworkin (1999, p. 199), fornece elementos ideais que gravitam ao redor das decisões políticas, aí incluídas as judiciais, as quais devem se nortear por eles e procurar alcançá-los hermeneuticamente, considerando "os ideais de uma estrutura política imparcial, uma justa distribuição de recursos e oportunidades e um processo equitativo de fazer vigorar as regras e os regulamentos que os estabelecem. Para ser breve, vou chamá-los de virtudes da equidade, justiça e devido processo legal adjetivo." (DWORKIN, 1999, p. 199-200).

Os juízes, como qualquer autoridade política, estão sujeitos à doutrina da responsabilidade política, a qual “afirma que as autoridades políticas devem tomar somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que se propõe a tomar.” (DWORKIN, 2002, p. 137).

Conseqüentemente, as decisões judiciais são políticas, ainda que indiretamente, pois avaliam e decidem quais os valores foram escolhidos pelo legislador, de forma que os argumentos de princípios são válidos se for demonstrado que eles são compatíveis e coerentes com os precedentes (decisões anteriores) da história institucional.

Dessa forma, esse aspecto histórico da atividade interpretativa judicial permite que Dworkin compare a aplicação do Direito com um *romance em cadeia*, escrito por vários autores, cada um escrevendo a sua própria história a partir dos relatos dos demais, o que de certa forma revela a sua pretensão de caracterizar o Direito como transdisciplinar e político, o que se depreende de suas palavras:

[...] sustentarei que a prática jurídica é um exercício de interpretação não apenas quando os juristas interpretam documentos ou leis específicas, mas de modo geral. O Direito, assim concebido, é profunda e inteiramente político. Juristas e juizes não podem evitar a política no sentido amplo da teoria política. Mas o Direito não é uma questão de política pessoal ou partidária, e uma crítica do Direito que não compreenda essa diferença fornecerá uma compreensão pobre e uma orientação mais pobre ainda. Proponho que podemos melhorar nossa compreensão do Direito comparando a interpretação jurídica com a interpretação em outros campos do conhecimento, especialmente a literatura. Também suponho que o Direito, sendo mais bem compreendido, propiciará um entendimento melhor do que é a interpretação em geral. (DWORKIN, 2001, p. 239).

A prática judicial, assim, é uma atividade interpretativa, em que cada juiz é comparado a um autor de um *romance em cadeia*, pelo que deve considerar em sua argumentação as decisões em casos semelhantes de outros juízes encontráveis na história, não para decidir da mesma forma ou no mesmo sentido, mas para vislumbrar o Direito como uma coletividade (integridade) e verificar os motivos e as opiniões anteriores, como um grande empreendimento coletivo em cadeia. E ao decidir cada novo caso, o juiz:

[...] deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele *deve* interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu

próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então. (DWORKIN, 2001, p. 238).

A integridade é, ao lado das virtudes da eqüidade, justiça e devido processo legal adjetivo, aos quais se vincula, um ideal que tem como pressuposto a moralidade política, que pode ser definida a partir do princípio da igualdade que impõe o tratamento de casos semelhantes da mesma forma.

Contudo, a integridade possui uma definição muito mais ampla, pois:

[...] a integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e eqüidade corretos. (DWORKIN, 1999, p. 202).

O Direito assim entendido, tem por fundamento esse princípio da integridade, definido como uma mistura coerente de princípios decorrentes da história institucional e política de determinada sociedade.

A verdade, de acordo com a concepção dworkiniana, diferentemente do pragmatismo, o qual será tratado na próxima parte deste trabalho, é material, porquanto:

Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, eqüidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. (DWORKIN, 1999, 272).

Dworkin, por outro lado, diferencia a integridade que fundamenta a legislação e a integridade que fundamenta as decisões judiciais:

A primeira restringe aquilo que nossos legisladores e outros partícipes da criação do direito podem fazer corretamente ao expandir ou alterar as normas públicas. A segunda requer que, até onde seja possível, nossos juizes tratem nosso atual sistema de normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas. (DWORKIN, 1999, p. 261).

O Direito fundado na integridade, da mesma forma que a concepção pragmático-habermasiana de Günther, aborda dois planos interpretativos distintos: o da fundamentação ou justificação da legislação e o da aplicação do Direito.

O primeiro direciona o legislador aos princípios e práticas históricas das instituições políticas, ligando-o aos motivos e às opiniões anteriores que justificaram a feitura das leis.

No segundo caso, a integridade condiciona os julgadores aos motivos e opiniões manifestadas nos precedentes judiciais históricos, permitindo-lhes retirar desse conjunto de princípios, práticas e convenções suas razões para decidir casos difíceis.

Isso não significa que os juízes podem fundamentar suas decisões de acordo com razões pessoais e subjetivas, independentes de qualquer vínculo com o Direito posto.

Ao contrário, o Direito como integridade exige que as razões apresentadas para decidir determinados casos difíceis – de acordo com Dworkin, “aqueles em que não há uma regra previamente estabelecida” (DWORKIN, 2002, p.70) – devem estar ligadas a “práticas e outros princípios, nos quais as implicações da história legislativa e judiciária aparecem juntamente com apelos às práticas e formas de compreensão partilhadas pela comunidade.” (DWORKIN, 2002, p. 58).

A Teoria do Direito como Integridade constitui, daí, um mecanismo de dessubjetivação das razões utilizadas pelos juízes quando da atividade interpretativa de casos de difícil solução, pois o julgador deve buscar nessa área fundante do Direito elementos interpretativos que permitam otimizar, racionalizar e diminuir o grau de subjetividade de suas razões.

Na aplicabilidade de princípios constitucionais, portanto, quando o julgador não tem aparentemente nenhum outro instrumento para justificar suas razões, se for aplicada tal teoria da integridade, sua fundamentação deve estar ligada aos vetores interpretativos oriundos desse conjunto de princípios, práticas e precedentes anteriormente manuseados, de modo que suas razões estejam vinculadas a esses aspectos históricos de maneira coerente e assim permitir que a segurança e legitimidade de suas decisões sejam averiguadas pelos destinatários de suas interpretações.

Portanto, de acordo com o Direito fundado na integridade, no Estado Democrático de Direito os juízes não decidem de acordo com argumentos de política, não escolhem valores que devem ser normatizados, não criam leis ou

direitos. Essa é a função dos legisladores, que representam o povo com essa precípua finalidade.

Os juízes decidem ou com as regras previamente estabelecidas, que preveem a conduta ou a obrigação a ser cumprida, ou com argumentos de princípio, quando não há normas que permitam de forma clara e direta verificar o direito das partes, como ocorre com os princípios constitucionais, que possuem alto grau de abstração e generalidade.

O Direito como integridade revela sua importância na prática interpretativa, principalmente nos casos de aplicabilidade de princípios constitucionais, por indicar diretrizes para que os intérpretes-julgadores possam aumentar o grau de objetividade das suas razões a partir de elementos encontráveis fora do sistema jurídico, mais exatamente na política e na história institucional, mas sempre de modo que suas razões estejam vinculadas ao Direito posto, e assim respeitar a segurança jurídica.

4 A TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO NA APLICABILIDADE DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Nos últimos anos, tem-se investigado e discutido amplamente no âmbito da ciência hermenêutica jurídica as diversas concepções de verdade e sua aplicabilidade na solução de equações jurídicas – problemas jurídico-interpretativos passíveis de várias soluções em função do intérprete -, de modo a proporcionar argumentos racionais e consentâneos com o regime democrático para sua solução, em decorrência das críticas levantadas por diversos estudiosos a um suposto ativismo judicial em desenvolvimento, que apresenta, de forma geral, a possibilidade de o aplicador da lei ir além do texto escrito posto pelo poder legiferante.

Indaga-se, por conseguinte, nessa seara humanística, se existe uma verdade última que possa servir como ponto final e definitivo para a pacificação social relativamente às causas apresentadas judicialmente, do mesmo modo como se busca nas ciências naturais, bem como qual seria o fundamento do Direito legitimador das decisões que as julgam.

A partir desse questionamento, analisa-se nesta parte a concepção da fundamentação filosófica última da verdade na Teoria Discursiva do Direito, com base no pragmatismo, suas consequências e relações com a argumentação aplicada para solucionar *hard cases*, como são os conflitos entre princípios constitucionais.

Tal questão foi alvo de amplos debates entre Karl-Otto Apel e Jürgen Habermas, surgidos a partir das críticas desenvolvidas relativamente ao princípio neutro do discurso estabelecido como fundamento da Teoria Discursiva do Direito.

Sabe-se que um dos grandes dilemas da hermenêutica jurídica moderna refere-se à legitimação e à racionalidade das decisões judiciais que julgam casos em que dois ou mais princípios constitucionais são aplicáveis concomitantemente, motivo por que se propõe o procedimento discursivo como meio para otimizá-las nesses pontos, já que no campo axiológico a solução não pode vir de outra fonte a não ser do campo axiológico-político, assim considerado a atividade legislativa de sopesamento e escolha de valores para a confecção de leis, porque é o legislador que tem a competência, em regra, no Estado Democrático de Direito, para apontar e determinar quais bens devem ser tutelados pelas normas jurídicas.

Daí a importância da investigação e do estudo das fontes utilizadas pela Teoria Discursiva do Direito para a definição e o estabelecimento do raio de abrangência da verdade como fundamentação última em face da realidade - principalmente aquelas inseridas no campo pragmático, descritas por filósofos como Frege e Peirce quando da implementação da *linguistic turn* -, bem como para se estabelecer as possíveis conexões com a argumentação jurídica a ser desenvolvida pelo aplicador da lei quando da interpretação de casos difíceis.

4.1 Verdade procedimental e verdade material

Uma das questões mais intrincadas da Filosofia, a qual talvez tenha servido de elemento-propulsor principal das investigações filosóficas antigas e modernas, refere-se à questão da verdade.

Desde os tempos mais remotos da humanidade, tem-se questionado a respeito da verdade dos acontecimentos que ocorrem ao redor e dentro do homem.

Afirma-se, por exemplo, que a mitologia surgiu a partir do momento em que o homem passou a investigar os fenômenos naturais – os raios, trovões, a chuva, enchentes, a morte, desastres naturais, etc. -, fatos que o levaram a justificá-los, em razão da ausência de elementos concretos e sensíveis da origem de tais fenômenos, na vontade dos deuses.

Ainda hoje, a verdade última, ou em outras palavras, a origem dos eventos, desafia a Filosofia e a imaginação do homem. Na astronomia, por exemplo, procura-se descobrir e estabelecer a origem da vida e do universo, como a teoria do *big bang*, desenvolvida a partir de observações empíricas das ocorrências estelares.

Contudo, em certo momento do desenvolvimento argumentativo, cai-se no vazio do raciocínio transcendental, pois diante das limitações observáveis do ser humano, chega-se a um ponto em que somente a idéia pode prosseguir. A verdade última passa a ser, então, inalcançável. Algo como a mais distante galáxia do universo, distante milhões de anos-luz da observação humana.

Ainda assim, o ser humano em sua vontade insaciável de descobrir a verdade, procurou desenvolver ao máximo o seu raciocínio a fim de encontrá-la, ainda que no plano contrafático.

Nesse ponto, é possível afirmar que o idealismo alemão surgiu como expoente na era moderna. Em Kant, a verdade não pode ser conhecida, conquanto possa ser investigada e analisada, considerando que os fatos sensíveis são apreendidos e operados pelo *noumenon* por meio de determinadas categorias de raciocínio:

[...] daí não podemos ter conhecimentos de nenhum objecto, enquanto coisa em si, mas tão- somente como objecto da intuição sensível, ou seja, como fenómeno; de onde deriva, em consequência, a restrição de todo o conhecimento especulativo da razão aos simples objectos da *experiência*. (KANT, 2001, p. 25).

Todavia, escreve Schnaid:

Para Ludwig Wittgenstein, Moritz Schlick, Rudolf Carnap e demais neo-empiristas, os problemas da Metafísica são pseudoproblemas, e as proposições que nela se possam formular são pseudoproposições que parecem ter referentes objetivos, mas não os têm. Não sustentam sejam essas proposições falsas, apenas que estão privadas de sentido. Como adverte Schlick, “o empirista não diz ao metafísico ‘tuas palavras afirmam algo que é falso’, e sim: ‘tuas palavras não afirmam absolutamente nada’”. (SCHNAID, 2004, p.33).

Vê-se, portanto, que mesmo o criticismo implantado por Kant não se salvou das críticas empiristas modernas, no sentido de que a verdade somente pode ser vista sob a ótica factual e concreta.

No campo das ciências humanas, e mais exatamente no campo das ciências jurídicas, a controvérsia não foi diferente, principalmente porque a tentativa de estabelecer a verdade última nas ciências naturais e filosóficas foi transplantada para essa seara, causando o aparecimento de duas vertentes de discussão no âmbito da hermenêutica: a verdade material e a verdade procedimental.

As equações jurídicas levam basicamente a duas possibilidades no que refere à interpretação, seja qual for o método utilizado: a verdade é estabelecida no campo axiológico, decidindo-se pelos valores postos sobre o tablado, ou ela é fixada a partir do consenso procedimental. Em outras palavras, no momento de decidir, o aplicador da lei ou escolhe o valor dentre aqueles que estão sendo discutidos, principalmente quando não há um veículo legal intermediador aplicável, ou procura decidir de acordo com o consenso estabelecido em sociedade a partir dos vários canais de entendimento e comunicação.

4.2 Pragmatismo, linguagem e interpretação jurídica

Em contraposição ao idealismo europeu, surgiu no final do século XIX o movimento filosófico denominado pragmatismo, com os estudos de Charles Sanders Peirce, continuados e seguidos por William James e John Dewey, dentre outros.

Para o pragmatismo, uma idéia ou compreensão racional a respeito de determinado símbolo linguístico, quer seja uma palavra, quer seja uma expressão, é alcançada exclusivamente de acordo com os seus efeitos percebidos e compartilhados na experiência.

É bom dizer, antes de tudo, que as concepções desses filósofos se diferenciam em alguns pontos, ora elastecendo a aplicação da teoria, ora melhorando-a.

Peirce, inicialmente, em razão mesmo de sua formação científica, utilizou o pragmatismo como um método científico, servindo-se da teoria como forma de otimizar o método científico-experimental. Por sua vez, James, com sua formação humanística, estendeu o pragmatismo às ciências humanas, principalmente ao campo da ética.

De todo modo, é possível afirmar que o pragmatismo tem em comum a todos eles, sua natureza metódica, mais que uma doutrina filosófica universal. Não se quer com isso afirmar que essa teoria dá primazia à prática. Longe disso. Na verdade, o pragmatismo é um instrumento filosófico muito mais amplo, porque tem em mira determinar uma verdade aceitável a partir de um consenso perceptivo, como assinalou Peirce em *How to make our ideas clear*, de 1878. As idéias seriam válidas enquanto não fossem afastadas por uma percepção contrária demonstrável. Mais tarde, James afirmaria:

Montados agora na crista dessa onda de lógica científica, Schiller e Dewey aparecem com o seu relato pragmatista em relação ao que a verdade significa em qualquer lugar. Em qualquer lugar, dizem esses professores, a “verdade” em nossas idéias e crenças significa a mesma coisa que em ciência. Significa, dizem, nada mais que *as idéias (que, elas próprias, não são senão partes de nossa experiência) tornam-se verdadeiras na medida que nos ajudam a manter relações satisfatórias com outras partes de nossa experiência*, para sumariá-las e destacá-las por meio de instantâneos conceptuais, ao invés de seguir a sucessão interminável de um fenômeno particular. Qualquer idéia sobre a qual podemos montar, por assim falar, qualquer idéia que nos transporte prosperamente de qualquer parte de nossa experiência para qualquer outra parte, ligando as coisas satisfatoriamente, trabalhando seguramente, simplificando, economizando

trabalho, é verdadeira por tudo isso, verdadeira em toda extensão, verdadeira *instrumentalmente*. Essa é a visão “instrumental” da verdade, ensinada com tanto êxito em Chicago, a visão de que a verdade em nossas idéias significa seu poder de “trabalhar”, promulgada tão brilhantemente em Oxford. (JAMES, 2006, p. 50).

Em *Semiótica*, Peirce esclarece as origens e o fundamentos de sua teoria, indicando o seu diálogo inicial com Kant:

Tentando, como um homem desse tipo naturalmente faria, formular aquilo que aprovava, arquitetou a teoria de que uma concepção, isto é, o teor racional de uma palavra ou outra expressão reside, exclusivamente, em sua concebível influência sobre a conduta da vida; de modo que, como obviamente, nada que não pudesse resultar de um experimento pode exercer influência sobre a conduta, se se puder definir acuradamente todos os fenômenos experimentais concebíveis que a afirmação ou negação de um conceito poderia implicar, ter-se-á uma definição completa do conceito, e *nele não há absolutamente nada mais*. Para esta doutrina o presente autor inventou o nome de *pragmatismo*. Alguns de seus amigos queriam que ele a denominasse de *practicismo* a *practicalismo* [...] Mas para alguém que aprendeu filosofia com Kant, tal como o autor, junto com dezenove dentre cada vinte experimentalistas que se voltaram para a filosofia, e que ainda pensava rapidamente em termos kantianos, *praktisch* e *pragmatisch* estavam tão distantes um do outro como os dois pólos da terra, pertencendo o primeiro a uma região do pensamento na qual nenhuma mente do tipo experimentalista pode sentir terreno firme sob os pés, e exprimindo o segundo uma relação com algum propósito humano definido. Ora, o traço mais notável da nova teoria era seu reconhecimento de uma conexão inseparável entre a cognição racional e o propósito racional: e foi essa consideração que determinou a preferência pelo nome *pragmatismo*. (PEIRCE, 2003, p. 284).

Em James, verificamos de forma mais clara a origem do pragmatismo:

Uma olhada à história da idéia mostrará ainda melhor o que significa o pragmatismo. O termo deriva da mesma palavra grega, *πράττω*, que significa ação, do qual vêm as nossas palavras “prática” e “prático”. Foi introduzida pela primeira vez em filosofia por Charles Sanders Peirce, em 1878, em um artigo intitulado “Como tornar claras nossas idéias”, em *Popular Science Monthly* de janeiro daquele ano. Peirce, após salientar que nossas crenças são, realmente, regras de ação, dizia que, para desenvolver o significado de um pensamento, necessitamos apenas de determinar que conduta está apta a produzir aquilo que é para nós o seu único significado. E o fato tangível na raiz de todas as nossas distinções de pensamento, embora sutil, é que não há nenhuma que seja tão fina ao ponto de não resultar em alguma coisa que não seja senão uma diferença possível de prática. Para atingir uma clareza perfeita em nossos pensamentos em relação a um objeto, pois, precisamos apenas considerar quais os efeitos concebíveis de natureza prática que o objeto possa envolver – que sensações devemos esperar daí, e que reações devemos preparar. Nossa concepção desses efeitos, se imediata ou remota, é, então, para nós, o todo de nossa concepção do objeto, na medida que essa concepção, tenha, afinal, uma significação positiva. (JAMES, 2006, p. 45).

Esse elemento efetual – consequencialismo – é uma das características basilares do pragmatismo. A ele se juntam o contextualismo, desenvolvido mais tarde em James, o qual imprime a adequação e a pertinência dos resultados às necessidades sociais e humanas, e o antifundacionalismo, que afasta toda e qualquer forma de fundamentação última da verdade, de modo a torná-la mais próxima da realidade.

Posteriormente, o pragmatismo, como parte da Filosofia da Linguagem, passou a ser utilizado no campo da hermenêutica jurídica, por jusfilósofos da estirpe de Oliver Holmes, Roscoe Pound e Benjamin Cardozo, principalmente para solucionar questões jurídicas que não têm uma infra-estrutura normativa.

4.3 Pressupostos pragmáticos da Teoria Discursiva do Direito

A Teoria Discursiva do Direito, como se concluirá adiante, tem alicerces pragmáticos e linguísticos, pois procura determinar a fundamentação última do Direito – e da verdade - em procedimentos discursivos baseados no compartilhamento e no consenso entre os participantes da discussão.

Como já informado anteriormente, a Filosofia da Linguagem recebeu um grande estímulo com os estudos do filósofo alemão Gottlob Frege (1848-1925) no âmbito da lógica matemática – *The Foundations of arithmetic* -, o qual construiu uma teoria que procura esclarecer a natureza do significado das expressões da realidade, bem como sua distinção da referência ou significação.

A partir daí, sobrevieram as análises da linguagem desenvolvidas por Ludwig Wittgenstein (1889-1951), com base em Frege e Russel, concretizadas no *Tractatus Logico-Philosophicus*, trabalho caracterizado por uma típica Filosofia da linguagem ideal, e na obra *Investigações Filosóficas e Sobre a Certeza*, em que se analisa a linguagem ordinária.

Em seguida, tomando, portanto, como base Frege e Wittgenstein, com seus estudos sobre a linguagem, liga-se o ciclo filosófico que constrói a *linguistic turn* com as teorias dos atos de fala, do entendimento e do discurso jurídico desenvolvidas respectivamente por Austin – *How to do things with words* -, Peirce – *Semiótica* - e Habermas – *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*.

Cabe registrar, também, que o fenômeno da linguagem como meio para a construção da realidade e estabelecimento da concepção da verdade comunicativa, de caráter linguístico-pragmático, e sua aplicação à fundamentação jurídica, passa necessariamente por diálogos dos estudos explicitados com o pensamento de outros filósofos, que ajudaram a implementar a estrutura da Teoria da Linguagem, como, por exemplo, Edmund Husserl, G. E. Moore e B. Russel.

No entanto, ante o caráter monográfico limitador deste trabalho, que não comporta uma análise mais profunda dos trabalhos desses filósofos da Teoria Linguístico-pragmática, basta-nos concluir, com base nessas breves notas a respeito da evolução e nuances do tema, que esses estudos e análises filosóficos se prestam a servir como vetores e bases para explicitar a construção da verdade comunicativa e da Teoria Discursiva do Direito, bem como suas consequências e influências no que concerne à fundamentação das decisões judiciais que solucionam casos difíceis.

Nesse passo, é possível observar da leitura da Teoria Discursiva do Direito, que a verdade pragmática, exposta desde Charles Sanders Peirce, que iniciou a *linguistic turn*, como já afirmado, em contraposição ao idealismo que vigorava fortemente na Europa, serviu como instrumento inicial para o desenvolvimento do processo teórico-discursivo. Como faz ver Habermas:

A partir do momento em que as idéias sobre a oposição abstrata entre o inteligível e o fenomenal, que serviam de pano de fundo à metafísica kantiana, não convenciam mais a ninguém e a partir do momento em que o entrelaçamento especulativo e dialético entre as esferas da essência e da aparência, criado por Hegel, perdeu sua plausibilidade, entraram em cena, no decorrer do final do século XIX, interpretações empiristas que passaram a dar preferência a uma explicação psicológica das relações lógicas ou conceituais: contextos de validade foram assimilados a processos fáticos da consciência. Contra tal psicologismo levantaram-se, utilizando quase os mesmos argumentos, Ch. S. Peirce na América, Gottlob Frege e Edmund Husserl na Alemanha e G. E. Moore e B. Russel na Inglaterra. E, ao se recusarem a tomar a psicologia como base para a lógica, a matemática e a gramática, eles lançaram as bases para a filosofia do século XX. (HABERMAS, 2003, p. 27).

Desde então, verificou-se que os pensamentos são anteriores às ações e às proposições, e o instrumento utilizado para passar pela ponte que separa essas duas áreas é o *medium* da linguagem, pois, quando, por exemplo, se quer explanar as diferenças entre as idéias, os objetos e seus significados, é por meio da linguagem e de sua estrutura que se consegue tal desiderato.

Assim, o numenal é caracterizado pela mesma estrutura da linguagem das proposições ainda não recepcionadas pelos outros, as quais, por sua vez, estão à espera das manifestações sensíveis dos seus perceptores a fim de confirmá-las ou refutá-las. Nesse ponto, lembra Habermas:

O *status* ideal que empresta aos pensamentos uma estrutura proposicional a salvo da corrente das vivências, garantindo aos conceitos e aos juízos conteúdos gerais, reconhecíveis intersubjetivamente e, deste modo, idênticos, sugere a idéia de verdade. Porém, a identidade da *validade veritativa* não pode ser explicada nos mesmos termos que a idealidade da *generalidade do significado*, lançando mão apenas de invariâncias gramaticais, ou seja, da estrutura da linguagem em geral, que se configura através de regras. Ora, a semântica formal de Frege opera com um único conceito semântico de linguagem, que não focaliza os demais aspectos da utilização da linguagem, deixando-os entregues à análise empírica; por isso, ela não consegue explicar o sentido da verdade no horizonte da comunicação linguística. Ao invés disso, ela recorre à relação ontológica entre linguagem e mundo, entre proposição e fato, ou entre pensamento e força do pensamento (como a capacidade subjetiva de produzir pensamentos e de avaliá-los). Contrapondo-se a essa linha, Ch. S. Peirce completou a guinada linguística, incluindo na análise formal o uso da linguagem. (HABERMAS, 2003, p. 31).

Em seus trabalhos no âmbito da semiótica, Peirce entende a simbologia - aí incluída a comunicação em geral, que utiliza sinais para a sua efetivação - como fonte principal do desenvolvimento linguístico. E ao estabelecer esse modelo de entendimento:

[...] ele conseguiu explicar não somente o momento da formação dos conceitos, que funda a generalidade, mas também o momento de formação de juízos verdadeiros, que superam o tempo. No lugar de um conceito bipolar de um mundo representado linguisticamente, surge em Peirce o conceito tripolar da representação linguística de algo para um possível intérprete. O mundo como síntese de possíveis fatos só se constitui para uma comunidade de interpretação, cujo membros se entendem entre si sobre algo no mundo, no interior de um mundo da vida compartilhado intersubjetivamente. "Real" é o que pode ser representado em proposições verdadeiras, ao passo que "verdadeiro" pode ser explicado a partir de uma pretensão que é levantada por uma relação ao outro no momento em que assevera uma proposição. (HABERMAS, 2003, p. 32).

Diante de tais considerações, observa-se o *link* teórico da Teoria Discursiva do Direito com o pragmatismo fundado por Peirce de que falamos inicialmente, ao manto da assertiva de que a verdade é ação, consequências, efeitos e resultados compartilhados intersubjetivamente, até ser substituída por outra consentânea com os perceptores das proposições.

No âmbito jurídico, principalmente na hermenêutica jurídica, o contextualismo é sobremaneira importante, juntamente com o consequencialismo acima descrito, para determinar a melhor decisão, considerando a sua adequabilidade às necessidades sociais e humanas.

O julgador trabalha com signos linguísticos estabelecidos nas leis, com valores (bens e direitos) pré-estabelecidos (escolhidos e eleitos previamente) e comunicados por meio de sinais e da linguagem, e a melhor forma de resolver as equações que lhe são apresentadas é utilizando os estudos e teorias no âmbito da semiótica, considerando que os valores, no Estado Democrático de Direito, não são por ele escolhidos, mas pelo povo, por meio do legislador.

4.4 Aplicabilidade de princípios constitucionais de acordo com Habermas

Se nas ciências naturais a volubilidade das proposições é constante, nas ciências humanas não poderia ser ainda menos intensa.

O Direito é uma disciplina cultural e humana, e trata de condutas, necessidades e planejamentos humanos, os quais estão sempre se revolvendo, não sendo plausível querer fixar uma verdade última objetiva material.

Diante disso, tem-se como imperiosa a necessidade de se firmar uma concepção de verdade como fundamentação última da realidade jurídica como modelo para dirimir casos difíceis, como são os diversos conflitos entre princípios constitucionais que estão no cenário de muitas causas discutidas no Judiciário, ainda mais no regime pós-Constituição de 88, que assegurou e determinou direitos e garantias nunca antes sentidos pelos jurisdicionados, o que por certo acarretou um grande defluxo de questões constitucionais, quer como questão principal, quer como secundária.

A verdade última como vetor da fundamentação jurídica é questão de vital importância para explanar fundamentos racionais no momento de decidir conflitos dessa espécie, pois a axiologia solipsista como fonte para solução dessas questões padece de insegurança jurídica e irrazoabilidade, a partir do momento que o intérprete pode utilizar argumentos não aceitos pela comunidade, visto que não

aprovados e não veiculados pelos canais que desembocam no filtro moral legiferante.

Vê-se, a partir daí, que a escolha de um princípio em detrimento de outro passa obrigatoriamente pela necessidade de se apresentar razões ou critérios com o objetivo de racionalizar a decisão de forma a legitimar a atuação jurisdicional perante a sociedade e realizar o princípio da justiça.

Logo, na nossa opinião, verifica-se imediatamente a necessidade de se estabelecer uma teoria da argumentação jurídica para orientar a decisão judicial que soluciona o conflito, pois, nesse caso, o magistrado deve utilizar argumentos decorrentes de uma mistura de “práticas e outros princípios, nos quais as implicações da história legislativa e judiciária aparecem juntamente com apelos às práticas e formas de compreensão partilhadas pela comunidade.” (DWORKIN, 2002, p. 28).

Para Alexy, “a solução da colisão consiste em que, levando em consideração as circunstâncias do caso, estabelece-se entre os princípios uma relação de precedência condicionada” (ALEXY, 1993, p. 92), o que, em última análise, demanda a fixação de critérios argumentativos para estabelecer essa precedência.

Ressalte-se que essa deficiência racional tem sido muito amiúde discutida na Teoria do Direito, circunstância que tem levado os estudiosos ao debate no que concerne aos critérios argumentativos a serem utilizados nesses casos.

Klaus Günther, por exemplo, ao diferenciar a fundamentação – validade – da aplicação – adequação – das normas, em função da análise dos seus sinais característicos, defende a introdução da idéia de imparcialidade para a solução dessa equação, após afirmar que:

[...] Alexy demonstrou que é possível precisar o modelo de ponderação metodicamente, tornando uma lei de colisão e uma lei de ponderação que corresponda a esta lei de colisão. Não obstante, não foi possível, dessa forma, eliminar completamente o problema de critério. Além disso, ele pressupunha uma reinterpretação teleológica de princípios e reduziu o problema de fundamentação à fundamentação de decisões de preferência. (Günther, 2004, p. 332).

Assim, em decorrência dessa deficiência prático-racional, há uma manifesta necessidade de se estudar e analisar a questão proposta, a fim de incrementar a intensidade da racionalização das decisões judiciais, no momento em que se afasta a prevalência de determinado princípio constitucional em colisão com outro,

principalmente quando isso ocorre apenas com base nas convicções pessoais do juiz.

Nesse ponto, a Teoria Discursiva do Direito pode ser vista como um modelo mais harmônico com o Estado Democrático de Direito, considerando que ela permite o envolvimento e a permeabilidade dos indivíduos e canais comunicativos componentes da sociedade na atividade interpretativa. Assim,

A correção de juízos normativos não pode ser explicada no sentido de uma teoria da verdade como correspondência, pois direitos são uma construção social que não pode ser hipostasiada em fatos. “Correção” significa aceitabilidade racional, apoiada em argumentos. Certamente a validade de um juízo é definida a partir do preenchimento das condições de validade. No entanto, para saber se estão preenchidas, não basta lançar mão de evidências empíricas diretas ou de fatos dados numa visão ideal: isso só é possível através do discurso – ou seja, pelo caminho de uma fundamentação *que se desenrola* argumentativamente. Ora, argumentos substanciais jamais são “cogentes” no sentido de um raciocínio lógico (que não é suficiente, porque apenas explicita o conteúdo de premissas), ou de uma evidência imediata (a qual não se encontra em juízos de percepção singulares e, mesmo que fosse, não deixaria de ser questionável) [...] Uma conclusão interna só pode ser atingida através de idealização: seja fechando circularmente a corrente de argumentos através de uma teoria, onde as razões se interligam sistematicamente e se apóiam mutuamente – como era o caso do conceito metafísico de sistema; seja aproximando a cadeia de argumentos de um valor-limite ideal – daquele ponto de fuga que Peirce caracterizara como “final opinion”. (HABERMAS, 2003, p. 282).

Por essa razão, lembra Habermas, “é necessário um esforço cooperativo para enfraquecer a suspeita de ideologia que se levanta em relação ao pano de fundo de tal compreensão. O Juiz singular tem que conceber sua interpretação construtiva como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública com os cidadãos.” (HABERMAS, 2003, p. 278).

A grande questão da hermenêutica jurídica na solução de casos difíceis, aqui exemplificado com os conflitos entre princípios constitucionais, circunscreve-se à equação composta pela relação entre a verdade última da fundamentação jurídica e o subjetivismo judicial, este caracterizado pela incerteza e pelo solipsismo.

No nosso modo de ver, a verdade última no âmbito da fundamentação jurídica não pode ser revelada a partir dos valores sopesados pelo aplicador da lei no momento de decidir, sob pena de se cair na irrazoabilidade e no problema da ausência de critérios democráticos para a escolha de tais elementos axiológicos.

Nessa conformidade, considerando os estudos desenvolvidos pela Filosofia da Linguagem e pelo pragmatismo, é possível uma construção linguístico-pragmática da verdade última no campo hermenêutico jurídico como um modelo

para a otimização e racionalização das decisões judiciais que enfrentam casos difíceis, a partir do pressuposto de que a escolha de valores, no regime jurídico-democrático, não deve ser efetivada pelo juiz como substituto dos representantes do povo, os quais são competentes para instituir o Direito posto – por meio da escolha de valores - e aliviar a tensão entre a realidade e a validade das normas jurídicas por meio da integração social.

Portanto, tem-se que a verdade última na fundamentação jurídica nesses casos somente pode ser estabelecida por meio de um instrumento formal e procedimental, como é a concepção linguístico-pragmática adotada pela Teoria Discursiva do Direito, consistente no entendimento e aceitação dos participantes do processo democrático-argumentativo.

Para Habermas, “a correção de juízos normativos não pode ser explicada no sentido de uma teoria da verdade como correspondência, pois direitos são uma construção social que não pode ser hipostasiada em fatos.” (HABERMAS, 2003, p. 281), o que significa dizer que as razões apresentadas para decidir determinados casos não podem surgir a partir de uma verdade correlacionada a um fato empírico sob o ponto de vista da subjetividade do observador, como acontece nas ciências naturais.

Correção de determinada razão ou juízo significa “aceitabilidade racional apoiada em argumentos” (HABERMAS, 2003, p. 281), cuja validade decorre do cumprimento de condições discursivas.

Na Teoria Discursiva do Direito o argumento e sua validade têm natureza pragmática, como já demonstrado no item anterior, pois para saber o que é um “bom argumento, é preciso descobrir o papel que ele desempenha no interior de um jogo de argumentação” (HABERMAS, 2003, p. 283), de acordo com regras discursivas que regulam a pretensão de verdade.

De acordo com esse ângulo de visão pragmático, a correção e a racionalidade de juízos a respeito de normas e de valores devem surgir da compreensão compartilhada intersubjetivamente por todos os envolvidos, afastando-se assim de uma concepção solipsista meramente valorativa da argumentação jurídica.

O intérprete-juiz, ao interpretar os princípios constitucionais não pode escolher um determinado valor tão-somente de acordo com a sua razão pessoal desconectada do sistema valorativo eleito politicamente, sob pena de desvirtuar a

definição e os efeitos do Estado Democrático de Direito, que condiciona suas decisões à observação das normas devidamente votadas pelos representantes dos destinatários e aceitas pela comunidade em geral.

Os Princípios e regras cuja aplicabilidade depende de uma argumentação mais difícil, como espécies de normas, mesmo com um alto grau de generalidade e abstração, encontram-se no campo deontológico, pois compelem seus destinatários à determinada obrigação, enquanto que os valores tem carga finalística e são definidos de acordo com preferências pessoais e subjetivas. O que é bom para mim, pode não ser bom para todos.

Os valores estão fora do sistema jurídico e estão sujeitos a uma validade que depende do desejo pessoal do ser e são realizados por um comportamento direcionado a um fim, enquanto a validade das normas é averiguada de acordo com o código binário válido/inválido. Os valores, “ao contrário, determinam relações de preferência, as quais significam que determinados bens são mais atrativos do que outros; por isso, nosso assentimento a proposições normativas pode ser maior ou menor [...]” (HABERMAS, 2003, p. 316).

As normas, princípios ou regras, possuem uma validade deontológica ligada a uma obrigação incondicional ou universal: o comando ou orientação normativa tem a pretensão de ser igualmente bom para todos. Por outro lado:

[...] a atratividade de valores tem o sentido relativo de uma apreciação de bens, adotada ou exercitada no âmbito de formas de vida ou de uma cultura: decisões valorativas mais graves ou preferências de ordem superior exprimem aquilo que, visto no todo, é bom para nós (ou para mim). (HABERMAS, 2003, p. 316-317).

Verifica-se, assim que Habermas distingue as normas dos valores de acordo com o referencial - obrigatório ou teleológico -, com o tipo de codificação – binária ou gradual –, pelo grau de obrigatoriedade – absoluta ou relativa -, e pelo tipo de sistema – axiológico ou normativo. Em razão dessa distinção, normas e valores “não podem ser aplicados da mesma maneira” (HABERMAS, 2003, p. 317).

O Direito tem a particular propriedade de absorver determinados valores e torná-los obrigatórios para determinada comunidade, por meio do sistema de direitos, diminuindo a tensão existente entre o plano fático e o plano normativo.

Sob esse prisma, o plano dos valores é diferente do plano das normas, os quais estão separados por uma área onde as manifestações, opiniões e pretensões

dos membros da comunidade são filtradas pelo princípio do discurso aplicado na política legislativa.

As normas constitucionais, quer sejam princípios, quer sejam regras, são o produto da razão comunicativa e encontram-se no plano do sistema jurídico. Vieram do plano axiológico, mas não são mais valores puramente. São valores escolhidos discursivamente pela razão comunicativa para serem transformados em normas, de natureza geral e obrigatória.

Por isso, Habermas critica os julgadores que enxergam a Constituição como uma ordem de valores, os quais podem ser escolhidos de acordo com a sua preferência pessoal e solipsista:

Os que pretendem diluir a constituição numa ordem concreta de valores desconhece seu caráter jurídico específico; enquanto normas de direito, os direitos fundamentais, como também as regras morais, são formados segundo o modelo de normas de ação obrigatório – e não segundo o modelo de bens atraentes. (HABERMAS, 2003, p. 318).

Essa concepção axiológica pura das normas constitucionais permite que o intérprete apresente fundamentos irracionais quando da aplicabilidade dos princípios constitucionais, destituídos de qualquer grau de objetividade ou ligação com o sistema normativo jurídico, prevalecendo opiniões subjetivas afastadas dos valores eleitos pela comunidade por meio da razão comunicativa como aptos a regulamentar de forma geral e obrigatória a conduta dos seus membros. Assim:

Na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão, cresce o perigo dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos. (HABERMAS, 2003, p. 321).

Princípios como dignidade da pessoa humana, saúde da mulher, direito à vida ou liberdade de expressão, têm um amplo espectro hermenêutico, permitindo a utilização de argumentos de aplicação destonantes dos valores eleitos pela comunidade em geral. Contudo, “esses argumentos não ‘contam’ mais do que os princípios jurídicos, à luz dos quais esses bens e princípios podem ser justificados” (HABERMAS, 2003, p. 321-322).

As razões utilizadas para aplicar determinada norma constitucional não têm superioridade hierárquica ou maior valor que esta, ou seja, os argumentos utilizados em favor de determinada norma constitucional não podem contrariar esta última.

Tais considerações levam à ilação de que somente um procedimento de concretização adequado e que leve em consideração os pontos e situações específicas de cada caso permite um melhor atendimento ao caráter deontológico dos princípios constitucionais, porque “tais normas encontram a sua determinação clara num discurso de aplicação.” (HABERMAS, 2003, p. 322).

Logo, em caso de conflitos entre princípios constitucionais não é necessário uma decisão para saber em que medida ou quais valores concorrentes são realizados, mas, “ao invés disso, em encontrar entre as normas aplicáveis *prima facie* aquela que se adapta melhor à situação de aplicação descrita de modo possivelmente exaustivo e sob todos os pontos de vista relevantes” (HABERMAS, 2003, p. 322).

Habermas defende que a decisão precisa “estabelecer um nexo racional entre a norma pertinente e as normas que passam para o pano de fundo, de tal modo que a coerência do sistema de regras permaneça intocada em seu todo” (HABERMAS, 2002, p. 322).

As normas constitucionais conflitantes não são avaliadas entre si como se fossem valores concorrentes, pois, são, como já dito por Alexy, mandamentos de otimização, e assim são realizadas em dois diferentes níveis: como normas adequadas ou como normas não adequadas. “Ora, adequação significa a validade de um juízo deduzido de uma norma válida, através do qual a norma subjacente é satisfeita.” (HABERMAS, 2003, p. 323).

Partindo dessa assertiva, Habermas entende que a atividade interpretativa judicial que enfrenta a aplicabilidade de normas constitucionais e tem como base determinado caso concreto, limita-se à aplicação de normas constitucionais pressupostas como válidas de acordo com um critério lógico-argumentativo de delimitação das atividades legitimadoras da justiça (discursos de aplicação) e da legislação (discursos de fundamentação), como fica claro na seguinte passagem:

Em todo caso, a jurisdição constitucional que parte do caso concreto está limitada à aplicação de normas (constitucionais) pressupostas como válidas; por isso, a distinção entre discursos de aplicação de normas e discursos de fundamentação de normas oferece, mesmo assim, um critério lógico-argumentativo de delimitação de tarefas legitimadoras da justiça e da legislação. (HABERMAS, 2003, p. 324).

Daí, verifica-se que o conflito entre princípios constitucionais, ou aplicabilidade concorrente (paralela ou concomitante), caracterizados como normas

abertas, pode ser resolvido, de acordo com a proposta habermasiana “no contexto de pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático...” (HABERMAS, 2003, p. 326), diante da manifesta necessidade em tais casos de uma concretização de base normativa e pragmática das razões elencadas pelo julgador, pois essa *compreensão procedimentalista da constituição* “imprime uma virada teórico-democrática ao problema da legitimidade do controle jurisdicional da constituição.” (HABERMAS, 2003, p. 326).

Habermas não entra em detalhes a respeito da distinção entre a fundamentação (justificação) e a aplicação das normas constitucionais, mas é explícito ao afirmar que segue Klaus Günther no que concerne a essa diferenciação, por entender que os critérios e o pensamento de Günther nesse ponto possibilitam o afastamento da unidade fundamentadora da abordagem kantiana, como demonstra o seguinte excerto de sua declaração na obra *A ética da discussão e a questão da verdade*:

[...] Sigo Klaus Günther na distinção entre discursos de aplicação e discursos de justificação enquanto passos distintos e necessários que levam a afirmações morais e jurídicas singulares em situações de conflito. Penso que essa seqüência nos mantém longe das conhecidas dificuldades da abordagem kantiana, que infelizmente junta num mesmo passo a justificação e a aplicação de normas morais. (HABERMAS, 2004, p. 24).

A distinção entre a justificação e a aplicação das normas constitucionais leva, conseqüentemente, à ilação de que a decisão que determina a solução de determinado conflito entre princípios constitucionais deve ser contextualizada no plano da aplicação, considerando as circunstâncias de cada caso de modo coerente e vinculado a ele, o que significa dizer, seguindo o raciocínio antes explanado, que não se deve em tais casos escolher entre um ou outro valor, mas sim aplicar uma norma ou outra. Como esclarece Habermas:

Uma jurisprudência orientada por princípios precisa definir qual pretensão e qual ação deve ser exigida num determinado conflito – e não arbitrar sobre o equilíbrio de bens ou sobre o relacionamento entre valores. É certo que normas válidas formam uma estrutura relacional flexível, na qual as relações podem deslocar-se segundo as circunstâncias de cada caso, porém esse deslocamento está sob a reserva da coerência, a qual garante que todas as normas se ajuntam num sistema afinado, o qual admite para cada caso uma solução correta. (HABERMAS, 2002, p. 323).

No caso de aplicabilidade de normas constitucionais abertas, assim, o tribunal ou juiz:

[...] torna a desamarar o feixe de argumentos com os quais o legislador legitima suas resoluções, afim de mobilizá-los para uma decisão coerente do caso particular, de acordo com princípios de direito vigente; todavia ele não pode dispor desses argumentos para uma interpretação imediata do tribunal e para um configuração do sistema do direito e, com isso, para uma legislação implícita. (HABERMAS, 2003, p. 324-325).

Diante de tais considerações, tem-se que, na concepção habermasiana, o juiz não se equipara ao legislador, pois este último extrai os fundamentos de suas decisões do plano político-axiológico, enquanto que o primeiro exerce sua atividade no plano da aplicabilidade das normas, cujos fundamentos das decisões são concedidos preliminarmente na “perspectiva da aplicação do Direito e não na perspectiva de um legislador, que interpreta e configura os sistemas dos direitos, à medida que persegue suas políticas [...]” (HABERMAS, 2003, p. 324).

4.5 A ponderação de valores segundo Alexy e Günther: argumentação racional e adequada ao caso concreto

No tópico anterior, vimos que a concepção habermasiana a respeito da aplicabilidade de normas constitucionais tem como pressuposto uma *compreensão procedimentalista da constituição*, de sorte que eventuais conflitos entre princípios constitucionais encontram solução no plano da aplicabilidade, considerando as circunstâncias (situações) do caso concreto, para daí estabelecer quais razões devem prevalecer, de acordo com a coerência e a unidade do sistema de direitos.

Nesse particular, como afirmado e demonstrado, Habermas segue a distinção e os critérios de Günther a respeito da justificação e da aplicação do Direito.

Nessa conformidade, abordaremos brevemente aqui as conclusões de Alexy e de Günther a respeito da ponderação de valores, suas formas e critérios de efetivação, sem entrar em minúcias, considerando os limites e os objetivos desta parte do trabalho - centrada na posição habermasiana a respeito da aplicabilidade de normas constitucionais -, além da vastidão do campo filosófico e teórico dos trabalhos desses dois jusfilósofos a respeito do tema.

Para Alexy, as colisões entre princípios, considerados como mandamentos de otimização, “devem ser resolvidas por meio da definição de uma relação de precedências condicionadas.” (ALEXY, 2008, p. 164).

Essa relação de precedência leva em consideração as circunstâncias do caso concreto e consiste “na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro [...]” (ALEXY, 2008, p. 96).

Em outras palavras, Alexy exemplifica: “Em um caso concreto, o princípio *P1* tem um peso maior que o princípio colidente *P2* se houver razões suficientes para que *P1* prevaleça sobre *P2* sob as condições *C*, presentes nesse caso concreto.” (ALEXY, 2008, p. 97).

A partir desse ponto de vista, verifica-se que o princípio de maior peso será aquele que estiver ligado a razões suficientes para lhe conceder primazia.

A teoria de Alexy, contudo, esbarra na fundamentação das razões que determinarão a prevalência de determinado princípio, sujeitas à subjetividade do julgador, de maneira que as relações de precedência sempre serão incertas e condicionadas à preferência do intérprete.

Alexy, então, relaciona o postulado da racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado de preferência e afirma que:

um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional. Com isso, o problema da racionalidade do sopesamento leva-nos à questão da possibilidade de fundamentação racional de enunciados que estabeleçam preferências condicionadas entre valores ou princípios colidentes.” (ALEXY, 2008, p. 165).

As relações de precedência, assim, decorrentes das razões utilizadas para determinar a prevalência de determinado princípio em prejuízo do outro acaba dependendo da argumentação racional do hermeneuta. Alexy, por conseguinte, discorre que:

Assim, para a fundamentação de um enunciado de preferências condicionadas e, com isso, para a fundamentação da regra que a ele corresponde, pode-se recorrer à vontade do constituinte, às consequências negativas de uma fixação alternativa das preferências, a consensos dogmáticos e a decisões passadas.” (ALEXY, 2008, p. 166).

Günther, em razão disso, afirma que:

[...] obviamente, Alexy não indica critérios, segundo os quais fosse possível avaliar a adequação de um enunciado de preferência [...] O motivo pelo qual esse tipo de argumentação de adequação seria exigência da estrutura dos princípios continua nebuloso. Somente se “evidenciará” que determinadas normas exigem argumentações de adequação em situações de aplicação. (GÜNTHER, 2004, p. 318).

Para Günther (2004), é no discurso de aplicação que são encontrados os problemas de colisão, porquanto as normas válidas sob circunstâncias inalteradas poderão colidir se forem examinadas todas as circunstâncias de uma situação, pois procedimentos de ponderação “são um exemplo de como é possível estabelecer uma relação de completa consideração de todos os sinais característicos normativamente relevantes em determinada situação.” (GÜNTHER, 2008, p. 304).

Günther (2004) distingue a fundamentação (justificação) da aplicação das normas com base na ética do discurso habermasiana, de forma que os dados e sinais característicos de cada caso servem de elementos para racionalização das razões elencadas para solucionar determinado conflito entre normas.

Há, assim, duas dimensões de fundamentação (em sentido amplo) das normas: a fundamentação das normas de *per se* – avaliadas de acordo com o código binário válida/inválida -, independentemente de um caso concreto, sem observância dos dados ou sinais característicos, e a aplicação das normas, caso em que as normas são relacionadas a determinadas situações específicas – avaliadas de acordo com o código adequadas/não-adequadas.

A distinção acima decorre da aplicação do princípio de universalização do discurso (U) de Habermas, o qual informa que qualquer norma válida terá de satisfazer a seguinte condição:

[...] que as conseqüências e efeitos colaterais, que (previsivelmente) resultarem para a satisfação dos interesses de *cada um* dos indivíduos do fato de ser ela *universalmente* seguida, possam ser aceitos por *todos* os concernidos (e preferidos a todas as conseqüências das possibilidades alternativas e conhecidas de regragem). (HABERMAS, 2003. p. 86).

Como o princípio “U” acima se caracteriza pela generalidade, relativamente às conseqüências, aos efeitos colaterais e à observância da norma (aplicação em todas as situações), o que o torna incompatível com uma situação específica por força da impossibilidade de cumprimento dos requisitos universais nele contidos, Günther propõe duas versões de “U”, uma forte e uma fraca, que dispõem o seguinte:

Versão forte:

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

Versão fraca:

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

A versão forte de “U” abrange “tanto o sentido semântico como o universal-recíproco e o aplicativo de imparcialidade” (GÜNTHER, 2004, p. 65), a partir do que “uma disposição normativa isolada poderia ser fundamentada sem referência a uma regra conclusiva” (GÜNTHER, 2004, p. 65).

Já a versão fraca de “U” possibilita afastar a necessidade de generalização da adequação para todas as situações de aplicação simultaneamente, permitindo a aplicação de uma norma considerando todos os dados e sinais característicos da situação.

Assim, “para a fundamentação é relevante exclusivamente a própria norma, independentemente de sua aplicação em cada uma das situações” (GÜNTHER, 2004, p. 70), enquanto que para a aplicação “cada uma das situações é relevante, não importando se a observância geral também contempla o interesse de todos” (GÜNTHER, 2004, p. 70).

No plano da fundamentação exige-se a observância geral da norma por todos, porque considera-se que ela representa o interesse de todos, independentemente de sua aplicação. No plano da aplicação não importa se a observância geral inclui o interesse de todos, pois “em vista de todas as circunstâncias especiais, o fundamental é se e *como* a regra teria de ser observada em determinada situação” (GÜNTHER, 2004, p. 70).

Contudo, Günther reconhece que “o discurso a respeito de ‘todos os sinais característicos em uma situação’ evidentemente é muito vago” (GÜNTHER, 2004, p. 71), mas faz um esforço para demonstrar como é possível operacionalizar a exigência do seu princípio “U” de considerar todos os sinais característicos, os quais adquirem relevância somente “à luz de diversas interpretações, avaliações, interesses, planos de vida ou da fixação de metas” (GÜNTHER, 2004, p. 71).

A partir daí, Günther sugere que a demonstração da adequação da norma de acordo com a vinculação das características e dos detalhes da situação deve ser feita por meio da descrição completa da situação e da coerência das normas e variantes de um significado aplicadas a determinada situação, pois os proponentes estão obrigados a:

[...] embasar a relevância afirmada de um sinal característico situacional, ao menos implicitamente, por meio de uma descrição completa da situação [...] Este sempre será o caso quando o oponente tiver as razões para fazer a pergunta: 'Por que você se baseia nesses dados e não em outros? Com(o) razões desse tipo entram em questão: a não-veracidade da descrição situacional dada pelo proponente, bem como a falta de coincidência entre norma e descrição situacional e, finalmente, a deficiente consideração daqueles sinais característicos situacionais que, para a aplicação de outras normas, são relevantes. (GÜNTHER, 2004, p. 335).

Sem entrar em detalhes a respeito do procedimento acima proposto, é possível concluir que Günther tenta ir além de Alexy, a fim de estabelecer critérios para definir a prevalência de determinada norma em detrimento de outra por meio da descrição completa da situação, da comparação dos seus sinais característicos, da coerência normativa e da consistência semântica.

O importante, por outro lado, é que a proposição no sentido de que a diferenciação entre fundamentação e aplicação de normas, a partir do princípio universal do discurso, permite que o julgador enxergue os seus limites racionais, pois a atividade hermenêutica de verificação da adequação ou da inadequação das normas somente pode ser realizada na dimensão da aplicação das normas, em que se exige a consideração de todos os dados e sinais característicos da situação, e não no âmbito da justificação, onde o que é importa é a norma em si, independentemente da situação concreta analisada.

No Brasil, ainda são incipientes os estudos a respeito do tema conflito entre princípios constitucionais, tanto no campo teórico quanto no jurisprudencial.

Como se mostrou na segunda parte deste trabalho, são poucos os estudiosos brasileiros que tratam do assunto, existindo poucas monografias a respeito. A maior parte deles discorre apenas sobre o conceito de princípios constitucionais, as diferenças entre eles e as regras, bem como sobre sua natureza normativa.

5 CONCLUSÕES

No momento atual, está em voga o tema princípios constitucionais, o qual está sendo amplamente estudado e discutido pelo país (e pelo mundo) afora.

Teses e dissertações se espargem pelo meio acadêmico com o objetivo de analisar e sistematizar o seu conceito, natureza, diferenças e similitudes em relação às regras, bem como seus efeitos jurídicos.

Esse interesse pelo assunto surgiu basicamente a partir das manifestações de juristas estrangeiros a respeito da natureza normativa dos princípios - como Robert Alexy e Ronald Dworkin, apenas para citar dois -, seguidas e compartilhadas por juristas brasileiros de importância, e utilizadas no Direito prático por magistrados.

Cabe registrar, nesse sentido, que a aplicação de princípios constitucionais como fundamentos para decidir casos concretos no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Judiciário brasileiro em geral, estimulou, da mesma forma, essa disseminação de investigações sobre o tema.

Esse modismo, no entanto, fez surgir vários super-intérpretes, que em todo problema jurídico enxergam um princípio constitucional aplicável e disponível para prontamente solucioná-lo, e cuja parcela anda de mãos dadas com o ultimamente criticado ativismo judicial.

Neste trabalho, no entanto, procuramos estudar e analisar um dos aspectos do tema princípios constitucionais: os conflitos entre princípios constitucionais, com foco conclusivo na Teoria Discursiva do Direito. Com esse objetivo, descreveu-se a evolução e o estado atual da proposição, por meio da descrição de estudos e conclusões de autores nacionais e estrangeiros.

Demonstrou-se, inicialmente, que é possível afirmar que não há propriamente um conflito entre princípios constitucionais porque tais espécies de normas não colidem frontalmente, considerando que sua aplicação é convergente relativamente a um mesmo fato, caso em que o intérprete deve aplicar um deles ao caso concreto, permanecendo o(s) outro(s) válido(s) dentro do ordenamento jurídico, diferentemente do conflito entre regras, em que uma delas é excluída do sistema normativo.

Dessa forma, o problema do conflito entre princípios constitucionais pode ser visto do ângulo da aplicabilidade tão-somente, circunstância que leva a discussão

para o plano da fundamentação (em sentido amplo), lugar em que será possível resolver como determinar qual princípio terá primazia em detrimento do(s) outro(s).

A partir daí entra em jogo o método que o aplicador-intérprete poderá utilizar para melhor fundamentar sua decisão, de natureza valorativa – ontológica - ou de natureza procedimental – discursiva -, situação que está intimamente ligada com a questão da verdade ou fundamento último do Direito.

A partir de Heidegger, como se verificou, a atividade hermenêutica passou a pertencer ao campo existencial humano – giro fenomenológico ou ontológico -, segundo o qual a interpretação é efetivada de acordo com o modo de ser e interagir (*dasein*) do homem, na sua temporalidade da presença, rompendo, assim, com a teoria objetiva anterior, que tinha como expoentes Schleiermacher e Dilthey.

De acordo com essa linha de pensamento ontológica, a atividade hermenêutica tem como fundamento a prévia compreensão do ser observador, originada do conjunto de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado, ou seja, a partir de um projeto previamente estabelecido, o qual se modifica durante o desenvolvimento interpretativo.

Segundo Gadamer, há uma constante reprojção desses conceitos, que caminha por uma direção sedimentada pelo sentido da atividade compreensiva e interpretativa.

Em outras palavras, desse ponto surge a questão a respeito da possibilidade do intérprete, como é o juiz, escolher valores para solucionar o conflito entre princípios constitucionais (ou aplicabilidade paralela/concorrente/concomitante como denominamos no decorrer do trabalho) em substituição ao Poder Constituinte originário ou derivado, a partir de sua pré-compreensão e com base nas suas próprias expectativas de ser no mundo (*dasein*).

A Teoria Discursiva do Direito, nesse particular, em contraposição, rejeita essa possibilidade, pois entende que no Estado Democrático de Direito o juiz está atrelado aos valores escolhidos pelo legislador no momento do procedimento de feitura das leis, não podendo ele ultrapassar esse marco, sob pena de decidir de forma ilegítima.

Essa teoria, como se fez ver, tem como base o pragmatismo, o qual procura determinar a veracidade de uma idéia ou compreensão racional de determinado símbolo linguístico de acordo com a percepção e o compartilhamento alcançados na experiência do homem, e inicialmente foi utilizado por Peirce como um método

científico experimental, depois levado para o campo das ciências humanas por James.

Logo, observa-se que a aplicação dessa construção linguístico-pragmática da verdade no campo hermenêutico jurídico como um modelo para otimização e racionalização das decisões judiciais que enfrentam casos difíceis (a partir do pressuposto de que a escolha de valores, no regime jurídico-democrático, não deve ser efetivada pelo juiz como substituto dos representantes do povo – legislador -, os quais são competentes para instituir o Direito posto – por meio da escolha de valores) ameniza a tensão entre a facticidade e a validade das normas, mediante a integração social.

Na nossa opinião, seguindo a Teoria Discursiva do Direito, a verdade no âmbito da fundamentação jurídica, com pressuposto no regime democrático, não pode ser definida por meio do sopesamento de valores pelo intérprete para resolver conflitos entre princípios (ou para aplicá-los), pois corre-se o risco de se atuar de forma ilegítima.

Assim, tem-se, de acordo com essa proposição, que a verdade na fundamentação jurídica, principalmente no caso de conflito entre princípios constitucionais, de tessitura aberta, será mais adequada se estabelecida por meio de um instrumento formal e procedimental, como é a concepção linguístico-pragmática adotada pela Teoria Discursiva do Direito, consistente no entendimento e na aceitação dos participantes do processo democrático-argumentativo.

Nesse estágio, Habermas adota a diferenciação proposta por Klaus Günther entre a fundamentação (justificação) de normas, que tem como pressuposto de desenvolvimento a atividade criadora das normas, e a aplicação, que tem como pano de fundo a própria norma, considerando que esse método se afasta da concepção subjetiva da linha de pensamento material-axiológica.

Tal distinção, como se viu no decorrer do presente trabalho, conduz à conclusão de que a interpretação (decisão) que procura solucionar os conflitos entre princípios constitucionais deve ser contextualizada no plano da aplicação, pois é aí que o hermenêuta pode analisar o caso de modo adequado e vinculado ao nível justificador das normas a serem aplicadas, e não no plano fundamentador, considerando que não lhe compete fixar os valores que são objetos das normas.

Em linhas gerais, os diversos autores que analisam o assunto a respeito de conflitos principiológicos, restringem-se a afirmar que o conflito entre princípios

constitucionais (como os princípios jurídicos em geral) deve ser solucionado com o sopesamento entre eles, a fim de encontrar aquele de maior peso ou que prepondera, para utilizar os termos dworkinianos e alexyanos.

Contudo, até o presente momento, ainda não há um critério teórico que possibilite o afastamento da subjetividade do intérprete no momento de solucionar os casos em que ocorrem conflitos/colisões entre princípios constitucionais (ou no momento de simplesmente aplicá-los).

Apesar disso, ensaiaram-se neste trabalho algumas possibilidades de dessubjetivação, com base em elementos teórico-filosóficos propostos a partir dos estudos de Heidegger e Gadamer, finalizando com as propostas de Habermas, Alexy e Günther.

O nosso propósito não foi, registre-se, apresentar uma idéia inovadora ou uma solução mais precisa relativamente à questão dos conflitos entre princípios constitucionais, porque tal objetivo refugiria ao aspecto monográfico dissertativo em nível de mestrado característico do trabalho, mas nos propusemos, por outro lado, à análise e ao estudo das possibilidades teórico-filosóficas para indicar diretrizes para a melhor compreensão do problema, por meio de uma investigação crítica e problematizadora.

Se disso surgir pelo menos uma reflexão ou uma discussão mais aprofundada a respeito do assunto, cremos que o trabalho terá sido proveitoso.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

Albert, Hans. **Traktat über kritische Vernunft**. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1980.

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

APEL, Karl-Otto; OLIVEIRA, Manfredo Araújo de; MOREIRA, Luiz. **Com Habermas, contra Habermas: Direito, Discurso e Democracia**. Tradução dos ensaios de Karl-Otto Apel de Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

AUSTIN, J. L. **How to do things with words**. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1975.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis. **Curso de Filosofia do Direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BROCHADO, Mariá. **Direito e ética: a eticidade do fenômeno jurídico**. São Paulo: Landy, 2006.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CATTONI, Marcelo. **Poder Constituinte e patriotismo constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. Curitiba: Juruá, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica jurídica e(m) debate: o**

constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a serio**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FREGE, Gottlob. **The foundations of arithmetic**. 2. ed. Tradução para o inglês de J. L. Austin. New York: Harper Torchbooks, 1960.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 2. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2005, v 1.

GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: PUCMINAS, 2006.

GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **Constituição e democracia**: fundamentos. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GOMES, Alexandre Travessoni; MERLE, Jean-Christophe. **A moral e o Direito em Kant**: Ensaios analíticos. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do Direito**: Kant e Kelsen. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no Direito e na Moral**: justificação e aplicação. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. 2. ed. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**: sobre el derecho e el Estado democrático de derecho en términos de teoría de discurso. 4. ed. Tradução para o espanhol de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução revisada de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2006.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2003.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Escala, 2006.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 5. ed. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintanela. Lisboa: Edições 70, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MACHADO, Edgar de Godoi da Mata. **Direito e coerção**. São Paulo: Unimarco, 1999.

MACHADO, Edgar de Godói da Mata. **Elementos de Teoria Geral do Direito**: introdução ao Direito. Belo Horizonte: Líder, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. 3. ed. Tradução de Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. 24. ed. Rio: Forense, 2004.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito, Política e Filosofia**: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1997.

PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. 3. ed. Tradução de J. Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Perspectiva, 2003.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RIBEIRO, Fernando José Armando. **Conflitos no Estado Constitucional Democrático**: por uma compreensão jurídica da desobediência civil. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de Justiça em Kant**: seu fundamento na liberdade e na igualdade. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de Justiça no mundo contemporâneo**: fundamentação e aplicação do Direito como *maximum* ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHNAID, David. **Filosofia do Direito e interpretação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica constitucional**. Tradução de Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999.