

# A CRÍTICA HERMENÊUTICA E A CISÃO DOS DISCURSOS EM KLAUS GÜNTHER

THE HERMENEUTIC CRITIC AND THE BREAKUP OF THE DISCOURSES OF KLAUS GÜNTHER

LA CRÍTICA HERMENÉUTICA Y LA RUPTURA DE LOS DISCURSOS EN KLAUS GÜNTHER

Lenio Luiz Streck<sup>1</sup>  
Santiago Artur Berger Sito<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente trabalho destina-se a averiguar as razões da cisão discursiva em Klaus Günther, de forma a problematizar o tratamento dispensado à moral como fundamento do jurídico, especialmente diante de uma crítica hermenêutica. Explicitando a relação entre direito e moral, verifica-se como, dentro das posturas procedimentalistas, Klaus Günther desenha sua teoria da adequação. Após, com um foco eminentemente hermenêutico, parte-se para uma revisão do exposto, desta vez compreendendo-o a partir do modo prático de ser-no-mundo, finito. Com tais aportes, conclui-se pelo descabimento da cisão como posta, pois tal diferenciação discursiva é um evento metafisicamente incompatível com o paradigma da filosofia da linguagem.

**PALAVRAS-CHAVE:** Teorias Discursivas. Klaus Günther. Cisão Discursiva. Filosofia do Direito. Hermenêutica filosófica.

## ABSTRACT

This work seeks to determine the reasons for the breakup of the discourse of Klaus Günther, questioning the treatment given to morality, as the basis of law, especially in the light of a hermeneutic critic. Explaining the relationship between law and morality, it is seen, within the procedural postures, that Klaus Günther draws his theory of adaptation. Then, with a predominantly hermeneutic focus, we proceed to a review of the above, this time embracing it based on the practical way of being-in-the-world; finite. Through these contributions, it concludes with the unreasonableness of the discursive breakup, as this discursive differentiation is an event that is metaphysically incompatible with the paradigm of the philosophy of language.

**KEYWORDS:** Discursive theories. Klaus Günther. Discursive breakup. Law philosophy. Philosophical hermeneutic.

## RESUMEN

El presente trabajo está destinado a investigar las razones de la ruptura discursiva en Klaus Günther, con la finalidad de problematizar el tratamiento dispensado a la moral como fundamento de lo jurídico,

1 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-Doutorado em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa, Portugal. Professor Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS/RS. Professor Visitante/Colaborador das Universidades de Coimbra, Lisboa, Roma TRE e Unesa-RJ. Correio eletrônico: lenios@globocom

2 Mestre pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Membro do Núcleo de Estudos Hermenêuticos – DASEIN, sediado no PPGD-UNISINOS. Bolsista da Capes-PROSUP. Correio eletrônico: artusito@gmail.com

especialmente ante una crítica hermenéutica. Explicitando la relación entre derecho y moral, se verifica cómo, dentro de las posturas procedimentalistas, Klaus Günther diseña su teoría de la adecuación. A continuación, con un enfoque eminentemente hermenéutico, se parte hacia una revisión de lo expuesto, esta vez comprendiéndolo a partir del modo práctico de ser-en-el-mundo, finito. Con tales aportes, la conclusión es la no cabida de la ruptura como supuesto, pues tal diferenciación discursiva es un evento metafísicamente incompatible con el paradigma de la filosofía del lenguaje.

**PALABRAS CLAVE:** Teorías Discursivas. Klaus Günther. Ruptura Discursiva. Filosofía del Derecho. Hermenéutica filosófica.

## INTRODUÇÃO

*É só com dificuldade que consigo, especialmente em situações complexas, colocar-me na situação de outrem. Além disso, nunca abandono completamente a minha própria perspectiva, em favor da alteridade.*  
(Klaus Günther)

Muitas são as possibilidades contemporâneas de se pensar a relação entre o direito e a moral. Um modo interessante de condensar toda a discussão produzida apresenta-se a partir da construção de dois eixos fundamentais: há teorias que apostam na insuficiência do jurídico para resolver os problemas sociais com uma medida mínima de justiça e, portanto, apostam numa função corretiva da moral que funcionaria ora como uma espécie de complemento do discurso jurídico, ora como fator de correção de injustiças e/ou desvios sistemáticos; já em outras é possível perceber a relação entre direito e moral a partir de uma estrutura de co-originariade ou, como afirmou recentemente Ronald Dworkin, em uma espécie de intersecção, em que o direito seria uma espécie de ramo (*branch*) da moral, sofrendo, portanto, uma restrição argumentativa, mas guardando com a moral uma origem comum. Note-se: no primeiro caso, a moral corrige o direito desde fora, como uma espécie de "discurso censor", ao passo que, no segundo, a moral funciona como um argumento que justifica, originariamente, o direito da comunidade política.

Neste sentido, não se ignora que o direito, com os avanços da filosofia da linguagem, passou a desenvolver teorias (pretensamente) aptas a afastarem o poder das mãos de um único sujeito, capaz de centralizadamente dar/estabelecer os sentidos. Tais preocupações estão presentes em diversos autores, mas em especial, e com o objetivo de canalizar o fio condutor do presente trabalho, em Jürgen Habermas e Klaus Günther.

Habermas é considerado o corifeu da corrente *procedimentalista*, mas, quando trata, especificamente, da cisão discursiva, medida que entende imperiosa em termos de aplicação de sua teoria discursiva, utiliza-se das lições de Klaus Günther. Isso porque os discursos de fundamentação e os discursos de aplicação são criados por Klaus Günther, para trabalhar justamente este problema criado pela fundamentação moral do jurídico.

Por outro lado, Günther pode ser considerado um filósofo da moral. Não só pelas análises de Hare e Toulmin, abordadas adiante, mas pela investigação que faz acerca da capacidade fundamental da moral, para dar a validade que o direito exige, de forma antecipada.

A teoria originada de Günther aposta em uma forma específica de tratar o momento aplicativo da norma, o que exhibe contornos inflexíveis de uma necessidade de cisão, isto é, quando opera a norma moral num nível hipotético, percebe-se que nela não subjaz a riqueza dos detalhes que só a realidade empresta. Ou seja, mesmo normas moralmente fundamentadas podem gerar injustiças. O único vetor de segurança contra este problema é, para ele, a elaboração de um discurso posterior, analítico, observatório, capaz de reler a realidade em sua complexidade, e nela utilizar a norma correta.

Um dos fundamentos dessa teoria da moral encontra-se justamente na impossibilidade de criar uma norma hipoteticamente universal para cada situação concretamente deduzida, o que impede a adequação perfeita: eis o início da falibilidade da fórmula Günther, que será vista durante a crítica hermenéutica.

Por ora, cabe ressaltar que o próprio filósofo da moral reconhece que, se houvesse normas morais ideais para cada caso aplicativo, a cisão seria desnecessária. Isso porque a validade seria pressuposta pela universalidade ainda em hipótese, e a aplicação seria automática, já que cada caso teria uma norma específica e delimitada.

Eis a crítica que deve ser feita à tese de Günther: como não existe uma norma para cada caso, cabe ao discurso de aplicação efetuar os cálculos da adequação. Em outros termos: a moral retorna, disfarçada de adequação, e novamente o sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*) assume o trono da decisão, da mesma forma que em qualquer teoria metafísica.

Portanto o que se pretende, no presente artigo, é avaliar como se dá a cisão discursiva e a relação direito-moral em Klaus Günther para, partindo disso, analisar a questão por um prisma hermenêutico, capaz de apontar o que precisa, efetivamente, ser apontado.

## 1. BEGRÜNDUNGDISKURS E ANWENDUNGDISKURS: DE COMO A CISÃO DISCURSIVA DE KLAUS GÜNTHER PRETENDE-SE “NECESSÁRIA” EM TERMOS DE UMA TEORIA DA DECISÃO

*A interpretação se funda existencialmente na compreensão e não vice-versa.  
Interpretar não é tomar conhecimento de que se compreendeu,  
mas elaborar as possibilidades projetadas na compreensão.  
(Martin Heidegger)*

Na medida em que é possível considerar Jürgen Habermas como o corifeu filosófico das teses discursivo-procedimentais, mormente no que tange aos alcances que a teoria teve no Brasil, faz-se necessário compreender alguns de seus pressupostos. Nesse aspecto, é preciso ter presente que, quando o filósofo trata, em seu *Direito e Democracia*, da questão da cisão discursiva entre Discursos de Fundamentação (prévios) e Discursos de Aplicação (concretos), o edifício teórico habermasiano faz uso de um alicerce, como já mencionado, conjecturado por Klaus Günther.

Com efeito, Günther, então professor da Faculdade de Direito da Universidade Johann-Wolfgang Goethe, participou do grupo de pesquisa chefiado por Habermas. Tais diálogos permitiram a construção da (polêmica) cisão discursiva<sup>2</sup>, trabalhada principalmente na obra *Der Sinn für Angemessenheit – Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, ponto fulcral do presente trabalho. De um lado os *Begründungsdiskurs* (discursos de justificação/fundamentação) e de outro os *Anwendungsdiskurs* (discursos de aplicação).

Inicialmente, é necessário ter em mente que a cisão discursiva tematiza uma comparação entre Habermas e Günther. O segundo não perfaz um trabalho perfeitamente alinhavado com o do primeiro. A diferença mais importante, de longe, é a não abdicação da razão prática, que em Habermas, como é sabido, é substituída pela razão comunicativa<sup>3</sup>.

2 O presente trecho baseia-se, principalmente, no livro: GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy Editora, 2004, tradução do original *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1988. Diz-se *polêmica* porque a cisão discursiva é a fundamentação (des)estruturante da teoria moral de Klaus Günther. Seu pressuposto é sua principal chaga. Para tanto remete-se o leitor à 4ª edição do *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. São Paulo, Saraiva: 2011.

3 Referindo-se ao livro *Taking rights seriously*, de Ronald Dworkin, Günther esclarece: “O senso para a equidade não só se revela em seguir princípios corretos, mas também em aplicá-los de forma imparcial, considerando-se todas as circunstâncias especiais. Nesse sentido, a tese deste livro é a de que não é possível abdicar da razão prática.” Mas seu projeto não pretende se inserir em um paradigma naufragante da filosofia da consciência (sem antecipar conclusões, cabe o alerta de que o esquema sujeito-objeto não foi suficientemente combatido pelo professor alemão), só por fazer uma opção expressa pela razão prática, pois “para uma teoria da sociedade, isso [a validade universal da normas morais] significa que a coordenação de ações se dá, no mínimo, também na base de uma anuência das partes a respeito das razões da atuação, e que ela, por isto, não pode ser descrita exclusivamente a partir de uma perspectiva externa. Assim, exclui-se a possibilidade de se descrever a coordenação de ações a partir da perspectiva de indivíduos isolados, bem como a de se reduzir o tema da coordenação de ações à escolha de meios compatíveis, para fins de opção subjetiva. Igualmente parece equivocada a tentativa de se considerar uma ordem sociológica tão somente como produto de processos sistêmicos.”

A toda evidência, tal circunstância gera profundas diferenciações. Desse modo, se Habermas substitui a razão prática eivada de solipsismo para superar o problema do uso da razão nos moldes de uma relação sujeito-objeto, Günther continua apostando na razão prática. Isso modifica o modo como cada autor trata da relação entre direito e moral. Para Günther, a universalidade dos conteúdos morais garante a normatividade necessária para fundamentar as normas de conduta. Por outro lado, o direito garante a coercibilidade necessária para concretizar essas mesmas normas de conduta.

Já Habermas aborda a questão de forma diferenciada: o direito e a moral são co-origenários, o que não implica normatividade nem concretude de um pelo outro. Há uma especificação funcional, mas não a formação de um com base no outro.

Afora esta, entre outras diferenças, tem-se que os fundamentos da aplicabilidade dos discursos, notadamente da separação de momentos interpretativos-aplicativos, se mantêm, o que particularmente passa a ser destacado.

Por outro lado, assim como em Habermas, a cisão discursiva surge como pretensão de deslocar o *fazer jurídico* para fora do paradigma da filosofia da consciência. Para Günther, existe um hiato entre a norma fundamentada no *a priori* moral universal e a consideração do fato da vida, que convida a normatividade a exercer sua função integradora. Seja por inexistir um elo automático ou uma norma para cada fato, a validade abstrata precisa de um manejo devido para encaixar-se na facticidade correspondente.

É assim que surge a cisão discursiva. Nas palavras de Klaus Günther, separar os discursos é uma medida *necessária*, pois

A opção por uma perspectiva interna, que vise à reconstrução de fundamentações intersubjetivas de ações e as respectivas condições, deverá, na argumentação seguinte, ser ampliada pela suposição de que razões de ações contêm não apenas uma dimensão de validade, mas também uma dimensão de aplicação. Se as razões para a coordenação de ações forem relevantes, não basta, como alegação, a indicação da situação, tampouco a indicação de uma norma, cada uma tomada por si mesma. No primeiro caso, a ação seria explicada como simples reação de adaptação a uma situação, enquanto que as razões para a aplicação de uma norma seriam uma questão de mera retórica, no sentido pejorativo. No segundo caso, o argumento de que, na base da ação, repousaria uma norma passível de fundamentação não basta, porque não há norma que consiga regular todos os casos da sua aplicação. (...) Vista de uma perspectiva interna, a aplicação de normas aparece, por sua vez, como um processo cognitivo em que as razões desempenham igualmente um papel importante, mas são diferentes daquelas que se podem alegar para a validade de uma norma.<sup>4</sup>

Para exemplificar, Günther utiliza o conhecido exemplo kantiano do aluno inocente que, perseguido por injustos, é delatado pelo professor. Quem delata leva em conta apenas o aspecto de falar a verdade, e silencia diante dos demais aspectos relevantes da situação, tais como a inocência do fugitivo, ou a injustiça dos perseguidores. E este *delatar* não pode ser considerado como algo fundamentado em falsidades, pois o mandamento moral de *não mentir* é universal. Nem os outros aspectos (a inocência e a injustiça da perseguição) são inverídicos.

Então a questão central passa a ser a escolha do aspecto mais relevante. Por isso, Günther alega que "ao deixarmos ao acaso o ato de escolha das características relevantes em uma dada situação, tanto a ação como a reação correm o risco de serem avaliadas inadequadamente."<sup>5</sup>

A simplicidade do problema acima relatado coloca-se diante da complexidade das questões cotidianas, em que a aferição veritativa não se dá, precisa ser perquirida, e ainda quando erigida em bases fáticas, depende de avaliações, suposições, que admitem um juízo moral a corrigir o direito. Isso será tratado oportunamente.

Retornando ao raciocínio do autor, para cindir fundamentação moral de aplicação concreta, é necessário adentrar no ofício de julgar, e a partir dele entender a colagem aristotélica das dimensões da justificação e da aplicação. Segundo Günther,

---

(GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*: justificação e aplicação. Tradução de Claudio Molz. Introdução à edição brasileira de Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004, pp. 19-21).

4 GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*: justificação e aplicação, p. 21.

5 GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*: justificação e aplicação, p. 23.

(...) o conceito de prudência, no contexto aristotélico (sob a designação de *phrónesis*), desprende-se do campo semântico que ainda abrangia. Com a autonomia da política, o conceito de prudência tornou-se uma categoria do campo da política, desprovida, inicialmente, de juridicidade e, posteriormente, de moralidade.<sup>6</sup>

Desta forma, a prudência na seleção do que é bom ou justo cai diante da impossibilidade de se encontrar um modo de vida comum o suficiente para universalizar os conteúdos prescritivos de uma moral particular. Os conflitos entre estes modos implicam uma queda de confiabilidade na antes firme *phrónesis*.

E o (ato de) julgar não recebeu trato melhor pelas heranças filosóficas desde Aristóteles até Kant. Em vez de perquirir a ação de julgar, as versões filosóficas pretenderam fundamentar as opções morais, de forma a corrigir os enunciados a partir de uma perspectiva universalizante. “É unicamente da provável universalização da norma ou da máxima que decorre a possibilidade de seu cumprimento”. Por isso Günther vai dizer que:

Nestes casos, uma ética universalista assume o aspecto de um rigorismo abstrato, cego para os fatos e obstinado, que rapidamente posto a serviços de intenções imorais. Este perigo sempre surge quando a universalização do princípio moral é utilizada como uma máxima concreta de atuação – que, muito provavelmente, sempre haverá de ser objeto único ao se proceder à universalização. Nesse sentido, é bem verdade que Kant exige que o princípio moral do imperativo categórico deva ser aplicado às minhas máximas de ação, de tal forma que eu as considere como uma lei natural. Simultaneamente, no entanto, Kant sugere a suspeita de que a própria máxima de ação, ainda que esteja assim fundamentada, possa ser aplicada a cada caso isolado como uma lei natural. Confundir a faculdade prática pura de julgar com a faculdade prática de julgar (...) tem por consequência que a norma, *passível de ser generalizada*, seja aplicada dessa maneira sem o exame da situação.<sup>7</sup>

Assim, comprovar a universalização da norma moral não torna o julgamento “blindado” contra decisões incoerentes. Retornando ao exemplo kantiano comentado por Günther, *não mentir é* tão universalizável quanto *não entregar inocentes à morte*. Em outros termos: a medição da coerência da aplicação não se dá em bases morais. O princípio moral não oferece a garantia que dele espera-se, embora isso não signifique, *ipso facto*, sua completa inutilidade. Esse é o ponto fundamental da tese de Günther.

Com Habermas, Günther acredita que, sem o selo eclesiástico-metafísico, a contemporaneidade desenha ambientes cada vez mais difíceis de produzir um consenso acerca do que e como os sujeitos se entendem. Isso inviabiliza a construção duradoura de um ideal de vida boa. Sem um ideal-guia, as universalizações ficam cada vez mais escassas. Para resolver tal questão, ou racionaliza-se a questão a partir da ação moral, ou abandona-se a moral de vez<sup>8</sup>.

O que permitirá que a aplicação e a justificação apartem-se, segundo Günther, é uma ética fundamentada na regra moral geral, solitária na consideração das exceções de regras morais universalizadas, sem o risco de desmenti-las. Neste rumo, o próximo ponto é localizar e expor o princípio moral “U”, como possibilidade de pensar fundamentação e aplicação cindidas.

## 2. FUNDAMENTAÇÃO, APLICAÇÃO E AS VERSÕES DO PRINCÍPIO MORAL “U”: DE COMO CONFIAR NA “IMPARCIALIDADE APLICATIVA” EQUIVALE A APOSTAR NA METAFÍSICA

Compreender uma norma moral como universal<sup>9</sup> implica algumas questões nucleares.

6 GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*, p. 26.

7 GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*, p. 27. É verdade também que Klaus Günther ameniza a crítica, quando aduz que Kant deixa de pensar na moralidade aplicada, confundindo a natureza do princípio moral como algo dado pela simples universalização (anuência da coletividade), por conta de uma separação (metafísica) entre mundo da razão (onde a moral tem sentido) e mundo empírico (onde se nega a moral).

8 Segundo leitura de Günther, Luhmann optou pela segunda alternativa. Invertendo a lógica, a teoria sistêmica parte da contingência e da complexidade para desenhar os sistemas viabilizadores das normas. Então não se trata de como se dá a ação, mas sim de como se observa o sistema, como ele se reproduz. Depurando a prudência aristotélica em relações estruturadas na diferença, o tempo assume um papel de controlador da complexidade e da contingência, expulsando a moral dessa relação. A aplicação sofre desse mal: ou pende sozinha para contextos contingentes, afastando-se da justificação calcada em pressupostos morais; ou mistura-se com esta, perdendo a capacidade de considerar as características imanescentes à facticidade.

9 “Conforme demonstrado por R. M. Hare, há dois níveis distintos com os quais se pode operar quando

Primeiramente, é imperioso destacar que a norma moral universalizável independe da abrangência semântica dos seus termos. Ou seja, não é a amplitude gramatical de seus termos que lhe garantirá, ou não, a universalidade. Aqui se fala da norma moral hipotética, ou seja, pensada ainda em situações meramente exemplificativas para possibilitar a verificação da universalidade.

Desdobrando esse “teste de universalidade”, Günther sustenta que a norma moral será fundamentada se prontamente o agente a seguisse, a recomendasse e, colocando-se no lugar de terceiro, ainda assim, a cumprisse. A norma moral singular não passaria neste teste. Por isso, a norma moral fundamentada no teste da universalidade será prescritiva: ela impõe um predicado a todas as situações albergadas pelo seu conteúdo semântico.

Em segundo lugar, a adoção da prescritividade de uma norma moral universal dependerá do sujeito. Não é este o significado da expressão “universal”. A universalidade (ou a fundamentação) advém do teste de adesão que cada sujeito faz em relação às máximas disponíveis. Esse teste de adesão mede-se pelo acolhimento do núcleo moral independentemente da posição que o sujeito ocupe (no que se aproxima da “posição original” de John Rawls). Isso faz com que a adoção de uma norma moral nada diga sobre a fundamentação desta mesma norma moral.

Com base nestas duas premissas, pode-se concluir que, em uma situação concreta, quem universaliza seu modo de agir em consideração à situação dos demais atingidos necessariamente deverá levar em conta os demais caracteres peculiares da própria situação. Significa dizer que, por mais que haja duas ou mais normas morais fundamentadas – seja pela sua universalidade, ou ainda pela adoção de um entendimento acerca daquilo, como em Habermas – aptas a serem aplicadas a um caso concreto, nenhuma análise delas garante um uso adequado, quando ela deixa de ser hipótese e torna-se ação<sup>10</sup>. É desta forma que, para Günther, a teoria moral de Hare mistura fundamentação e aplicação.

Com o intuito de expor, como diríamos, a *validade* de um enunciado normativo, temos de refletir sobre o tipo de consequências que resultariam da sua aplicação a determinados fatos e se estamos dispostos a aceitar tais consequências. Os fatos com os quais, no contexto dessas reflexões, relacionamos uma proposta normativa podem, por isso, ser apenas hipotéticos.<sup>11</sup>

Ser *apenas* hipotéticos diz que podem ser infundamentados, desprovidos de um discurso anterior, que o garanta como apto a ser pensado em termos de aplicação. Perceba-se que quem leva em consideração uma plêiade de caracteres situacionais, justamente em um momento de universalizar seu modo de agir, está indo além da norma moral como hipótese: pelo contrário, coloca-a como ação concreta. Vai além do que o princípio moral potencial coloca.

Daí porque Günther faz o alerta de que “se o próprio procedimento de universalização nos impõe considerarmos mais estritamente a situação de aplicação, deixando, nesse sentido, de ser ‘operacionalmente neutra’”, então necessariamente se teria que “interferir de maneira modificadora

---

há a análise da generalidade de uma norma: em um deles distinguimos entre normas gerais e específicas e, no outro, entre universais e singulares. (...) Em graus distintos, o conteúdo semântico de uma norma pode ser ou não específico a uma situação, dependendo de quão detalhada for a forma em que os possíveis sinais característicos da situação foram descritos, por meio de termos utilizados na norma. A distinção entre uma norma geral e uma específica é, portanto, apenas de grau. (...) Apenas entre normas universais e singulares existe uma contradição no sentido excludente.” (GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*: justificação e aplicação, p. 41).

10 “Já em virtude destas distinções lógicas, fica claro que a opção por uma determinada norma moral nada decide a respeito de sua fundamentabilidade. Só o saberemos quando submetermos a norma escolhida a um procedimento de teste que, para Hare, consiste em examinar se aceitaríamos esta mesma norma também em outras situações. Tampouco faz parte desse procedimento de teste a especificidade do conteúdo semântico, uma vez que a lógica da expressão ‘deveria’ apenas nos vincula à exigência de formular a hipótese normativa em termos universais e, prescritivamente, considerá-la motivacionalmente obrigatória para mim e para quem se relacione comigo. Isso é uma condição necessária para, *per se*, conseguir ingressar em um procedimento de fundamentação, por meio do qual a norma é aplicada hipoteticamente a diversas situações. Cada norma que submetermos ao teste de universalização terá aquele conteúdo semântico específico que lhe tínhamos dado ao optarmos por ela originariamente.” (GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*: justificação e aplicação, p. 43).

11 GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*: justificação e aplicação, p. 46.

no conteúdo semântico de uma norma<sup>12</sup>, o que conduz a um problema paradoxal. Se a situação original se altera, então a norma moral hipotética perde sua pureza. O teste precisa ser refeito. Confundida está a fundamentação e a aplicação<sup>13</sup>.

Então, volta-se ao princípio: a situação concreta será genuinamente mais rica que a situação hipotética. Assim, a norma moral ainda hipotética não se apercebe das riquezas de detalhes da aplicação. Para definir os limites de cada situação, de fundamentação e de aplicação, Günther elucida:

A seleção de fatos relevantes é determinada exclusivamente pela finalidade de se examinar a virtual universalização da norma. Nesse âmbito, não cabem reflexões, tais como se a norma proposta seria realmente a correta ou a adequada, *nesta situação*; se foram consideradas todas as características da situação, acaso não deveria ter sido preferida uma outra norma, ou se, nessa situação, a proposta original de norma deveria ser codificada. (...) Se chegarmos à conclusão de que a norma está fundamentada porque podemos aceitá-la também em situações semelhantes, e se ocuparmos o lugar do implicado, esta avaliação só terá validade dentro do alcance que o conteúdo semântico desta norma atingir. O conteúdo semântico é pressuposto da fundamentação.<sup>14</sup>

Portanto a configuração da fundamentação tem limites no alcance semântico da norma moral, que importa na consideração de uma situação hipotética (uma norma moral pura). A cada degrau avançado em termos de concretização fática deixa-se a fundamentação e inicia-se a aplicação.

Resta saber se essa pureza moral coaduna-se com o princípio moral "U", como trabalhado por Habermas. Günther inicia alertando para a dificuldade de assumir a alteridade exigida pelo teste de universalidade. Seja pela complexidade das situações concretas, seja pela incompletude do abandono da própria perspectiva. Tudo isso coloca em risco a imparcialidade do sistema de aferição da universalidade das normas morais<sup>15</sup>.

Com efeito, o teste de universalidade proposto por Hare possui uma natureza monológica. Um sujeito analisa a norma, colocando-se como os demais atingidos, a fim de averiguar a abrangência efetiva, bem como os efeitos colaterais da mesma. Em Habermas, a partir da ética do discurso, o teste de universalidade dá-se coletivamente: "a única diferença em relação à versão de Hare consiste em que já não seria apenas um que aplicaria a norma a todas as situações comparáveis, mas todos o fariam em conjunto."<sup>16</sup>

Se a diferença não é substancial, então poderia-se presumir que a confusão entre fundamentação e aplicação de Hare repercute em Habermas. Para testar a questão, Günther utiliza o esquema de argumentação de Toulmin, no qual, a partir dos dados relevantes (D), pratica-se uma ação carente de justificativa (C), sendo a norma (W) aquela que regula a ação. O esquema, então, é D-W-C<sup>17</sup>. Uma argumentação prática parte dos dados D, para indicar uma norma W, que permite C.

Segundo aponta Günther, Toulmin inicia a argumentação por D. Ou seja, com base nos dados D, pratica-se a ação C. "Ao alegar D como motivo para C, implicitamente fizemos a opção por uma regra conclusiva W, que recomenda, ordena ou permite C, caso D esteja pressuposto."<sup>18</sup> Assim W esconde-se na observação que se faz sobre os dados D. E a seleção das características de D

12 GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*: justificação e aplicação, p. 43.

13 "Hare parece não distinguir entre fundamentação e aplicação de uma norma ao relacionar, de antemão, a fundamentação de uma norma ao caso presente e aos fatos externos e internos, às circunstâncias especiais e às consequências e aos efeitos colaterais. Ao contrário, é como se, em um situação de aplicação, a fundamentação de uma norma fosse orientada para comprovar que esta norma é aplicável segundo as circunstâncias especiais do caso." (GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*: justificação e aplicação, pp. 45-46).

14 GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*: justificação e aplicação, p. 47.

15 Três abordagens, sobre esta mesma temática, são analisadas por Robert Alexy. A de Hare, Habermas e Baier. Para tanto, ver: ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Hilda Hutchinson Schild Silva. Revisão e introdução de Claudia Toledo. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2005, pp. 203-204.

16 GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*: justificação e aplicação, p. 50.

17 A descrição do sistema de Toulmin é breve, já que maiores aprofundamentos seriam desnecessários. O próprio Günther faz uso pontual, apenas como recurso argumentativo para comprovar como a Ética do Discurso se comporta perante o problema da fundamentação e da aplicação. Para ciência do esquema, ver: GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*: justificação e aplicação, p. 52.

18 GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*: justificação e aplicação, p. 53.

relevantes para tornar a norma W aplicável e mais, corretamente aplicável, continua sendo um problema de aplicação.

Seguindo, Günther aponta Toulmin como aquele que descreve o *backing* da norma W, ou seja, a aplicação do princípio "U" na norma moral que justifica a ação C, a partir de D. Assim se conectam a norma geral W e os interesses de todos os implicados, que anuem com sua normatividade. Os efeitos de sua aplicação são antecipados pelos sujeitos, que mediante o teste de seus interesses, avaliam a pertinência e a fundamentação da norma moral, em situações passíveis de acontecer. E cabe o alerta de que os interesses são baseados em interpretações e tradições que podem mudar com o tempo.

Assim, as duas análises realizadas acima servem para demonstrar, seja por Hare, seja por Habermas/Toulmin, que todas as fundamentações de normas morais precisam considerar algumas possíveis hipóteses de aplicação. Mas somente algumas. Ao cabo, fica a necessidade de saber se o princípio "U" precisa de complementação de discursos de aplicação, ou não.

Para Günther, o princípio "U" tem duas decorrências naturais: a necessidade de averiguação ampla, por todos os atingidos, acerca de seu conteúdo, a fim de evitar universalizações subjetivas no prejuízo de alguns; e a consideração da aplicação de uma norma moral dada em todas as situações passíveis de ser por ela regrada (o limite, para Hare, é semântico)<sup>19</sup>. Pode-se dizer que há uma dimensão subjetiva (a primeira) e outra objetiva (a segunda).

Neste passo, a amplitude de situações aptas a serem regradas pela mesma norma é que permite falar-se em "direito à validade de uma norma". Nisso surge outro elemento que é considerado quando da aplicação de uma norma moral geral em situações concretas: as "consequências e os efeitos colaterais". A partir de caracteres situacionais, é possível averiguar que tipos de consequências serão extraídas da aplicação da norma geral. A aplicação, uma vez feita, gerará efeitos colaterais (ou não principais), de forma a alterar a essencialidade da aplicação. Com base nisso, conclui: a análise de consequências e efeitos colaterais exige uma situação concreta, rica em caracteres, cuja medida só se faz perante os outros, concretamente deduzidos como diferentes do agente<sup>20</sup>. Isso é algo que não pode ser feito hipoteticamente.

O núcleo da separação dos discursos de aplicação parece residir, então, neste problema hipotético-concreto. Assumindo uma posição hipotética (momentânea), Günther formula seu conceito de princípio moral "U" em uma *versão forte*:

Uma norma é válida e, em qualquer hipótese, adequada, se em cada situação especial as consequências e os efeitos colaterais da observância geral desta norma puderem ser aceitos por todos, e considerados os interesses de cada um individualmente.<sup>21</sup>

Com tal assunção de papel, Günther demonstra que o princípio moral "U" que alberga os conceitos de validez e adequação de forma congregada, legitima as normas por conta de sua aceitabilidade

19 GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*, pp. 59-60. Especificamente sobre a dimensão subjetiva, descreve Günther: "Consequentemente, chegou o momento de se esclarecer o que se deve entender por aplicação geral de uma norma em todas as situações. Novamente começarei pela possibilidade mais simples. Sob a expressão 'aplicação geral de uma norma' são suprasumidas todas as situações nas quais a norma é *aplicável*. Por conseguinte, os afetados precisam imaginar as circunstâncias nas quais são dadas todas as características pressupostas pelo conteúdo da norma. (...) Com todas essas características situacionais, às quais se refere o significado dos termos universais utilizados na norma, formar-se-á a quantidade daquelas situações em que a norma poderá ser aplicada." (GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*, pp. 60-61).

20 "A essência propriamente dita do princípio da universalização potencial como princípio moral pós-metafísico é que importam os interesses de cada um, individualmente. Em lugar de fazer com que validade de uma norma dependa de critérios isentos de interesses, fixados em uma generalidade supra-subjetiva e definida especificamente de um modo qualquer, pretende-se considerar tão-somente os interesses daquela pessoa que for afetada pela norma. A partir da multiplicidade de diversos interesses, eventualmente conflitantes entre si, acometidos pelas consequências de uma norma carecedora de justificativa, será necessário que *primeiro seja constituído* um interesse comum. (...) Em virtude desta condição, não é possível aplicar "U" de forma monológica, mas apenas em discursos práticos nos quais cada participante tem o mesmo direito de expor as suas necessidades." (GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*, pp. 62-63).

21 GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*, p. 65.

subjetiva geral, mas, principalmente, faz da norma um conteúdo tão generalizável que a inutiliza, ao ponto de ser aplicável a qualquer situação, sendo sempre adequada (o que atende o limite semântico e a regra da imparcialidade)<sup>22</sup>. Aqui surge a falibilidade de sua fórmula, que se trabalhará adiante: Günther defende que só a capacidade de prever todas as hipóteses de aplicação de uma norma é que selaria a fusão entre fundamentação e aplicação, pois em cada hipótese fundamentada estaria-se desenhando, automaticamente, uma situação de aplicação.

Voltando ao outro lado da questão, tem-se que a limitação avizinha-se da perspectiva subjetiva de "U". O núcleo, então, será ocupado por experiências e saberes dos sujeitos num determinado espaço-tempo. Por isso, com Habermas, Günther atenta para o fato de que a limitação hipotética do princípio "U" é a previsibilidade humana. "Só serão consideradas aquelas consequências e aqueles efeitos colaterais que *previsivelmente* resultarem da observância geral da norma."<sup>23</sup> Esse será o limitador hipotético, com repercussões na aferição subjetiva da validade da fundamentação, pois só os interesses dos sujeitos *previsivelmente* afetados pela norma geral precisarão ser medidos, sopesados.

Com base nestas considerações, Günther lança a outra faceta, a *versão fraca* de "U": "uma norma é válida se as consequências e os efeitos colaterais de sua observância puderem ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, conforme o interesse de cada um individualmente."<sup>24</sup>

Esta versão nitidamente desiste de algumas pretensões: a começar pela intenção de delimitar as características situacionais relevantes; passando pelo dever de imparcialidade aplicativa, próprio de quem utiliza a norma adequada; e terminando na abrangência limitada do questionamento que se contenta ao saber "se, *como regra*, a norma está dentro dos nossos interesses comuns."<sup>25</sup>

E ao desistir destas pretensões, enuncia a separação discursiva entre os discursos de fundamentação<sup>26</sup> e os discursos de aplicação<sup>27</sup>. Desistência que implica a adoção da versão forte de "U" para ser utilizada no interior de uma única situação. Em vez de prever todas as possibilidades de aplicação de uma norma moral geral, passa-se a considerar todas as circunstâncias situacionais de um caso particular, a fim de decidir qual a norma moral geral deve ser observada.

A imparcialidade, defenestrada da aplicabilidade renunciada pela versão fraca de "U", é recuperada em dois momentos: na verificação de validade da norma dentro de padrões presumidos, que diz da imparcialidade em um sentido "universal-recíproco" (ou hipotético), assim como na consideração de todas as características de uma situação peculiar-específica-delimitada, que diz de uma imparcialidade em um sentido aplicativo (ou concreto).

A primeira extrai-se de quem decide com base em argumentos públicos. O embasamento de uma postura fundada em leis, por exemplo, efetua um enlace, que diz da imparcialidade do sujeito, que utiliza padrões publicamente aceitos (ou democraticamente construídos). Já a segunda funda-se

22 "No entanto, ao deduzirmos a versão forte de 'U', de novo operamos com uma condição idealizante (...), uma condição em que conseguiremos *prever* todas as situações nas quais a norma for aplicável. Somente se o nosso saber abrangesse todos os casos de aplicação de uma norma é que fariamos coincidir o juízo sobre a validade da norma com o juízo sobre a adequação. Mas obviamente nunca disporemos de tal saber." (GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*: justificação e aplicação, p. 65).

23 GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*: justificação e aplicação, p. 66.

24 GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*: justificação e aplicação, p. 66.

25 GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*: justificação e aplicação, p. 69.

26 "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 com uma regra." (GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*: justificação e aplicação, p. 70).

27 "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 deveríamos adotar, 'como se estivéssemos naquela situação', a pretensão da norma de ser observada por todos em toda situação (isto é, como uma 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 para a adequação em relação a todas as características de uma única situação." (GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*: justificação e aplicação, p. 70).

na confiança da consciência do sujeito, que deverá elencar os fatores importantes do caso concreto específico, e com base neles selecionar as normativas (previamente delimitadas) pelos discursos de fundamentação, evidentemente imparciais, desde a origem.

Ocorre que a imparcialidade assume uma repriminção da regra moral, pois exige, com base em caracteres da situação concreta, que o sujeito efetue ponderações acerca daqueles que entenda serem mais importantes. Assim fica uma aposta velada na moral corretiva, de cariz metafísico.

As exposições acima auxiliam a compreensão da forma como Günther coloca sua cisão discursiva, linha seguida por Habermas. A questão, a partir desta etapa, passa a ser como ficam estes apontamentos após uma observação de natureza hermenêutica. Estes serão pontos abordados a seguir, já em nível conclusivo.

### 3. A FALIBILIDADE DA "FÓRMULA GÜNTHER" ADOTADA PELA TEORIA DO DISCURSO HABERMASIANA: UMA CRÍTICA A PARTIR DA HERMENÊUTICA

De tudo que foi dito acima, podemos analisar a questão, agora, já aproximando a tese de Günther daquela defendida por Habermas, uma vez que a posição deste último repercutiu com mais força no âmbito do direito, mormente em setores do pensamento jurídico brasileiro<sup>28</sup>.

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

Essa visão "distorcida" sobre a hermenêutica talvez seja a (ou uma das) fonte(s) do conflito e o que faz com que ele se preocupe tanto com a diferença, ignorando o consenso que se constrói no mundo da vida (que ele próprio admite, principalmente na Teoria da Ação Comunicativa) e que seria o pano de fundo (de certo modo não teorizado) para a ação comunicativa. Também é possível depreender essa posição a partir da discussão que Habermas faz acerca do "uso pragmático, ético e moral da razão prática"<sup>29</sup>.

Isso decorre, naturalmente, da posição procedimentalista assumida não só por Habermas, como também por Günther. Aparentemente, Günther resgataria a razão prática não presente (substituída) na teoria discursiva habermasiana (embora, à evidência, Habermas rejeite tal crítica). Entretanto só aparentemente Günther assume a razão prática. De todo modo, o lugar em que Günther coloca a razão prática não o afasta tanto assim de Habermas.

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

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

A tese de Günther sobre a aplicação (discursos de aplicação) incorre em uma tautologia. Com efeito, segundo ele – no que é apoiado por Habermas<sup>30</sup> –, no processo de aplicação desdobra-se a convicção hermenêutica de que a norma adequada concretiza-se à luz das características da situa-

28 Dentre os diversos autores nacionais que trabalha(ra)m a obra de Jürgen Habermas, destacam-se os professores Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Luiz Moreira, Rosemiro Pereira Leal, Dierle José Coelho Nunes, Álvaro Ricardo de Souza Cruz, entre outros.

29 HABERMAS, Jürgen. *Aclaraciones a la ética del discurso*. Madrid: Trotta, 2000, pp. 109 e segs.

30 HABERMAS, Jürgen. *Aclaraciones a la ética del discurso*, pp. 109 e segs.

ção, enquanto que a situação descreve-se à luz das determinações prefixadas pela norma. Daí a pergunta: se o sentido da norma dá-se no caso concreto, como é possível, a partir da distinção entre discursos de fundamentação e aplicação, que o caso concreto se defina a partir da norma prefixada no discurso de fundamentação? Trata-se, pois, de um raciocínio circular.

Em outros termos, o “princípio da adequabilidade” *“resolveria” o problema da impossibilidade de as normas não poderem prever todas as hipóteses de aplicação*, “somente se o nosso saber abrangesse todos os casos de aplicação de uma norma é que faríamos coincidir o juízo sobre a validade da norma com o juízo sobre a adequação. Mas, obviamente, nunca disporemos de tal saber”<sup>31</sup>.

Ora, vários problemas que aqui se apresentam apontam para a insuficiência da tese de Günther, endossada por Habermas. O fato das leis somente ganharem normatividade nas “situações concretas” (se assim não fosse, diz Günther, teríamos uma “norma perfeita”) não decorre da impossibilidade de as leis não abarcarem todas as situações. Explicando melhor: segundo as teses dos dois jusfilósofos alemães, o juízo sobre a validade é juízo sobre a fundamentação da norma, que é universal e comandado pelo princípio U. Entretanto esse juízo sobre a fundamentação jamais coincidirá com o juízo sobre a adequação (*Angemessenheit*), não em face da impossibilidade de uma norma abarcar todas as hipóteses de aplicação, como quer Günther, mas, sim, porque o juízo sobre a validade da norma sempre é um juízo antecipador, que se sabe limitado historicamente. Afinal, porque estamos limitados pela história efetual é que não possuímos o juízo completo sobre a norma, e não por causa da impossibilidade de uma norma “abarcar todas as suas hipóteses de aplicação”, como sustenta, equivocadamente, Günther.

Dizendo de outro modo: para Günther, se nosso saber abrangesse todos os casos de aplicação, então a validade coincidiria com a adequação. Seria a norma perfeita, com a qual a objetividade conteria as hipóteses aplicativas. Em síntese, o texto conteria a norma, ou melhor, conteria todas as normas (hipóteses de aplicação) possíveis. Mas, convenhamos, isso nunca vai acontecer, circunstância da qual é impossível discordar. O problema é que, em face dessa impossibilidade – e disso não se dão conta Habermas, Günther e nem seus seguidores –, torna-se inútil trabalhar com a própria impossibilidade de a validade coincidir com a ideia de adequação. Ou seja, já que o primeiro não se dá, o segundo também não pode acontecer. Daí a pergunta: por que então trabalhar hipoteticamente com uma abrangência que jamais pode acontecer?

Assim, pensamos que a “fórmula Günther” deve ser invertida: não é porque não abrangemos todos os casos de aplicação de uma norma que se torna impossível fazer coincidir juízos de validade com os juízos de adequação, mas, sim, o fato de nunca podermos fazer coincidir os juízos sobre a validade com os juízos de adequação é que nos impede de abranger todos os casos de aplicação. Günther contenta-se com o menos, isto é, porque não conseguimos abranger todos os casos de aplicação, então não conseguimos fazer coincidir validade e adequação.<sup>32</sup>

Desse modo, Günther faz depender “validade e adequação” de uma impossibilidade objetiva de somar todos os elementos de adequação em um único saber, que é o projeto de todo pensamento lógico-dedutivo, isto é, ter o esquema pronto sobre o qual se subsumem todos os elementos da aplicação constantemente. Se isso fosse conseguido, poderia ser suprimida a diferença entre a validade e a adequação da norma, desde que houvesse essa coincidência objetiva da aplicação. Aliás, para corroborar, vale lembrar que é o próprio Günther<sup>33</sup> quem diz que sua teoria à argumentação pretende completar a Teoria da Justificação Dedutiva (lógica).

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

31 Reiterando os conteúdos da nota 24, acima: GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*, p. 65.

32 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 125-132.

33 GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness*. New York: State University of New York, 1993.

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

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

Fazer coincidir validade e faticidade faria com que pudéssemos eliminar a ideia de historicidade, porque faríamos coincidir o elemento da validade da norma, que está submetido à *Wirkungsgeschichtliches Bewußtsein*. O juízo de adequação é um juízo singular, que se dá discursivamente, enquanto o juízo de validade dá-se num todo pré-compreensivo, antecipador. Por essa razão é que a cisão é incompatível com uma compreensão que se pretenda inserida no modo prático de ser no mundo.

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

Numa palavra final: não há como negar que Günther e Habermas fazem uma distinção estrutural entre discursos de fundamentação/justificação e os discursos de aplicação. *Begründung* (d'onde a palavra *Begründungsdiskurs*) vem de *begründen*, que significa "dar as suas razões", "motivar", "fundamentar". Dão-se as razões acerca de algo (parece impossível "dar razões" sobre abstrações). Tais "razões" existem para serem "empregadas", isto é, "aplicadas" (*Anwendung* que dizer "empregar algo", "aplicar", d'onde a palavra *Anwendungsdiskurs*). Aplicação vem, então, de "emprego", o que significa dizer que "emprega-se o que já está feito". Veja-se, assim, o paradoxo: se não podemos eliminar a pré-compreensão (*Vorverständnis*), como é possível "empregar/aplicar" as "razões/motivações" que foram feitas antes da motivação do próprio ato de aplicar? Como é possível estabelecer fundamentações sem que se tenha ainda aquilo que é a condição de possibilidade dessa fundamentação? É possível gerar matéria a partir da forma? Arrazoa-se (dão-se as razões) sobre o quê? Não é a aplicação (o emprego de algo) que deveria gerar a respectiva motivação (arrazoar)? Por isso, os dois "discursos" propalados por Günther e Habermas constituem uma contradição, porque um tem a função de empregar/aplicar as razões que já estão dadas antecipadamente pelo outro. E isso constitui um dualismo, que elimina o círculo hermenêutico, que se sustenta exatamente na pré-compreensão (antecipação de sentido que se sustenta na tríade *Vorhabe, Vorsicht, Vorgriff*)<sup>34</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Expostas as colocações guntherianas e contrapostas diante do filtro hermenêutico, fica muito nítido avaliar a pertinência dos projetos. A pretensão de Gunther esbarra na incapacidade de desvencilhar-se adequadamente dos mecanismos procedimental-dualísticos. A hermenêutica filosófica, neste ponto, oferece importantes luzes sobre a questão que vão desde já resumidas.

(1) A inserção da razão prática, ou talvez o seu não abandono declarado por Klaus Günther, em verdade, não faz escapar a facticidade da vida do esquema procedimental-formal, de cunho não material. O mundo prático, como "pano de fundo não teorizado", nada tem a ver com o modo prático de ser no mundo. Isso tudo desemboca na alienação da facticidade. Isolar o caso concreto é algo impossível, desde o giro ontológico-linguístico. Isto porque, se todo ser só é ser-no-mundo, e se o ser-no-mundo não é simplesmente a existência, mas, também, a compreensão deste ser em relação ao mundo, então as ocasiões, os fenômenos não podem, sob hipótese alguma, "sair do mundo". Ou

34 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, p. 132.

seja, essa aposta na imparcialidade jogada ao discurso de aplicação, que é capaz de erigir o que é importante em termos de caracteres, consequências e efeitos colaterais em cada situação concreta, nada tem a ver com a facticidade do ser-no-mundo. O modo prático de ser no mundo coloca o sujeito não só no mundo, mas na linha do tempo, o que faz com que sua compreensão seja eivada de uma pré-compreensão, e esta é impossível de ser manipulada. A “imparcialidade” guntheriana, paradoxalmente, acaba sendo uma aposta dura e seca na consciência do aplicador. Neste sentido ele não se aparta das teorias argumentativas, que apostam no papel corretivo da moral.

(II) Günther mantém a aposta em uma condição ideal de argumentação, ou seja, uma construção de validade pelo respeito às regras da universalidade. Tal qual Habermas, Günther pressupõe um preenchimento de requisitos para que o fundamento dê fundamento. É como se validade decorresse desta garantia (não garantida, por ser procedimental) de que certos contextos permitiriam um “recorte” da situação hipotética (como se norma moral pudesse ser pensada alheia a qualquer caso) e então se aplicasse a norma, completamente fora de um contingencial histórico. Essa opção resvala em uma aposta metafísica, que ainda crê na construção de sentidos pelos sujeitos, como se o sentido fosse manejável ou estivesse à disposição (*Ge-stell*) do intérprete-sujeito. Ignora, desse modo, as conquistas da filosofia da linguagem, no que tange à formação de sentido no caso concreto.

(III) Outro ponto que denota a aposta, mesmo que velada, na filosofia da consciência, é a busca de uma fundamentação prévia como condição de legitimidade do discurso posterior, de aplicação. Existe uma confiança na fundamentação da norma pela sua capacidade de universalização e sua adequação ao princípio “U”. Isso é, em verdade, uma incapacidade de compreender que uma busca por fundamentação (no sentido de validade) não se faz mediante aceitação interpessoal, pois ela é anterior, numa antecipação de sentido limitada pela historicidade. O paradoxo, portanto, é incontornável: não é a impossibilidade de prever todas as situações reais – e normatizá-las – que implica a cisão discursiva, mas é a finitude da existência histórica do homem que faz sempre algo escapar da consciência. Mas isso não implica a cisão, pelo contrário: demonstra o quão inútil é fazê-la. Eis a falibilidade da “fórmula Günther”. Com efeito, os horizontes do saber sempre aproximam validade e facticidade, para logo adiante se dissolverem. Sua coincidência encerraria a historicidade. Assim, a validade é antecipada, mas na pré-compreensão, que é conteudística e formadora de sentidos (não procedimental, portanto), e não em um discurso prévio de fundamentação, dependente de situações ideais de argumentação ou de fala.

(IV) Em suma, é possível apontar a contradição guntheriana: sem considerar a pré-compreensão, descreve a aplicação de algo inexistente. Parece não perceber que a fundamentação está sendo apontada sem nada para fundamentar. Considera a aplicação como “a aplicação do (já) fundamentado” – do mesmo modo como ocorre em Habermas –, quando, de efetivo, o que acontece é que a aplicação já é a (própria) fundamentação. É nesse particular, aliás, que tanto Günther como Habermas afastam-se da estrutura da *applicatio* gadameriana, que combina interpretação, compreensão e aplicação num só movimento. Portanto para além de qualquer cisão.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Hilda Hutchinson Schild Silva. Revisão e introdução de Claudia Toledo. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. Tradução de Claudio Molz. Introdução à edição brasileira de Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004.

\_\_\_\_\_. *The sense of appropriateness*. New York: State University of New York, 1993.

HABERMAS, Jürgen. *Aclaraciones a la ética del discurso*. Madrid: Trotta, 2000.

\_\_\_\_\_. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, 2003, vol. I e II.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.