

UM PARADIGMA PARA O DIREITO

A PARADIGM FOR LAW

Núria Lopes¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 A possibilidade de marcos paradigmáticos no Direito; 2 Autorreferência; 2.1 As bases filosóficas para autorreferência no sistema jurídico; 2.2 A norma jurídica como exigência social: o paradoxo em Kelsen; 2.3 A relevância do paradoxo kelseniano no pós-guerra: a necessidade de garantia do sentido originário da norma, sua razão de ser; 3 Heterorreferência; 3.1 Os direitos fundamentais; 3.2 A vontade de Constituição; 3.3 A Teoria do Direito adotada pelo direito positivo; 4 Um outro sujeito: a virada linguístico-pragmática; 4.1 O sujeito como fonte e destino de todas as referências; 4.2 Os elementos constitucionais como elementos de compreensão da norma jurídica; 5 O Direito e as possibilidades de comunicação no jogo linguístico; Considerações finais.

RESUMO

Este artigo parte de uma leitura dos apontamentos feitos por Thomas Kuhn sobre a ausência de paradigmas no Direito, cuja razão seria a dificuldade de desenvolvimento de coerência interna da ciência (autorreferência sistêmica) simultaneamente ao atendimento de expectativas sociais (heterorreferências sistêmica). Utiliza como metodologia a análise da estrutura das referências tomadas para validade da interpretação das normas jurídicas nas principais teses de Teoria do Direito em busca de marcos paradigmáticos da ciência jurídica. Analisa a posição autorreferente de Kelsen e as principais heterorreferências – os direitos fundamentais de Alexy; a vontade de Constituição de Hesse e a Teoria da Justiça adotada pelo direito positivo de Dworkin. Compara as similaridades estruturais e filosóficas entre essas teses. Posteriormente, apresenta a ruptura estrutural causada pela adoção da viragem linguística na Hermenêutica Jurídica e as possibilidades de superação da dicotomia marcada por Kuhn, abrindo espaço para o reconhecimento de um paradigma no Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica; Filosofia; Paradigma.

¹ Nuria López. Mestranda em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, nuria.lcs@gmail.com

ABSTRACT

This article assume an interpretation of two notes made by Thomas Kuhn about the absence of paradigms in Law, in consequence of the difficult in develop science internal coherence (self-reference system) simultaneously with the attendance of social expectations (systemic hetero-references). Uses as methodology the analysis of the structure of the references taken for the validity of law in the main thesis of Theory of Law in order to search for paradigms in Law. Analyze Kelsen's self-referent position and the main external references – Alexy's fundamental rights, Hesse's Will of Constitution, and the Justice Theory adopted by the positive law, of Dworkin. Compare the structural and philosophic similarities between theses thesis. Then, presents a structural rupture caused by the adoption of the linguistic shift in Law's Hermeneutics and the possibilities of overcoming the dichotomy pointed by Kuhn, opening space for the recognition of a paradigm in Law.

KEY-WORDS: Hermeneutic; Philosophy; Paradigm.

INTRODUÇÃO

Em análise da estrutura das revoluções científicas, Thomas Kuhn faz duas observações relevantes para o Direito. A primeira aponta que, enquanto *humanidade* o Direito talvez ainda não tenha adquirido um *paradigma*. A segunda, que enquanto ciência [social] aplicada o Direito tem como *razão de ser* o atendimento a uma necessidade social² – e que esse atendimento urge e prevalece, muitas vezes, sobre o atendimento ao rigor científico interno à Ciência.

De fato, muitas das teses que buscaram rigor científico *interno* à Ciência do Direito, tomando emprestado paradigmas e métodos de outras áreas da Ciência, depararam-se, em algum momento com a *necessidade social* a qual o Direito deve atender (porque existe para atender- é sua *raison de être*). As principais teses sobre a Teoria do Direito lidaram de formas distintas com essa questão. Retirando ou incluindo a razão de ser do Direito em suas teses, a observação de Kuhn acerca do Direito tem sido confirmada nos últimos cinquenta anos: o rigor

² KUHN, Thomas S. **The structure of scientific revolutions**. Chicago/ Londres: University of Chicago, 1996, p.19.

científico, exigente de atendimentos a referenciais internos à própria ciência (autorreferências) depara-se sempre com contraprovas impostas pela falta de atendimento às *necessidades sociais* (heterorreferências, para manter a classificação).

Por outro lado, às críticas à tamanha preocupação quanto ao rigor científico e à validação de respostas jurídicas pela autorreferência tornaram-se centrais no debate jurídico dos últimos cinquenta anos, acirrado pelo pós-guerra e a necessidade de atendimento à (hetero) referenciais que retomaram antigas fórmulas pré-constitucionais, como a *Razão dos Povos*, de Windscheid [1878], a *Vontade da Nação*, de Puchta [1854] ou ainda o *Espírito do Povo*, de Savigny [1814] retomados com a *Vontade de Constituição* [1959] de Hesse³ ou reformularam conceitos de cunho jusnaturalista como o atendimento à determinada Teoria da Justiça⁴ ou a normatização dos Direitos Fundamentais⁵.

A premência da inclusão de heterorreferências na interpretação das normas jurídicas, entretanto, não afastou a preocupação com o rigor científico, ainda que seja difícil o estabelecimento de uma metodologia de verificação de validade para referenciais com carga semântica tão ampla. Essa dificuldade fez rever o que se compreendia por método no Direito⁶, e muitas vezes apontou a falta dele⁷, fazendo crer que não havia metodologia alguma – mas insistindo para que não fosse possível *qualquer coisa* à interpretação da norma jurídica⁸, em alusão ao *anything goes* de Feयरabend em *Contra o método*⁹.

³ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

⁴ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1978.

⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10ª. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p.139.

⁹ FEYERABEND, Paul. **Contra o método**. São Paulo: UNESP, 2011.

A partir dessa leitura de Kuhn, que coloca a dicotomia entre as auto e as heterorreferências na problemática da ausência de paradigmas no Direito, este artigo analisará as estruturas das principais teses de Teoria do Direito, buscando indícios de marcos paradigmáticos. Após esclarecer a definição de *paradigma* sobre a qual este estudo está fundado (item 1), passa a analisar os fundamentos filosóficos das teses de autorreferência (item 2.1), cujo maior expoente é Kelsen.

A esse respeito, mesmo em Kelsen observa-se um paradoxo à luz das premissas deste trabalho (e não da Teoria Pura), haja vista o reconhecimento de que a norma jurídica mesma é uma exigência social, é dizer, o reconhecimento da razão de ser do Direito enquanto heterorreferência (item 2.2) – questão que aflora com intensidade no pós-guerra (item 2.3). A observância à critérios de validade heterorreferentes como os direitos fundamentais (item 3.1); a vontade de Constituição (item 3.2); e a teoria do Direito adotada pelo direito positivo (item 3.3) tiveram larga difusão nas últimas décadas, sem que se deixasse de reclamar, entretanto, que sua aplicação fosse vinculada a alguma forma de coerência sistêmica interna, ainda que em termos comtianos de descrição da norma posta (real).

A dificuldade de superação dessa dicotomia encontra-se clara nos trabalhos que tentam de alguma forma ordenar as heterorreferências em procedimentos ou fórmulas de aplicação. Como se demonstrará (item 4), os esforços nesse sentido terminaram por reconhecer que a utilização desses mecanismos por indivíduos distintos levará a resultados distintos, o que por fim, levou a questão à problemática do *sujeito*. Isto é, os esforços modernos para sistematizar (aqui no sentido de mecanizar) a interpretação da norma jurídica levaram à reavaliação do sujeito na Hermenêutica Jurídica. A adoção do sujeito pós viragem linguístico-pragmática (item 4.1), singularizado em suas pré-compreensões e conseqüentemente, em sua interpretação da norma jurídica, deu origem a um outro modelo de sistema – esse dinâmico e complexo – no qual o sujeito insere-se em um contexto comunicativo, linguisticamente estruturado. Supera-se (e esta é a parte mais relevante sob a ótica da leitura de Kuhn) a

dicotomia entre auto e heterorreferências, pois todas elas estão presentes na composição do sujeito *intérprete* (item 4.2). Aqui, as autorreferências servem como redutor de complexidade, demarcando as interpretações *possíveis* da norma jurídica (item 4.3), cujos significados podem ser em maior ou menor grau compartilhado entre os indivíduos (item 4.4).

Demarcadas as estruturas hermenêuticas, este artigo visa demonstrar que a alteração da concepção filosófica de sujeito, trazida a princípio pela virada linguístico-pragmática, superou o óbice ao estabelecimento de um paradigma no Direito.

1 A POSSIBILIDADE DE MARCOS PARADIGMÁTICOS NO DIREITO

Kuhn reserva o termo “paradigma” para as Ciências Naturais. Não obstante, muitas vezes no Direito utilizou-se o termo *paradigma*, a exemplo de Boaventura¹⁰; Morin¹¹; Touraine¹²; e entre nós Reale¹³, ou mais recentemente, Streck¹⁴.

Embora Kuhn confira ao termo “paradigma” mais de um significado em sua *Estrutura das Revoluções Científicas*¹⁵, em linhas gerais o determina como uma teoria que atenda melhor ou com mais precisão respostas dadas ou deixadas em aberto pelo paradigma anterior. O paradigma, a despeito da sua falta de definição, conta com determinadas características funcionais – ele existe em um

¹⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. São Paulo: Cortez, 2008.

¹¹ MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. 13ª. Tradução: Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

¹² TOURAINE, Alain. **Un nuevo paradigma: para comprender el mundo de hoy**. Tradução: Agustín López Tobaias. Buenos Aires: Paidós, 2006.

¹³ REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994.

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

¹⁵ KUHN, Thomas S. **The structure of scientific revolutions**. Chicago/ Londres: University of Chicago, 1996.

contexto histórico; é orientador de pesquisas; é abrangente; é compartilhado por cientistas¹⁶.

Assim, de certa forma, o Direito conta com teorias que tentaram solucionar questões deixadas em aberto por teorias antecedentes ou tratadas com pouca precisão por elas, cumprindo as funções paradigmáticas previstas por Kuhn. Trata-se das **teorias do conhecimento da norma jurídica** e da **aplicação dessa norma** às condutas humanas (Hermenêutica Jurídica; Teorias da Decisão; etc). A elaboração de um paradigma científico sobre como se conhece das normas e como se deve aplica-las impôs o atendimento às exigências metodológicas de outras ciências (cujos paradigmas eram tomados por empréstimo), para que houvesse correção formal, validade em referência aos métodos da própria ciência; e também ao atendimento das necessidades sociais (sua razão de ser), para que os resultados obtidos pelo Direito pudessem ser válidos com referência à essas necessidades sociais.

As possibilidades paradigmáticas do Direito residem, portanto, nas proposições quanto à auto e à heterorreferência das normas jurídicas – e o histórico da Hermenêutica Jurídica pende entre ambas, até as tentativas de conciliação (ou superação) entre elas às quais se dedicam teses mais recentes, apesar das dificuldades apresentadas por essa conciliação, que levam mesmo a cogitar (para logo refutar) a antimetodologia de Feयरabend¹⁷, para dizer que não podemos aceitar que *qualquer coisa serve (anything goes)*¹⁸.

¹⁶ MANOCCHI, Liliam Ferreira. **Paradigmas em Kuhn: contexto, imagem e ação**. São Paulo: Dissertação de Mestrado em Filosofia apresentada à PUC/SP, 2006, p. 73.

¹⁷ FEYERABEND, Paul. **Contra o método**. São Paulo: UNESP, 2011.

¹⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p.139.

2 AUTORREFERÊNCIA

2.1 AS BASES FILOSÓFICAS PARA AUTORREFERÊNCIA NO SISTEMA JURÍDICO

As bases filosóficas para a afirmação da necessidade de uma autorreferência rigorosa no Direito fundam-se na doutrina positivista de Auguste Comte [1814], cuja peculiar interpretação de Kant, a quem ele atribui a *luminosa distinção geral entre os pontos de vista objetivo e subjetivo*¹⁹ levou à busca de um método capaz de representar o objetivo, o real. Assim, o ponto de vista objetivo diz respeito às teorias como representação do mundo real. Diz Comte, que *ainda que nossa ciência não seja suscetível de uma sistematização plena, e ao contrário, tem uma inevitável diversidade entre os fenômenos fundamentais, devemos procurar uma unidade no método positivo*²⁰.

As chamadas teorias objetivas da interpretação, a exemplo das teses de Binding, Wach e Kohler [1885-1886], defenderam a exteriorização da *razão oculta na lei, de liberar seu isolamento empírico das normas legais individuais e, mediante a recondução a um princípio superior ou a um conceito geral, desmaterializá-las, de certo modo, espiritualizando assim, o positivo*²¹. Assim, o significado da norma jurídica é o seu significado objetivo, independente do significado que pudera ter ocorrido ao legislador, como na Escola Histórica de Savigny. O significado atribuído à norma jurídica desprende-se assim, aos poucos, desde Savigny, passando pela Genealogia dos Conceitos, de Puchta, que estabeleceu uma pirâmide semântica cujo ápice seria o texto da norma jurídica e da qual o

¹⁹ COMTE, Auguste. "Discours sur l'esprit positif." **Bibliothèque Paul-Émile-Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi**. 2002, p. 19. Disponível em: http://classiques.uqac.ca/classiques/Comte_auguste/discours_esprit_positif/Discours_esprit_positif.pdf. Acesso em 08/08/2012.

²⁰ COMTE, Auguste. "Discours sur l'esprit positif." **Bibliothèque Paul-Émile-Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi**. 2002, p. 16. Disponível em: http://classiques.uqac.ca/classiques/Comte_auguste/discours_esprit_positif/Discours_esprit_positif.pdf. Acesso em 08/08/2012.

²¹ LARENZ, Karl. **Metodología de la ciencia del derecho**. Barcelona: Ariel Derecho, 2010, p.53.

significado poderia ser retirado por dedução, influenciado, segundo Larenz, influenciado pelo racionalismo de Christian Wolff (1679- 1754)²².

Nota-se que se pudermos visualizar os pontos de referência da interpretação jurídica como pontos em um plano e o trajeto do sujeito ao que ele se refere como um vetor, teremos que a Teoria Pura de Kelsen [1934] reforçou os vetores de referência já existentes – e que se renunciavam diante das bases filosóficas positivistas. A partir das teorias objetivas da interpretação a norma jurídica adquire racionalidade própria, um significado objetivo, que não se confunde com os que lhe foram conferidos à época de sua criação. A Ciência do Direito deveria então encontrar o *sentido objetivo*, real da norma jurídica, para aplicá-la aos fatos, que são dados no *mundo real*, que pode ser compreendido no sentido comtiano.

Assim, o sujeito refere-se a esses dois pontos, fato e norma, ambos dados no mundo e relacionados pela lógica subsuntiva. Além disso, há também um terceiro vetor, este a tratar da validade formal da norma jurídica (autorreferência), a saber, se a norma jurídica retirou sua validade de uma norma hierarquicamente superior, segundo o escalonamento das normas jurídicas, até um ponto último de referência, que não é externo ao sistema jurídico, mas um ponto lógico, cuja origem é uma assumida analogia com a Teoria do Conhecimento de Kant²³, que é a norma hipotética fundamental, definido por Kelsen como um ponto lógico transcendental. A lógica transcendental é definida por Kant como *a ciência que especifique a origem, a extensão e o valor objetivo desses conhecimentos (...)* e distingue-se da lógica geral por referir-se apenas aos objetos “a priori” e não com conhecimentos empíricos ou puros sem diferenciação²⁴.

²² LARENZ, Karl. **Metodología de la ciencia del derecho**. Barcelona: Ariel Derecho, 2010, p.39.

²³ KELSEN, Hans. **A Teoria Pura do Direito**. 6ª edição. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp.225-226.

²⁴ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo: Ícone, 2007, p.49.

2.2 A NORMA JURÍDICA COMO EXIGÊNCIA SOCIAL: O PARADOXO EM KELSEN

Por outro lado, Kelsen diz que *"uma norma (...), para poder ser interpretada como norma jurídica tem que instituir um ato coativo ou ter vinculação substancial como norma jurídica"* – é dizer, relaciona a norma jurídica a seu sentido originário de exigência, paradoxo que já existia na Teoria do Conhecimento de Kant e reproduziu-se em Kelsen. A comparação é de Larenz, para quem não é possível conceber "a coisa em si" de Kant sem a pressupor como "algo" pensável, da mesma forma que não é possível entender o "dever ser" de Kelsen sem pressupor seu sentido ético e originário de exigência ²⁵.

Esse paradoxo deu causa ao reconhecimento posterior (ao final da 2ª edição da Teoria Pura) da interpretação como ato político, ainda que vislumbre tais influências fora do âmbito de estudo da Ciência do Direito, mantendo a identidade entre o texto e a norma, sentido objetivo do texto. Assim, a norma jurídica como exigência, em seu sentido coator é reconhecida (e afastada dos limites da Ciência), mas faz-se presente como sentido originário.

2.3 A RELEVÂNCIA DO PARADOXO KELSENIANO NO PÓS-GUERRA: A NECESSIDADE DE GARANTIA DO SENTIDO ORIGINÁRIO DA NORMA, SUA RAZÃO DE SER

Apesar da positivação de determinados direitos fundamentais, de cunho liberal, na primeira metade do século XX, aos exemplos clássicos das Cartas do México e de Weimar, foi com no pós-guerra da segunda metade do século que essa necessidade se fez premente. A inaptidão do positivismo jurídico para lidar com as questões morais que os Estados autoritários impuseram às suas populações deu causa ao seu próprio declínio e fez ressurgir questões quanto a amplitude da

²⁵ LARENZ, Karl. **Metodología de la ciencia del derecho**. Barcelona: Ariel Derecho, 2010, p.97.

titularidade de direitos e quanto a importância de reaproximação entre Direito e Moral²⁶.

Mario Losano conta que o primeiro jurista alemão a propor essa "retomada" foi Radbruch, que defendeu em 1947 um retorno ao jusnaturalismo, no artigo *Die Erneuerung des Rechts*, "Die Wandlung", e observa que nos anos posteriores os juristas alemães aderiram à sua proposta, filiando-se, no entanto à correntes jusnaturalistas católicas neotomistas, ao contrário dele que filiava-se no jusnaturalismo fundado nos ideais iluministas²⁷. A "retomada", todavia, não era absoluta: mesmo Radbruch permitia-se continuar a usar as categorias já aceitas antes, ou seja pensar por ordenamentos concretos²⁸.

A garantia a direitos fundamentais deveria ser incorporada ao sistema jurídico, sem, no entanto, que se abrisse mão das categorias formais positivistas – ambas as necessidades deveriam estar conjugadas no que seria a superação das teses jusnaturalistas e juspositivistas.

Dessa forma, algumas exigências históricas de ambas as teses se fizeram presentes: a reaproximação com a Moral não deveria pender de categorias metafísicas e a possibilidade reconhecida de interpretação da norma jurídica não deveria significar voluntarismo por parte do intérprete²⁹.

²⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002, pp. 131-132.

²⁷ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Tradução: Luca Lamberti. Vols. 2 - O século XX. 3 vols. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 240.

²⁸ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Tradução: Luca Lamberti. Vols. 2 - O século XX. 3 vols. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 241.

²⁹ "A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria da justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobre tudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia." *In* BARROSO, Luís Roberto. "Neoconstitucionalismo e o constitucionalização do Direito - o triunfo tardio do direito

Tornava-se muito difícil enquadrar os valores nesse sistema positivo e pensar em uma metodologia adequada para solucionar questões delicadas de direitos fundamentais. Isso porque os valores advindos do jusnaturalismo encontram os fundamentos filosóficos mais diversos (como se deu na Alemanha com Radbruch), definem-se das mais diversas formas, mas sempre sem um conteúdo bem delimitado. O método subsuntivo positivista não estava apto a lidar com a amplitude terminológica trazida pelos termos vagos e que se fazem necessários concretos para a efetivação desejada dos direitos fundamentais.

3 HETERORREFERÊNCIA

O sujeito interpreta para aplicar a norma que tem referência no direito positivo (autorreferência), mas também há uma heterorreferência, *exigência*, *necessidade social*, que surge como um ponto fixo para o qual a interpretação deve ser direcionada. A observância a essa heterorreferência, que varia entre as teses, garante que as consequências da decisão (a interpretação da norma) confirmam coerência ao sistema – e essa característica é comum às teorias da argumentação³⁰. De uma forma geral, as teorias da argumentação têm se aproximado de três heterorreferências que se tornaram relevantes por sua ampla aceitação. Trata-se dos direitos fundamentais³¹; da vontade de Constituição³²; e da Teoria da Justiça adotada pelo direito positivo³³.

constitucional no Brasil .” In: **Neoconstitucionalismo**, por Regina Quaresma, Maria Lúcia de Paula Oliveira e Farlei Martins Riccio de Oliveira, 54. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.54.

³⁰ MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. “Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica.” In: **Hermenêutica plural**, por Carlos E. de Abreu Boucault e José Rodrigo Rodriguez, 127-157. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 148-149.

³¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

³² HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

³³ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1978.

3.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Alexy, em sua Teoria dos Direitos Fundamentais [1986] estabelece uma conexão entre questões semânticas e questões relativas à validade ao apontar que *cada teoria, para dizer que algo é válido, tem que ter algo a partir do qual essa afirmação seja possível, e, para tanto, o mais adequado é a norma em seu conceito semântico*³⁴. É dizer, o conceito semântico da norma jurídica é critério de validade para sua interpretação. Assim, os conceitos semânticos de regras e princípios são *razões* para normas jurídicas³⁵.

Para a aplicação da norma jurídica são necessários argumentos axiológicos (que não decorrem do texto normativo) e normativos, mas eles não devem se confundir no conceito de *norma* – apesar de serem relevantes, não estão incluídos no conceito de norma³⁶. Assim, Alexy opta pela manutenção do conceito positivista de norma jurídica, em oposição a teorias da norma como a de Friedrich Müller³⁷, mas admite a utilização de elementos axiológicos na interpretação jurídica.

É relevante a distinção entre argumentos axiológicos e argumentos normativos por toda teoria de Alexy, e especialmente nessa questão em que um argumento extra-normativo pode inclusive servir de critério para a validade da norma – mas não se confunde com ela. Diz Alexy que *um critério para algo é coisa diversa de um elemento de algo*³⁸.

Mantém-se o sujeito de conhecimento, tal como o modelo kantiano. Mantém-se a norma jurídica, tal como a definira o positivismo. Mas, há o reconhecimento de

³⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 60-62.

³⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 107.

³⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 82.

³⁷ Ver oposição em ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp.76-82.

³⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 84

elementos extra normativos na interpretação da norma jurídica. Em razão da inclusão de tais elementos na interpretação da norma jurídica, a teoria passou por objeções quanto à discricionariedade, ao intuicionismo, que essa inclusão acarretaria. Todavia, Alexy refuta ao que denominou de “objeções filosóficas” afirmando que uma teoria valorativa menos vulnerável é obtida quando se pressupõe que as valorações (bem como os critérios de validade) possíveis não são uma questão de evidência, mas sim de fundamentação³⁹.

A norma de direito fundamental, como as demais normas, não se confunde com as razões que a sustentam, mas em sua aplicação, deve ser otimizada, segundo determinados critérios, que também de cunho positivista, chegam a indicar fórmulas de aplicação para a obtenção de uma resposta.

3.2 A VONTADE DE CONSTITUIÇÃO

O conceito de *força normativa da Constituição* é hoje considerado marco teórico referencial para a nova interpretação constitucional⁴⁰, em razão do reconhecimento de sua imperatividade e das tensões que mantém com a realidade fática. Desenvolvido inicialmente por Konrad Hesse [1959], realoca o papel da Constituição da mera folha de papel a que lhe haviam relegado no século anterior teóricos como Lassalle e Jellinek para afirmar sua *força normativa* dominante na vida do Estado⁴¹ – e há força normativa na Constituição na medida em que a interpretação constitucional deve exteriorizar a *vontade de Constituição* contida no texto normativo. Ao mesmo tempo, deve-se interpretar conforme à *vontade de Constituição* para conferir *força normativa* à Constituição. Nota-se que uma razão refere-se a outra e vice-versa, tautologicamente.

³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 157.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e o constitucionalização do Direito - o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil .” In: **Neoconstitucionalismo**, por Regina Quaresma, Maria Lúcia de Paula Oliveira e Farlei Martins Riccio de Oliveira, 54. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 57.

⁴¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 12.

Além disso, determina que a interpretação deve ser feita segundo o princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*), de forma a correlacionar o texto constitucional com os fatos concretos da vida, devendo prevalecer a interpretação que realizar a norma de forma excelente dentro dos referidos fatos⁴². O que ele propõe é uma interpretação construtiva da norma constitucional, para que ela seja realizada o máximo possível dentro de sua *finalidade (telos)*⁴³. Posteriormente, seguiram-se outras formulações metodológicas, como o método normativo estruturante, de Friedrich Müller (ao qual se opôs Alexy) e a hermenêutica da práxis jurídica ou da decisão racionalizada, de Martin Kriele.

Conferir caráter *construtivo* à interpretação jurídica talvez tenha sido maior avanço científico já que a sustentação do próprio conceito de *vontade de Constituição*, não é de todo novo, remetendo à expressões similares, que ganharam relevância no processo de unificação da Alemanha, como a *Razão dos Povos*, de Windscheid [1878], a *Vontade da Nação*, de Puchta [1854] ou ainda o *Espírito do Povo*, de Savigny [1814].

Dessa forma, no que tange a avanços (e retrospectivamente talvez se possa afirma-lo) a construção da norma jurídica pelo intérprete para a obtenção de uma finalidade social alterou a estrutura hermenêutica, como resta demonstrado. Assim, a norma constitucional tem *pretensão de eficácia (Geltungsanspruch)* na realidade social⁴⁴, que se realizará sempre que seu conteúdo apontar para a mesma direção das "tendências dominantes de seu tempo", de forma que sua aplicação seja uma necessidade⁴⁵ – e tem-se aqui o mesmo ponto levantado por Kuhn.

⁴² HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 23.

⁴³ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 23.

⁴⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, pp. 14-15.

⁴⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 18.

Ademais, no que diferir de tais tendências, a Constituição poderá ainda ter força normativa se transformada em *força ativa* – é dizer, a norma constitucional será realizada porque estão presentes não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)⁴⁶. Isto é, estruturalmente, a teoria de Hesse é um sistema dinâmico no tempo, pois as tendências dominantes estão em função do tempo de sua aplicação – o que é extremamente relevante.

No mais (e ainda estruturalmente), a *vontade de Constituição* é um ponto de referência para a argumentação, um vetor interpretativo, como muitos consentirão, mas um ponto vazio, por ele mesmo não se referir a ponto algum e estar apto a justificar interpretações absolutamente diversas. Quer-se demonstrar assim, que a *vontade da Constituição* não seleciona os elementos constantes no ordenamento jurídico: ela é hábil a incluir e excluir elementos do texto legal – ampliando-o em interpretação *conforme* ou derrotando-o.

3.3 A TEORIA DO DIREITO ADOTADA PELO DIREITO POSITIVO

A crítica de Dworkin também é derivada de uma tradição liberal, mas retoma a “antiga ideia dos direitos humanos individuais”, ainda que esta ideia não pressuponha uma entidade metafísica (como a vontade coletiva ou o espírito nacional). Para Dworkin, seu trabalho é *parasitário da ideia dominante do utilitarismo, que é a ideia do objetivo coletivo da comunidade como um todo*⁴⁷. Ele próprio compreende Bentham e Mill como as bases filosóficas de seu trabalho, ambas opções filosóficas aptas a lidar com a *razão de ser* do Direito – e (deve-se dizer) determiná-la sob essa racionalidade (utilitarista).

Ademais, Dworkin mantém a subsunção como metodologia adotada para a maioria dos casos, que seriam casos mais simples, que não ofereceriam

⁴⁶ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p.19.

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1976, p.X.

dificuldades hermenêuticas, para então tratar especificamente dos *casos difíceis*, ou seja, dos casos que não podem ser solucionados pelo método subsuntivo, que envolvem a *antiga ideia de direitos humanos individuais* a ser compatibilizada com o direito positivo. Assim, há manutenção (e não o rompimento) com a estrutura hermenêutica positivista. A teoria de Dworkin propõe-se ao problema específico – e residual – de compatibilização dos direitos humanos individuais com a interpretação subsuntiva vigente e que não pretendia alterar (ainda que os desdobramentos de sua tese tenham conduzido à constatação da insuficiência da subsunção em todos os casos e não apenas nos *casos difíceis*).

Sua tese defende – em ampliação objetiva do conceito de *norma*, diferenciando-se de Alexy nesse aspecto- precisamente que indivíduos têm direitos legais ainda que não estejam assegurados por uma regra expressa, por decisões explícitas ou mesmo pela prática. Essa hipótese da existência de um direito legal diante da ausência de uma referência positiva interna é considerada por Dworkin um *caso difícil*.

Na hipótese em que o indivíduo é titular de um direito que não está assegurado por nenhum texto legal, por nenhuma decisão explícita ou pela prática, a certeza da titularidade reside na *necessidade social, razão de ser* do Direito, são questões de moralidade ou de política. O caso é difícil porque estão ausentes os referenciais metodológicos para a solução do caso. O enfrentamento de Dworkin com essa questão não o fez renunciar à manutenção da necessidade de uma metodologia detalhada, que conduzisse a uma resposta (cientificamente) correta. Isto é, o argumento de Dworkin, apesar de reconhecer a ampliação objetiva do conceito de norma jurídica, supõe que há uma única resposta certa para perguntas complexas de direito e moralidade política⁴⁸.

Ele determina um método que esteja apto a determinar uma resposta verdadeira (válida, cientificamente) na solução de *casos difíceis*. Críticas, como as de Hart, apontaram que não existe apenas uma resposta certa em questões de política e moralidade, mas sim algumas respostas certas. Outras críticas ainda afirmaram

⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1976, p. 279.

que não havia nenhuma resposta certa, mas apenas respostas. Dworkin responde a ambas as críticas no apêndice da edição de 1978 com um exemplo. Ele supõe que a um dos filósofos que o interrompem, sustentando não haver resposta certa, seja proposto ir à Faculdade de Direito e ao final da Faculdade, ele tenha de ocupar o lugar de um juiz, decidindo casos durante todo o dia. Pode não haver, filosoficamente, uma resposta certa, diz Dworkin, mas você ainda precisa decidir. A necessidade de prestação de tutela jurisdicional é uma *necessidade social* premente, que a posição adotada por Dworkin reconhece e para qual propõe um método que lhe permita reduzir a discricionariedade.

A validade (científica) da resposta certa de Dworkin é verificada pelo referencial dado pela *Teoria do Direito que melhor justifica o Direito positivo*. Para ele *uma proposição legal pode ser tida como verdadeira se é mais consistente com a Teoria do Direito que melhor justifica o direito posto que a proposição contrária de Direito. E pode ser refutada como falsa se menos consistente com a Teoria do Direito que a proposição contrária*⁴⁹.

Além disso, para o desenvolvimento de sua teoria, Dworkin pressupõe dois sujeitos-intérpretes que conhecem igualmente os fatos e as normas jurídicas e, sendo igualmente razoáveis, chegam a respostas diferentes em um mesmo caso *difícil*. Essa questão guarda implícito um problema da ciência contemporânea comum às demais áreas do conhecimento, descrito por Edgar Morin como um dos paradigmas de complexidade. Trata-se da relação entre o observador/concebedor e o objeto observado/ concebido, da introdução do observador/concebedor em toda observação, da necessidade de introduzir o sujeito humano – situado e datado cultural, sociológica, historicamente⁵⁰. Assim, os dois sujeitos, que não são iguais, como fora pressuposto, poderão ter posições diversas sobre o que seria a *Teoria de Direito adotada pelo direito positivo*.

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1976, p. 283.

⁵⁰ MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. 13ª. Tradução: Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010, p.333.

De toda forma, é relevante apontar a (i) ampliação do conceito de norma jurídica, conferindo ao sujeito a titularidade de direitos não expressos no ordenamento positivo; (ii) a afirmação da *resposta* como necessidade social; (iii) a resposta *certa* como manutenção dos reclames por uma metodologia capaz de tornar a interpretação mais objetiva; (iv) o referencial para validade da resposta na filosofia do Direito; e (v) a manutenção do sujeito de conhecimento, que conhece igualmente dos fatos e das normas, e é sempre igualmente razoável.

4 UM OUTRO SUJEITO: A VIRADA LINGÜÍSTICO-PRAGMÁTICA

Como se pôde demonstrar com a exposição das bases filosóficas quanto à constituição do sujeito, ela se manteve a despeito das diversas e relevantes teses sobre a interpretação da norma jurídica. Até então, o sujeito manteve-se o mesmo e a Hermenêutica Jurídica ateve-se à questão comtiana da busca metodológica capaz de afastar a subjetividade para enfim descrever o *real*. Essa questão, agravada com a necessidade de garantia de direitos fundamentais no pós-guerra, fez ampliar o conceito de norma jurídica para agregar a ele outros elementos ou, ao menos, reconhecê-los.

Por essa razão, pode-se falar em alteração de um elemento da estrutura (a norma jurídica) e em alterações, qualitativas e quantitativas, dos referenciais de validade da norma jurídica, precisamente em função da delimitação do conceito de norma jurídica. Entretanto, a manutenção das bases filosóficas do sujeito trouxe problemas relevantes, como os ressaltados na tese de Dworkin.

A questão do sujeito tem sofrido alterações importantes, não apenas nas teorias como a de Häberle, que amplia os intérpretes legítimos da Constituição, o que significa uma ampliação quantitativa dos intérpretes, mas também no que se poderia considerar uma ampliação qualitativa da compreensão do indivíduo em sua singularidade. É dizer, não apenas aceitam-se mais intérpretes, como eles também são considerados distintos uns dos outros, e não igualados como os juízes de Dworkin. Nesse sentido, os pontos de referências são diversos – também nos sujeitos intérpretes da norma jurídica.

A chamada virada linguístico-pragmática na Filosofia alcançou às teses de Hermenêutica Jurídica para alterar sua estrutura – e por isso pode-se marcar aqui um ponto efetivamente paradigmático no tratamento *científico* do tema. Cabe demonstrar *como* essa estrutura foi alterada. Sem pretensão de limitar as possíveis análises, este trabalho indicará a filosofia de Heidegger para exemplificar a referida alteração.

4.1 O SUJEITO COMO FONTE E DESTINO DE TODAS AS REFERÊNCIAS

Em Heidegger, o sujeito *interpreta* a partir de seus elementos prévios de compreensão⁵¹, de forma que “o perceber se torna determinar⁵²” e “o percebido e determinado pode ser expresso em proposições e, como tal *enunciado*, retido e conservado⁵³”. A cada instante⁵⁴ a interpretação se funda em um *ter prévio*⁵⁵. Isso significa que “*ser não é mais, como na ontologia clássica, interpretado como presença pura permanente, mas como advento, como vinda ao encontro, como interpelação, que se dá ao homem cada vez diferentemente*⁵⁶”.

Conseqüentemente, há ruptura da estrutura dicotômica observador/objeto da ciência moderna, pois se o observador (intérprete) *interpreta* conforme seus

⁵¹ “Essa interpretação se funda cada vez em um *ter prévio*. Como apropriação-de-entendimento, a interpretação se move em um ser entendedor relativamente a uma já entendida totalidade-de-conjunção. (...) Como sempre, a interpretação já se decidiu cada vez em termos definitivos ou provisórios por uma determinada conceituação; ela se funda sobre um *conceito-prévio*”. HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução Fausto Castilho. Edição bilíngue alemão/português. Campinas, SP: Editora da Unicamp; Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012, pp.425 e 427.

⁵² HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução Fausto Castilho. Edição bilíngue alemão/português. Campinas, SP: Editora da Unicamp; Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012, p.193.

⁵³ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução Fausto Castilho. Edição bilíngue alemão/português. Campinas, SP: Editora da Unicamp; Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012, p.193.

⁵⁴ “A compreensão heideggeriana do tempo é mediada pela analítica existencial, portanto o tempo se dá, fundamentalmente, desde o que fazer prático do homem com o mundo, isto é, com os utensílios, com os outros entes. A temporalidade emerge, assim, como o próprio sentido do cuidado, com seus três êxtases fundamentais: futuro (ser-adiante-de-si-mesmo), passado (já-ser-em), presente (estar-junto-das coisas) e seus esquemas, o que supera a concepção metafísica de tempo toda ela orientada para o presente.” OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 2006, pp. 211-212.

⁵⁵ Ver Nota 51.

⁵⁶ OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 219.

próprios elementos prévios de compreensão e a interpretação se dá no sentido de desvelar o ser, ela será diferente para cada sujeito e até para o mesmo sujeito em instantes diferentes, precisamente pela alteração dos seus próprios elementos de compreensão.

Assim, critérios heterorreferentes e autorreferentes estão localizados *no sujeito* – em seus elementos de pré-compreensão – e não fora dele. A norma jurídica é construída, dentro desse contexto, pelo intérprete em um dado momento⁵⁷.

Resultam dessa nova estrutura a impossibilidade de se apontar uma resposta certa na interpretação de uma norma jurídica; a impossibilidade de cindir a interpretação em métodos quase algoritmos (e também em pensar que o problema está em não encontrar critérios para a aplicação de critérios); afasta as análises de “abertura objetiva” da norma jurídica para incluir referenciais como os direitos fundamentais, a vontade de constituição ou a teoria do direito, bem como as discussões posteriores para delimitar um campo semântico de sua aplicação. Demonstra filosoficamente, ademais, que o sujeito cognoscente é intérprete e sua interpretação é fruto de um complexo de referentes, mais diversos do que a ciência moderna pôde admitir⁵⁸.

4.2 OS ELEMENTOS CONSTITUCIONAIS COMO ELEMENTOS DE COMPREENSÃO DA NORMA JURÍDICA

Lenio Luiz Streck elaborou modelo hermenêutico designado “Nova Crítica do Direito”, fundada em Heidegger e Gadamer. Parte das possibilidades de compreensão heideggerianas, para quem a condição-de-ser-no-mundo está

⁵⁷ “(...) a linguagem não é simplesmente um objeto presente que está diante de nós, mas todo pensar já se movimenta no seio da linguagem, ou seja, se articula numa abertura, num espaço lingüisticamente mediado, no qual se abrem para nós perspectivas para a experiência do mundo e das coisas.” OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 206.

⁵⁸ “Dessarte, saber se uma norma é válida constitui, apenas, requisito inicial para a sua eficácia e esse saber não defluirá exclusivamente de requisitos técnicos, mas, ainda, de outros componentes, como os imediatamente acima expostos, da atmosfera semântica do endereçado pela norma.” PUGLIESI, Márcio. **Teoria do Direito**. 2ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p.179.

condicionada a compreensão que se tem dos fenômenos, e assim, substitui a epistemologia pela ontologia da compreensão⁵⁹. Assim, ao interpretar uma norma jurídica, o sujeito manifesta seu modo de compreender o mundo.

É nessa relação entre o sujeito cognoscente e o fenômeno cognoscível que Streck localiza a ruptura de paradigma no Direito. Para ele, a interpretação do Direito ainda está fortemente presa aos paradigmas objetivista aristotélico-tomista e da subjetividade (filosofia da consciência), que se manifesta na interpretação das normas jurídicas⁶⁰. Para Streck, a dogmática jurídica Retoma, de certo modo, o caminho da ontologia clássica, fazendo a subsunção de um significado a um significante, onde o significante é o elemento universal. (...) Esse processo subsuntivo ocorre mediante o uso dos assim denominados métodos de interpretação, objetificando os fenômenos⁶¹.

Isto é, sempre que Kelsen, Hesse, Müller, Dworkin, Alexy e tantos outros trabalham no sentido de buscar os elementos constitutivos da norma jurídica, eles a "objetificam", precisamente para descrever o que lhe compõe, qual o seu significado. Trata-se da distinção feita por Heidegger [1927] entre *Ser* e *Ente*⁶².

Portanto, para a Nova Crítica do Direito o sentido do ser do ente emerge do processo interpretativo como manifestação do ser em uma síntese hermenêutica, como "*uma espécie de "termo médio" que ex-surge da facticidade e da temporalidade do Dasein, condição de possibilidade do intérprete ser-no-mundo*"⁶³.

Podemos dar como exemplo a interpretação jurídica pré e pós Constituição de 1988. Streck atribui à permanência dos paradigmas objetivista aristotélico-

⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 207.

⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 218-219.

⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 239.

⁶² HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução: Fausto Castilho. Campinas, SP; Petrópolis, RJ: Editora UNICAMP; Editora Vozes, 2012.

⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 234.

tomista e da subjetividade (filosofia da consciência) a baixa efetividade da normas constitucionais, pois apesar da nova Constituição trazer um novo modelo, ele ainda é compreendido a partir dos referidos paradigmas. Assim, o novo modelo ainda não foi *des-velado*, não emergiu enquanto novo modelo.

O paradigma faz assim, parte dos elementos pré-interpretativos e que possibilitam a compreensão (do *enquanto hermenêutico*). A Nova Crítica do Direito entende que esse novo paradigma deve fazer parte do enquanto hermenêutico, isto é, que a possibilidade de compreensão deve se dar a partir dele, pelo que seriam desnecessários critérios constitucionais de interpretação (o que para ele, objetiva a Constituição, transformando seu ser em objeto de representação), visto que as normas constitucionais deveriam fazer parte do *enquanto hermenêutico*, sendo, portanto, possibilidade de compreensão das normas jurídicas⁶⁴.

Resulta que o ato de interpretar não é cindível: a partir do *enquanto hermenêutico*, é dizer, das condições presentes no intérprete e que lhe conferem a possibilidade de conhecer um fenômeno, o ser desse fenômeno emerge de uma síntese hermenêutica, a que Heidegger denominou *círculo hermenêutico*. Como síntese, não é possível cindi-la em momentos distintos, como tradicionalmente se faz na Filosofia do Direito – em momento decisório e momento de fundamentação⁶⁵.

Não é possível falar em uma metodologia para *conhecer*, pois o conhecimento apenas é possível através da linguagem e ela não se submete à vontade do intérprete. Há uma situação linguística, que o sujeito não alcança controlar⁶⁶. Diz Streck, que

pensar na interpretação jurídica como produto de método(s),
é pensar que o conjunto normativo (ou o sistema jurídico e

⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 235.

⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 210.

⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 247.

tudo o que o cerca) é, inicialmente, algo nu/ carente de sentido, que irá receber, da nossa compreensão subjetiva determinada significação, como se essa significação fosse dada pelo sujeito (do conhecimento) a um objeto, quando com ele 'confrontado'...⁶⁷.

A teoria da decisão compreendida sob a perspectiva do *círculo hermenêutico heideggeriano* fica prejudicada pela impossibilidade de cisão de etapas. Também os elementos constitutivos da norma jurídica, permissivos de uma análise estrutural, do que consta ou não na norma jurídica, e do que pode ou não servir como critério de sua validade tornam-se de difícil análise.

5 O DIREITO E AS POSSIBILIDADES DE COMUNICAÇÃO NO JOGO LINGÜÍSTICO

Em linhas gerais, tem-se então a singularização dos sujeitos por suas constituições, que possibilitam e ao mesmo tempo limitam o que eles conhecem e o que comunicam. Evidentemente, além da aplicação do próprio modelo heideggeriano, como a apresentada acima, existem modelos filosóficos pós-heideggerianos, que permitem as mais diversas análises e abrem novos campos de pesquisa.

Ao considerar que o sujeito pode ser compreendido como uma atmosfera semântica (conjunto semântico) por meio do qual o sujeito *conhece* das coisas e decide suas ações (inclusive por determinada interpretação da norma jurídica), Pugliesi estabelece que

O sujeito age, a partir das regras do jogo e de seu conhecimento das circunstâncias, corrige sua ação e busca conferir os efeitos da atuação sobre o sistema (subconjunto do mundo, entendido como sua atmosfera semântica e sua respectiva poluição) e o meio, a totalidade de aspecções possíveis a ele, e então, por assim dizer, retroage, isto é,

⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 249.

realimenta seu próprio cabedal de informações e refaz, quando possível, a decisão preliminarmente assumida, recompondo sua teoria⁶⁸.

As possibilidades de comunicação no jogo linguístico são detalhadamente descritas⁶⁹ por ele de forma que se existirem elementos comuns aos conjuntos de elementos (pré-interpretativos) através dos quais o sujeito pode conhecer/interpretar a comunicação entre eles será possível. Ele descreve as possibilidades de interseção entre as atmosferas qualificando-as como *minimal* ou *maximal*, termos matemáticos utilizados em teoria dos conjuntos e que aqui importam para referir se há algum elemento nesta intersecção. Uma relação minimal entre os elementos dos dois conjuntos (duas atmosferas) significa que não há comunicação alguma. Enquanto uma relação maximal entre os elementos dos dois conjuntos (duas atmosferas) significa que há absoluta comunicação, com identidade absoluta dos elementos presentes nesses conjuntos. Sabe-se com isso, que se há comunicação, os significados encontram-se no espaço correspondente entre o minimal e o maximal dos conjuntos (atmosferas) envolvidas. As possibilidades desses conjuntos são, entretanto limitadas (finitas), pois os significados são construídos socialmente, segundo regras formais.

Assim, os sujeitos comunicam-se, mas nem tudo o que um sujeito comunica será considerado como válido por outros sujeitos – a validade do que foi comunicado por outrem será obtida ou não a partir da atmosfera semântica de quem recebe a comunicação: “*a frequência; a presença de conexões sociofuncionais entre os sujeitos e o compartilhamento de situações*”, isto é, do que aquela comunicação pode significar em um determinado contexto dadas as “*variações circunstanciais de sentido e relação intersubjetiva*” e as séries histórias (o “histórico” apreendido sobre o sujeito que comunica)⁷⁰.

As relações comunicativas fora do espaço maximal são relações potencialmente conflitivas. Nesse contexto, o Direito é um *lugar* em que se estabelecem regras

⁶⁸ PUGLIESI, Márcio. **Teoria do Direito**. 2ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2009, pp. 185-186.

⁶⁹ PUGLIESI, Márcio. **Teoria do direito**. 2ª. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 168-169.

⁷⁰ PUGLIESI, Márcio. **Teoria do direito**. 2ª. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 177.

que reduzem conflitos complexos a situações estruturadas para serem compreendidas como outras situações análogas, com vistas à manutenção do estado geral de coisas⁷¹. Dessa forma, o Direito interfere nos conflitos sociais – as normas jurídicas (incluídos os princípios gerais do direito) constituem *limites* às possibilidades de ação dos sujeitos, de maneira que se mantenham as estruturas de poder (que estabelecem as regras) e do conjunto de políticas globais ótimas⁷².

É, portanto, também um modelo semântico-pragmático que pode ser analisado pela *teoria dos jogos* (aos que ainda reclamam *algum* método), já que cada aplicação de uma norma jurídica pode ser considerada um lance em um jogo discursivamente estruturado, de acordo com as regras do jogo e dos lances passados⁷³.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adoção pela Hermenêutica Jurídica de concepções de sujeito posteriores à virada linguístico-pragmática leva à compreensão do intérprete da norma jurídica em sua singularidade, em função de seus elementos de pré-compreensão, a partir dos quais conhece das normas e as interpreta. Os critérios autorreferentes devem estar e os critérios heterorreferentes estão presentes na constituição do sujeito, sendo elementos de pré-compreensão. Assim, a aplicação das normas jurídicas ocorre em um contexto linguisticamente estruturado, em que a comunicação entre os sujeitos pode ser maior ou menor, e suas ações podem ser analisadas estrategicamente ao longo do tempo.

Resta superada assim a dicotomia colocada por Kuhn, haja vista que os critérios auto e heterorreferentes estão inseridos no mesmo conjunto de elementos de

⁷¹ PUGLIESI, Márcio. **Teoria do direito**. 2ª. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 173.

⁷² PUGLIESI, Márcio. **Teoria do direito**. 2ª. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 217.

⁷³ SCHUARTZ, Luis Fernando. **Norma, contingência e racionalidade - estudos preparatórios para uma Teoria da Decisão Jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 34.

pré-compreensão do sujeito. De forma que se pode considerar a reformulação do sujeito-intérprete um verdadeiro marco paradigmático para o Direito.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

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

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. "Neoconstitucionalismo e o constitucionalização do Direito - o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil ." In: **Neoconstitucionalismo**, por Regina Quaresma, Maria Lúcia de Paula Oliveira e Farlei Martins Riccio de Oliveira, 54. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BONAVIDES, Paulo. "Reflexões sobre nação, Estado social e soberania." **Estudos Avançados**, 2008: 201.

COMTE, Auguste. "**Discours sur l' esprit positif**." Bibliothèque Paul-Émile-Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi. 2002. http://classiques.uqac.ca/classiques/Comte_auguste/discours_esprit_positif/Discours_esprit_positif.pdf.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1978.

FEYERABEND, Paul. **Contra o método**. São Paulo: UNESP, 2011.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução: Fausto Castilho. Campinas, SP; Petrópolis, RJ: Editora UNICAMP; Editora Vozes, 2012.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo: Ícone, 2007.

LOPES, Núria. Um paradigma para o Direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

KELSEN, Hans. **A Teoria Pura do Direito**. 6ª. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, Thomas S. **The structure of scientific revolutions**. Chicago/ Londres: University of Chicago, 1996.

LARENZ, Karl. **Metodología de la ciencia del derecho**. Barcelona: Ariel Derecho, 2010.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Tradução: Luca Lamberti. Vols. 2 - O século XX. 3 vols. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. "Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica." In: **Hermenêutica plural**, por Carlos E. de Abreu Boucault e José Rodrigo Rodriguez, 127-157. São Paulo: Martins Fontes, 2002

MANOCCHI, Liliam Ferreira. **Paradigmas em Kuhn: contexto, imagem e ação**. São Paulo: Dissertação de Mestrado em Filosofia apresentada à PUC/SP, 2006.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. 13ª. Tradução: Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta lingüístico pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PUGLIESI, Márcio. **Teoria do direito**. 2ª. São Paulo: Saraiva, 2009.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994.

LOPES, Núria. Um paradigma para o Direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. São Paulo: Cortez, 2008.

SCHUARTZ, Luis Fernando. **Norma, contingência e racionalidade - estudos preparatórios para uma Teoria da Decisão Jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TOURAINÉ, Alain. **Un nuevo paradigma: para comprender el mundo de hoy**. Tradução: Agustín López Tobaias. Buenos Aires: Paidós, 2006.