

REGRAS E O PARADIGMA DA SUBSUNÇÃO: Verificação Da Validade Na Epistemologia Jurídico-Positivista À Luz Da Hermenêutica Filosófica.

RULES AND THE SUBSUMPTION PARADIGM: Validity Check Of Legal-Positivist Epistemology From A Philosophical Hermeneutics Point Of View.

Rafael Contreiras Costa Beber.¹

RESUMO

O presente artigo visa avaliar o método de afirmação da validade das regras jurídicas concebido pela doutrina positivista. A análise a ser empreendida será feita a partir dos pressupostos filosóficos que sustentam a estrutura epistemológica fundante do positivismo *lato sensu*, apresentando-se o contexto histórico das guinadas ocorridas no âmbito da filosofia, abordado a perspectiva da hermenêutica filosófica acerca de determinados dogmas ainda insuperados e pouco discutidos, quais sejam: a validade da regra jurídica dentro do esquema subsuntivo para sua aplicação. Espera-se conseguir ao final desta tarefa, a superação das bases metafísicas que sustentam as ideias do modelo teórico posto à crítica.

Palavras-chave: Positivismo. Superação da Subsunção. Silogismo jurídico. Filosofia Hermenêutica. Validade da regra jurídica.

ABSTRACT

This article aims to assess the method utilized to affirm the validity of rules inside the legal-positivism doctrine. The analysis will proceed through philosophical assumptions that sustain the foundational epistemology of *lato sensu* positivism. For its superation will be explained the historical context of philosophical yaw that occurred inside the philosophical paradigms, consolidating the approach from the philosophical hermeneutics and its vision of certain dogmas, rarely questioned, to know: the validity of legal rules inside the subsumption application method. Is expected to be achieved by the end of this task, the overcoming of metaphysical assumptions that underpin the ideas of the criticised theoretical model.

Keywords: Positivism. Subsumption method superation. Legal syllogism. Philosophical Hermeneutics. Validity of legal rules.

1 INTRODUÇÃO

Usualmente a afirmação de validade das regras jurídicas perante o ordenamento e a afirmação de sua veracidade são postas em planos distintos pelas teorias de direito positivistas. Essa distinção é representada pelo dualismo entre Direito e Ciência do Direito,

¹ Bacharel em direito pelo Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba. Advogado. e-mail: rafael@pellegrino.adv.br

considerando-se aquele objeto de estudo desse (KELSEN, 1998, p. 78). No âmbito do Direito consideram-se as normas jurídicas, colocadas pela autoridade competente para regulamentar condutas, que serão evidenciadas válidas ou inválidas, a depender do modo como forem criadas. O papel da Ciência do Direito, que está em plano “superior”², é descrever essas normas com fito de construir-se uma ciência (FOLLONI, 2013, p. 67), pois que, suas acepções acerca do Direito serão tomadas como verdadeiras ou falsas. Essa concepção, nomeadamente observada em Kelsen, é estruturada sobre a perspectiva dualista kantiana acerca do conhecimento (razão teórica x razão prática), onde observa-se uma cisão entre ciência e o mundo prático, sendo aquela a chave de possibilidade para o conhecimento deste. Conforme Lenio Streck:

Para o positivismo de matriz kelseniana, o vínculo entre verdade e validade dava-se da seguinte maneira: a validade é atributo das normas jurídicas, como prescrições objetivas da conduta; ao passo que a verdade é uma qualidade própria das proposições jurídicas que, na sistemática da teoria pura do direito, descrevem – a partir de um discurso lógico – as normas jurídicas. Ou seja, novamente estamos diante da principal operação epistemológica operada por Kelsen, que é a cisão entre direito e ciência jurídica. O direito é um conjunto sistemático de normas jurídicas válidas, ao passo que a ciência jurídica é um sistema de proposições verdadeiras. Disso decorre o óbvio: *normas jurídicas* ou são *válidas* ou *inválidas*; *proposições jurídicas* são *verdadeiras* ou *falsas*. (STRECK, 2011. p. 469)

Nossa cultura jurídica parece estar assentada em dois paradigmas, a saber, (i) no positivismo normativista desenvolvido por Hans Kelsen, teoria calcada no formalismo jurídico³, fechada em si mesma e propagada como ciência absoluta (VILANOVA, 2005. p. 168.), e (ii) no denominado Neoconstitucionalismo, corrente que encontra na "abertura dos princípios" a solução adequada para o problema da indeterminabilidade dos textos legislativos e sua pretensa natureza superadora do primeiro paradigma⁴. O problema incrustado nesses paradigmas é conduzir, frente ao que se anuncia como “caráter de indeterminabilidade das regras”, a decisão judicial de maneira discricionária, deixando-se ao alvedrio do julgador a escolha da solução para o caso em apreço:

²A Ciência do Direito é concebida como uma metalinguagem, ou seja, uma linguagem que fala/traduz outra linguagem. CF. (CARVALHO, 2011; GUAISTINI, 2005, p. 87/96; VILANOVA, 2005, p. 75)

³[...] a concepção formal do direito define portanto o direito exclusivamente em função da sua estrutura formal, prescindindo completamente do seu conteúdo - isto é, considera somente *como* o direito se produz e não o que ele estabelece." (BOBBIO, 2006. p. 145.)

⁴[...] por qualquer viés que se olhe o fenômeno, fica claro que, no âmbito da questão teórico-interpretativa, o movimento neoconstitucionalista [...] não apresenta uma contribuição significativa para a superação do protagonismo judicial presente naquelas posturas críticas do formalismo jurídico do final do século XIX (Escola do Direito Livre, Jurisprudência dos Interesses e Jurisprudência dos Valores). No limite, é possível afirmar que o neoconstitucionalismo representa apenas a superação do positivismo primitivo. Na verdade, o neoconstitucionalismo, ao invés de representar uma solução para o problema da decisão, propicia ainda um maior protagonismo judicial." (STRECK, 2011. p. 65.)

[...] as normas jurídicas de um ordenamento não “cobrem” todas as hipóteses de aplicação. Isso quer dizer que haverá “casos difíceis” que não serão solucionáveis pelas normas jurídicas existentes; daí o recurso à discricionariedade, poder “delegado” aos juízes (é nesse ponto que o positivismo se liga umbilicalmente ao sujeito solipsista – *Selbst-süchtiger* – da modernidade). Tais questões, de um modo ou de outro, estão presentes em Kelsen e Hart, que constituem, assim, o “ovo da serpente do positivismo contemporâneo” (portanto, pós-exegético), ainda que realistas jurídicos, como Alf Ross, tenham, sob outro viés, parcela significativa de responsabilidade nesse *affair*. Kelsen “desiste” de enfrentar o problema dos “casos difíceis” (embora deles não fale, na especificidade), deixando a cargo dos juízes tal solução, a partir de um “ato de vontade” (daí se falar do “decisionismo kelseniano”). Já Hart confia plenamente nos juízes para a resolução dos casos difíceis, desde que tal “escolha” se dê no interior da zona de penumbra da norma. Ao transferir o problema da normatividade kelseniana para a decisão judicial, Ross confirma aquilo que se pode denominar de positivismo fático (o sentido da norma se dá na decisão). Mas, em todos eles, está presente a indissociabilidade entre “discricionariedade/arbitrariedade e o sujeito do esquema sujeito-objeto. (STRECK, 2011. p. 63.)

Nesse sentido, o presente artigo pretende investigar a validade das regras jurídicas, pois culmina como a justificativa primordial de qualquer decisão proferida nos moldes apontados. O objetivo é demonstrar a superação desse modelo ideal positivista na solução de controvérsias a partir da guinada/virada linguística-ontológica ocorrida no âmbito da filosofia.

2 A VALIDADE DA REGRA JURÍDICA

A primazia de um ordenamento jurídico nos moldes positivistas é sua suposta autossuficiência; sua unidade e coerência normativa autopoiética (CARVALHO, 2011. p. 180 e ss); quer dizer, a possibilidade de sustentar-se independentemente de qualquer fator externo à sua própria ciência. Assim, o método de avaliação da validade da regra jurídica (norma) é desenvolvido, em síntese, numa construção de hierarquia formal entre as regras do ordenamento: para ser válida, a regra inferior deve respeitar a regra superior, numa cadeia sucessiva até a Constituição, a qual se estabelece no topo ou na base da ordem jurídica. A partir dela, será formada toda uma casta legislativa: Leis, Decretos, Regulamentos, etc⁵.

⁵Pode-se verificar o que descrito nesta passagem: “[...] o cidadão é obrigado a ressarcir o dano por um ato ilícito, visto que assim estabelece o juiz com sua norma particular (que condena quem causou o dano); por sua vez, o juiz estabeleceu a norma porque para isto foi autorizado pela lei; a lei (que os constitucionalistas chamam de ‘lei ordinária’) foi posta pelo Parlamento, autorizado pela Constituição (ou lei constitucional); A constituição, por sua vez foi estabelecida pelo poder constituinte [...]” (BOBBIO, 2006. p. 201).

Entretanto, não há uma norma posta (positivada) capaz de dar sustento à Constituição, de modo que as teorias positivistas justificam a supremacia e autoridade positiva do ordenamento numa norma suprema que é "*suposta* pelo jurista [...] trata-se de uma *hipótese* ou um *postulado* ou um *pressuposto* do qual se parte no estudo do direito." (BOBBIO, 2006, p. 201). Este é o aforismo metafísico da epistemologia que sustenta o Positivismo Jurídico: atribuir a uma norma *pressuposta*, improvável e intangível, a condição autorizativa para se criar leis (direito) que exercem influência sobre as condutas adotadas pelo cidadão.

Cabe neste contexto, rapidamente, apresentar as normas asseguradoras de validade construídas pelas teorias de (i) Hans Kelsen, onde recebeu o nome de "norma fundamental", e (ii) de Herbert Hart onde foi chamada de "regra de reconhecimento".

i) Hans Kelsen e a Norma Fundamental:

O autor austríaco ao formular sua Teoria Pura do Direito afastou todos fatores considerados alheios ao próprio Direito (KELSEN, 1998, p. 1), fechou-o em um mundo de normatividade (de dever-ser) deixando de fora os fatos da realidade (ser). Isso não significa dizer que o Direito não mantém relação com os fatos da realidade, até porque estes estarão estampados de algum modo nos comandos que emanam das normas, antes aponta para a validade do próprio Direito. Nesse sentido explica Sônia Mendes:

Kelsen não deixa de considerar que o direito não prescinde das relações do mundo do ser, isto é, dos fatos, das relações sociais. Essas são condições *sine qua non* para o direito. No entanto, o que faz com que o direito possa ser assim considerado não são os fatos, as relações do mundo do ser, mas as relações do dever-se, ou seja, estas relações são a condição *per quam* (MENDES, 2007, p. 113).⁶

O Direito, nessa perspectiva, é uma ordenação de normas (jurídicas) que ditam como as coisas devem ser, independentemente de sua faticidade (de como são). Põe-se de lado qualquer sentido subjetivo que o indivíduo possua sobre sua conduta, depositando na norma a razão objetiva de sua prática. As normas prescrevem tanto condutas que deverão ser observadas pelas pessoas, quanto processos e critérios para elaboração de outras normas (KELSEN, 1998, p. 2-10 e 33-35) Nesse sentido, a organização do ordenamento será escalonada. Conforme o próprio Hans Kelsen:

⁶CF. Kelsen (1998, p. 216)

A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida por ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segunda as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. (KELSEN, 1998, p. 247)

Esse esquema representa o pressuposto de validade de todas as normas do ordenamento. Agora, ao se chegar à última norma, ou seja, a Constituição, o que lhe possibilita a validade? Hans Kelsen aponta para a norma fundamental. Diferentemente das demais normas do ordenamento jurídico, que serão sempre conduzidas a um teste de validade silogístico, a norma fundamental deve necessariamente ser "posta como premissa maior no topo de um silogismo, sem que ela própria possa ser afirmada como conclusão de um silogismo que fundamente a sua validade", significa dizer, "é pressuposta como norma fundamental" (KELSEN, 1998, p. 226), de modo que atribui toda validade objetiva do ordenamento a esta norma⁷. Resta questionar:

[...] no que se funda a norma fundamental?, ou respondemos fazendo referência a uma outra norma, agora estaríamos diante de um *recursus ad infinitum*; ou respondemos que tal norma existe juridicamente enquanto for de fato observada, e recaímos na solução que se desejava evitar com a teoria da norma fundamental, isto é, fazemos depender o direito do fato. (BOBBIO, 2006, p. 201-202)

É nesse sentido que a construção do Direito consegue se justificar avaliativa, querendo se caracterizar como ciência (BOBBIO, 2006, p. 201-202). Recorrendo a uma norma hipotética é possível dar aso a tentativa de "purificação" do direito e assumi-lo como:

[...] *fato*, e não como *valor*: [...] deve ser excluída toda qualificação que seja fundada num juízo de valor e que comporte distinção do próprio direito em bom e mau, justo e injusto [...] o juspositivista estuda o direito *real* sem se perguntar se além deste existe também um direito *ideal* (como o natural), sem fazer depender a validade do direito real da sua correspondência com o direito ideal. (KELSEN, 1998, p.136)

Acerca desse fundamento último de validade, pertinente é a afirmação de Sônia Mendes:

⁷"A função desta norma fundamental é: fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das normas postas através de atos de vontade humanos, de uma ordem coerciva globalmente eficaz, quer dizer: interpretar o sentido subjetivo destes atos como seu sentido objetivo." (KELSEN, 1998, p. 225-226).

A busca de um fundamento de validade para o sistema jurídico é uma constante na teoria do Direito. Como visto até aqui, esse fundamento sempre foi colocado fora do Direito positivo e Kelsen não conseguiu oferecer uma solução diferente na sua teoria. A validade de todo o sistema baseada numa norma pressuposta que se encontra acima de todas as normas postas, cujo sentido remete à norma posta hierarquicamente superior a todas as demais, ou seja, à Constituição. Não é possível deixar de reconhecer que, embora a sua teoria consiga dar tratamento científico a vários aspectos do Direito, neste caso, sua premissa de pureza com o estudo científico do Direito tomando-se como base apenas o dever-ser fica maculada (MENDES, 2007, p 121.)

ii) Herbert Hart e a Regra de Reconhecimento:

Herbert Hart, jurista de tradição inglesa, partiu da teoria positivista-imperativa elaborada por John Austin, onde o direito é considerado como a expressão de vontade (desejo) de uma força soberana (monarca ou grupo soberano) traduzida em um *comando (dever)* dirigido aos que lhe são subordinados, sob força de uma ameaça (sanção) (BOBBIO, 2006, p. 101 e ss). Criticando-a em alguns pontos, delineou a sua própria teoria (MENDES, 2007, p. 129).

De acordo com Hart, há necessidade de se superar a ideia de um ordenamento jurídico erigido sob a ameaça de um soberano, pois carece de elementos capazes de justificar um "sistema jurídico moderno" (HART, 2001, p. 89-91). Há necessidade, defende:

[...] de distinguir entre dois tipos de regra diferentes, embora relacionados, se quisermos fazer justiça à complexidade de um sistema jurídico [...] As regras do primeiro tipo dizem respeito a ações que envolvem movimento ou mudanças físicas; as regras de segundo tipo tornam possível atos que conduzem não só a movimento ou mudança físicos, mas à criação de deveres e obrigações. (HART, 2001, p. 89-91)

Esta afirmação representa de forma sucinta a estrutura de validade concebida por Hart. Para o autor há dois aspectos que devem ser notados para justificativa das regras serem algo além da mera hostilização daquele que descumprir a obrigação por elas anunciada. São eles, o aspecto interno e externo, nesse sentido explica:

O ponto de vista externo pode reproduzir de forma bastante aproximada o modo por que as regras funcionam como tais, relativamente à vida de certos membros do grupo, nomeadamente dos que rejeitam as respectivas regras e só se preocupam com elas quando e porque consideram que provavelmente se seguirão consequências desagradáveis à respectiva violação [...] O que o ponto de vista externo [...] não pode reproduzir é o modo pelo qual as regras funcionam como regras relativamente às vidas daqueles que são normalmente a maioria da sociedade. Estes são os funcionários, os juristas ou as pessoas particulares que as usam, em situações sucessivas, como guias de conduta da vida social, como base para pretensões, pedidos, confissões, críticas ou castigos, nomeadamente em todas as circunstâncias negociais familiares a vida, de harmonia com as regras. **Para eles, a violação da regra não é apenas uma base para predição de que se seguirá uma reacção hostil, mas uma razão para a hostilidade.** (g.n.) (HART, 2001, p. 98)

Para existir essa "razão", é necessário que toda comunidade aceite a regra como tal. Essa aceitação será transposta em uma das três regras secundárias⁸ que o autor faz menção em sua teoria, a chamada "regra de reconhecimento". É "uma regra para a identificação concludente das regras primárias de obrigação". Numa sociedade simples esta regra poderá ser uma simples menção em texto legislativo, como afirma o jurista, porém, adverte, "num sistema jurídico desenvolvido, as regras de reconhecimento são, claro, mais complexas" podendo possuir diversos critérios para a validação das regras primárias⁹.

Por ser ela mesma, a regra de reconhecimento, aquela que permite as outras regras serem validas, não pode ela mesma passar por esta validação (HART, 2001, p. 120) devendo ser tida como regra última e suprema de um ordenamento, em sentido *similar* à norma hipotética fundamental de Kelsen (MENDES, 2007, p. 134), pois dela decorrerá o sentido de unidade no ordenamento.

Da breve exposição, concluímos com dizeres de Lenio Streck:

⁸ "[...] à medida que a vida social vai se tornando mais complexa, surge a necessidade de novas regras, pois as primárias não conseguem resolver os novos problemas que vão surgindo. Esses problemas referem-se à necessidade de dissipar dúvidas sobre quais são as regras válidas que se devem observar para se ter certeza e segurança como se devem modificar ou derrogar as regras existentes, adaptando-as às novas circunstâncias sociais e de que forma se devem resolver os conflitos sobre a aplicação das regras nos casos concretos [...] [Assim, são necessárias – acrescentei] [...] regras que permitam determinar quais são as fontes dotadas de autoridade para emanar as regras primárias; regras que estabeleçam os mecanismos e órgão competentes para modificar ou derrogar as regras primárias; e, por fim, regras que possibilitem resolver as controvérsias sobre a aplicação das regras primárias mediante a atuação de órgão e procedimentos destinados a esse fim. Surgem então as chamadas regras secundárias que não estão dirigidas às condutas dos membros da comunidade, mas que se referem às regras primárias de obrigação." (MENDES, 2007, p. 131)

⁹ "Num moderno sistema jurídico, em que existe uma variedade de <<fontes>> de direito, a regra de reconhecimento é correspondentemente mais complexa: os critérios para identificar o direito são múltiplos e comumente incluem uma constituição escrita, a aprovação por uma assembleia legislativa e precedentes judiciais." (HART, 2001, p. 104 e 112).

[...] [A] regra de reconhecimento está para Hart assim como a norma hipotética fundamental está para Kelsen: em ambos os casos, funcionam como resposta para o problema do fundamento último do sistema jurídico. Todavia, a regra de reconhecimento tem um caráter mais “sociológico” do que a norma hipotética fundamental kelseniana. Como afirma Hart: “*sua existência* (da regra de reconhecimento – acrescentei) *é uma questão de facto.*” (STRECK, 2011, p. 471)

Portanto, tem-se que a validade da norma jurídica (regra) nos moldes apresentados é atribuída a sua mera existência dentro do ordenamento jurídico (MENDES, 2007, p. 151), “significa dizer que tal norma faz parte de um ordenamento jurídico real, efetivamente existente numa dada sociedade” (BOBBIO, 2006, p. 137)¹⁰. Essa noção de validade, porém, deve ser afastada se o pretendido é a coerência do ordenamento com o acontecer da constituição e dos casos concretos.

3 SUPERANDO O ESQUEMA SUBSUNTIVO: O ACONTECER DO “CASO CONCRETO”

Para sucesso da tarefa aqui empreendida faz-se necessário a apresentação de um “novo” modelo estrutural na epistemologia jurídica, avançando o caminho aberto pelo positivismo normativista kelseniano. Deverão ser “abandonados” os pressupostos filosóficos em que erigido, e que suportam a natureza das regras jurídicas. A noção de validade e pertencimento da regra deverá ficar adstrita ao momento em que acontece como regra, quer dizer, quando da interpretação/aplicação dos textos prescritivos em razão do caso concreto. Os efeitos que por ventura emanem dessa regra jurídica, necessariamente, deverão estar em harmonia e coerência com os princípios. Respeitados os princípios será reputada válida, desrespeitando-os não o será. Simples. O complicado em determinadas situações é apontar o que são e que conteúdo manifestam os princípios, o que não se abordará de forma direta neste trabalho.

Talvez, se pudesse, para fins de estudo, destacar em dois momentos a análise de validade, em um primeiro momento seria avaliada a forma como foi concebida a regra em seu aspecto técnico (em referência ao positivismo e o pertencimento ao ordenamento), e num segundo momento a validade da regra desvelada quando enfrentado um caso concreto. De

¹⁰ “[...] ser norma válida quer significar que mantém relação de pertinencialidade com o sistema “S”, ou que nele foi posta por órgão legitimado a produzi-la, mediante procedimento estabelecido para esse fim. A validade não é, portanto, atributo que qualifica a norma jurídica, tento *status* de relação: é o vínculo que se estabelece entre a proposição normativa e o sistema do direito posto, de tal sorte que dizemos que u’a norma ‘N’ é válida, estaremos expressando que ela pertence ao sistema ‘S’ [...]”. (CARVALHO, 2011, p. 114-115.)

qualquer sorte, nos interessaria apenas o segundo momento da averiguação, tanto porque no primeiro momento não estaríamos percebendo os efeitos do que enunciado, visto o texto legislativo, naquele primeiro momento, "pender" de interpretação.

A argumentação seguirá analisando-se o enunciado prescritivo frente ao caso concreto, passando pelo porquê de interpretar ser aplicar até o desvelamento da regra jurídica, apontando para o direito a ser efetivado, o comando que se deverá seguir. Nesse momento também será apurado se a solução alcançada com a regra está de acordo com os princípios do ordenamento jurídico, sendo, então, possível declarar ou a validade da regra jurídica ou sua incompatibilidade com o ordenamento. Concluindo-se por sua incompatibilidade, há necessidade de ser declarada inválida e afastada.

Dessa ideia que se seguira a noção de interpretação conforme à Constituição e da nulidade parcial sem redução de texto, devendo sempre que for o caso, ser(em) aplicada(s) pelos juízes e tribunais:

[...] além de praticar o controle difuso de constitucionalidade *stricto sensu*, pelo exame da parametricidade entre os normativos e o texto constitucional, tenho incentivado e defendido a utilização dos contemporâneos mecanismos aptos à realização da filtragem hermenêutico-constitucional das leis. Entre outros, lembremos a interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*) e a nulidade (inconstitucionalidade) parcial sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*), os quais definitivamente foram incorporados à normatividade jurídico-brasileira, a partir da edição da Lei n. 9.868/99, que taxativamente os alça à categoria de formas de controle de constitucionalidade. Tais mecanismos, a toda evidência, podem e devem ser utilizados em sede de controle difuso (juízes singulares e tribunais), não sendo monopólio do Supremo Tribunal Federal. (STRECK, 2011, p. 151)

O "caso concreto" é uma situação de controvérsia intersubjetiva. Quando dois sujeitos envolvidos em determinada situação não acordam acerca dos direitos que possuem em razão da posição que se encontram, invocam o Estado, que chama para si a responsabilidade de resolver o conflito instaurando dizendo qual "direito" as partes possuem. A atividade judicante do Estado é exercida com base em seu poder de jurisdição, por intermédio do Poder Judiciário, mormente pelos juízes vinculados a este Poder. A maneira com a qual os juízes encaram essa atividade; como "dizem o direito", é a questão em pauta.

Assim, entender interpretação como o momento de aplicação do direito será a chave de abertura à novas possibilidades cognitivas para o juiz/jurista. Essas duas atividades

(interpretação/aplicação) estão compreendidas, incessíveis, num único momento. Quando acontecem, acontecem juntas.¹¹ Explica-se.

3.1 SOBRE A INCINDIBILIDADE DOS MOMENTOS DE INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO: PORQUE INTERPRETAR É APLICAR?

Aqui traz-se um pequeno contexto histórico, partindo do giro linguístico, da invasão da filosofia pela linguagem (STRECK, 2011, p. 212), ocorrida no início do século XX tendo, tendo (se assim se puder afirmar) como representação máxima do racionalismo científico defendido pelo Círculo de Viena, o primeiro trabalho de Ludwig Wittgenstein, até a chamada virada-ontológica operada por Martin Heidegger e sequenciada por Hans-Georg Gadamer no desenvolvimento de sua hermenêutica filosófica. Essas passagens representam rompimentos paradigmáticos, reestruturando a maneira do homem se relacionar com mundo e, conseqüentemente, com o conhecimento.

O giro linguístico ou *linguistic turn*, ganhou forma com o positivismo lógico, o racionalismo defendido pela corrente é visto no *Tractatus* de Wittgenstein, na obra em que o mencionado autor procurou aprisionar a fenomenologia dentro de frases matemático-formais. Também conhecido como Círculo de Viena, a escola filosófica do neopositivismo lógico sustentou a necessidade de um rigor linguístico para se fazer ciência, Luis Alberto Warat explica:

[...] a primeira ideia que devemos reter do Positivismo Lógico é sua obsessiva preocupação com a linguagem da ciência: a ciência se faz com a linguagem, mas, em última instância é a própria linguagem. Dessa forma, a compreensão coerente e sistemática do mundo é obtida através da linguagem. (WARAT, 1995. p. 38.)

Sem rigor linguístico para descrever a realidade, as chances de conceituações indeterminadas pela utilização da linguagem natural era enorme, frustrando o projeto científico (STRECK, 2011, p. 212). A linguagem então foi estruturada e desenvolvida a partir de três diferentes prismas: a sintaxe, a semântica e a pragmática. A sintaxe considera a formatação da linguagem enquanto linguagem, a organização interna de seus signos; A

¹¹ "Interpretação e aplicação não se realizam autonomamente. O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado [Gadamer 1991:397]; a interpretação do direito consiste em *concretar a lei* em cada caso, isto é, na sua *aplicação* [Gadamer 1991:401]. Assim existe uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só operação [Marí 1991:236]" (GRAU, 2006, p. 90.)

semântica abrange a relação entre linguagem e realidade empírica, sendo aquela verdadeira se puder ser conformada com essa; e a pragmática trabalha com a inter-relação entre linguagem e usuário, tendo ligação direta entre o discurso proferido e o seu significado (WARAT, 1995, p. 38-47). Como observa Lenio Streck:

A condição semântica de sentido pressupõe estar efetivada a condição sintática desse sentido. A junção das duas condições de sentido pode ser denominada de condição positivista de sentido. A partir da concepção semântica de verdade tornam-se sem sentido enunciados que não possuem referência empírica. Os critérios de organização positivista das linguagens científicas desqualificam os âmbitos ideológicos de significação. (STRECK, 2011, p. 212)

Essa estrutura foi utilizada por Hans Kelsen na concepção de seu TPD sendo uma proposição jurídica verdadeira quando estiver de acordo com o conteúdo da norma (WARAT, 1995, p. 43), porém, Warat denuncia:

[...] o processo de verificação kelseniano implica em um processo de coisificação dos conteúdos das normas, não sendo, na verdade, mais que uma das formas de operatividade e reforço epistemológico das funções de fetichização das normas. O conteúdo das normas cumpre funções sociais que em nada se referem às ideias platônicas acerca dos conteúdos significativos que possam ser vistos como elementos provenientes da natureza.

A sequência evolutiva do paradigma linguístico é dada pelo próprio Wittgenstein, em seu segundo livro "Investigações Filosóficas", onde opera um rompimento em seus entendimentos acerca da linguagem. Em verdade, questiona toda a tradição sobre o papel da linguagem para o conhecimento humano, culminando numa reviravolta-pragmática da linguagem. (OLIVEIRA, 2006, p. 117). Se num primeiro momento a criação de uma linguagem rígida como fator epistêmico foi considerada necessária para a mais perfeita descrição do mundo, replicando a estrutura ontológica da realidade, numa concepção instrumentalista-designativa-objetivista, visando vencer as incertezas da linguagem natural tida como imprópria para a construção de conhecimento. Num segundo momento Wittgenstein irá superar essa ideia de linguagem como fator secundário, atribuindo-lhe o papel de resultado do conhecimento humano, alçando-a como a própria condição de possibilidade do ato de conhecer, e é nesse sentido que se rompe com o paradigma. Como explica Manfredo A. de Oliveira:

Desde o *Crátilo* de Platão, a linguagem é considerada como instrumento secundário do conhecimento humano. O mundo conhecido reflete-se valendo-se das frases da linguagem. Há, pois, uma relação entre linguagem e mundo, realizada por meio do caráter designativo da linguagem: as palavras são significativas na medida mesma em que designam objetos [...] Para saber qual é a significação de uma palavra qualquer, temos que saber o que é por ela designado. [...] para a execução dessa tarefa de comunicação do já conhecido sem a linguagem, a linguagem sempre foi vista pela tradição como uma mediação necessária [...] nesse sentido [...] a linguagem é condição de possibilidade da comunicação do resultado do conhecimento humano, porém nunca, [...] condição de possibilidade do próprio conhecimento humano (OLIVEIRA, 2006, p. 117).

Considerar a linguagem como apenas designativa do mundo é ideia que sempre esteve intrinsicamente conectada com o modo do homem se relacionar e conhecer as coisas do mundo. E de uma forma ou de outra, a filosofia sempre trabalhou com o paradigma de que as coisas possuem essência, sendo papel do homem, através de sua consciência, descobri-las e ordena-las (OLIVEIRA, 2006, p. 122).

A argumentação de Wittgenstein se dirige, em primeiro lugar ao cerne dessa concepção, ou seja, sua visão da linguagem e sua função no conhecimento humano. Para a tradição existe um mundo "em si, cuja estrutura podemos conhecer pela razão e depois comunicar aos outros por meio da linguagem. A linguagem é instrumento secundário de comunicação de nosso conhecimento do mundo [...] Wittgenstein desce às *pressuposições epistemológicas* desta posição: que o conhecimento humano é algo não linguístico [...] É exatamente essa pressuposição da teoria linguística do *Tractatus* que agora é posta em questão: não existe um mundo em si independente da linguagem, que deveria ser copiado por ela. Só temos o mundo na linguagem; nunca temos o mundo em si, imediatamente, sempre *por meio da linguagem*.(OLIVEIRA, 2006, p. 126-127)

O problema é então superado por Wittgenstein com um avanço em relação ao o dualismo epistemológico-antropológico sustentado por toda a filosofia. Não será o homem a partir de seu conhecimento que irá dar sentido as palavras e frases, e sim "o próprio uso das palavras nos diversos contextos linguísticos e extralinguísticos, nos quais as palavras são empregadas" (OLIVEIRA, 2006, p. 133-134) que lhes darão a tônica de significado. Essa é a ideia expressada pela virada pragmática na linguagem, fator até então ignorado pelo neopositivismo. Nessa toada, como salientado Wittgenstein:

Parte da ideia de que não existe um mundo em si, que independa da linguagem; *somente temos o mundo na linguagem*. As coisas e as entidades se manifestam em seu ser precisamente na linguagem. [...] A linguagem deixa de ser um instrumento de comunicação do conhecimento e passa a ser *condição de possibilidade* para a própria constituição do conhecimento [...] Abandona-se o ideal de exatidão da linguagem, porque a linguagem é indeterminada. O ideal da exatidão é um mito filosófico. Esse ideal de exatidão completamente desligado das situações concretas de uso carece de qualquer sentido (...) o que significa dizer que é impossível determinar a significação das palavras sem uma consideração do contexto socioprático em que são usadas. (STRECK, 2011, p. 216)

A teoria foi desenvolvida através do que restou denominado pelo autor como "jogos de linguagem", segundo Sônia Mendes:

Os jogos seriam uma forma de vida, pois a linguagem é sempre utilizada no meio social e cada atividade se utiliza de uma linguagem comum, por exemplo, a linguagem escolar, a linguagem jurídica, a linguagem artística. As palavras são como ferramentas que têm múltiplas utilidades e "as palavras são também acções". Essa linguagem faz parte da vida de cada pessoa e somente nesse contexto pode ser compreendida porque as regras utilizadas são aquelas comuns a todos que se utilizam dessa linguagem, o que faz com que seja garantida a eficácia da comunicação. (MENDES, 2007, p.62)¹²

Acabam-se os conceitos e as essências, fora de uma prática, palavras e frases nada significam, pois "a linguagem é sempre ambígua" (STRECK, 2011, p. 216-218). O deslocamento da possibilidade de conhecimento do mundo para o âmbito da linguagem, sendo esta entendida como o próprio acontecer do mundo, retira dos ombros do sujeito a responsabilidade de determinar as coisas a partir de si, " 'simplesmente' não mais assujeita' as coisas, os sentidos e o conhecimento; ele agora responde a uma relação intersubjetiva em que existe um *a priori* compartilhado, lócus dos sentidos que se antecipam a esse "sujeito" " (STRECK, 2011, p. 224). Desse ponto em diante, afirma Lenio Streck:

[...] o que efetivamente importa é que a *linguagem passou a ser condição de possibilidade do próprio filosofar*. O conhecimento não vem antes do compreender [...] o compreender se dá na e pela linguagem; logo, o conhecimento, que somente ocorre na linguagem, não mais tem a linguagem como veículo ou uma terceira coisa [...] *é na linguagem que há a surgência do mundo*. É na linguagem que o mundo se desvela. Pela linguagem o mundo nos aparece e se dá enquanto mundo. (STRECK, 2011, p. 223)

E com isso conclui:

¹²CF. (OLIVEIRA, 2006, p.137 e ss; ROHDEN, 2005.)

[...] no giro (linguístico-pragmático - acrescentei) a invasão que a linguagem promove no campo da filosofia transfere o próprio conhecimento para o âmbito da linguagem, onde o mundo se descortina; é na linguagem que se dá a ação; é na linguagem que se dá o sentido (e não na consciência do sujeito-intérprete) (STRECK, 2011, p. 224)

Nessa atribuição da linguagem como fundamento de toda e qualquer epistemologia, no sentido de estruturar a possibilidade de conhecimento das coisas, há uma aproximação entre o que teorizado por Wittgenstein e por Martin Heidegger, porém este irá além. Onde o foco era esclarecer o uso da linguagem apenas enquanto objeto de comunicação intersubjetiva¹³, Heidegger passou-se a tratar da linguagem como a condição de possibilidade de existência do homem, fundamento primeiro de qualquer desenvolvimento científico possível de ser arquitetado¹⁴. Assim, a postura em relação a linguagem deve ser revista, esta deixa de ser mero objeto utilizado pelo homem para comunicação de seus atos:

[...] todo pensar já se movimenta no seio da linguagem, ou seja, se articula numa abertura, num espaço linguisticamente mediado, no qual se abrem para nós perspectivas para a experiência do mundo e das coisas. Quando falamos da linguagem, diz Heidegger, nunca abandonamos a linguagem, mas sempre falamos a partir dela. Nosso ser-no-mundo é, portanto, sempre linguisticamente mediado, de tal maneira que é por meio da linguagem que ocorre a manifestação dos entes a nós [...] o originário não é que falamos da linguagem e dela nos utilizamos para poder manipular o real, mas, antes, que a linguagem nos marca, nos determina, e nela se dá a revelação dos entes a nós, o que só é possível porque, em sua dimensão última, a linguagem é o evento de desvelamento do sentido do ser. (OLIVEIRA, 2006, p. 206)

O homem deve compreender a sua história enquanto homem, e a história das coisas com as quais se relaciona para poder se movimentar no mundo. É nesse sentido que deve se dar a interpretação do ser:

¹³"[...] se a crítica - correta - de Wittgenstein ao reducionismo da linguagem deve ser superada por outras forma de usá-la, nós pretendemos ratificar e ampliar isso afirmando que há um pré-racional, há uma dimensão ontológica que é anterior e ultrapassa a concepção de usos múltiplos que podemos fazer da linguagem. Não encontramos esse passo, por assim dizer mais amplo, "além", no 2º Wittgenstein, mesmo que tenha ampliado o uso objetivista da linguagem. Isso nos conduz ao modo de filosofar de M. Heidegger e de H.-G Gadamer, para quem a linguagem não se reduz apenas a diferentes e múltiplos usos. Nela e com ela não apenas fazemos coisas - atos ilocucionários, perlocucionários - ou descrevemos *a posteriori*, mas desde sempre somos."(ROHDEN, 2005, p. 63)

¹⁴"Heidegger pretende, não negando o valor do caráter instrumental da linguagem, é fazer o '*passo para trás*' que, para ele, não constitui uma pesquisa a mais ao lado das ciências e da filosofia da tradição, mas é uma descida a seus 'fundamentos', pois é essa relação originária que é sempre pressuposta em toda ciência e filosofia." (OLIVEIRA, 2006, p. 205)

Para Heidegger, a tematização da questão do sentido do ser passa necessariamente por uma análise do homem, enquanto ente cujo ser consiste em compreender ser: o ser se dá; nesse sentido, só há mundo e só á verdade, porque o homem é *Dasein*, isto é, o eis-aí-ser, portanto a presença a revelação, o desvelamento do ser. (OLIVEIRA, 2006, p. 208-209)

Isto é a ontologia hermenêutica de Heidegger: "uma interpretação do sentido de ser, enquanto sentido, que subjaz a toda e qualquer atividade do homem no mundo" (OLIVEIRA, 2006, p. 209). Assim, conclui Lenio Streck:

[...] em tudo aquilo com que ele se relaciona, o homem já compreendeu o ser, ainda que ele não se dê conta disso. Há, em toda ação humana, uma compreensão antecipadora do ser que permite que o homem se movimente no mundo para além de um agir no universo meramente empírico, ligado a objetos. Nos relacionamos com as coisas, com o empírico, porque de algum modo já sabemos o quê e como elas são (STRECK, 2011, p. 240).

E continua em passagem esclarecedora:

Didaticamente, podemos dizer: o fato de podermos dizer que algo *é*, já pressupõe que tenhamos dele uma compreensão, ainda que incerta e mediana. E mais! Só nos relacionamos com algo, agimos direcionamos nossas vidas na medida em que temos uma compreensão do ser. Ao mesmo tempo, **só podemos compreender o ser na medida em que já nos compreendemos em nossa *faticidade***. (g.n.) (STRECK, 2011, p. 240)

A *faticidade*¹⁵ é "fundamentalmente existência, isto é, compreensão prévia do sentido do ser [...] o homem possui uma compreensão de si, dos utensílios com que lida e dos entes de seu mundo" (OLIVEIRA, 2006, p. 209). O modo de compreensão proposto por Heidegger, como afirmado, é o próprio ser do homem; do ser-aí, quer dizer; o compreender é o modo-de-ser no mundo do ser-aí e é dado a partir da experiência histórica que lhe é trazida através da linguagem. Pertinente os apontamentos de Manfredo A. de Oliveira:

¹⁵“A *faticidade* da pre-sença (*Dasein* - acrescentei), a existência que não pode ser fundamentada nem deduzida, deveria representar a base ontológica do questionamento fenomenológico, e não o puro ‘cogito’[...]” (GADAMER, 2005, p. 341)

A linguagem é um dizer, dizer no sentido original da palavra, isto é, mostrar deixar aparecer, ver, ouvir. A linguagem deixa aparecer o ser como, sentido; ela é, por isso, a casa do ser. Ser o ser emerge enquanto linguagem, a linguagem é o caminho necessário de nosso encontro com o mundo, já que é o sentido que funda e instaura todo sentido [...] em todo saber de nós mesmos, como em todo saber do mundo, já sempre estamos envolvidos pela linguagem, em que se dá a clareira do ser, onde se manifesta a compreensão do ser [...] Em, suma, aprendemos a nos conhecer, a conhecer os homens e o mundo na medida em que aprendemos a falar. Aprender a falar é, portanto ter o acesso originário ao mundo enquanto tal. Se a linguagem é a casa do ser, então ela é nossa morada, porque somos ser-no-mundo **nossa compreensão do mundo é, sempre, linguisticamente interpretada.** (g.n) (OLIVEIRA, 2006 p. 215-216)

Retomando, o compreender de que se fala estrutura-se sobre dois teoremas, os quais possibilitam a superação da metafísica, ou seja, da dicotomia existente na ontologia clássica (STRECK, 2011, p. 259), e que conseqüentemente serão o caminho para superação do dualismo positivista e do reducionismo existente na atribuição de validade para as regras. São eles: a diferença ontológica e o círculo hermenêutico.

De forma simples pode-se dizer que o círculo hermenêutico é a conversa do ser do homem com o ser do mundo e vice-versa, revelando-se o ser, pelo qual se perguntou, em seu ente. Em outras palavras, é o movimento de compreensão do ser do homem para compreender o ser do mundo. Nesta toada evidencia-se a diferença ontológica que é a diferença existente entre ser e ente, v.g., no caso do Direito pode ser percebida entre a diferença existente entre texto e norma, quando pergunta-se pelo "ser" do texto, que é a norma, o sentido obtido pela circularidade hermenêutica se entifica no texto, resultado da *applicatio* gadameriana¹⁶, e permite o deslinde da problemática jurídica.

Ao contrário do que se poderia argumentar, de que no modelo filosófico ora posto em evidencia, os sentidos seriam estáticos, pois pré-determinados pela pré-compreensão histórica acerca dos objetos, esse é na verdade o momento "*a priori*" da racionalidade do homem, é a partir daí que poderá criar e evoluir. É nesta perspectiva, e a partir desta estrutura filosófica que Gadamer concebe sua *hermenêutica filosófica*, visando "explicitar a historicidade da compreensão" (OLIVEIRA, 2006, p. 226), historicidade esta que "não é um limitação, mas antes 'condição de possibilidade' de nossa compreensão: compreendemos a partir de nossos pré-conceitos que se gestaram na história e são agora 'condições transcendentais' de nossa compreensão." (OLIVEIRA, 2006, p. 228)

¹⁶"A *applicatio* hermenêutica de que fala Gadamer - porque não se interpreta por partes - não quer dizer subsunção de um particular a uma universalidade / generalidade. A *applicatio* significa um salto para além dos dualismos metafísicos, como essência e aparência, palavra e coisa, texto e norma. etc. A compreensão - que é um existencial - já é *applicatio*, unindo as partes do todo. Não há uma questão de direito a ser acoplada a uma questão de fato e vice-versa. A atribuição de sentido (*Sinngebung*) dar-se-á nessa fusão, nessa síntese hermenêutica." (STRECK, 2011, p. 275.)

Assim, Heidegger preocupando-se em tematizar o ser do homem e suas possibilidades existenciais em relação à temporalidade determinante deste ser, abriu espaço para Gadamer percorrer o caminho do acontecimento-do-ser, da experiência, e explorar as dimensões interpretativas possibilitadas pela pré-compreensão na construção e aprimoramento do conhecimento (STRECK, 2011, p. 262). Luiz Rohden (2005, p. 78) afirma que Gadamer "acentuou, nos passos de Heidegger, a historicidade da experiência a partir da historicidade do ser e de seu caráter projetual". A articulação da linguagem é essencial no projeto gadameriano, pois, se o ser-*aí* heideggariano se dá *na* e *pela* linguagem, esta é a própria experiência, melhor dizendo, é nela que o caminho hermenêutico se constrói e se finda,

A radicalidade de Gadamer foi ter afirmado que todo fenômeno hermenêutico é linguístico. O problema é que por linguagem entendemos normalmente apenas aquela que é escrita, falada, dita *apofântica*. O impacto de sua tese diminui se compreendemos a linguagem não apenas como término de um processo compreensivo, mas como o próprio processo em que o sujeito se constitui (sic). Ela, "pois não se realiza em enunciados, mas como diálogo, como unidade de sentido que se constrói a partir de palavra e de resposta. Só nisso a linguagem chega a se plenificar. Isso vale antes de tudo para linguagem da palavra. Mas certamente vale também para linguagem dos gestos, dos costumes e das formas de expressão de mundo de vida diferentes e estranhos uns para os outros. (ROHDEN, 2005, p. 228)

Pode-se dizer, assim, que toda tradição transmitida para o homem, toda antecipação de sentido que formata a pré-compreensão, vêm através da linguagem, apresentando a tradição na qual estamos fatalmente inseridos e fadados a compreender. Sobre esse aspecto Manfredo A. de Oliveira:

Compreendemos e buscamos verdade a partir das expectativas de sentido que nos dirigem e provêm de nossa tradição específica. Essa tradição, porém, não está a nosso dispor: antes de estar sob nosso poder, nós é que estamos sujeitos a ela. Onde quer que compreendamos algo, nós o fazemos a partir do horizonte de uma tradição de sentido, que nos marca e precisamente torna essa compreensão possível. (OLIVEIRA, 2006, p. 228 e 235-236)

Concluindo que:

Compreender é participar num sentido, numa tradição, numa conversa. Para Gadamer, em última análise, toda sentença é uma resposta a uma pergunta. Compreensão é, por isso, uma mediação entre os conceitos que constituem o universo do outro e do próprio pensamento. Compreender um texto significa sempre: aplicá-lo a nós e saber que um texto, mesmo que deva ser compreendido de maneira diferente, é contudo o mesmo texto que se nos apresenta sempre de outro modo. (OLIVEIRA, 2006, p. 228 e 235-236)

Caminhando já para o final do raciocínio, para Gadamer a compreensão se dará, como já aludido, pelo círculo hermenêutico, tido como o processo "que se dá entre a tradição e sua apropriação, entre o texto e seu intérprete" (ROHDEN, 2005, p. 166). Se como viemos explicitando até o momento há uma tradição imbuída na linguagem que se apresenta ao intérprete quando este passa a falar sobre algo, é certo não se poder cindir o momento da interpretação e da aplicação, pois, ao falar deste algo o intérprete já o compreendeu, aplicando (atribuindo) o sentido que lhe se desvelou. Esta operação é chamada por Gadamer de *fusão de horizonte*, como assevera Lenio Streck:

O acontecer da interpretação ocorre *a partir de uma fusão de horizontes (Horizontvers-chmelzung)*, porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmos [...] Compreender uma tradição requer um horizonte histórico (...) A fusão tem lugar constantemente no domínio da tradição, uma vez que é nela que o velho e o novo crescem juntos para uma validade repleta de vida, sem que um ou outro cheguem a destacar-se explicitamente por si mesmos. [...] Na realização da compreensão, tem lugar uma verdadeira fusão horízontica que, com o projeto do horizonte histórico, leva a cabo, simultaneamente, a sua superação.(STRECK. 2011, p. 266)

4 CONCLUSÃO

Interpretar, portanto, pressupõe compreender, e se dá com o aplicar. São momentos que se superpõe (GRAU, 2006, p. 90), ou seja, acontecem juntos no desvelamento de sentido do texto.

Entendendo-se o Direito sob o prisma apresentado, rompendo-se com o paradigma filosófico *modernamente* inserido em nosso modo de pensar o direito, o mundo fático será trazido para dentro do direito, será a porta de entrada para atuação de princípios no plano jurídico, então, superar-se-á a conformação da validade da regra "*in abstracto*" e a consequente operação subsuntiva operada pelo intérprete.

Pelos fundamentos apresentados, pode-se afirmar, pois, que as prescrições normativas (textos) mergulhadas em suas possibilidades semânticas, só significarão algo, consequentemente, frente a uma situação concreta. É patente a impossibilidade de se trabalhar

com conceitos prontos e acabados acerca do que a lei dispõe e de como deve ser aplicada, sob pena de se encobrir a realidade e falsear sua normatividade, pois, esse agir inviabiliza a descoberta do direito.

Quando o interprete do texto busca o significado das palavras que formam o conteúdo semântico da prescrição legislativa, mormente o juiz, usualmente trabalha com conceitos fechados acerca do que aqueles signos representam para a "linguagem do direito" (STRECK, 2011, p. 112-113). De modo que, quando chamado à resolução do caso concreto, automaticamente olhará para o texto legal interpretando-o, e num ato de vontade, dali retirará uma norma (regra jurídica) aplicando-a para resolução do conflito. Esse esquema interpretativo chama-se "subsunção", e ignora o "concreto" do "caso" (STRECK, 2001, p. 278 e ss.). Sobre a questão, Lenio Streck alerta:

A subsunção deve ser entendida no contexto paradigmático da relação sujeito-objeto, portanto nos marcos da filosofia da consciência, em que o sujeito é o encarregado de fazer essa operação mental entre a subjetividade e a coisa [...] mesmo na ponderação - compreendida nos marcos em que vem sendo apresentada pela(s) teoria(s) da argumentação jurídica -, por mais que se negue tal circunstância, ocorre a subsunção, quando se busca "subsumir" o geral (norma ou hierarquias *prima facie*) ao caso concreto (ou vice-versa) [...] Desse modo, pautas gerais (conceitualizações, etc.) sob pretexto do "esclarecimento" dos significados de cláusulas abertas, princípios e/ou conceitos indeterminados (ou, ainda, textos vagos e ambíguos), podem, sob o jugo do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, servir a esse desiderato[...] (STRECK, 2011, p. 282-283)

Quando se opera o fenômeno subsuntivo do fato à norma ("moldura da norma"), esta já encontra-se pronta e acabada, definida (previamente) pelo intérprete por algum método adjudicador de sentido. Ele busca dentre as diversas interpretações que lhe parecem exprimíveis do dispositivo legal, escolhendo a que melhor lhe supra os interesses, "aguardando" os fatos se lhe amoldar. Pode-se apontar como origem dessa sistemática de atribuição de sentido para o texto, a discricionariedade outorgada pelas teorias positivistas lógico-semânticas ao intérprete, no intento de solucionar a "indeterminabilidade" dos enunciados legislativos.

O grande problema deste modelo (positivista) reside na insegurança gerada quando se atribui a uma decisão subjetiva a função de solucionar algum caso concreto. Não há possibilidade de correção do direito, nega-se efetividade aos princípios obstando a possibilidade de ser indicado o caminho adequado para solução do caso concreto, em outras palavras, ignora-se o sentido que merece o texto naquela determinada ocasião. Essa situação apenas se sustenta, pois essas teorias estão inseridas no primeiro paradigma apresentado pela

rápida explanação feita acima, de "porque interpretar é aplicar". Nós, juristas, não rompemos com a tradição da filosofia da consciência, não aceitamos os avanços concebidos pelo giro ontológico¹⁷, e portanto, permanecemos depositando na consciência (vontade) do sujeito a condição para o conhecimento das coisas e seus significados.

A mudança deve se dar pela aceitação de que as palavras inseridas nos textos legislativos não possuem significado assertivo até sua prova frente ao caso concreto, qual "contêm" sua própria faticidade. É neste contexto a importância da pré-compreensão de que Gadamer fala, interpretamos sempre a partir de nossas experiências prévias (historicidade), estas são a condição de possibilidade para o nosso raciocinar, para compreensão do presente e caminhar pro futuro. Neste raciocínio, apontamento que se faz mister é o de Manfredo A. de Oliveira:

Onde quer que compreendamos algo, nós fazemos a partir do horizonte de uma tradição de sentido, que nos marca e precisamente torna essa compreensão possível. Ela é a instância a partir de onde toda e qualquer compreensão atual é determinada, possibilitada. (OLIVEIRA, 2006, p. 228)

Não importa a similitude traçada entre os casos, estes serão sempre únicos, sempre terão sempre algo a nos dizer. Na maior parte dos casos será dada por questão de coerência, uma mesma interpretação ao texto legal (STRECK, 2011, p. 278-279), mas isso não exclui a originalidade¹⁸ dos casos. Atentar-se para as diferenças e circunstâncias peculiares a cada situação, permite visualizar o acontecer do direito, que se dará pelo circularidade hermenêutica inerente à interpretação. Os princípios estão intimamente ligados a esta ideia, são eles que estruturam a pré-compreensão do intérprete, que é ser-no-mundo, representando a entrada da moral no direito.

É nesta circularidade hermenêutica, no acontecer da *applicatio*, que se poderá estimar a validade da regra, estando sempre condicionada aos princípios. O conteúdo que exprime o texto legal se fará imediato neste momento, será fruto da compressão do esparso e

¹⁷"Apesar da revolução copernicana produzida pelo giro ontológico, é possível detectar nitidamente a sua não recepção pela hermenêutica jurídica praticada nas escolas e nos tribunais, onde ainda predomina o método, mesmo que geneticamente modificado pelas teorias discursivas. A existência de tantos métodos e procedimentos interpretativos postos à "disposição" dos juristas faz com que ocorra a *objetificação da interpretação*, porque possibilitam ao intérprete sentir-se desonerado de maiores responsabilidades na atribuição de sentido." (STRECK, 2011, p. 284)

¹⁸No sentido de a interpretação é sempre "nova". Não confundir com corrente de interpretação do direito que busca o sentido "original" da lei.

mediato conteúdo dos princípios que possibilitam o ordenamento jurídico.¹⁹ É assim que "*Princípios, ao superarem as regras, proporciona(ra)m a superação da subsunção.*" (STRECK, 2011, p 241).

Para clarear o caminho apresentado no artigo demonstrando a ocorrência da vinda do sentido à coisa, apresenta-se o seguinte exemplo lúdico: Um menino chega na cozinha e se depara com cacos de vidro no chão, curioso, indaga à sua mãe, que prepara-se para vare-los: "Mãe, o que é isto?". E sua mãe de pronto responde: "Isto, meu filho, é um copo quebrado". Pronto. Os cacos de vidro ganharam sentido, ganharam uma história, deixam de ser apenas cacos de vidro jogados no chão e passaram a ser um "copo quebrado" no chão da cozinha, aí está o sentido da coisa, ele chega neste momento. Com as regras acontece a mesma coisa, elas estão jogadas dentro do ordenamento jurídico, quando deparamo-nos com o caso concreto há que se perguntar ao texto pela regra, aí entram os princípios, que são historicidade, são a formatação do ordenamento, a estrutura da pré-compreensão, eles abrirão caminho para o sentido da regra. Antes da pergunta feita pelo menino os cacos de vidro poderiam ser de uma jarra, de um vaso, de uma janela, etc. Inúmeras possibilidades, porém o que lhes determinou o sentido foi a história desvelada, possibilitando a compreensão do todo. Por este motivo devemos sempre perguntar pelas regras, devemos deixar que o texto diga sobre o que normatiza.

Conclui-se então, pelas ideias apresentadas no presente artigo, que o sentido da regra deve ser deixado à cabo da historicidade, assim, a validade da regra será conformada somente no momento da *applicatio*, sendo ainda possível que o texto em que se busca a regra não exprima nenhum sentido aplicável a determinada situação em razão de sua faticidade, podendo ensejar uma declaração de nulidade sem redução do texto.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. 1.ed. São Paulo: Ícone, 2006. p. 145.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

¹⁹ "A regra recebe do princípio a sua "espessura", a sua significatividade (Bedeutsamkeit)". (STRECK, 2011, p. 225)

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

FOLLONI, André. **Ciência do direito tributário no Brasil: crítica e perspectivas a partir de José Souto Maior Borges**. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. 7. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução Edson Bini. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Espaço 2 Gráfico, 2001. ed. 3. p.

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

ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem**. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

MENDES, Sônia Maria Broglia. **A validade jurídica e o giro linguístico**. ed. 1. São Paulo: Noeses, 2007. p 113.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. ed. 3. Edições Loyola: São Paulo, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Verdade e consenso: constituição hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. Saraiva: São Paulo, 2011.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2005

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. ed. 2. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 38.