

DISCURSOS DE FUNDAMENTAÇÃO E DISCURSOS DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA DE HABERMAS SOB O ENFOQUE DA FENOMENOLOGIA HERMENÊUTICA E DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

DISCOURSES OF FOUNDATION AND DISCOURSES OF APPLICATION OF HABERMAS COMMUNICATIVE ACTION THEORY UNDER THE FOCUS OF THE HERMENEUTIC PHENOMENOLOGY AND PHILOSOPHICAL HERMENEUTIC

Vandré Sesti Macedo¹

RESUMO: O presente estudo enfoca a cisão discursiva proposta por Habermas sob a perspectiva da fenomenologia hermenêutica de Heidegger e da hermenêutica filosófica de Gadamer, buscando responder ao seguinte problema: é possível, de acordo com ambas as hermenêuticas, proceder à cisão entre os discursos de fundamentação prévia e os discursos de aplicação, como pretende Habermas, através de sua teoria da ação comunicativa, especialmente no que desenvolveu em *Direito e democracia, entre faticidade e validade I e II?* Parte-se, nesse intuito, por uma breve descrição da teoria do agir comunicativo de Habermas e de ambos os discursos, dando-se especial enfoque para os pressupostos da situação ideal de fala e de como se forma e se aplica o consenso – ou verdade – obtido através do *Begründungsdiskurs*. Em um segundo momento, trabalha-se os pressupostos da fenomenologia hermenêutica e da hermenêutica filosófica que possibilitam dar uma resposta ao problema, para, por fim, proceder à análise das divergências encontradas entre as teorias.

PALAVRAS-CHAVES: Ação comunicativa; Discurso; Direito; Hermenêutica.

ABSTRACT: This study focuses on the division made by Habermas discourse from the perspective of hermeneutic phenomenology of Heidegger and Gadamer's philosophical hermeneutics, seeking an answer to the following problem: it is possible, according to both hermeneutics, proceed to the split between the discourses of foundation and the discourses of application, such as Habermas intends, through his theory of communicative action, especially as developed in *Direito e Democracia, entre faticidade e validade, I e II?* Begin, in this order, for a brief description of the theory of communicative action of Habermas and both speeches, giving special focus to the assumptions of the ideal speech situation and how they form and applies the consensus - or truth - obtained by *Begründungsdiskurs*. In a second step, it works the assumptions of hermeneutic phenomenology and philosophical hermeneutics that provide an answer to the problem, so, finally, to examine the differences found between the theories.

KEYWORDS: Communicative action; Discourse; Law; Hermeneutic.

INTRODUÇÃO

Parte da doutrina jurídica brasileira, especialmente pelos trabalhos realizados pela escola mineira, apóia-se sobre a teoria da ação comunicativa habermasiana para determinar como se criam e como se aplicam as normas jurídicas. Dentre as categorias existentes nesta teoria, as principais giram em torno da cisão operada entre os discursos de fundamentação prévia (*Begründungsdiskurs*) e os discursos de aplicação (*Anwendungsdiskurs*) que lhe são posteriores. Contudo, estas duas etapas desenvolvidas por Habermas para sustentar a sua teoria discursiva acabam apresentando uma série de controvérsias quando relacionadas a outras teorias filosófico-jurídicas cujos paradigmas estabelecem formas diferentes de compreender a intersubjetividade e a maneira pela qual se dão os sentidos compartilhados

¹ Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. E-mail: vandre@live.com.

deste modo. É o caso da fenomenologia hermenêutica de Heidegger e da hermenêutica filosófica de Gadamer.

Para bem dizer a verdade, a discussão envolvendo a hermenêutica, especificamente a filosófica, e a teoria da ação comunicativa habermasiana já acontece de longa data, tendo ocorrido até entre os seus próprios criadores² – embora a discussão deles não se restrinja a análise da cisão discursiva. Já em solo brasileiro, o debate, atrelado ao direito pátrio, toma corpo através de autores como Cruz³ e Streck⁴, defensores da ação comunicativa e da hermenêutica, respectivamente, que discutem, dentre outros tópicos, a operacionalidade do agir comunicativo para o Brasil e as conseqüências/efeitos da distinção estrutural dos dois discursos.

Sendo assim, e tendo em vista a importância de discutir formas de compreensão para o direito que tenham a intenção de superar posturas filosóficas calcadas nas antigas ideias representacionais (em mundos exteriores ou na consciência), este estudo procura, seguindo o debate já estabelecido em terras brasileiras, responder ao seguinte problema: é possível, de acordo com a fenomenologia hermenêutica e com a hermenêutica filosófica, proceder à cisão entre os discursos de fundamentação prévia e os discursos de aplicação, como pretende Habermas, através de sua teoria da ação comunicativa, especialmente no que desenvolveu em *Direito e democracia, entre faticidade e validade I e II*?

Parte-se, assim, da hipótese de que não é possível cindir ambos os discursos, pela inseparabilidade do fundamentar e do aplicar no processo de compreensão hermenêutico e pelos desdobramentos gerados por ela. Contudo, a comprovação ou refutação dessa hipótese dependem de uma demonstração daquilo que ambas as teorias propõem, em sua essência; em razão disto, a técnica de pesquisa apresentada neste estudo será indireta, através de uma sucinta revisão bibliográfica das principais obras relacionadas ao tema delimitado.

1 A TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA DE HABERMAS: PRESSUPOSTOS PARA A DISCUSSÃO

1.1 A linguagem como *medium* para se chegar ao consenso (*verdade*): os discursos de fundamentação prévia

² Sobre a trajetória de ambos os autores, resumidamente, cf. a apresentação da obra *Verdade e consenso*, de Streck, elaborada por Stein, em STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 17-24.

³ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza Cruz. *Habermas e o direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, passim.

⁴ Especialmente em STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, op. cit., passim.

Portanto, ao invés de adentrar diretamente na discussão sobre a existência de uma possibilidade na hermenêutica filosófica de efetivamente se cindirem os discursos de fundamentação prévia (*Begründungsdiskurs*) dos discursos posteriores de aplicação (*Anwendungsdiskurs*) habermasianos, conforme os prevê a doutrina de Habermas, especialmente em suas obras *Direito e Democracia: entre faticidade e validade, I e II*, convém traçar algumas linhas preliminares a respeito de sua teoria do agir comunicativo.

Isso, pois é a partir dela que há a efetiva construção de ambos os discursos e a ideia, segundo aponta o próprio autor, de substituir o conceito de razão prática, inventado pela modernidade como faculdade subjetiva, por uma razão de caráter comunicativa. Essa modificação, que de acordo com Habermas, “não é uma simples troca de etiqueta”⁵, representa a sua tentativa de inaugurar um novo paradigma que explicita a formação e a manutenção de conhecimentos intersubjetivos pelo homem em sociedade – e não obstante, do próprio direito, cuja posição no mosaico desta sua teoria sobre a sociedade é agudizada.

Além disso, o autor tem como preocupação teórica a posição privilegiada que a linguagem galgou a partir da virada lingüística e a tensão existente entre o mundo fático – ou a dinâmica dos fatos sociais e da própria sociedade – e a existência de determinadas regras que vinculam moralmente os sujeitos afetados pelos diversos acontecimentos resultantes daquela imprevisível dinâmica.

Assim, a base da qual Habermas parte para a construção de sua teoria do agir comunicativo está assentada sobre essa importante ruptura teórica ocorrida no decorrer do final do século XIX. Quando o paralelismo entre a oposição essencial e real, de procedência kantiana, e daquele entre as esferas da essência e da aparência, de origem hegeliana, entram em descrédito, surgem interpretações empiristas que passam a dar preferência a uma explicação psicológica das relações lógicas ou conceituais: o *válido* passou a ser produto da consciência, deixando de justificar-se em ordens pré-estabelecidas. Contra esta tendência se ergueram uma série de autores, citados por Habermas em *Direito e Democracia* e por ele tomados como referência para explicar essa importante ruptura, denominada *virada lingüística*: “Ch. S. Peirce na América, Gottlob Frege e Edmund Husserl na Alemanha e G. E. Moore e B. Russel, na Inglaterra”⁶.

⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, volume I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 19.

⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, volume I, op. cit., p. 27.

A perspectiva adotada por Habermas quanto à virada lingüística possui suas peculiaridades se tomar-se como base outras análises semelhantes que se utilizam de teorias relacionadas à linguagem como seus panos de fundo⁷. Todavia, ela se justifica pelos elementos que tais teorias em particular carregam consigo e pelas suas contribuições para a criação de ambos os discursos habermasianos. Ademais, dentre os autores retirados da obra de Habermas, apenas dois possuem uma especial relevância, para os quais ele atribui o ato inicial e final da virada lingüística e que, em razão disso, merecem uma rápida incursão para a devida compreensão dos discursos de fundamentação prévia e de aplicação habermasianos: são eles Frege e Peirce, respectivamente.

Frege, de acordo com Habermas, resume sua objeção central na seguinte tese, contida em *Logische Untersuchungen*: “há uma diferença entre nossos pensamentos e nossas representações”⁸. Para aquele autor, representações são atos do pensar individualizados pela consciência de um sujeito identificável no tempo e no espaço, ao passo que pensamentos *strictu sensu* ultrapassam os limites de qualquer consciência particular. Os pensamentos seriam, assim, apreendidos por diferentes sujeitos, em tempos e épocas distintas, de um mesmo modo, sem variações em seu conteúdo e sentido. Ainda, o alcance das representações pararia em objetos singulares, devido à baixa complexidade de sua articulação. Ao contrário, os pensamentos alcançariam fatos ou estado de coisas, estruturando-se de maneira mais complexa do que as representações.

A novidade contida nestas linhas vem a seguir: para Frege, os pensamentos se articulariam somente através de *proposições*. Podendo-se ler a estrutura de pensamentos observando-se a estrutura de proposições, então, ser-se-ia dependente de uma linguagem gramatical devidamente arranjada para uma boa comunicação e compreensão. Seria imprescindível a observação de significados idênticos para expressões gramaticais utilizadas por usuários diferentes. Indispensável, portanto, que eventos lingüísticos contivessem uma forma determinada com base em uma relação fonética, sintática e semântica, reconhecível e solidificada mesmo através de variações. Em virtude desse posicionamento em relação à

⁷ Cf., por exemplo, os caminhos tomados por Streck ao tratar do tema, especialmente em *Verdade e consenso*, op. cit., passim; ou por Rocha, em *A produção sistêmica do sentido do direito: da semiótica à autopoiese*. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. n. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2010, pp. 165-186; ou ainda, por Warat, em *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, passim.

⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre faticidade e validade, volume I, op. cit., p. 27.

linguagem, engrandecendo-a de certo modo, Habermas diz que “Frege dá o primeiro passo rumo à guinada lingüística”⁹.

Porém, o conteúdo do pensamento, embora gramaticalmente estruturado e passível de entendimento por outros indivíduos, ainda precisaria de uma determinação ulterior que iria além de seu simples sentido assertórico: é necessário se perguntar se ele é verdadeiro ou falso. Os indivíduos expostos a uma asserção podem se posicionar criticamente, com base em respostas positivas ou negativas quanto à veracidade de determinado pensamento. Em caso de confirmação de um pensamento com base em “sim”, segundo Frege, ter-se-ia um juízo que ingressa, episodicamente, ao posto da idealidade. Deste comentário em diante, contudo, há a refutação do pensamento de Frege por Habermas, eis que “o sentido veritativo não pode ser confundido com a existência. Caso contrário, [...] estaríamos afirmando que os pensamentos, proposições ou estados de coisas contêm um ser ideal em si”¹⁰.

Mesmo considerando isto, Habermas ainda aduz que esta determinação ulterior acabaria emprestando um *status* de algum modo ideal aos pensamentos, garantindo um reconhecimento intersubjetivo aos pensamentos e sugerindo uma ideia de *verdade* a eles. Contrapondo-se à ideia de Frege – cuja análise da linguagem se dá sob a perspectiva do ideal – apóia-se em Peirce, autor que trabalha a linguagem como representação lingüística de algo para um possível intérprete. Segundo Habermas, em *Collected Papers*, Peirce diferencia “real” de “verdadeiro”, classificando o primeiro termo como aquilo que pode ser representado em proposições verdadeiras e este como a “*pretensão que é levantada por um [indivíduo] em relação ao outro no momento em que assevera uma proposição*”¹¹.

Uma proposição levantada por alguém, com base nesta diferença entre real e verdadeiro, além de ser criticável por todos aqueles indivíduos afetados por ela, possui também a pretensão de ser validada por todos eles. Como não há, diretamente, condições de validade que tornem uma proposição verídica sem passar pelo crivo interpretativo de outros indivíduos, no momento em que é afirmada positivamente perante todos eles, ter-se-ia, segundo Habermas, uma *validade que se mostra para nós (Geltung)*. Se há, então, a possibilidade de se defender, através de argumentos, de qualquer proposição, haverá ao final, vencidas eventuais objeções levantadas, uma verdade cujo resultado se dá na forma de um *acordo racional*. Em resumo, Peirce entende a *verdade* como aceitabilidade racional, ou seja,

⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, volume I, op. cit., p. 28.

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, volume I, op. cit., p. 30.

¹¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, volume I, op. cit., p. 32.

“como o resgate de uma pretensão de validade criticável sob as condições comunicacionais de um auditório de intérprete alargado no espaço social e no tempo histórico”¹².

Um tanto curioso, entretanto, é o fato de a ideia de verdade peirceana ser o resultado de um entendimento de uma *community of investigators* e se referir especificamente à prática instrumental das ciências naturais, ou, em outras palavras, à prática metódica das ciências exatas. Contudo, considerando, *mutatis mutandis*, a premissa de Peirce compatível com a *teoria dos atos de fala* de Austin, Habermas adapta-a para a sociedade, asseverando que a prática comunicativa cotidiana possui estruturas e pressupostos semelhantes ao auditório de intérpretes de que falava Peirce. De qualquer modo, é a Peirce que Habermas dá os créditos pela conclusão da guinada lingüística.

E de Austin e de sua teoria dos atos de fala, por sua vez, Habermas importa a concepção de ação performativa, que lhe permite atribuir à comunicação cotidiana as semelhanças da teoria peirceana sobre a negociação de interpretações. Segundo Cruz, esta concepção “sugere a ideia pela qual um ato de linguagem possa mais do que simplesmente *comunicar uma ideia*, [...] mas também *realizar uma ação diferente da própria comunicação*”¹³. Nas palavras de Habermas:

A linguagem, da qual não podemos “sair”, não pode ser compreendida em analogia com a interioridade de um sujeito representativo, que está como que isolado do mundo externo de objetos representados. A relação entre justificabilidade e verdade, que deve ser elucidada, não assinala nenhum abismo entre interior e exterior, nenhum dualismo que deva ser transposto e possa invocar a questão cética de saber se nosso mundo como um todo é ilusão. A virada pragmática retira os alicerces desse ceticismo. Há para isso uma simples razão. Na *praxis* cotidiana não podemos usar a linguagem sem agir. A própria fala se realiza no modo de atos de fala que, por sua vez, estão engastados em contextos de interação e entrelaçados com ações instrumentais. Como atores, isto é, como sujeitos interagentes e interventores, já estamos em contato com as coisas sobre as quais podemos fazer enunciados.¹⁴

Austin aborda a linguagem a partir da distinção entre dizer e fazer, constatando, a partir dela, que os atos de fala – proferimentos lingüísticos – classificam-se em três espécies: atos locucionários, atos ilocucionários e atos perlocucionários.

Os atos locucionários são as simples comunicações de ideias ou, preferindo-se, os proferimentos lingüísticos. Partindo deles, Austin concebe uma segunda dimensão do ato de fala, denominada por ele de ato ilocucionário. Nele, além da mera comunicação de uma ideia, há também a realização de uma ação distinta da própria fala, mas que dela é decorrente de algum modo. Austin exemplifica a ilocução da fala através da expressão “aceito” pronunciada

¹² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, volume I, op. cit., p. 33.

¹³ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 86.

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*. Ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004, p. 244.

pelos nubentes durante uma cerimônia de casamento. A ilocução de um ato de fala assume, portanto, um aspecto performativo, conforme a posição assumida pelo emissor durante sua fala, seja para informar, emitir um juízo, advertir, ameaçar, comprometer-se, etc.

Além da possibilidade de expressar um sentimento ou uma ação conjuntamente com o ato de fala, o emissor também pode provocar efeitos ou ações no comportamento de seus eventuais receptores. Determinada mensagem, dadas as suas circunstâncias ímpares, pode, por exemplo, amedrontar ou encorajar, instigar ou surpreender, etc. Pode, também, conforme lembra Oliveira, “exercer influência, de uma forma determinada (convencer, levar a uma decisão, levar a um protesto, etc.)¹⁵. Provocar estes efeitos nos receptores é denominado por Austin de ato perlocucionário da fala.

De posse destas concepções – Frege, Peirce e Austin –, Habermas pergunta-se, então, como é possível coordenar entre si os planos de ação de vários indivíduos, de tal modo que haja a possibilidade de uma integração social não violenta e que contenha um baixo risco de dissenso entre os papéis exercidos por cada um deles em sociedade e por seus anseios particulares¹⁶. Como resposta, explica que:

Enquanto a linguagem é utilizada apenas como *medium* para a transmissão de informações e redundâncias, a coordenação da ação passa através da influência recíproca de atores que agem uns sobre os outros de modo funcional. Tão logo, porém, as forças ilocucionárias das ações de fala assumem um papel coordenador na ação, a própria linguagem passa a ser explorada como fonte primária de integração social. É nisso que consiste o “agir comunicativo”.¹⁷

Os atores sociais, para Habermas, na qualidade de falantes e de ouvintes, e a partir de uma comunicação estabelecida através de uma linguagem comum a todos (lembre-se de Frege), devem buscar negociar interpretações sobre assuntos que lhes são socialmente relevantes (contribuição peirceana). Esta negociação dá-se na forma de uma busca incondicionada de fins ilocucionários (atos de fala de Austin), buscando-se o *entendimento* entre todos os falantes e ouvintes afetados pelo assunto colocado em discussão (volta-se à Peirce). Para alcançar o entendimento, contudo, os participantes do discurso devem suspender qualquer enfoque objetivador ou qualquer agir interessado pelo seu sucesso imediato, pautando-se sempre pelo sucesso derivado de um entendimento comum. Sob a condição de se entenderem, Habermas diz que as “ofertas dos atos de fala podem visar um efeito coordenador

¹⁵ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001, pp. 159-160.

¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, volume I, op. cit., p. 36.

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, volume I, op. cit., loc. cit.

na ação, pois da resposta afirmativa do destinatário a uma oferta séria resultam obrigações que se tornam relevantes para as conseqüências da interação”¹⁸.

Ademais, Habermas aduz serem necessários alguns requisitos para que essa negociação ocorra de forma exemplar, resultando, ao seu final, em uma *verdade* intersubjetivamente compartilhada por todos os seus participantes. Sobre estes requisitos e a respeito desta “situação ideal de fala” que a constitui, Cruz explica que,

O discurso pressupõe essa ‘situação ideal de fala’ que, sinteticamente, exige como pré-requisitos contrafactuais imanentes à própria linguagem: a simetria de posições e a igualdade na oportunidade de fala; a ideia subjacente de *ego* e *alter ego* (como pressuposto da diferença e do pluralismo); o *medium* lingüístico [supondo uma dimensão sintática (gramaticalmente adequada à compreensão), uma dimensão semântica (o entendimento das expressões) e uma dimensão pragmática [...]; ilimitação de tempo para se obter o acordo; e, a sinceridade, ou seja, a crença naquilo que se fala e o intuito de levar o outro a uma decisão racionalmente motivada e a ausência de coação interna e externa na execução do discurso.¹⁹

Os discursos de fundamentação habermasianos (*Begründungsdiskurs*) são, grosso modo, a soma dos elementos até agora analisados. Compõem-se, basicamente, de práticas argumentativas sob as quais os seus participantes discutem a respeito de temas socialmente relevantes, orientando-se sempre com vistas ao entendimento recíproco. Seus atos de fala possuem sempre uma pretensão à validade universal. Os entendimentos resultantes destes discursos, respeitados sempre os requisitos da situação ideal de fala, levam o nome de *consenso* ou de *verdade*, encerrando consigo o primeiro discurso e dando, origem, seqüencialmente, ao segundo, denominado discurso de aplicação (*Anwendungsdiskurs*).

Na transição do agir para o discurso, o ter-por-verdadeiro inicialmente ingênuo se liberta do modo da certeza da ação e toma a forma de um enunciado hipotético, cuja validade fica suspensa durante o discurso. A argumentação tem a forma de um concurso que visa aos melhores argumentos a favor de ou contra pretensões de validade controversas e serve à busca cooperativa da verdade.²⁰

Ainda, eles dizem respeito, como se pode observar, à criação de normas e são condições de suas validades. A fundamentação/justificação discursiva, trazendo o debate especificamente para o campo do direito, advém do princípio democrático de que quem é destinatário de uma norma, deve ver nela seu intuito individual coletivizado, institucionalizado por procedimentos previamente conhecidos, onde seus atos de fala puderam ser ouvidos, defendidos e simetricamente considerados por todos os envolvidos. A partir de uma devida fundamentação e de uma escolha racional surge automaticamente uma

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, volume I, op. cit., 36.

¹⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza Cruz. *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 89.

²⁰ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*, op. cit., p. 250-251.

aceitabilidade por todos os atores, a qual regerá incondicionalmente os atos de vida que eventualmente relacionarem-se com os conteúdos pré-estabelecidos pelo discurso de fundamentação. Entra-se, uma vez criada uma regra intersubjetivamente aceita, no momento de aplicá-la.

1.2 Da fundamentação à aplicação: os discursos posteriores de aplicação

Pode-se dizer, acordando com o exposto, que os passos estabelecidos pelo discurso de fundamentação (*Begründungsdiskurs*) justificam a nomeação dada à teoria do agir comunicativo de Habermas, quando a ela é atribuída à classificação de *procedimentalista*. Pois é através dos determinados processos orientados pelo entendimento recíproco que o autor busca encontrar aquilo que chama de uma moralidade pós-convencional, moralmente – e também juridicamente, para o caso do direito – seguida por todos os indivíduos de dada sociedade.

Habermas, consciente do fracasso do princípio da universalização kantiana – que afirmava a possibilidade de se encontrar monologicamente, a partir de dada consciência particular, uma espécie de moral convencional que regularia automaticamente as pretensões de validade contidas nas condutas humanas – busca, nas noções de moral pré-convencional, convencional e pós-convencional, de Kohlberg, distinguir seu discurso de fundamentação de qualquer filosofia ligada à consciência – como ocorria com a moralidade kantiana – e, em fim, dar aplicabilidade prática a seu procedimento discursivo.

Em resumo, Kohlberg traçou o seguinte paralelo quanto à moralidade social: em uma etapa pré-convencional, uma sociedade ainda não possui valores próprios, pelo fato de tradições e de costumes não terem até o momento se consolidado; os membros desta sociedade, em fase de formação, buscam estabelecer suas normas de comportamento. Em uma etapa convencional, os valores sociais desta comunidade, sejam éticos, religiosos, políticos, econômicos, jurídicos, etc., já se encontram estabelecidos. Nesta etapa, os membros da comunidade já conhecem as normas sob as quais estão submetidos e delas sabem se utilizar para qualquer fim. Em uma etapa pós-convencional, entretanto, os membros da comunidade, mesmo conhecedores das “normas sociais” a que se submetem, sentem-se livres para criticá-las e a emitir juízos de apreciação em relação a sua validade social.

Segundo Cruz, o discurso de fundamentação habermasiano se inseriria nesta última etapa de moralidade e, em razão dela – e especificamente do consenso que surge da apreciação crítica das normas existentes – a moral resultante seria intersubjetiva (e não

particularizada, como em Kant) e dotada de uma aceitabilidade racional decorrente da posição privilegiada de todos os indivíduos de uma sociedade inserida nesta última etapa²¹.

Sendo assim, e tratando-se de normas puramente morais, o resultado do agir comunicativo orientado pelo entendimento poderia ser visualizado através do respeito às normas consensualmente obtidas em um discurso de fundamentação, desde que respeitadas espontaneamente por todos diante dos diversos casos em que incidam. Mesmo diante da dificuldade de se perceber a existência das condições da situação ideal de fala em um discurso real e, com maior ênfase, da precariedade de se estabelecer condutas alheias a qualquer agir estratégico, o discurso de fundamentação, nestes termos morais, é mais aparente, uma vez que a aplicação se dá, segundo Habermas, diante da adequabilidade da conduta àquilo pautado pelo consenso resultante do procedimento discursivo, não sendo realçado por qualquer via coercitiva, como ocorre em processos judiciais.

Contudo, para o direito, os discursos de aplicação se tornariam mais visíveis, na medida de suas necessidades perante eventuais transgressões de condutas ou no caso de conflitos entre indivíduos. Não é à toa, assim, a posição privilegiada do direito dentro da noção do agir comunicativo habermasiano e o enfoque do procedimento discursivo de fundamentação especialmente para a prática legislativa. Por isso, segundo Cruz, “para Habermas, os meios e fins, por uma exigência do regime democrático, devem ser originariamente definidos pelo legislador político”²². Ou ainda, nos dizeres de Oliveira:

O Direito deve fundar-se tão somente no princípio democrático, não mais compreendido como mecanismo liberal de decisão majoritária ou a partir de uma pretensa ‘vontade geral’ republicana, mas como institucionalização de processos estruturados por normas que garantam a possibilidade de participação discursiva dos cidadãos no processo de tomada de decisões.²³

Comparado à clássica noção de direito positivo, estruturado dogmaticamente sobre as falácias do princípio da maioria, o agir comunicativo se distinguiria pela possibilidade de todos os cidadãos se perceberem como os verdadeiros autores do ordenamento jurídico, graças a conjugação das noções de moral pós-convencional e de universalidade normativa. Entretanto, a possibilidade de participação decorrente do discurso de fundamentação não exclui a necessidade de uma devida aplicação das normas resultantes do consenso obtido através do discurso. Distintamente de normas que não possuem força coercitiva oriunda de

²¹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza Cruz. *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., pp. 145-146.

²² CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza Cruz. *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., pp. 153-154.

²³ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. *Devido processo legislativo*. Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 93.

aparelho judicial, as normas jurídicas criadas por via do agir comunicativo dependem de interpretação e de aplicação, através de modos de decidir que se compatibilizem com a proposta intersubjetiva do agir comunicativo e do discurso de fundamentação.

Os discursos de aplicação (*Anwendungsdiskurs*) orientam essa prática interpretativa e os modos de utilização dos consensos obtidos nos discursos de fundamentação (*Begründungsdiskurs*). Habermas baseia-se, para cindir ambos os discursos e explicar o funcionamento dos discursos de aplicação, na construção teórica levada a cabo por Günther²⁴. Segundo este autor, a validade de uma norma jurídica não depende simplesmente do fato de que ela possa prever todas as eventuais singularidades dos fatos concretos; este é um requisito específico para aplicação *prima facie* de uma norma válida e não um modo de asseverar a sua validade, a qual, por sua vez, é apurada unicamente pela legitimidade do discurso de fundamentação.

Ademais, ao contrário de Kant, que concebia para a moral um princípio de universalização de condutas “forte”²⁵, pelo qual uma norma válida era incondicionalmente aplicada para qualquer caso, Günther propõe uma versão “fraca” deste princípio, sugerindo assim uma espécie de adequabilidade para aplicar as normas oriundas dos processos de entendimento gerados pelos discursos de fundamentação/justificação:

A norma que for justificada segundo “U” [princípio da universalização], representa, no momento atual e segundo o estágio de conhecimento, um interesse comum, ou seja, ela é válida para qualquer um. Ainda que em “U” se fale de “observância geral”, o critério de validade não se refere a todas as situações previsíveis a partir de um ponto de vista absoluto, mas sim às conseqüências e aos efeitos colaterais previsíveis no momento atual, conforme forem relevantes para os interesses atuais de cada indivíduo e puderem ser aceitos por todos em conjunto. Por isso, sugiro a seguinte “versão mais fraca” de “U”: uma norma é válida se as conseqüências e os efeitos colaterais de sua observância puderem ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, conforme os interesses de cada um, individualmente.²⁶

Como exemplificação, Cruz cita a norma que estabelecia a proibição de cães domésticos no metrô e nada aduzia quanto à permissão de cães guias especialmente treinados

²⁴ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004, passim.

²⁵ “Certa vez, Kant lecionando em Königsberg, foi abordado em sala de aula por um estudante fugitivo da polícia política do imperador, pedindo-lhe abrigo momentâneo. Sabendo que o aluno nada fizera de criminoso além de uns poucos panfletos críticos ao governo, Kant permitiu que o mesmo se escondesse debaixo da mesa em que trabalhava. Sendo a mesma fechada e de madeira, o local tornou-se um ótimo esconderijo, vez que em razão da autoridade que Kant impunha a todos, era inimaginável que a polícia pedisse que ele se levantasse para procurar ali debaixo. Contudo, na saída, um dos policiais indagou a ele se o mesmo conhecia o paradeiro do infeliz estudante. Ora, Kant acreditava em uma versão forte do princípio da universalização e, logo, julgava que ‘não mentir’ fosse um imperativo categórico, aplicável, pois, em qualquer situação. Kant disse a verdade e o rapaz foi preso” (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza Cruz. *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., pp. 190-191).

²⁶ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral*, op. cit., p. 67.

para a condução de pessoas cegas²⁷. Obviamente, para a situação específica de cães guias, o princípio de aplicação incondicional, decorrente da universalização kantiana, deve ser abrandado, de modo a permitir a sua utilização.

Esta ideia de aplicação condicionada à situação é, assim, o cerne do discurso de aplicação. De início, deve-se pressupor que todas as normas legisladas possuem validade. Entretanto, no momento de aplicá-las às diversas situações é necessário buscar aquela que possua, em relação a determinado fato da vida, as mesmas características contidas em seu texto. Nos dizeres de Cruz, “todas as possibilidades semânticas do texto devem cruzar-se com todos os elementos das circunstâncias fáticas do caso, num método concretista de aplicação imparcial das normas”²⁸.

Pode-se perceber, agora, uma distinção fundamental entre o discurso de aplicação e o discurso de fundamentação para o direito: aquele é jurisdição e este é legislação. Neste, o agir comunicativo orientado pelo entendimento é condição de possibilidade para a formação de um consenso, enquanto naquele não há necessidade de nenhuma forma de agir com vistas ao entendimento. Assim, e isto importa sobremaneira para uma teoria da decisão no direito, desonera-se o julgador de qualquer fundamentação no momento de decidir, bastando que haja estrita correspondência entre normas e fatos. Isto por que o discurso de aplicação, segundo Habermas, aparta-se de uma argumentação prática geral, não admitindo o livre trânsito de argumentos pragmáticos²⁹. O judiciário jamais poderia proceder a um novo discurso de fundamentação/justificação. Destarte, e como uma aparente vantagem, o discurso de aplicação viabilizaria uma decisão imparcial e separaria radicalmente as funções exercidas pelo Judiciário e pelo Legislativo.

2 DA (IM)POSSIBILIDADE DE CINDIR OS DISCURSOS DE FUNDAMENTAÇÃO DOS DISCURSOS DE APLICAÇÃO HABERMASIANOS SOB A ÓTICA DA FENOMENOLOGIA HERMENÊUTICA E DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

Dadas estas premissas da teoria do agir comunicativo, entra-se no seguinte problema: é possível, de acordo com a hermenêutica (fenomenologia hermenêutica de Heidegger e, posteriormente, a hermenêutica filosófica de Gadamer), proceder à cisão entre discursos de fundamentação e de aplicação, como quer Habermas, em seu *Direito e democracia I e II*?

²⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza Cruz. *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 190.

²⁸ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza Cruz. *Habermas e o direito brasileiro*, op. cit., p. 192.

²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, volume I, op. cit., 239.

Além disso, também é viável se perguntar sobre quais são as implicações decorrentes dessa cisão, se ela produz o fim democrático que almeja e, especificamente para o direito, se ela implica na superação – ou substituição, como afirma o autor – da discricionariedade típica das vertentes filosóficas baseadas na consciência.

De início, portanto, e ao comparar as três teorias (do agir comunicativo, fenomenologia hermenêutica e hermenêutica filosófica), já se encontra uma incompatibilidade que permite responder ao problema principal. Para ambas as hermenêuticas, ao contrário do que propõe Habermas, não existe qualquer tipo de cisão estrutural para se chegar a um conhecimento intersubjetivo, ou ainda, para alcançar determinada *verdade*. Interpretação – ou fundamentação, para utilizar a nomenclatura do primeiro discurso habermasiano – e aplicação não são, de acordo com os preceitos hermenêuticos, dois momentos distintos. Ambas se conjugam na *applicatio* de Gadamer ou, ainda, distinguem-se somente de modo ontológico, no sentido dado especificamente por Heidegger. Desse modo, para compreender como se dá a *applicatio* gadameriana e como se estrutura a diferença ontológica proposta por Heidegger – que se distingue das ontologias clássicas – é preciso percorrer determinado caminho iniciado por Heidegger e que mais tarde é remodelado por Gadamer, em seus *Verdade e método I e II*³⁰.

Sucintamente, Heidegger, através de sua fenomenologia hermenêutica, concebeu dois aspectos lingüísticos que, segundo ele, sempre estão presentes em qualquer discurso proferido: um aspecto lingüístico derivado da singularidade, ou seja, do fenômeno em seu acontecer, e outro aspecto lingüístico derivado da sistematicidade, relacionado à manifestação da fala quanto àquele fenômeno observado. Este segundo aspecto, o *logos*, pela sua particular natureza, não apresenta, quando manifestado, a totalidade de determinado fenômeno, escondendo parte de suas singularidades, que, todavia, fazem-se presentes inconscientemente, mesmo que implicitamente, durante a comunicação. Esta compreensão da totalidade, escondida, se dá em um nível, denominado por Heidegger, de hermenêutico, ao passo que a manifestação de algo através da linguagem se dá em um nível lógico-semântico, denominado de apofântico. É para esta distinção de níveis que Heidegger atribui a expressão “ontologia” ou diferença ontológica (*ontologische Differenz*).

Importante observar o seguinte: o desenvolvimento desta ontologia é alheio à concepção ontológica clássica, metafísica, calcada na ideia representacional. Abandona-se, a

³⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 10. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008 e GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*: complementos e índice. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2010.

partir dela, toda a fundamentação natural e teológica, ou seja, qualquer forma de *fundamentum inconcussum*. Não há, para Heidegger, outro universo para o ser humano a não ser aquele que a fenomenologia hermenêutica pode desenvolver e mostrar, baseado no que é asseverado através da linguagem e no que a própria linguagem carrega consigo, certas vezes de modo velado. Para Streck, é nestes fatos que se encontra a chave da questão fenomenológica:

[...] mesmo que o elemento lógico-explicativo se apresente do modo como se apresenta nas teorias analíticas, isto é, de modo único, determinante e autônomo, portanto, dispensando o mundo vivido, *ele já sempre está operando com uma estrutura de sentido que se antecipa ao discurso e representa a sua própria condição de possibilidade*.³¹

A diferença ontológica é, assim, pressuposto para qualquer interpretação ou fundamentação. Corroborando com esta ideia, como resume Streck, pode-se dizer que a fenomenologia hermenêutica de Heidegger é um “universo de três andares”³², em que uma proposição é duplamente derivativa. Ela se apóia na interpretação e esta se apóia, por sua vez, na compreensão. A interpretação, portanto, assumiria uma posição intermediária entre os dois níveis fenomenológicos de Heidegger. Contudo, a sua realização não prescindiria de um deles, pois ambos se articulam em um mesmo movimento, denominado de círculo hermenêutico. Importante salientar: a interpretação para Heidegger ocorre *uno actu*, na medida em que “só é possível dentro do contexto do círculo hermenêutico (*hermeneutische Zirkel*)”³³.

Gadamer, embora tenha se inspirado na fenomenologia hermenêutica de Heidegger, concebe sua hermenêutica de modo distinto à dele³⁴. Para ele, a tarefa da filosofia, como hermenêutica filosófica, consistirá na questão do sentido, porém ligado à compreensão da historicidade do mundo vivido. Gadamer distancia-se da diferença ontológica heideggeriana – que por si, já demonstra uma impossibilidade quanto a cisão entre os discursos habermasianos – e centra-se nas ideias de *história* e de *tradição*, dois conceitos, dentre outros comuns ao seu universo, que carregam a ideia de existência de uma intersubjetividade passada pela *linguagem* através do tempo e demarcada pelo espaço ocupado pelos atores sociais.

³¹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 16.

³² STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, op. cit., p. 74.

³³ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, op. cit., p. 77.

³⁴ Sobre as diferenças entre a fenomenologia hermenêutica de Heidegger e a hermenêutica filosófica de Gadamer, cf. STEIN, Ernildo. Gadamer e a consumação da hermenêutica. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio. *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, pp. 9-24.

E é através da observação da virada lingüística – ponto comum de partida para as três teorias – e daquilo que Streck denomina de giro-ontológico-lingüístico³⁵ (a diferença ontológica de Heidegger) que Gadamer percebe que em toda subjetividade existe uma dimensão de historicidade de sentido que deve ser interpretada; além disso, ele também sugere, como pressuposto de toda a sua argumentação, que o homem está desde sempre envolvido na linguagem, a partir da qual determina a verdade e a falsidade de proposições. Desta conjugação de ideias advém sua célebre asserção “ser que pode ser compreendido é linguagem”:

A frase “o ser que se pode compreender é linguagem” deve ser lida nesse sentido. Ela não significa o domínio absoluto daquele que compreende sobre o ser; ao contrário, diz que o ser não é experimentado onde algo pode ser construído e assim concebido por nós mesmos, mas lá onde aquilo que acontece pode ser simplesmente compreendido.³⁶

Ao lado da importância assumida pela linguagem e de sua capacidade de transportar acontecimentos e experiências passadas reside outra concepção importantíssima que pode ser observada na citação *supra*: aquilo que *acontece*. Gadamer trata de um *acontecer* da verdade; para ele – e é preciso explicar isto primeiramente – a tradição que envolve o homem constitui a sua pré-compreensão, que é condição de possibilidade para qualquer interpretação – ou seja, a tradição dá ao homem elementos que são prévios e decisivos no momento dele interpretar. Em suma, não há uma consciência hermenêutica (Heidegger) ou uma consciência histórica efetual (Gadamer) se não existir a percepção de que todos os homens são determinados pelos fatos históricos que os cercam.

Prosseguindo, e adotando os dizeres de Streck, “só interpreto se compreendo; só compreendo se tenho a pré-compreensão”³⁷. Pelo fato de a hermenêutica filosófica ser, de certo modo, ametódica, é a condição-de-ser-no-mundo do intérprete que vai determinar o sentido de determinada asserção. Trazendo esta ideia para o direito, pode-se dizer que a interpretação de um texto jurídico deve estar vinculada ao sentido constituído pelos precedentes jurisprudenciais, pelo ordenamento jurídico e, essencialmente, pelo que dispõe o documento constitucional.

Entretanto, não se pode confundir a determinação de sentido como uma técnica de assujeitamento do texto de acordo com a moral do intérprete; a hermenêutica filosófica parte do pressuposto de que a linguagem *não é* uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o

³⁵ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, op. cit., pp. 11-18.

³⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, op. cit., p. 23.

³⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 271.

objeto, servindo de instrumento para aquele atribuir livremente o sentido que desejar. Ao contrário, a linguagem se torna condição de possibilidade da manifestação de sentido, trazendo consigo, através da ideia de *tradição* e de *história*, uma série de elementos que são decisivos para a interpretação.

O *acontecer da verdade*, então, dá-se neste contexto. O pano de fundo constituído pela linguagem é uma *verdade* que aparece perante o intérprete, simplesmente *acontecendo*. Ademais, o próprio resultado da interpretação adquire, embora provisoriamente, essa mesma qualificação, pois é proveniente de um processo em que o intérprete teve consciência de uma série de fatores que o impedem de assujeitar do modo como queira aquilo para o qual está dando significado. Tem-se assim, uma resposta “correta”, que pode variar de acordo com o tempo e o espaço. Por isso o processo hermenêutico é sempre produtivo (*Sinngebung*). E finalmente, na hermenêutica filosófica não há, como ocorre também em Heidegger, interpretação em etapas: conforme assevera Streck, Gadamer, denunciando o antigo problema hermenêutico da interpretação por etapas ou fases (as três *subtilitates*), sustenta que “interpretar é compreender”³⁸, ou ainda, que aplicar (*applicatio*) é interpretar.

Sendo assim, tem-se como principal incompatibilidade entre o agir comunicativo e as hermenêuticas a impossibilidade, decorrente da diferença ontológica e da *applicatio*, de cindir ambos os discursos habermasianos. Isso, para ficar mais claro, pela expressa proibição advinda do agir comunicativo de interpretar ou de fundamentar posteriormente ao *consenso* obtido no *Begründungsdiskurs*. Esta característica implica, ainda, uma seqüência de incongruências entre as teorias.

Uma delas consiste no fato de o discurso de fundamentação prévio antever os fatos. Não há uma efetiva observação do mundo da vida capaz de instruir o momento argumentativo que dá forma ao consenso. Essa noção é típica de filosofias analíticas, que concebem *conceitos sem coisas*. Ou seja, abandona-se o entendimento de que a compreensão a tudo antecede, pretendendo-se, deste modo, que pontos de vistas singularmente considerados tenham a capacidade de estabelecer verdades – como se atos de fala ilocucionários tivessem a força de substituir aquilo que é carregado desde sempre pela linguagem.

Em decorrência disso pode-se dizer que o discurso de fundamentação tem a pretensão de ser uma abstração ou, então, uma espécie de fundamento. Esta sua particular característica acaba, invariavelmente, tornando o discurso de aplicação vazio. O momento de aplicação da norma estabelecida via consenso não suporta, como foi visto acima, novas fundamentações e

³⁸ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, op. cit., p. 75.

interpretações, tornando-se deste modo carente de sentido. É como se os fatos/textos existissem sem um sentido prévio, os quais seriam acoplados apenas posteriormente por uma norma válida que lhes é anterior. Streck notara isto em sua crítica a Habermas: que em última análise, a adequabilidade realizada durante a aplicação possui apenas a pretensão de acoplar universalizações a “coisas” particulares:

Applicatio significa impossibilidade de "acoplar" conceitos a coisas. Em outras palavras, não há sentidos à disposição do intérprete que, posteriormente, venham a ser "encaixados" às "coisas-ainda-sem-sentido". É isso que significa *applicatio*. Para ser mais claro: por isso a aplicação (*applicatio*) não se dá apenas nos casos de "aplicação judicial". Na hermenêutica isto está bem claro. Em Habermas, entretanto, o discurso de aplicação – jurisdição – afasta-se do discurso de fundamentação – legislação – em função das "formas de comunicação e dos potenciais de argumentos correspondentes". Penso que essa perspectiva habermasiana não se mostra a mais adequada quando se quer superar dicotomias e dualismos (metafísicas).³⁹

Crítica nesse mesmo sentido é tecida por Apel quanto à proposta de Habermas em excluir a ética do discurso de fundamentação e acoplá-la posteriormente àquilo que foi consentido entre os participantes do discurso. Como objeção a tal proposta, Apel aduz que “o princípio do discurso [...] não pode ser ‘moralmente neutro’⁴⁰, devendo carregar desde a sua fundamentação o caráter ético que possibilita um reconhecimento intersubjetivo entre os membros de dado discurso, sob pena de não ser possível trazê-lo posteriormente.

Uma segunda incompatibilidade entre as teorias decorre exatamente deste exercício de acoplamento. Através dos discursos de fundamentação, ele esconde a pretensão de manejar, em certa medida, os sentidos produzidos. Embora Habermas esteja consciente da virada lingüística e a utilize como alavanca para seu agir comunicativo, sua manobra com o princípio da adequabilidade assemelha-se com a aspiração de conceber a linguagem como um objeto manipulável por sujeitos que a utilizam para produzir sentidos para as coisas (no caso, para as situações concretas diante de normas de conduta pré-estabelecidas). Contudo, segundo a hermenêutica, o sentido não é algo manejável; conforme aduz Gadamer, um texto não é exclusivamente um enunciado lingüístico, mas é também um *evento*, “na medida em que não existem textos que não se refiram a algo no mundo”⁴¹. Nessa linha, uma norma também não é somente texto, mas significado, derivado de um conteúdo que lhe precede, diferindo ontologicamente do simples enunciado lingüístico – lembre-se da diferença ontológica de Heidegger. Por isso, para atribuir sentido é preciso considerar situações historicamente dadas que são prévias à tarefa de conferir sentido.

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, op. cit., p. 121.

⁴⁰ APEL, Karl-Otto. Dissolução da ética do discurso?. In: MOREIRA, Luiz. (Org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 206.

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, op. cit., p. 393.

Mais dois problemas apresentados pela teoria do agir comunicativo referem-se à própria formação do discurso de fundamentação prévio. Como visto anteriormente, o discurso de fundamentação sustenta-se sobre uma *situação ideal de fala*. Embora Habermas tenha tido o cuidado de esclarecer que ela nunca vai se realizar efetivamente do modo como é idealizada, em virtude de uma série de rupturas discursivas que ocorrem durante os atos de fala (busca de fins perlocucionários, utilização de um agir estratégico, falta de simetria entre os proponentes, tempo restrito para formação de um consenso, etc.), não se deve esquecer duas coisas: primeiramente, que não existe “grau zero na compreensão”⁴² segundo a hermenêutica, o que impossibilita que o discurso a respeito de algo se forme sem a observação de acontecimentos passados e; em segundo lugar, que o discurso de fundamentação, *locus* para o estabelecimento de normas intersubjetivas – portanto, democraticamente estabelecidas – é criado, contrariamente ao seu intuito final, dogmaticamente e a partir de uma consciência singular que o tematiza. Segundo Streck:

Repita-se: ele o faz sem a razão comunicativa, o que permite dizer que há uma circularidade viciosa entre fundar tudo numa razão comunicativa e, ao mesmo tempo, estabelecer a razão comunicativa de uma maneira não comunicativa, porque esta é um elemento teórico-epistemológico.⁴³

Diante disso, salta a seguinte curiosidade: disse-se que além de o discurso de fundamentação ser prévio ele também é estabelecido por um grupo de indivíduos cujas percepções de vida para decidir determinado assunto não estão atreladas diretamente a casos concretos. O consenso obtido é acoplado posteriormente aos fatos analisados sob a luz daquilo que passou a ser intersubjetivo com o discurso. Contudo, a primeira afirmação se torna contraditória, uma vez que algo fático sempre é transportado, mesmo que indiretamente, para a formação do discurso. Ora, não há grau zero na compreensão. Portanto, estes elementos fáticos, quando universalizados em razão do resultado discursivo, passam a ser aplicados em casos concretos – diante do discurso de aplicação –, dando ao discurso de fundamentação um caráter eminentemente contrafático.

⁴² “Não há conceitos em abstrato. Conceitos não flutuam no ar, para servirem de capas de sentido aos “fatos desnudos”. Não há grau zero na atribuição de sentido. Insisto: o intérprete deve estar atento à tradição (e à sua autoridade), compreender os seus pré-juízos como pré-juízos, promovendo uma reconstrução do direito, perscrutando de que modo um caso similar (não somente à ementa, é evidente, lembrando, aqui, a questão hermenêutica representada pelo grau de objetivação abrangente que cada decisão deve ter/conter) vinha sendo decidido até então confrontando a jurisprudência com as práticas sociais que, em cada quadra do tempo, surgem estabelecendo novos sentidos às coisas e que provocam um choque de paradigmas, o que sobremodo valoriza o papel da doutrina jurídica e a interdisciplinaridade do direito. Como bem diz Gadamer, a compreensão alcança suas verdadeiras possibilidades quando as opiniões prévias com as que se inicia não são arbitrarias.” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, op. cit., pp. 318-319).

⁴³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, op. cit., pp. 99.

Além das divergências já apontadas entre as teorias, mais duas considerações merecem uma atenção especial em decorrência de suas conseqüências para o campo do direito e para a teoria da decisão judicial. A concepção de um discurso de fundamentação/justificação prévio é a declaração de que há, adotando os dizeres de Streck, “um mundo sem fins”⁴⁴ que permite a adoção de múltiplas respostas. A discricionariedade advinda desta postura de dar livre sentido às coisas é prejudicial e, em última análise, antidemocrática, sobretudo se tomar-se como base o documento constitucional brasileiro e as garantias processuais contidas ali.

Ainda, sabendo-se, com Heidegger, que compreender o ser é compreender a si mesmo, pode-se dizer que alguém que busca o conhecimento de algo (por exemplo, um magistrado ao elaborar a decisão de determinado caso concreto) deve possuir a compreensão de determinadas variáveis que o envolvem enquanto um ser em sua posição (para o exemplo, o como decidir, o porquê decidir, o que normalmente é decidido, para, enfim, buscar aquilo que efetivamente será decidido), sempre “revolvendo o chão lingüístico” no qual está firmado, uma vez que é através da linguagem que se encontra a compreensão para o que procura. Essa postura de entendimento de uma totalidade, fundamental para o jurista e de sobremaneira para o magistrado, é atacada pela cisão discursiva, eis que o aplicador, segundo Habermas, está desonerado da tarefa de proceder a uma nova fundamentação ou justificação, devendo apenas proceder ao acoplamento da norma ao caso concreto durante o discurso de aplicação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vias de finalização, pode-se afirmar que a teoria do agir comunicativo de Habermas, especificamente quanto à sua cisão discursiva, não é compatível com os pressupostos da fenomenologia hermenêutica ou da hermenêutica filosófica, sendo, portanto, sob esse enfoque, incindíveis. Isso pelo modo particular de ambas as hermenêuticas conceberem a ideia de compreensão e de atribuição de sentido às coisas. Para Heidegger, em razão da diferença ontológica, para a qual, embora haja a distinção entre os dois níveis fenomenológicos, a atribuição de sentido se dá em um movimento único, incindível; para Gadamer, em virtude da *applicatio*, em que a aplicação, interpretação e compreensão ocorrem *uno actu* (lembre-se da denúncia as três *subtilitates*).

Em decorrência desta incompatibilidade encontram-se outras divergências teóricas: o discurso de fundamentação prévio antevê os fatos, enquanto as hermenêuticas os concebem

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, op. cit., pp. 124.

como condição de possibilidade para a obtenção de conhecimento; este discurso, ainda, tem a pretensão de ser uma espécie de *fundamentum inconcussum*, enquanto para as hermenêuticas qualquer forma de fundamentação última é expressamente excluída; em razão disto, o discurso de aplicação se torna vazio, eis que não há como proceder a novas justificações durante seu turno; assim, o acoplamento de que ele se utiliza se torna uma espécie de dedução ou de subsunção, expressamente proibida pelas hermenêuticas em virtude da *applicatio* e da diferença ontológica; o discurso de fundamentação, ainda, maneja sentidos, algo avesso aos ditames de ambas as hermenêuticas; também, a situação ideal de fala é inconcebível, pois pressupõe um “grau zero de compreensão”, enquanto nas hermenêuticas a linguagem e tudo o que ela carrega é pressuposto para interpretar e/ou compreender; por fim, a cisão permite atitudes discricionárias (livre atribuição de sentido a algo) e desonera o aplicador da tarefa de fundamentar, o que, para as hermenêuticas, aplicadas ao direito, é algo inconcebível.

Contudo, há algumas observações que devem ser feitas: as divergências encontradas são apenas implicações de cunho paradigmático, decorrentes da observância estrita de uma ou outra teoria. Embora Habermas recaia em uma série de problemas sob o enfoque das hermenêuticas, sua teoria apresenta um elevadíssimo grau de desenvolvimento. Algumas de suas manobras, não analisadas a fundo neste texto – quanto à eventual superação da razão prática pela razão comunicativa e da co-originariedade do direito e da moral, por exemplo – constituem um avanço considerável para a ciência jurídica e combatem, do mesmo modo como fazem ambas as hermenêuticas, o problema da filosofia da consciência – embora de modo mais radical.

REFERÊNCIAS

APEL, Karl-Otto. Dissolução da ética do discurso?. In: MOREIRA, Luiz. (Org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy Editora, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza Cruz. *Habermas e o direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 10. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

_____. *Verdade e método II: complementos e índice*. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2010.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, volume I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, volume II. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Verdade e justificação*. Ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

ROCHA, Leonel Severo. A produção sistêmica do sentido do direito: da semiótica à autopoiese. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. n. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

STEIN, Ernildo. Gadamer e a consumação da hermenêutica. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio. *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

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

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