

# MODELOS DE RACIONALIDADE E PARÂMETROS DE DEMOCRACIA NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL<sup>1</sup>

GRAZIELA BACCHI HORA<sup>2</sup>

## 1. ESTABELECIMENTO DE CRITÉRIOS PARA A CORREÇÃO DA INTERPRETAÇÃO DE TEXTOS COMO EXIGENCIA DE UMA RACIONALIDADE DEMOCRÁTICA

No contexto atual observa-se uma inviabilidade crassa da tentativa de atribuir ao texto soluções prontas. Observe-se que a natureza fragmentária e indeterminada do texto é uma das questões centrais em se tratando do problema da interpretação constitucional. Esta característica autoriza a associação da abordagem ao tratamento de correntes filosóficas ou epistemológicas que acentuam o caráter eminentemente aberto da linguagem frente à diversidade da materialidade contextual. A consequência da adoção destas correntes de pensamento seria a impossibilidade do estabelecimento de critérios de correção para a interpretação dos textos.

Considerando-se que, assim como na interpretação histórica ou literária, também os operadores do direito terão de se haver com os limites — ou com a suposta falta de limites — interpretativos na dinâmica da linguagem, entende-se não ser possível ignorar essas discussões ou agir como se o direito fosse a elas imune.

A superação da tese da infinitude de interpretações impõe-se, pois, como pressuposto à continuação de qualquer intento de controle racional das decisões judiciais.

O presente trabalho parte, sem dúvida, de uma opção pela racionalidade que implica uma certa medida de coerção do discurso. Isso a despeito de se reconhecer a inexistência de erros em sentido absoluto, vez que o erro só pode surgir e ser decidido no interior de uma prática definida, condicionada pela história do saber. Nos termos postos por Foucault, não

---

<sup>1</sup> Texto correspondente ao trabalho apresentado no XIV Congresso Nacional do CONPEDI.

<sup>2</sup> Mestre em Direito Público pela UFPE; doutoranda em Filosofia do Direito na UFPE e Procuradora da Assembléia Legislativa de Pernambuco.

nos encontramos no verdadeiro senão a partir da obediência das regras de uma política discursiva<sup>3</sup>.

Para atingir tal objetivo, optou-se, metodologicamente, pelo estudo das possibilidades de compreensão racional dos textos em geral, notadamente o constitucional, de modo a oferecer limites ao poder exercido na atividade judicante. Caso contrário, caberia reconhecer a ilegitimidade de decisões fundadas num modelo dogmático anacrônico supostamente seguro e que remontaria ao poder teológico pré-democrático.

Aduza-se que a questão da adequação da racionalidade voltada para a prática não é perseguida de forma a desprezar o papel dos textos no que diz respeito à normatividade. O próprio texto também cristaliza um momento de maturidade democrática que deve ser considerado sob pena de não serem reduzidas as questões à mera contingencialidade política. A questão que se impõe é alcançar a maneira mais democrática para que seja considerado o texto.

A orientação com raízes na filosofia parece permitir a caracterização de uma racionalidade sensível à esfera da *práxis* e mais adequada ao fenômeno jurídico enquanto decisão que seja produto de um processo interpretativo. Desse modo, os elementos materiais inevitavelmente presentes nas decisões judiciais são vistos como passíveis de controle e, em última análise, restam salvaguardadas as exigências do Estado Democrático de Direito que de outro modo é mero simulacro<sup>4</sup>.

Persegue-se o estabelecimento de um paralelo entre a crítica filosófica e a teoria da Constituição no sentido de um enfraquecimento gradual da atitude formalista.

---

<sup>3</sup> FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. 4. ed. São Paulo : Loyola, 1998, p. 33-35.

<sup>4</sup> "Em nosso país, não há dúvida de que, sob a ótica do Estado Democrático de Direito – em que o Direito deve ser visto como instrumento de transformação social –, ocorre uma desfuncionalidade do Direito e das Instituições encarregadas de aplicar a lei. (...) Ou seja, não houve ainda, no plano hermenêutico, a devida filtragem – em face da emergência de um novo modo de produção de Direito representado pelo Estado Democrático de Direito – desse (velho/defasado) Direito, produto de um modo liberal-individualista-normativista de produção de Direito"... (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise; uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999, p. 31-32, grifos do original).

Apresenta-se de forma imperativa a superação de uma hermenêutica tradicional que negue o vazio metodológico deixado por uma crença ingênua<sup>5</sup> no método silogístico ou que se contente com as largas margens de atuação oferecidas à integração positivista.

Observe-se que ao problema do método se vincula o da legitimidade da própria jurisdição constitucional. O fato de no atual estágio histórico esta função estar institucionalmente afeta ao Judiciário não significa que haja uma segurança quanto a sua permanência. Nesse sentido, a desconfiança quanto à adequação da assunção da guarda da Constituição pelo Judiciário tende a crescer na proporção em que haja um isolamento técnico que não mais se justifica teoricamente e que, pior ainda, constitui um entrave à democratização das decisões atreladas à política.

Surge, dentre outras questões a dúvida a respeito da possibilidade de encontrarmos uma terceira via alternativa à ontologização dos textos presente na racionalidade do positivismo e à postura desconstrutiva, onde a subjetividade é levada a extremos<sup>6</sup>.

Deve-se deixar assente que a insistência no controle das decisões judiciais de modo algum significa retroceder aos moldes rígidos da divisão dos poderes no Estado Liberal<sup>7</sup>, mas, inversamente, justamente por pressupor a complexidade das funções afetas ao judiciário é que se tem por imperativa a perquirição de uma metodologia capaz de incorporar os elementos políticos da decisão.

Formulações, como a da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, que se abstêm da tarefa de fornecer elementos a uma opção dentre as várias decisões enquadráveis na "moldura normativa"<sup>8</sup>, conduzem a um decisionismo voluntarista que acaba por subsidiar a crítica total da razão desenvolvida na pós-modernidade<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> Emprega-se o termo "ingênua" em sentido irônico. Mais adequado seria falar em "astúcia da dogmática" com: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise; uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999, p. 63.

<sup>6</sup> Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. Externalização ou internalização da "Justiça" constitucional. Introversão ou extroversão da legitimidade processual constitucional. Porto Alegre : mimeo., 1994, [conferência], p. 9-10.

<sup>7</sup> Lembre-se da famosa concepção de Montesquieu de que o juiz seria a boca que pronuncia as palavras da lei.

<sup>8</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo : Saraiva, 1939, p. 80-85.

<sup>9</sup> Referimo-nos à vertente de compreensão da pós-modernidade como "decadência" representada pelo pós-estruturalismo francês, que se contrapõe, a partir de um critério binário, à pós-modernidade como "resistência" daqueles que seguem acreditando na razão e na democracia (BALLESTEROS, J. **Postmodernidad: decadência o resistência**. Madrid : Tecnos,

O delineamento de um método contemporâneo de concretização constitucional que será analisado de forma a indicar suas filiações filosóficas, bem como a possibilidade de contribuição em relação aos ideais que se quer realizar.

Procurar-se-á problematizar as premissas centrais adotadas pela metódica proposta por Friedrich Müller de modo a verificar a possibilidade de sua compatibilização com a orientação valorizadora da esfera da práxis.

O tratamento desta proposta específica surge como potencial aplicação dos pressupostos mais gerais, como elo que buscará aproximar a discussão filosófica da atuação da jurisdição constitucional

Tendo em vista as exigências da democracia, tratar-se-á de estabelecer liames entre o paradigma da racionalidade discursiva e o método concretista como modelo possível para o direito constitucional. Para que possamos defender uma tomada do texto constitucional como relevante para o estabelecimento da decisão judicial, impende que nos posicionemos contrariamente a teorizações que advogam a indistinção decorrente entre significado e significante ou o caráter essencialmente metafórico da linguagem

Resta-nos cabível estabelecer um diálogo com o desconstrutivismo de Jaques Derrida a partir de uma breve exposição de seus posicionamentos acompanhada de uma análise crítica.

---

1989, p. 12-13. *Apud*: MARTÍN, Núbia Belloso. Paradigmas ecológicos de la filosofía del derecho en la transmodernidad. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. (Org.). **O poder das metáforas**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998, p. 25-52, aqui p. 32). – Ainda no que concerne à classificação de teorizações filosóficas perante à “crítica total da razão”, Karl-Otto Apel elenca, como precursores do “questionamento ou transcendência da modernidade através da pós-modernidade”, os seguintes filósofos: Nietzsche, Heidegger e os pós-estruturalistas franceses como Derrida e Foucault, acrescentando, no que diz respeito às conseqüências de Heidegger, a “hermenêutica filosófica” de Gadamer e, no seu séquito, o “hermeneutic pragmativ turn”, como representado por Richard Rorty, não sem antes achar afinidades no trabalho reconstrutivo empreendido por Horkheimer e Adorno na “*Dialektik der Aufklärung*” (cf. APPEL, Karl-Otto. Die Herausforderung der totalen Vernunftkritik und das Programm einer philosophischen Theorie der Rationalitätstypen. In: **Concordia**, n. 11, p. 2-25, 1987, aqui p. 2). – Note-se que, para os fins desta pesquisa, será imprescindível o posicionamento favorável às posturas ainda crédulas quanto ao estabelecimento de parâmetros para a compreensão/interpretação de textos, em detrimento das formulações mais radicais tendentes a advogar a infinitude das interpretações ou o pragmatismo absoluto.

## 2.A IMPOSSIBILIDADE DEFENDIDA PELO DESCONSTRUTIVISMO DE DETERMINAÇÃO DO SIGNIFICADO ATRAVÉS DO TEXTO

Segundo Derrida, a superação da ilusão da presença, bem como da ilusão ensejada pelo fonocentrismo e do logocentrismo correlatos, ensejaria a desconstrução da própria distinção entre significado e significante. Ocorre que a diferença entre significante e significado só se sustentaria a partir do entendimento metafísico de que haveria um significado, anterior em sua inteligibilidade, a sua inclusão neste mundo sensível. Entendimento que teria raízes não só metafísicas, mas teológicas, pois pressupõe uma ocorrência de significado antes de sua “queda” e a conseqüente expulsão para a exterioridade, ou seja, para o significante. Essas raízes teriam sustentado a tradicional e agonizante temática do signo de buscar o sentido, a presença ou a verdade em outro lugar que não na própria dinâmica da significação. De acordo com Derrida só há falar em signo tocante à escritura, jamais antes dela, vez que sem a exterioridade do significante a própria idéia de signo arruinar-se-ia<sup>10</sup>.

No que concerne à dinâmica da significação como entendida por Derrida, encontramos a indistinção entre a escritura poética e outras formas como a filosófica. Para sustentar a natureza essencialmente poética da linguagem com sua abertura para o mundo, a indistinção entre uso metafórico e comum é acentuada. A linguagem seria essencialmente metafórica. Assim é que a estratégia de leitura fornecida pela desconstrução situa-se acima das intenções do autor e do próprio texto para advogar a pluralidade de interpretações, não sendo possível justificar a superioridade de nenhuma delas.

A questão torna-se ainda mais radical quando observamos que Derrida não concorda que a metáfora percorra um caminho contínuo, com perda semântica regular ou esgotamento do sentido primitivo sem extração do que fora seu solo natal. Inclina-se, de modo diverso, a considerar a história de uma metáfora como o caminho de um deslocamento com rupturas, reinscrições num sistema heterogêneo, mutações e desvios sem origem. Desse modo, segundo a postura desconstrutivista, mesmo o conceito de metáfora estaria contaminado com uma seqüência metafísica que o determinou pressupondo uma

---

<sup>10</sup> DERRIDA, Jacques. **Gramatologia**. São Paulo : Perspectiva, 1999, p. 16-17.

continuidade que não se processa e desvinculando-se, conseqüentemente, de uma configuração teórico-histórica estreita<sup>11</sup>.

Perante a falta de um significado original — ou seja: não metafórico — não se justificaria a distinção do discurso filosófico do poético, este desde sempre reconhecidamente metafórico. Como decorrência, em qualquer discurso — obrigatoriamente metafórico, uma vez que a linguagem não escapa à metáfora —, seria impossível estabelecer limites e margeá-lo, apartando-o do poético. Impossível, também, com base na linguagem, advogar-se a supremacia, na tarefa da interpretação de um texto, de um entre os vários sentidos que se lhe queira atribuir num determinado contexto diverso. As conexões são sempre reflexos ou reenvio de radiações que não se submetem a critérios de verdade ou não-verdade.

No tocante ao direito constitucional, fica patente a opção pela indeterminabilidade através da negligência do aspecto “manutenção” ou “promessa” presente na Constituição. Isto permite a afirmação de Derrida de que a prática desconstrutivista implica uma estratégia de ruptura, na medida em que se insurge, não apenas de forma teórica, contra os documentos constitucionais, contra a Carta Constitucional que orientaria a leitura do direito em nossa cultura e, especialmente, na Academia. Apesar de não representar obrigatoriamente uma necessidade de revolução pura, já que o próprio advogado poderia usá-la perante um tribunal<sup>12</sup>.

O texto de desconstrução ostentaria um “*status sem status*” daquilo que disso fica — dele mesmo. Ele se arruína a si mesmo, se contagia a si, se contamina, torna-se fantasma de si mesmo<sup>13</sup>.

Derrida vê como “paradoxo da iterabilidade” que a origem originalmente tenha que se repetir e se “des-positivar” para poder levantar sua exigência de validade e se manter. Mas a conseqüência política desta despositivação parece arruinar, junto com o texto, a possibilidade de manutenção.

Este efeito se confirma pelo delineamento do que seria, segundo a sua perspectiva, a atividade policial em relação à lei:

---

<sup>11</sup> DERRIDA, Jacques. **Margens da filosofia**. Campinas : Papyrus, 1991, p. 255-256.

<sup>12</sup> DERRIDA, Jacques. **Gesetzeskraft: Der "mystische Grund der Atorität"**. Frankfurt : Suhrkamp, 1991, p. 82.

<sup>13</sup> *Idem*, p. 91-92.

“‘Há polícia, mas a polícia faz leis, ela não se satisfaz em aplicar uma lei’, tudo acontece ‘como se a lei fosse, sem a polícia, impotente’ (...) A iterabilidade impede com toda a rigidez (ou visto de forma mais estrita), que haja fundamentadores, fundadores e legisladores puros e grandes (‘grandes’ poetas pensadores ou homens de estado — no sentido em que Heidegger em 1935 fala de tais homens), seguindo um esquema análogo que se orienta no sacrifício inevitável e fatídico dos fundadores)”<sup>14</sup>.

Deste modo, nos parece bastante obscuro vislumbrar em que medida seria possível falar em promessa. Entendemos que perante a contaminação diferencial qualquer manutenção estaria inviabilizada.

Criticar os posicionamentos de Derrida a respeito da significação não significa obrigatoriamente adotar os pressupostos de uma presença do sujeito como fora a tentativa da filosofia da consciência presente em Kant e em Descartes. Não significa a defesa do caráter intencional e tampouco da manutenção da vontade subjetiva do legislador. Trata-se, antes, de considerar outras possibilidades forjadas em termos de uma construção coletiva de parâmetros seguros para a análise do significado. Esta possibilidade democrática de determinação e manutenção de sentido que não depende de grandes sujeitos fundadores, mas que parece ter sido igualmente rechaçada pela desconstrução. Possibilidade do coletivo nos sistemas de significado<sup>15</sup> que, em última análise, permitirá a própria oposição de critérios de controle para a filtragem das múltiplas interpretações advindas dos textos.

### **3.OBJEÇÕES ÀS FORMULAÇÕES DESCONSTRUTIVISTAS**

Para nos mantermos na defesa de limites para as diversas possibilidades de interpretação de um texto será bastante elucidativa a transcrição de um trecho contido na obra “Os limites da interpretação”, de Umberto Eco. Nele o autor reúne, com certa dose de

---

<sup>14</sup> *Idem*, p. 92, tradução nossa.

<sup>15</sup> Segundo alguns dos críticos de Derrida, suas asserções sobre o fonocentrismo não poderiam ser aplicadas indistintamente a quaisquer formulações da tradição filosófica ocidental. Ele desconsidera, p. ex. o fato de Hegel e Wittgenstein não concederem uma tal soberania ao *self* e de fato argumentarem contra ela. Há possibilidade de se encontrar, em formulações da filosofia ocidental, a abordagem de sistemas de significado do coletivo. Isto parece ter sido deixado de lado por Derrida por força da escolha de um “grupo tão estranho e secundário de textos teóricos” como representantes da filosofia ocidental, na Gramatologia, a saber, o “Ensaio sobre as origens da linguagem”, de Rousseau e o “Curso de lingüística geral”, de Saussure, este último, ainda que prestigiado pela estruturalismo francês, está também longe de ser uma das grandes obras da filosofia ocidental.

ironia, um conjunto de características para delinear os pressupostos das interpretações infinitas presentes nas formulações desconstrutivistas. Vejamos:

- a) “um texto é um universo aberto onde o intérprete pode descobrir uma infinidade de conexões;
- b) a linguagem não serve para captar um significado único e preexistente (como intenção do autor); ou seja, o dever de um discurso interpretativo é mostrar que aquilo de que se pode falar é apenas a coincidência dos opostos;
- c) a linguagem espelha a inadequação do pensamento, e ser-no-mundo significa apenas perceber que é impossível identificar um significado transcendental;
- d) todo texto que pretenda afirmar algo de unívoco é um universo abortado, ou o resultado do malogro de um mau Demiurgo, o qual, toda vez que tenta dizer ‘isto é assim’, desencadeia uma ininterrupta cadeia de inumeráveis remissões, no curso da qual ‘isso’ jamais é a mesma coisa;
- e) o pecado original da linguagem (e de qualquer autor que a tenha falado) é, porém, redimido por um leitor Pneumático, o qual, por compreender que o Ser é Deriva, corrige o erro do Demiurgo e entende o que os Leitores Hílicos estão condenados a ignorar, buscando a ilusão do significado em textos que nascem destinados a zombar deles;
- f) a cada um, porém, é dado tornar-se um Eleito, desde que ouse sobrepor sua intenção de leitor à inatingível e perdida intenção do autor; todo leitor pode tornar-se um Super-homem que compreende a única verdade, isto é, que o autor não sabia do que estava falando, porque a linguagem falava em seu lugar;
- g) para salvar o texto, para transformar a ilusão do significado na consciência de que o significado é infinito, é mister que o leitor suspeite de que cada linha oculta um segredo, de que as palavras não dizem e sim apontam para o não-dito que mascaram. A vitória do leitor consiste em fazer com que o texto diga tudo, salvo aquilo em que o autor pensava: visto que tão logo se descobrisse que existe um significado privilegiado, não seria este, com certeza, o verdadeiro. Os Hílicos são os que interrompem o processo dizendo ‘entendi’;
- h) O Eleito é aquele que compreende que o verdadeiro significado de um texto é o seu vazio;
- i) a semiótica é um complô desses que nos querem fazer crer que a linguagem serve para a comunicação do pensamento”<sup>16</sup>.

Eco reconhece ter exacerbado as características até um nível caricatural, não abdicando, no entanto, da função que qualquer caricatura mantém de poder evidenciar os traços e as tendências do que é caricaturado. Demais disso, o que ele pretende deixar claro é que, a despeito de algumas das características serem dignas, é o conjunto como um todo que conduz à “síndrome da suspeita” e à “interpretação paranóica”. Isto por que, no dia-a-dia, é patente que os seres humanos distinguem entre semelhanças pertinentes e relevantes e semelhanças casuais e ilusórias<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Eco, Umberto. **Os limites da interpretação**. São Paulo : Perspectiva, 1995, p. 31-32.

<sup>17</sup> *Idem*, p. 32-33.



Neste sentido, Eco concorda que até certo ponto Derrida procede a afirmações que nenhum semioticista poderia negligenciar<sup>18</sup>, mas no afã de radicalizá-las acaba por descartar outras tantas afirmações óbvias que trazem critérios para verificar a sensatez de uma interpretação textual.

Eco conclui que, se, por um lado, é difícil a afirmação de uma interpretação como boa, por outro, é fácil reconhecer as más e aproveita para considerar como má a interpretação realizada por Derrida da “semiose ilimitada” de Peirce<sup>19</sup>.

Uma outra importante fonte de contraposições às premissas desconstrutivistas é oferecida pela tentativa habermasiana de reivindicar uma base teorizável para a ação voltada ao entendimento.

Por força deste objetivo, Habermas formula possibilidades de contornar os obstáculos representados pela variação textual mutante em significado, bem como aqueles representados pela inesgotabilidade ou impossibilidade de controle dos contextos.

Com base em Searle e na “teoria dos atos de fala”<sup>20</sup>, Habermas defende a existência de um conjunto de suposições de fundo acerca da normalidade e dos estados gerais do mundo que concorreriam para atenuar a impossibilidade de fixação de condições de validade para os atos de fala através do sentido literal de uma oração. Deste modo, os significados das orações só serão válidos relativamente a um saber compartilhado que é constitutivo do mundo da vida de uma comunidade de linguagem. No entanto, este relacionismo estaria longe do relativismo semântico pretendido por Derrida<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Como afirmações não negligenciáveis de Derrida figurariam: “que o conceito de comunicação não pode ser reduzido à idéia da veiculação de um significado unitário, que a noção de significado literal é problemática, que o conceito corrente de contexto corre o risco de ser inadequado, quando sublinha, no âmbito de um texto, a ausência do emissor, do destinatário e do referente, e explora todas as possibilidades de uma interpretação não unívoca desse texto; quando nos lembra que todo signo pode ser citado e, sendo assim, está em condições de romper com qualquer contexto dado”... (*Idem*, p. 285-286).

<sup>19</sup> Segundo Eco, seria demasiado infiel a Peirce considerar, com Derrida, que a semiose ilimitada implica deriva infinita. Ocorre que entre o princípio fundamental da semiótica de Peirce que vaticina: “um signo é algo mediante o conhecimento do qual conhecemos algo a mais” e o de Derrida que pareceria ser: “Um signo é algo mediante o conhecimento do qual conhecemos algo diferente” existe uma distância importante (*Idem*, p. 280 e ss).

<sup>20</sup> Veja Nota 141 *infra*.

<sup>21</sup> HABERMAS, Jürgen. **El discurso filosófico de la modernidad**. Madrid : Taurus, 1989, p. 238.

No tocante à fala normal e ao discurso poético, essas suposições idealizadoras também servirão de diferencial. Isto na medida em que na comunicação cotidiana cada um se esforça para contribuir de forma mais informativa possível, de modo a evitar emissões obscuras equívocas ou pomposas o que de modo algum se põe como exigência no discurso poético. Deste modo, Habermas conclui que Derrida escapa das restrições estruturais e funções comunicativas da vida cotidiana na medida em que atribui à linguagem poética — que carrega a função de abrir mundo da linguagem — a força estruturalmente determinante da linguagem em geral<sup>22</sup>.

Derrida, assim como Rorty, através de uma concepção estritamente contextualista da linguagem, estariam ambos sendo insensíveis para a “força fática do contra-fático que se faz valer através das pressuposições idealizadoras que caracterizam a ação comunicativa”<sup>23</sup>.

Isso nos permite dizer que o contexto pode ser determinado em certa medida. Certos aspectos da realidade influenciam os significados dos signos (delimitam, qualificam ou complementam) uma vez que estejam sendo empregados no ato comunicativo. Falantes e ouvintes devem estar cientes do aspecto da realidade em questão e devem estar cientes de determinadas convenções que ligam aqueles aspectos a determinados signos de modo a conferir-lhes significado<sup>24</sup>.

Assim, se, por um lado, nota-se a procedência de algumas observações desconstrutivistas, como a de que o texto não seria nem o produto, nem o depósito de “eus centrados” e até mesmo da sua potencialidade em prestar serviços à democratização da interpretação dos textos jurídicos, bem como à atualização histórica de seu sentido, por outro lado, a indeterminabilidade entendida de forma absoluta constitui uma postura difícil de ser assimilada se optarmos por considerar que a comunicação “existe”. O questionamento levado a este ponto parece, no mínimo, constituir-se numa daquelas posturas nomeadas de “contra-intuitivas” por Habermas<sup>25</sup>.

Antes de adentrar a exposição do método concretista de Müller e de justificar a compatibilidade de suas concepções com os pressupostos teóricos da racionalidade

<sup>22</sup> *Idem*, p. 246.

<sup>23</sup> *Idem*, p. 249.

<sup>24</sup> FREADMAN, Richard; MILLER, Seumas. **Re-pensando a teoria**. São Paulo : UNESP, 1994, p. 168-169.

<sup>25</sup> Contra-intuitivas seriam as posições filosóficas que não vêm qualquer elemento obrigatório ou de significado na perspectiva dos participantes (cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia; entre faticidade e validade**, v. 1. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1997, p. 19).

discursiva se nos impõe dar conta de alguns conceitos operacionais de sua metódica estruturante.

#### 4. METÓDICA ESTRUTURANTE DE FRIEDRICH MÜLLER: A NORMATIVIDADE COMO PROCESSO

Para que se possa ter uma noção da normatividade segundo a teoria de Friedrich Müller, é mister que se proceda a uma conceituação dos elementos implicados na concretização<sup>26</sup>, entendida como o processo de construção da norma jurídica geral e não mera individualização da norma pré-existente.

Observe-se que não se trata de aplicar a norma, mas de produzi-la a partir da combinação de seus componentes primariamente lingüísticos com os seus componentes empíricos concretos, ambos em relação de implicação recíproca dentro do processo de concretização. A partir do reconhecimento destes dois níveis chamados a compor a norma jurídica, desenvolvem-se os conceitos de âmbito normativo (*Normbereich*) e programa normativo (*Normprogram*). Este último surgido da interpretação dos dados primariamente lingüísticos em conjunto (textos normativos e não-normativos como doutrina, textos históricos e outros referentes à técnica de solução de casos), enquanto o primeiro (*Normbereich*) captado a partir dos dados primariamente reais a serem intermediados pela linguagem normativa<sup>27</sup>.

Dentre estes conceitos, o do âmbito da norma se nos demonstra mais complexo, no sentido de que a sua criação poderá ser ou não ser dada pelo direito.

É interessante observar que Müller<sup>28</sup> admite a existência de textos capazes de estabelecer de forma precisa o seu âmbito de utilização através de tipificação geral e

---

<sup>26</sup> "Schliesslich meint 'Konkretisierung' auch nicht, eine vor dem Rechtsfall schon vorhandene Norm werde auf diesen hin individualisiert, 'konkreter' gemacht, in ihrem Umfang sozusagen verengt. Vielmehr geht es bei juristischer Falllösung um Normkonstruktion; die Rechtsnorm muss im Fall jeweils erst produziert werden" (MÜLLER, Friedrich. **Juristische Methodik**. 7., stark erw. und bearb. Aufl. Berlin : Duncker und Humblot, 1997, p. 32).

<sup>27</sup> MÜLLER, Friedrich. **Juristische Methodik**. 7., stark erw. und bearb. Aufl. Berlin : Duncker und Humblot, 1997, p. 33.

<sup>28</sup> *Idem*, p. 172.

abstrata. Como consequência, o trabalho jurídico poderia ser executado como simples subsunção.

No entanto, ressalte-se, que o autor parte do pressuposto de que na maioria dos casos o âmbito normativo se conecta com elementos criados pelo direito tanto quanto com elementos não-criados pelo direito<sup>29</sup>. A partir deste pressuposto pode-se concluir que a metódica não defende a exigência de inclusão de elementos não jurídicos na atividade de concretização apenas para casos reputados difíceis<sup>30</sup>, mas, antes, trata-se de uma exigência a ser observada ordinariamente, dado que, na maioria dos casos, o trabalho reservado ao programa normativo é insuficiente para a produção adequada da norma.

Resta ainda aduzir que o âmbito da norma será alcançado a partir de uma seletividade do âmbito da matéria que já encontra uma limitação através do âmbito do caso. Dito de forma esquemática, temos que o âmbito da matéria (*Sachbereich*) contém o âmbito do caso. Já o âmbito da norma surgirá tendo-se em vista os resultados obtidos do manejo do programa da norma que servirá como filtro lingüístico para a captação dos dados reais do âmbito do caso<sup>31</sup>.

De acordo com os elementos que tomam parte no processo de produção normativa até aqui expostos, exsurge que a normatividade não se confunde com uma mera produção a partir de textos.

---

<sup>29</sup> *Idem*, p. 173.

<sup>30</sup> De forma diferente se projeta a teorização de Ronald Dworkin que defende a inclusão de elementos políticos ou morais como auxiliares na decisão de casos limites ou difíceis (v. DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. 2. ed. Barcelona : Ariel, 1989). – Obviamente a própria aceitação de que por vezes o programa normativo é suficiente para a concretização não responde à questão do critério através do qual se chega a esta conclusão. Entendemos ser possível extrair-se do próprio Müller a resposta de que na realidade não se estaria prescindido do exame do âmbito normativo, mas sim de que a análise das condições da realidade social não inovariam ou acrescentariam dados suplementares quando comparadas aos resultados do programa normativo.

<sup>31</sup> “*Der jurist beginnt beim sachverhalt und wählt mit dessen Merkmalen aus der Normtextmenge des sogenannten geltenden Rechts diejenigen Normtexthypothesen aus, die er für einschlägig hält. Er kommt von diesen her zu den Sachbereichen der durch die Auswahl der Normtexthypothesen als einschlägig angenommen Rechtsnormen und verengt die Sachbereiche in der Regel zu Fallbereichen. (...) Der Normtext in bezug auf die Sprachdaten führt zur Erarbeitung des Normprogramms. Der Normtext in bezug auf die Realdaten führt zur Auswahl des Sachbereichs, zu dessen Verengung zum Fallbereich und zu dessen am Normprogramm maßstäblich orientierten Konstituierung als Normbereich*” (MÜLLER, Friedrich. **Juristische Methodik**. 7., stark erw. und bearb. Aufl. Berlin : Duncker und Humblot, 1997, p. 203).

Os textos de normas pertinentes ao caso, juntamente com o caso, são dados de entrada (*Eingangsdaten/inputs*) para a concretização que juntamente com os meios de trabalho irão conferir dinamicidade à normatividade entendida como processo e nunca como qualidade estática dos textos<sup>32</sup>. O conceito de normatividade caracteriza a produção dinâmica de uma norma na medida em que se realiza em duas direções: de um lado é um modelo estruturado e cunhado pela realidade subjacente, de outro lado a ordena<sup>33</sup>.

## **5. COMPATIBILIDADE ENTRE RACIONALIDADE DISCURSIVA E A METÓDICA ESTRUTURANTE DO DIREITO**

Trata-se, aqui, de estabelecer a continuidade entre teorizações que tomam como central o fenômeno discursivo e os métodos de interpretação jurisdicional que não se despojam da consideração dos textos legais.

Ocorre que objeções poderiam ser levantadas no sentido de negar a possibilidade de se estabelecer um liame entre tais orientações. A primeira — surgida dos próprios teóricos da ética discursiva — aponta para a impossibilidade de se restringir a ação comunicativa de modo a adequá-la à necessidade de remissão aos textos abstratos positivados. Este raciocínio considera tal remissão um constrangimento capaz de desvirtuar os pressupostos da ética do discurso. A aplicação da razão discursiva esgotar-se-ia no espaço destinado aos debates legislativos não alcançando a decisão judicial. Contra este entendimento já tivemos oportunidade de nos pronunciar na medida em que entendemos o discurso jurídico realizado em momento posterior à edição legal e anterior à sua aplicação como parte do discurso prático geral.

Uma segunda objeção verifica-se do lado dos juristas que propõem uma metódica afeta especificamente à decisão judicial. A ética do discurso é acusada de exigir uma fundamentação moral para a justificação das normas, vista como colonização do trabalho jurídico por “filosofemas neokantistas” ou “neometafísicos” que teriam se tornado “inatacáveis”. Müller aponta para a inadequação de se adotar uma teorização que sugere um conceito não-jurídico de validade para as normas, ao mesmo tempo em que se reportaria a

---

<sup>32</sup> MÜLLER, Friedrich. Concretização constitucional. Recife : *mimeo.*, 1996, p. 8. [Conferência proferida no Congresso Internacional de Direito Constitucional, Administrativo e Tributário em 22.08.96].

<sup>33</sup> *Idem*, p. 169.

uma instância moral como fundamento de validade. Adverte, ainda, sobre a dificuldade que enfrentaria a própria Constituição para ser entendida como norma de ação a partir destes critérios não jurídicos<sup>34</sup>.

Esta objeção, no entanto, perde sua força a partir do confronto entre as condições de legitimação para a decisão política de que comungam ambas as perspectivas. Em defesa da compatibilidade surge a identidade de pressupostos, a saber, o Estado de Direito e a Democracia.

É oportuno esclarecer, neste passo, que Müller está longe de ser um teorizador que se disponha a sacrificar a inclusão de realidades iniludíveis do fenômeno da decisão jurídica em nome da autonomia da ciência do direito, calcada puramente no direito positivo. Pelo contrário este é um grande erro que reputa ao positivismo legal clássico do qual é crítico.

Neste sentido, chega a afirmar que «a metódica estruturante, como conceito geral a serviço de uma racionalidade que processa a realidade e que se atrela à Democracia e ao Estado de Direito, também é capaz de cooperação, complementação e correção em relação a outras ciências, sendo dependente delas também»<sup>35</sup>.

Reconhece, ainda, ser imperativo a uma metódica que se pretende realista, a consideração das situações fáticas diárias nas quais os fatores do sistema político<sup>36</sup> (status, papéis, estratificação social, corporativismo, etc.) influenciam de forma estrutural/funcional a atuação dos operadores do direito. Este reconhecimento vale até mesmo para a identificação da influência de fatores que extrapolam o próprio sistema político e que implicam atuação direta de determinadas pessoas. Tudo reconhecido e problematizado pelo

---

<sup>34</sup> MÜLLER, Friedrich. **Juristische Methodik**. 7., stark erw. und bearb. Aufl. Berlin : Duncker und Humblot, 1997, p. 361.

<sup>35</sup> *Idem*, p. 26.

<sup>36</sup> Além da referência ao arcabouço conceitual da teoria dos sistemas, Müller disponibiliza-nos uma definição de sistema político entendido não apenas como aparelho estatal, mas como todos os fatores que «formalmente» determinam a sociedade e a política e que ou estão diretamente normatizados e institucionalizados ou que encontram seus fundamentos em instituições ou normas (cf. MÜLLER, Friedrich. **Juristische Methodik und Politisches System; Elemente einer Verfassungstheorie II**. Berlin : Duncker und Humblot, 1976, p. 10). Cabe pontuar também a referência ao arcabouço conceitual da teoria dos sistemas. No entanto, a metódica não se confunde com o que se identifica como sistema jurídico de acordo com Luhmann. Veremos que a procedimentalização proposta por Müller através da concretização normativa irá apartar-se das exigências operativas a partir de um único código binário (lícito/ilícito).

realismo da metódica que, como pós-positivista, incorpora expressamente o plano do *ser*<sup>37</sup> em seu delineamento<sup>38</sup>.

Observe-se que esta incorporação do plano do ser ao conceito de normatividade será uma nota distintiva que o próprio Müller se atribui em relação a outras teorizações que no plano do direito constitucional lograram reconhecer a interferência da realidade, mas que, no entanto, enfatizaram uma contraposição entre faticidade e normatividade, seja a partir de uma polaridade ou de forma dialética e que de qualquer forma — positivismo, sociologismo ou decisionismo — sempre reforçaram os universos apartados do ser e do dever ser. O sociologismo a partir da subestimação ao programa normativo, o positivismo normativista a partir da subestimação do âmbito normativo e o decisionismo a partir da subestimação de ambos os aspectos em favor da prepotente existencialidade da decisão do soberano<sup>39</sup>.

Demais disso, carece de consistência a crítica à ética do discurso que se apóia em seu enquadramento como teorização kantiana ou metafísica e, por isso mesmo, inadequada à fundamentação da decisão jurídica. Sobre isso já nos detivemos ao analisar conceitos-chave desenvolvidos por Habermas e Apel como o de «comunidade comunicativa» e «razão discursiva». Basta, por ora, lembrarmos o seu lastro no diálogo entre aqueles que serão atingidos pela norma a ser validada. Bem assim, o caráter procedimental e não conteudístico da ética do discurso. Como decorrência destes postulados, encontraremos na ética discursiva a rejeição à tese positivista que implica o reconhecimento de um abismo entre os mundos do ser e do dever ser, o que nos parece ser um entendimento comum à tentativa expressada pela metódica estruturante.

Igualmente, no que toca à preocupação em estabelecer procedimentos, antes de encontrarmos divergências, aparece um ponto de acordo comum, vez que Müller<sup>40</sup> considera que o consenso na atividade jurídica deve ser entendido não a partir de seu

---

<sup>37</sup> Müller delinea, igualmente de forma expressa, o plano do *dever-ser* exigido pelo estado de direito dentro dos quadros da metódica jurídica como correspondendo à forma de argumentação da atividade jurídica (cf. MÜLLER, Friedrich. **Juristische Methodik und Politisches System; Elemente einer Verfassungstheorie II**. Berlin : Duncker und Humblot, 1976, p. 10).

<sup>38</sup> *Idem*, p. 12.

<sup>39</sup> MÜLLER, Friedrich. **Juristische Methodik**. 7., stark erw. und bearb. Aufl. Berlin : Duncker und Humblot, 1997, p. 284-286.

<sup>40</sup> *Idem*, p. 372.

resultado, mas sim estabelecido sobre o caminho pelo qual se deve trabalhar (*auf dem Weg über die Arbeitsmittel*).

Sobre o consenso, à primeira leitura Müller demonstra uma certa rejeição, desconfiança inicial assim como pela retórica e pela tópica ou pré-compreensão que mais parece uma rejeição de um certo uso deturpado do termo consenso ao que na realidade nada mais seria do que o argumento da autoridade ou até de uma atitude esquivada em relação à fundamentação que se utiliza da referência ao consenso para enquadrar algo que não fora discutido, no sentido de não ter sido problematizado.

Müller se refere à evocação do consenso pejorativamente, ao reconhecer a forma consenso de resultado (*Ergebniskonsens*), onde o resultado seria identificado como decisões dos administradores ou juizes sobre textos normativos ou normas de decisão. Esta forma de consenso nada mais seria que o estabelecimento da estruturação de um poder tático ou estratégico. Tratar-se-ia de uma forma de utilização de decisões anteriores reputadas consensuais e que serviriam ao estabelecimento de um certo resultado previamente almejado sem a necessidade de que a sua adoção fosse justificada para aquele caso. Haveria uma simples remissão ao consenso, na qual estar-se-ia transformando uma decisão geneticamente não-verdadeira/adequada/correta em verdadeira. A consequência discursiva deste tipo de fundamentação, desde o início calcada no objetivo final, é que ela avançaria a partir de *topoi* mais fáceis de serem utilizados do que o texto normativo válido, tais como a razoabilidade, a finalidade, os altos valores e outros bens jurídicos. Em última instância estar-se-ia atentando contra os pressupostos de legitimação do Estado Constitucional<sup>41</sup>.

Cabe uma objeção quanto a esta última consideração. Na realidade, a necessidade de remissão ao texto positivado exigida pelo Estado Constitucional não é desatendida se considerarmos que os *topoi* reputados de mais fáceis por Müller estão em grande medida expressamente alçados à condição de direito positivado por conta das opções de uma Constituição que alberga valores tão abstratos quanto a dignidade humana<sup>42</sup>. No entanto,

---

<sup>41</sup> *Idem*, p. 370-371.

<sup>42</sup> Nesse sentido, diz-se que uma constituição que reconheceu "valores metafísicos" como direito válido tende a tornar desprovida de utilidade prática a questão de um direito supra-estatal ou pré-estatal (cf. BACHOFF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** [Coimbra] : Almedina, [1994], p. 41).



permanece válida a crítica ao procedimento de justificação que primeiro decide e depois encontra uma correspondência no arcabouço textual disponível sem maiores considerações.

Trata-se, nestes casos, de um discurso que não atende às características do sentido forte do termo, que implica necessariamente problematização e intersubjetividade<sup>43</sup>. A mera concatenação narrativa recheada de afirmações não poderia ser considerada discurso segundo a razão discursiva.

O que Müller considera como consenso de resultado, na verdade não guarda relação com a ação comunicativa, mas antes com o agir estratégico.

A referência ao consenso não é totalmente desprezada em virtude da distorção proporcionada por uma das formas de sua evocação. Müller irá desenvolver a noção de consenso de trabalho (*Arbeitskonsens*) como meio de incorporação dos fatores extra-jurídicos e como solução para o estabelecimento de isenção quanto às projeções de interesse e aos julgamentos jurídico-político volitivos (*rechts-politischem «Wollen» beurteilen*). Os componentes deste consenso são procedimentos de trabalho generalizáveis. Note-se que o tipo de solução apontada, qual seja o de concentrar no estabelecimento de procedimentos generalizáveis<sup>44</sup> a garantia da decisão isenta de interesses particulares é a mesma proposta pela ética do discurso.

---

<sup>43</sup> HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1989, p. 115-117.

<sup>44</sup> Habermas responde à acusação de eurocentrismo decorrentes de certa interpretação da universalidade de sua teoria em: HABERMAS, Jürgen. **Passado como futuro**. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1993, p. 29-32; e HABERMAS, Jürgen. *Moralität und Sittlichkeit: Treffen Hegels Einwände gegen Kant auch auf die Diskursethik zu?* In: KUHLMANN, Wolfgang. (Org.). **Moralität und Sittlichkeit**. Frankfurt : Suhrkamp, 1986, p. 16-37). – Veja-se também como Apel o coloca: *“Wir brauchen eine planetare, universalistische Ethik, die das Zusammenleben der verschiedenen Kulturen in dieser Zeit möglich macht”* (APEL, Karl-Otto. *Rekonstruktion der Vernunft durch Transformation der Transzendentalphilosophie* (interview). In: **Concordia**, n. 10, p. 2-25, 1986, p. 13-14). – Müller responde com a afirmação de que seu modelo servirá a um determinado tipo de ordem social delineada por uma Constituição (cf. MÜLLER, Friedrich. **Juristische Methodik und Politisches System; Elemente einer Verfassungstheorie II**. Berlin : Duncker und Humblot, 1976, p. 10). – Deve-se lembrar, no entanto, que no tocante ao a priori das regras do jogo argumentativo, Habermas diverge de Apel. Habermas considera que a demonstração da contradição performativa (da qual já tratamos alhures *supra*) não implica em que as regras mesmas estejam demonstradas, mas antes que, no atual estágio histórico, elas não encontram alternativas, deixando entretanto abertas as possibilidades de os sujeitos modificarem a sua maneira de pensar o mundo (cf. OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Ética e racionalidade moderna**. 2. ed. São Paulo : Loyola, 1993, p. 29-30).

Acresça-se, por fim, que a generalização é possível sempre com vistas para as exigências de um procedimento construído pelas exigências democráticas, também na metódica. Conforme Müller, a atividade dos operadores não se dá por questões honoríficas e tampouco é “o jogo das contas de vidro” de um arcabouço de normas ideais<sup>45</sup>, que se joga afastando-se da realidade mundana à exemplo do que se passa no romance de Hermann Hesse, ao qual alude Müller.

---

<sup>45</sup> MÜLLER, Friedrich. **Juristische Methodik und Politisches System; Elemente einer Verfassungstheorie II**. Berlin : Duncker und Humblot, 1976, p. 9; e MÜLLER, Friedrich. **Direito, violência e linguagem; elementos de uma teoria constitucional, I**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 16.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- APEL, Karl-Otto. Rekonstruktion der Vernunft durch Transformation der Transzendentalphilosophie (interview). In: **Concordia**, n. 10, p. 2-25, 1986
- BACHOFF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** [Coimbra] : Almedina, [1994]
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Externalização ou internalização da “Justiça” constitucional. Introversão ou extroversão da legitimidade processual constitucional. Porto Alegre : *mimeo.*, 1994, [conferência]
- DERRIDA, Jacques. **Gesetzeskraft: Der “mystische Grund der Autorität”**. Frankfurt : Suhrkamp, 1991
- DERRIDA, Jacques. **Gramatologia**. São Paulo : Perspectiva, 1999
- DERRIDA, Jacques. **Margens da filosofia**. Campinas : Papyrus, 1991
- DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. 2. ed. Barcelona : Ariel, 1989
- ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. São Paulo : Perspectiva, 1995,
- FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. 4. ed. São Paulo : Loyola, 1998,
- FREADMAN, Richard; MILLER, Seumas. **Re-pensando a teoria**. São Paulo : UNESP, 1994
- HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1989
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia; entre faticidade e validade, v. 1**. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1997
- HABERMAS, Jürgen. **El discurso filosófico de la modernidad**. Madrid : Taurus, 1989

- HABERMAS, Jürgen. Moralität und Sittlichkeit: Treffen Hegels Einwände gegen Kant auch auf die Diskursethik zu? In: KUHLMANN, Wolfgang. (Org.). **Moralität und Sittlichkeit**. Frankfurt : Suhrkamp, 1986, p. 16-37
- HABERMAS, Jürgen. **Passado como futuro**. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1993
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo : Saraiva, 1939
- MARTÍN, Núbia Belloso. Paradigmas ecológicos de la filosofía del derecho en la transmodernidad. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. (Org.). **O poder das metáforas**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998, p. 25-52
- MÜLLER, Friedrich. **Juristische Methodik und Politisches System; Elemente einer Verfassungstheorie II**. Berlin : Duncker und Humblot, 1976.
- MÜLLER, Friedrich. **Direito, violência e linguagem; elementos de uma teoria constitucional, I**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1995.
- MÜLLER, Friedrich. **Juristische Methodik**. 7., stark erw. und bearb. Aufl. Berlin : Duncker und Humblot, 1997
- OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Ética e racionalidade moderna**. 2. ed. São Paulo : Loyola, 1993
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise; uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999