

# **A SUBLIMAÇÃO JURÍDICA DO DISCURSO POLÍTICO NAS TEORIAS DA INTERPRETAÇÃO, ARGUMENTAÇÃO E DECISÃO JURÍDICA**

## **THE JURIDICAL SUBLIMATION OF POLITICAL SPEECH IN THEORIES OF INTERPRETATION AND LEGAL REASONING**

Rafael Simioni

Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, Doutor em Direito pela Unisinos, Mestre em Direito pela UCS, professor da Faculdade de Direito do Sul de Minas e da FUMG

### **RESUMO**

Há diversas teorias da interpretação, argumentação e decisão jurídica disponíveis para a prática jurídica contemporânea. Algumas possuem um caráter mais filosófico, outras mais metodológico. As concepções filosóficas produzem reflexões e conhecimento sobre a prática jurídica, enquanto que as concepções metodológicas procuram guiar as operações de interpretação, argumentação e decisão para resultados corretos ou racionais do ponto de vista dos seus próprios critérios metodológicos. Dessa forma, as concepções metodológicas constroem um imaginário especificamente jurídico dos problemas sociais, sublimando juridicamente toda a complexidade política e democrática que esses problemas podem com eles carregar. O discurso metodológico da interpretação, argumentação e decisão jurídica despolitiza a problemática social para tornar possível a sua pretensão de racionalidade. Em tempos de constitucionalismo e democracia, essa questão torna-se um problema, pois a prática jurídica brasileira, no geral, não assimilou a necessidade de justificar também a escolha de um, dentre os vários existentes, discursos metodológicos da interpretação, argumentação e decisão jurídica.

**PALAVRAS-CHAVE** Interpretação; argumentação; decisão jurídica; discurso político; constitucionalismo; democracia.

### **ABSTRACT**

There are many theories of interpretation available to contemporary legal practice. Some are more philosophical character, others more methodological nature. The philosophical conceptions produce reflections and knowledge about legal practice, while the methodological conceptions guide the operations of juridical interpretation/decision to correct or rational from the standpoint of their own methodological criteria. Thus, the methodological conceptions building a specifically legal imaginary of social problems. The methodology produce a juridical sublimation of political and democratic complexity that these problems can carry with them. The methodological discourse of juridical interpretation/decision depoliticized social problems to make their claim to rationality possible. In times of constitutionalism and democracy, this issue becomes a problem, because the Brazilian legal practice, in general, did not assimilate the need to also justify the choice of one, among the many existing methodological discourses of juridical interpretation/decision.

**KEYWORDS:** Juridical interpretation; legal reasoning; juridical decision; political discourse; constitutionalism; democracy.

## **1 Introdução**

Atualmente, os operadores do direito dispõem de uma gama enorme de teorias da interpretação, da argumentação e da decisão jurídica. Algumas de natureza mais metodológica, procuram oferecer critérios objetivos ou racionais para se chegar a respostas corretas ou racionais do direito. Outras são mais filosóficas, no sentido de oferecerem uma reflexão e de produzirem um conhecimento sobre a complexidade das operações de interpretação, argumentação e decisão jurídica.

Entretanto, podemos questionar se algumas dessas teorias, especialmente aquelas com pretensões de certeza, de segurança e de racionalidade, possuem a capacidade de lidar com a liberdade argumentativa que é exigida nos discursos democráticos da sociedade contemporânea. Isso porque, com o pretexto de justificar regras metodológicas capazes de satisfazer a ideais de segurança e de previsibilidade na aplicação do direito, algumas concepções teóricas de interpretação, argumentação e decisão jurídica podem acabar sublimando o debate político para a esfera do irrelevante ou do supérfluo, despolitizando, assim, os discursos jurídicos.

A sublimação jurídica do discurso político não é algo novo no acontecer do direito. O positivismo jurídico clássico, do Século XIX, já fez isso ao reduzir a riqueza histórica e cultural da experiência jurídica em uma questão de subsunção silogística da descrição de um fato na descrição de um texto de lei. A diferença é que, agora, na iminência de uma ruptura paradigmática com esse estilo positivista, a sublimação do político não vem mais da frieza do texto da lei escrita, mas dos métodos de interpretação, argumentação e decisão jurídica racional.

Entendemos por sublimação jurídica do político aquela operação de blindagem dos discursos jurídicos diante da multiplicidade de razões de ordem política. Mas não no sentido de um fechamento ou isolamento violento em termos físicos, em termos de proibição de temas, de assuntos ou de sujeitos. Falamos de sublimação tomando esse conceito emprestado da psicanálise, no sentido de uma transfiguração de algo perturbador em algo inofensivo. Transformação de um discurso necessário em um discurso irrelevante. Transmutação de um discurso que toca o cerne do problema prático em um discurso irracional, equivocado ou simplesmente em desacordo com as estruturas previamente estabelecidas pelo contexto organizacional do próprio discurso.

Essa operação de sublimação acontece quando as razões jurídicas tornam-se obstáculo para as razões políticas. Não que isso seja algo ruim ou bom. Não se trata de um juízo de valor. Podemos refletir sobre essa questão em termos de problema e não em termos de juízo de valor. Até porque a especificidade e a autonomia do jurídico talvez dependa de um certo limite em relação aos discursos políticos da sociedade. Afinal, nem tudo que constitui problema para a agenda política de um determinado tempo e lugar pode ou deve ser tratado como uma questão jurídica.

Mas não podemos confundir sublimação jurídica do político com judicialização da política. Tratam-se de questões muito diferentes. A questão da judicialização da política e também a da politização da justiça tem a ver com o problema de que nem tudo que é politizável deve ser, ao mesmo tempo, judicializável e vice-versa. Já a questão da sublimação jurídica do político tem a ver com isolamentos epistemológicos através dos quais o discurso jurídico se protege diante das pressões exercidas pela racionalidade diferenciada dos discursos políticos, os quais ele não consegue elaborar - a não ser sublimando-os. Judicialização da política e politização da justiça, portanto, são outras coisas. A sublimação jurídica do político não tem a ver com judicializar questões políticas, mas sim com o esvaziamento do sentido político dos problemas sociais mediante sua transformação em um problema especificamente jurídico.

Talvez estejamos presenciando apenas um novo modo de sublimação jurídica do político, já que essa operação de blindagem discursiva do jurídico existe há muito tempo. A redução dos problemas sociais do início do Século XIX a questões de interpretação sintática de textos legais é um exemplo dessa sublimação. Como também são as restrições processuais para apenas algumas entidades poderem participar dos discursos oficiais dos processos judiciais, proibindo que terceiros “juridicamente” não interessados - embora socialmente muito interessados - possam se manifestar. As estratégias de sublimação podem ser várias e mudaram bastante com o passar dos tempos e das experiências jurídicas de cada época e lugar. A própria divisão da jurisdição segundo regras de competência funcional também opera uma sublimação dos problemas, já que em razão da matéria, toda o restante da complexidade de um determinado problema social pode ser simplesmente abstraído, como se ele não fizesse parte do mundo, como se o isolamento disciplinar correspondesse a um isolamento da problemática jurídica do caso concreto. E assim, todos os demais aspectos políticos,

econômicos, científicos, morais, estéticos do caso concreto ficam abstraídos da problemática jurídica: isto é sublimação jurídica.

A sublimação jurídica também pode operar sobre o discurso econômico, moral, científico e demais formas de discurso da sociedade contemporânea. Entretanto, nesta pesquisa pretendemos cingir a reflexão à sublimação jurídica do discurso político apenas. Entendendo por discurso político toda forma de comunicação social que faz referência ao código situação/oposição (Luhmann, 2003, p. 423).

Partimos da hipótese, portanto, de que pelo menos algumas concepções de interpretação, argumentação e decisão jurídica, utilizadas na práxis forense brasileira contemporânea, realizam essa sublimação jurídica dos discursos políticos, no sentido de lidar com a complexidade das razões políticas por meio da sua transformação discursiva em algo incabível, irrelevante ou desnecessário. Como se as razões mais importantes do ponto de vista político fossem absolutamente irrelevantes do ponto de vista da racionalidade jurídica. Ou como se as pessoas mais interessadas nas questões jurídicas fossem as menos legitimadas a questioná-las por meio do exercício do direito de ação processual no âmbito de alguma jurisdição oficial.

No que segue, objetivar-se-á analisar algumas das principais teorias da interpretação, argumentação e decisão jurídica utilizadas na práxis jurídica brasileira contemporânea, estabelecendo uma distinção entre concepções metodológicas e concepções filosóficas. E ainda que sejam encontradas dificuldades para estabelecer essa distinção de modo unívoco, em um segundo momento procurar-se-á demonstrar, sob uma perspectiva crítica, como as regras metodológicas da interpretação, argumentação e decisão jurídica operam a despolitização do discurso jurídico. Por fim, a questão central: em que medida isso é necessário para a manutenção da especificidade e da autonomia do jurídico e que perspectiva crítica pode ser aberta para uma reflexão sobre essa complexa relação entre o jurídico e o político, especialmente em tempos de tensão entre constitucionalismo e democracia.

## **2 Metodologias e filosofias da interpretação, argumentação e decisão jurídica**

Antigamente, nos tempos do positivismo clássico do Século XIX, os juristas falavam em interpretação e aplicação do direito. Interpretar significava explicitar o verdadeiro sentido do

direito, enquanto aplicar significava encaixar a descrição narrativa de um fato na descrição narrativa de uma norma jurídica. Em um ou em outro caso, tratava-se da mesma operação, especificamente sintática, de observar corretamente a compatibilidade lógica e formal do fato com o texto legal. Ou o fato narrado se subsume perfeitamente no texto legal para que a norma jurídica incida no fato ou não se subsume e, portanto, não houve incidência.

Assim, nessa perspectiva antiga e superada da interpretação jurídica, a interpretação limitava-se a uma explicitação do significado dos textos legais segundo uma análise sintática, quer dizer, segundo uma análise desprovida de sua contextualização material no mundo prático. Se a norma diz, “matar alguém”, isso significa que, para a sua aplicação, não importam os motivos que levaram o agente a matar alguém, importa apenas que o agente matou alguém. A interpretação, portanto, procurava descrever o sentido sintático de um texto legal, enquanto que a aplicação procurava analisar corretamente a relação de subsunção entre um fato concreto e o fato abstrato previsto no texto jurídico.

Interpretar e aplicar continuaram a ser verbos muito utilizados na práxis forense do mundo ocidental até os anos sessenta, quando o neopositivismo jurídico demonstrou que a interpretação do direito não é apenas uma atividade sintática de busca do sentido correto das palavras da lei, para uma aplicação segura e previsível desse sentido correto do direito. Pelo contrário, a interpretação jurídica não é uma busca do sentido correto, mas sim a explicitação das possibilidades sintáticas de interpretação dos textos legais. Interpretar é sinalizar as diversas possibilidades de aplicação. Interpretar passa a ser, com o neopositivismo jurídico, realizar um projeto de decisão jurídica dentro de um horizonte de possibilidades de interpretação.

Por isso Hans Kelsen (2003, p. 364), dentre outros juristas importantes do neopositivismo jurídico, distinguia a interpretação autêntica da interpretação inautêntica. Onde a interpretação autêntica significava a interpretação realizada por quem possui a competência para decidir qual, dentre as várias possibilidades linguísticas da interpretação dos textos jurídicos, deverá prevalecer para um determinado caso concreto. Enquanto que a interpretação inautêntica significava a interpretação realizada pela ciência jurídica e pelos operadores do direito que não possuem a competência para tomar decisões jurídicas vinculantes, como é o caso dos advogados, dos promotores de justiça, delegados de polícia etc. Assim, a relação entre

interpretação e aplicação do direito sofre uma mudança radical nesse período. Pois agora, interpretar e aplicar são duas operações que dependem uma da outra, não podendo mais separá-las em dois estágios, como se fosse possível primeiro interpretar para depois aplicar o direito. Tanto que, em Hans Kelsen, o sentido do conceito de interpretação autêntica designa exatamente o que hoje se pode entender por decisão jurídica, ou seja, a escolha da interpretação que deverá prevalecer de modo vinculante para o caso concreto.

Claro que a expressão “aplicar o direito no caso concreto” não se tornou incorreta a partir dos anos sessenta. Mas a separação que se concebia entre, primeiro interpretar, para depois aplicar, esta sim se torna equivocada. Pois interpretar já é uma decisão por um - e não outros - sentidos possíveis de um texto legal. E por isso também que os neopositivistas vão conceber o próprio direito não mais como lei, como costume, como interesses ou como valores, mas sim como norma, quer dizer, como o resultado de uma interpretação sintática - talvez em alguns casos semântica - dos textos jurídicos, da linguagem jurídica.

Mas o problema da subjetividade - ou discricionariedade - dessa escolha por uma e não outra possibilidade de interpretação jurídica logo veio à tona. Motivando, assim, o surgimento de novas teorias da interpretação, argumentação e decisão jurídica. Reunidas sob o slogan do pós-positivismo jurídico, essas concepções apresentam *scripts* teóricos, esquemas metodológicos, regras procedimentais, fundamentos substanciais e vários recursos conceituais para guiar uma compreensão, segundo elas, mais adequada de interpretação, argumentação e decisão jurídica.

Dentre os primeiros esforços por uma nova concepção de interpretação, argumentação e decisão jurídica, destacam-se a teoria estruturante do direito de Friedrich Müller (2009), a hermenêutica política de Ronald Dworkin (1978; 1986), o pragmatismo de Richard Posner (2003; 2008), a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy (1998; 1993), o jurisprudencialismo de Castanheira Neves (1993), as concepções baseadas na tradição da hermenêutica filosófica de Heidegger (2005) e Gadamer (2003), especialmente nas reflexões de Lenio Streck (2009), bem como, nos últimos anos, os movimentos do direito e literatura, dos estudos críticos do direito, as concepções sistêmicas e a teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas (1998). Para sinalizar só as mais conhecidas e desenvolvidas no mundo jurídico ocidental.

Essas concepções constituem uma constelação de discursos diferentes sobre a realização prática do direito - sobre a interpretação, argumentação e decisão jurídica. Um universo pluriversal de métodos, de filosofias, de pressupostos e de objetivos. Algumas são tão diferentes das outras que sequer há como comensurá-las em termos de paradigma. Mas uma coisa todas possuem em comum: a tentativa de reaproximar os discursos técnico-jurídicos dos discursos prático-gerais, de modo a resgatar-se a legitimidade da decisão jurídica. Ou em outros termos, de modo a se procurar não apenas a segurança e a correção formal da decisão jurídica - como prometida pelo positivismo clássico -, tampouco só a legitimidade e a aceitação social da decisão - como prometida pela Escola Histórica do Direito, pelo Movimento do Direito Livre e pela Jurisprudência dos Interesses -, mas sim uma mediação entre segurança e legitimidade. Um equilíbrio entre segurança formal e legitimidade material. Este é um ponto em comum e, talvez, o único ponto em comum.

As recomendações teóricas para realizar-se essa mediação entre segurança formal e legitimidade material na prática da decisão jurídica, contudo, muda conforme a concepção teórica que o jurista escolher utilizar. No caso brasileiro, pela influência dos discursos do Supremo Tribunal Federal, temos uma generalização quase tácita da proposta metodológica da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy. Dizemos tácita porque já é possível se deparar com a invocação argumentativa de conceitos tipicamente alexianos em precedentes jurisdicionais brasileiros, tais como “razoabilidade”, “ponderação”, “balanceamento”, “fórmula peso”, “proporcionalidade”, como se a utilização desses conceitos fosse uma norma jurídica implícita de um ordenamento jurídico - e não apenas uma proposta metodológica de interpretação, argumentação e decisão jurídica. E o que é mais grave: como se esses conceitos fossem princípios implícitos das constituições, quando a própria teoria os concebe na categoria de máximas, de axiomas ou simplesmente de regras para a racionalidade da argumentação.

Todavia, em uma medida muito menor, pode-se encontrar também nos precedentes os conceitos de moralidade política, integridade e coerência de Dworkin, como também a distinção entre aplicação e justificação de Klaus Gunther (2004, p. 85) segundo a reconstrução de Jürgen Habermas (1998, p. 272), além de algumas referências à análise das consequências e efeitos colaterais da decisão jurídica nos termos do pragmatismo de Richard Posner (2008,

p. 171). Mas são raros. Uma pesquisa empírica nos discursos ou no estilo de argumentação utilizado nos precedentes jurisdicionais brasileiros pode demonstrar o quanto o STF influencia a organização judiciária não só em termos de conteúdo, como também em termos de ideologia, em termos de concepção teórica, em termos de visão de mundo. E isso, por si só, já é um índice de sublimação jurídica de uma discussão que poderia - ou que mereceria - ser política.

Dentre essas concepções teóricas da interpretação, argumentação e decisão jurídica, algumas apresentam-se na forma de metodologias. Outras se apresentam como filosofias. As concepções metodológicas procuram guiar as operações de interpretação, argumentação e decisão jurídica na forma de um procedimento metódico segundo o qual, uma vez observado corretamente, seu resultado será correto. Já as concepções filosóficas não procuram conduzir essas operações segundo procedimentos metodológicos, mas sim produzir um conhecimento reflexivo sobre essas operações. Uma metodologia é um procedimento que, uma vez seguido corretamente, levará a um resultado correto. Não no sentido de uma correção universal, mas no sentido de uma correção segundo o próprio método. Quer dizer, um resultado correto porque foi correta a aplicação do método. Uma legitimação pelo procedimento. Por outro lado, uma filosofia é um tipo de conhecimento que permite uma reflexão, uma explicitação e uma reconstrução do sentido de uma prática. Uma filosofia da interpretação não ensina a interpretar corretamente - até porque o critério de correção é o primeiro a ser questionado em uma reflexão sobre os fundamentos de uma interpretação. Uma filosofia ensina a conhecer, a entender e a estabelecer uma relação diferente sobre a relação entre o sujeito e o objeto.

O problema das concepções metodológicas de interpretação, argumentação e decisão jurídica, em geral, é que elas são como receitas culinárias. Os juristas acreditam que seguir corretamente as receitas - os métodos -, por si só, garantirá resultados corretos. Mas nem sempre o bolo fica conforme a expectativa criada pela receita. Nem sempre o resultado de uma aplicação rigorosamente correta de uma metodologia de interpretação, argumentação e decisão jurídica garantirá os melhores resultados ou, se se quiser, um resultado racional.

Mas se esse problema existe em relação às concepções metodológicas, o que dizer então das concepções filosóficas? Ora, o problema de uma concepção puramente filosófica é que ela, apesar de propiciar uma visão crítica e esclarecedora sobre a prática, não tem condições de

guiar a prática jurídica em termos previsíveis, como técnica profissional repetível e controlável. Em outras palavras, sem método, especialmente no campo jurídico, não há muito que se possa fazer em termos de decisão jurídica. Pois diferentemente da arte pura, onde não precisamos fazer arte ou decidir sobre obras de arte para apreciá-las, no campo do direito precisamos tomar decisões muitas vezes difíceis, onde a realização de um direito fundamental implica na negação de outro direito igualmente fundamental. Faz falta uma metodologia para garantir o controle dos erros e a previsibilidade das decisões jurídicas. Como também faz falta uma filosofia para entender de modo crítico e mais abrangente os fundamentos e os fins daquilo que metodologicamente fazemos.

Alguém poderia então arriscar-se a pensar em uma possibilidade de mediação entre filosofia e metodologia - como as discussões dos anos trinta entre a objetividade da ciência e a sabedoria da filosofia, entre instrumentalidade e racionalidade, entre técnica e ciência e outras tensões na história da epistemologia. Mas não é isso que se passa. Trata-se de um dilema ainda sem solução. E sem nenhuma perspectiva de solução para um caminho típico da modernidade, como o caminho da segurança, da previsibilidade, da certeza e da correção. Outros caminhos precisam ser abertos, nos quais filosofia e metodologia possam dialogar não apenas filosoficamente, tampouco em termos metodológicos, mas um diálogo hologramático cuja forma desconhecemos.

### **3 Métodos de interpretação e a relação entre problema e solução**

Como um método de interpretação, argumentação e decisão jurídica despolitiza o discurso jurídico? Como uma metodologia de interpretação jurídica sublima a dimensão política do discurso jurídico? Uma metodologia, como se sabe, constitui-se por um conjunto sistematizado de regras procedimentais para a condução do pensamento ou do raciocínio, com vistas a uma conclusão ou uma solução. Uma metodologia nada mais é do que um instrumento de mediação entre um problema e uma solução. Um método, portanto, é um modo especial de realizar uma conexão entre problema e solução, entre pergunta e resposta, entre indagação e conclusão.

No campo das metodologias da interpretação jurídica, pode-se encontrar a mesma estrutura de mediação entre problema e solução, muito embora uma concepção teórica possa ter um

imaginário diferente sobre um mesmo problema, como também pode partir de um problema diferente para conectar uma solução. Em termos gerais, contudo, um compromisso metodológico com a interpretação jurídica significa assumir como válidos alguns pressupostos que, pela assunção mesma do método, já se tornam inquestionáveis.

Um exemplo disso se pode encontrar, na práxis jurídica brasileira, quando um discurso jurídico argumenta a necessidade de ponderação para o problema da colisão entre princípios (Alexy, 2010, p. 139). Ora, para uns parece óbvio hoje em dia que, constatando-se a existência de uma colisão de princípios, deve-se realizar então a ponderação. Para outros, parece óbvio que diante de colisões de preceitos fundamentais, torna-se necessário aplicar o princípio da proporcionalidade. Ou da razoabilidade. Enfim. Mas em primeiro lugar, não há nenhuma norma jurídica válida que tenha instituído este método - e não outro - de interpretação-argumentação-decisão jurídica. Este tipo de metodologia é resultado de uma construção específica do procedimentalismo metodológico de Robert Alexy (1993). E podemos dizer que é um interessante método de interpretação-argumentação-decisão jurídica. Mas não é o único. Em segundo lugar, essa necessidade metodológica também não tem fundamento, já que se pode chegar a soluções também por outras vias não metodológicas, como é o caso da hermenêutica filosófica, do desconstrutivismo, dentre outras filosofias da interpretação jurídica. E em terceiro lugar, esse imaginário brasileiro das colisões e conseqüente necessidade imaginária de ponderação pressupõe que realmente existe um problema de colisão entre princípios ou entre preceitos fundamentais, quando na verdade, o problema das colisões é um problema estruturado especificamente pela própria metodologia que visa solucioná-lo.

A metodologia procedimentalista de Robert Alexy - e estamos citando esta por seu generalizado uso na práxis jurídica brasileira -, que fala em colisão, ponderação, proporcionalidade, é uma metodologia que só funciona se se aceita o argumento primário dela, qual seja, o da existência de colisões entre princípios. Para isso, torna-se necessário aceitar também como pressuposto inquestionado que realmente existe uma diferença entre princípios e regras e que essa diferença pode ser demonstrada na práxis jurídica. Uma outra concepção teórica da interpretação pode, contudo, partir de outros pressupostos, como por exemplo o fato de que não existe essa diferença entre princípios e regras e, portanto, não há

colisão entre princípios e contradições entre regras, mas sim um problema de integridade e coerência entre as forças gravitacionais de princípios de moralidade política, como é o caso da hermenêutica de Ronald Dworkin (1986, p. 231).

Mas também em Dworkin é necessário aceitar alguns pressupostos como inquestionados para que seu método interpretativo possa florescer na forma da decisão jurídica correta. É necessário aceitar, por exemplo, que realmente existem princípios de moralidade política capazes de produzir fortes convicções a respeito do que é certo e do que é errado. Mais ainda: é necessário *acreditar* que ainda existam princípios-fundamentos de moralidade política de uma determinada comunidade, não só suficientemente fortes para justificar a correção substancial de uma decisão jurídica, como também suficientemente generalizáveis para fundamentar a correção da decisão em uma perspectiva um pouco maior do que o âmbito da cultura local - com suas tradições locais, costumes locais, hábitos locais, ideais de vida boa locais, enfim, um universo normativo paradoxalmente local.

No Século XX torna-se não apenas temerário fundamentar uma interpretação-decisão jurídica em princípios de moralidade política da comunidade - porque sequer pode ser realizada a decisão que constitui a sua existência enquanto narrativa de integridade -, mas sobretudo torna-se um ato de fé, de crença, uma atitude de acreditar que, em um mundo absolutamente fragmentado em termos de convicções morais (princípios) e éticas (valores), seria possível produzir uma decisão jurídica com uma força de convicção suficientemente geral e concreta para brindar a história do direito com um novo capítulo enriquecedor da cultura jurídica. Vivemos em um mundo no qual cada ser humano é único em sua individualidade, em seus valores, em suas convicções, crenças, hábitos e ideais de vida boa. Sequer o recurso à comunidade, talvez a última abstração discursiva que ainda subsista com força retórica para designar a unidade de uma pluralidade de modos de vida, pode seriamente justificar uma convicção de moralidade política - não particular, não privada - forte o bastante para fazer florescer a decisão jurídica correta. Simplesmente porque o conceito de comunidade homogeniza não só a diversidade de culturas e modos de vida que podem conviver nessa comunidade, mas sobretudo hegemoniza a moralidade comunitária de apenas uma classe social. Ora, esse tipo de conceito de moralidade política só é possível em sociedades de uma só classe social.

A solução então parece ser apenas uma única via: a da intersubjetividade, a do consenso intersubjetivo, a da democracia em termos de uma racionalidade comunicativa (Habermas, 1988, p. 15; 2001, p. 769). Com efeito, o aumento da participação dos envolvidos no âmbito do discurso aumenta também o grau de legitimidade e, portanto, de validade de uma proposição realizada nesse âmbito. Assim, poder-se-ia supor que, para os problemas da interpretação, argumentação e decisão jurídica, nada mais sensato do que deslocar a discussão, do solipsismo de um juiz hércules, para um discurso mais aberto à participação de todos os possíveis afetados. Pois a interpretação jurídica correta não é aquela que alguém, por mais sábio ou especialista que seja, possa realizar sozinho em nome de algo. Mas sim aquela interpretação que é realizada construtivamente, a partir de uma discussão pública racional, a partir de um debate aberto a todas as considerações possíveis e a todas as pessoas direta ou indiretamente afetadas pela interpretação, no âmbito da qual a única força que deve prevalecer é a força dos melhores argumentos.

Entretanto, nesta perspectiva do procedimentalismo discursivo de Habermas também há uma necessidade de aceitação prévia de pressupostos metodológicos. A distinção entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação, desenvolvida por Klaus Gunther (2004, p. 23) e reformulada por Habermas (1998, p 272), ilustra a necessidade da imposição de fronteiras metodológicas, para as quais, paradoxalmente, não há possibilidade de discussão no âmbito de um discurso racional. Quer dizer, não são só os princípios da universalização e da ética do discurso, com suas regras de inclusão discursiva e publicidade, exclusão de enganos, não coação e direitos comunicativos iguais (Habermas, 1989, p. 161), que constituem os pressupostos formais para um espaço regrado de discussão pública racional. Essa metodologia exige a aceitação implícita também de pressupostos metodológicos que transitam simbolicamente pelo discurso da própria teoria, como é o caso da crença, diante da tragédia da relação sujeito-objeto, na intersubjetividade. Como se a intersubjetividade pudesse garantir a correção, a verdade ou a sinceridade em uma proposição performativa.

Com efeito, a intersubjetividade - e com ela também a noção de democracia - permite compartilhar o risco dos efeitos colaterais. Ela destrancendentaliza a responsabilidade por uma interpretação-argumentação-decisão jurídica equivocada. Se tudo sair bem, viva a democracia. Mas se os efeitos colaterais futuros da decisão tornarem-se visíveis a ponto de

poderem ser atribuídos à decisão, então tudo bem também, pois a responsabilidade se torna compartilhada intersubjetivamente por todos os participantes do discurso, por todos os possíveis afetados pela decisão. Cria-se assim uma diferença entre decisores e afetados, entre quem corre riscos e quem sofre perigos, entre quem decide e quem é afetado pela decisão.

E o que dizer então da metodologia pragmatista de Richard Posner (1983, p. 60), que recomenda uma análise de consequências da decisão jurídica segundo critérios ligados à eficiência, que sequer considera os elementos presentes nas reflexões dos parágrafos anteriores? Sem dúvida, a economia justifica exclusões, catástrofes sociais e a manutenção de desigualdades e contradições agressivas. E ela assim o faz usando o discurso da escassez. A escassez é a chave simbólica que justifica qualquer exclusão. Nós aceitamos a apropriação privada de bens escassos porque nós também nos apropriamos de bens escassos. A economia só não funciona para quem realmente não tem mais nada a perder. Os pragmatistas, portanto, podem olhar para uma imagem econômica das consequências futuras da decisão jurídica, dando as costas para os compromissos com as convenções políticas do passado (leis, precedentes, doutrinas ou outras fontes válidas conforme o sistema em que se trabalha). Podem também apontar o dedo criticamente para as decisões jurídicas que aplicaram as leis do passado e produziram efeitos colaterais desastrosos. Mas devem assumir um pressuposto rigoroso: o de que o direito seria dispensável diante das demais exigências sociais, especialmente das exigências da eficiência econômica em relação aos efeitos pragmáticos das decisões jurídicas.

Como se pode ver nestas reflexões, as principais concepções metódicas da interpretação, argumentação e decisão jurídica, presentes nos discursos jurídicos contemporâneos, constroem um horizonte de sentido que pretende estabelecer um tipo de relação especial entre problema e solução ou entre indagação e conclusão. Cada um desses métodos interpretativos parte de uma "construção imaginária" (Castoriadis, 1982, p. 39) diferente, para conduzir o raciocínio para um objetivo diferente, mas com uma característica em comum: no fundo, esses métodos apresentam-se como instrumentos de conexão ou de mediação entre problema e solução. São instrumentos diferentes, que convocam valores, conceitos e princípios diferentes. Mas que em termos estruturais, desempenham exatamente a mesma finalidade: construir um imaginário jurídico-discursivo a respeito da problematicidade do direito, disponibilizar um

instrumental de regras e procedimentos que transformam a problemática em uma solução na forma de uma decisão inofensiva e, por fim, justificar o caráter inofensivo da decisão/solução com base na sua própria capacidade de mediação discursiva entre o problema e a decisão/solução jurídica.

Tal como já observado por Maturana (2001, p. 134), as metodologias, de um modo geral, produzem discursos científicos que se justificam a si mesmos. Pois um discurso metodológico não conduz apenas a uma solução: ele conduz também à construção imaginária do problema. Um discurso metodológico constrói tanto a solução, quanto o problema. Basta considerar, a título de ilustração, que o problema da colisão entre dignidade e liberdade em um caso concreto envolvendo um trabalhador em situação indigna, mas que por motivos pessoais anseia por continuar a exercer aquele trabalho, pode ser interpretado como um problema de colisão autêntica de direitos fundamentais. Mas pode ser também interpretado, em outro sentido, como uma questão de compreensão da problemática jurídica do caso concreto, pois não há dignidade sem liberdade, como também não há liberdade sem dignidade. Então o problema pode não ser um problema de colisão. Ele pode ser um problema de entendimento, de compreensão da verdadeira problemática jurídica do caso.

Quem estuda apenas o procedimentalismo de Robert Alexy vai ver o mundo cheio de colisões entre princípios fundamentais a esperar pela aplicação da máxima da proporcionalidade, com seus três juízos de adequação, necessidade e ponderação em sentido estrito, para depois, em último caso, recorrer à fórmula peso e, ainda assim, se nada der certo, recorrer a argumentos morais para justificar um juízo de precedência de um princípio em relação a outro. Mas quem, por outro lado, estuda uma concepção antagônica de interpretação, como é a hermenêutica política substancialista de Ronald Dworkin, vai ver o mesmo mundo com um horizonte de sentido bastante diferente: ao invés de colisões esperando por ponderações, integridade a convocar princípios de moralidade política. E isso acontece com as demais perspectivas também. Pois uma metodologia não é apenas um caminho para se chegar a um objetivo. Ela também é uma visão de mundo, uma visão do caminho, do objetivo que constitui a chegada e também do ponto de partida. Um imaginário que não apenas conduz o raciocínio desde um problema até uma solução determinada, mas um imaginário que constrói o próprio sentido do problema para conduzi-lo a uma solução.

#### 4 A sublimação jurídica do discurso político

De modo que, apesar das diferenças entre essas concepções metodológicas de interpretação, argumentação e decisão jurídica da práxis jurídica contemporânea, a mesma estrutura de mediação e de construção imaginária da relação entre problema e solução pode ser nelas verificada. Elas criam distinções diferentes, classificações diferentes, convocam princípios diferentes, valores diferentes, inclusive apontam para objetivos diferentes. Mas em termos estruturais, pode-se verificar um mesmo tipo de operação, qual seja, a mediação circular da relação entre problema e solução ou entre indagação e conclusão.

Nenhuma, portanto, pode pretender um grau de racionalidade superior às demais. Nenhuma pode se avocar mais verdadeira, mais correta ou mais sincera. Nenhuma apresenta *a priori* um grau de cientificidade, de legitimidade, de segurança, de previsibilidade, mais adequado do que as demais. Pois uma pretensão metódica esbarra geralmente em um mesmo "obstáculo epistemológico" (Bachelard, 1996, p. 56), qual seja: um déficit de realidade na relação entre estrutura e semântica, entre o real e o imaginário, entre a faticidade e a validade, entre texto e escritura.

A questão de como um método constrói um imaginário científico é interessante, pois essa questão coloca em cena uma operação genuinamente social de comunicação, que funciona como um atrator da comunicação jurídica. Uma metodologia da interpretação jurídica constitui-se sob a base de operações de comunicação cujo sentido pressupõe uma seletividade bastante restrita. Uma seletividade segundo a qual toda a complexidade e todos os pontos de vistas possíveis de um problema social são estruturados - e assim reduzidos - a uma questão especificamente jurídica, uma questão de decisão entre o lícito e o ilícito (Luhmann 1993, p. 52). Um fato social pode apresentar, ao mesmo tempo, uma problemática econômica, política, jurídica, científica, moral, ética, artística... Mas uma decisão jurídica sobre esse fato social só pode ser adequadamente trabalhada dentro do sistema jurídico na forma da comunicação jurídica, quer dizer, na forma previamente estruturada da linguagem do direito, da diferença entre o lícito e o ilícito.

Um mesmo fato social pode possuir uma racionalidade econômica, uma razão política, um motivo moral, um objetivo ético, uma comprovação científica e até uma estética artística. Um

mesmo fato pode se apresentar a um observador como um poliverso de sentidos igualmente possíveis e contingencialmente incompatíveis entre si. Gotthard Gunther (2004, s/p) chamou esse fenômeno de "*policontextuality*", a existência simultânea de vários contextos de significação igualmente possíveis, de várias texturas simultâneas da realidade ou, utilizando-se de conceitos da física sub-atômica, de universos paralelos. Mas a operação de interpretação, argumentação e decisão jurídica não pode se desenvolver na simultaneidade dessa policontextualidade, sob pena de irracionalidade, sob pena dela se constituir na forma de uma esquizofrenia jurídica.

A comunicação jurídica age de forma seletiva sobre a construção do sentido jurídico dos problemas sociais. E as metodologias da interpretação, da argumentação e da decisão jurídica confirmam essa seletividade, considerando como erradas ou como irracionais qualquer tentativa de introdução de um discurso diferente do discurso especificamente jurídico, para o âmbito de relevância da discussão. As metodologias da interpretação jurídica impedem, sob o nome de erradas ou de irracionais, quaisquer tentativas de ampliação da discussão do problema para além das margens do direito. Ela controla inclusive aquilo que se pode observar como problema social, por meio de um imaginário genuinamente jurídico da problematidade social.

Com base nessa seletividade jurídica da pluralidade de sentidos possíveis de um acontecimento social, os métodos jurídicos conseguem operacionalizar uma racionalidade decisória para o direito. Pois a partir dessa seletividade, a complexidade de um fato social torna-se uma complexidade estruturada, capaz de ser desenvolvida com vistas a uma distinção entre quem tem e quem não tem razão jurídica. O justo e o injusto transformam-se, assim, em uma questão de decisão entre a licitude da pretensão do autor ou a do réu. Pois até mesmo a pluralidade de perspectivas e de discursos, tão prezada no âmbito da política democrática, tem suas formas de participação reduzidas a apenas uma única distinção: ou é autor ou é réu; ou é litisconsorte ativo ou é passivo; ou está a favor do autor ou está a favor do réu. Quando na política, como se sabe, os espaços discursivos devem estar abertos a uma pluralidade de convicções, de perspectivas, de interesses e de pretensões que não podem ser reduzidas a um autor e um réu - muito embora, contemporaneamente, a política parece organizar seus

discursos pretensamente democráticos na forma da diferença entre quem está do lado do governo e quem está do lado da oposição, ou simplesmente: situação e oposição.

Se essas reflexões fazem sentido para uma inteligência diferenciada da nossa práxis jurídica, então podemos observar, por suposto, que as concepções metodológicas da interpretação, argumentação e decisão jurídica transformam o sentido político do problema social em um sentido especificamente jurídico. E isso significa, de acordo com a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann (1993, p. 407), transformar um problema político de atribuição democrática da responsabilidade pela solução entre governo e oposição em um problema jurídico de decisão entre lícito e ilícito.

Assim, a racionalidade do discurso jurídico fica mantida sob o preço da perda do caráter político da questão. Pois uma vez controlados metodologicamente os argumentos válidos para uma decisão jurídica correta, o debate político já não possui mais espaço para seu desenvolvimento, já se encontra sublimado pela forma especificamente jurídica da diferença entre o lícito e o ilícito.

## **5 Considerações finais**

Não que essa sublimação jurídica do caráter político dos problemas sociais possa ser avaliado como algo ruim, mal, inconveniente, perverso, desviante ou qualquer outro juízo de valor. Pelo contrário, talvez essa sublimação seja condição de possibilidade para a própria racionalidade da interpretação, da argumentação e da decisão jurídica. E mais: talvez essa sublimação seja o resultado da própria autonomia operativa do sistema jurídico em relação à política. Uma autonomia do direito conquistada pela força ao mesmo tempo política e jurídica das Constituições. Política do ponto de vista do direito. Jurídica do ponto de vista da política (Luhmann, 1993, p. 421). Pois com base na Constituição, a decisão jurídica pode encontrar um fundamento político para si mesma, enquanto que com base na mesma Constituição, as decisões políticas podem encontrar um fundamento jurídico para si mesmas.

Os custos políticos de uma discussão democrática podem então ser economizados, quer dizer, otimizados sob uma metodologia jurídica de ponderação (Alexy), como também podem ser transferidos para uma esfera quase transcendental de moralidade política de uma comunidade de princípios (Dworkin). E por que não repartir intersubjetivamente esses custos políticos

com todos os possíveis afetados, para serem pagos na estrutura democrática do Legislativo e restringir o discurso jurídico apenas a um juízo de aplicação da norma mais adequada à situação concreta (Gunther e Habermas)? E já que estamos falando de custos, talvez o pragmatismo tenha então razão ao assumir a interpretação e a decisão jurídica como uma questão de *manager* de custos, visando já a eficiência.

Com efeito, nessa perspectiva tudo isso até pode fazer sentido. Mas só ironicamente podemos admitir isso de forma acrítica. Pois o que se pode observar na práxis jurídica brasileira contemporânea é uma ausência quase generalizada de consciência a respeito do significado de uma - e não outra - metodologia da interpretação, argumentação e decisão jurídica. Afinal, não é raro encontrar fundamentações jurídicas que começam baseadas no método de Alexy, para concluir com Dworkin - desconsiderando que se tratam de perspectivas teóricas divergentes não só a respeito do método e dos resultados, como também dos próprios pressupostos. Tanto que o próprio conceito de princípio como mandado de otimização, em Alexy (2010, p. 138), é radicalmente diferente do conceito de princípio como fundamento de moralidade política, em Dworkin. Um vê princípios como uma questão de objetivos a serem alcançados na melhor medida possível. Outro vê princípios como fundamentos incondicionais. Para um, princípios possuem uma força gradativa. Para outro, os princípios precisam ser levados à sério. Como é possível então, a não ser por uma atitude esquizofrênica guiada por duas realidades paralelas disputando fantasmagoricamente uma mesma decisão jurídica, justificar racionalmente ou adequadamente uma argumentação desse tipo?

Os operadores do direito precisam conhecer melhor não só as concepções contemporâneas de interpretação, argumentação e decisão jurídica, mas também entender que cada concepção propõe uma visão de mundo diferente. Nem melhor, tampouco pior. Apenas diferente. Não se pode mais admitir uma interpretação jurídica baseada em uma suposta necessidade de ponderação de princípios quando sabemos que a ponderação é apenas uma, dentre várias, possibilidades de argumentação e decisão jurídica. E não podemos admitir também uma interpretação jurídica baseada em supostos princípios de moralidade política que só existem na consciência privativa de quem argumenta com base em sua própria convicção de moralidade particular. E por último, mas não menos importante, não podemos admitir que a decisão por um e não outro método de interpretação, argumentação e decisão jurídica não seja

uma escolha que, exatamente por ser uma escolha, exige, também ela, interpretação, argumentação e decisão.

A sublimação jurídica do sentido político dos problemas sociais, operada por essas teorias metodológicas da interpretação, argumentação e decisão jurídica torna possível tanto a autonomia do direito em relação à política, quanto a autonomia da política em relação ao direito. Essa sublimação discursiva, portanto, não deve ser criticada simplesmente como um déficit de realidade no âmbito da comunicação jurídica. Talvez ela seja mesmo condição de possibilidade para a racionalidade das decisões jurídicas. Mas isso não significa que se possa recorrer a elas meramente como suplementos (Derrida, 2004, p. 178) ou como parasitas (Serres, 1980, p. 28) da argumentação. Como se fossem próteses discursivas para justificar interpretações e decisões segundo a epifania da conveniência do argumento. Pelo contrário. Em tempos de tensão entre constitucionalismo e democracia é necessário ter-se consciência do caráter falível de qualquer pretensão metodológica. Falibilidade presente não apenas na pretensão de verdade, correção e sinceridade do discurso jurídico, como também na seletividade que realiza a sublimação do potencial de conflitos políticos do problema concreto. A decisão por uma - dentre outras - teorias metodológicas da interpretação, da argumentação e da decisão jurídica, portanto, também precisa ser justificada.

## **6 Referências**

ALEXY, Robert. Sobre o conceito do princípio de direito. In: \_\_\_\_\_. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 137-161.

\_\_\_\_\_. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

\_\_\_\_\_. *Teoria dell'argomentazione giuridica: la teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*. Trad. Massimo La Torre. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1998.

BACHELARD, Gaston. *A Formação do Espírito Científico*. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

- CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.
- DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*. 2ª ed. Trad. Miriam Chnaiderman e Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Perspectiva, 2004.
- DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- \_\_\_\_\_. *Taking rights seriously*. Cambridge (USA): Harvard University Press, 1978.
- \_\_\_\_\_. The forum of principle. In: \_\_\_\_\_. *A matter of principle*. Cambridge (USA): Harvard University Press, 2000, p. 33-71.
- GADAMER, Hans-George. *Verdade e método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2003.
- GUNTHER, Gotthard. Life as poly-contextuality. *Vordenker*, fev/2004. Disponível em <http://www.vordenker.de>. Acesso em 09.04.2014.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- \_\_\_\_\_. Constitutional democracy: a paradoxical union of contradictory principles? *Political Theory*, vol. 29, n. 6, p. 766-781, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Teoría de la Acción Comunicativa I: racionalidad de la acción y racionalización social*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Ediciones, 1988.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. 14ª ed. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Universidade de São Francisco, 2005.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.
- \_\_\_\_\_; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. 11ª ed. Milano: Franco Angeli, 2003.
- MATURANA, Humberto. *Cognição, ciência e vida cotidiana*. Trad. Cristina Magro e Victor Paredes. Belo Horizonte: UFMG, 2001.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 2ª ed. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2009.

POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge (USA): Harvard University Press, 2008.

\_\_\_\_\_. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

\_\_\_\_\_. *The economics of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

SERRES, Michel. *Le parasite*. Paris: Grasset, 1980.

STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.