

A LEGITIMAÇÃO SIMBÓLICA DO/NO DIREITO: CONSIDERAÇÕES A PARTIR DA LINGUAGEM

LA LEGITIMACIÓN SIMBÓLICA DEL/ EN EL DERECHO: CONSIDERACIONES A PARTIR DE LA LENGUA

**Carolina Salbego Lisowski¹
Santiago Artur Berger Sito²**

RESUMO:

O presente artigo tem em vista, acima de qualquer outro escopo, discutir de que forma o Direito e a prática judiciária mobilizam seus procedimentos instituídos a fim de manter seu status de instituição social neutra e imparcial e que trabalha pela busca de uma verdade. Desta forma, mobiliza-se o entendimento de que o funcionamento do Direito, constatado empiricamente, à luz do que postula Warat (1994, 1997) e Streck (2005, 2007, 2008), dá-se por mitos e símbolos que asseguram o status e a condição de ordem do Direito. Para o proposto, divide-se este artigo em dois momentos. O primeiro, no qual se apontam algumas características do Direito enquanto instituição social, detentora – mítica e simbólica – do suposto poder de dizer a verdade, de forma imparcial e absoluta. Em um segundo momento, depois de constatada essa realidade, desenvolve-se, sob um horizonte de retrospectiva, mas sem que seja o foco principal do trabalho, uma breve tomada acerca de três das principais matrizes que fundam e/ou, modernamente, constituem-se como paradigmas do Direito e que, dessa forma, influem, decisivamente, na forma de se pensar sobre o fazer jurídico. Entende-se pertinente, de início, retomar a concepção racionalista Kelseniana, o paradigma procedimentalista, a partir de Habermas (2007) e Apel (1973) e, por fim, as noções de substancialismo, com Streck (2007, 2008). Com isso e, ao fim, quer-se aproximar dessas três matrizes teóricas a noção de transcendentalidade Kantiana, apontando que o Direito – mito e símbolo – constrói-se e se mantém sempre ligado, de alguma maneira, à esse ponto fixo da transcendentalidade, seja *a priori* ou *a posteriori*

PALAVRAS-CHAVE: PROCEDIMENTALISMO; SUBSTANCIALISMO; DISCURSO; INSTITUIÇÃO SOCIAL

RESUMEN

Este artículo pretende, además de cualquier otro ámbito, discutir cómo la práctica de la ley y de los actos judiciales pueden movilizar sus procedimientos con el fin de mantener su estatus como institución social neutral e imparcial y que trabaja en la búsqueda de una verdad. Por lo tanto, moviliza la inteligencia de que la operación de la ley, determinar empíricamente, a la luz de la cual postula Warat (1994, 1997) y Streck (2005, 2007, 2008), se produce al asegurar mitos y símbolos de estatus y condición de orden de la ley. Para la propuesta de dividir este artículo en dos partes. El primero, en el que se señalan algunas características de la ley como una institución social titular, - mítico y simbólico - el supuesto poder de decir la verdad,

¹ Licenciada em Letras pela Universidade Federal de Santa Maria (2008), Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (2011), professora dos Cursos de Direito do Centro Universitário Franciscano e da Faculdade Palotina de Santa Maria, Mestre e Doutoranda em Letras – Estudos Linguísticos, pela Universidade Federal de Santa Maria, Assessora Jurídica do Município de Itaara – RS. Correio eletrônico: carolslisowski@hotmail.com

² Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Franciscano – UNIFRA. Membro do DASEIN – Núcleo de Estudos Hermenêuticos, coordenado pelo Prof. Dr. Lenio Luiz Streck. Correio eletrônico: artursito@gmail.com

imparcialidad y absoluta. En un segundo paso, después de esta realidad observada, se desarrolla bajo un horizonte de retrospectión, pero sin ser el foco principal de la obra, una breve toma en tres matrices fundamentales que se funden y / o modernos, la forma-como paradigmas de la ley y por lo tanto influir decisivamente en la manera de pensar en hacer legal. Se entiende procede, principio racionalista reanudar Kelseniana, el paradigma procedimental, de Habermas (2007) y Apel (1973) y, por último, las nociones de sustancialismo con Streck (2007, 2008). Con eso y al final, que desea acercarse a estas tres matrices noción teórica de trascendentalismo kantiano, y señaló que la ley - mito y el símbolo - acumularse y permanecer siempre conectados, de alguna manera, a este punto fijo de trascendentalismo, sea *a priori* o *a posteriori*.

PALABRAS CLAVE: PROCEDIMENTALISMO; SUSTANCIALISMO; DISCURSO; INSTITUCIÓN SOCIAL

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem em vista, acima de qualquer outro escopo, discutir de que forma o Direito e a prática judiciária mobilizam seus procedimentos instituídos a fim de manter seu status de instituição social neutra e imparcial e que trabalha pela busca de uma verdade.

Desta forma, mobiliza-se o entendimento de que o funcionamento do Direito, constatado empiricamente, à luz do que postula Warat (1994, 1997) e Streck (2005, 2007, 2008), se dá por mitos e símbolos que asseguram o status e a condição de ordem do Direito.

Para o proposto, divide-se este artigo em dois momentos. O primeiro, no qual se apontam algumas características do Direito enquanto instituição social, detentora – mítica e simbólica – do suposto poder de dizer a verdade, de forma imparcial e absoluta.

Em um segundo momento, depois de constatada essa realidade, pretende-se desenvolver, sob um horizonte de retrospectão, mas sem que seja o foco principal do trabalho, uma breve tomada acerca de três das principais matrizes que fundam e/ou, modernamente, constituem-se como paradigmas do Direito e que, dessa forma, influem, decisivamente, na forma de se pensar sobre o fazer jurídico. Entende-se pertinente, de início, retomar a concepção racionalista Kelseniana, o paradigma procedimentalista, a partir de Habermas (2007) e Apel (1973) e, por fim, as noções de substancialismo, com Streck (2007, 2008).

Com isso e, ao fim, quer-se aproximar dessas três matrizes teóricas a noção de transcendentalidade Kantiana, apontando que o Direito – mito e símbolo – constrói-se e se mantém sempre ligado, de alguma maneira, à esse ponto fixo da transcendentalidade, seja *a priori* ou *a posteriori*.

Pouco se encontrará, neste breve estudo, acerca de legislação propriamente dita, de recortes e análises doutrinárias e jurisprudenciais acerca de algum ponto ou alguma área específica do Direito, abordagens essas, indubitavelmente, indispensáveis aos estudos jurídicos. Contudo, o que se propõe é uma reflexão sobre o Direito, como um todo, em todos os seus campos de atuação e não especialmente, em uma área. O Direito enquanto sistema – aqui, tomado tanto como sistema de leis quando como sistema social – que, enquanto tal, tem em sua prática, como pretende-se mostrar, um espaço profícuo para legitimação de sua condição de instituição social neutra e imparcial, mantenedora da ordem e detentora da verdade.

1 DIREITO INSTITUIÇÃO SOCIAL: A LEGITIMAÇÃO EM UM UNIVERSO DO SILÊNCIO³

Conforme já referido anteriormente, esta primeira parte dedica-se a pensar o direito enquanto instituição social de funcionamento simbólico que, através do discurso, em especial, tem em vista assegurar sua prática como sendo supostamente neutra, apolítica e detentora do poder de dizer a verdade. Poder-se-á perceber que, em face a essas condições, o Direito, a partir de seu próprio sistema, tem em vista um “algo a ser alcançado”, resposta essa que corrobora a legitimidade da instituição jurídica, frente as demandas sociais.

1.1 O direito enquanto instituição social

A fim de resgatar, historicamente, alguns pontos sobre a constituição do Direito enquanto instituição social, recorre-se à obra de Foucault (2005) quando o autor trata as vicissitudes do que denomina “sociedade disciplinar”, uma sociedade com entraves complexos, problemas sociais que se revelaram nos séculos XVIII e XIX e que ainda permanecem presentes na contemporaneidade.

Foucault (2005) mostra que o conceito de ilegalidade ou de crime, por exemplo,

³ Esse subtítulo constituiu-se a partir da noção cunhada por Ferraz Júnior (1980), o qual afirma ser o Direito, pela dogmática jurídica, quer parecer seguro, mas elástico, digno e solene, técnico mas funcional, o que, em nosso entendimento, vai identificar um sistema da contradição e que, de certa forma, se faz pelo silêncio pois assim não revela esses movimentos ambíguos. A esse respeito, Temos Ferraz Júnior: “Entra-se, assim, num universo de silêncio: um universo do texto, do texto que tudo sabe, que tudo diz, que faz as perguntas e dá as respostas. Neste sentido, conclui Legandre, os juristas fazem u trabalho doutoral no sentido escolástico da palavra. Em outras palavras, fazendo seu trabalho, eles não fazem o Direito; apenas entretêm o mistério divino do Direito, ou seja, o princípio de uma autoridade eterna, fora do tempo e mistificante, conforme as exigências dos mecanismos de controle burocrático num contexto centralista” (1980, p.178)

antes do século XVIII, era diretamente ligado ao conceito de falta: descumprir a lei era não cumprir com os mandamentos eclesiásticos ou religiosos. Os preceitos religiosos ditavam as leis, encarregando-se de postular o que era certo e errado, bem como as “penitências” daqueles que transgrediam tais normas. Aqui, então, co-fundiam-se o Direito e a Igreja, o crime, o ilegal e o pecado (imbricação essa não tão distante de nossa realidade).

Pierre Legendre (2004), no texto *Seriam os fundamentos da ordem jurídica razoáveis?*, aponta para o que denomina Princípio da Razão ou Referência, o qual, segundo o autor, institui-se e manifesta-se na sociedade através de uma espécie de montagem institucional que estabelece lugares e relações de poder, próprias do Estado, para o funcionamento social. Dentre essas montagens, o sistema jurídico é definido pelo referido autor como um sistema ficcional essencial para as organizações sociais.

Segundo Legendre (2004), o Direito é, antes de tudo, movimento de discursos que tentam fazer valer a normatividade tendo em vista um discurso “apropriado” em sua forma dogmática. Dogmática porque se pretende sempre verdadeira, infalível, remetendo, conseqüentemente, a algo que denomina-se “impossível estrutural”, já que pressupõe a homogeneidade e a linearidade das respostas. Legendre (2004) aponta que o Direito representa algo que ele próprio não diz, mas que é dito pelos sujeitos autorizados através de procedimentos de consagração que buscam colocar em cena o absoluto da verdade (ou, como acredita-se, efeito de verdade) e do poder.

Esse Estado, detentor autorizado do monopólio da jurisdição, transfere aos seus agentes – e aqui nos se refere, em especial, à figura/posição do juiz – o poder da palavra que declara, condena, denega, constitui. Para que tal efeito se mantenha, a tarefa precisa estar alicerçada em uma suposta estabilidade e imutabilidade. Sem dúvida, garantir e assegurar a certeza enquanto um dos maiores atributos da ordem jurídica produz certo desconforto até aos juristas mais positivistas. Muito se discute acerca da segurança jurisdicional. A questão é que, em verdade, chega a ser ficcional a pretensão de garantir respostas uníssonas, homogêneas, uma vez que elas são proferidas por sujeitos distintos.

Ainda, em busca dessa justiça previsível e totalmente controlável e não contraditória, mantêm-se entendimentos como o de Tornaghi:

Nada há mais escandalizante e comprometedor da ordem jurídica que a variação, a incoerência e a contradição do julgador. Toda a segurança desaparece onde os indivíduos ficam à mercê dos entendimentos pessoais: cada cabeça é uma sentença e a justiça é um jogo lotérico. (Tornaghi 1974, p. 74)

Diante disso, o sistema estatal legitima o juiz apto a manifestar o Direito, mas não reconhece a autonomia dele em relação a questões como aquelas concernentes à interpretação, por exemplo. Para outros atos, contudo, legitima o julgador quando é necessária uma posição quase onisciente, já que, por vezes, é exigida uma tomada de posição que subjaz à condição humana. Ou seja, não é permitido ao juiz interpretar e posicionar-se frente a uma questão, mas ele precisa, com base na lei e somente nela, elaborar um julgamento – eis a contradição à qual nos este trabalho se refere.

Esse julgamento a ser realizado deve estar baseado em um conjunto de documentos públicos que são constituídos a partir de regras específicas de procedimento e que contemplam requisitos formais indispensáveis a sua validade jurídica, para assim formar o processo judicial. Entende-se, nesse trabalho, que p processo judicial a partir de Ovídio Baptista da Silva (2006), segundo qual o processo está ligado à idéia de atividade estatal, que se desenvolve perante tribunais para a obtenção da tutela jurídica estatal, quem tem em vista o reconhecimento e a realização da ordem jurídica. Contudo, outra visão bastante dogmática, que ainda se mantém em muitos entendimentos, é a do jurista. Magalhães Noronha (1984, p. 37) expõe que o processo “é o conjunto de atos legalmente ordenados, para a apuração do fato, da autoria e a exata aplicação da lei. O fim é este: a descoberta da verdade”. A verdade é elemento que perpassa o funcionamento do Direito, e a busca por uma suposta versão real dos fatos é a condição para se alcançar a tão esperada justiça.

O fazer jurídico, portanto, mostra-se em grande medida vinculado a modelos de verdade e de poder, a partir dos quais os sentidos são encaminhados. A palavra relaciona-se, portanto, à autoridade do Estado, que manifesta seu poder no controle da/na própria palavra. Pode-se, desse modo, pensar que o Estado funda sua legitimidade e sua autoridade sobre o cidadão, levando-o a interiorizar a ideia de coerção ao mesmo tempo em que faz com que este mesmo cidadão tome consciência de sua responsabilidade.

A subordinação ao Estado funciona a partir da aparente não contradição das normas e leis, que prevêm e estipulam garantias e obrigações aos sujeitos/cidadãos. Estabelecem, com relação ao sujeito, uma tensão entre autonomia e assujeitamento, visto que o sujeito se torna, ao mesmo tempo, livre e submisso a essa condição de sujeito jurídico: sujeito de direitos e deveres.

O Direito, portanto, a partir do discurso, tenta assegurar seu próprio fazer, sua lógica interna estabilizada e os efeitos de não contradição e segurança que necessita para que permaneça legitimamente reconhecido.

Ao reconhece-se uma relação entre discurso e poder, trata-se, pois, de uma

dominação considerada legítima, na qual existe um grupo determinado de pessoas que exerce seu poder diante das massas dominadas. Esse exercício, contudo, não ocorre por ele mesmo, mas sim, esconde-se por trás de uma racionalidade aplicada ao Direito. Luiz Alberto Warat (1997) irá tratar desse tema fazendo uma relação entre a racionalidade moderna e os mitos jurídicos. Reconhecida a relevância de pensa-se a esse respeito no presente estudo, dedicamo-nos a isso no item que segue.

1.2 Direito e mito: o funcionamento do simbólico

Warat (1997) pretende compreender os determinantes do modo de produção do convencimento no âmbito do Direito e, para tanto, entende necessária utilização da categoria “mito”, tendo em vista que este seria uma forma específica de manifestação ideológica no plano do discurso. É através da constituição dos mitos, dentro do Direito, que as práticas por ele estabelecidas se perfeitibilizam e as posições sujeito se confirmam em suas características de dominação.

O mito pode demonstrar, no plano teórico, conforme Warat (1994) “algumas das formas de um complexo ideológico ausentou um sentido lingüístico para reproduzir formas sociais hegemônicas.” (p. 103), considerando um conjunto de crenças, representações e saberes que existem no real. O mito em sua significação mais arcaica, mostra-se como um processo de compreensão do mundo, que consiste na substituição do tempo histórico por uma sucessão de fábulas que mostram os acontecimentos e as ações como a concentração de protótipos eternos ritualmente alcançados.

Assim, a funcionalidade efetiva do mito seria estar fora e acima do tempo, fazendo com que a história seja vista como um fato da natureza, um resultado apriorístico de uma razão universal. Atualmente, pode-se aproximar o entendimento do mito com a manifestação ideológica da política, pois o processo mitológico tende a colocar suas crenças a serviço de uma ideologia, o que faz com que a história se identifique com ela.

Warat propõe uma concepção de mito:

Já agora podemos redefinir o mito como produto significativamente congelado de valores com função socializadora. Em outras palavras, seria o mito um discurso cuja função é esvaziar o real e pacificar as consciências, fazendo com que os homens se conformem com a situação que lhes foi imposta socialmente, e que não só aceitem como veneram as formas de poder que engendram esta situação (WARAT, 1994, p. 24).

Desta maneira, ao se analisar a caracterização política do mito, pode-se afirmar que

sua função básica é criar uma sensação de despolitização e neutralidade. Por isso, por exemplo, dissemina-se a idéia, em especial no meio do Direito, que as decisões judiciais (e seus julgadores, portanto) são dotadas de imparcialidade e neutralidade, Tal constatação leva à identificação do mito como fundamento da racionalidade moderna: “uma racionalidade impessoal e anônima que opera como lei universal e que nega ou abstrai a presença de emissores de mensagens que pertencem forçosamente a grupos ou setores sociais.”

A idéia de um emissor universal pode ser identificada, no direito, com o culto ao “espírito do legislador” e através do mito faz-se politicamente a conciliação das contradições sociais na medida em que estas são projetadas em uma dimensão harmoniosa, de essências puras, relações necessárias e esquemas ideais, aos quais as pessoas devem aderir.

Esta função de harmonização, esse ritual simbólico, aparece no direito mediante a constituição de conceitos fetichistas tais como “direito natural”, “dever jurídico”, “ato antijurídico” ou como “natureza jurídica”, “Estado”, “soberania”, “legalidade”, sendo que as últimas três citações são noções ontológicas reificantes se sustentam sobre a invocação dos pressupostos da noção da “*mala in se*”, ou do “*dever in se*”, ou do direito subjetivo inerente (visto como atributo do homem). (WARAT, 1994, p. 201)

O mito, assim, acaba por inverter o real, pois ao retirar o caráter histórico do direito, naturalizando-o, acaba dissolvendo a complexidade dos atos humanos. Dentro do discurso jurídico o mundo passa a não possuir mais contradições, e aparenta uma clareza onde se pode constatar ou reconhecer valores. Por isso mesmo, o mito é um discurso de reconhecimento e não de explicação, uma vez que por seu intermédio busca-se que o receptor visualize sempre uma situação de normalidade decorrente da natureza das coisas. É um discurso de neutralização, onde não existe espaço para polarizações. “Politiza-se, roubando o caráter político de toda a fala sobre o mundo.” (Warat, 1994, p. 200)

Desta forma, o processo argumentativo do Direito pode ser caracterizado como um discurso mítico, uma vez que o mito simplifica as complexidades, universaliza o contingente, neutraliza as valorações e idealiza a história.

No raciocínio do referido jurista, portanto, o ponto chave é sua dupla função de aludir e iludir, produzindo um entendimento que não exige explicações. Tanto no mito, como no discurso jurídico, produz-se uma clareza de constatação, não de explicação – o que justifica, no caso do Direito, é o procedimento.

Dessa forma, o mundo é organizado sem contradições, pois o dado novo é aceito sempre com base no reconhecimento do universo das crenças já aceitas. Por este motivo é que o Direito organiza um conjunto de explicações afastadas do tempo, uma vez que elas

permitem o “reconhecimento retórico da problemática contingente”, conforme o mesmo autor.

Tais rituais e mitos que envolvem a questão do poder, e que ainda estão presentes na sociedade moderna, quando trabalha com o funcionamento “mágico” dos rituais de investidura simbólica. Este ritual reúne, assim como a aplicação da lei, as características de performatividade, repetição e força.

O judiciário trabalha incessantemente com essa magia performática que envolve os rituais de investidura simbólica, o processo judicial possui vários procedimentos desse tipo: o recebimento da petição inicial transforma a pessoa em autor da ação; a citação faz com que outra se torne o réu; a sentença judicial tem o poder de transformar pessoas em credores ou devedores, culpados ou inocentes.

Desde que seja respeitado o ritual que envolve o processo judicial, a sentença pode até transformar duas pessoas desconhecidas em pai e filho, e pode, sem que se tenha absoluta certeza, declarar que alguém está morto.

Para que os atos de fala praticados pelo representante de uma instituição tenham eficácia de modificar a realidade, é necessário que este agente passe anteriormente por um outro ritual que envolve a transferência prévia de confiança e autoridade, ou seja, de sua consagração ou investidura pela própria instituição, que no caso o juiz é o Estado representado por outros magistrados.

Desta maneira, após este ritual de investidura simbólica, os atos praticados pelo juiz não são mais vistos como de autoria de uma pessoa específica, mas como atos do Estado, é, como se depois da posse, aquele determinado ser humano adquirisse a capacidade de, durante determinados rituais, ter encarnado em si esta entidade metafísica chamada de “Estado”.

Estes atos oficiais de interpelação devem ser sustentados por incessantes chamados à ordem e, uma vez assumida a nova identidade social, tais atos institucionais funcionam como um ato do destino:

Torna-se quem és: eis o princípio por trás da magia performativa de todos os atos institucionais. A essência conferida através da nomeação e da investidura é, literalmente, um *fatum*. [...] Todos os destinos sociais, positivos ou negativos, por consagração ou estigma, são *fatais* – com o que quero dizer mortais –, porque encerram aqueles a quem caracterizam dentro dos limites que lhes são atribuídos e que eles são levados a reconhecer. (SANTNER, 1997)

O mito, assim, a partir do que se tem com Warat, faz com que as pessoas não só aceitem, como venerem essas duas formas de poder representadas em entes abstratos: Deus e o Estado.

2 POSTIVIVISMO KELSENIANO, PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIA: TRÊS FORMAS DE PENSAR O DIREITO – CONCEPÇÕES E (IN)SUFICIÊNCIAS.

Observada, então, essa condição de instituição social que funciona com atravessamentos políticos e ideológicos, mas que, ao mesmo tempo, trabalha pela ilusão da neutralidade e objetividade, é importante assinalar que se trata de uma conjuntura jurídica brasileira que atravessa um período de questionamento e reflexão extremamente oportuno e profundo.

As exigências de políticas públicas prometidas e não implementadas (insuficiência estatal) apenas acirram o debate acerca de que mudança precisa (ou não) o sistema jurídico sofrer, já que, na mesma medida em que o Direito trabalha para responder a uma demanda social, a sociedade, requer manifestações do Direito que venham ao encontro da condição histórica que interferem em cada momento.

A ordem social exige (em especial as classes menos favorecidas), do sistema jurídico, maior proteção/efetivação/aplicação de direitos, cujo Estado Democrático de Direito, ainda não incorporado, visa garantir. Aliás, a primeira divergência já se dá na própria compreensão do que é e como deve se operar, interna e externamente, o Estado Democrático de Direito.

Identifica-se, então, três momentos em que se pensou o Direito de forma bastante marcante para a tradição jurídica. Como já referido, dedicar-se-á atenção em considerar acerca da noção de transcendentalidade, a partir de Kant, percebendo essa categoria nas diferentes matizes teóricas abordadas.

Inicialmente, cabe se fazer uma breve consideração acerca da noção dos estudos de Kant, o qual cunha a noção de “sujeito transcendental” (KANT, 1994). Essa categoria desempenha papel fundamental, a partir do qual se cria um discurso que estava fadado ao destino de suas proposições, a metafísica na qual há a crença numa instância justificadora do sentido, um ponto fixo, um “zero” de sentido que justificaria as formulações que lhe forem posteriores.

2.1 O positivismo Kelseniano: o sistema por ele mesmo

“Desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à

formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda ciência: objetividade e exatidão.” (KELSEN, 1990, contracapa)

Sem dúvida, os estudos cunhados por Hans Kelsen, especialmente na obra *Teoria Pura do Direito* (1990) constituem-se marco no pensamento jurídico. Para o autor, sempre abordado nos bancos acadêmicos, o direito funciona como uma ciência pura e tem, nessa pureza o maior intuito de tornar o direito uma manifestação científica, o que não se mostrou preocupação apenas de Kelsen, no Direito, mas também, por exemplo, de Ferdinand de Saussure, nas Ciências da Linguagem.

Essa cientificidade, que conferia status as áreas de conhecimento, era condição de possibilidade para que se fosse reconhecimento dos fundamentos de validade de uma teoria, motivo que mobilizou vários teóricos a trabalhar por esse viés científico, nas mais diversas áreas do conhecimento.

Em sua obra, Kelsen defende que há, na doutrina positivista, a tendência anti-ideológica, pelo, já que a descrição do direito positivo precisa se manter isenta de qualquer valoração, tendo em vista eles não serem preceitos de uma ciência como a jurídica. Esse ideal de pureza via em uma lei fundamental, instituída *a priori*, a realização do direito, a partir de um exercício de acoplamento, ou seja, pela relação lógica de *se A, então B*. Respondida essa questão, ter-se-ia a resposta adequada ao problema, a partir desse antecedente da norma fundamental, a qual tem o condão de organizar todo sistema, hierarquicamente.

O ideal de segurança jurídica, para o positivismo, estaria plenamente assegurado a partir da lógica estabelecida em razão da norma fundamental. O exercício racionalista da equação *se=então* balizava as respostas que o Direito devia aos problemas que lhe eram apresentados, a partir do estabelecimento da justificação lógica.

A partir disso, então, remete-se à questão do transcendentalismo Kantiano, herança essa muito forte em Kelsen. No momento em que, para este, o Direito é constituído a partir de uma norma fundamental, *a priori*, que garante seu funcionamento, estabelece-se essa transcendentalidade, já que se busca no outro lugar, nessa outra categoria que não é a lei, simplesmente, muito menos o indivíduo, mas a norma fundamental.

Aproxima-se, aqui, a concepção estruturalista sistêmica de linguagem, ao que estaria relacionado à sintaxe das normas, cujo entendimento se constrói pela estrutura. O recorte axiológico produz uma certeza (dogmática) que mascara um resultado correto, mas que ao

menos produz “certa” segurança jurídica. Atualmente o modelo encontra seu declínio, principalmente pelo fato de ser incapaz de produzir, efetivamente, seu desiderato justificador.

O estabelecimento do novo Estado Democrático passou a exigir novas formas, nova postura do sujeito, o que fez que se encaminhasse um afastamento, gradual e, ao menos teoricamente, da concepção Kantiana, por insuficiente. Contudo, mesmo diante dessa necessidade, a tradição positivista no Direito, há tempos, mantém-se condicionando o fazer jurídico a uma série de paradigmas e dogmas, ainda resquícios de outras interferências que, sem dúvida, afetaram o direito de forma decisiva. Assim, os pensadores do direito, reduzidos pelo positivismo a meros “aplicadores” ou “operadores”, restam na condição de reféns desse paradigma que desconsidera qualquer condição ideológica, própria dos sujeitos e, por consequência, do Direito feito por eles.

Ainda crê-se em uma suposta eficiência do sistema advinda da supremacia das regras, por elas mesmas, em detrimento, por exemplo, do reconhecimento das interfaces entre o fazer jurídico e outros campos do conhecimento. Parte-se de Teorias do Direito que se constituem ainda sob a égide da filosofia transcendental Kantiana, visto que ainda buscam, mesmo que maquiadas por novas formas, a produção do Direito, induzidas por uma pseudo-suficiência, em termos de produção de respostas.

Acontece que, em face à condição de Estado Democrático de Direito no qual que se vive, as referidas concepções dogmáticas restam insuficientes à demanda da sociedade que, cada vez envolta em relações - e por consequência, conflitos - mais complexos, clama pelo judiciário na resolução dessas questões, conforme já referido. Assim, o Estado Democrático de Direito enfrenta essa questão e, dentro dele, o Direito permanece aquém das condições de produção social.

Nesse contexto, no qual o Estado requer novas posturas e interpretações dos sujeitos, destaca-se o embate entre a tese procedimentalista e a substancialista, tendo em vista a perspectiva processual. São essas, portanto, as duas outras perspectivas que entende-se interessante abordar-se, para fazer pensar acerca do funcionamento do Direito e sua legitimação, enquanto instituição social.

Assim, parte-se das seguintes premissas: tanto procedimentalismo quando substancialismo pressupõe o funcionamento em um Estado Democrático de Direito. Contudo, o que se pode apontar é que essas duas concepções acerca do procedimento dissociam-se, quais sejam: a primeira defende que o processo é compreendido, reduzidamente e de maneira encerrada, como um instrumento, sendo que a Democracia aconteceria por ele. Em outro momento, o segundo entendimento aduz que o procedimento se funda como um meio apto a implementar

os valores constitucionais substantivos⁴, questionando o princípio da maioria a partir de uma intervenção efetiva da jurisdição constitucional (entenda-se de todas as instâncias do Poder Judiciário).

A opção por um dos dois caminhos ocasiona a (des) identificação do sujeito – e aqui, em especial, daqueles estudiosos do Direito – com uma concepção do que seja o próprio fazer jurídico. Essa determinação leva a soluções completamente diferentes, o que instiga, por assim, dizer, a abordagem desta temática.

2.2 Procedimentalismo: a pragmática transcendental.

Há uma grande questão, em se tratando do procedimentalismo, já que há um espaço muito tênue que afasta, porém, em alguns momentos, parece aliar, procedimento e dogmática positivista e é desse espaço sinuoso que se pretende tratar, apontando convergências e afastamentos nessas noções, tão relevantes à reflexão do Direito.

Aborda-se esta corrente filosófica a partir de Habermas (1997) e Apel (1973). Segundo esses autores, o procedimentalismo pretende superar tanto o paradigma do direito liberal quanto o paradigma do direito republicano, considerando que o fazer jurídico são *construídos* comunicativamente, em situações ideais de fala (Habermas, 1997), nas quais, todos os indivíduos, autônomos, ocupam um mesmo status de fala, sendo detentores de uma mesma competência linguística⁵ e, desta forma, podem agir comunicativamente de maneira suficiente e plenamente satisfatória.

Habermas afirma

o paradigma procedimentalista do direito procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático. Este apego, por assim dizer, ao procedimento democrático implica que a qualquer momento um determinado tema poderá ser debatido na esfera pública política. Isto pressupõe, porém, o acatamento da opinião pública, tanto por parte de um parlamento quanto por parte da administração. (1997, vol. 2. p.183)

⁴ Aqui, por óbvio, não se desconsidera o procedimento, mas sim, reconhece-o em outro plano, por outro intuito de funcionamento.

⁵ De maneira sumária, destacamos que competência linguística refere-se à capacidade de usar, conscientemente, as diversas estruturas da língua. Para Noam Chomsky (1998), trata-se da capacidade que o falante tem de, partindo de um número finito de regras, que funcionam como um “dicionário mental” produzir um número infinito de frases e ser compreendido, no momento em que se comunicar com outro indivíduo que domine o mesmo sistema.

Nesse mesmo sentido, ainda Habermas:

O paradigma procedimental do direito orienta o olhar do legislador para as *condições de mobilização* do direito. Quando a diferenciação social é grande e há ruptura entre o nível de conhecimento e a consciência de grupos virtualmente ameaçados, impõem-se medidas que podem “capacitar os indivíduos a formar interesses, a tematizá-los na comunidade e a introduzi-los no processo de decisão do Estado. (HABERMAS, 1997, vol. 2, p. 185).

Assim, pode-se identificar que o núcleo procedimentalista estaria na mediação recíproca entre a Estado e povo, tendo em vista a soberania deste, que legitima, portanto, as decisões daquele, sejam juridicamente institucionalizadas ou não.

Conforme refere-se, contudo, localiza-se marcas do que o procedimentalismo diz querer rechaçar, a matriz positivista. Identifica-se um espaço de suposta comunicação ideal que marca o transcendentalismo pragmático – presente, como já se verificou, também em Kelsen, mas que no caso procedimentalista, essa presença parece vir “maquiada”, sob o aspecto do discurso e funcionando *a posteriori*.

A constituição do procedimentalismo une as raízes Kantianas à noção de pragmática de Charles Peirce (2004), a qual se desenvolve pelo emprego dos sinais, por parte dos sujeitos. O procedimento comunicacional, desta forma, garantiria a legitimidade do que seria instituído, juridicamente.

Dessa forma, pode-se indicar que, pelo aporte teórico do procedimentalismo, a legitimação do Direito e de seu fazer viria pela interação dos indivíduos, que não podem ser pensados individualmente, mas sim, como “sujeitos coletivos”. Nesse momento é que se insere a teoria de Peirce, com a pragmática, tendo em vista que deve haver uma comunhão de signos pertencentes à comunidade – isso que originará esse “sujeito coletivo”.

No procedimentalismo, a idéia do Direito transcendental se constitui a partir da criação de um espaço ideal de fala, espaço que receberá a uniformização dos sentidos, os quais irão, em tese, ao encontro do esperado socialmente. Nesse sentido, Apel (1973) afirma que:

Em toda sentença se empregam sinais que possuem um determinado significado fundado em convenções. Contudo, é sempre no interior de uma comunidade que as convenções são acordadas, isto é, elas não são resultados de um sujeito solidário. Uma comunidade de comunicação é, portanto, uma condição para que a formulação de asserções e para o intento de fundamentações (APEL, 1973, p. 131)

Dessa forma, percebe-se que, à luz dos referidos autores procedimentalistas, a

formulação de juízos com pretensão de validade objetiva estabelece pressupostos que não podem mais, de forma alguma, serem questionados, já que se constituíram, ao menos teoricamente, sob um juízo de argumentação que os legitima. A verdade, assim, não estaria no consenso, mas sim, no seio do ato de comunicação.

Nesse contexto, os sujeitos contribuiriam para a formulação de um consenso, eis que este fomentará a formulação do discurso de fundamentação (lei). E a lei somente será legítima no momento que possuir a contribuição ampla e democrática dos seus destinatários.

A corrente procedimental regula a faticidade da segurança jurídica e a validade da correção jurisdicional através de um sistema normativo compreendido sistematicamente, seguro em si e – supostamente - suficiente para a satisfação da demanda social-jurídica. Por isso, tanto se aproxima da concepção positivista. Para a corrente procedimental, deve se dar observância prioritária à ordem legal, já que seria ela quem representa o ideal democrático.

Identifica-se, pois, as marcas da herança Kantiana positivista nessa matriz no momento em que ela pressupõe esse espaço homogêneo e ideal de fala, partindo da noção que todos os sujeitos falam e interpretam de maneira determinada e que pode haver o controle dos sentidos – que geraria a resposta. Nesse caso, assim como em Kelsen, identifica-se a noção da transcendental idade, da fixidez da norma posta, contudo, aqui, esse momento se dá *a posteriori*, diferente do entendimento Kelseniano, que possui a norma fundamental anterior.

No procedimentalismo, parte-se para um espaço comunicativo, a primeira vista apto a receber os sujeitos e as suas intervenções. Contudo, o que espera é a atuação de indivíduos, que não podem/devem questionar algumas evidências e que, em sentido distributivo chegam a uma verdade aplicável e sustentável argumentativamente.

Nesse sentido, aduz Moreira:

No entanto, estes processos políticos de formação e institucionalização da vontade democrática dos cidadãos, livres e iguais, são necessários, mas não suficientes para a efetivação da liberdade. A sua circunscrição nos limites da faticidade procedimental instituída pelo ordenamento jurídico pouco ou nada difere das formulações do *positivismo* ou do *normativismo jurídico* – dado que resultaria no abandono de uma instância crítica ou regulativa –, uma vez que assumiríamos, agora sim, uma posição dogmática em *sentido estrito*.⁶ (MOREIRA, 2004, p. 196)

A noção de segurança jurídica estaria, aqui, no cumprimento desse protocolo que regularia o funcionamento democrático do Estado.

Entende-se, nesse sentido, que é insuficiente se pensar um condicionamento do

sujeito, o qual mesmo inserido em um contexto de fala, precisa comunicar, a partir de pressupostos comunitários, verdade que, teoricamente, se aplicam a toda comunidade. Pense-se, sim em um sujeito que, interpelado pela ideologia e pelas condições que lhe são oferecidas – não restritamente à noção de comunidade – pode discursivizar e produzir sentidos.

A teoria procedimentalista, nesse sentido, propõe a universalidade garantida pelo ritual, como um procedimento democrático, no qual se abandona o elemento conteudístico, em prol da formalização. O ritual argumentativo seria responsável por assegurar a legitimidade da atuação jurisdicional. Nesse sentido, então, é que se pode apontar, por este lugar transcendental pragmático e *a posteriori*, que o procedimentalismo guarda marcas positivistas fortes, já que o procedimento tem em vista a homogeneização da resposta uma. Como se viu até então, depois de a questão conteudística estar duplamente abandonada, identifica-se na terceira e última matriz teórica abordada a retomada desse viés de conteúdo, conforme segue.

2.3 Substancialismo: um transcendentalismo semântico?

O substancialismo funciona, assim, exigindo um Judiciário forte e intervencionista e um Estado Democrático de Direito que assumam seu papel de implementar uma jurisdição constitucional capaz de garantir, efetivamente, o amplo catálogo de direitos fundamentais e sociais, à uma população carente de efetividade jurídica.

Afastando-se da noção de que, de um lado estava o sujeito universal, apto a obter a mesma resposta mediante o método adequado e, por outro, um objeto provido de essência e, disso, o alcance da verdade, situa-se o entendimento do sentido pela a linguagem – e, em nosso entendimento, mais precisamente, pelo discurso. Identifica-se que o texto se faz, semanticamente, pelo seu registro do Imaginário e, portanto, inviabiliza-se a existência de um método universal.

Caminhando nesse sentido, Lenio Streck e Ernildo Stein, a partir das contribuições de Heidegger e Gadamer caminha para a compreensão substancialista do Direito, partindo das noções de círculo hermenêutico e diferença ontológica, Streck (2007, p. 42) aduz:

Para interpretar, necessita-se compreender; para compreender, tem-se que ter a précompreensão, constituída de estrutura prévia do sentido – que se funda essencialmente em uma posição prévia, visão prévia e concepção prévia – que já une todas as partes do ‘sistema’
Desta forma, Alexandre Moraes da Rosa aduz:

Há uma tradição que deve sustentar essa resposta que se aparta, de qualquer modo, da mera subsunção do pensamento estritamente lógico. Isso porque a lógica articula-se no plano matemático, desprovido de referência à faticidade; com a faticidade e o sujeito, num eterno e renovado círculo hermenêutico, não se pode falar de verdades universais. O sentido é atravessado por um processo de compreensão que convoca diversos sujeitos e significantes, para que ocorra uma fusão de horizontes. Nesse momento de fusão de horizontes, contudo, incidem (ou deveriam incidir) constrangimentos de ordem sintática, semântica, pragmática e fundamentalmente da tradição, no que já se denominou de “bricolagem jurídica” (2006, p. 143).

A partir de Lênio Streck (2004), tem-se que

Em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive a contra maiorias eventuais. A vontade geral implícita no direito positivo [...] é inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário (e, em especial, a justiça constitucional) passe a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que pertine à jurisdição constitucional. (STRECK, 2004, pp. 147, 148)

O substancialismo propõe, assim, uma certa compreensão de Constituição, de forma que se pode falar em interpretação correta e incorreta, diante do caso concreto, em face a uma “virtuosidade do círculo hermenêutico” (Streck 2007, p. 40). Conforme o referido autor, a hermenêutica funciona de maneira anti-relativista, sendo um “blindagem contra interpretações arbitrárias e discricionariedades e/ou decisionismos por parte dos juízes.” (STRECK, 2004, p. 41). Nesse sentido, pelo entendimento do autor, seria também antipositivista, já que se contrapõe à admissão de múltiplas respostas.

A partir desse raciocínio pode-se pensar que o denominado como “resposta hermeneuticamente correta” termo cunhado por Lenio Streck, apesar de, conforme descreve o autor, guardar certa relação de “simbiose entre a teoria interpretativista de Dworkin e a fenomenologia hermenêutica (que abarca a hermenêutica filosófica), deve ser entendida como uma metáfora. Afinal, metáforas servem para explicar as coisas.” (Streck 2007, p. 40).

Nesse sentido, Streck entende que a hermenêutica deve “afasta o fantasma do relativismo, porque este nega a finitude e seqüestra a temporalidade. No fundo, trata-se de admitir que, à luz da hermenêutica (filosófica), é possível dizer que existem verdades hermenêuticas.” (STRECK, 2007). Nesse sentido, advem as possibilidades das interpretações corretas ou incorretas, já que as múltiplas respostas não serviriam à hermenêutica.

A partir, então, desse exposto acerca do substancialismo, volta-se nossa proposta de aproximar a noção de transcendentalidade Kantiana às matrizes filosóficas do Direito.

Entende-se, então, que aproximar essa noção Kantiana à idéia procedimentalista nos leva a formulação de uma transcendentalidade semântica. O próprio Heidegger admite haver uma transcendentalidade funcionando, não enquanto uma consciência subjetiva, mas como uma condição de possibilidade para o entendimento de enunciados e proposições, a partir de uma pré-estrutura da compreensão, em geral, a denominada pré-compreensão. (Isaia, 2010).

Pela pré-compreensão, alcançar-se-ia a resposta correta, do ponto de vista hermenêutico constitucional. A esse respeito, segundo Streck:

Negar a possibilidade de que exista uma resposta correta pode vir a se constituir – sob o ponto de vista da hermenêutica filosófica – em uma profissão de fé no positivismo e, portanto, na discricionariedade judicial, uma vez que o caráter marcadamente não-relativista da hermenêutica é incompatível com a existência de múltiplas respostas. (Streck, 2009, p.76)

Segundo a concepção substancialista, ao mesmo tempo em que deve haver um poder judiciário firme e autônomo, conceder a um ao juiz uma excessiva discricionariedade – o que a corrente denomina como excesso de liberdade na atribuição dos sentidos em decisionismo e arbitrariedade, pode desencadear. Sobre isso, afirma Streck, que “A justiça e o Judiciário não podem depender da opinião pessoal que juízes e promotores tenham sobre as leis ou os fenômenos sociais, até porque os sentidos sobre as leis (e os fenômenos) são produtos de uma intersubjetividade, e não de um indivíduo isolado”. (Streck, 2010, p. 16)

Nesse sentido, desenvolve-se a noção de transcendentalidade semântica já que nos parece que o substancialismo, mesmo aproximando o sujeito da questão contenciosa, parece querer afastar para outro lugar a questão do sentido. Se estiver no sujeito, pode ser discricionário, mas, por outro lado, não está encerrada no texto constitucional porque ele não produz efeitos sozinho, senão pela ação do sujeito.

O substancialismo parece querer a autenticidade do texto constitucional, com se ele fosse capaz de desvelar a resposta certa, hermenêuticamente, o que nos parece uma tarefa um tanto difícil de cumprir, tendo em vista a contingência que o Direito precisa atender.

Para encerrar este ponto, propõe-se um breve cotejo, aproximando as teses abordadas e seus entendimentos.

Enquanto crítica do substancialismo ao procedimentalismo, pode-se, a partir de Streck, segundo o qual é o dogmatismo o responsável pela indeterminabilidade do direito, já que é não se pode compreender os contextos normativos sem se recorrer às conjunturas principiológicas, tendo em vista ser necessária essa constante complementação já que, nos termos de Perelman, não há possibilidade de previsão de todas as ocasiões:

Para construir um instrumento perfeito, o sistema de direito deveria ter todas as propriedades exigidas de um sistema formal, a um só tempo completo e coerente: seria necessário que para cada situação dependente da competência do juiz houvesse uma regra de direito aplicável, que não houvesse mais que uma, e que esta regra fosse isenta de toda ambigüidade.⁷ (PERELMAN, 2004, p.33-34)

Neste trecho Perelman salienta todas características pretensamente abarcadas pelo positivismo jurídico, quais sejam: o (efeito de⁸) completude, o (efeito de) unidade, uma suposta objetividade e coerência. E Habermas, mesmo intencionado a quebrar tal barreira, nela apenas se soma. Pois não há como pretender construir uma nova ordem (legal!) para um modelo (brasileiro) de tamanhas desigualdades sociais. Talvez o maior obstáculo a proliferação conceitual da teoria discursiva habermasiana no Brasil resida justamente nesse ponto, qual seja: sendo a democracia representativa alvo de tantas críticas, é natural que o simples observar do procedimento legislativo não represente *suficiente* garantia acerca da materialidade do ordenamento, principalmente por que o contexto positivista (e seus defeitos) não seria(m) sequer abalado(s) por tal teoria.

Assim, a grande crítica ataca a frase habermasiana de que “somente as condições processuais da gênese das leis asseguram a legitimidade do direito”. E nesse ponto merece razão Streck, pois a condição (imposta por Habermas) nada diz com a observância, mínima, ao dirigismo pretendido pela norma superior. A substância legislada, mesmo respeitando procedimento legislativo prescrito constitucionalmente, pode ter caráter inconstitucional. Basta que contradiga, reduza ou negue imediata aplicabilidade a qualquer direito fundamental e está feito o exemplo. Como se a participação dos sujeitos na produção legislativa fosse garantia *suficiente* para elidir qualquer problema de cunho jurídico-social! Mas e a substância do direito? Como o direito material será determinado/constituído? A sistemática habermasiana não se preocupa com o *a posteriori* do direito “legitimamente” construído. Esse fator fica claro quando Habermas afirma que

a teoria do direito, fundada no discurso, entende o Estado Democrático de direito como a institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais necessários para a formação discursiva da opinião e da vontade, a qual possibilita, por seu turno, o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito. (HABERMAS, 2003, p. 18)

⁸ Salienta-se a expressão “efeito de” aludindo a uma noção teórica da Análise do discurso, a qual entende haver um trabalho ideológico envolto em cada construção discursiva que pretendem por um efeito de sentido, já que o sentido, propriamente dito, não pode

A preocupação com a indeterminabilidade do produto legislativo não resta trabalhada. Isso reflete, possivelmente, num distorcido conteúdo⁹. O texto positivado ainda será composto de frases, sujeitas à composições semânticas, à imprecisões terminológicas, incompletudes (pois como supra ressaltado, é impossível prever todos comportamentos jurídicos do ser humano em sociedade), etc. Tudo isso aliado ao descaso (aceito) acerca do dirigismo constitucional, tem-se uma manifesta inaplicabilidade. Os objetivos fundamentais¹⁰ elencados pela Constituição Federal, em seu art. 3º, restam abandonados, democraticamente isolados do território jurídico, deixados à implementação do executivo, cujas políticas públicas também desenham amplo panorama de críticas e admoestações.

É dessa forma que se visualiza, em Habermas, um movimento contra o natural desdobramento da doutrina brasileira: enquanto o fluxo das obras se têm posicionado amplamente em “ampliar as leituras constitucionais” ou “interpretar à luz da constituição”, Habermas deixa tal aspecto à deriva. Isso decorre, naturalmente, da diferença gritante entre as realidades do autor e do contexto brasileiro (texto-contexto), como mencionado no início do capítulo.

Tal (pretensa) regularidade emprestada à tensão proeminente entre facticidade e validade não teria o condão de produzir uma *resposta correta*¹¹. Isso por que a barreira legalista impede um conhecimento aprofundado das questões judiciais, aliás, sequer tem esse intuito. Se há processo legislativo, há lei. Se há lei, há problemas interpretativos de ordem

⁹ Sobre distorções de conteúdo, há que se fazer menção à Lei dos Crimes Hediondos. É fascinante como no Brasil a mídia tem a capacidade de hipervalorizar o conteúdo fático do mundo, para dele extrair, provocar e induzir um legislar, muitas vezes, absurdo. A primeira lei dos crimes hediondos surgiu, como notoriamente se sabe, pela pressão midiática produzida por um assassinato de uma atriz de uma rede televisiva. A mãe da vítima, (naturalmente) inconformada, fazendo uso de suas influências políticas, fez repercutir o tema no parlamento. Pouco tempo após o acontecido a lei foi aprovada e sancionada. Em seu conteúdo (alvo de posterior Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI) havia dispositivos flagrantemente inconstitucionais, como a impossibilidade de progressão de regime e da concessão de liberdade condicional aos condenados por crime hediondo. Após a discussão da ADI, o texto foi reformado pelo congresso, que permitiu a progressão e a liberdade, apenas com proporções majoradas. Mas a lei ficou em vigor e produziu efeitos *manifestamente* inconstitucionais. Frise-se um aspecto: essa lei respeitou o *procedimento legislativo*.

¹⁰ A construção de uma sociedade livre, justa e solidária. A garantia do desenvolvimento nacional. A erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais. A promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.

¹¹ Resposta correta é um termo cunhado por Ronald Dworkin. Guarda relação direta com aquilo que o positivismo jurídico chamou de *hard cases* (casos difíceis). Os “casos difíceis” são aqueles onde o ordenamento jurídico (nos sistemas *civil law*) ou as regras costumeiras e precedentes (nos sistemas *common law*) não conseguem fornecer ao juízo, as diretrizes e rumos a seguir em determinada questão litigiosa. O juiz, (pretensamente) amarrado ao código dogmático atenderia, no caso do Brasil, à utilização da LICC (Lei de Introdução do Código Civil), que prevê o uso da analogia e dos princípios gerais do direito, no preenchimento da lacuna legal. Conforme R. Dworkin, isso é um uso pleno e notório da discricionariedade. E explica: “na verdade ele legisla novos direitos jurídicos (*new legal rights*), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão.” (DWORKIN, 2002. p. 127). A resposta correta seria o decidir jurisdicional não discricionário, ou seja, aquela resposta que, mesmo não presente prontamente no ordenamento jurídico, pode ser atingido através de processos interpretativos principiológico-filosóficos.

contextual. Assim que a contingência liberal-individualista-patrimonialista-normativista se perpetua, ficando mais profundas as raízes e impedindo uma efetivação complexa da Carta Magna (e sua principiologia) (STRECK, 2006).

Lenio Streck (2006) também aponta (outra) importante deficiência do positivismo neste trecho:

A toda evidência, tais questões devem ser refletidas a partir da questão que está umbilicalmente ligada ao Estado Democrático de Direito, isto é, a concretização de direitos, o que implica superar a ficcionalização provocada pelo positivismo jurídico no decorrer da história, que afastou da discussão jurídica as questões concretas da sociedade. (STRECK, 2006, p.1-2)

Desta forma, o que se toma aqui como procedimentalismo possui sim suas críticas ao sistema (pós) positivista. As regras, tais como postas na conjuntura jurídica brasileira, possuem perceptíveis *lacunas*. Habermas deixa clara a preocupação com a indeterminabilidade do direito causada pelo positivismo ao afirmar que:

O leque das formas do direito foi ampliado através de lei relativas a medidas, leis experimentais de caráter temporário e leis de regulação, de prognóstico inseguro; e a inserção de cláusulas gerais, referências em branco e, principalmente, de conceitos jurídicos indeterminados na linguagem do legislador, desencadeou a discussão sobre a “indeterminação do direito”, a qual é motivo de inquietação para a jurisprudência americana e alemã. (STRECK, 2006, p.174)

A própria tese procedimentalista reconhece problemas com o positivismo é nesse momento que há oscilações, em pontos que convergem e outros que afastam-se. Não se desvencilha, não sugere intervencionismos, mas reconhece uma profunda dúvida acerca da indeterminabilidade dos termos jurídicos. Justamente este aspecto é criticado por Streck, já que Habermas reconhece os problemas do positivismo, mas calca a tese procedimentalista sob premissas positivistas, apenas remodelando-as (STRECK, 2006).

Conclusão: Concluir para prosseguir

Há muito tempo, e nas mais diversas áreas do conhecimento, discute-se a atual situação do Estado brasileiro, com relação ao seu status (ou não) de sociedade (pós) moderna, enquanto se fala, ao mesmo tempo, em globalização e sociedade da informação.

A idéia, um tanto genérica, de modernidade leva, por vezes, a uma descrença da razão, o desprestígio do Estado e, dentro dele, do poder judiciário. Está-se em uma era da velocidade, na qual está a imagem acima do conteúdo, a tradição parece ter deixada de lado

em prol do volátil. Não é mais seguro se ter verdades seguras. Isso, em algumas áreas, pode angustiar, causar insegurança, mas esse período, de largos anseios sociais, muitas vezes não abarcados pelas instituições do Estado instauram um tempo do aparentemente *pós-tudo*: pós-marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana.

Tem-se que toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, interpreta-se, compreende-se, conforme a história nos permite, nos dá condições para tal. História pensada, aqui, tanto na memória coletiva quando particular do sujeito. Desta forma, como já refere-se neste trabalho, a interpretação dos fenômenos políticos e jurídicos não é um exercício abstrato de busca de verdades universais e atemporais.

Nesse contexto, interessa, para este trabalho, a situação das instituições fundamentais do Estado brasileiro, as quais a contrário senso, continuam sendo as mesmas de há mais de séculos. Nesse sentido, instituições como o Poder Judiciário acabam por se tornar insuficientes ao que espera o corpo social, diante das diversas transformações que se operaram, na sociedade mundial, como um todo.

Tendo em vista essa insuficiência detectada nas instituições jurídicas e, em contrapartida, a formação de um mundo cada vez mais regulado pela “mão invisível do mercado” e subordinado ao capital financeiro volatilizado, relativiza-se a crença no Estado democrático, nos pressupostos e garantias legais e na própria eficiência das contraprestações dadas pelo poder público, quando este é chamado em uma relação particular.

Isso tudo se reflete em certa instabilidade do Estado e da instituição jurídica, uma vez que ela mesmo tem reconhecido a insuficiência de suas práticas em face ao corpo social mas, ao mesmo tempo, parece não ser capaz assumir e reverter essa situação.

Assim, o que se pretendeu questionar, neste estudo, é essa suposta condição de infalibilidade que o Direito trabalha por manter, seja em suas práticas ou em seu próprio discurso científico, ou seja, um Direito que supostamente é neutro, imparcial e que, através de seus procedimentos, consegue estabelecer a verdade e estabilizar, satisfatoriamente, qualquer conflito social que venha até ele.

Não se tem em vista colocar em cheque a existência da instituição jurídica, necessária para a organização social, mas sim, o que chama à reflexão, é a condição que esse Direito tem e vista assumir, para que se mantenha sua força legítima. Ou seja, não parece interessante ao Direito assumir-se enquanto ciência humana, que mesmo racional, é permeada por interferências subjetivas, tendo em vista ser realizada por sujeitos. Nesse aspecto, ideologia, política e outros fatores, mesmo que teoricamente, externos ao funcionamento do Direito, atuam diretamente sobre ele, mas parece precisar serem apagados pelos “operadores”

do Direito, como condição de possibilidade para a legitimidade social da atuação jurisdicional.

Procurou-se, neste trabalho, aproximar a noção de transcendentalidade de Kant a três das principais teorias do Direito que se apresentam, para que, com isso, verifica-se essa condição instituinte do direito do *outro lugar*, um espaço legitimador do seu fazer que pode ser a lei, a norma fundamental, o espaço comunicativo ou a condição de pré-compreensão, mas que sempre está presente, justificando a resposta correta.

Pensar, por exemplo, pela matriz Kelseniana em uma condição “a parte” do Direito, sua matriz positivista racional, a partir da qual há uma relação simétrica entre razão e verdade, uma vez que é ela quem determina o sentido de algum fato – de um ponto de vista sintático do texto legal, que vai ao encontro do ponto de vista jurídico, já que as decisões e manifestações judiciais precisam estar imbuídas de sentido.

Assim, buscando nas bases da lógica analítica, e na busca constante de resultados verificáveis através do procedimento, o Direito trabalha pelo funcionamento do falso e verdadeiro, aceitável e não aceitável, sim ou não, não prevendo o espaço da dúvida e da contradição – mesmo que estas existam.

Como características dessa abordagem racionalista, identifica-se o objeto do conhecimento como sendo puro, constituído pela razão. Diferente do que muito se afirma, o Direito, por esse ponto de vista positivista racional, não nega a existência dos fatos sociais, contudo, tem em vista os subordinar sistematicamente, reduzindo a estrutura social às condições do sistema jurídico.

A realidade, desta forma, sucumbe por si só, já que o que deve prevalecer é a noção de Estado enquanto idéia e não sua condição empírica e real. Ou seja, uma vez prevista, constitucionalmente, uma garantia, por exemplo, o direito à educação, tem-se a efetivação do papel do Direito. Se essa garantia é viavelmente cumprida e estabelecida, segundo o racionalismo, é de competência de outros campos do saber, como a sociologia, por exemplo.

Com relação às matrizes procedimentalistas e substancialistas, pode-se apontar um momento de convergência entre esses estudos, visto que ambas as teorias entendem o Poder Judiciário como “instituição estratégica nas democracias contemporâneas, não limitada às funções meramente declarativas do direito, impondo-se, entre os demais Poderes, como uma agência indutora de um efetivo checks and balances e a garantia da autonomia individual e cidadã.” (Wernneck Vianna, 1999, p.51).

O entendimento procedimentalista, de um lado, entende a legitimação do jurisdicional constituída a partir do procedimento e assegurado por ele, instaurando o que

denomina-se transcendentalismo pragmático. Ou seja, o estabelecimento de uma situação comunicativa que seria o espaço da justificativa racional, a partir das verdades sustentadas argumentativamente.

Por outro lado, a postura substancialista (Streck, Dworkin) que retoma o viés de conteúdo e entende a Constituição como instrumento vinculante e programático, diretriz e argumento de conservação do Estado Democrático de Direito, que ainda resguarda, na medida do possível, a ordem e a liberdade nos Estados de periferia, não desconhecendo a politicização do Direito. Da mesma forma, ao aproximar-se dessa noção a idéia transcendentalidade Kantiana, pode-se percebê-la em uma esfera semântica, já que há a busca desse espaço outro, fora do Direito, mas que o constitui, com relação à formulação dos sentidos.

Em suma, o que pode-se apontar é que, em qualquer destas abordagens relacionadas, a linguagem se configura como uma condição de possibilidade do novo (mesmo que este novo, não seja tão novo assim) na medida em que, na tradição do Estado Democrático de Direito, fazer-se sujeito/cidadão pelo discurso é uma premissa de sustentação deste modelo de estado. Para tanto, a instituição Direito, em suas matrizes mais modernas, trabalha pela inserção do sujeito em seu sistema, mesmo que não o alcance com suas tentativas de controle.

Além disso, verifica-se uma volta recorrente, mesmo que de forma não explícita, à matriz racionalista Kantiana, o que comprova que o Direito, enquanto instituição social, ainda busca, por vários meios e, independente da abordagem em que é tomado, a sua legitimação social e, simbolicamente, seus status de mantenedor da resposta verdadeira, a fim de proporcionar, ao menos em tese, uma espécie de segurança jurídica. Para tanto, o que mais nos chama atenção é perceber que há uma tentativa constante de apagamento de marcas subjetivas, transparecendo a necessidade de afastar a “condição humana” do Direito, no instante em que é realizado por sujeitos. Seja pelo discurso de fundamentação ou de aplicação, o Direito quer se mostrar, de certa forma, superior às condições de falibilidade e contradição que, em nosso entender, lhe são constituintes.

BIBLIOGRAFIA

APEL, K. **Transformation der Philosophie**. Frankfurt, 1973.

CHOMSKY, N. **Linguagem e mente**. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 127.

FERRAZ JÚNIOR, T. S.. **A ciência jurídica**. 2. ed. São Paulo : Atlas, 1980.

FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir**. Historia da Violência nas Prisões. 33.ed. Tradução de Raquel Ramallete Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. 2.ed. Rio de Janeiro: NAU, 2008.

HABERMAS, J. **Consciência moral e agir comunicativo**. Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

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

ISAIA. C.B. **Processo Civil, Atuação Judicial e Hermenêutica Filosófica - A Metáfora do Juiz-Instrutor e a Busca por Respostas Corretas em Direito: Faticidade e Oralidade**. Curitiba, ED Juruá, 2010.

JUSTIÇA. Direção e Roteiro: Maria Augusta Ramos. Rio de Janeiro: Selfmade Films, Limite Produções. Duração: 100 min., son., color., 2004.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. Brasília/São Paulo: Martins Fontes, 1990.

KANT, I. **Crítica da Razão pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão; Introdução e Notas de Alexandre Fradique Morujão. 3. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian,1994.

LEGENDRE, P. **Seriam os Fundamentos da Ordem Jurídica Razoáveis?** In: ALTOÉ, S. (org.). Sujeito do Direito, Sujeito do Desejo – Direito e Psicanálise. 2.ed. RJ: Revinter, 2004.

MORAIS DA ROSA, A.. **Decisão Penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2006.

MOREIRA, L. **Direito, Procedimento e Racionalidade**. In: MOREIRA, Luiz. (org.) **Com Habermas, Contra Habermas: Direito, Discurso e Democracia**. São Paulo: Landy Editora,

NORONHA, E. M. **Curso de direito processual penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1984.

PERELMAN, C. **Lógica jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004

PEIRCE, C. **Semiótica**. São Paulo, Perspectiva, 2004.

SANTNER, E. L. **A Alemanha de Schreber. Uma história secreta da modernidade**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

SILVA, O.B. **Curso de Processo Civil: Processo de conhecimento**. 7ª ed. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2006

STRECK, L. L. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. São Leopoldo, Unisinos. 1(1):65-77 janeiro-junho 2009.

TORNAGHI, H. **Curso de Processo Penal**, 8^a. ed., São Paulo: Saraiva, vol. I, 1974.

WARAT, L A. **Introdução geral ao Direito:** o direito não estudado pela teoria jurídica moderna. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

WERNNECK VIANNA, L.; VIANNA, L.W.; CARVALHO, M.A.R.; MELO, M.P.C.; BURGOS, M.B. 1999. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil.** 1^a ed., Rio de Janeiro, Editora Revan.