

Hermenêutica e Argumentação Ético-Material na Aplicação do Direito

Marco Aurélio Marrafon*

Resumo: Na perspectiva do paradigma da linguagem, onde a noção de 'compreensão' torna-se central em toda a teoria do conhecimento, surge a problemática da possibilidade de construção metodológica da hermenêutica jurídica a partir dos fundamentos da hermenêutica filosófica de GADAMER. Nesse contexto, a idéia de círculo hermenêutico e unidade da *applicatio* judicial surgem como novos cânones metodológicos que permitem que a decisão seja construída argumentativamente. Tal conclusão possibilita a fundação de uma teoria crítica da argumentação jurídica que não recaia nas abstrações teóricas formais e, sendo responsável pela realização do direito em uma dada comunidade, adote argumentos éticos extraídos dos princípios ético-material, de validade formal e de factibilidade propostos pela Ética da Libertação.

Abstract: In the perspective of the language paradigm, where the notion of "comprehension" becomes central in all the theory of knowledge, it appears the problematic of the possibility of methodological construction of the legal hermeneutics starting from the foundations of the philosophical hermeneutics of GADAMER. In this context, the Idea of hermeneutic circle and the unity of the judicial applicatio arises as new methodological canons that allow the decision to be argumentatively built. Such a conclusion permits the foundation of a critical theory of the legal argumentation that does not fall on formal theoretical abstractions and, being responsible for the realization of the right in a given community, it adopts ethical arguments extracted from the ethical-material principles, of formal validity and factibility proposed by the Ethics of Release.

Palavras-chaves: ontologia fundamental, paradigma da linguagem, hermenêutica filosófica, teoria da argumentação, ética da libertação, círculo hermenêutico, unidade da *applicatio* judicial, princípio ético-material, princípio validade formal, princípio factibilidade.

Key-words: Fundamental ontology, language paradigm, philosophical hermeneutics, argumentation theory, ethics of release, hermeneutic circle, unity of judicial applicatio, ethical-material principle, formal validity principle, factibility principle.

* Mestre e Doutorando em Direito do Estado – UFPR. Professor de Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica na UNIBRASIL – Curitiba. Advogado. Membro do NUPECONST – Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional da UniBrasil. marrafon@uol.com.br

Introdução

A partir da constatação de que toda decisão judicial é parte de um processo de conhecimento e, portanto, de compreensão, o presente artigo tem por objeto a análise da aplicação do direito no contexto do paradigma da linguagem e da hermenêutica filosófica e, nessa perspectiva, apresentar possibilidades que ensejem a admissão de argumentos éticos no processo constitutivo do juízo normativo.

Nesse percurso, entende-se que tal admissão é viável através de uma teoria da argumentação jurídica compromissada não somente com a correção formal dos enunciados normativos, mas também com exigências de eticidade material enquanto finalidade maior do direito.

Para tanto, é necessário o rompimento com os paradigmas objetificantes da metafísica da consciência (teoria do conhecimento) ou da representação (ontologia clássica, seja cosmológica ou transcendental-divina), uma vez que ambos pressupõem a separação entre o mundo sensível e o inteligível, onde a tarefa dos filósofos era estabelecer uma ponte entre esses dois mundos, sempre numa relação sujeito-objeto.¹

Com efeito, mesmo dentro da modernidade (onde a teoria do conhecimento se tornou verdadeira metafísica do sujeito), a hipótese kantiana acerca da possibilidade de obtenção de conhecimentos racionais e objetivos dotados de universalidade e necessidade através da síntese entre forma e matéria operada pela estrutura sensibilidade e pela entendimento, a partir das determinações da razão pura, trouxe o otimismo consubstanciado na crença de que seria possível um conhecimento científico obtido pelo sujeito cognoscente a partir da observação empírica dos fenômenos.

Essa crença confirma o paradigma da filosofia da consciência e legitima o positivismo filosófico como uma espécie de empirismo lógico.²

Por isso, a superação do positivismo no direito e a construção de uma teoria da argumentação jurídica de viés ético material passa pela clara assunção de uma postura hermenêutica, o que enseja um estudo voltado à sua teoria do conhecimento e de sua metodologia de busca da 'compreensão'.

¹ STEIN, Ernildo. *Racionalidade e existência: uma introdução à filosofia*. São Paulo: L&PM Editores, 1988, pp. 20 e ss. STEIN, Emildo. *Seis estudos sobre 'ser' e 'tempo'*. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1990 p. 14.

² Acerca da noção de positivismo jurídico como empirismo jurídico, Otfried HÖFFE explica que: "Fundando em convicções gerais, o positivismo jurídico segue o ideal da ciência do positivismo lógico, respectivamente do empirismo lógico e se poderia designar, por isso, positivismo lógico-jurídico, ou então empirismo jurídico. Segundo este, somente proposições jurídicas, de caráter empírico ou analítico, tem um caráter científico, enquanto os enunciados normativos, a saber, os enunciados da justiça são considerados não-científicos. Segundo o positivismo jurídico enquanto empirismo jurídico, as ciências do direito somente são possíveis enquanto ciências do direito em vigor ou então como teorias do direito puramente analíticas." (HÖFFE, Otfried. *op.cit.*, p. 98.).

No mais, para alcançar os objetivos propostos, os fundamentos da Ética da Libertação serviram como fonte dos princípios teóricos que possam originar argumentos que venham a determinar eticamente a decisão judicial, conforme será apresentado a seguir.

1 A Centralidade da ‘Compreensão’ no Paradigma da Linguagem

HEIDEGGER lançou os suportes teóricos definitivos para a superação do paradigma da filosofia da consciência pelo paradigma hermenêutico, quando rompeu com o idealismo e passou a trabalhar a fenomenologia husserliana como um método (via de acesso) para a construção de uma ontologia fundamental a partir da analítica do *Dasein* (ser-aí, pré-sença).³

Essa empreita tem início com uma primeira distinção entre o ôntico e o ontológico: o ‘ser’ é “o que determina o ente como ente, como o ente já é compreendido, em qualquer discussão que seja”⁴ isto é, o ‘ser’ é que dá sentido ao ‘ente’ sendo dele diferenciado.

Segundo o filósofo alemão, os ‘entes’, ou seja o mundo e seus objetos, podem até existir (em sentido tradicional, enquanto *simplesmente dados*)⁵ independentes do homem, mas só ganham sentido e existência (enquanto determinação ontológica exclusiva do *Dasein, pré-sença*)⁶ quando o sujeito deles toma consciência. Tal concepção funda a nova ontologia,⁷ chamada fundamental ou analítica do ‘ser-aí’.

A partir daí, no que interessa ao homem, o mundo que existe é o que pode ser compreendido, e esta compreensão só é possível a partir do *Dasein* (ser-aí, pré-sença), entendido como o “ente que cada um de nós somos e que, entre outras, possui em seu

³ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 11ª ed. trad. Márcia de Sá Cavalcante, Petrópolis: Vozes, 2002, parte I, p. 40, § 4.

⁴ *Idem*, p. 32, § 2º.

⁵ Na tradução consultada da obra “Ser e Tempo” (*op.cit.*, p. 312), a tradutora explica, na nota explicativa nº 8, a definição heideggeriana de ser simplesmente dado, verbis: “(N8) Ser simplesmente dado = Vorhandenheit. Vorhandenheit é um substantivo formado do substantivo ‘Han’ (=mão) e da preposição ‘vord’ (=diante de, no sentido espacial e antes de, no sentido temporal). Designa o modo de ser da coisa enquanto o que se dá simplesmente antes e diante de qualquer especificação.” Em outra passagem, HEIDEGGER deixa claro a ausência de consciência dos entes simplesmente dados: “...para os entes simplesmente dados, o seu ‘ser’ é indiferente ou, mais precisamente, eles são de tal maneira que o seu ser não lhes pode tornar nem indiferente nem não indiferente.” HEIDEGGER, Martin. *op.cit.*, p. 89, § 9.

⁶ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo. op.cit.*, p. 77, § 9.

⁷ CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 9 ed. São Paulo: Ática, 1997, p. 241.

ser a possibilidade de questionar”,⁸ sendo caracterizado pelo seu primado ôntico,⁹ ontológico¹⁰ e também ôntico-ontológico, conforme explica HEIDEGGER:

*“A presença possui um primado múltiplo frente a todos outros entes: o primeiro é um primado ôntico: a presença é um ente determinado em seu ser pela existência. O segundo é um primado ontológico: com base em sua determinação da existência, a presença é em si mesma ‘ontológica’. Pertence à presença, de maneira igualmente originária, e enquanto constitutivo da compreensão da existência, uma compreensão do ser de todos os entes que não possuem o modo de ser da presença. A presença tem, por conseguinte, um terceiro primado, que é a condição ôntico-ontológica da possibilidade de todas as ontologias. Desse modo, a presença se mostra como o ente que, ontologicamente, deve ser o primeiro interrogado, antes de qualquer outro.”*¹¹

Nesse passo, HEIDEGGER esboça duas características principais da ‘presença’, quais sejam: i) “o primado da ‘existência’ frente à ‘essência’ e o ser sempre minha”,¹² das quais decorrem outras, como ser sempre possibilidade¹³ e ii) ser constituída fundamentalmente pelo ‘ser-no-mundo’,¹⁴ sem ter, todavia, o ‘modo de ser’ dos ‘entes’ dados no mundo.

Por isso, essa nova ontologia rejeita os modos e métodos clássicos da metafísica até então praticada porque esta busca o ‘ser’ como se fosse um ‘ente simplesmente dado’.¹⁵

⁸ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo. op.cit.*, p. 33, § 2.

⁹ De acordo com HEIDEGGER: “a presença [Dasein] não é apenas um ente que ocorre entre outros entes. Ao contrário, do ponto de vista ôntico, ela se distingue pelo privilégio de, em seu ser, isto é, sendo, estar em jogo seu próprio ser. Mas também pertence a essa constituição de ser da presença a característica de, em seu ser, isto é, sendo, estabelecer uma relação de ser com seu próprio ser. Isso significa, explicitamente e de alguma maneira, que a presença se compreende em seu ser, isto é, sendo. É próprio deste ente que seu ser se lhe abra e manifeste com e por meio de seu próprio ser, isto é, sendo. A compreensão do ser é em si mesma uma determinação do ser da presença. O privilégio ôntico que distingue a presença está em ela ser ontológica.” HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo. op.cit.*, p. 38, § 4. Negritos a partir dos destaques do próprio texto.

¹⁰ Consubstanciado na idéia de que a questão do ser “visa às condições de possibilidade das próprias ontologias que antecedem e fundam as ciências ônticas” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo. op.cit.*, p. 37, § 3), sendo a origem do sentido.

¹¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo. op.cit.*, p. 40, § 4.

¹² *Idem*, p. 78, § 9.

¹³ Aduz HEIDEGGER: “A presença é sempre sua possibilidade. Ela não ‘tem’ a possibilidade apenas como uma propriedade simplesmente dada.” HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo. op.cit.*, p. 78, § 9.

¹⁴ “A presença é um ente que, na compreensão de seu ser, com ele se relaciona e comporta. Com isso, indica-se o conceito formal de existência. A presença existe. Ademais, a presença é o ente que ~~sempre~~ ~~eu~~ ~~mesmo~~ sou. (...) O ser-no-mundo é, sem dúvida, uma constituição necessária e a priori da presença, mas de forma alguma suficiente para determinar por completo o seu ser.” HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo. op.cit.*, pp. 90, 91, § 12.

¹⁵ *Idem*, p. 79, § 9. Tal entendimento se torna patente no texto “O Retorno ao fundamento da metafísica”, de 1949, onde HEIDEGGER deixa expresso que: “O ser não é pensado em sua essência desveladora, isto é, em sua verdade. Entretanto, a metafísica fala da inadvertida revelação do ser quando responde a sua pergunta pelo ente enquanto tal. A verdade do ser pode chamar-se, por isso, o chão no qual a metafísica, como raiz da árvore

Destaca-se que a relação entre a 'pre-sença' e o mundo não é de justaposição, até porque o 'ser-no-mundo' é visualizado em três aspectos: o 'em-um-mundo', o 'ente' e o 'ser-em', este não comportando a concepção de que é uma coisa (corpo humano) dentro de um ente simplesmente dado (mundo), mas sim um existencial por significar uma constituição ontológica da pre-sença.¹⁶

Assim, o *Dasein* (ser-aí, pre-sença), entendido como *ser* humano que existe e 'está aí' (ou seja, limitado, finito e temporal), é condição imprescindível para que os entes ganhem sentido, pois as coisas só comportam significado quando se inserem numa totalidade de significados que o *Dasein* já dispõe, como depois irá confirmar GADAMER ao promover a reabilitação dos preconceitos e dizer que eles são antecipações de nossa abertura para o mundo e condições para que aquilo que experimentamos possa dizer algo.¹⁷

Isso ocorre porque a compreensão humana e sua consciência de mundo depende de um conjunto de valores e conhecimentos dados *a priori* (pré-compreensão), frutos de sua condição de 'estar-no-mundo' e determinante do sentido existencial.

Todavia, o *Dasein*, sendo vinculado ao tempo, está em permanente construção, à medida que o universo pré-compreensivo individual (*Dasein* enquanto condição para a compreensão do 'ser') sempre sofre mutações e ampliações de acordo com a evolução temporal, pois ao viver, o homem acumula novas experiências e conhecimentos que vão alargar seu horizonte da consciência de mundo, promovendo uma constante alteração nas próprias condições de compreensão do 'ser' e dos 'entes'.¹⁸

da filosofia, se apóia e do qual retira seu alimento. Pelo fato de a metafísica interrogar o ente, enquanto ente, permanece junto a ela e não se volta para o ser enquanto ser. (...) Na medida em que, constantemente, apenas representa o ente enquanto ente, a metafísica não pensa no próprio ser. A filosofia não se recolhe em seu fundamento [o chão]. Ela o abandona continuamente e o faz pela metafísica. (...) a metafísica não responde, em nenhum lugar à verdade do ser porque nem a suscita como questão." HEIDEGGER, Martin. "O retorno ao fundamento da metafísica". In *Conferências e Escritos filosóficos*. trad. e notas Ernildo Stein, São Paulo: Nova Cultural, 1997, pp. 77, 78-80. (col. Os pensadores).

¹⁶ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo. op.cit.*, p. 92, § 12.

¹⁷ GADAMER, Hans-Georg. "A universalidade do problema hermenêutico". In GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: Complementos e índice*. trad. Enio Paulo Giachini, Petrópolis: Vozes, Universidade São Francisco, 2002. (col. Pensamento humano)., p. 261.

¹⁸ De maneira um tanto simplificada, pode-se imaginar o seguinte exemplo a fim de mostrar a historicidade e mutabilidade do ser-aí: antes de entrar na sala de aula, o aluno é uma pessoa que compreende o mundo e sua essência a partir de todas as experiências que viveu, bem como de todos os conhecimentos que acumulou sobre o mundo em que vive (que é sempre condicionado pela ideologia, psicologia, valores, cultura, história, geografia, etc.). Após a aula, de alguma maneira houve uma alteração na pré-compreensão determinante do sentido do mundo porque, enquanto ser vivente, no período em que esteve em sala-de-aula, o aluno acumulou novas experiências e/ou conhecimentos que promoveram mutações no seu modo de compreender o mundo, ou seja, sua condição de pre-sença que está-no-mundo restou ampliada e desde então ele pode compreender as coisas a partir destas novas condicionantes. Tal situação pode ser expressa na seguinte equação: *Dasein* inicial (ente somado com a pré-compreensão acumulada por tudo o que foi vivido, experienciado, conhecido) + aula = novo *Dasein*, que se constitui a condição ou lugar a partir do qual o aluno obterá uma nova consciência de mundo, portanto, uma nova concepção de existên-

Contudo, cada nova abertura da pre-sença (e a conseqüente assunção de uma nova experiência) se dá na forma de nova compreensão que, por seu turno, possui um caráter projetivo e alcança toda a constituição ontológica do próprio 'ser-no-mundo'.¹⁹

Por isto, "compreender é o ser existencial do próprio poder-ser da pre-sença de tal maneira que, em si mesmo, esse ser abre e mostra a quantas anda seu próprio ser".²⁰

Como conseqüência, Ernildo STEIN aponta que, ao ser situada como existencial, a categoria da compreensão se torna uma marca ineliminável da existência humana,²¹ de modo que, na ontologia fundamental os entes só ganham sentido e podem ser conhecidos a partir do paradigma da 'totalidade previamente dada', e não no paradigma da 'consciência e da representação'.²²

Tal concepção assinala a virada hermenêutico-lingüística na filosofia (os 'entes' no mundo somente 'são' porque podem ser compreendidos), atesta a centralidade da linguagem (o 'compreender' depende de todo um conjunto de significações e relações lingüísticas prévias que o *Dasein* dispõe) e proporciona uma superação irresistível das dicotomias positivistas entre fato/valor, sujeito/objeto, ciência/senso comum, justamente porque o conhecimento pertence unicamente ao ente que conhece²³ e é impossível ao sujeito fugir de sua condição existencial para buscar um conhecimento externo.

2 Universalidade e Anterioridade da Experiência Hermenêutica

Em oposição às motivações objetivas e formais predominantes na hermenêutica da modernidade e, após reconhecer que a hermenêutica teológica originada da fundamentação geral de SCHLEIERMACHER foi enredada em suas próprias aporias dogmáticas,²⁴

¹⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, pp. 200, 201, § 31.

²⁰ *Idem*, p. 200, § 31.

²¹ Diz STEIN: "antes de nos darmos conta, nós já compreendemos. O mundo já está compreendido, não há como chegar antes dele e compreendê-lo". STEIN, Ernildo. *Racionalidade e existência: uma introdução à filosofia*. São Paulo: L&PM Editores, 1988, p.31.

²² Segundo STEIN; "Há um universo dos paradigmas filosóficos que trabalham com a consciência e a representação e há os paradigmas filosóficos que trabalham com a totalidade previamente dada (Heidegger); e existe uma ponte falsa, que é a travessia hegeliana, em que a racionalidade da história é dada ainda pela ontologia da coisa. (...) É importante separar bem os dois universos paradigmáticos: uns, que tentam construir os órgãos do ser humano, tentando penetrar no real mediante os seus órgãos, e o outro, que diz que a realidade já é sempre constituída (transcendente), nós não podemos sair da realidade do sentido. É uma casca que nos envolve, é uma cúpula que nos sufoca, que nos mata e ninguém sai dela. Ninguém põe a cabeça para fora. Não há como. Mas a ilusão de toda a tradição kantiana é de produzir esta passagem." STEIN, Ernildo. *Racionalidade e existência... op.cit.*, p. 32.

²³ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo. op.cit.*, pp. 98, 99, § 13.

²⁴ GADAMER, Hans-Georg. "Hermenêutica clássica e hermenêutica filosófica". In GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: Complementos e índice*. trad. Enio Paulo Giachini, Petrópolis: Vozes; Universidade São Francisco, 2002. (col. Pensamento humano), p. 123.

GADAMER vislumbra na ontologia fundamental de HEIDEGGER o novo impulso para a hermenêutica filosófica.

Por conseguinte, se HEIDEGGER contribuiu para um novo fundamento ontológico para a hermenêutica, GADAMER deu-lhe nova perspectiva, promovendo uma *ontologização da hermenêutica*.²⁵

Essa nova perspectiva manteve a hermenêutica da '*faticidade heideggeriana*' (isto é, a interpretação do mundo é a interpretação fática do ser humano), adicionando um novo sentido, ao se referir a ela também como a soma de todos os elementos históricos e culturais nos quais os sujeitos estão enraizados historicamente.²⁶

Destarte, a *hermenêutica filosófica* de GADAMER, situada no paradigma da linguagem e fundada na analítica existencial do *Dasein*, parte de um problema humano afrontado não somente na dimensão lingüística da *pré-compreensão* do sujeito (que, em última análise não deixa de ser '*autocompreensão*'), mas também na historicidade em que está situado.

Com efeito, FLICKINGER assinala que, já na expressão '*hermenêutica filosófica*' se apresentam diversos fundamentos que sustentam a reflexão hermenêutica de GADAMER.²⁷

O primeiro deles, revela-se na anterioridade da experiência hermenêutica, que se torna o sujeito (gramatical) seguido pelo adjetivo filosófica, em referência à experiência ontológica que se dá antes da atividade reflexionante e, por conseguinte, concede um fundamento pré-reflexivo ao saber objetivo.²⁸

Outro fundamento se revela através de seu intuito em descobrir o processo mesmo de instauração do sentido, considerando a inserção do sujeito no mundo, sem se reduzir à análise lógica, mas contendo-a.²⁹

Como decorrência do anterior, o terceiro aspecto é que a hermenêutica não se arroga à exclusividade da verdade da fala ou de um texto, nem tampouco crê ser possível um sentido autêntico legitimado em termos lógicos, de maneira que "*cada*

²⁵ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996, p. 70 (coleção Filosofia – 40).

²⁶ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. *op.cit.*, p. 70.

²⁷ FLICKINGER, Hans-Georg. "Da experiência da arte à hermenêutica filosófica". In ALMEIDA, Custódio Luís Silva de. FLICKINGER, Hans-Georg. ROHDEN, Luis. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. (col. Filosofia n. 117)., pp. 27 e ss.

²⁸ FLICKINGER destaca que "ao invés de utilizar-se do termo 'Filosofia hermenêutica' – como seria de se esperar na continuidade do pensamento de Martin Heidegger – o filósofo fala-nos de uma 'hermenêutica filosófica'. E marca, assim, o contraponto à expectativa da época, já que adscribe à hermenêutica o ser sujeito da expressão, juntando-lhe, na predicação, o adjetivo 'filosófica'. Além de assim distanciar-se da corrente principal do século XX, que segue argumentando nos trilhos da idéia iluminista da racionalidade instrumental, Gadamer expressa aí uma suspeita em relação a toda fundamentação teórica do saber que negligencia a experiência ontológica primordial, em que mergulhamos no nosso relacionamento imediato com o mundo." FLICKINGER, Hans-Georg. *op.cit.*, pp. 27, 28.

²⁹ *Idem*, p. 29.

linguagem expressiva precisa ser exposta à interpretação e, com isso, a um processo de configuração de um sentido possível, com pretensão de verdade própria".³⁰

A quarta observação reside, no dizer de FLICKINGER, que a hermenêutica gadameriana deve ser compreendida enquanto '*arte da interpretação*', em função da figura de Hermes, mensageiro divino cuja tarefa era a de traduzir a linguagem dos deuses para os homens, salvaguardando o sentido e as intenções implícitas na fala originária, pois se trata de saber o que não foi dito quando algo é dito.³¹

Tanto é, que, para explicar essa dificuldade de preservar as intenções e o momento pré-compreensivo do autor de um texto, GADAMER recorre diversas vezes ao exemplo da atividade de um tradutor.³²

Percebe-se, então, que essas dificuldades existem porque há verdades encobertas, sentidos ocultados, que não são produzidos em nível lógico-semântico.³³

Na concepção gadameriana, essas verdades, situadas no âmbito da arte, da história e da linguagem, tem sua origem *experiência*, noção que sugere a possibilidade inerente ao ser humano de representação ou descrição da totalidade da experiência de mundo.³⁴

As *experiências* proporcionam o '*acontecer da verdade*', expressão que contém o elemento da faticidade e denota a obtenção da verdade num processo incompatível com a exclusividade do método lógico-analítico.³⁵

Se não é absolutamente lógico, o '*acontecer de verdade*' também não pode ser arbitrário e, por isso, GADAMER reivindica alguma objetividade na

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibid*.

³² Em uma dessas passagens, GADAMER deixa consignado que todo dito se encontra num espaço entre a palavra posta e a contra-posta, o que se torna claro na experiência da tradução e leitura de línguas estrangeiras. Diz o pensador alemão: "O que o tradutor encontra à frente é um texto falado, isto é, algo dito de modo oral ou escrito que ele deve traduzir na própria língua. Ele encontra-se amarrado ao que aí está e não pode, ainda assim, transformar simplesmente o dito a partir do tecido da língua estrangeira no tecido da própria língua, sem que ele mesmo, por sua vez, torne-se aquele que fala. Mas isto significa que ele precisa ganhar, em si mesmo, o espaço infinito do dizer que corresponde ao dito na língua estrangeira. Todos sabem o quanto isto é difícil. Todos sabem como a tradução faz parecer como que raso o dito na língua estrangeira. Este se configura em uma superfície plana, tal que o sentido da palavra e a forma da frase da tradução copiam o original, embora a tradução fique como que sem lugar algum. A ela falta aquela terceira dimensão, a partir da qual o originário, isto é, o dito original constrói-se no seu próprio domínio de sentido." GADAMER, Hans-Georg. "Homem e linguagem". In GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II: Complementos e índices*. op.cit., p. 126.

³³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 4 ed. trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis: Vozes, 2002.

³⁴ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. op.cit., p. 70.

³⁵ Segundo STEIN, essa elocução choca os lógicos, tornando-se uma questão delicada porque na filosofia analítica "a definição de verdade é feita metodicamente através da análise das proposições, da estrutura das proposições, para ver se possuem a propriedade de verdade ou falsidade" Cf. STEIN, Ernildo. *Aproximações...* op.cit., p. 72.

hermenêutica através da elevação da historicidade da compreensão à condição de princípio hermenêutico que se realiza em quatro elementos: o círculo hermenêutico; os preconceitos como condição da compreensão, a distância temporal e a história efetual.³⁶ Por ora, cabe uma análise mais aprofundada do primeiro elemento.

A idéia de círculo hermenêutico advém do círculo da ontologia fundamental e do caráter projetivo do *Dasein*, que em sua abertura ao ente perfaz um movimento circular.³⁷

Contudo, o círculo hermenêutico de HEIDEGGER não se configura um círculo vicioso porque há nele uma possibilidade positiva para o conhecimento mais originário, só acessível se for compreendido o objetivo primordial da interpretação, qual seja, o de evitar as antecipações subjetivas pela estrutura prévia de compreensão através da busca das ‘coisas mesmas’ em cada movimento.

Esse movimento circular propicia a reabilitação, frente ao racionalismo iluminista, dos preconceitos, sem, entretanto, deixar que esses hábitos lingüísticos e opiniões prévias arbitrarias impregnem despercebidamente a interpretação e a busca do sentido, pois aqui se trata de “*alcançar a compreensão do texto somente a partir do hábito lingüístico epocal e de seu autor*”.³⁸

GADAMER entende que isso é possível se for cumprida a exigência de uma nova abertura, desta vez à opinião do outro, que desde sempre está em relação com o conjunto de opiniões próprias³⁹ de modo que, como padrão, “*a tarefa hermenêutica se converte por si mesma num questionamento pautado na coisa, e já se encontra sempre determinada por este*”.⁴⁰

Portanto, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que ele diga algo. Nas palavras de GADAMER:

“... uma consciência formada hermenêuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem ‘neutralidade’ com relação à coisa nem tampouco auto-anulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes. O que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha assim a possibilidade de confrontar sua verdade com as próprias opiniões prévias.”⁴¹

³⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. op.cit., pp. 400 e ss.

³⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 11ª ed. trad. Márcia de Sá Cavalcante. Parte I. Petrópolis: Vozes, 2002, pp. 200, 201, § 31.

³⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. op.cit., p. 403.

³⁹ *Idem*, p. 404.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 405.

⁴¹ *Ibid.*

Isso significa que a cada volta do todo para a parte e da parte para o todo, as expectativas devem ser ajustadas na medida em que o texto requiera, a fim de confluir o texto na unidade de um pensamento, sendo que a tarefa desse círculo hermenêutico é “*ampliar, em círculos concêntricos, a unidade do sentido compreendido*”.⁴²

Assim, com o reconhecimento do outro (que pode ser alcançado através da pergunta), o círculo hermenêutico ganha a possibilidade de reconhecer a coisa mesma, sendo que a objetividade é garantida pela distância e o resultado do processo interpretativo é o ponto médio, constantemente reconstruído.⁴³

Portanto, o sujeito ao interpretar atua sobre o texto, recriando-o a cada volta, num movimento espiralforme, até porque, como já dito, a pre-sença, enquanto promotora do sentido do ser, modifica-se a cada nova experiência.

Deste modo, resta claro que o ‘*acontecer de verdade*’ depende da experiência como um elemento novo “*que destrona o que guiava nossas expectativas, colocando uma nova ordem no que é destronado*”.⁴⁴

No entanto, essas *experiências* somente são internalizadas na forma do sentido a elas atribuídos pelo *Dasein*, ou seja, na medida da compreensão que se dá via linguagem, enquanto mediadora de todo processo.

Essa mediação é imprescindível porque no contexto da ‘*guinada lingüística*’, vislumbra-se que falar e pensar são indissociáveis, à medida que o homem só tem acesso ao mundo e seus objetos via linguagem,⁴⁵ isto é, através do reconhecimento dos sentidos atribuídos aos ‘entes’, de modo que o conhecimento apenas se dá na forma do ‘*algo como algo*’,⁴⁶ donde resulta o paradoxo de que é impraticável falar da linguagem sem dela se utilizar.⁴⁷

Por isso, se a linguagem é universal e inescapável e o ‘*acontecer da verdade*’ só é possível no interior do círculo hermenêutico-ontológico, conclui-se pela universalidade da hermenêutica em todo processo cognitivo.

No mais, a anterioridade da experiência hermenêutica se confirma quando, no círculo hermenêutico, é o *Dasein* que dá um sentido inicial ao ‘ente’ que, através de provocações e novas experiências promove, dialeticamente, novos rearranjos na pré-

⁴² GADAMER, Hans-Georg. “Sobre o círculo da compreensão”. In ALMEIDA, Custódio Luis Silva de. FLICKINGER, Hans-Georg. ROHDEN, Luis. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. op.cit., p. 141. Também: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: Complementos e índice*. op.cit., p. 72.

⁴³ GADAMER, Hans-Georg. *Sobre o círculo da compreensão*. op.cit., pp. 141. e ss.

⁴⁴ GADAMER, HANS-Georg. “A universalidade do problema hermenêutico”. In GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*. op.cit., p. 268.

⁴⁵ GADAMER, Hans-Georg. “O homem e sua linguagem”. In GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*. op.cit., pp. 173-182.

⁴⁶ Conhecer ‘algo como algo’ significa dizer que o ser humano não tem pleno acesso ao objeto, mas antes ao seu sentido/significado. Vide: STEIN, Ernildo. *Aproximações...*, op.cit., pp. 16 e ss.

⁴⁷ STEIN, Ernildo. *Aproximações...*, op.cit..

estrutura de compreensão até que se encontre um sentido objetivo, ainda que limitado pelas condições existenciais.

Desta maneira, verifica-se que as verdades da hermenêutica filosófica não são metafísicas nem comprováveis empiricamente, mas antes verdades que acontecem em razão da existência doadora de sentido aos entes, cuja atividade deve ser mediada pela *prudência* no momento da compreensão, sendo dotada de uma racionalidade prática e tendo por tarefa, conforme destaca STEIN, “estabelecer a unidade de uma verdade e de um discurso que não pode ser provado nem empiricamente, nem através de um fundamento último”.⁴⁸

3 Compreensão e Argumentação na Decisão Judicial

Pairam poucas dúvidas que a hermenêutica filosófica pode servir legitimamente de base para uma ontologia do direito.

Todavia, questiona-se se ela promove contribuições também para uma metodologia do direito, uma vez que tem se tornado freqüente entre os jusfilósofos a idéia de que ela não se preocupa com dois problemas centrais para a hermenêutica jurídica: a superação entre a generalidade da norma e a singularidade do caso individual⁴⁹ e a necessidade de um certo controle que delimite a validade das decisões judiciais na esfera do jurídico, preservando a especificidade do direito e de suas mediações de sentido.

A resposta a essa questão pode ser dada de maneira afirmativa. Não só num primeiro momento, em que o juiz busca o sentido normativo que atenda, mas também na ‘concretização’ é possível buscar uma solução no interior da hermenêutica gadameriana.

Assim, metodologicamente, a postura hermenêutica no Direito traz, como efeitos imediatos, a recusa a qualquer procedimento subsuntivo ou dedutivo na sua aplicação, uma vez que a interpretação ocorre sempre no ponto médio, “no entremédio do círculo hermenêutico” confirmará STRECK,⁵⁰ e o fundamento da decisão é desde já, sempre, antecipado.

A adoção dessa concepção leva a uma conclusão fundamental: a impossibilidade do desdobramento metodológico no processo de busca da decisão jurídica e a unidade da *applicatio*, que não permite a distinção entre função cognitiva

⁴⁸ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. op.cit., p. 45.

⁴⁹ SCHROTH, Ulrich. “Hermenêutica filosófica e jurídica”. In KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e teoria do direito contemporâneas*. trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira, rev. Antonio Manuel Hespanha, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003, p. 387.

⁵⁰ STRECK, Lênio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 210.

e normativa na interpretação, derrubando postulados clássicos da hermenêutica jurídica, vez que, agora não subsiste a separação entre a cognição do sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso concreto.⁵¹

De acordo com a hermenêutica jurídico-filosófica, a decisão/compreensão se dá desde já normativa e ao mesmo tempo problematizada, de modo que o processo compreensivo do caso traz em si uma certa pré-compreensão do direito e da norma aplicável e, por sua vez, a busca da norma também já é influenciada pelo próprio caso.

Nessa perspectiva, sistema normativo e problema só ganham sentido dialética e reciprocamente no interior do círculo hermenêutico, nunca sequencialmente, como bem exemplifica KAUFMANN:

"Só quando sei o que é roubo qualificado, posso entender o caso concreto como um caso de roubo qualificado: todavia, não posso saber o que é roubo qualificado sem uma análise correta do caso concreto. A configuração da norma legal como 'tipo legal' (interpretação) acontece perante o caso: a configuração do caso como uma 'correlação de fatos' (construção) acontece perante a norma legal – e esta configuração é sempre um acto criativo (...) A norma pertence ao dever-ser definido de forma abstracta-geral, o caso, com os inúmeros factos, ao ser amorfo, não estruturado. A correspondência entre ambos só se torna possível após norma e caso terem sido, respectivamente, enriquecidos com empirismo e normatividade, de tal maneira que se 'correspondam', devendo tal correspondência ser fundamentada argumentativamente."⁵²

Dessa mirada, constata-se que a *applicatio judicial* se realiza num ato uno, quando se atinge um ponto de correspondência entre a *pré-compreensão hermenêutica do caso e de sua provável incidência normativa* (sentido da estrutura), e a *concepção óptica* de um sistema normativo, estruturado na forma de princípios e regras de direito (estrutura do sentido).⁵³

Essa reflexão, por si só, mostra a inconsistência teórica dos tradicionais métodos da teoria da interpretação destinados a captar, extrair o sentido objetivo do texto legal em dado momento histórico, típico do positivismo e do paradigma da filosofia da consciência.

Contudo, pode-se ir além e vislumbrar que a teoria da argumentação possui um papel importante não apenas na justificação das decisões tomadas mas principalmente na formação do processo cognitivo que leva à compreensão, ou seja, à produção de sentença cujo sentido se encontra na norma individualizada, como bem

⁵¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I. op.cit.* pp. 462, 463.

⁵² KAUFMANN, Arthur. "A problemática da filosofia do direito ao longo da história". In KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e teoria do direito contemporâneas*. trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira, rev. Antonio Manuel Hespanha, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003, p. 191.

⁵³ MARRAFON, Marco Aurélio. *Aplicação do direito: entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido*. Universidade Federal do Paraná: Curitiba, dissertação de mestrado aprovada em 2005. Inédito.

destaca CORREAS,⁵⁴ o que sepultaria de vez a interpretação jurídica tradicional que busca metodologicamente o axioma para a subsunção.

Assim, se a atuação do sujeito agora é constitutiva e não meramente descritiva, a teoria da argumentação desempenha um papel importante na construção da compreensão/decisão, que em face das especificidades do Direito, deve considerar os inúmeros argumentos que podem determinar o sentido, no intuito de atender as exigências circunstanciais do caso concreto e também possibilitar um controle minimamente racionalizável.

Com efeito, a hermenêutica filosófica não é estranha nem contrária à retórica, mas antes complementar uma vez que: i) a reflexão hermenêutica também é uma *práxis*,⁵⁵ ii) ambas possuem funções *uni-versais*,⁵⁶ iii) a compreensão hermenêutica necessita de abertura a novas *experiências*, que são adquiridas também na forma argumentativa⁵⁷ e iv) as *práxis* retórica e hermenêutica se realizam dialeticamente, conforme assevera GADAMER:

“...os aspectos retórico e hermenêutico da estrutura da linguagem humana encontram-se perfeitamente compenetrados. Não haveria oradores nem retórica se o entendimento e o consenso não sustentassem as relações humanas; não haveria nenhuma tarefa hermenêutica se não fosse rompido o consenso daqueles que ‘são um diálogo’ e não se precisasse buscar o entendimento. A combinação com a retórica, portanto, possibilita dissolver a aparência de que a hermenêutica estaria restrita à tradição estético-humanista, como se a filosofia hermenêutica estivesse às voltas com um mundo do ‘sentido’ contraposto ao mundo ‘real’, que está se ampliando na ‘tradição cultural.’”⁵⁸

Desta feita, no contexto do paradigma retórico-hermenêutico a racionalidade do discurso jurídico tem um sentido limitado, uma vez que, mesmo contendo enunciados conectados de maneira logicamente correta, ele sofre, conforme ensina CORREAS, pelo menos duas rupturas: a verdade das normas é adquirida hermeneuticamente e suas premissas factuais adquirem sentido a partir do referente externo atribuído pelas

⁵⁴ CORREAS, Oscar. *Metodologia Jurídica: Uma introducción filosófica*. 2ª ed. Colônia del Carmem: Distribuciones Fontamara, 1998, p. 222.

⁵⁵ GADAMER, Hans-Georg. “Réplica à Hermenêutica e crítica da ideologia”. In GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: Complementos e índice*. op.cit., p. 305. Também: GADAMER, Hans-Georg. “A hermenêutica como tarefa teórica e prática”. In GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II...*, op.cit., pp. 349 e ss.

⁵⁶ GADAMER, Hans-Georg. Retórica, “hermenêutica e crítica da ideologia – Comentários metacríticos a Verdade e método I”. In GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: Complementos e índice*. trad. Enio Paulo Giachini, Petrópolis: Vozes; Universidade São Francisco, 2002. (col. Pensamento humano), p. 276.

⁵⁷ GADAMER, Hans-Georg. “A universalidade do problema hermenêutico”. In GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: Complementos e índice*. trad. Enio Paulo Giachini, Petrópolis: Vozes; Universidade São Francisco, 2002. (col. Pensamento humano), p. 268.

⁵⁸ GADAMER, Hans-Georg. “Retórica, hermenêutica e crítica da ideologia – Comentários metacríticos a Verdade e método I”. In GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: Complementos e índice*. op.cit., p. 277.

próprias normas, que, como já dito, adquirem o sentido dado pelo intérprete, em face da inexistência de um centro universal doador de sentido e também de conceitos universalmente aceitos.⁵⁹

Por conseguinte, a *lógica jurídica* pode até dar conta da estrutura proposicional dos enunciados jurídicos, no entanto, fracassa quando se trata da verdade enquanto sentido oculto que sustenta a verdade desses enunciados,⁶⁰ pois toda análise lógico formal se realiza num contexto de compreensão hermenêutica.⁶¹

Essa confirmação da universalidade da hermenêutica filosófica no Direito tem levado a metodologia jurídica a uma postura procedimentalista, onde a racionalidade da argumentação estaria assentada nas condições em que se produzem os raciocínios,⁶² ou seja, nos consensos sociais acerca dos procedimentos de discussão democraticamente estabelecidos e seus pressupostos ideais ou transcendentais, tais como real vontade de diálogo, renúncia à violência e manipulação.⁶³

No entanto, como bem adverte CORREAS, apesar do caráter simpático do procedimentalismo em relação às garantias democráticas, as condições ideais são '*modelos de dever ser*', verdadeiras ficções doadoras de sentido por serem construções exclusivamente mentais que servem como parâmetros de validade e legitimidade das decisões que cuidam de assuntos do mundo do 'ser'.⁶⁴

Pode-se objetar, também, que do mesmo modo em que não há consensos sobre o sentidos dos conceitos, numa prática argumentativa real o consenso sobre o sentido dos procedimentos é bastante precário, isto é, do mesmo modo que não há um sentido universal para as palavras da lei e para a significação dos fatos do caso concreto, também não há um procedimento com sentido universalmente aceito que sirva de fundamento para uma decisão judicial.

Nesse diapasão, é necessário fugir de dogmatismos procedimentalistas e reconhecer o caráter hermenêutico das decisões judiciais para, enfrentando suas imperfeições, estabelecer alguma possibilidade de controle dentro das exigências específicas do direito, uma hermenêutica controlada.

Aqui é preciso não descuidar da advertência de MIRANDA COUTINHO de que qualquer possibilidade de controle de sentido em decisão judicial esbarra no

⁵⁹ CORREAS, Oscar. *Metodologia jurídica.... op.cit.*, pp. 216, 217.

⁶⁰ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica. op.cit.*, p. 27.

⁶¹ *Idem*, p. 19.

⁶² CORREAS, Oscar. *Metodologia jurídica.... op. cit.* p. 217.

⁶³ CORREAS, Oscar. *Metodologia jurídica.... op. cit.* p. 217.. Sobre os pressupostos de validade de uma argumentação racional no contexto da razão comunicativa, conferir: HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1990, p. 57. (col. Biblioteca Tempo Universitário); HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. vols. 01 e 02, Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003. HABERMAS, Jürgen. *Teoria della morale*. Trad. Vinci-Enzo Tota. Editori Laterza, 1994.

⁶⁴ CORREAS, Oscar. *Metodologia jurídica.... op.cit.*, pp. 217, 218.

inconsciente, de modo que: "...é impossível qualquer atribuição prévia de sentido às palavras resultantes do ato interpretativo, (...), por força das metáforas e metonímias: as palavras produzidas por carga pulsional não dizem aquilo que aparentam dizer e sobre elas o intérprete nada sabe; e não quer saber, por sinal".⁶⁵

Ainda assim, entende-se que a solução menos imperfeita para tal problema reside na aceitação do círculo hermenêutico como um método também para a hermenêutica jurídica, onde a 'compreensão' se dá entre sucessivos giros entre 'ser' e 'entes', sendo estes divididos em fatos empiricamente observáveis (o texto da lei, por exemplo) e '*experiências argumentativas*', ambos provenientes do mundo sensível.

Nesses giros, o 'ser' dá sentido ao ente mas, ao tempo tempo, submete-se às determinações ônticas que alteram e dão novo sentido ao 'ser', isto é, a pré-compreensão dá sentido aos objetos e, ao mesmo tempo, dialeticamente, é alterada por este.

Nessa abertura promotora de novas compreensões, há o espaço para a absorção de argumentos retóricos que, ao desestabilizar entendimentos prévios, faz com que os giros no círculo hermenêutico não cessem até que a autoridade decisória entende que já compreendeu e assim decide, pois é preciso encerrar o debate.⁶⁶

Por tudo isso, não se olvida da importância da formação de uma pré-compreensão ético-constitucional do aplicador do direito, no entanto, pensa-se que esse '*preconceito prévio*' (enquanto determinante do sentido que se atribui à norma), pode ser melhor otimizado através da apresentação de alguns argumentos que possam ser legitimamente utilizados na própria formação da decisão/compreensão do caso.

Para tanto, e desvelando os véus ideológicos que motivaram o presente artigo, entende-se que em uma época de grande pluralismo de valores e extremada condições de assimetria hegemônica em tempos de globalização e exclusão (revelada não só nas relações externas entre diferentes países do globo, mas também pelas profundas - e crescentes - desigualdades internas nas nações capitalistas neoliberais) é preciso buscar argumentos que determinem a decisão judicial a partir de uma Ética da Alteridade, onde os fundamentos da proteção dos direitos da pessoa humana não sejam buscados na ontologia jusnaturalista nem nas manifestações juspositivistivistas (a chamada positividade combativa), mas sim como uma construção argumentativa que seja compatível com as exigências filosóficas atuais.

⁶⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei". In *Crítica à dogmática: dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais*. Porto Alegre: Rev. Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005, p. 43.

⁶⁶ Neste momento, a compreensão hermenêutico-retórica ganha características próprias das práticas dialéticas do período Antigo e Medieval, onde é a autoridade (primeiro a Assembléia, depois o mestre) quem decide quando o jogo argumentativo de busca de verdades ganha um sentido final. Sobre o tema, conferir: VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: Definições e fins do direito. Os meios do direito*. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 270 e ss.

Desse olhar, propõe-se a busca de argumentos para a constituição da decisão judicial nos princípios da Ética da Libertação de Enrique DUSSEL, na medida em que possam interessar a uma *práxis jurídica* que atenda as demandas de países da periferia do capitalismo.

4 Fundamentos da Ética da Libertação

DUSSEL⁶⁷ se propõe a elaborar uma teoria ética que, ao rejeitar o formalismo de matriz kantiana,⁶⁸ parte da existência do sujeito corporal vivo e busca articular critérios e princípios de verdade material com critérios e princípios de validade formal, sem olvidar da questão pragmática da operabilidade e produção de efeitos bons e úteis no agir humano. Tal teoria vem fundada em pelo menos dois pressupostos teóricos.

O primeiro é a negação do domínio ideológico existencial da totalidade vigente e adoção de uma 'Ética da Alteridade' que atue no âmbito da exterioridade e veja no 'outro' o ponto de partida de sua racionalidade.

Isso porque a totalidade surge substanciada na fórmula parmenidiana de que "o ser é, o não ser, não é", sendo que somente é considerado 'ser' o igual, aquele que adota e compartilha do universo existencial do sistema vigente.⁶⁹

DUSSEL explica que, para a filosofia ocidental-européia, o mundo não é a soma de entes exteriores e com sentido próprio, mas sim a soma de entes que ganham sentido quando organizados na condição européia de 'ser-no-mundo', formadora de sua pré-estrutura de compreensão. Nesse contexto, o diferente é considerado 'não-ser' justamente porque a ele não é atribuído sentido próprio.

⁶⁷ Sobre a fundamentação de uma teoria crítica do direito constitucional a partir da Ética da Libertação, conferir: MARRAFON, Marco Aurélio. "Para além do consenso: Dussel e a possibilidade de uma fundamentação ética para uma teoria crítica do direito constitucional". In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. NUNES, José de Avelãs (orgs) Diálogos constitucionais Brasil-Portugal. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. A apresentação da Ética da Libertação neste artigo representa uma síntese do que foi exposto na referência aqui citada.

⁶⁸ Isso porque, DUSSEL entende que "o dualismo e o formalismo kantiano (como o cartesiano e de tantos outros sistemas éticos modernos puramente formais) causaram muito dano à ética. A negação do 'corpo' em favor de uma 'alma' descorporalizada (desde os gregos até as éticas modernas) nos fala de uma tradição bem determinada (a outra, seguindo a via mítica da ressurreição da carne com o Osíris egípcio, ou com a tradição semita ou muçulmana, desemboca nas ciências neurocerebrais que nos permitem recuperar a unidade da corporalidade, dentro das quais as funções superiores do cérebro exigem que descartemos definitivamente a simplificação sumamente ambígua em ética de uma 'alma' substancial independente)." DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão*. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 104.

⁶⁹ DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação na América Latina*. Trad. Luiz João Gaio, São Paulo: Edições Loyola, 1982, pp. 27 e ss.

Essa forma de pensar a realidade alastrou-se geograficamente, legitimando a dominação da América Latina justamente por estar longe do centro e ser encarada como ‘*não ser*’.

Pode-se dizer que o mesmo ocorre no direito, seja no âmbito das relações entre países, seja no âmbito das relações individuais dentro de uma Nação entre aqueles que seguem os padrões ofertados pela totalidade em relação àqueles que não tem condições de seguir esses padrões, constituindo a origem de toda a opressão sofrida pelos mais fracos.

É importante salientar, também, que todo o sistema de ordenamento jurídico latino-americano segue os padrões e orientações filosóficas européias reproduzindo, deste modo, a opressão da totalidade baseada numa realidade pronta que não é latino-americana.

Para DUSSEL, a superação da totalidade se dá pela categoria da exterioridade, que, ao contrário, parte de uma lógica que busca sentido no outro, acima do mundo das coisas e dos seres imersos em significados preexistentes.

Assim, apesar de sua origem hermenêutica, a Ética da Libertação vai além da ontologia fundamental de HEIDEGGER e busca amparo na obra de Emanuel LEVINAS, ao pressupor uma abertura para o ‘outro’, passando a operar com a categoria da exterioridade e proximidade.

A exterioridade revela um momento que é anterior à realidade existente, a todo significativo e significado, possibilitando a descoberta do outro, que não deve ser visto com a racionalidade a que vê a si próprio, daí a utilização da expressão “Metafísica da Alteridade”, no sentido que o ‘outro’ não pode ser visto objetivamente, o ‘outro’ só pode ser compreendido através do ouvido atento ao seu “mundo” e às suas súplicas pela vida, que pode se realizar na proximidade, categoria que representa o momento de interpelação, o face-a-face⁷⁰.

O face-a-face impõe o choque com o ‘outro’ que, num primeiro momento necessita ser respeitado, não necessariamente compreendido, o que leva à quebra ou rompimento com o próprio círculo hermenêutico e a dialética no horizonte da

⁷⁰ Cf. DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação na América Latina. op.cit.*, pp. 45 e ss. Conforme explica David SANCHEZ RUBIO: a proximidade é “a relação intersubjetiva sem mediações, é o cara-a-cara puro e transcendental, a matriz instrutora, tanto da ação como do conhecimento humanos. Dussel utiliza o conceito de ‘proximidade’ para explicar em que consiste realmente esta instância ética fundante, que Heidegger quase chegou a tocar. Operar até o outro como outro é avançar até a origem originária de toda espécie de discurso, seja filosófico, científico, metafísico, etc. Trata-se de um nível existencial anterior a todo significativo e significado, aludindo à imediatez do contato entre os seres humanos, sem símbolos nem representações de permeio, onde o tempo e o espaço parecem não estar presentes.” SANCHEZ RUBIO, David. “Sobre a filosofia da libertação de Enrique Dussel e alguns marcos categoriais (1969-1988)”. In *PALAVRAÇÃO – Revista de Psicanálise*, ano IV – nº 4 nov/2000. Curitiba: Biblioteca Freudiana de Curitiba, 2000, p. 26.

totalidade⁷¹ e exige uma racionalidade que DUSSEL chama de *analética*, a qual, para resgatar o outro real, não redutível a fundamento e negado pela dialética, parte da exterioridade, é transcendente ao mundo ontológico e sensível à interpretação do outro.⁷²

Posta em contraste com a universalidade da experiência hermenêutica, essa metodologia produz duas conclusões imediatas: i) o 'outro' é um limite que deve ser considerado, mas que, sendo anterior à mediação lingüística não é cognoscível e ii) a tentativa de atribuição de sentido ao 'outro' a partir de sua

⁷¹ Diz DUSSEL: "Se a dialética é a passagem (dia-) de um horizonte ou fronteira pra outro horizonte ou âmbito (-lógos), o mundo é compreendido constantemente como um processo dialético, uma mobilidade que continuamente está ultrapassando os seus limites ou fluindo, fugindo sem descanso. A totalidade do mundo nunca se fixa, mas se desloca histórica ou espacialmente. Porque o homem diariamente incorpora entes a seu mundo, o horizonte de seu mundo se desloca para compreendê-los e abarcá-los. Da infância à velhice, o homem passa de um momento ao outro, de uma experiência à outra, de uma fronteira à outra. Ao contrário dos animais, cujo limite é fixado pelas reações instintivas da espécie, ou por uma estreita margem dos reflexos condicionados, ou ainda por uma certa inteligência manipulante, o homem faz crescer o seu horizonte no passado (não só pela recordação, mas também pela tradição contada ou estudada), no futuro (pela abertura a novos projetos), na espacialidade (como inclusão de novos espaços). O movimento da totalidade como tal é dialético, o movimento dos entes intramundanos é o movimento ôntico, aquele movimento que se pode acumular quando se diz que a velocidade indica uma relação de espaço percorrido em tempo determinado; ou seja, uma quantidade de movimentos. O movimento da física é intramundano, ôntico; o movimento da totalidade ou do mundo como tal é dialético, ontológico." DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação...* op.cit., p. 35.

⁷² Celso LUDWIG bem apanha a questão: "A questão metódica assume em Dussel importância decisiva. Vê o método como um 'saber caminhar', saber resolver as questões que se apresentam. Tematiza este caminho enquanto um método de pensar latino-americano, como nova possibilidade de pensar. Esquemáticamente a questão se situa nos seguintes termos: a) o método ontológico não satisfaz, posto ser um caminho, no qual o movimento orienta-se pela redução da multiplicidade à unidade; do outro ao ser, ao sujeito, ou no interior da comunidade de comunicação: totalidade como 'o mesmo' por isso deve ser superado; b) A identidade e a diferença são dois modos da totalidade, no método ontológico da totalidade; c) o método ontológico dialético opera de um horizonte a outro, até chegar ao primeiro, onde funda e esclarece seu pensar; dirige-se a dialética e ontologicamente ao fundamento; só depois demonstra epistemáticamente os entes como existentes; d) além do horizonte da ontologia da totalidade situa-se a meta-física; e) O outro não é apenas o diferente (como momento da totalidade), mas originalmente distinto, e portanto, não é uno; não é 'o mesmo'; há entre os entes um que é irredutível ao fundamento: o outro real, que permanece trans-ontológico; f) o método meta-físico é ana-lético e distinto do método dia-lético; g) o método analético significa que o logos 'viene de más-allá': surge desde o outro e avança dialeticamente; é a passagem da totalidade ontológica ao outro como outro; h) o objetivo da nova formulação visa recuperar a 'exterioridade' na condição de categoria fundamental do processo de libertação; revela a impossibilidade de o outro ser pensado positivamente desde a totalidade; i) o método analético revela-se como intrinsecamente ético e não meramente teórico; a opção pela exterioridade é desde já uma escolha ética; (...) o método analético consiste em partir primeira da exterioridade metafísica na relação com a totalidade ontológica, e depois, nos níveis mais concretos da positividade do oprímido como distinto na erótica, pedagógica e política." Cf. LUDWIG, Celso Luiz. *A alternatividade jurídica na perspectiva da libertação: uma leitura a partir da filosofia de Enrique Dussel*. Universidade Federal do Paraná: Curitiba, dissertação de mestrado aprovada em 1995, inédito, pP. 93, 94 (negritos a partir de itálicos do texto original).

existência empírica pode provocar um rearranjo no próprio universo de sentido disponível do *Dasein*, à medida que no próprio círculo hermenêutico a abertura a novas *experiências* produz novas compreensões.

Por sua vez, a segunda base epistemológica reside no rompimento com o eurocentrismo, a fim de enxergar, criativamente, a modernidade, sua crise e transição sob uma perspectiva histórica que permita a relação de alteridade circunscrita na primeira plataforma teórica.

Essa nova perspectiva é denominada por DUSSEL de transmodernidade e implica na leitura da modernidade em dois paradigmas: um sob o prisma exclusivamente europeu, enquanto projeto iluminista de progresso científico e emancipação racional do homem e o segundo, a partir da crítica dos países colonizados do Sul do mundo, a modernidade se revela como uma práxis irracional e violenta de dominação.⁷³

Com efeito, DUSSEL entende que a modernidade se inicia quando a cultura européia utiliza-se da sua superioridade econômica, tecnológica e ideológica para tornar-se centro do sistema-mundo e expandir suas idéias (e ideais) com pretensões de universalidade, o que foi possível graças à grande vantagem econômica auferida pela Europa com o descobrimento e colonização da Ameríndia, em 1492.⁷⁴

Assim, sob a ótica dos dominados, a modernidade deixa de ser ideal de progresso e civilização para se tornar uma práxis violenta e inescrupulosa de dominação.

No entanto, a idéia de transmodernidade não é negação, mas antes uma articulação crítica das duas visões paradigmáticas da modernidade, conforme assinala LUDWIG:

*O duplo aspecto mencionado, ainda que de forma esquemática, permite a crítica ao projeto da modernidade sem eliminar suas potencialidades, com a finalidade de afirmar o sujeito, principalmente o sujeito que emerge como comunidade anti-hegemônica e que luta por seus novos direitos. Portanto, crítica que não se pretende antimoderna e, pelas razões mencionadas, também não é meramente pós-moderna. Diante desse contexto, situamos a necessidade da reflexão crítica ética, política e jurídica desde a perspectiva transmoderna.*⁷⁵

⁷³ Cf. DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação...*, *op.cit.*, pp. 63-65. Também LUDWIG, Celso. "Da Ética à Filosofia Política Crítica na Transmodernidade: Reflexões desde a Filosofia de Enrique Dusel". In FONSECA, Ricardo Marcelo da (org.). *Repensando a teoria do estado*. Belo Horizonte: Forum, 2004, pp. 285-288.

⁷⁴ Cf. DUSSEL, Enrique. *1492 - O encobrimento do outro: a origem do 'mito da modernidade' - conferências de Frankfurt*. Trad. Jaime A. Clasen, Petrópolis: Vozes, 1993. Também: DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação...* *op.cit.*, pp. 56 e ss.

⁷⁵ LUDWIG, Celso. *Da ética à filosofia política crítica na transmodernidade...* *op.cit.* p. 288.

5 O Princípio Ético-Material Universal

O primeiro princípio da Ética dusseliana tem como ponto de partida a vida humana enquanto modo de realidade do sujeito ético, concebida como existencial, pois é ela que dá conteúdo a todas às suas ações, determina sua ordem racional e o nível das necessidades, pulsões, desejos.

Isso é possível porque, segundo DUSSEL:

A vida humana impõe limites. fundamenta normativamente uma ordem, tem exigências próprias. Impõe também conteúdos: há necessidade de alimentos, casa, segurança, liberdade e soberania. valores e identidade cultural, plenitude espiritual (funções superiores do ser humano em que consistem os conteúdos mais relevantes da vida humana).⁷⁶

Agora, o ser humano, enquanto vivente, se transforma em realidade objetiva balizadora dos fins do agir ético na tentativa de afirmação material de um critério que sirva como mediação adequada para a realização do princípio universal da ética crítica: o princípio da obrigação de produzir, reproduzir e desenvolver a vida de cada sujeito humano em comunidade.⁷⁷

Esse critério material tem pretensões de universalidade, de modo que, os fins de proteção à vida devem permear todo agir ético-normativo em distintas comunidades, todavia sem ignorar suas particularidades existenciais.

Assim, desde a interpelação (momento do face a face) formula-se um enunciado descritivo de um fato (SER) em relação à existência de uma vida, o qual traz em si uma exigência primeira de reconhecimento e responsabilidade, à medida que esta interpelação constitui um ato de fala (comunicação), muitas vezes baseado na expressividade do silêncio de um rosto que sofre: aí está o outro!

Passo seguinte, o critério de verdade material deve passar do enunciado meramente descritivo de um fato (a existência de uma vida humana), que impõe uma exigência ética (porque a reconheço e porque por ela também sou responsável), para um enunciado normativo (dever ser) que é o princípio ético-material.

Para facilitar o entendimento desse processo, segue o resumo do exemplo colacionado por DUSSEL:

Fundamento descritivo:

- 1 – João, sujeito humano vivente, auto-responsável, está comendo (constatação objetiva do sujeito enquanto modo de realidade)
- 2 – Se João deixasse de comer morreria. Passagem normativa do ‘ser’ (o viver) para o ‘dever-ser’ (dever viver)

⁷⁶ DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação.... op.cit.*, pp. 131, 132.

⁷⁷ LUDWIG, Celso. *Da ética à filosofia política crítica na transmodernidade.... op.cit.*, p. 290.

3 – Como auto-responsável por sua vida não deve deixar-se morrer, ou seria um suicida.

4 – Logo, deve continuar comendo.

Nesse exemplo, o momento 4 representa o fundamento deôntico obtido através de uma passagem dialética por fundamentação material, não meramente lógico dedutiva, porque aqui é utilizada uma razão prático-material *‘que pode compreender ou captar racionalmente a relação necessária entre a exigência natural de comer-para-viver e a responsabilidade ética do sujeito que está obrigado e deve comer-para-não-morrer’*.⁷⁸

Conforme assevera DUSSEL:

*“Este ‘deve’ se fundamenta como exigência material e ética (enquanto a vida é dada como encargo ao próprio sujeito ético, racional e pulsional, dentro das exigências do critério de verdade, e também, embora como mediação, concretamente a partir dos valores da cultura, etc. – e não por um instinto da espécie, certamente enfraquecida pela civilização, de sobrevivência puramente animal). (...) A ética cumpre a exigência urgente da sobrevivência de um ser humano autoconsciente, cultural, auto-responsável. A crise ecológica é o melhor exemplo: a espécie humana decidirá ‘corrigir’ ética ou auto-responsavelmente os efeitos negativos não intencionais do capitalismo tecnológico devastador ou a espécie como totalidade continuará seu caminho rumo ao suicídio coletivo.”*⁷⁹

Visto isso, já é possível a enunciação inicial do princípio ético-material universal:

*“Aquele que atua eticamente deve (como obrigação) produzir, reproduzir e desenvolver auto-responsavelmente a vida concreta de cada sujeito humano, numa comunidade de vida, a partir de uma “vida boa” cultural e histórica (seu modo de conceber a felicidade, com uma certa referência aos valores e a um maneira fundamental de compreender o ser como dever-ser, por isso também com pretensão de retidão) que se compartilha pulsional e solidariamente, tendo como referência última toda a humanidade, isto é, [além disso], com pretensão de universalidade.”*⁸⁰

Esse princípio, além de fornece um argumento prioritário para a decisão judicial também impõe limites à toda atividade jurisdicional, a qual, assim como a política, deve basear-se numa razão prático-material que proteja a vida humana individual e em comunidade.⁸¹

De outra sorte, não se ignora que ele se compatibiliza com compromisso de proteção ao *‘mínimo existencial’*, já há algum tempo defendido pela doutrina constitucional responsável e consciente da importância do resguardo dos direitos fundamentais da pessoa humana.

⁷⁸ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...* op.cit., p. 142.

⁷⁹ *Idem*, p. 143.

⁸⁰ DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação...* op.cit., p. 143.

⁸¹ LUDWIG, Celso. *Da ética à filosofia política crítica na transmodernidade...* op.cit., p. 293.

Assim, esse primeiro pilar da Ética da Libertação explicita argumentos para uma construção e fundamentação ético-material das decisões judiciais, confirmando a noção de direitos humanos sem apelar para soluções jusnaturalistas, uma vez que sua aplicação demanda uma fundamentação racional eletiva da norma a ser executada na ação, o que traz a exigência de validade que pode ser conferida pela racionalidade discursiva, prática e intersubjetiva.

6 O Princípio Universal-Formal de Validade

Para que as decisões éticas ganhem validade comunitária universal e não sejam frutos de um individualismo ou autoritarismo violento, faz-se necessário a aplicação conjunta do princípio universal-formal.

Neste momento, a Ética da Libertação aproxima-se da Ética do Discurso,⁸² conforme já reconhecido até mesmo por APEL,⁸³ mas pressupõe algumas distinções não bem enfatizadas nesta última. A primeira delas reside na questão entre verdade e validade.

⁸² No âmbito do agir ético e normativo, a teoria do discurso, cujas matrizes teóricas encontram-se nas obras de Karl-Otto APEL e Jürgen HABERMAS, ilustra, de maneira convincente, as bases da razão comunicativa e a construção de enunciados a partir de consensos válidos na comunidade ideal de comunicação, sem maiores preocupações com critérios de verdade material. HABERMAS entende que o resgate moderno da razão prática trouxe à baila a idéia de que os indivíduos pertencem à sociedade como membros de uma coletividade, aprofundando a distinção com uma sociedade centrada no Estado. Deste modo, a opção habermasiana pela comunidade que regula democraticamente a si mesma, auto-normatizando-se (inclusive sob o argumento de que a própria teoria marxista da sociedade havia se convencido da necessidade da renúncia de uma teoria normativa do Estado), faz com que ele lance mão de uma razão comunicativa, como superação de uma razão prática orientada pela ação, uma vez que ela não estaria adstrita a nenhum sujeito singular, nem a um macrosujeito sociopolítico, mas sim buscaria o entendimento possibilitado pelo medium lingüístico, “através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam”. Além de necessitar de pressupostos inerentes ao telos lingüístico, o diferencial maior da razão comunicativa em relação à razão prática é que ela não fornece uma norma de agir virtuosa, ou uma orientação normativa direta para a teoria do direito ou da moral, mas sim, estabelece as condições necessárias para que seja exercitado o poder democrático na formação do direito através da mediação da linguagem numa comunidade de falantes e formadores de opinião que orientem as decisões consensuais a partir de pretensões de validade. Daí se verifica que, são as expectativas ou pretensões de validade que estabelecem os pressupostos transcendentais inscritos no discurso e o aproximam da situação ideal de fala. Esses pressupostos constituem as quatro pretensões universais de validade da teoria do discurso habermasiana, quais sejam: a inteligibilidade, a verdade, a correção e a veracidade. Conferir: APEL, Karl-Otto. *Transformação da Filosofia I: filosofia analítica, semiótica, hermenêutica*. Trad. Paulo Astor Soethe, vol. 01. São Paulo: Loyola, 2000. Também: APEL, Karl-Otto. *Transformação da Filosofia II: o a priori da comunidade de comunicação*. Trad. Paulo Astor Soethe, vol 2. São Paulo: Loyola, 2000; HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebenechler, Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1990, p. 57. (col. Biblioteca Tempo Universitário); HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. vols. 01 e 02, Trad. Flávio Beno Siebenechler, Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003. HABERMAS, Jürgen. *Teoria della morale*. Trad. Vinci-Enzo Tota. Editori Laterza, 1994.

⁸³ Cf. APEL, Karl-Otto. “A ética do discurso em face do desafio da filosofia da libertação latino-americana”. In SIDEKUM, Antonio (org). *Ética do discurso e filosofia da libertação: modelos complementares*. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 1994, p. 21.

Para DUSSEL, a verdade extrai seu fundamento da realidade, enquanto comunidade de vida que fornece o conteúdo material que exprima o real. É material e muitas vezes monológica, mas possui pretensão de aceitação intersubjetiva.⁸⁴

Já a validade é fruto do processo ou procedimento metodológico que contemple logicamente a busca de conclusões corretas a partir do fundamento (verdade).

Por isso, ela é referente ao possível acordo intersubjetivo que se obtém pela lógica do melhor argumento, sendo que, daí a possibilidade de consenso se forma a partir da verdade do argumento. A validade é formal e relativa à comunidade de comunicação.

Contudo, ambas são finitas, históricas, falíveis, falseáveis e se relacionam dialeticamente, pois, para DUSSEL, sem a validade intersubjetiva não há verdade em sentido pleno, nem é possível validade sem verdade.⁸⁵

Reconhecendo que a Ética do Discurso avançou na formulação do princípio universalidade, mas pecou pelo seu absoluto apego ao aspecto meramente formal,⁸⁶ DUSSEL propõe uma reformulação do princípio "U", agora enunciado da seguinte maneira:

Quem argumenta com pretensão de validade prática, a partir do re-conhecimento recíproco como iguais de todos os participantes que por isso mantém simetria na

⁸⁴ DUSSEL, *Ética da libertação...* op.cit., pp. 206 e ss.

⁸⁵ Nesse sentido DUSSEL explica que: "a verdade do argumento é impossível, por seu turno, sem a prévia consensualidade; além disso, a verdade, embora tenha em alguns casos empíricos uma origem monológica, tem sempre pretensão ou uma busca do consenso para vir a ser um enunciado intersubjetivamente provado e, assim, tornar-se tradição histórica (cotidiana ou científica). Isto é, intersubjetivamente (formal ou procedimentalmente) não há verdade em sentido pleno: a) ante festum, sem prévia validade, já que a existência em forma de acordos intersubjetivos dos pontos a verificar é condição absoluta de sua possibilidade, b) in festum, sem a dialogicidade na produção intrínseca de argumentos novos no próprio ato veritativo (nisto consiste o caráter assegurador de consenso); e c) post festum, sem a aceitabilidade intersubjetiva que permite novos progressos veritativos..."; outro lado, e simultânea e referencialmente (por sua materialidade), não há tampouco validade sem verdade: a) ante festum, pois o novo conteúdo verdadeiro apreendido, mas ainda não aceito intersubjetivamente, é o que impele a atrever-se a tentar a invalidação do antigo acordo válido, e é nisto que consiste o dissenso, de onde nasce a validade vigente; b) in festum, porque estar-de-acordo só acontece acerca de algo: o que é considerado- como-verdadeiro, que é o que concede força probatória ao argumento para produzir a aceitação intersubjetiva; e c) post festum, porque a partir do conteúdo verdadeiro validado pode dar-se historicamente a memória de uma comunidade de comunicação (cotidiana, científica etc.). Não há validade séria sem pretensão de verdade (por determinação material ou de conteúdo, e como referência à realidade, seja como for que se defina); não há verdade em sentido pleno sem pretensão de validade (por determinação formal ou intersubjetiva, e c) referência à comunidade). Verdade e validade são formalmente distintas tanto por sua referência (o real ou a intersubjetividade) como pelo exercício de um diverso tipo de racionalidade (um material e outro formal e discursivo)." DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação...* op.cit., pp. 206, 207.

⁸⁶ Ainda que APEL afirme que a ética do discurso tenha a exigência básica de respeitar incondicionalmente à "interpelação do outro", verifica-se que a preocupação desta postura teórica se volta totalmente ao aspecto formal, até porque, conforme o próprio filósofo alemão, essa exigência é vista como 'reivindicação de validade' no 'discurso prático'. Cf. APEL, Karl-Otto. *A ética do discurso*

*comunidade de comunicação, aceita as exigências morais procedimentais pelas quais todos os afetados (afetados em suas necessidades, em suas conseqüências ou pelas questões eticamente relevantes que se abordam) devem participar faticamente na discussão argumentativa, dispostos a chegar a acordos sem outra coação a não ser a do argumento melhor, enquadrando esse procedimento e as decisões dentro do horizonte das orientações que emanam do princípio ético-material já definido.*⁸⁷

Com esse enunciado, DUSSEL constata as seguintes diferenças entre o seu princípio “U” e o original de HABERMAS:

*Agora o princípio moral formal universal (porque deve ser aplicado em todos os casos, sempre, sem exceção, ao menos como pretensão) é a mediação formal ou procedimental do princípio ético material. Trata-se de uma norma universal para ‘aplicar’ o conteúdo (com verdade prática ou como mediação para a produção, reprodução ou desenvolvimento da vida humana de cada sujeito ético) do enunciado normativo. O mero critério de validade intersubjetivo formal se elevou a ser exigência ou princípio moral de ‘aplicação’.*⁸⁸

Destarte, configurado o princípio universal-formal de validade, desta vez com a finalidade de dar legitimidade ao princípio ético-material, verifica-se que o controle metodológico da argumentação jurídica somente ganha sentido se não for restrito a aspectos procedimentais, mas principalmente materiais e substantivos.⁸⁹

Neste particular, é possível pontuar uma primeira diferença e algumas semelhanças com a teoria da argumentação de Robert ALEXY, defensor da tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral.⁹⁰

A diferença reside que, para ALEXY as exigências de correção normativa de uma decisão estão vinculadas ao procedimento do discurso jurídico racional e formal e, até mesmo quando admite a falha em uma decisão provocada pela validade de uma lei injusta, ele propõe que o relacionamento entre o Direito e a racionalidade discursiva ética se dê numa perspectiva formal, nos moldes habermasianos.⁹¹

Na perspectiva aqui proposta a correção normativa da decisão fica vinculada a um cânone ético-material como fundamento e limite para todo o procedimento, de modo que verdade e validade só obtêm sentido em relação dialética ou até mesmo

face do desafio da filosofia da libertação latino-americana. op.cit., p. 29.

⁸⁷ DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação...* op.cit., p. 216.

⁸⁸ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...* op.cit., p. 217.

⁸⁹ Tal conclusão também leva em consideração que a grande maioria das Constituições ocidentais tem um núcleo valorativo de garantia dos direitos humanos e sociais, de modo que podem preencher satisfatoriamente o princípio ético-material universal e seu compromisso de produção e reprodução da vida humana, a depender do uso que se faça dessas normas.

⁹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo: Landy editora, 2001, pp. 211 e ss.

⁹¹ *Idem.*, pp. 320, 321.

analética, quando se trata de romper com a totalidade de significados e significantes pré-existentes como uma exigência de alteridade.

Já um ponto de contato, reside na idéia de que o procedimento é apenas um nível num modelo de Direito assentado em três níveis, abrangendo os princípios e regras, de modo que, mesmo não sendo exata na tentativa de encontrar uma única resposta correta, a argumentação jurídica seria o melhor caminho para tal busca.⁹²

Isso porque, quando incorporado num modelo de Direito de um Estado democrático e constitucional, garantidor dos direitos fundamentais, a teoria da argumentação jurídica é instrumento legítimo para a busca de um sentido a ser atribuído aos princípios e regras jurídicas no momento de realização do direito.⁹³

No entanto, é preciso ter sempre presente que, nos moldes de uma fundamentação ética-material, esse sentido atribuído à norma deve ter como limite não apenas a vinculação institucional a um certo tipo de Estado e de Direito, mas principalmente uma vinculação ética com a correção das assimetrias entre os indivíduos e o respeito ao 'outro', simplesmente porque ele existe enquanto realidade empírica, o que enseja a responsabilidade pela sua vida.

7 O Princípio Factibilidade

Para DUSSEL, a conformação do princípio ético-material universal com o princípio de validade formal ainda não é suficiente, pois é preciso que o agir ético e suas normas sejam concretizados no mundo real, empírico, produzindo efeitos bons e úteis.

Por isso, torna-se necessário um terceiro princípio ou momento de realização ética, qual seja, o da factibilidade.

Esse princípio diz respeito à possibilidade ou impossibilidade do objeto prático, regida pelas condicionantes econômicas e tecnológicas, donde se conclui que ações possíveis no capitalismo central são impossíveis no capitalismo periférico.⁹⁴

Aqui, DUSSEL recorre às formulações de Franz HINKELAMMERT que, ao constatar a incapacidade humana para alcançar conhecimentos perfeitos, afirma o princípio geral empírico da impossibilidade enquanto categoria das ciências sociais,⁹⁵ o que implica na observância das condições objetivas de possibilidade de realização de determinada ação humana para que ela tenha eficácia prática.

⁹² ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Trad. Manuel Atienza. Doxa n. 5, 1988.

⁹³ Conferir: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 3ª reimp. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 104.

⁹⁴ DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação*. *op.cit.*, p. 265.

⁹⁵ HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica da razão utópica*. São Paulo: Paulinas, 1986, p. 171.

Com HINKELAMMERT, aprende-se que o possível é o resultado da submissão do impossível ao critério de factibilidade, de modo que, os deveres éticos são exigíveis dentro dos quadros de factibilidade da ação proposta.⁹⁶

Dáí que, conforme esse filósofo:

*"...qualquer imaginação da 'melhor sociedade possível' tem que partir da 'melhor sociedade concebível'. Logo, a melhor sociedade possível sempre se apresenta como aproximação ou antecipação da melhor sociedade concebível, mas, necessariamente, a melhor sociedade possível sempre é inferior à melhor sociedade concebível. Por isso, o conteúdo do possível é sempre algo impossível, mas que dá sentido e direção ao possível, em cujo quadro se apresentam as valorações arbitrárias. Ou seja, todo possível existe em relação a uma plenitude impossível, em referência à qual é experimentado e argumentado o quadro do possível."*⁹⁷

Assim, para maior efetividade das normas de agir ético de libertação, o princípio operabilidade/factibilidade exige o resgate da razão instrumental, voltada às escolhas adequadas e eficazes para determinados fins, a qual, sendo determinada pelos princípios de verdade material e validade formal, agora se transforma numa razão ético-estratégica que opera a partir da consideração de diversos níveis de factibilidade.

São eles os diversos níveis de impossibilidade, de possibilidade, de factibilidade ética ou operabilidade em vista da realização dos atos e de suas conseqüências institucionais: a) impossibilidade lógica; b) possibilidade lógica: impossibilidade empírica; c) possibilidade empírica: impossibilidade técnica (não factibilidade); d) factibilidade técnica: impossibilidade econômica etc.; e) possibilidade econômica etc: impossibilidade ética; f) possibilidade ética: princípio da operabilidade; g) processo efetivo de realização; h) conseqüências a curto prazo e longo prazo (institucionalidade); i) processo de legitimação e coerção legal.⁹⁸

Acerca desses níveis, DUSSEL explica que:

"Em primeiro lugar, é evidente que o logicamente impossível não é factível. Alguns modelos teóricos são logicamente impossíveis, inconsistentes, como o 'modelo do mercado de competição perfeita' à la Hayek. Um mercado perfeito significa que não há em absoluto nenhum monopólio por parte de algum componente. Mas qualquer diferença (maior capital, tecnologia, informação etc.) deve ser considerada como um certo monopólio. Se não há nenhuma diferença e igualdade total, com conhecimento perfeito a uma velocidade infinita em todos os seus pontos, não pode haver competição alguma. Um tal modelo é logicamente impossível. Para que algo seja factível empiricamente não deve ser logicamente contraditório (possibilidade b). Porém, o que é logicamente possível pode ser empiricamente impossível (como o perpetuum mobile: um móvel que por um impulso originário adquirisse uma inércia indefinida, sem nenhum tipo de resistência,

⁹⁶ *Idem*, p. 18.

⁹⁷ *Ibidem*. (negritos nossos).

⁹⁸ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...* op.cit., p. 267.

nunca deter-se-ia). Os modelos utópicos (como a planificação perfeita, que não é logicamente inconsistente, mas sim empiricamente impossível) permitem abrir horizontes de possibilidades novas (como nos exemplos dados, abre-se todo o âmbito da termodinâmica ou o cálculo da planificação possível, aproximada, mínima etc.), mas o que é possível empiricamente (todo o âmbito explicativo das ciências a partir de juízos de fato abstratos) – âmbito c do esquema anterior – pode ser impossível tecnicamente – âmbito d. Dada a escassez dos meios materiais do planeta Terra, nem tudo que é tecnicamente possível o é economicamente. Porém, e é por último o mais grave, nem tudo que é factível técnico-economicamente (e ainda político-ideologicamente etc) é ético-moralmente possível, “aceitável” – nível f do esquema. É aqui que se passará do mero critério de factibilidade abstrata ao princípio ético de factibilidade concreta, que chamaremos de “princípio de operabilidade” ou de “factibilidade ética”.⁹⁹

Destarte, o princípio de factibilidade ética é enunciado nas seguintes palavras:

Aquele que opera ou decide eticamente uma norma, ação, instituição, eticidade sistêmica deve cumprir: a) com as condições de factibilidade lógica e empírica (técnica, econômica, política, cultural etc.), isto é, que seja realmente possível em todos esses níveis, a partir do marco (b) das exigências: (b.1) ético-materiais da verdade prática e (b.2) morais formais discursivas de validade, dentro de uma escala que vai desde (b.i) as ações permitidas eticamente (que são meramente ‘possíveis’, que não contradizem os princípios ético ou moral) até (b.ii) as ações devidas (que são eticamente ‘necessárias’ ao cumprimento das exigências humanas básicas: materiais – de reprodução e desenvolvimento da vida do sujeito humano – ou formais – desde o respeito da dignidade do sujeito ético até a participação efetiva e simétrica dos afetados nas decisões).¹⁰⁰

Assim, com base nesse argumento, o processo decisório deve considerar uma razão que seja estratégica e instrumental a fim de cumprir a pretensão de factibilidade da decisão judicial ética.

Como consequência imediata da adoção dessa categoria em uma teoria da argumentação jurídica, em especial no que interessa a uma teoria crítica do direito constitucional, sedimenta-se a idéia da eficácia progressiva das normas constitucionais protetoras dos direitos fundamentais e sociais (inclusive com cláusula de proibição de retrocesso), sem recair em falácias argumentativas que, através do culto de conceitos abstratos de ‘dever-ser’ acabam por ignorar a realidade e negar a efetividade a muitos direitos constitucionalmente garantidos.

Por conseguinte, a substituição da ‘negação’ pela ‘afirmação com eficácia progressiva’ torna-se um terreno fértil para a cada vez maior aplicação, *in concreto*, das normas constitucionais na realidade das pessoas, notadamente se houver a ‘pretensão de eficácia’ e ‘vontade de constituição’ conforme ensina Konrad HESSE.¹⁰¹

⁹⁹ *Idem*, pp. 268, 269.

¹⁰⁰ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação*. *op.cit.*, p. 272.

¹⁰¹ Cf. HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

Conclusão

Com as novas perspectivas da filosofia contemporânea trazidas no bojo do rompimento com o paradigma da filosofia da consciência e instauradas com a *guinada lingüística*, surgiram desafios para a metodologia jurídica que não podem ser ignorados.

Isso porque, se considerado que todo processo de aplicação do direito é um processo de conhecimento e, portanto, compreensivo, não é possível negar a universalidade e centralidade da problemática hermenêutica como determinante do resultado final exposto na decisão judicial.

Nessa mirada, a hermenêutica gadameriana apresenta duas categorias metodológicas que merecem atenta observação: o círculo hermenêutico e a unidade da *applicatio* judicial.

Assim, enquanto o círculo hermenêutico reflete a concepção de que o processo compreensivo tem início desde o lugar da pré-compreensão (ou pré-conceito) do intérprete, enquanto condição fundamental para que os entes ganhem sentido e a verdade '*aconteça*', a unidade da *applicatio judicial* reflete a impossibilidade de realização da compreensão por partes, de maneira seqüencial, pois o sujeito que '*compreende*' o faz por um ato contínuo e dialético, à medida que já está inserido na totalidade do universo lingüístico e dele não se desprende.

No entanto, a possibilidade de romper com a perspectiva totalitária da hermenêutica filosófica surge quando o próprio GADAMER admite a abertura para novas *experiências*, a qual pode trazer duas conseqüências imediatas: i) o contato com uma *experiência* originária, de absoluta alteridade e anterior à linguagem e à formação de sentido e ii) as novas *experiências* possuem a força de promover rearranjos e reconstruções na estrutura pré-compreensiva de modo que depois delas se compreende desde um outro lugar.

Tal constatação permite pensar uma teoria argumentação jurídica aberta a argumentos éticos-materiais que venham a atender as exigências de transformação social e de justiça em determinada comunidade, tarefa indeclinável conforme destaca CORREAS.¹⁰²

Nesse desiderato, buscou-se mostrar que os três princípios da Ética da Libertação aqui apresentados podem se transformar em argumentos úteis para uma teoria da argumentação jurídica que extrapole o universo formalista, com especial aplicabilidade para uma teoria constitucional crítica na matriz de pensamento pós-positivista.

Com efeito, num primeiro momento a idéia de mínimo existencial, validade normativa no sistema constitucional e reserva do possível são compatíveis com as exigências dos princípios ético-material universal, formal de validade e factibilidade, respectivamente.

¹⁰² CORREAS, Oscar. *Metodologia jurídica... op.cit.*, p. 236.

Todavia, a proposta dusseliana pode ir além, à medida que, o critério material é uma exigência ética que extrapola o âmbito do compreensível, é uma ética da alteridade e reflete a responsabilidade maior do juiz preocupado em julgar o caso concreto.

O momento da validade formal representa, nesse contexto, um instrumento de efetivação do princípio material e só ganha sentido a partir dele, o que, no direito, realça a idéia de que a forma, o procedimento e o sistema normativo não possuem um fim em si, mas antes são válidos porque buscam propiciar legitimidade e correção ao argumento ético-material.

Desde aí, a finalização do processo compreensivo que leva à tomada de uma decisão eticamente válida sofre a incidência do argumento da factibilidade real dentro de uma sociedade existencialmente localizada.

Cabe observar ainda, que, no bojo do processo compreensivo, os três argumentos apresentados somente ganham sentido se utilizados de maneira dialética, onde deve ocorrer uma progressiva co-implicação diacrônica¹⁰³.

Enfim, as motivações que deram ensejo ao presente ensaio são baseadas na possibilidade de uma teoria da argumentação jurídica crítica para a correção de assimetria material entre os diferentes cidadãos do mundo e que permitam uma *práxis* jurídica baseada em ideais de justiça que, mesmo dependente de valores existencialmente dados, a eles não se reduz à medida que também necessita de critérios de validade normativa e intersubjetiva e de factibilidade.

¹⁰³ DUSSEL, Enrique D. *Ética da Libertação...* *op.cit.*, pp. 275, 276.