

# A TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN COMO CONDIÇÃO PARA A POSITIVAÇÃO DO DIREITO

## RONALD DWORKIN'S THEORY OF LAW AS INTEGRITY FOR THE POSITIVATION OF LAW

Adalberto Narciso Hommerding\*  
Cláudio Rogério Sousa Lira\*\*

### RESUMO

O artigo apresenta a Teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin, incorporando padrões de coerência e de integridade, como condição para a construção do direito legislado. O campo de estudo da pesquisa abrange: a Hermenêutica jurídica, a partir da Filosofia hermenêutica de Martin Heidegger e da Hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, além da Teoria da legislação e da Política legislativa, nos moldes fundamentados por Manuel Atienza. O objetivo do artigo é demonstrar que, assim como o juiz não pode dizer o direito de forma arbitrária e discricionária, o legislador também deve observar a integridade do direito durante o processo de produção das leis. Para melhor inteligência do texto, utiliza-se o método de abordagem dedutivo. Os métodos auxiliares na condução da pesquisa serão o histórico e o comparativo. A conclusão do texto é a de que a produção da legislação (também) deve ser vista como atividade hermenêutica.

---

\* Pós-doutor em Direito, Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, *campus* de Santo Ângelo (RS), e Juiz de Direito do Estado do Rio Grande do Sul. Áreas de interesse: Teorias do Direito e do Estado, Hermenêutica Filosófica, Direitos e garantias fundamentais e Processo constitucional. Correspondência para/*Correspondence to*: Rua Buenos Aires, 919, Santa Rosa/RS, CEP: 98900-000. E-mail: ANHommerding@tj.rs.gov.br. Telefones: (55) 3512-5837 e (55) 3512-5510.

\*\* Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI-Santo Ângelo, professor do ensino superior da Fundação Educacional Machado de Assis de Santa Rosa – Fema e servidor do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Áreas de interesse: Teorias do Direito e do Estado, Hermenêutica Filosófica, Direitos e garantias fundamentais e Processo constitucional. Correspondência para/*Correspondence to*: Rua Missões, 66, Tucunduva/RS, CEP: 98930-000. E-mail: crlira@mprs.mp.br. Telefone: (55) 3542-2363.

**Palavras-chave:** Integridade; Integridade do direito; Positivização do direito; Hermenêutica.

#### ABSTRACT

The paper presents Ronald Dworkin's theory of Law as Integrity for the positivation of Law, incorporating consistency and integrity standards, as condition for the construction of statutory Law. The study fields of the research are: Martin Heidgger's Hermeneutics Philosophy and Hans-Georg Gadamer's Philosophical Hermeneutics, besides the Theory of Legislation and Legislative Policy, following the molds justified by Manuel Atienza. The main goal of this article is demonstrating that, such as the judge who can not tell the Law in an arbitrary and discretionary manner, the legislator must also observe the integrity of Law during the process of production of the laws. For a better intellection of the text, deductive method of approach is used. The methods that help the conduction of the research will be the historical and the comparative ones. The conclusion of the text is that the production of legislation must (also) be seen as an hermeneutic activity.

**Keywords:** Integrity; Law integrity; Law positivation; Hermeneutics.

#### INTRODUÇÃO

98

O objetivo deste texto é abordar a possibilidade de incorporação de padrões de coerência e integridade – Teoria do Direito como Integridade – no processo de produção da lei, que tem de seguir uma Teoria da Legislação. Como se sabe, o Estado concebido pelo modelo tripartite não atribuiu ao juiz a missão de criar o Direito. Essa tarefa foi conferida com (quase toda a) exclusividade ao legislador. Daí que ao juiz cabe(ria) tão somente interpretar/aplicar as leis produzidas pelo legislador. A doutrina sempre se ocupou primordialmente do problema das “decisões judiciais”, ou seja, do âmbito da chamada “adjudicação”, sem, contudo, perquirir, a fundo, a atividade legislativa de produção das leis. Assim, não é de hoje que autores do porte de Ronald Dworkin, Lenio Luiz Streck e tanto outros vêm defendendo, por exemplo, que, no âmbito de uma teoria da decisão, os juízes não podem julgar de maneira arbitrária e/ou discricionária.

Filiados a esse entendimento, queremos sustentar a necessidade de incorporação de padrões como coerência e integridade, justiça e devido processo legal, já no momento da geração dos comandos de “dever ser” destinados à regulação do “mundo da vida”, ou seja, no momento da produção legislativa. É que entendemos que tais padrões são necessários, não só no âmbito judicial, mas, de igual forma, no legislativo, se quisermos obter os avanços representados por uma atividade judicial menos discricionária e menos arbitrária, que apresente, portanto, uma “resposta adequada”.

O momento legislativo com que se ocupam a Teoria do Direito e a Hermenêutica – esta como condição de possibilidade da compreensão – tem sido o pós-legislativo. As preocupações com a produção da lei em suas fases pré-legislativa e legislativa (também a pós-legislativa, de certa forma), por sua vez, têm se baseado tão somente no emprego de níveis de racionalidade – preponderantemente, as racionalidades pragmática e teleológica –, sem considerar com isso os “fundamentos” do Direito como Integridade.

Ocorre que, ao não se levar em consideração, na produção da lei, padrões como justiça, equidade e integridade, além do devido processo legal, cresce o perigo de agigantamento da discricionariedade do legislador e, conseqüentemente, da discricionariedade do Estado-juiz quando da aplicação da lei. Daí por que a necessidade de se discutir a questão do “consenso” como “verdade” na produção legislativa. Afinal, legislar é obter consenso? Mais do que isso: legisla-se de acordo com a consciência do legislador? A resposta a essas perguntas implica a afirmação de que a atividade legislativa não é apenas teleológica, mas deontológica. Esses são alguns dos questionamentos que queremos trazer ao leitor neste trabalho.

## DIREITO E INTEGRIDADE: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DE RONALD DWORKIN

### O que é a “integridade do Direito”?

Para podermos entender o que significa a integridade do Direito temos de chamar à fala Ronald Dworkin, filósofo do Direito, há pouco falecido. A ideia de Dworkin passa primeiro pela não aceitação da tese esposada pelo positivismo jurídico de Hart quando este sustenta que, para os casos não previstos em uma regra jurídica, “casos difíceis”, o juiz estaria legitimado a usar a discricionariedade para lhes dar a solução. Assim, o juiz agiria como uma espécie de “legislador” para o caso concreto. Pois bem. Como se deveria saber, o juiz não deve e não pode usurpar a função do legislador. A solução, então, para a inexistência de lei a se aplicar ao caso concreto está, segundo Dworkin, na utilização de um conjunto de princípios para a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica da comunidade.

Dworkin, assim, trabalhou com três concepções antagônicas acerca do direito: (1) convencionalismo; (2) pragmatismo; e (3) Direito como Integridade. Essas concepções foram trabalhadas por Dworkin a partir da resposta a três perguntas: a) justifica-se o suposto elo entre o direito e a coerção? Faz algum sentido exigir que a força pública seja usada somente em conformidade com os direitos e responsabilidades que “decorrem” de decisões políticas anteriores? b) se tal sentido existe, qual é ele? e; c) que leitura de “decorrer” é mais apropriada?<sup>1</sup> É preciso analisar por partes.

---

<sup>1</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 117.

O convencionalismo responde positivamente à primeira pergunta e, com relação à segunda, afirma que o sentido para que a força seja usada está na previsibilidade e equidade processual. Para a terceira pergunta, a resposta é a de que um direito só decorre de decisões anteriores se estiver explícito nessas decisões<sup>2</sup>. O pragmatismo, que é uma concepção cética, responde negativamente à primeira pergunta, pois “os juízes tomam e devem tomar quaisquer decisões que lhes pareçam melhores para o futuro da comunidade, ignorando toda forma de coerência com o passado como algo que tenha valor por si mesmo”<sup>3</sup>.

O Direito como Integridade, por sua vez, tal como o convencionalismo, aceita sem reservas o direito e as pretensões juridicamente asseguradas. Mas a resposta da segunda pergunta é muito diferente, pois o sentido do uso da força está em assegurar, entre os cidadãos, um tipo de igualdade que torna sua comunidade mais genuína e aperfeiçoa sua justificativa moral para exercer o poder político tal como faz. Quanto à terceira pergunta, Dworkin sustenta que “direitos e responsabilidades decorrem de decisões anteriores e, por isso, têm valor legal, não só quando estão explícitos nessas decisões, mas também quando procedem dos princípios de moral pessoal e política que as decisões explícitas pressupõem a título de justificativa”<sup>4</sup>.

O Direito como Integridade, assim, é uma terceira opção entre o convencionalismo e o pragmatismo na interpretação, cuidando do passado sem esquecer a importância do presente e do futuro<sup>5</sup>. É por isso que é possível concordarmos com Dworkin quando este sustenta que a prática jurídica deve ser interpretada como uma política de desenvolvimento e que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que combinam o convencionalismo e o pragmatismo<sup>6</sup>. A integridade, pois, oferece um suporte de padrões para as decisões pelo julgador nos casos concretos. A integridade, então, é a chave da melhor interpretação construtiva das diferentes práticas judiciais, especialmente quando os julgadores estão diante de uma decisão para um caso difícil.

### A integridade jurisdicional como condição de possibilidade para produção de respostas corretas no âmbito da jurisdição

Há muito tempo, Ronald Dworkin, nos Estados Unidos, e, em *Terrae Brasilis*, Lenio Luiz Streck e seus alunos<sup>7</sup> vêm defendendo uma aplicação judicial do

<sup>2</sup> DWORKIN, 2007, p. 118-119

<sup>3</sup> DWORKIN, 2007, p. 119.

<sup>4</sup> DWORKIN, 2007, p. 119-120.

<sup>5</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 111.

<sup>6</sup> HOMMERDING, 2012, p. 112.

<sup>7</sup> MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; RAMIRES, Maurício. *Crí-*

Direito menos discricionária e menos arbitrária. É dizer: as decisões judiciais não podem ser caracterizadas pelo solipsismo subjetivista, sobretudo naquelas situações em que o caso concreto apresenta maior complexidade e reclama, à obviedade, uma “resposta correta”. Daí a sustentação de que a integridade possibilita uma produção de respostas adequadas à Constituição no âmbito da jurisdição.

A integridade no âmbito jurisdicional requer, assim, que o julgador “maximize” seu agir para tratar o sistema de normas públicas “como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interprete essas normas de forma a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas”, conforme ensina Dworkin<sup>8</sup>. É a partir dessa concepção que Dworkin – e os que se filiam ao pensamento dele – sustenta que o princípio da integridade é uma virtude (na mesma medida e sem subjugar) como são a justiça, a equidade e o devido processo legal. O primado da integridade na prestação jurisdicional não deve ser empregado como a última *ratio* no modo de o Estado usar o poder coercitivo, mas tem de ser a primeira *ratio*<sup>9</sup>. A integridade no Direito, essencialmente, cuida da preocupação em reafirmar os pilares do Estado Democrático, porquanto questiona o “modelo” da interferência do Estado na vida em sociedade pelo emprego de seu poder coercitivo.

A integridade na prestação jurisdicional não significa tão somente uma coerência (em sentido estrito), isto é, que os casos semelhantes recebam a mesma decisão. Pelo contrário! A prestação jurisdicional alicerçada na integridade utiliza um padrão de coerência, não na forma estrita, possibilitando ao juiz maior abrangência e imaginação para decidir corretamente em situações complexas<sup>10</sup>. Esse é um dos fundamentos maiores para que se negue o pragmatismo na atividade jurisdicional. É por isso que Dworkin afirma que a concepção do direito erigida sobre o princípio interpretativo da integridade deixa muito menos espaço para argumentos práticos<sup>11</sup>.

O propósito de Dworkin é o de demonstrar que as decisões judiciais necessitam de um aspecto justificador<sup>12</sup>. E esse “justificador” não pode ser encontrado apenas nas “regras” – o juiz não decide apenas com base nas regras<sup>13</sup> –, mas,

---

*tica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in) determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

<sup>8</sup> DWORKIN, 2007, p. 261.

<sup>9</sup> DWORKIN, 2007, p. 263.

<sup>10</sup> DWORKIN, 2007, p. 265.

<sup>11</sup> DWORKIN, 2007, p. 265-266.

<sup>12</sup> HOMMERDING, 2012, p. 101.

<sup>13</sup> SAAVEDRA, Giovanni Agostini. *Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2006, p. 70.

preponderantemente, no binômio regras-princípios. Sim, pois as regras são “porosas”, “abrindo”, então, a interpretação, ao passo que os princípios “fecham” a interpretação feita pelo julgador (Streck). O princípio da integridade, aliado aos primados da igualdade, da justiça e do devido processo legal, dá sustento à decisão com padrões de coerência, evitando, assim, o pragmatismo judicial.

É importante registrar, então, que a integridade é contrária à discricionariedade, pois aquela é um ideal e se vincula à interpretação do Direito que deve se aperfeiçoar constantemente. Portanto, a integridade é o alicerce para a orientação do julgador na busca pela “resposta adequada”. O Direito como Integridade, assim, usa o princípio da integridade como forma de limitar o campo discricionário/arbitrário nas decisões judiciais.

Mas afinal, o que é a “resposta adequada” no Direito? Para responder a essa indagação, Streck<sup>14</sup>, em *Verdade e consenso*, constrói uma “crítica hermenêutica do direito” para “alcançar aquilo que pode ser denominado ‘a resposta hermenêuticamente adequada à Constituição’, que, se assim se quiser, também pode ser chamada de ‘resposta correta’”. Essa busca por uma resposta hermenêuticamente adequada à Constituição, a resposta correta, encontra fundamento no fato de que o modelo de Estado Democrático de Direito não possibilita a adoção de interpretações procedimentalistas, uma vez que tal esquema acaba por “produzir” uma pluralidade de respostas, alimentando discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos.

102

### A integridade legislativa como condição de possibilidade da limitação da discricionariedade dos legisladores

Em *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, Streck, ao defender a necessidade do (rigoroso) controle das decisões judiciais, alerta que “esse mesmo controle dever ser feito em relação às atividades do Poder Legislativo”<sup>15</sup>. O próprio Dworkin, em *O império do direito*, admite a integridade legislativa como restrição àquilo “que nossos legisladores e outros partícipes de criação do direito podem fazer corretamente ao expandir ou alterar nossas normas públicas”<sup>16</sup>. Por isso, a afirmação do autor norte-americano de que a integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção<sup>17</sup>. Não é que

---

<sup>14</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição e hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 327-328.

<sup>15</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 365.

<sup>16</sup> DWORKIN, 2007, p. 261.

<sup>17</sup> DWORKIN, 2007, p. 264.

se pretenda, em tempos de pós-positivismo, reafirmar (ressuscitar) o positivismo (exegético) dando importância à feitura da lei. O que se deseja é uma atuação legislativa orientada também pelo princípio da integridade como se quer na aplicação da legislação “pronta”.

A lei não é senão o resultado de um momento histórico recortado na forma de comando para os atores da vida em sociedade. Não levar em consideração os princípios por ocasião da produção da norma implica duplo problema: maior discricionariedade do legislador e, por consequência, possibilidade de maior dificuldade para o juiz aplicar o direito, sem falar na maior possibilidade de se ampliar ainda mais a discricionariedade judicial, o que leva, pois, a um terceiro problema. Aqui, há de se registrar que a integridade se presta para uma melhor interpretação construtiva das distintas práticas legais<sup>18</sup>.

A integridade, por meio da coerência, portanto, é uma das condições a permitir ao legislador produzir uma legislação que se harmonize com o sistema jurídico e com a história institucional da comunidade jurídica, evitando, assim, afronta aos distintos níveis de racionalidade da legislação (níveis comunicativo, jurídico-formal, pragmático, teleológico e ético)<sup>19</sup>. A coerência tem as funções de garantir segurança e previsibilidade, além de assegurar que tanto o legislador quanto o julgador apresentem a melhor decisão possível<sup>20</sup>, coerente com a história moral comunitária. Nesse sentido, o Direito como Integridade mostra-se como uma alternativa ao convencionalismo<sup>21</sup> – que rechaça a coerência de princípio como fonte do Direito – e ao pragmatismo<sup>22</sup> – que também rechaça qualquer vínculo de moralidade política com o passado – na produção/interpretação/aplicação da norma jurídica.

A integridade, é verdade, surge como uma proposta interpretativa para os juízes na decisão dos casos concretos<sup>23</sup>. Mas, antes, surge como um padrão a ser observado pelos legisladores. Com efeito, “la integridad es la clave para la mejor interpretación constructiva de las prácticas jurídicas distintas y, en particular,

---

<sup>18</sup> Cf. HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 102.

<sup>19</sup> Veja-se a *Teoria da legislação* de Manuel Atienza: ATIENZA, Manuel. *Contribución para una teoría de la legislación*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1997.

<sup>20</sup> Cf. HOMMERDING, 2012, p. 108.

<sup>21</sup> O convencionalismo pode ser dividido em: estrito e moderado. A forma estrita de convencionalismo “restringe la ley de una comunidad a la ‘extensión explícita’ de sus convenciones jurídicas, tales como la legislación y el precedente. Para el convencionalismo moderado, al contrario, el Derecho de una comunidad incluye todo lo que esté dentro de la ‘extensión implícita’ de esas convenciones” (HOMMERDING, 2012, p. 107).

<sup>22</sup> “el pragmatismo jurídico, por su vez, afirma que las personas nunca tienen derecho a nada, sino a la decisión judicial que, al fin, se revela la mejor para la comunidad como un todo, sin considerar ninguna decisión política elegida en el pasado.” (HOMMERDING, 2012, p. 109)

<sup>23</sup> Cf. HOMMERDING, 2012, p. 112.

del modo como los jueces deciden los casos (difíciles) en los tribunales”<sup>24</sup>. Há, porém, como dito, uma viabilidade de aplicação da Teoria do Direito como Integridade também no âmbito legislativo, o que, aliás, é preconizado pela doutrina de Dworkin, como dito.

A doutrina tem trabalhado com propriedade a aplicação da integridade na prática judicial do Direito<sup>25</sup>. O próprio Dworkin preocupa-se primordialmente com a integridade jurisdicional, uma vez que pouco ingressa no campo da integridade legislativa quando escreve sobre a temática. Nesse sentido, a pergunta que emerge é esta: é possível operar com o modelo de integridade no âmbito legislativo que se orienta pela política?<sup>26</sup>. A resposta deve ser afirmativa, porquanto não apenas se deve exercer um controle “rigoroso” em relação às decisões judiciais, mas, também, em relação às atividades do Poder Legislativo<sup>27</sup>. Isso porque o legislador, ao orientar o processo de produção de leis pela coerência e integridade, transmite ao cidadão e aos operadores (técnicos) do Direito os padrões fundamentais de equidade e justiça. Daí por que, lendo Dworkin<sup>28</sup>, é possível sustentar que o legislador deve ser visto como um “agente moral” vinculado à integridade como ideal político. A integridade possibilita melhores argumentos a favor da legitimidade do Direito enquanto lei, pois uma lei que seja produzida a partir da observância de níveis de racionalidade e do Direito como Integridade tende a ser mais legítima do que aquela criada irracionalmente<sup>29</sup>.

Uma lei, portanto, que obedece a uma boa Teoria da Legislação<sup>30</sup>, incorporando padrões de coerência e integridade – em síntese, a Teoria do Direito como Integridade –, pode ser considerada mais legítima do que uma lei decorrente de mero consenso. A tomada de decisão pelo legislador na seleção do catálogo de condutas a serem positivadas nas leis deve se pautar por uma boa Teoria da Legislação e pelo Direito como Integridade. É dizer: a qualidade – material – das leis resulta de um processo racional da atividade legislativa o que, na linguagem

<sup>24</sup> Cfe. HOMMERDING, 2012, p. 115.

<sup>25</sup> Sobretudo os trabalhos de Lenio Luiz Streck em *Verdade e consenso e hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*; Francisco José Borges Motta em *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*; Rafael Thomas de Oliveira em *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito* e Maurício Ramires em *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro* e outros.

<sup>26</sup> Cf. HOMMERDING, 2012, p. 117.

<sup>27</sup> HOMMERDING, 2012, p. 11.

<sup>28</sup> DWORKIN, 2007, p. 201.

<sup>29</sup> HOMMERDING, 2012, p. 118-119.

<sup>30</sup> Vejam-se, por exemplo, as contribuições de ATIENZA, 1997; ATIENZA, Manuel. Contribución para una teoría de la legislación. In: CARBONELL, Miguel; PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía (Orgs.). *Elementos de técnica legislativa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

do Direito como Integridade, significa a “moralização do Direito”. Tal moralização deve ser analisada em dois planos: (1) descritivo; e (2) prescritivo<sup>31</sup>.

No âmbito da análise descritiva, essa “leitura moral do Direito”, na linguagem dworkiana<sup>32</sup>, inicialmente, não significa aquela moral do legislador (na elaboração) ou a do juiz (na aplicação), mas uma “moral” que depende do “valor político” de suas propostas de elaboração e interpretação do Direito, restringindo as convicções políticas<sup>33</sup>. Depois, ainda na esfera descritiva, a leitura moral do Direito deve ser compreendida sob o âmbito dos princípios jurídicos. E, quando se fala em leitura moral do direito, o sentido dado ao termo “princípio” deve ser aquele de “princípio jurídico”, que, para o Teoria do Direito como Integridade, serve como elemento restaurador do vínculo entre Direito e moral<sup>34</sup>. Já no âmbito prescritivo, a leitura moral do Direito trata da possibilidade de um “acesso privilegiado” do legislador aos “valores morais sociais”. Isso porque as leis seriam elaboradas com base em discursos originados de várias formas e que dizem respeito a interesses e grupos distintos. A integridade e a coerência limitam, de certa forma, a impregnação de promessas políticas na forma de legislação. E limitam também a ideia desse acesso privilegiado a “valores”, coisa que até agora não se sabe muito bem o que significa, mas que termina, quase sempre, por ensinar a impregnação de juízos arbitrários nas decisões legislativas e judiciais<sup>35</sup>.

Dessa forma, o processo de racionalidade legislativo conduzido sob os padrões de coerência e integridade contribuirá para a integridade do Direito em sua origem (material e formal). Dito de outra maneira, ao agir, o legislador, empregando os padrões de coerência e integridade, opera de forma a moralizar o Direito, reduzindo o espaço para, posteriormente, o julgador praticar arbitrariedades e discricionariedades em suas decisões.

Outra questão que emerge quando se apresenta a possibilidade de integrar o Direito no seu processo de criação diz respeito à identificação do(s) nível(is) de racionalidade atingidos por essa integridade. Isso falando em termos de Ciência da Legislação, especialmente a partir dos estudos de Manuel Atienza, professor espanhol que muito contribui(u) para uma Teoria da Legislação, que institui padrões ao processo legislativo, desde o momento que antecede a feitura das leis (pré-legislativo) até o instante em que a norma se integra ao “mundo jurídico” e passar a produzir eficácia nas relações privadas e públicas. Para isso, o professor Atienza considera o processo legislativo um processo cíclico, desenvolvido por cinco níveis de racionalidade: 1º) racionalidade linguística (R1); 2º)

---

<sup>31</sup> HOMMERDING, 2012, p. 119.

<sup>32</sup> HOMMERDING, 2012, p. 127.

<sup>33</sup> HOMMERDING, 2012, p. 121.

<sup>34</sup> HOMMERDING, 2012, p. 122.

<sup>35</sup> HOMMERDING, 2012, p. 126.

racionalidade jurídico-formal (R2); 3º) racionalidade pragmática (R3); 4º) racionalidade teleológica (R4); e 5º) racionalidade ética (R5). Em relação à R1, também chamada de racionalidade comunicativa, podemos sustentar a possibilidade de o legislador cumprir a ideia de integridade, desde que atingido o “valor comunicação”, situado na base do sistema do Direito. É possível afirmar, então, em termos analíticos, que, em tese, quando cumprida dita racionalidade, a lei não viola o princípio da igualdade, pois, por ser clara e precisa, pode se presumir que todas as pessoas, ou boa parte delas, compreenderão melhor o significado de seu alcance. Daí também se pode afirmar que o legislador igualmente aplica a integridade no nível de R5, que se entrecruza com o da R1, pois alcançam, ainda que não completamente, as pessoas igual consideração e respeito. Por sua vez, no que tange ao nível de R2, uma lei que se integra harmonicamente no sistema jurídico reflete a plenitude e a coerência de sua finalidade à medida que produz segurança jurídica e previsibilidade esperadas. O legislador também aplica a Teoria do Direito como Integridade no nível de R3, já que uma lei que é cumprida pelas pessoas e que influencia seus comportamentos, produzindo efeitos no mundo da vida, está em conformidade com o Direito como Integridade, uma vez que não se traduz em um mero instrumento ideal simbólico. Nesse tocante, a coerção do direito, ou *La Fuerza del Derecho*, como sustentam Bourdieu e Teubner<sup>36</sup>, está diretamente ligada à R3, que tem por destinatários os “súditos” e cuja finalidade é o cumprimento do Direito. O nível de R3 opera como o “braço armado” do Direito como Integridade no âmbito legislativo. Dessa forma, é perfeitamente possível a adoção da integridade no campo da produção legislativa também no que respeita à R3. Em relação à R4, tal nível está ligado ao cumprimento dos objetivos sociais, como redução do desemprego, combate à pobreza etc. Isso tem a ver com a efetividade da lei. Esse nível de racionalidade interessa sobremaneira à Teoria do Direito como Integridade, pois apresenta uma particularidade em relação aos demais: os editores de lei estão pautados por determinados interesses pelos quais os destinatários são diretamente atingidos. Essa distinção justifica o fato de a lei, às vezes, ser marcada pelo tratamento desigual para que possa, assim, alcançar sua finalidade. O Direito como Integridade serve ao nível de racionalidade ética por que defende um compromisso do Direito com a moral e a ética, valores consagrados nos Estados Constitucionais, como é o caso do Estado brasileiro. Daí por que, para que uma lei possa ser considerada em conformidade com o Direito como Integridade, deve ela ser elaborada sob um discurso moral que preserve ao máximo os “valores” (com todos os problemas que a expressão possa vir a suscitar) que presidem o nível de racionalidade ética, principalmente em relação ao valor “igualdade”, pois, como já é

---

<sup>36</sup> BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editora, 2000.

sabido, o Direito como Integridade determina que o legislador produza a lei com igual consideração e respeito a todos os cidadãos<sup>37</sup>.

Em conclusão, analisando cada nível de racionalidade, é possível sustentar a compatibilização da Teoria da Legislação com o Direito como Integridade, uma vez que os fundamentos teóricos da legislação encampados por Manuel Atienza apresentam coerência e integridade, pois buscam a previsibilidade e segurança, sem esquecer da igualdade, como também o faz Ronald Dworkin em sua teoria. Isso porque, ao se reconhecer a necessidade de uma “correção moral” do Direito no processo legislativo, reafirma-se que a busca pela “resposta correta”, tanto para a hermenêutica quanto para as teorias da argumentação (que, por vezes, vão na contramão da hermenêutica), também é possível na atividade do legislador<sup>38</sup>. É que “resposta adequada”, no âmbito da legislação, não tem o mesmo significado que no da adjudicação. É a resposta contrafática, política, mas orientada por princípios. Não é a “única” e nem a “definitiva” resposta. Daí a sustentação de que a Teoria do Direito como Integridade pode estabelecer uma ponte entre a Teoria do Direito e a Teoria (Ciência) da Legislação.

## A PRODUÇÃO LEGISLATIVA ENTRE PROPOSTAS PROCEDIMENTAIS E SUBSTANCIAIS

A importância do debate procedimentalismo *versus* substancialismo no âmbito do Estado Democrático de Direito

107

O embate entre as teses procedimentalistas e substancialistas está diretamente ligado à função da Constituição, sua valorização e o seu grau de dirigismo no Estado Democrático de Direito. Isso implica a determinação do agir judicial em relação à efetividade da Constituição, mormente em países de “modernidade tardia”, como é o caso clássico do Brasil<sup>39</sup>. Aliás, entender o que significa a Constituição requer entender a determinação (e limites) do agir de todos os poderes, e não só Judiciário. É que, segundo Lenio Luiz Streck, no “Estado Democrático de Direito, há uma transformação do *status quo*. Enquanto no Estado Liberal de Direito havia uma limitação da ação estatal, e no Estado Social de Direito havia as chamadas prestações positivas por parte do Estado, o Estado Democrático de Direito caracteriza-se pelo seu caráter transformador, pelo qual a lei (Constituição) é o instrumento desta transformação”. Pois bem.

A concepção procedimental do Direito tem origem no fato de que a positividade e a democracia são elementos basilares do Direito. Essa positividade do Direito, efetivada primeiramente com os códigos e, noutro momento, com a

<sup>37</sup> HOMMERDING, 2012, p. 127-138.

<sup>38</sup> HOMMERDING, 2012, p. 140-141.

<sup>39</sup> STRECK, 2011, p. 80.

promulgação da Constituição, no entanto, não garante, por si só, a democratização da política, pois esta carece de uma maior proteção do indivíduo e de seus direitos constitucionais. É daí que surge a necessidade do procedimento no Direito. O significado da concepção procedimental está no significado da Constituição como um aparato procedimental, e não como uma ordem de valores.

O que parece ficar evidente é que a tese procedimentalista, em especial a capitaneada por Jürgen Habermas, busca “esclarecer as condições necessárias para uma legitimação democrática do direito”<sup>40</sup>, como forma de sustentar a afirmação de um Estado Democrático de Direito. Habermas, nesse aspecto, sustenta que o “paradigma procedimental do direito orienta o olhar do legislador para as condições de mobilização do direito”<sup>41</sup>. O autor alemão entende que o Direito deve ser apenas um “elo” entre os cidadãos e o Estado. Isso pode ser lido no sentido de que o Direito não pode(ria) figurar como agente transformador/efetivador da Constituição no mundo da vida. Esse paradigma proposto por Habermas “pretende ultrapassar a oposição entre os paradigmas liberal/formal/burguês e o Estado Social do Direito, utilizando, para tanto, a interpretação da distinção entre política e direito à luz da teoria do discurso”<sup>42</sup>. As posturas procedimentalistas, assim, têm visto a Constituição apenas como uma garantia para que o jogo político ocorra dentro da lei. Isso porque, no entender de Habermas, “a Constituição não pode mais ser entendida com uma ‘ordem’ que regula primariamente a relação entre o Estado e os Cidadãos”<sup>43</sup>.

A tese substancialista, por sua vez, concebe o Direito como uma possibilidade de transformação da sociedade, pois, segundo Streck<sup>44</sup>, a superação do positivismo – pós-positivismo – fez surgir o “Constitucionalismo Contemporâneo”, como um “processo de continuidade com novas conquistas, que passam a integrar a estrutura do Estado Constitucional no período posterior à Segunda Guerra Mundial”. Nesse sentido, Lenio vai dizer que “as teses materiais colocam ênfase na regra contramajoritária (freios às vontades de maiorias eventuais), o que, para os substancialistas, reforça a relação Constituição-democracia”<sup>45</sup>. Isso não significa dizer que os argumentos conteudísticos produzam aquilo que os procedurais sugerem ser o “gigantismo” judicial. A tese substancialista, lembra Streck, opera na busca da “implementação dos direitos fundamentais-sociais” como um pressuposto lógico de “condição de possibilidade da validade da própria

<sup>40</sup> SAAVEDRA, 2006, p. 119.

<sup>41</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 185, V. II.

<sup>42</sup> STRECK, 2011, p. 83.

<sup>43</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 28.

<sup>44</sup> STRECK, 2011, p. 37.

<sup>45</sup> STRECK, 2011, p. 81.

Constituição, naquilo que ela representa de elo conteudístico que une política e direito<sup>46</sup>.

A questão é que, para o substancialismo – diferentemente do procedimentalismo, que defende a justificação pela legitimidade na democracia –, a Corte Constitucional não está limitada à “compreensão procedimental da Constituição”, isto é, não se limita a proteger “um processo de criação democrática do direito”, porquanto está compromissada conteudisticamente com o equilíbrio e a harmonia entre os demais Poderes<sup>47</sup>. Daí exsurge a pretensão deste texto em sustentar que a atividade legislativa em tempos de constitucionalismo contemporâneo deve ser deontológica, muito mais do que teleológica. Sim, porque a orientação principiológica do legislador pela integridade na produção da lei, ainda que esta não tenha cunho constitucional, deve ser balizada pela busca da concretização de direitos e garantias fundamentais, respeitando, à evidência, a principiologia constitucional. Ou seja, a produção da lei deve ter por base políticas orientadas por princípios.

### Jürgen Habermas e a formação da vontade discursiva no âmbito legislativo

Jürgen Habermas tem feito apropriadas críticas ao ativismo judicial. Como pressuposto da democracia, o teórico alemão propõe uma ocupação do espaço público pelo cidadão por meio do “agir comunicativo”. Segundo Habermas, essa participação do cidadão é possibilitada a partir da “ação comunicativa” e do “discurso”. Ao propósito deste trabalho interessa a questão da formação da vontade discursiva no âmbito legislativo. Em outras palavras: é possível a aplicação do discurso proposto por Habermas no âmbito do legislativo?

O processo legislativo é composto, nos termos da ação comunicativa habermasiana, por “atos de fala”. Esses atos de fala conduzem o processo de participação dos sujeitos envolvidos (membros do congresso, comunidade, juristas etc.) para, ao fim e ao cabo, produzir uma legislação possível de ser “compreendida” por seus destinatários – técnicos do Direito e comunidade em geral. Nesse tocante, o pensamento habermasiano é o de que somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do Direito<sup>48</sup>. A leitura de Habermas evidencia a defesa dos procedimentos como criação democrática do Direito. Por isso, afirma-se que a teoria do discurso pretende proteger o direito da participação de todos, de forma igualitária, nos discursos produtores dos sentidos jurídicos. Isso somente seria possível se ocorresse a institucionalização

<sup>46</sup> STRECK, 2011, p. 82.

<sup>47</sup> STRECK, 2011, p. 85-87.

<sup>48</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 326, v. I.

de espaços imparciais que viabilizem a conversação das pluralidades e a produção de consenso. Esse procedimento é o agente possibilitador da inclusão de todos os cidadãos nos entornos discursivos<sup>49</sup>.

O que pretende a teoria discursiva habermasiana é justificar a defesa de fundamentos na “faticidade” por meio de discurso democrático no processo legislativo. Dessa forma, retoma-se a indagação: é possível a aplicação do discurso proposto por Habermas no âmbito do legislativo? Eis a questão. Noutra ocasião, tivemos a oportunidade de sustentar que o procedimento habermasiano “poderia” ser aplicado ao âmbito legislativo. Ressaltamos, porém, que a atividade legislativa não deixa de ser hermenêutica e que, portanto, os princípios polarizam as políticas<sup>50</sup>. E isso não parece seja levado em consideração pela teoria de Habermas. É que o princípio democrático procedimental, segundo a linha habermasiana, revela que as normas jurídicas não são apenas fundamentadas na moral, mas, também, por meio de acordos e negociações que as tornam permitidas e necessárias quando somente os interesses particulares e não generalizados estão em jogo<sup>51</sup>. Nesse sentido, o importante é garantir os procedimentos democráticos para que as diferenças, a pluralidade dos interessados, as posições divergentes possam participar do diálogo e da tomada de decisões. E isso é que passa a ser fundamental para a justificação do Direito<sup>52</sup>. Daí por que a hermenêutica não parece ter importância alguma no procedimento.

110

Agora, o grande “drama”, digamos assim, ou a pergunta a ser feita é: como possibilitar a aplicação prática da teoria discursiva habermasiana no processo legislativo de países como o Brasil? Sim, porque em países de modernidade tardia não parece ser suficiente apenas o procedimento participativo democrático no discurso. Afinal, como expressar uma vontade legítima se o consenso (no sentido de “vontade da maioria”, e não de consenso “informado”) é que impera? Isso se torna mais problemático quando a sociedade, como ocorre no Brasil, é caracterizada pela polarização da economia (pobreza-riqueza), que notoriamente pode desequilibrar o processo legislativo. Além disso, não é novidade que as casas legislativas são compostas por (mini)grupos de parlamentares, agindo, muitas vezes, em defesa de interesses – econômicos, religiosos, sociais, jurídicos etc. – desvinculados da necessidade da maioria da população. Nesse sentido, parece, *a priori*, que a formação da vontade estaria prejudicada sob o aspecto pretendido por Habermas. E aí é que entra a necessidade de entendermos a produção da lei sob a Teoria do Direito como Integridade, pautada pela hermenêutica filosófica.

---

<sup>49</sup> HABERMAS, 1997, p. 24.

<sup>50</sup> HOMMERDING, 2007, p. 241.

<sup>51</sup> HOMMERDING, 2007, p. 240.

<sup>52</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Tradução de Sandra Lippert. São Paulo: Instituto Piaget, 2008, p. 57.

## A Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Luiz Streck e o problema da verdade e do consenso no processo da produção da lei

Em *Direito e moral*, Habermas sustenta a tese de que “a legalidade pode, exclusivamente, receber a sua legitimidade de uma racionalidade de procedimento de grande valor moral”<sup>53</sup>. O autor alemão refuta a ideia kantiana de que política e direito eram subjugados aos imperativos morais do direito racional<sup>54</sup>. Para Habermas, “não é possível explicar os fundamentos morais do direito positivo na figura de um superior”, assim como também não é possível anular esses fundamentos morais, “sem substitutos, sem retirar ao direito a sua condição de inalterabilidade, na sua essência, inerente ao mesmo”<sup>55</sup>. Então, para estabilizar no interior do direito o ponto de vista da moral, de formação imparcial do juízo e da vontade, Habermas defende que a “moralidade, instalada no direito positivo, possui a força transcendente de um procedimento autorregulador, o qual controla a sua própria racionalidade”<sup>56</sup>.

Então, Habermas, em uma construção analógica, dirá que deve ser aplicado na esfera do legislador o que Puchta defendeu na esfera judicial, isto é, uma concepção de que a “produção do direito não deveria ser assunto exclusivo do legislador político, pois, assim, o estado não poderia estar baseado, no direito legítimo, isto é, ser um estado jurídico”<sup>57</sup>. Essa interpretação análoga, conforme adverte Habermas, não estaria prejudicada no âmbito da discussão parlamentar, que é marcada por compromissos políticos, diferentemente da esfera judicial que se orienta por fundamentos científicos e recebe a tarefa de aplicação do direito vigente guiado por princípios<sup>58</sup>.

Para que uma teoria procedimentalista democrática seja possível e, buscando evitar a ocorrência dos erros quando da revitalização dessa base teórica na Alemanha de 1920, Habermas adverte, primeiramente, que deveria ter sido mostrado, na linha de uma teoria da argumentação, como, na formação da vontade pelo legislador, que os discursos morais de fundamentação e os discursos políticos que giram em torno de objetivo dependem sempre de um controle por meio da norma jurídica<sup>59</sup>. Em um segundo momento, também seria necessário esclarecer em que pontos um acordo obtido argumentativamente se distingue de compromisso de negociação, e como o ponto de vista moral se impõe indiretamente nas condições de equidade que orientam os compromissos<sup>60</sup>. Por fim, a

<sup>53</sup> HABERMAS, 2007, p. 15.

<sup>54</sup> HABERMAS, 2007, p. 112.

<sup>55</sup> HABERMAS, 2007, p. 112.

<sup>56</sup> HABERMAS, 2007, p. 113.

<sup>57</sup> HABERMAS, 2007, p. 113.

<sup>58</sup> HABERMAS, 2007, p. 113-114.

<sup>59</sup> HABERMAS, 2007, p. 244.

<sup>60</sup> HABERMAS, 2007, p. 244-245.

última condição e a mais importante para uma teoria procedimentalista democrática seria a necessidade de “reconstruir o processo de institucionalização da imparcialidade da formação da vontade legisladora, começando pela regra da maioria e passando pelas regras da agenda parlamentar, até chegar ao direito de escolha e de formação da opinião, isto é, da seleção e distribuição dos temas e contribuições na esfera pública”<sup>61</sup>. Isso tudo orientado por um modelo capaz de representar os pressupostos de comunicação necessários para a formação discursiva da vontade e para o balanceamento equitativo de interesse em seu conjunto<sup>62</sup>.

Habermas refere que, no processo de produção legislativa, pode surgir uma moralidade trazida pelo positivismo, de tal modo que os discursos políticos se encontram sob as limitações do ponto de vista da moral, que temos de respeitar ao fundamentar *normas*<sup>63</sup>. Em suma, a ideia de Habermas consiste na busca por um estado jurídico “separador de poderes, que obtém a legitimidade a partir de uma racionalidade de processo de jurisdição e de legislação, que garante imparcialidade”<sup>64</sup>.

Então, pelo que se pode ver, Habermas concebe a formação das leis a partir de um discurso democrático legitimado pelo consenso no procedimento.

A partir do que Habermas defende, e agora “contra Habermas”, pensamos ser possível dar uma guinada na Teoria da Legislação, sugerindo a necessidade de racionalizar o processo de produção legislativa, aplicando, principalmente, os princípios da integridade e da coerência como limitação à discricionariedade e, por conseguinte, à arbitrariedade ao ofício legislativo. Isso nos conduz àquilo que Streck, incansavelmente, tem defendido como necessário no plano das decisões judiciais: uma proposta de hermenêutica filosófica. Por isso, queremos sugerir a invasão da hermenêutica filosófica – de viés gadameriano – no processo de produção da legislação. Daí a afirmação de que o ato de produção legislativo (também) é um ato hermenêutico<sup>65</sup>. Mas não é apenas hermenêutico porque incorpora a integridade do Direito no instante da produção da lei; é hermenêutico porque há uma superação do modelo da formação da vontade pelo “consenso” habermasiano no processo legislativo.

Já referimos que, para Habermas, “una proposición es verdadera o correcta si puede verse como la conclusión a la que llegarían por consenso agentes racionales que siguieran ciertas reglas de discusión”<sup>66</sup>. Ocorre que, quando se respeita a integridade do Direito no processo legislativo, o legislador não se vincula ao consenso, mas ao princípio – integridade, coerência e devido processo legal – que

---

<sup>61</sup> HABERMAS, 2007, p. 245.

<sup>62</sup> HABERMAS, 2007, p. 245.

<sup>63</sup> HABERMAS, 2007, p. 245-246.

<sup>64</sup> HABERMAS, 2007, p. 118.

<sup>65</sup> HOMMERDING, 2007, p. 269.

<sup>66</sup> HOMMERDING, 2007, p. 69.

não está desconectado da política. Nesse sentido, embora a lei seja produzida em um ambiente de influências de consensos, de interesses de grupos determinados, setorizados, o discurso jurídico no âmbito legislativo não pode ser considerado como um caso especial de discurso prático racional, devendo respeitar o Direito como Integridade<sup>67</sup>. Partindo da concepção de que a legalidade pode gerar legitimidade no momento em que os discursos morais são institucionalizados, tais discursos não se “libertam” do princípio, ainda que se esteja falando de discussão pública gerada no âmbito do sistema político.

Sendo assim, embora se aceite a ideia procedimentalista de que a legalidade pode gerar legitimidade, ou de que o consenso se mostra como um modelo democrático de legitimidade no processo, o que queremos demonstrar, nos termos da Crítica Hermenêutica do Direito, é que não é possível produzir qualquer legislação com o sustentáculo no consenso.

Nesse cenário, emerge a tese que sustentamos: o legislador não pode institucionalizar qualquer consenso. Dito de outra maneira: nem toda legislação (“verdade legislativa”) pode ser produzida sobre um ideal de fala gerado pelo consenso.

## **A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E A ATIVIDADE DE PRODUÇÃO LEGISLATIVA**

**A contribuição da hermenêutica filosófica (ou filosofia hermenêutica) para o problema da cisão dos discursos de fundamentação/aplicação**

113

Aristóteles sustentou a existência de duas filosofias: (1) uma teórica, baseada na observação da realidade pelo verdadeiro/falso; e (2) uma prática, que buscou no agir concreto uma resposta para o certo/errado. Aqui a razão humana (sujeito) “gravitava” em torno do objeto. Foi com Kant que essa metafísica dicotômica aristotélica se transformou. Kant concebia uma razão pura e uma razão prática, mas alterou significativamente o modelo teórico de Aristóteles, ao comparar a metafísica com a revolução produzida por Nicolau Copérnico, em relação à posição da Terra na astrofísica, que comprovou que o Planeta não era o centro, mas o entorno. Essa interdisciplinariedade adotada por Kant possibilitou enfrentar o “problema do conhecimento” e afirmar que (1) os sujeitos possuem as condições de possibilidade de conhecer qualquer coisa, bem como (2) os sujeitos possuem as regras pelas quais os objetos podem ser conhecidos. Na correta interpretação dada por Lenio Luiz Streck, Kant inverteu o modelo de Aristóteles ao sustentar que os objetos é que “gravitam” em torno do sujeito (sujeito-objeto). Contudo, no modelo kantiano ainda permanecia a separação entre razão teórica e razão prática, que só com Martin Heidegger foi afastada. A partir de Heidegger, a razão prática é aproximada da razão teórica e desloca o

---

<sup>67</sup> HOMMERDING, 2007, p. 83.

solipsismo subjetivista para o intersubjetivo de fundamentação (pré-compreensão). A concepção heideggeriana funda-se, pois, no “círculo hermenêutico”, interligando a razão prática à razão teórica. A contribuição de Heidegger na filosofia a partir da pré-compreensão é fundamental para, no Direito, se extrair a “resposta adequada” como resultado da institucionalização do mundo prático pelos princípios para, a partir daí, romper com a concepção de que o Direito (objeto) seria produto do próprio sujeito do conhecimento (solipsismo)<sup>68</sup>.

É nesse cenário que Lenio Streck apresenta uma crítica à hermenêutica. O pensamento de Streck, com inspirações em Friedrich Müller e Ernildo Stein, este iluminado por Heidegger e Gadamer, é o de que a hermenêutica “introduz na relação texto-norma a diferença ontológica (*ontologische Differenz*), locus do mundo prático que é afastado pelas diversas teorias discursivas-procedurais”, buscando a superação da dicotomia “regra-princípio”, e, com isso, arredando a possibilidade de “repristinção da subsunção e da dedução para os assim denominados ‘casos simples’”, uma vez que, para “as teorias argumentativas, os casos simples são resolvidos dedutivamente”<sup>69</sup>.

O mote da crítica – ou, ao menos, um dos pilares da sua crítica – apresentada ao Direito por Lenio Streck consiste na superação da “cisão/separação” entre texto e norma. O que Streck deixa bem claro em suas contribuições à hermenêutica do Direito é que “texto não é um enunciado linguístico; texto é evento; norma é produto da interpretação desse texto, portanto, é a condição de possibilidade de sentido do texto”<sup>70</sup>. Isso porque, a partir dessa concepção hermenêutica, Lenio também supera o esquema sujeito-objeto ao afastar a subsunção e a dedução, fenômeno típico das teses procedurais. Lenio, assim, quer se adiantar nesta quadra da história para defender que o Direito deve concretizar direitos no mundo da vida.

A partir do círculo hermenêutico, Streck defende o rompimento do esquema sujeito-objeto com a introdução da pré-compreensão no mundo prático<sup>71</sup>. Quando sustenta que não se pode separar a interpretação da aplicação – sem reducionismos, portanto –, Lenio prepara as condições de possibilidades para a busca da “resposta adequada à Constituição”, arredando, assim, as “discricionariedades interpretativas” e, por conseguinte, o pano de fundo para a defesa das “múltiplas respostas”<sup>72</sup>.

---

<sup>68</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz. (Orgs.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de “Verdade e método”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 153-156.

<sup>69</sup> STRECK, 2011, p. 439.

<sup>70</sup> STRECK, 2011, p. 439.

<sup>71</sup> STRECK, 2011, p. 440.

<sup>72</sup> STRECK, 2011, p. 441-442.

Assim, não é difícil compreender o esforço de Lenio que propugna uma crítica à hermenêutica que reside na busca da abertura do diálogo, sem apagar os procedimentos. A efetividade da Constituição, nesse aspecto, é uma resposta ao esgotamento dos modelos do positivismo jurídico e da dogmática. Daí o porquê da sustentação de Lenio e sua crítica hermenêutica do Direito de que não podemos separar a fundamentação da decisão. Nos dizeres de Lenio, o fundamento é condição de possibilidade para a aplicação. Para explicar tal proposição, o jurista gaúcho se apoia no teorema ontológico-fundamental do círculo hermenêutico de Heidegger e reafirma que “não é possível desdobrar o ato de aplicação em dois momentos: decisão e fundamentação”<sup>73</sup>. Logo, a resposta adequada à Constituição (aplicação) dependerá dos argumentos de fundamentação.

**Por que não há cisão dos discursos de fundamentação/aplicação no âmbito da produção da lei? (ou: por que a tese habermasiana não consegue limitar a discricionariedade dos legisladores?)**

Do que se viu da apresentação mínima das bases da teoria de Habermas, é possível extrair que o procedimentalismo sugere a ocorrência de uma separação entre os discursos de fundamentação e de aplicação. Os discursos de fundamentação propostos por Habermas consistem no “suporte da validade do direito que será aplicada para cada ‘caso’”<sup>74</sup>. Habermas assevera que, por um viés empírico, o sentido da validade do direito somente se explica por meio da sua referência simultânea à sua validade social ou fática (*Geltung*) e à sua legitimidade (*Gültigkeit*). De acordo com o autor alemão, a validade fática somente é determinada pelo grau de imposição perante os membros do direito, ao passo que a legitimidade das regras “se mede pela sua resgatabilidade discursiva pela sua pretensão de validade normativa”<sup>75</sup>.

Streck, porém, sem colocar em questão a viabilidade da aplicação da teoria do discurso habermasiana, entende que esse discurso deve ser considerado “elemento formal, teórico e epistemológico”, e, ainda que a ele tenha sido agregada a ideia de cooriginaridade entre direito e moral, não consegue se elevar à condição de resolver os problemas concretos, ou, na linguagem habermasiana, do mundo da vida<sup>76</sup>.

O que Streck capta com singularidade é uma característica fulcral em relação à teoria habermasiana acerca dos discursos de fundamentação, no que tange à impossibilidade fática de (co)existência da participação pelo procedimento

<sup>73</sup> STRECK, 2011, p. 443-449.

<sup>74</sup> STRECK, 2011, p. 147.

<sup>75</sup> HABERMAS, 2007, p. 25.

<sup>76</sup> STRECK, 2011, p. 147-153.

democrático-igualitário em países como o Brasil<sup>77</sup>. É justamente nessa linha de argumentação que Lenio Streck entende não ser possível a cisão entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação. Isso porque, conforme Streck, ao se separar os direitos conteudísticos dos procedurais, termina-se por incorrer em uma “cisão metafísica”<sup>78</sup>.

Para antes do mister jurisdicional, de igual forma, não há cisão dos discursos de fundamentação/aplicação no âmbito da produção da lei. Em outras palavras: a tese habermasiana não consegue limitar a discricionariedade dos legisladores. Isso porque, nos moldes do que defende a escola inspirada por Streck<sup>79</sup>, o Estado Democrático de Direito não permite ao legislador uma discricionariedade irrestrita na produção das leis. E, se considerarmos que o procedimento habermasiano exige um “ideal” de fala justificado pela participação democrática do “todo”, não há como se enxergar um processo legislativo com a participação (igualitária) popular na criação do Direito. Ainda que se conceba uma “iniciativa” legislativa popular ou até mesmo o plebiscito e o referendo, o discurso travado no procedimento de criação da norma, de fato, não contempla a participação do cidadão. De igual forma, também não podemos afirmar que a fundamentação legislativa pelo procedimento é “democrática” somente em razão da “representação” do povo no Poder Legislativo. Isso somente é verdade em relação ao procedimento. E para por aí. O conteúdo do Direito será objeto de regulação pela “democracia” legislativa representativa no “individualismo” de cada membro do Legislativo. Daí podem surgir as questões de interesses econômico, político etc. – diversas daquelas pretendidas pelo detentor original do poder –, afastando o pretenso ideal participativo de fala.

Essa é umas das razões por que o procedimentalismo, de fato, não obstaculiza a discricionariedade do legislador. Se ao juiz não é dado “dizer qualquer coisa sobre o direito”, nas palavras de Lenio Streck, com maior razão não pode o legislador dizer o que quiser sobre o direito, ou seja, legislar como bem pretender legislar. Os mesmos princípios de coerência e integridade que fundamentam a aplicação do direito para limitar a discricionariedade do juiz também devem ser incorporados no processo legislativo como freios à atividade do legislador. É nesse freio que podemos encontrar a “resposta adequada” à necessidade de legis-

<sup>77</sup> STRECK, 2011, p. 155-158.

<sup>78</sup> STRECK, 2011, p. 158.

<sup>79</sup> Veja-se: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição e hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012; MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in) determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

lar (e o quê legislar). Isso porque essa resposta correta, no âmbito do Legislativo, é uma resposta cuja possibilidade está justamente na limitação de discricionariedade dos legisladores a ser feita pelos princípios<sup>80</sup>, que introduzem a moralidade política no Direito, conforme o que vêm pregando a Teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin e a Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Luiz Streck, baseada nos alicerces gadamerianos e heideggerianos.

### A produção da legislação (também) como atividade hermenêutica

Conceituar hermenêutica não é tarefa tão simples. As definições mais comuns a definem como um método de interpretar textos. Uma melhor compreensão do significado de hermenêutica, porém, é trazida por Streck<sup>81</sup>, com base em Heidegger e Gadamer. De acordo com o autor brasileiro, a “hermenêutica comporta, além desse caráter teórico-descritivo, uma dimensão prescritiva, na medida em que, deste processo descritivo, procura-se estabelecer um conjunto mais ou menos coerentes de regras e métodos para se interpretar e compreender corretamente os diversos textos que povoam o cenário cultural humano, seja no âmbito da arte (literatura, poesia etc.), seja no âmbito religioso (na interpretação dos textos sagrados), seja no âmbito jurídico (na interpretação dos textos de leis, decretos, jurisprudências, etc.”. Para Lenio, a hermenêutica é, como para Gadamer, um “modo-de-ser-no-mundo”.

Conforme Streck, as reflexões hermenêuticas se desenvolvem nas seguintes perspectivas: (1) teórica, que “busca descrever como o processo de interpretação e compreensão se desenvolve”; e (2) prática ou prescritiva, que visa a “atingir um resultado: procura estabelecer regras e métodos que conformem de tal modo o processo de interpretação e compreensão que tornem possível reduzir os erros e mal-entendidos que possam surgir da leitura dos textos”<sup>82</sup>. Daí porque Lenio afirma que “a hermenêutica não pretende apenas reunir um conjunto de conhecimentos teóricos acerca do problema *interpretativo-compreensivo*, mas, na trilha do iluminismo-racionalista, pretende também produzir critérios para afirmação de *certeza e objetividade* no processo de interpretação e compreensão”<sup>83</sup>.

Compreendido o sentido da hermenêutica, emerge a questão proposta: é possível sustentar uma produção legislativa (também) como uma atividade hermenêutica? Mais: é possível falar em “ativismo legislativo” como produto de uma discricionariedade na produção da lei? A hermenêutica desenvolvida quando do processo de criação do Direito pode (rá) se mostrar eficaz no sentido de estabe-

<sup>80</sup> HOMMERDING, 2012, p. 140-143.

<sup>81</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e (m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 233-234.

<sup>82</sup> STRECK, 2011, p. 234.

<sup>83</sup> STRECK, 2011, p. 234.

lecer freios à discricionariedade do legislador? O que se compreende pela afirmação de que a atividade legislativa deve ser orientada por um processo deontológico? A resposta a tais questionamentos será buscada no Direito como Integridade proposto por Ronald Dworkin e na Crítica Hermenêutica de Lenio Streck, com suporte filosófico em Gadamer e Heidegger.

A questão inicial a ser enfrentada está na (im)possibilidade de positivação de direito(s). É consabido que o legislador está atrelado a limites formais no processo de produção do Direito. Também não é novidade que esse legislador, dada sua condição de derivação, não pode produzir textos legais tendentes a modificar “pontos sensíveis” da Constituição. Daí também não pode criar legislação infraconstitucional com tal propósito.

Streck, ao discordar de Luigi Ferrajoli sobre a possibilidade de uma teoria constitucional pós-positivista, afirma que “não é qualquer direito que pode ser positivado (o que contraria a tese da separação ‘direito-moral’)”. Isso porque, no dizer de Streck, a *Constituição é norma*<sup>84</sup>. Nesse ponto, Lenio reconhece a cooriginariedade habermasiana como positiva para reforçar a autonomia do direito, à medida que Habermas institucionalizou a moral no direito, pois a moral não tem força jurídico-normativa, dado que a força coercitiva está no direito. A moral, conforme Lenio, está inserta no direito quando do processo legislativo. Isso interessa sobremaneira ao propósito desta investigação porque Lenio também defende que, no Estado Democrático de Direito, não há espaço (também) para a discricionariedade do legislador “porque ele está vinculado à Constituição”.

Daí a sustentação de Streck no sentido de que (também) o legislador “não pode fazer o que quer”<sup>85</sup>. Bem por isso, a aplicação da Teoria do Direito como Integridade na produção legal serve como limite à atividade (racional?) do legislador.

A partir de uma concepção da filosofia hermenêutica de Heidegger, é possível sustentar que o legislador (não devemos esquecer) é *Ser-af*<sup>86</sup>. O legislador, quando no ofício de produção legislativa, deve(ria) também operar no plano da faticidade para regular o *ter-que-ser*. Isso significa dizer que o *modo-de-ser* do ente, isto é, sua *existência*, receberá as cargas influenciadoras (Direito) produzidas pelo legislador.

Aproveitando o pensamento de Gadamer, podemos encontrar o “ponto de contato” da hermenêutica filosófica proposta por Lenio Luiz Streck com a atividade de produzir leis. Isso significa dizer que a atividade do legislador deve estar vinculada à compreensão. Streck, com base em Heidegger, Gadamer e Stein, dirá

---

<sup>84</sup> STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 76.

<sup>85</sup> STRECK, 2012, p. 77

<sup>86</sup> STRECK, 2012, p. 239-242.

que “compreender é o caráter ôntico original da vida humana mesma”<sup>87</sup>. Gadamer elege o princípio da linguagem como alicerce de sua hermenêutica filosófica, que desencadeia a “giro linguístico”<sup>88</sup>. A partir daí, Gadamer se apoia na *faticidade* e na *historicidade* para defender a “pré-compreensão” como possibilidade para qualquer interpretação<sup>89</sup>. Por isso que Streck dirá que só é possível a interpretação se se compreende; e somente se compreende se se possui a pré-compreensão, esta “constituída de uma estrutura prévia (*Vorhabe*), visão prévia (*Vorsicht*) e concepção prévia (*Vorgriff*), que já une todas as partes (textos) do ‘sistema’”<sup>90</sup>. Logicamente, aplicando-se ao legislador, não se deve duvidar de que ele necessite compreender para interpretar e, para compreender, carece da pré-compreensão.

Segundo Streck, a maior contribuição de Gadamer foi a de sustentar que não se interpreta por partes, ou seja, a *applicatio* ocorre em um momento único. Além disso, Gadamer afirma que não se pode reproduzir o sentido, pois o processo hermenêutico é sempre produtivo, isto é, o intérprete não pode se equiparar ao leitor originário<sup>91</sup>. Logo, o legislador também é (deve ser) um intérprete. Para se produzirem leis é necessário primeiro compreender o “sentido da Constituição”, além do sentido das demais normas, já existente no mundo da vida. Por isso não é privilégio dos “operadores do direito” o “saber interpretar”. Longe disso. O legislador, com maior razão, deve assumir o papel de “intérprete” para “retirar” do(s) texto – em especial, da norma constitucional e dos contextos, do mundo da vida – o sentido (*Sinngebung*) que o texto “possui-em-si-mesmo”<sup>92</sup>. Em outras palavras: não há cisão na hermenêutica para atribuir a interpretação “A” aos operadores do Direito e a interpretação “B”, aos legisladores.

Afinal, o legislador não pode ser considerado um intérprete do Direito? Claro que sim.

O que parece ficar evidente é que não existe uma “pretensa” originalidade em texto.

Se o texto é um evento, para produzir o Direito, o legislador precisa compreender os eventos do mundo da vida para interpretar o seu sentido, o sentido do(s) texto(s) já existente(s), do(s) evento(s). É evidente que não temos como exigir um *expert* do direito para fazer leis, mas é necessária a pré-compreensão. Em outras palavras: não se escreve o que não se conhece. Mais do que isso: não basta o conhecimento do(s) “procedimento(s)”. Isso por si só é tarefa fácil. O desafio é dar um “sentido” ao novo texto a ser construído a partir de uma pré-compreensão holística do sistema jurídico.

<sup>87</sup> STRECK, 2012, p. 248.

<sup>88</sup> STRECK, 2012, p. 271.

<sup>89</sup> STRECK, 2012, p. 271.

<sup>90</sup> STRECK, 2012, p. 271.

<sup>91</sup> STRECK, 2012, p. 272.

<sup>92</sup> STRECK, 2012, p. 243.

## CONCLUSÃO

O ofício de fazer leis não pode ser visto com algo formal. Afinal, é a partir desse agir do Estado-legislativo que se limitam os direitos e garantias e, ao mesmo tempo, se impõe ao particular ou ao próprio Estado o dever de fazer algo. Isso se traduz no viés negativo do princípio da legalidade. Contudo, são essas mesmas legislações que pautarão a conduta dos órgãos públicos. Por isso que tanto se ouve dizer que ao particular é permitido fazer tudo o que a lei não proíbe e, ao Estado, somente é permitido fazer algo que a lei autoriza. Isso é próprio do Estado (Democrático) de Direito. O sistema do direito, para falar em termos sistêmicos, é fundado nessa dicotomia legal/ilegal.

O que se tem notado há algum tempo é uma (pré)ocupação da doutrina com as decisões judiciais. Isso porque a decisão judicial é a “lei” para o caso concreto, podendo apenas produzir efeitos para as partes litigantes e, às vezes, estender sua eficácia para terceiro, naquilo que se classifica com efeitos *erga omnes*. Muitos dos estudos acerca das decisões judiciais buscam uma forma de tornar a prestação jurisdicional menos arbitrária e discricionária, a fim de evitar que o juiz seja solipsista e “dono” dos “sentidos da lei”. Todo esse esforço visa combater o ativismo judicial.

120

O que se pretendeu ao longo desse texto foi suscitar a possibilidade de se aplicar ao legislador – na medida do possível – os mesmos compromissos que o juiz deve ter na aplicação da lei. Isso significa dizer – embora se reconheça que o legislador aja estrategicamente por argumentos de política – que a produção da legislação deve ser realizada com base em padrões de coerência e integridade, na esteira da Teoria do Direito com Integridade, de Ronald Dworkin.

Dessa forma, nossa pretensão, aqui exposta, consistiu na sustentação da tese no sentido de que também se faz necessária uma integridade legislativa como condição de possibilidade da limitação da discricionariedade dos legisladores. Para tanto, analisando as premissas habermasianas, objetivou-se defender a aplicação da Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Luiz Streck e suscitar – ainda que se aceite a ideia procedimentalista de que a legalidade pode gerar legitimidade, ou de que o consenso se mostra como um modelo democrático de legitimidade no processo – que não é possível produzir nenhuma legislação com o sustentáculo no consenso. Daí por que apontamos um problema da verdade no consenso no processo legislativo pensado a partir do procedimentalismo.

O que queremos destacar é que o legislador não pode institucionalizar nenhum consenso, ou seja, que nem toda legislação (“verdade legislativa”) pode ser produzida sobre um ideal de fala gerado pelo consenso. Além disso, assim como ocorre na formação da decisão judicial, apoiamo-nos na hermenêutica filosófica (ou filosofia hermenêutica) para identificar o problema da cisão dos discursos de fundamentação/aplicação e sugerir que não pode existir cisão dos discursos

de fundamentação/aplicação no âmbito da produção da lei. Dito de outro modo, na medida em que se opera a partir desses dois níveis (fundamentação-aplicação), da mesma maneira que acontece nas decisões judiciais, não se consegue limitar a discricionariedade dos legisladores. Dessa forma, entendemos que é perfeitamente possível sustentar que a produção da legislação (também) deve ser vista como atividade hermenêutica.

## REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1997.

ATIENZA, Manuel. Contribución para una teoría de la legislación. In: CARBONELL, Miguel; PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía (Orgs.). *Elementos de técnica legislativa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editora, 2000.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo de Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Tradução de Sandra Lippert. São Paulo: Instituto Piaget, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SAAVEDRA, Giovanni Agostini. *Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz. (Orgs.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

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

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

Data de envio: 29/05/2015

Data de aprovação: 31/07/2015