

HERMENÊUTICA E CONSTITUIÇÃO: AS CONSEQÜÊNCIAS DA (INDEVIDA) CISÃO ENTRE *EASY CASES* E *HARD CASES* NO DIREITO

LENIO LUIZ STRECK*

RESUMO: O presente artigo aborda a conhecida dicotomia dos *easy* e *hard cases* sob a perspectiva da hermenêutica constitucional atual. A partir do diálogo entre tal contraponto e outro, também comum, dos princípios e regras, o texto desmi(s)tifica alguns dogmas da moderna teoria jurídica: Desenvolve a noção de que há uma mera diferenciação entre princípios e regras, e não uma significativa discrepância estrutural, discutindo, assim também, o papel de manutenção da integridade do sistema constitucional que devem exercer os princípios. Da mesma forma, rejeita os aportes tradicionais à problemática dos *easy* e *hard cases*, sustentando que a distinção entre estes tampouco é estrutural, encontrado-se, isso sim, na (pré)compreensão do próprio intérprete.

PALAVRAS-CHAVE: *Easy Cases*, *Hard Cases*, Hermêutica, Princípios e Regras.

ABSTRACT: The present article deals with the well-known dichotomy of easy and hard cases under the perspective of current constitutional hermeneutic. Starting from the dialogue between such counterpoint and another one, also common, which is that of principles and rules, the text unveils the myth behind some dogmas of modern legal theory: It develops the notion that there is a mere differentiation between principles and rules, and not a significant structural discrepancy, discussing, likewise, the role of constitutional system safekeeping that principles should play. In the same fashion, it rejects the traditional additions to the problem of easy and hard cases, holding that the distinction between these two isn't structural either, but lays, indeed, in the (pre)conception of the interpreter himself.

KEYWORDS: Easy Cases, Hard Cases, Hermeneutic, Principles and Rules.

SUMÁRIO: 1. De como a dicotomia *easy cases-hard cases* atende a uma exigência do esquema representacional sujeito-objeto. 2. Casos fáceis e casos difíceis: do ôntico ao ontológico – uma questão de compreensão e não de dedução (ou subsunção). A resposta (correta) aos casos difíceis. 3. O valor da *applicatio* (Gadamer): para além das “suficiências ônticas” das regras. 4. Aportes finais.

1. DE COMO A DICOTOMIA *EASY CASES-HARD CASES* ATENDE A UMA EXIGÊNCIA DO ESQUEMA REPRESENTACIONAL SUJEITO-OBJETO

A guinada hermenêutica sofrida pelo direito em tempos de efetivo crescimento do papel da jurisdição – mormente a jurisdição constitucional – acentuou a preocupação

* Professor Titular da UNISINOS-RS; Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da UNISINOS; Doutor e Pós-Doutor em Direito.

em torno da necessidade de discutir as condições de possibilidade que o intérprete tem para a atribuição dos sentidos aos textos jurídicos, uma vez fracassadas as experiências exegético-subsuntivas e as tentativas de controlar os sentidos através de operações lógico-analíticas. As diversas concepções sobre como interpretar e como aplicar têm como objetivo alcançar respostas corretas ou a “melhor resposta”, metódica ou conteudisticamente.

A construção de racionalidades discursivas implicou a substituição da razão prática, questão bem presente nas diversas teorias da argumentação (a teoria do discurso habermasiana, nesse sentido, é também uma teoria da argumentação). Isso fez com que a questão da interpretação fosse alçada ao patamar da argumentação, a partir da construção de racionalidades comunicativas, estabelecendo previamente modos de operar diante da indeterminabilidade do direito. Em outras palavras, ao deslocarem o problema do direito para o discurso e a argumentação, determinadas teorias do direito deixaram de lado o mundo prático, é dizer, o modo-de-ser-no-mundo.

Ocorre que, desse modo, deixou-se de lado a dupla estrutura da linguagem, confundindo-a com a cisão entre *easy e hard cases* (casos fáceis e casos difíceis), em que os primeiros seriam produto de “meras” deduções/subsunções, enquanto os segundos exigiriam a construção de uma racionalidade discursiva que assegurasse condições para uma universalização do processo de atribuição de sentido.

Nesse sentido – e aqui me permito insistir¹ – confunde-se a “era dos princípios” com “abertura hermenêutica” e a conseqüente necessidade da construção de racionalidades de cariz epistemo-metodológicas. A todo tempo é necessário referir: regras não estão ligadas/limitadas à subsunção; princípios não são ínsitos às teorias argumentativas, isto é, os princípios não são “propriedade” das teorias argumentativas...! Em outras palavras, princípios não se constituem em álibis teóricos para suplantarem problemas metodológicos oriundos da “insuficiência” das regras. Não são, portanto, “mandados de otimização” ou postulados interpretativos. Devem, sim, ser compreendidos no contexto da ruptura paradigmática pela qual se superou o positivismo (afinal, esta não é a era pós-positivista?).

Do mesmo modo, as teorias da argumentação, nas suas diversas acepções ou modelos, não se constituem em “reserva hermenêutica” para resolver *hard cases*. Fosse isso verdadeiro e seria difícil responder à pergunta acerca de como se interpretava antes do surgimento das teorias da argumentação. É como se a elaboração do procedimento apto à universalização dos discursos fundamentadores partisse de um marco zero, ignorando a pré-compreensão antecipadora, isto é, como se um *easy case* fosse um *easy case* em si (como se contivesse uma essência) ou como se ele mesmo não pudesse ser um *hard case* ou, ainda, como se a identificação do que seja um *easy case* pudesse ser feita previamente, proceduralmente.

Esse equívoco de distinguir *easy e hard cases* é cometido tanto pelo positivismo

¹ Remeto o leitor, para uma melhor compreensão, ao meu *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

de Hart como pelas teorias discursivo-procedurais que vão desde Habermas² e Günther³ até Alexy⁴ e Atienza⁵, para citar apenas estes. De Habermas é possível extrair a tese de que o problema da razão prática – e, portanto, a necessidade de superar o sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*) e a justificação posterior de suas ações “egocêntricas” – somente se torna necessária no plano da justificação de *atos mais complexos*. Assim, os “casos simples” prescindem dessa fundamentação prévia, elaborada com a obediência de todos os requisitos da formação discursiva (situação ideal de fala). A pergunta solipsista “o que devo fazer” vem substituída pela pergunta “o que se deve fazer?” diz Habermas. E esse dever não pode depender de fins e preferências subjetivas.

Portanto, em Habermas, a razão comunicativa torna-se necessária para resolver problemas da fundamentação que passem pelo teste de universalização, isto é, a razão prática solipsista possibilita apenas que se faça um teste de universalização egocêntrica, quando surge uma insuficiência no plano da explicação do agir em uma razão prática. Já Klaus Günther faz a sua teoria distinguindo discursos de fundamentação e discursos de aplicação, buscando solucionar os casos difíceis. Pois Habermas constrói a teoria do discurso preocupado com a fundamentação prévia *para resolver questões complexas da razão prática*. E, desse modo, a substitui. Afinal, como ele mesmo diz, não é necessário que se pergunte acerca das questões triviais ou débeis.

O problema da razão prática, assim, não estaria nas decisões sobre questões simples. A fundamentação de decisões sobre temáticas complexas demanda, para Habermas, um deslocamento do problema da fundamentação em direção a uma razão comunicativa que permita a interação entre os indivíduos que objetivam o entendimento, sendo que, para isso, devem empreender determinadas idealizações, como que suspendendo o contexto. Para Habermas, se antes o agir estava determinado por um sujeito que, em face das questões complexas, necessitava justificar posteriormente os seus atos; *agora, com a epistemologização da fundamentação*, transfere-se esta carga do sujeito para a coletividade, a partir de uma formação discursiva forjada em uma racionalidade comunicativa, intersubjetiva.

Em síntese, o que a concepção acerca da existência de casos simples e difíceis de Habermas, Günther e Dworkin têm em comum é o fato de eles considerarem, nos *hard cases*, que os princípios (critérios) para solvê-los não se encontram no plano da aplicação, mas, sim, devem ser retirados de uma “história jurídica” que somente é possível no plano de discursos *a priori* (no fundo, discursos de fundamentação prévios).

Embora Dworkin também faça essa distinção (veja-se: ele distingue, mas não

² HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 1998; Reply to may critics. In: TOMPSON, J.; HELD, D. (Eds.). *Habermas. Critical Debates*. London: 1982; *Verdade e justificação*. São Paulo: Loyola, 2004; *Aclaraciones a la ética del discurso*. Madrid: Trotta, 2000.

³ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004; *The sense of appropriateness*. New York: State University of New York, 1993.

⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: CEC, 1989; Justification and Application of Norms. *Ratio Juris*, vol. 6, n. 2, jul/1993.

⁵ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. Teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2002; Argumentación jurídica. In: Garzón Valdés, E. (Org.). *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta, 2000.

cinde), o faz por outras razões. Dworkin⁶ trabalha com a noção de “casos difíceis” a partir da crítica que elabora ao positivismo discricionário de Hart. A diferença é que Dworkin não distingue discursos de fundamentação de discursos de aplicação. Conseqüentemente, não “desobriga” ou “desonera” o juiz (discursos de aplicação) da elaboração dos discursos de fundamentação, que se dão previamente. É a integridade do direito e sua reconstrução que devem dar as condições para a resposta correta nos casos difíceis. Mas – e essa diferença é de fundo –, esse “lugar” onde se “localizam” os princípios que serão aptos à resolução do caso não é dado *a priori* e de forma descontextualizada. De fato, para Dworkin, nos casos difíceis, se os princípios não são criados pelas autoridades de aplicação, também não são previamente dados, em um plano contrafactual. Dworkin, contrapondo-se ao formalismo legalista e ao mundo de regras positivista, busca nos princípios os recursos racionais para evitar o governo da comunidade por regras que possam ser incoerentes em princípio. É nesse contexto que Dworkin trabalha a questão dos *hard cases*, que incorporam, na sua leitura, em face das dúvidas sobre o sentido de uma norma, dimensões principiológicas, portanto, não consideradas no quadro semântico da regra.

Distinguir casos simples de casos difíceis não é o mesmo que cindir casos simples de casos difíceis. Essa pode ser a diferença entre a dicotomia *hard* e *easy cases* de Dworkin e a das teorias discursivo-procedurais. Cindir *hard cases* e *easy cases* é cindir o que não pode ser cindido: o compreender, com o qual sempre operamos, que é condição de possibilidade para a interpretação (portanto, da atribuição de sentido do que seja um caso simples ou um caso complexo). Afinal, *como saber se estamos em face de um caso simples ou de um caso difícil? Já não seria um caso difícil decidir se um caso é fácil ou difícil?*

Para que se entenda tal problemática – e o socorro vem da percuciente análise de Stein –, é preciso ter presente que, em todo processo compreensivo, o desafio é levar os fenômenos à representação ou à sua expressão na linguagem, chegando, assim, ao que chamamos de objetivação. Isso naturalmente tem um caráter ôntico, uma vez que é a diversidade dos fenômenos e dos entes que procuramos expressar referindo-nos a esse ou àquele fenômeno ou ente. Quando chegamos ao final de tais processos de objetivação, realizamos provavelmente aquilo que é o modo máximo de agir do ser humano. Entretanto, esse resultado da objetivação pressupõe um modo de compreender a si mesmo e seu ser-no-mundo que não é explicitado na objetivação, mas que podemos descrever como uma experiência fundamental que se dá no nível da existência e que propriamente sustenta a compreensão como um todo.⁷

Por isso, a cisão entre *easy cases* (casos simples) e *hard cases* (casos difíceis) é metafísica, porque, em um primeiro momento, antes da distinção – que tem o caráter causal-explicativo –, já há um compreender antecipador, pré-compreensivo, de caráter existencial, em que se enraízam estes dois elementos de caráter epistemológico. *Na medida em que se chega a esse nível e se faz a concessão de que “é possível fazer a*

⁶ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977; *Law's Empire*. Londres: Fontana Press, 1986.

⁷ STEIN, Ernildo. *Nas proximidades da antropologia*. Ijuí: Unijuí, 2003, pp. 113 e segs.

cisão”, *sobra uma questão essencial*: acredita-se que no *easy case* há uma espécie de naturalismo, enfim, que há apenas uma explicação, que emergiria de um raciocínio dedutivo.

Já no *hard case* ocorreria – a partir desta distinção – uma complexidade trazida pelo modo de ser-no-mundo e, por ser trazido desse modo (compreensivo), não seria possível reduzi-lo a uma simples explicação causal. Na verdade, o explicar – utilizado para o que se classifica de *easy case* – é da ordem da causalidade; já o compreender é da ordem do acontecer hermenêutico (não procedimental).

Dito de outro modo, *a separação entre casos simples e casos difíceis atende a uma exigência do esquema sujeito-objeto*. Essa cisão, entretanto, é apenas objetivista, metodológica, de teoria do conhecimento. Só que, quando determinada teoria discursiva-argumentativa opera com tal distinção estrutural, não se dá conta de que ali existem dois tipos de operar: no caso assim denominado simples, o operar explicativo, que é da ordem da causalidade; no caso complexo, não adianta trazer a causalidade, porque é necessário ampliar o processo.

Há, assim, uma “insuficiência” no processo de conhecimento, que não “dá conta do caso” – que já então não é mais um *easy case*. Ocorre que, ao contrário do que se acredita na teoria da argumentação, isso não se define em uma relação meramente ôntico-explicativa. É preciso compreender que nessa relação ôntico-explicativa (causal) já ocorre – como condição de possibilidade – o acontecer da diferença ontológica (*ontologische Differentz*).⁸

Veja-se, nesse sentido, que, embora críticos do positivismo, autores como Alexy e MacCormick fazem equivocadamente essa divisão entre “procedimentos interpretativos próprios para casos simples” e “procedimentos interpretativos para resolução de casos difíceis”, ao considerarem que os casos jurídicos fáceis (simples) são resolvidos pelo juiz a partir de inferência lógico-dedutiva. Essa justificação de índole lógico-dedutiva é sempre necessária, porém, por vezes, é necessário algo mais, aduzem. A Teoria da Argumentação Jurídica seria, assim, um *plus* em relação à mera justificação lógico-dedutiva – espécie de justificação interna (assim a denomina Alexy, enquanto MacCormick chama a esse procedimento de “justificação de primeiro nível”). Ou seja, quando o raciocínio lógico-dedutivo não consegue “dar conta” do problema, busca-se socorro na *Teoria da Argumentação Jurídica*. Na mesma linha, considero equivocada a tese de Atienza, para quem “quando as premissas contêm toda a informação necessária e suficiente para chegar à conclusão, argumentar é um processo dedutivo”.⁹

Assim, quando procuro demonstrar que a distinção estrutural (ou cisão) entre casos simples e casos difíceis é metafísica, não estou excluindo a dimensão da

⁸ A diferença ontológica é um dos teoremas fundamentais da ontologia fundamental heideggeriana, que retrabalho naquilo que denomino de uma Nova Crítica do Direito, remetendo o leitor para STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁹ Ver, para tanto, ATIENZA, Mantel. *As Razões do Direito*. Teorias da Argumentação Jurídica, op.cit. pp. 231 e segs; ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, op.cit.; MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978.

causalidade e tampouco a possibilidade de que os assim denominados casos simples ocorram de forma objetivada. O que procuro questionar, com base no paradigma hermenêutico (fenomenologia hermenêutica),¹⁰ é que – em relação à distinção *easy-hard cases* – a dimensão da causalidade não pode esconder a explicação *de sua origem essencial*. Ao fazer a distinção entre as operações causais-explicativas (deducionismo)

¹⁰ Para uma discussão mais aprofundada sobre a hermenêutica de matriz gadameriana-heideggeriana, ver meu *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, op.cit., e *Verdade e Consenso – Hermenêutica, Constituição e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*, 2ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007. Nesse sentido, cabe, desde logo, uma advertência: a matriz hermenêutica (fundada na ontologia fundamental) não deve ser entendida como uma “adaptação” de teorias filosóficas ao direito, como se a filosofia fosse uma “capa de sentido” de um conhecimento jurídico desprovido de capacidade crítica. Do mesmo modo, não se trata de “heideggerizar” ou “gadamerizar” o direito, a partir de um ingênuo acoplamento de sofisticadas teorias de sofisticados filósofos. A utilização da filosofia hermenêutica e da hermenêutica filosófica – e é importante ter-se claro a diferença entre essas duas noções – dá-se na exata medida da ruptura paradigmática introduzida principalmente por Heidegger (e também por Wittgenstein) nos anos 20-30 do século XX, a partir da introdução do mundo prático na filosofia. Mais do que um *linguistic turn* – afinal, também o neopositivismo, com todas as suas insuficiências, enquadra-se nessa primeira viravolta – o que ocorreu foi um giro linguístico-ontológico. Foi essa alteração radical na estrutura do pensamento que proporcionou a ruptura com os paradigmas objetivista e subjetivista. Não há dúvida que o conceito de mundo (ser-no-mundo) veio trazer a radical inovação de um *a priori* novo que precede qualquer discurso, em lugar da idéia do objetividade e da subjetividade como elementos transcendentais/estruturantes de qualquer discurso (observe-se a dimensão dessa questão no plano do “discurso” jurídico, por exemplo). Trata-se, a toda evidência, de um conceito que descreve um acontecer que já sempre envolve quem fala e aquele de quem se fala e que é possível ser explicitado em seu funcionamento prévio (eis a introdução do mundo prático, pois). Daí a questão da pré-compreensão (veja-se, a propósito, como a pré-compreensão tem sido banalizada, mal compreendida no direito; pré-compreensão tem um sentido transcendental e não ôntico-epistêmico). Essa autêntica “revolução copernicana” não foi apenas relevante para o direito, mas para a totalidade da estrutura do pensamento da humanidade. Aliás, quando falo em ruptura, quero acentuar um deslocamento daquilo que era pretendido nos e pelos paradigmas anteriores, cujos propósitos foram transformados em um mero elemento objetificador das condições de possibilidade que, apesar de terem seu sentido em uma epistemologia, labora(ram) no equívoco do qual são o fundamento último, desconhecendo que há sempre um acontecer de uma compreensão prévia compartilhada em todas as formas transcendentais da metafísica. A partir daí, já não se fala em *fundamentum inconcussum*, e sim, no compreender e nas suas condições de possibilidade; enfim, salta-se da epistemologia para a ontologia (ontologia fundamental). A pergunta que se faz aos críticos da “utilização” de Heidegger e Gadamer no direito – que vêm principalmente do campo filosófico – é: *por que o direito estaria “blindado” às influências dessa revolução paradigmática?* Aliás, talvez por assim se pensar é que o direito continua até hoje refém, de um lado, do objetivismo (metafísica clássica) e, de outro, do solipsismo próprio da filosofia da consciência (metafísica moderna). Penso, assim, que os críticos (refiro-me especialmente àqueles advindos da filosofia e da sociologia) que olham de soslaio o crescimento do uso da ontologia fundamental no direito deveriam observar melhor esse fenômeno e, quem sabe, implementar pesquisas na área do direito, assim como cada vez mais os juristas fazem pesquisas na área da filosofia (não para transformar a filosofia em um discurso otimizador do direito, mas como condição de possibilidade; por isso, a expressão que cunhei “filosofia no direito” e não “do direito”). Na expressão “filosofia no direito”, o “no” quer dizer o espaço da introdução do “mundo” no direito. O “no” é “ser em”. É condição de possibilidade. Como se sabe, é no conceito de mundo que está a superação dos dualismos metafísicos. É por ele que entra o “modo-de-ser-no-mundo”. É por ele que os “conceitos plenipotenciários” do direito sangram. Em outras palavras: penso que o direito é um fenômeno bem mais complexo do que se pensa...! O direito não é uma mera racionalidade instrumental, como sempre quiseram as posturas positivistas e seus sucedâneos. Isso implica reconhecer que fazer filosofia no direito não é apenas pensar em levar para esse campo a analítica da linguagem ou que os grandes problemas do direito estejam na mera interpretação dos textos jurídicos. Isso seria subestimar o direito e a capacidade reflexiva dos juristas preocupados com um direito que, fundamentalmente, possui um sentido prático-normativo.

destinadas a resolver os casos simples e as “ponderações” calcadas em procedimentos que hierarquizam cânones e princípios (ou postulados hermenêuticos) para solver os casos complexos, reduz-se o elemento essencial da interpretação a uma relação sujeito-objeto.

Acreditar na cisão entre casos fáceis e casos difíceis é pensar que o direito se insere em uma “suficiência ôntica”, enfim, que a “completude” do mundo jurídico pode ser “resolvida” por raciocínios causais-explicativos, em uma espécie de “positivismo da causalidade”. Pensar assim é esquecer que essa “metafísica da causalidade” é apenas uma etapa necessária para chegarmos aos entes. Entretanto, não é suficiente, pois, presa à causalidade (afinal, como diz Atienza, sem discordância das demais teorias da argumentação, casos simples se resolvem *dedutivamente*, isto é, são os casos que demandam respostas corretas que não são discutidas), ela não atinge os entes em seu acontecer (na sua compreensão).

Há, pois, um equívoco em pensar que exista uma espécie de “institucionalização” de casos fáceis e casos difíceis, como se fosse possível colocar um divisor entre ambos. É como se existissem casos simples e casos difíceis em si, *já de antemão demarcados*. O problema é saber em que momento “a suficiência ôntica”, que possibilita a resolução dos casos simples, “exige” o algo a mais, isto é, em que momento essa “falta de sentido” permite que se esteja diante de um caso difícil.

O que as teorias argumentativas em geral não levam em conta é que, antes da explicação causal (se se quiser, o raciocínio subsuntivo-dedutivo), há algo mais originário e que é condição de possibilidade de qualquer explicação causal. Trata-se da pré-compreensão, da antecipação de sentido, em que o horizonte de sentido (pré-juízos) limita o processo de atribuição de sentido. Essa dimensão pré-compreensiva, forjada no mundo prático (faticidade), não é um elemento formal, traduzível por regras de argumentação, por exemplo, como se fosse um caminho para algo. Essa dimensão ocorre em uma totalidade de nossa realidade, a partir da conjunção de múltiplos aspectos existenciais, que fazem parte de nossa experiência (faticidade, modo-de-ser-no-mundo) e são, portanto, elementos a que temos acesso mediante o esforço fenomenológico de explicitação.

Esses elementos existenciais, que conformam nossos pré-juízos e a consciência da história efetual (*Wirkungsgeschichtliches Bewußtsein*), situam-nos para além das explicações causais, pela simples razão de que resultam de uma autocompreensão que não pode ser reduzida – como fazem as teorias discursivas nos casos fáceis – a relações de causa e efeito. O simples objetivismo, resultante de raciocínios causais-explicativos, não subsiste em face da complexidade das relações sociais (são, pois, as contingências).

Ou seja, não se nega que possam existir casos simples; *o problema está no fato de que é impossível uma institucionalização de casos simples e casos difíceis*. No plano da fenomenologia hermenêutica, mesmo em face de uma “suficiência ôntica” que se expresse em um caso fácil (raciocínio causal-explicativo), já estarão dadas – em face da pré-compreensão – as condições para um “ir além”, na direção de um acontecer (ontológico não no sentido clássico, mas, sim, da ontologia fundamental),

isto é, mesmo que o acontecer possa ser dar de forma objetivada, sempre já existe um indicador a partir do qual essa objetivação faz sentido.

Definitivamente, o intérprete não escolhe o sentido que melhor lhe convier. *O intérprete também não escolhe o que seja um caso fácil e um caso difícil.* O resultado da interpretação não é um resultado de escolhas majoritárias e/ou produto de convencionalismos. Insisto: não se trata, evidentemente, de verdades ontológicas no sentido clássico. Claro que não! Os sentidos não estão “nas coisas” e, tampouco, na “consciência de si do pensamento pensante”. Os sentidos se dão intersubjetivamente. Conseqüentemente, na medida em que essa intersubjetividade ocorre *na e pela* linguagem, para além do esquema sujeito-objeto, *os sentidos arbitrários estão interditados.*

2. CASOS FÁCEIS E CASOS DIFÍCEIS: DO ÔNTICO AO ONTOLÓGICO – UMA QUESTÃO DE COMPREENSÃO E NÃO DE DEDUÇÃO (OU SUBSUNÇÃO). A RESPOSTA (CORRETA) AOS CASOS DIFÍCEIS

Isso faz com que se retorne, sempre, ao contraponto “regra-princípio”, “lei-Constituição”, “subsunção-atribuição de sentido”, dicotomias nas quais estão assentados os problemas oriundos dessa “afirmação decorrente do caráter hermenêutico do direito” e daquilo que está insito a essa “guinada-do-papel-do-direito-no-neoconstitucionalismo”: o controle dos atos de jurisdição; enfim, os atos dos intérpretes do direito (controlá-los significa uma aposta hermenêutica).

Inserido no imaginário positivista – em seus vários matizes –, parcela considerável de juristas não percebeu que o ponto de ligação com a filosofia (processo de compreensão ainda sustentado no esquema sujeito-objeto, que mutila a interpretação do direito) se dá exatamente no fato de que o direito, entendido como conjunto de regras, procura(va), a partir de uma metodologia fulcrada no método, abarcar a realidade onticamente (logos apofântico), possibilitando-se que, de forma causalista-objetivista, “desse conta” de suas complexidades a partir da adjudicação de teorias acerca de como devem proceder os intérpretes quando colocados em face dos assim denominados “casos difíceis”.

Ora, a inserção da faticidade se dá através de um direito novado, produzido democraticamente e colocando ênfase nos princípios (lembremos a co-originariedade entre direito e moral de que corretamente fala Habermas), que, para além do causalismo-explicativo de caráter ôntico, vai situar as pretensões, funções e perspectivas de transformação no campo do acontecer de caráter ontológico (não clássico). Daí a questão de fundo para a compreensão do fenômeno: antes de estarem cindidos, há um acontecer que aproxima regra e princípio em duas dimensões, a partir de uma anterioridade, isto é, a condição de possibilidade da interpretação da regra é a existência do princípio instituidor. Portanto, é um algo que antecipa o sentido que deve ser dado ao direito nesta quadra da história.

Ou seja, a regra está “subsumida” no princípio. Mas isso não significa afirmar que as regras dependem dos princípios. E nem estes dependem de outros princípios. O que se quer dizer – e isso parece que não é bem entendido – é que entre regras e princípios há uma diferença, que não é lógico-estrutural. Princípios são textos, como regras são textos. E textos são eventos (e não meramente “enunciados lingüísticos”).

Quando afirmo que a regra está subsumida no princípio ou que o mundo prático – representado pela dura faticidade (promessas da modernidade incumpridas, mormente em países de modernidade tardia) que engendrou a construção democrática desse especial modelo de direito, que é o do Estado Democrático de Direito – ingressa no direito a partir dos princípios, significa que, em sendo o direito formado por textos jurídicos, cada texto jurídico tem uma motivação, ou seja, o enunciado possui uma motivação (*Jede Aussage ist motiviert*), que não está simplesmente à disposição dos intérpretes do direito. E se o neoconstitucionalismo está assentado em preceitos e princípios – e isso faz parte da tradição – não se pode ignorar o papel fenomênico dos princípios constitucionais.

Não se pode negar a tradição representada pela “evolução” do direito. É impossível negar que o direito do modelo liberal-individualista (formal-burguês) estava assentado no modelo de regras. Moral, valores, política, tudo fora expungido. E para tanto, as regras tinham uma determinada função. Os princípios – que eram os “gerais do direito” – tinham a função positivista de “fechar” o sistema, que explicitavam mais fortemente a prerrogativa de os juízes agirem de forma discricionária (o que levou, de forma inexorável, à decisionismos e arbitrariedades).

A assim denominada “era dos princípios” representa simbolicamente a ruptura com o modelo de regras. Os direitos humanos-fundamentais-sociais ingressam – enquanto mundo prático – por intermédio da principiologia (que, evidentemente, pode levar à infundáveis discussões acerca da “distinção estrutural” entre preceitos e princípios; só que essa é uma discussão semântica). Mas antes da distinção (que não é a mesma coisa que diferença), há algo que se antecipa, isto é, a questão que sustenta a revolução copernicana proporcionada pelo *ontologische Wendung*, condição de possibilidade para a superação de qualquer dualismo decorrente do esquema sujeito-objeto. Se não há entes desnudos, ou seja, o ente só é (algo enquanto algo) no seu ser (essa é a diferença ontológica), não é possível falar em regras que não digam respeito a algo (não há conceitos em abstrato). Conseqüentemente, estas regras (que podem ter característica de princípio e vice-versa)¹¹ somente podem ser compreendidas à luz da diferença entre texto jurídico e o sentido que este texto adquire a partir de sua aplicação (aqui ingressa a faticidade, o modo prático de ser no mundo).

A analítica e as atividades procedurais – assim como a distinção (cisão) entre discursos de aplicação e discursos de justificação – chegam tarde nessa operação compreensivo-aplicativa. Em síntese, a diferença entre regra e princípio significa apenas que, nos “casos simples” (utilizando, aqui, argumentativamente, a distinção que a teoria da argumentação faz), a regra apenas encobre o princípio, porque

¹¹ A diferença ontológica (*ontologische Differentz*) – por mim trabalhada desde Verdade e Consenso (op.cit) – entre regra e princípio e que supera, portanto, as dimensões decorrentes de distinções semânticas, não implica a “transformação de uma regra em um princípio ou vice versa”, porque, neste caso, ocorre a entificação da regra ou do princípio. Com isso, perde-se a dimensão hermenêutica (é como transformar um princípio em um “sentido acumulado” de um precedente com pretensão de universalidade, como ocorre com as súmulas vinculantes no Brasil, por exemplo). Aqui reside também a questão relacionada à subsunção/dedução: a entificação de uma regra ou de um princípio reduz a discussão da interpretação ao nível apofântico.

consegue se dar no nível da pura objetivação. Havendo, entretanto, “insuficiência” (sic) da objetivação (relação causal-explicativa) proporcionada pela interpretação da regra, surge a “necessidade” do uso dos princípios. Na hermenêutica, entretanto, não surge essa “necessidade” do uso dos princípios como “camadas de sentido”, justamente em face da diferença e não da distinção (estrutural).

Numa palavra – e permito-me insistir –, é importante notar que essa distinção entre regra e princípio deve ser vista à luz do paradigma hermenêutico, sob pena de não ser compreendida e provocar confusões. Estará equivocado aquele que achar que se trata da distinção obtida pelo “critério forte”, que vê nos princípios uma estrutura lógica diferenciada daquela percebida nas regras (dado A deve ser B). Essa “diferença”, a rigor, somente será percebida no plano apofântico, quando criamos um mínimo de entificação necessário para transmitir mensagens. Neste plano – e apenas neste – podemos dizer que o princípio (independente da sua forma textual), diferentemente das regras, traz consigo a carga de uma filosofia prática, razão pela qual acaba sendo associado aos valores. Os princípios, portanto, representam a tentativa de resgate de um mundo prático abandonado pelo positivismo. As regras, por outro lado, representam uma técnica para a concretização desses valores, ou seja, meios (condutas) para garantir um “estado de coisas” desejado. É por isso, portanto, que a compreensão da regra exige esse “princípio instituidor”, sob pena de uma interpretação “alienada”. Mas, convém notar, essa distinção somente poderá ser feita no plano apofântico, não cabendo como uma analítica constituidora de sentido. No plano hermenêutico, ocorre uma antecipação de sentido, que se dá antes de qualquer distinção reflexiva (ou analítico constitutiva) entre regras e princípios. Por isso o círculo hermenêutico (*hermeneutische Zirkel*) é condição de possibilidade e não um ornamento para justificar posturas interpretativas.

Distinguir regra e princípio não pode significar que as regras sejam uma espécie de renegação do passado – e de seus fracassos – e nem que os princípios traduzam o ideal da “boa norma”. Regra e princípio são textos, de onde se extraem normas. Regras (se se quiser, preceitos) produzidas democraticamente podem/devem, igualmente, traduzir a institucionalização da moral no direito. A distinção regra-princípio não pode significar, assim, maior ou menor grau de subjetividade. Isso é equivocado e proporciona mal-entendidos. Se assim o fosse, os princípios não representariam uma ruptura com o mundo de regras. Mas regras não são “boas” nem “más”; carregam, inegavelmente, um capital simbólico que denuncia um modelo de direito que fracassou: o modelo formal-burguês, com suas derivações que cresceram à sobra do positivismo jurídico. E isso não pode ser olvidado.

É neste contexto que deve ser compreendida a diferença entre regra e princípio, o que não implica dizer que o princípio seja a norma da regra ou que a regra sejam um “ente disperso no mundo jurídico, ainda sem sentido”. A diferença é que sempre há uma ligação hermenêutica entre regra e princípio. Não fosse assim e não se poderia afirmar que atrás de cada regra há um princípio instituidor. Esse princípio, que denomino de “instituidor”, na verdade, constitui o sentido da regra na situação hermenêutica gestada no Estado Democrático de Direito. Essa é a especificidade; não é um princípio geral do direito, um princípio bíblico, um princípio (meramente) político.

No fundo, quando se diz que entre regra e princípio há (apenas) uma diferença (ontológica, no sentido da fenomenologia hermenêutica), é porque regra e princípio se dão, isto é, acontecem no interior do círculo hermenêutico. O sentido depende do outro, a partir desse engendramento significativo.

Em outras palavras, a percepção do princípio faz com que este seja o elemento que termina se desvelando, ocultando-se ao mesmo tempo na regra. Isto é, ele (sempre) está na regra. O princípio é elemento instituidor, o elemento que existencializa a regra que ele instituiu. Só que está encoberto. Insistindo: hermenêuticamente, pela impossibilidade de cindir interpretação e aplicação e pela antecipação de sentido que sempre é condição de possibilidade para que se compreenda, torna-se impossível “isolar” a regra do princípio, isto é, é impossível interpretar uma regra sem levar em conta o seu princípio instituidor. A regra não está despojada do princípio. Ela encobre o princípio pela propositura de uma explicação dedutiva. Esse encobrimento ocorre em dois níveis: em um nível, ele se dá pela explicação causal; noutro, pela má compreensão de princípio, isto é, compreende-se mal o princípio porque se acredita que o princípio também se dá pela relação explicativa, quando ali já se deu, pela pré-compreensão, o processo compreensivo.

Em síntese: há uma essencial diferença – e não separação (se se quiser, distinção lógica) – entre regra e princípio, com o que é necessário chamar a atenção para uma espécie de senso comum que se forma em determinadas matérias. É o caso das (inadequadas) “classificações” entre “distinção fraca” e “distinção forte” que existiriam entre regra e princípio. Com efeito, pela distinção “fraca”, os princípios seriam normas com elevado nível de abstração e generalidade, dando azo a uma forte subjetividade do aplicador (veja-se como essa tese é conveniente para a transformação dos princípios e as cláusulas gerais ou termos indeterminados do direito em álibis para prática de discricionariedades). Como conseqüência, dizem os adeptos das teorias argumentativas, as regras não teriam esse grau de abstração, demandando um grau menor – *sic* – de subjetividade. Ora, essa tese é conveniente para firmar a prevalência, em determinadas situações, da regra sobre o princípio. Além disso, esse raciocínio guarda uma conveniência positivista-discricionarista.

Já com relação à distinção forte, os princípios seriam aplicados por ponderação, ao contrário das regras, que seriam aplicadas por dedução/subsunção. Isso seria assim porque os princípios são passíveis de confronto com outros; já as regras, não. Neste caso, há uma tendência em sempre colocar Dworkin como institucionalizador da máxima “a regra se decide no tudo ou nada”. No entanto, o que não se diz é que Dworkin, além de estar inserido no sistema da *common law* e tratar da resposta correta (e essa questão não pode ser ignorada, pela sua relevância no contexto da discussão da superação do positivismo) é, fundamentalmente, ferrenho inimigo de discricionariedades, caindo por terra, conseqüentemente, a outra face da distinção, isto é, a aludida “abertura dos princípios”. Mais ainda, Dworkin *não faz a cisão* entre interpretar e aplicar; tampouco admite dedutivismos; em função disso, não se pode colocá-lo na mesma seara, por exemplo, dos adeptos das teorias da argumentação, que aproveitam essa cisão de outro modo; mais ainda, o texto de Dworkin – *The model of rules* – é de 1967 e deve ser lido no contexto da crítica que faz ao

modelo de regras de Hart. Desse modo, antes de sustentar uma distinção “lógica” entre regras e princípios (em que regra se definiria no “tudo ou nada”) com base em Dworkin, é necessário ter presente que a tese dworkiana deve ser lida nessa superação da discricionariedade positivista justamente através dos princípios. Por isso a diferença entre regras e princípios. Regras devem ser lidas a partir de Dworkin como um contraponto ao dedutivismo, subsunção e, principalmente, a qualquer pressuposto da filosofia da consciência (esquema sujeito-objeto). Esse “contraponto” “regra-princípio” deve ser compreendido a partir da hermenêutica filosófica (embora Dworkin tenha feito referência à obra de Gadamer apenas uma vez). Mas as aproximações são múltiplas. Também a tese da “comunidade de princípios” (é nisso que o direito é visto como para “um além da regra”) deve ser levada em conta na assim denominada “contraposição” entre regra e princípio. Penso que o estabelecimento das duas distinções (fraca e forte), que, na verdade, são cisões/dualismos metafísicos, dá-se *a latere* da distinção dworkiana. Talvez por isso até mesmo as posturas que pretendem elaborar uma crítica à essa distinção “tradicional” terminam por não superar a dualização, ou seja, embora procurem ultrapassar esse confronto ou dilema “distinção forte-fraca”, acabam por autonomizar a regra e o próprio princípio. Ora, todo enunciado tem uma motivação. Desse modo, mesmo que se procure dizer, por exemplo, que as regras prevêem comportamentos finalísticos e terminativos e que os princípios não possuem essa “independência” semântico-significativa, ainda assim estar-se-á “dividindo” (inadequadamente) o direito em dois mundos distintos: *o das regras*, que subsistiriam isoladamente, e *o dos princípios*, que teriam uma função complementar, representada por uma espécie de “reserva de sentido”, chamado à colação apenas quando a regra não “resolver” a querela. No fundo, ocorre, com isso, um retorno à semiótica: quando a sintaxe e a semântica são insuficientes, apela-se à pragmática, onde estariam alojados os “valores”. De todo modo, na raiz da problemática está uma questão paradigmática, isto é, há que se compreender que, efetivamente, é a “opção” pelo paradigma representacional (ou a sua não superação) que acarreta os dualismos que proporcionam tais diagnósticos metodológicos.

Refira-se, por derradeiro, que nada está a indicar esse caráter “de determinação finalístico” das regras e a “abstratidade” dos princípios. Regras e princípios são constituídas de incertezas significativas (vaguezas e ambigüidades). Princípios podem ter mais “determinação finalística” que determinadas regras (v.g., o princípio da reserva legal, o princípio da ampla defesa, da presunção da inocência, da proibição de *reformatio in pejus*, etc, se comparadas com a imprecisão semântica de regras como injusta agressão, abandono material e os pressupostos para a tutela antecipada, para citar apenas estas). Por isso é que entre regra e princípio ocorre uma diferença e não distinção estrutural.

Na teoria da argumentação, ocorre essa cisão (cesura) entre regra e princípio, *circunstância que provoca uma ligação umbilical do problema dos princípios com a também cisão entre casos simples e casos difíceis*. Isso pode ser facilmente detectado em Alexy, para quem todos ordenamentos jurídicos possuem um âmbito de abertura, lugar em que se enquadram os casos difíceis, duvidosos, denominados de *hard cases*, para os quais não haverá “regra aplicável”. Nesse caso, o juiz se valerá dos princípios (princípios, em Alexy, têm a forte conotação moral, porque “corretivos”).

O equívoco de Alexy está exatamente na separação entre regra e princípio, porque uma regra não subsiste isoladamente; se assim fosse, o princípio não cumpriria a função de introduzir a razão prática no direito. Ou seja, se assim fosse, a regra cumpriria apenas o papel de “explicação causalista”, que, na “insuficiência ôntica” da regra, só então demandaria o uso dos princípios.

Podemos até fazer a distinção pela via da relação sujeito-objeto, pela teoria do conhecimento. Entretanto, essa distinção será apenas de grau, de intensidade; não será, entretanto, uma distinção de base entre regra e princípio. No fundo, o equívoco da(s) teoria(s) da argumentação está em trabalhar com os princípios apenas com uma diferença de grau (regrando os princípios), utilizando-os como se fossem regras de segundo nível (equívoco que se repete ao se pensar que, além dos princípios, existem metaprincípios, metacritérios ou postulados hermenêuticos). Enfim, como se fosse possível transformar a regra em um princípio (e vice-versa). Mas ela jamais será um princípio, porque no princípio está em jogo algo mais que a explicação causalista.

Para essa compreensão, torna-se necessário superar os dualismos próprios da metafísica. Trata-se, assim, não de fundamentar – metódica ou epistemologicamente –, mas de compreender (fenomenologicamente). E compreender é aplicar, o que significa dizer que estamos diante de um problema hermenêutico, no sentido de uma teoria da experiência real, que é o pensar. O compreender não é um dos modos do comportamento do sujeito, mas, sim, o modo de ser da própria existência, como ensina Gadamer.

É preciso compreender, assim, que as explicações decorrentes de nosso modo prático de ser-no-mundo (o desde já sempre compreendido, sobre o qual eu não me questiono) são resolvidas no plano ôntico, o que, na linguagem da filosofia da consciência, denomina-se “raciocínio causal-explicativo” (é o que as teorias discursivo-argumentativas denominam de “casos simples”, solvidos “dedutivamente”).

Mas, atenção: esse modo ôntico (causal-explicativo) permanecerá e será aceito como tal se a sua objetivação – que é o modo máximo de agir do ser humano, na feliz expressão de Ernilo Stein – não causar estranheza no plano daquilo que se pode entender como tradição legítima. Nesse caso, devidamente conformados os horizontes de sentido, a interpretação “desaparece” (no dizer de Gadamer, *das gilt der Sache nach auch dort, wo sich das Verständnis unmittelbar einstellt und gar keine ausdrückliche Auslegung vorgenommen wird*). Em síntese, é quando ninguém se pergunta sobre o sentido atribuído a algo (que, evidentemente, pode ser falso ou verdadeiro).

3. O VALOR DA *APPLICATIO* (GADAMER): PARA ALÉM DAS “SUFICIÊNCIAS ÔNTICAS” DAS REGRAS

Para exemplificar o que até foi delineado, chamo a atenção para o caso de uma regra jurídica como a do art. 509 do Código Penal da Espanha, punindo todo aquele que *tuviera en su poder ganzúas y otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo y no diere descargo suficiente sobre su adquisición o conservación*. Ninguém discutirá que estará sujeito à penalidade aquele que for detido no pátio de uma casa, em circunstâncias que apontem para o fato de que estava colocando em risco bens jurídicos patrimoniais de terceiros (aqui não se está

questionando a liberdade de conformação do legislador, isto é, não se coloca em xeque a escolha dos fins e meios para a punição da conduta e também não se questiona, no plano geral, as políticas de combate aos crimes contra o patrimônio). Também não se discutirá a hipótese de enquadramento no tipo penal daquele que for detido já em plena utilização dos referidos instrumentos, uma vez que os pré-juízos legítimos, que conformam o modo-de-ser no mundo dos juristas, apontam para o sentido – que é trazido pela tradição na qual estamos desde sempre inseridos – do que seja “instrumento próprio para o cometimento de furto”, “o significado de proteção à propriedade privada”, “crime”, “norma jurídica”, “teleologia da regra”, “função do direito penal”, etc. Está-se diante, assim, da resposta correta para cada uma das hipóteses. Não haverá, portanto, qualquer dificuldade para procurar a resposta, porque, antes disso, já foi encontrada pelo intérprete. Antes de procurar, ele já achou.

Mas essa fusão de horizontes pode se mostrar malsucedida, na hipótese de ocorrer a demanda pela superação das insuficiências do que onticamente objetivamos (esta demanda só ocorre para quem tem condições de identificar os falsos pré-juízos como tais). Sendo mais claro, aqui me refiro às ocorrências do mundo prático que superem a situação ou situações consideradas *standards*, o que implica perguntar: estaria correto dizer que qualquer indivíduo que seja detido transportando instrumentos aptos para cometer furtos e não dê conta dessa posse estaria “subsumido” no aludido tipo penal? Antes de tudo, é possível afirmar que, no âmbito das respostas proferidas a partir de raciocínios causais-explicativos, a simples posse dos instrumentos e o “não dar conta” da aquisição ou “transporte” dos mesmos já seria suficiente para o enquadramento. É o que se chamaria de “caso fácil”.

Entretanto – e aqui aparece o problema da distinção entre casos simples e casos complexos –, uma pré-compreensão forjada no paradigma de um direito penal garantista demandará uma resposta que vá além do que “onticamente objetivamos”. Mas isso somente ocorre quando a coisa interpela o intérprete, convoca-o a compreendê-la, em face do estranhamento que lhe provoca, o que não acontecerá nos casos em que sequer nos perguntamos acerca das razões pelas quais a resposta é aquela. Trata-se da hipótese de horizontes distintos, que provocará o “choque hermenêutico”, que ocorre quando algo estranho ao seu horizonte se lhe apresenta, circunstância que faz com que o intérprete ponha em questão seus pré-juízos (obviamente, se ele tiver condições pré-compreensivas para tal). Como já referido, esse “choque hermenêutico” faz o intérprete estranhar o que lhe era familiar e, ao mesmo tempo, interpela-o para que torne familiar o que lhe surge como estranho (como demonstrarei mais adiante, é quando um “*hard case*” se transforma em um “*easy case*”, o que comprova a inadequação hermenêutica de tal distinção).

Pois é nesse exato sentido que deve ser examinado o exemplo anterior, acrescido, agora, desse elemento provocador do estranhamento, isto é, no caso de alguém ser detido na posse de *ganzúas y otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo y no diere descargo suficiente sobre su adquisición o conservación*, em plena via pública, em decorrência de uma blitz feita pela polícia. Parece que, aqui, emerge claramente a “insuficiência da regra”, isto é, no caso em tela, está-se diante de uma fusão de horizontes que não encontra guarida na mera objetivação.

Está-se, assim, diante de uma demanda significativa que só pode ser atendida a partir da compreensão da dupla estrutura da linguagem.

Estando o intérprete inserido em uma tradição autêntica (legítima) do direito, em que os juristas reintroduzem no mundo jurídico o mundo prático seqüestrado pela regra (para utilizar apenas estes componentes que poderiam fazer parte da situação hermenêutica do intérprete), a resposta correta advirá dessa nova fusão de horizontes, envolvendo a principiologia constitucional.

O caso concreto demanda uma série de análises, que ultrapassam o raciocínio causal-explicativo, buscando no *ethos* principiológico a fusão de horizontes demandada pelo estranhamento que provoca essa nova situação. Antes de qualquer outra análise, deve-se sempre perquirir a compatibilidade constitucional da regra jurídica com a Constituição (entendida, à evidência, no seu todo principiológico) e a existência de eventual antinomia. Deve-se sempre perguntar se, à luz dos princípios e dos preceitos constitucionais, a regra jurídica é aplicável à hipótese (ao caso). Mais ainda, há que indagar: em que sentido aponta a pré-compreensão, condição para a compreensão do fenômeno? *In casu*, é lícito que o Estado lance mão da responsabilidade objetiva no direito penal? O direito penal é compatível com a punição de condutas em que não esteja comprovado o risco de um bem jurídico concreto? No Estado Democrático de Direito, o papel da teoria do bem jurídico não aponta para novas direções?

A resposta (correta) foi dada pelo Tribunal Constitucional espanhol, através da Sentença nº 105/88, dando como contrária a Constituição, ao art. 24.2. da Constituição (*princípio da presunção da inocência*), qualquer interpretação do referido tipo penal que viesse a castigar tão-somente a posse de instrumentos idôneos: “*en cuanto se interprete que la posesión de instrumentos idoneos para ejecutar el delito de robo presume que la finalidad y el destino que les da su poseedor es la ejecución de tal delito*”. Tratou-se, pois, de uma declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*), embora, a ela, o Tribunal não tenha feito menção explícita.

Entendeu acertadamente o Tribunal espanhol que, *sem a prova da possibilidade de efetivo dano, não se pode punir*. A presunção de que alguém vai cometer um furto, pelo fato de estar portando instrumentos próprios para tal, *não é razão suficiente para o enquadramento no tipo penal*. Meras condutas não podem ser punidas; tampouco se pode punir alguém com base em presunções. Trata-se, assim, de um argumento de princípio, que pode ser utilizado em circunstâncias posteriores.

Eis aqui, pois, a diferença entre uma análise linear, rasa, como se a linguagem não tivesse uma dupla estrutura, e uma análise elaborada a partir dessa “*demanda significativa*” decorrente de um choque hermenêutico entre o *standard* ôntico-causal e a complexidade compreensivo-ontológica. Não se interpreta somente textos, porque no aparecer positivado já se esconde o elemento estruturante da compreensão, o que somente nos é proporcionado pelos nossos pré-juízos verdadeiros.

O senso comum teórico faz com que não nos demos conta dessa dupla estrutura da linguagem, e que aquilo que não se mostra (que fica escondido sob a regra positivista) está apenas encoberto. É nesse espaço “significativo” que se encaixam os

assim denominados “casos fáceis”, resolvidos a partir de um horizonte de sentido não questionado (que os adeptos das teorias argumentativas denominam de raciocínio dedutivo), em que os participantes se movem no plano do senso comum teórico dos juristas. Nesse universo pré-dado (e predado), nessa realidade pré-estruturada simbolicamente, é que se movem os indivíduos a partir dos pré-juízos inautênticos, forjados a-paradigmatizadamente, ficando impedidos de compreender aquilo que vai além – as demandas significativas do que se denomina de “casos difíceis” – desse horizonte não-problematizado.

Essa dobra da linguagem, em que há o *como* apofântico e o *como* hermenêutico, aponta para a impossibilidade (hermenêutica) de cindir casos fáceis e casos difíceis, *uma vez que a resolução dos casos fáceis encontra-se no nível do universo não questionado*. O que as teorias discursivas não “dominam”, ou seja, o que não pode ser controlado por um discurso de adjudicação, é o que vai além, isto é, são os limites do sentido que vão determinar a compreensão das demandas de casos não *standard*.

A circunstância de estar refém de um universo significativo limitado por um determinado nível de pré-juízos é que determina a permanência do intérprete no plano das explicações causais, “satisfazendo-se” com ela (e, por essa razão, as demandas significativas não provocarão o choque hermenêutico, enfim, o devido estranhamento). O senso comum proporciona a “simplificação” do mundo jurídico, através do qual o jurista se socializa e interpreta o direito.

A partir disso, é possível estabelecer determinados padrões interpretativos (generalizações hermenêuticas minimamente necessárias), tendo-se presente essa dupla estrutura da linguagem. Veja-se, nesse sentido, o art. 16 da Lei nº 10.826/03 (Lei de Armas do Brasil), que especifica que os atos de “portar”, “transportar” ou “guardar” (para referir apenas alguns verbos do extenso tipo penal) arma sem registro e sem licença constituem crime punível com pena de dois a quatro anos de prisão. A rasa aplicação do dispositivo (raciocínio causal-explicativo) acarreta problemas de índole constitucional. Aqui, a reconstrução do direito e a integridade entendida como uma comunidade de princípios (Dworkin) aponta para uma análise acerca das garantias penais do cidadão, isto é, o exame de como o direito penal trata dos demais tipos. Não esqueçamos que, para Dworkin,¹² o princípio da integridade está umbilicalmente ligado com a democracia, exigindo que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito. Trata-se de uma garantia contra arbitrariedades interpretativas. A integridade limita a ação dos juízes; mais do que isso, coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas. *A integridade é uma forma de virtude política.*

No caso sob comento, exsurtem, pois, várias indagações, como: o princípio da presunção da inocência permite que outras condutas delituosas (outros crimes) sejam punidas sem a necessidade de comprovação de efetiva violação de bem jurídico? É lícito que o Estado puna alguém que esteja portando uma arma sem munição ou que tenha uma arma guardada em sua casa, sem que esteja demonstrada a violação de um bem jurídico específico (concretamente demonstrado)? O que fazer na hipótese

¹² Cf. DWORKIN, *Law's Empire*, op.cit.

de um campesino preso portando uma velha espingarda (de caça ou não), no caminho entre sua casa e a lavoura?

Tudo está a indicar que também aqui é aplicável a filtragem hermenêutico-constitucional da qual se tratou no exemplo do dispositivo do Código Penal espanhol. Trata-se de aplicar, *mutatis mutandis*, aquilo que no direito português se denomina de *decisão redutiva*. Ou, melhor ainda, na acepção de Jean-Claude Béguin, trata-se de “anulação parcial qualitativa” (quando a norma, no seu conjunto, não deve ser aplicada a certa situação, por tal aplicação ser inconstitucional).¹³ Nesse sentido, há um interessante precedente jurisprudencial da então Comissão Constitucional (que antecedeu o Tribunal Constitucional português): face a uma norma que regulava as atenuações extraordinárias previstas no art. 298, prevendo certas atenuações obrigatórias, verificadas determinadas circunstâncias, *entendeu-se declarar a norma parcialmente inconstitucional na parte em que consagrava as referidas atenuações extraordinárias obrigatórias* (ou legislativas, como são designadas no texto do acórdão), considerando-se que seriam, porém, admitidas como meramente facultativas para os juízes.¹⁴

Na jurisdição brasileira, vale registrar a decisão da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, acatando parecer que exarei como Procurador de Justiça daquela Corte de Apelação, absolveu cidadão que fora condenado a dois anos de prisão mais multa, por estar portando revólver, sem porte e sem registro (e sem munição). O Tribunal aplicou a técnica da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*), em face da violação do princípio da presunção da inocência e da ausência de comprovação acerca da lesividade da conduta.¹⁵ Apreciando um caso similar, o Supremo Tribunal Federal do Brasil, embora sob outro fundamento – e sem alcançar unanimidade –, considerou impunível a conduta de portar arma desmuniçada, desde que a munição não esteja disponível (RHC 81057-SP). De todo modo, *entendo que a matéria merece uma análise constitucional, no sentido do uso integrativo e coerente do direito, na própria acepção da palavra “princípio”, para possibilitar o alcance aos casos similares*. No caso, a adoção da tese da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto alcançaria esse desiderato, porque estaria conferindo *uma interpretação estritamente constitucional* à matéria, na esteira do que decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Vê-se, assim, que toda resposta correta é necessariamente uma resposta adequada a Constituição. Uma norma – que é sempre o produto da interpretação de um texto (que, por sua vez, é sempre evento) – somente é válida se estiver de acordo com a

¹³ Ver, na mesma linha, o Processo nº 70009228594-5ª Câmara Criminal – TJRS, em que lancei parecer assim ementado: “Porte (ilegal) de arma. – Hipótese de vigilante que transportava arma de fogo em seu automóvel, com o objetivo de verificar a ocorrência de possível ilícito em área de sua responsabilidade. Ausência de porte e registro da arma. *Ausência de danosidade social na conduta*. Atividade lícita, em que pese o caráter informal. Aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*)”.

¹⁴ Ver, para tanto, CANAS, Vitalino. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*. Os efeitos em particular. Lisboa: Cognitio, 1984, p. 42.

¹⁵ Apelação nº 70007387608, 5ª Câmara Criminal, TJRS.

Constituição. Portanto, o intérprete deve, antes de tudo, compatibilizar a norma com a Constituição, conferindo-lhe a totalidade eficaz. Para tanto, tem a sua disposição – desde que inserido na tradição autêntica proporcionada pelo paradigma do Estado Democrático de Direito e tudo o que ele representa – um universo de possibilidades para compatibilizar a norma com a Constituição, a partir das diversas sentenças interpretativas, que vão desde a interpretação conforme (*verfassungskonforme Auslegung*) até a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*), passando pelo apelo ao legislador; enfim, os diversos recursos hermenêuticos que essa mesma tradição nos legou.

Por isso, todo ato interpretativo (portanto, aplicativo) é ato de jurisdição constitucional. Mesmo quando o problema parece estar resolvido mediante a aplicação da regra, deve, o intérprete, – e se trata de um dever constitucional que tem a sua dimensão ditada pelo nível de seus pré-juízos legítimos (ou ilegítimos) – verificar se o princípio que subjaz à regra não aponta em outra direção (quando não se está diante de simples análise paramétrica, em que a regra afronta princípios ou preceitos constitucionais).

Tais questões estão presentes na cotidianidade das práticas jurídicas, embora – admito – de difícil percepção. Nesse sentido, merece registro o julgamento do Recurso Extraordinário nº 418376 pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro, que, pela primeira vez, aplicou (embora essa não tenha sido a tese predominante) o princípio da proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*).

Os casos analisados demonstram a importância de se “desconfiar” da “suficiência ôntica” proporcionada pela regra. A resposta correta deve decorrer de um aprofundado exame constitucional, em que os princípios desnudam as insuficiências da regra. Evidentemente que, quando me refiro à “insuficiência da regra”, estou lançando mão da discussão tradicional acerca da distinção estrutural (ou cisão) entre regra e princípio.

Afinal, repita-se, por trás de cada regra há um princípio constitucional. Se uma regra proíbe o trânsito (condução) de cães no parque (exemplo similar ao utilizado por Recaséns Siches, semelhante ao caso da proibição de veículos no parque, apresentado por Herbert Hart), parece não haver dúvida de que está vedado levar um cão da raça pitbull, o que se afigura – facilmente – como a resposta correta para o caso.¹⁶ Mas, se a regra proíbe cães, quais os animais que podem transitar no parque? E se a regra proíbe cães, seria possível levar um filhote pequinês?

Parece claro, nestes casos, que a regra proibitiva se afigura insuficiente para resolver o problema de condutas não *standard* (sempre lembrando que essa insuficiência da regra deve ser entendida como se essa – a regra – fosse uma “regra em si” e sem que existisse um princípio enunciador da mesma; evidentemente que, no plano da hermenêutica, isso não ocorre, *porque qualquer regra estará “subsumida” em um princípio*, sendo tarefa do intérprete compreender esse fenômeno a partir da diferença ontológica).

¹⁶ Como texto é evento e interpretar não é fazer filologia, está implícito que as respostas se referem a circunstâncias *standards*, isto é, cada resposta poderia variar em casos limites, como, por exemplo, a hipótese de estado de necessidade ou, no caso da proibição de cães, o uso do animal por um policial na perseguição de um assaltante.

Com efeito, estando o intérprete inserido em uma tradição legítima (autêntica) do direito, em que os juristas reintroduzem no mundo jurídico o mundo prático seqüestrado pela regra (para utilizar apenas estes componentes que poderiam fazer parte da situação hermenêutica do intérprete), a resposta correta advirá dessa nova fusão de horizontes, envolvendo a principiologia constitucional. Será inconstitucional que se proíba cães e, por tal razão, venha a se dar salvo conduto para outros animais que possam causar perigo aos usuários do parque, assim como se proíba o trânsito de animais que não tenham qualquer possibilidade de causar danos aos freqüentadores do parque, fim último da regra estatuída.

Esse *sentido correto* de que falo se dá em uma síntese hermenêutica, não a partir de uma “operação” epistemo-procedural, e, sim, fenomenologicamente. Esse sentido deve ser entendido como um sentido possibilitado pela coisa que se quer interpretar, isto é, não é um sentido forjado pela subjetividade (solipsista) do intérprete e alheio à “coisa mesma” (*Sache selbst*), mas é algo convalidado na relação coisa-intérprete.

Por isso, sentido verdadeiro (correto) não é sentido esgotado, último e definitivo. No exemplo da regra que criminaliza a posse de gazuas e outros instrumentos para cometer furtos, a reconstrução e a integridade do direito a partir de uma comunidade de princípios exsurgerà da tradição legítima exurgente do Estado Democrático de Direito, que aponta para a prevalência dos princípios constitucionais, que redefinirão o sentido do texto aplicável, possibilitando-se, inclusive, uma interpretação que *impeça* a aplicação da regra sem o exame da potencial violação de bens jurídicos, *além de garantir a validade do princípio para situações futuras*, impedindo a violação de direitos fundamentais (lembramos o princípio da integridade e coerência do direito, o que significa dizer que, em casos semelhantes, deve-se proporcionar a garantia da isonômica aplicação principiológica).

Portanto, mais do que proporcionar a resposta correta para aquele caso concreto, a jurisdição constitucional permite que, mediante uma sentença redutiva (“a lei *x* é inconstitucional se aplicada à hipótese *y*”), desde que dotada de efeito *erga omnes*, se possa proteger os demais cidadãos contra a aplicação abusiva do direito penal (violação do princípio da presunção da inocência e o uso do direito penal sob o manto da responsabilidade objetiva, o que é incompatível com o Estado Democrático de Direito).

Já no exemplo da regra que proíbe cães no parque, é possível, examinando o caso concreto, apontar para a impossibilidade do trânsito de animais que a tradição (no sentido hermenêutico da palavra) nos proporciona acerca do sentido da expressão “animais perigosos” e a possibilidade de se levar pequenos animais (inofensivos no sentido do que se entende por animais inofensivos na tradição).

Tais respostas, a toda evidência, não advirão da subjetividade do intérprete alheia ao caso sob exame, nas suas especificidades, de modo que o juiz, *v. g.*, não poderá permitir animais perigosos e, tampouco, proibir um cão yorkshire, sob a justificativa (discricionária) de que ele – juiz – tem convicção acerca do assunto, ou, o que é pior, a partir de sua subjetividade, tomar uma decisão a partir de seus traumas de infância, quando, por exemplo, fora mordido por um yorkshire. Por tais razões é que a interpretação se faz *ex parte principio* (constitucional), e não *ex parte principe* (aqui entendido como o sujeito solipsista).

Isso exsurge da compreensão e do sentido que se tem do papel dos princípios na interpretação do direito. Os princípios funcionarão como uma blindagem contra discricionariedades e/ou arbitrariedades, apontando o *modus* operativo que deve ser seguido pelo intérprete, buscando, assim, a coerência e a integridade do direito (antítese das posturas axiologistas-decisionistas). Esse *modus* compreensivo-interpretativo decorre da integridade e da coerência interpretativas, em que, assim como ocorre no círculo hermenêutico, o direito como integridade é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração (Dworkin).

A interpretação parte de outras interpretações. Da parte para o todo e do todo para a parte, colocando em xeque os pré-juízos não verdadeiros. Compreendendo os pré-juízos como pré-juízos, a interpretação sofre uma contínua transformação, a partir do próprio material que a conformou desde o início.

Esse “processo” implica a máxima força dos princípios, em que, por vezes, a coerência soçobra diante da integridade, até porque a integridade – que também é um princípio – 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, diante do que, por vezes, a coerência com as decisões anteriores será sacrificada em nome de tais princípios¹⁷ (circunstância que assume especial relevância nos sistemas jurídicos como o do Brasil, em que os princípios constitucionais transformam em obrigação jurídica um ideal moral da sociedade).

Entenda-se, aqui, a *importância das decisões em sede de jurisdição constitucional, pelo seu papel de proporcionar a aplicação em casos similares* (por exemplo, o princípio da presunção da inocência inibindo a utilização da responsabilidade objetiva no direito penal, não só naquele caso concreto, mas em favor de todos os cidadãos). Haverá *coerência* se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mas, mais do que isso, estará assegurada a *integridade* do direito a partir da força normativa da Constituição.

O direito como integridade coloca limites à subjetividade do juiz; ele não se encontra (assim como qualquer intérprete) frente a um objeto, como se esse objeto estivesse à sua disposição (do mesmo modo que a linguagem não é uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto); ele faz parte do objeto a ser discutido.

O juiz deve proferir a sua decisão seguindo as regras do jogo; caso contrário, já não teremos um jogo com regras próprias, mas sim, o jogo da discricionariedade do juiz. Deve decidir com argumentos de princípio e não de política. Hermeneuticamente, a proposição normativa está imbricada – pela diferença ontológica (*ontologische Differentz*) – com o seu conteúdo. A participação do intérprete na prática social é que permite a compreensão das alterações de sentido e o seu “confronto” com falsos pré-juízos.

Melhor dizendo: não há grau zero na atribuição de sentido. O intérprete deve estar atento à tradição (e à sua autoridade), compreender os seus pré-juízos como pré-juízos, promovendo uma reconstrução do direito, perscrutando de que modo um caso similar vinha sendo decidido até então, confrontando a jurisprudência com as práticas

¹⁷ Ver, para tanto, DWORKIN. *Law's Empire*. Londres: Fontana Press, 1986, cap. VI.

sociais que, em cada quadra do tempo, surgem estabelecendo novos sentidos às coisas e que provocam um choque de paradigmas, o que sobremodo valoriza o papel da doutrina jurídica e a transdisciplinaridade do direito. Como bem diz Gadamer, a compreensão alcança suas verdadeiras possibilidades quando as opiniões prévias com as que se inicia não são arbitrárias.¹⁸

Em outras palavras, para voltar aos exemplos, não importa, para o direito, as opiniões pessoais que o intérprete (juiz, tribunal, etc.) tenha a respeito de furtos, porte de armas, cães, etc. Dito de outro modo, não importam, para o direito, as opiniões pessoais do intérprete (juiz, promotor de justiça, ministro de tribunal). Não é de sua subjetividade que deve advir o sentido a ser atribuído à lei. *Há uma (profunda) responsabilidade política nas decisões.*

Daí o acerto de Rodolfo Arango, ao dizer que os limites da atividade judicial *não residem nas virtudes pessoais do juiz*, mas, sim, na sujeição às regras do discurso prático geral e na concordância com os princípios e valores substantivos previstos no direito¹⁹ (questão que assume especial relevância nos ordenamentos que incorporam princípios substantivos ou materiais, transformando em obrigação jurídica a sua realização).

4. APORTES FINAIS

O problema de um “caso” ser fácil (*easy*) ou difícil (*hard*) não está nele mesmo, mas na possibilidade – que advém da pré-compreensão do intérprete – de se compreendê-lo. Fosse possível distinguir/cindir (*a priori*) casos fáceis e casos difíceis, chegar-se-ia à conclusão de que os casos seriam fáceis para determinados intérpretes e difíceis para outros...! A questão – vista de outro modo – é: *fácil ou difícil para quem?*

Portanto, há algo anterior à distinção: trata-se de uma “dobra hermenêutica” que cada caso possui, assim como ocorre com a linguagem (aliás, um caso só vem à compreensão através da linguagem, porque – e não devemos esquecer – *texto é evento*). Ou seja, uma “suficiência ôntica” pode até “explicar” um caso simples para um intérprete. Entretanto, esse mesmo caso pode permanecer como complexo para outro. Conseqüentemente, a distinção entre casos fáceis e difíceis está na compreensão, portanto, *nas condições de possibilidades que o intérprete possui de entender os pré-juízos*. Se está na compreensão, então dependerá de uma pré-compreensão, que antecede a “designação” de ser um caso fácil ou difícil. Daí a absoluta inadequação de se dizer que os casos fáceis se “resolvem” mediante raciocínios dedutivos (causais explicativos).

Os assim denominados casos “fáceis” são produtos do superado esquema sujeito-objeto. Portanto, entender que haja uma cisão entre *easy* e *hard cases* é incorrer no paradigma da filosofia da consciência. No fundo, a aludida cisão pretende simplificar o mundo jurídico. Coloca-se no lado “fácil” da linguagem. Dito de outro modo, é quando a “explicação causalista” mostra-se suficiente para resolver a querela.

¹⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode, Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. I. Tübingen: Mohr, 1990, p. 272.

¹⁹ ARANGO, Rodolfo. *Hay respuestas correctas en el derecho?* Bogotá: Siglo del Hombre, 1999, p. 157.

De todo modo, vale a observação: se é verdade que existe uma tradição ilegítima que conforma o *modus* interpretativo dos operadores do direito – pelo qual ainda se crê na *plenipotenciariade da regra*, na equiparação (metafísica) entre texto e norma, entre vigência e validade, e no qual ainda se acredita, de um lado, na possibilidade da busca de essências (vontade da norma, espírito do legislador, para dizer o menos) e, de outro, na direção inversa, crê-se em uma espécie de livre atribuição de sentidos – *também é verdade que há uma tradição legítima, conformada a partir do neoconstitucionalismo e das posturas pós-positivistas, que apontam para a superação dos modelos exegeticos-positivistas, ainda assentados em raciocínios subsuntivos*. É nesse universo – de avanços e retrocessos – que se colocam os pré-juízos (legítimos ou ilegítimos) conformadores da capacidade de compreensão dos juristas.

O domínio dos pré-juízos forjados no senso comum dos juristas, pelo qual a “realidade social” (o mundo prático) é deixada de lado na análise da regra (não esqueçamos que o positivismo busca construir conceitos prévios para serem aplicados independentemente da “coisa”), impede o acontecer da singularidade do caso.

Os pré-juízos, se não forem percebidos enquanto tais, ensurdecem o intérprete para a coisa de que fala a tradição, o que faz com que a atividade interpretativa se transforme em um *habitus*, em uma atividade acrítica, como se a aplicação do direito fosse um mero exercício de dedução do universal ao empírico.

Por isso a minha insistência de que é inadequado separar casos fáceis de casos difíceis, assim como é inadequado fazer a cisão entre regras e princípios.