

# Filosofia do Direito e hermenêutica filosófica

Luís Afonso Heck

Professor do Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito na  
Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

A colocação da questão, sob esse título, poderia soar: existe, entre a filosofia do Direito de Robert Alexy e a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, uma separação absoluta ou há entre elas comunidades? A favor destas já fala, quando se tem em vista o plano do direito constitucional, a obra de Konrad Hesse<sup>1</sup> com as expressões “interpretação constitucional como concretização” e “princípio da concordância prática”.<sup>2</sup> Mais além, o segundo ainda é reforçado no plano do direito processual civil. Recentemente, o legislador processual civil brasileiro, pela Lei nº

---

1 HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

2 A interpretação constitucional como concretização encontra apoio em Hans-Georg Gadamer (ver HESSE, K. (nota 1), p. 61 e seguintes (notas 21, 23 e 38, onde se encontra, cada vez, a citação da obra de Gadamer – ver, *infra*, nota 30), número de margem 60 e seguintes) e o princípio da concordância prática (ver HESSE, K. (nota 1), p. 66 e seguinte, número de margem 72) é o modelo ao qual o da ponderação de Robert Alexy corresponde (ver ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 3. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 1996. p. 152 e nota 232). O princípio da concordância prática foi recentemente até denominado como princípio de colisão jurídico-constitucional. Ver, para isso, SCHLADEBACH, Marcus. *Praktische Konkordanz als verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip*. In: *Der Staat*. v. 53, 2014, p. 263 e segs.

13.105, de 16 de março de 2015, que apresenta a nova regulação do processo civil, acolheu, no artigo 489, § 2º,<sup>3</sup> o princípio da proporcionalidade<sup>4</sup> e, com isso, a fórmula peso de Alexy.<sup>5</sup> Os

- 
- 3 Diz o artigo 489, parágrafo 2, da Lei nº 13.105: “No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.” O legislador somente inverteu, na segunda metade da frase desse parágrafo 2, a ordem dos princípios parciais do princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade compõe-se de três princípios parciais, ou seja, dos princípios da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito. Assim, “as razões que autorizam a interferência na norma afastada” dizem respeito ao terceiro princípio parcial; “as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”, por sua vez, ao primeiro e ao segundo princípios parciais. Quanto à primeira metade da frase desse parágrafo 2: “objeto” da “ponderação” refere-se a direitos individuais (direitos sociais também são direitos individuais. Eu agradeço ao Alexy por essa informação.) ou bens coletivos. Os “critérios gerais da ponderação”, ao postulado da racionalidade da ponderação, ou seja, à fundamentação da proposição de preferência (ver para o último, ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. 3. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1996. p. 144). A fundamentação da proposição de preferência, que permite falar de um modelo de fundamentação, em oposição a um modelo de decisão [Carl Schmitt], está, por seu turno, vinculada à chamada lei da ponderação, que abarca o terceiro princípio parcial da proporcionalidade (ver mesmo autor, mesma obra, p. 144, 146 e 100 ss. respectivamente; para a lei da ponderação epistêmica, ver mesmo autor. A fórmula peso, no mesmo autor. *Constitucionalismo discursivo*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 150. Organizador e tradutor: Luís Afonso Heck). Esse modelo de ponderação como um todo dá um critério ao enlaçar a lei da ponderação com a teoria da argumentação jurídica racional (ver mesmo autor, *Theorie der Grundrechte*. 3. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1996, p. 152).
- 4 Ver para isso: ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. 3. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1996, p. 100 ss.; mesmo autor, *Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade*, mesmo autor. *Constitucionalismo discursivo*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 110 e seguintes. Organizador e tradutor: Luís Afonso Heck; mesmo autor, *Ponderação, jurisdição constitucional e representação*, mesmo autor, mesma obra, p. 156 e seguintes.
- 5 Ver para isso: ALEXY, Robert. A fórmula peso. In: *Constitucionalismo discursivo*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 131 e seguintes. Organizador e tradutor: Luís Afonso Heck. Comparar também mesmo au-

incisos do § 1º do art. 489 da Lei nº 13.105, por sua vez, seja dito à margem, deixam ver que o seu pano de fundo é composto, em grande medida, pela ideia do “dirigir o olhar para a coisa mesma”, da “pré-compreensão” de Gadamer,<sup>6</sup> que ultrapassa, contudo, sem excluir, o âmbito dos direitos fundamentais. Sob esse último aspecto, o processual, a colocação da questão parece, portanto, particularmente justificada. Até se deixa comprovar, mais além, nesse âmbito do processual, uma conexão entre o “que” (art. 489, § 2º, da Lei nº 13.105) e o “como” (art. 489, incisos do § 1º da Lei nº 13.105).<sup>7</sup>

---

tor, Formal principles: Some replies to critics. In: *I.CON*, v. 12, n. 3, p. 511 ss., 2014.

- 
- 6 Segundo Gadamer, uma vez: “Toda a interpretação correta tem de proteger-se contra a arbitrariedade de ideias e a limitabilidade de costumes de pensar imperceptíveis e dirigir o olhar “para as coisas mesmas” (que no filólogo são textos cheios de sentido que, por sua vez, de novo, tratam de coisas)” (GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode*. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. 6. ed. Tübingen: Mohr, 1990. v. 1. p. 271. Pontuação no original). Outra vez: “A primeira de todas as condições hermenêuticas permanece, assim, a *pré-compreensão*, que tem origem no ter-a-ver com a mesma coisa” (mesmo autor, mesma obra, p. 299. O itálico não está no original). Ver também mesmo autor, mesma obra, p. 270 ss. O significado e o alcance dessas afirmações de Gadamer ficam facilmente reconhecíveis no plano jurídico quando elas são colocadas diante desta, de Alexy: “Sem a distinção entre a norma, a proposta de interpretação e os argumentos que apoiam esta não pode ser obtida uma imagem clara da fundamentação jurídica” (ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. 3. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1996. p. 68). Com isso, também está abordado agora o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, segundo o qual todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão fundamentados, sob pena de nulidade. Ver para isto, também HECK, Luís Afonso. Visão de conjunto sobre a vida e a obra de Robert Alexy, mesmo autor (organizador, tradutor, revisor). *Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação*. Escritos em homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 42 e seguinte.
- 7 O “que” está situado nesta afirmação de Alexy: “A lei da ponderação diz o *que* deve ser fundamentado racionalmente” (ALEXY, R., (nota 6), p. 152. O itálico não está no original). O “como”, por sua vez, reside nas afirmações

Naturalmente, o título Filosofia do Direito e Hermenêutica Filosófica, reflete uma macrodimensão. Não é possível nos limites estreitos deste artigo trabalhá-la. Eu irei, portanto, restringir-me a uma microdimensão. Assim, no lado de Alexy eu vou movimentar-me, fundamentalmente, nas seguintes obras: *Teoria da argumentação jurídica*, *Teoria dos direitos fundamentais*, *Direito, razão, discurso*, *Constitucionalismo discursivo* e *Menschenrechte ohne Metaphysik?*.<sup>8</sup> E no lado de Gadamer, fundamentalmente, na obra *Verdade e método*.<sup>9</sup>

A marcha da apresentação segue os seguintes passos: primeiro, será indicada a posição da hermenêutica no trabalho de Alexy. Depois, serão trabalhados alguns pontos comuns entre Alexy e Gadamer. Por fim, segue uma conclusão.

## 1. A POSIÇÃO DA HERMENÊUTICA NO TRABALHO DE ALEXY

No livro *Theorie der juristischen Argumentation* (1. ed., 1983), Alexy parece tomar distância da hermenêutica com base na escola de Erlangen.<sup>10</sup> Segundo esta, tanto a hermenêutica como a filosofia analítica têm em comum que elas começam a trabalhar

---

de Gadamer, citadas na nota 6 *supra*. A conexão mencionada mostra-se quando se contrapõe agora essas declarações de Alexy e de Gadamer.

- 
- 8 No original, respectivamente: *Theorie der juristischen Argumentation*. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 7. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 2012; *Theorie der Grundrechte*. 3. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1996; *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt: Suhrkamp, 1995.
- 9 No original: *Wahrheit und Methode*. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. 6. ed. Tübingen: Mohr, 1990. v. 1; mesmo autor. *Wahrheit und Methode. Ergänzungen, Register*. 2. ed. Tübingen: Mohr, 1993, v. 2.
- 10 Ela compõe o título, enumerado com III, da parte A, da *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 178.

sobre e no navio construído no passado.<sup>11</sup> O navio é usado como imagem para a linguagem. Segundo o programa do método construtivista, proposto pela escola de Erlangen, nós temos de, pelo contrário, “ter a coragem de saltar na água e começar, outra vez, de novo”.<sup>12</sup> Nós temos de “pôr-nos em uma situação sem navio, isto é, sem linguagem, e temos de tentar seguir as atuações com as quais nós – nadando no meio do mar da vida – poderíamos construir uma jangada ou até um navio”.<sup>13</sup> Trata-se, nisso, da exigência de não admitir nada que é não assegurado metodicamente e ela estende-se não somente ao procedimento da fundamentação, mas também à linguagem da fundamentação.<sup>14</sup>

Posteriormente, no livro *Direito, razão, discurso* (1. ed., 1995), encontra-se, primeiro, uma alusão à hermenêutica das ciências do espírito, que sofreu uma rigorosa crítica pela metade do século XX por parte da filosofia analítica.<sup>15</sup>

Segundo, é mencionado Georg Henrik v. Wright, cujos trabalhos levaram a uma suavização do debate e abriram caminho para uma hermenêutica analítica.<sup>16</sup> O trabalho mencionado de v. Wright por Alexy na nota 8, p. 64, do livro *Direito, razão, discurso, é: Erklären und Verstehen*.<sup>17</sup> Nele von Wright faz menção ao surgir de uma direção que nasceu nos anos 60 do século XX no continente, que a mesma se denomina filosofia hermenêutica ou dialético-hermenêutica.<sup>18</sup> E na nota 85, que se encontra no final

---

11 Ver ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 7. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 2012. p. 180.

12 Citado segundo ALEXY, R. (nota 11), p. 180.

13 Citado segundo ALEXY, R. (nota 11), p. 180.

14 Comparar ALEXY, R. (nota 11), p. 179.

15 Ver ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso*. Estudos para a filosofia do direito. Tradução e revisão de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 64, com indicação bibliográfica.

16 Ver ALEXY, R. (nota 15), p. 64.

17 VON WRIGHT, Georg Henrik. *Erklären und Verstehen*. Hamburg: EVA, 2008.

18 Ver VON WRIGHT, G. H. (nota 16), p. 38.

desta frase, von Wright afirma que a fonte principal dessa direção é Gadamer.<sup>19</sup>

Terceiro, Alexy trabalha, então, os três tipos de círculo hermenêutico, ou seja, aquele que concerne à relação entre a chamada pré-compreensão e o texto, que concerne à relação entre a parte e o todo e que concerne à relação de norma e fato.<sup>20</sup>

Deve, ainda, ser mencionado que o texto<sup>21</sup> faz remissão em várias notas de pé de página à *Theorie der juristischen Argumentation*. Isso significa que a hermenêutica geral<sup>22</sup> também está em conexão com partes da teoria da argumentação jurídica desenvolvida por Alexy.

---

19 Ver VON WRIGHT, G. H., (nota 16), p. 160.

20 Comparar ALEXY, R. (nota 15), p. 64 e seguinte. Deve aqui, porque em conexão com o círculo hermenêutico, ser mencionado que não somente Jürgen Habermas apoia-se no “movimento particularmente circular de construção posterior racional” no último passo da travessia nos diferentes planos do discurso, que consiste na “passagem para a ‘reflexão sobre a alteração sistemática do idioma de fundamentação’” (citado conforme ALEXY, R. (nota 11), p. 155, últimas aspas no original), mas também a Escola de Erlangen aceita a pré-compreensão como pressuposto da qual a ética construtiva tem de iniciar, cuja construção a partir desse pressuposto deve tornar possível e necessário revisar essa pré-compreensão mesma e, dado o caso, corrigir (citado segundo ALEXY, R. (nota 11), p. 181). Isso, por sua vez, permite, no âmbito da gênese crítica de sistemas de normas (ver ALEXY, R., (nota 11), p. 190), falar da tarefa da ciência da cultura, ou seja, a interpretação da cultura, a crítica da cultura e a reforma da cultura (ver, para isso, ALEXY, R., (nota 11), p. 191 ss.). Ver também, em união com isso, SANTOS, Tânia Maria dos. *O direito à cultura na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, e HECK, Luís Afonso. Posfácio, mesmo autor (organizador). *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 229 e seguintes.

21 ALEXY, R. (nota 15), p. 61 e seguintes.

22 Mencionada por ALEXY, R. (nota 15), p. 64.

## 2. COMUNIDADES ENTRE ALEXY E GADAMER

Uma olhada nas obras anteriormente mencionadas<sup>23</sup> mostra que existem comunidades entre Alexy e Gadamer, a saber: a estruturalidade, a não reprodução<sup>24</sup> e a ausência de direito natural. Elas serão, no que segue, objeto de apresentação.

### 2.1. A estruturalidade

2.1.1. No livro *Theorie der Grundrechte* existe um título específico que soa: “Teoria dos direitos fundamentais como teoria de estrutura”.<sup>25</sup> Os fundamentos para isso podem, segundo Alexy, ser agrupados assim:

a) Uma teoria de estrutura, que é parte de uma teoria integrativa, é uma teoria primariamente analítica. Ela é uma teoria primariamente e não puramente analítica, porque investiga estruturas como a dos conceitos jurídico-fundamentais,<sup>26</sup> da influência dos direitos fundamentais sobre o sistema jurídico e do fundamentar jurídico-fundamental com vista às tarefas práticas de uma teoria integrativa. Sua matéria mais importante é a jurisprudência do tribunal constitucional federal. (...) Dirigida ela

23 Ver notas 7 e 8, *supra*.

24 A expressão “não reprodução” deixa, negativamente, apresentar-se bem com Hans Kelsen: “Se se acha que o direito está decidido na lei, então juridicidade significa absolutamente legalidade.” KELSEN, Hans. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, VVDStRL, Caderno 5, Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter, 1929. p. 31. Antes, Kelsen argumenta que a visão tradicional identifica absolutamente direito e lei, de modo que a jurisdição e a administração apresentam reproduções do direito já pronto, de alguma maneira, antes delas, concluído em sua produção (comparar com mesmo autor, mesma obra, p. 30 e segs.).

25 Ver ALEXY, R. (nota 6), p. 32.

26 *Grundrechtliche* eu costumo traduzir como “jurídico-fundamental”. Pode também ser entendido como “concernente aos direitos fundamentais”.

é pela questão sobre a decisão jurídico-fundamental correta e a fundamentação jurídico-fundamental racional.<sup>27</sup>

b) Uma teoria de estrutura tem de formar não somente a primeira parte de uma teoria integrativa dos direitos fundamentais, mas também a base e o vigamento para todo o resto. Para isso existe uma série de fundamentos. Clareza analítico-conceitual é uma condição de racionalidade elementar de cada ciência. Nas disciplinas práticas, que só muito mediatamente são controladas por experiências empíricas, esse postulado tem um significado ascendente. Isso vale justamente para o âmbito dos direitos fundamentais, que, em medida muito menor, como, por exemplo, o direito civil, é enformado por tradições analíticas e está exposto em medida muito maior a influências ideológicas.<sup>28</sup>

c) A dogmática dos direitos fundamentais como uma disciplina prática visa, em último lugar, à fundamentação racional de sentenças de dever<sup>29</sup> jurídico-fundamentais concretas. A racionalidade da fundamentação pede que o caminho, das determinações de direitos fundamentais para as sentenças de dever jurídico-fundamentais concretas, seja acessível em uma medida, tão alta quanto possível, de controle intersubjetivo. Isso, porém, pressupõe clareza sobre a estrutura das normas de direitos fundamentais, assim como de todos os conceitos e formas de argumentos relevantes na fundamentação jurídico-fundamental.<sup>30</sup>

2.1.2. Em Gadamer, a estruturalidade mostra-se, por um lado, no tratamento dos pré-juízos nesta sua afirmação: o primeiro com o que o entender inicia é (...) que algo nos aborde.<sup>31</sup> Nós

---

27 Comparar ALEXY, R. (nota 6), p. 32.

28 Comparar ALEXY, R. (nota 6), p. 32.

29 *Sollenurteile* eu traduzo como sentenças de dever. O verbo *sollen* é, em geral, traduzido por dever-ser, que compreende, por seu turno, os conceitos deônticos do mandamento, do proibido e do permitido.

30 Comparar ALEXY, R. (nota 6), p. 32.

31 Ver GADAMER, H.-G. *Wahrheit und Methode*. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. 6. ed. Tübingen: Mohr, 1990. v. 1, p. 304.

sabemos agora o que é exigido com isso: uma suspensão fundamental dos próprios pré-juízos. Toda suspensão de juízos, porém, portanto e tanto mais a de pré-juízos, tem, visto logicamente, a estrutura da *pergunta*.<sup>32</sup>

A essência da *pergunta* é, segundo Gadamer, o expor e o manter aberto de possibilidades. Torna-se um pré-juízo duvidoso – em vista daquilo que um outro ou um texto nos diz – então isso não quer dizer, portanto, que seja simplesmente posto de lado e o outro ou a outra [coisa] faz valer-se em seu lugar imediatamente. (...) Em verdade, o próprio pré-juízo bem verdadeiramente é trazido ao jogo pelo fato de ele mesmo estar em jogo. Somente quando joga ele é capaz de experimentar, no fundo, a pretensão de verdade do outro e lhe possibilita que também possa jogar.<sup>33</sup>

Sob o título “A primazia hermenêutica da pergunta”,<sup>34</sup> Gadamer ocupa-se com a *estrutura lógica da abertura*,<sup>35</sup> que caracteriza a consciência hermenêutica, e recorda qual significado coube ao conceito da pergunta na análise da situação hermenêutica.<sup>36</sup> A seguir, trata da essência da pergunta.

Reside na essência da pergunta que ela tem um sentido. Sentido, porém, é sentido de direção. O sentido da pergunta é, portanto, a direção na qual a pergunta somente pode realizar-se, se ela quer ser resposta cheia de sentido, conforme o sentido. Com a pergunta o interrogado é posto em um determinado ângulo visual. O surgir de uma pergunta arromba, de certo modo, o

32 Ver GADAMER, H.-G. (nota 31), p. 304. Em itálico no original. Em um outro lugar, Gadamer afirma: “Talvez exista uma lógica da pergunta. De uma tal poderia fazer parte que a resposta a uma pergunta necessariamente desperta novas perguntas” (GADAMER, H.-G. *Wahrheit und Methode. Ergänzungen, Register*. 2. ed. Tübingen: Mohr, 1993. v. 2, p. 193).

33 Ver GADAMER, H.-G. (nota 31), p. 304. Em itálico no original. Assim também GADAMER, H.-G. *Wahrheit und Methode. Ergänzungen, Register*. V. 2, 2. ed. Tübingen: Mohr, 1993, p. 64.

34 GADAMER, H.-G. (nota 31), p. 368.

35 Em itálico no original. GADAMER, H.-G. (nota 31), p. 368.

36 Ver GADAMER, H.-G. (nota 31), p. 368.

ser do perguntado. O *logos*, que esse ser arrombado desenvolve, é, sob esse aspecto, sempre já resposta. Ele mesmo somente tem sentido no sentido da pergunta.<sup>37</sup>

Perguntar significa pôr no aberto. A abertura do perguntado consiste no não estar determinado da resposta. (...) Isso representa o sentido do perguntar, expor o perguntado assim em sua perguntabilidade. Ele tem de ser posto em suspenso, de modo que o contra mantenha o equilíbrio ao pró. Cada pergunta consome primeiro seu sentido na passagem por tal suspenso, no qual ela se torna uma pergunta aberta. Cada pergunta autêntica pede essa abertura. Falta a ela a mesma, então ela é, no fundo, uma pergunta fictícia, que não tem um sentido de pergunta autêntico.<sup>38</sup> Gadamer cita como exemplo para isso a pergunta pedagógica e a pergunta retórica.<sup>39</sup>

Por outro lado, no tratamento da consciência da história do efeito. Ela tem a estrutura da *experiência*.<sup>40</sup> A experiência hermenêutica tem a ver com a *transmissão*.<sup>41</sup> Esta é que tem de chegar à experiência.<sup>42</sup> E o meio da experiência hermenêutica é o idioma.<sup>43</sup> Tenho de deixar valer a transmissão em sua pretensão, não no sentido de um mero reconhecimento da alteridade do passado, mas no modo que ela [a transmissão] tenha algo a me dizer. Também isso pede um tipo fundamental de abertura.<sup>44</sup>

37 Ver GADAMER, H.-G. (nota 31), p. 368.

38 Ver GADAMER, H.-G. (nota 31), p. 369.

39 GADAMER, H.-G. (nota 31), p. 369.

40 GADAMER, H.-G. (nota 31), p. 352. Em itálico no original.

41 GADAMER, H.-G. (nota 31), p. 363. Em itálico no original. *Überlieferung* eu traduzo como transmissão. Também pode ser traduzido como tradição.

42 GADAMER, H.-G. (nota 31), p. 363.

43 Ver GADAMER, H.-G. (nota 31), p. 387, onde isso se encontra como título. Para o idioma, ver ainda GADAMER, H.-G. *Wahrheit und Methode. Ergänzungen*, Register. 2. ed. Tübingen: MOHR, 1993. v. 2, p. 66 ss., 146 ss., 184 ss., 199 ss.

44 Ver GADAMER, H.-G. (nota 31), p. 367.

## 2.2. A não reprodução

2.2.1. A expressão “não reprodução” remete, em Alexy, tanto para o plano das regras como para o plano dos princípios. No plano das regras, a justificação externa, que Alexy emprega no âmbito dos “Traços fundamentais de uma teoria da argumentação jurídica”,<sup>45</sup> pode ser indicada. Segundo Alexy, objeto da justificação externa é a fundamentação das premissas utilizadas na justificação interna. Essas premissas podem ser de tipo completamente diferente. Deixam distinguir-se (1) regras do direito positivo, (2) declarações empíricas e (3) premissas que não são nem declarações empíricas nem regras do direito positivo.<sup>46</sup> À fundamentação destas premissas, ou seja, as que estão sob o número 3, serve o que se pode designar como “argumentação jurídica”.<sup>47</sup>

No plano dos princípios, a expressão “não reprodução” remete à norma de direito fundamental associada, que Alexy apresenta como resultado da ponderação.<sup>48</sup> Para chegar à norma de direito fundamental associada, Alexy trabalha, primeiro, a indeterminabilidade da norma estatuída *imediatamente* pelo texto da constituição, no artigo 5, alínea 3, proposição 1, da lei fundamental, do qual ele destaca “... ciência, investigação e ensino são livres”.<sup>49</sup> Essa indeterminabilidade é de natureza dupla, ou seja, ela é aberta tanto semântica como estruturalmente.<sup>50</sup>

45 ALEXY, R. (nota 11), p. 273.

46 Ver ALEXY, R. (nota 11), p. 283.

47 Ver ALEXY, R. (nota 11), p. 284. Aspas no original.

48 No livro *Theorie der Grundrechte* (nota 6), p. 84, encontra-se o seguinte título: “Resultados da ponderação como normas de direitos fundamentais associadas.” Para a norma de direito fundamental associada também fora do âmbito da teoria dos direitos fundamentais de Alexy, ver, pormenorizadamente, Ludwig, Roberto José. *A norma de direito fundamental associada*. Direito, moral, política e razão em Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014.

49 ALEXY, R. (nota 6), p. 57. Em itálico no original.

50 Ver ALEXY, R. (nota 6), p. 57.

Depois, Alexy trata ainda da *relação de precisção* e da *relação-fundamento*.<sup>51</sup> Segue, então, a indicação do que sejam normas associadas, ou seja, as normas expressas sob os números 4, 5 e 6<sup>52</sup> não são estatuídas imediatamente pelo texto da constituição, mas, ao contrário, associadas às normas estatuídas imediatamente pelo texto da constituição. Isso justifica denominá-las “*normas associadas*”. Por isso, as normas de direitos fundamentais deixam dividir-se em dois grupos: em normas de direitos fundamentais estatuídas imediatamente pelo texto da constituição e em normas de direitos fundamentais associadas.<sup>53</sup>

Agora pode-se colocar a questão: quando uma norma associada vale e é uma norma de direito fundamental? A resposta, segundo Alexy, soa: “... quando para a sua associação a uma norma de direito fundamental estatuída imediatamente uma *fundamentação jurídico-fundamental correta* é possível.”<sup>54</sup>

2.2.2. A não reprodução apresenta-se em Gadamer sob a palavra *aplicação*, que está situada em cada entender.<sup>55</sup> Aplicação é um componente do mesmo modo integrante do processo hermenêutico como entender e interpretar.<sup>56</sup>

51 Ver ALEXY, R. (nota 6), p. 60. Em itálico no original. Na nota 53, que está, no texto, no final da frase onde se encontra a expressão *relação de precisção*, Alexy afirma: “Sob esse aspecto, a situação aqui é de outra forma como na suposição de um ‘direito fundamental não escrito’. Um direito fundamental não-escrito está caracterizado pelo fato de a norma de direito fundamental, que o concede, não estar em uma relação de precisção para com uma norma de direito fundamental expressa imediatamente pelo texto da constituição” (ALEXY, R. (nota 6), p. 60, aspas no original.)

52 Para essas normas, ver ALEXY, R. (nota 6), p. 58 ss.

53 Ver ALEXY, R. (nota 6), p. 60. Em aspas e itálico no original.

54 ALEXY, R. (nota 6), p. 61. Em itálico no original.

55 Ver GADAMER, H.-G. (nota 31), p. 312. Em itálico no original.

56 Ver GADAMER, H.-G. (nota 31), p. 313. *Auslegung* eu traduzo geralmente como interpretar. Ela, contudo, significa também explicar. Em ALEXY, R. (nota 15), eu a traduzi como interpretar. Ver mesmo autor, mesma obra, p. 62, nota do tradutor.

Segundo Gadamer, não só ocasionalmente, mas sempre o sentido de um texto sobrepuja seu autor. Por isso, entender não é somente uma conduta reprodutiva, mas sempre também uma produtiva.<sup>57</sup> E interpretação não é um ato que acresce ao entender posterior e ocasionalmente, mas entender é sempre interpretação, e interpretação é, por isso, a forma explícita do entender.<sup>58</sup>

Dentro do âmbito do título “O significado exemplar da hermenêutica jurídica”<sup>59</sup> Gadamer volta à ideia da não reprodução como segue: a tarefa do interpretar é a da *concretização da lei* no caso respectivo, portanto, a tarefa da *aplicação*. A prestação do complemento do direito produtivo, que ocorre com isso, é certamente reservada ao juiz que, porém, está sob a lei rigorosamente assim como cada outro membro da comunidade jurídica. Na ideia de uma ordem jurídica reside que a sentença do juiz não tem origem em uma arbitrariedade imprevisível, mas na consideração justa do todo. De tal consideração justa cada um está em condições, que se aprofundou na completa concreção da situação fática. Precisamente, por conseguinte, existe segurança jurídica em um Estado de Direito.<sup>60</sup> A seguir, argumenta: a tarefa da concretização não consiste certamente em um mero conhecimento dos parágrafos. Tem-se de, naturalmente, também conhecer a jurisprudência, quando se quer apreciar juridicamente o caso dado e todos os fatos que determinam a mesma.<sup>61</sup> E conclui deste modo: é, por isso, fundamentalmente, sempre possível compreender a ordem jurídica existente como tal, e isso significa assimilar dogmaticamente cada complemento do direito ocorrido. Entre hermenêutica jurídica e dogmática jurídica existe, portanto, uma relação essencial, na qual a hermenêutica tem a primazia.

57 Ver GADAMER, H.-G. (nota 31), p. 301.

58 Ver GADAMER, H.-G. (nota 31), p. 312. Comparar com p. 329.

59 Ver GADAMER, H.-G. (nota 31), p. 330.

60 Ver GADAMER, H.-G. (nota 31), p. 335. Em itálico no original.

61 Ver GADAMER, H.-G. (nota 31), p. 335.

*A ideia de uma dogmática jurídica perfeita pela qual cada sentença se tornaria um mero ato de subsunção é insustentável.*<sup>62</sup>

Essa não reprodução não significa, contudo, que aquele que entende escolhe arbitrariamente seus pontos de vista, mas encontra o seu lugar determinado. Assim, é essencial para a possibilidade de uma hermenêutica jurídica que a lei vincule todos os membros da comunidade jurídica em modo igual. Onde isso não é o caso, onde, por exemplo, como no absolutismo, a vontade do soberano absoluto está acima da lei, não pode haver hermenêutica, “uma vez que um soberano pode esclarecer suas palavras também contra as regras da interpretação comum”.<sup>63</sup> A tarefa do entender e do interpretar existe precisamente somente ali onde algo está assim fixado que ele, como o fixado, é inabrogável e vinculativo.<sup>64</sup>

Mais além, ser interpretação da vontade da lei, interpretação da promessa divina, isso notoriamente não são formas de domínio, mas de serviço. No serviço daquilo que deve valer, elas são interpretações que incluem aplicação.<sup>65</sup>

### 3. AUSÊNCIA DE DIREITO NATURAL

3.1. A Filosofia do Direito de Alexy não está vinculada ao direito natural. Alexy admite, contudo, que a teoria do discurso está na tradição do direito natural, mas somente sob um aspecto, qual seja, no de descobrir potenciais de razão existentes na realidade humana e, portanto, no explorar, nesse sentido, esclarecimento sobre a natureza das pessoas.<sup>66</sup>

---

62 Ver GADAMER, H.-G. (nota 31), p. 335. Gadamer remete aqui a um trabalho de F. Wieacker, do ano de 1957. O itálico não está no original.

63 Ver GADAMER, H.-G. (nota 31), p. 334. Em aspas no original, que dizem respeito a uma citação.

64 Ver GADAMER, H.-G. (nota 31), p. 335.

65 Ver GADAMER, H.-G. (nota 31), p. 316.

66 Ver ALEXY, R. (nota 15), p. 111.

Uma outra questão deve, nessa conexão, ser posta aqui. Ela diz respeito à metafísica no âmbito da Filosofia do Direito de Alexy. Em seu artigo “Menschenrechte ohne Metaphysik?”, Alexy supõe uma metafísica e indica, por um lado, sua fonte: “Essa tese metafísica tem sua fonte não somente na estrutura do mundo, também não somente na razão do particular, mas, bem no sentido de Habermas, na *estrutura da comunicação*.”<sup>67</sup> Por outro, sua

---

67 ALEXY, Robert. *Menchenrechte ohne Metaphysik?*, Deutsche Zeitschrift für Philosophie 52 (2004), p. 24. O itálico não está no original. Na nota, que se encontra contígua, é citado HABERMAS, Jürgen. *Nachmetaphysisches Denken*. Frankfurt/M., 1988. p. 55. A expressão “estrutura da comunicação” remete àquilo que o desconstrutivismo, por exemplo, combate destrutiva e, portanto, negadoramente. Nisso, então, “situa-se uma *antítese imediata* para com a hermenêutica, que realmente tem o entender intersubjetivo, independente em qual limitabilidade, como categoria central de seu conceito de cultura e de literatura. Do “poder da boa vontade”, que H.-G. Gadamer vê como pressuposto indispensável de toda comunicação conveniente, portanto, também de todos os debates literários e teórico-culturais, torna-se em Derrida, em inversão caracteristicamente desconstrutiva, a “boa vontade para o poder” (ZAPF, Hubert. *Dekonstruktivismus*. In: NÜNNING, Ansgar (ed.). *Metzler Lexikon Literatur- und Kulturtheorie: Ansätze – Personen – Grundbegriffe*. 3. ed. Stuttgart, Weimar: J. B. Metzler, 2004. Pontuação no original, menos o itálico; ver, nessa conexão, também o artigo de Gadamer, *Destruição e desconstrução*. In: *Wahrheit und Methode. Ergänzungen, Register*. 2. ed. Tübingen: Mohr, 1993. v. 2, p. 361 ss.; mais além, p. 238: “Não haveria nenhum orador e nenhuma arte de falar se entendimento e acordo não apoiassem as relações humanas – não haveria nenhuma tarefa hermenêutica se o acordo daqueles, que ‘são uma conversa’, não estivesse perturbado e o entendimento não tivesse de ser procurado” – pontuação no original). Essa *antítese imediata* também existe, portanto, para com a filosofia do direito de Alexy.

O que essa *antítese imediata* representa no âmbito do direito pode ser apresentado com base em um exemplo. Gerd Roellecke, sob o título *Comunicação jurídica – legibilidade ou idiomaticidade do direito*, com o qual apresenta uma recensão ao livro de Ino Augsberg, *Die Lesbarkeit des Rechts*. *Texttheoretische Lektionen für eine postmoderne juristische Methodologie*, comprova: “Somente, o que e como deve a metodologia ensinar? “Entender cobrimento” deve, certamente, significar, destruir textos, como Augsberg o mostrou. Mas por que, se mesmo assim não se chega

a compreender a verdade? Quando se retira o “cobrimento”, o que se vê então? Segundo Augsberg: absolutamente nada, no máximo, autores mortos e seus discípulos” (ROELLECKE, Gerd. *Juridische Kommunikation – Lesbarkeit oder Sprachlichkeit des Rechts*. In: *Rechtstheorie*, 2009. v. 40, p. 514, aspas no original). E, então, coloca a questão: “E com quem fala o juiz sobre o texto, se o autor não vive mais? Com os outros leitores? E do que falam eles?” (Mesmo autor, mesma obra, p. 514.) Essa recensão também tem em vista o desconstrutivismo, que é nominalmente citado. Ver mesmo autor, mesma obra, p. 514.

Isso também toca, naturalmente, à chamada pós-modernidade que, aliás, está mencionada no título do livro de Augsberg, acima citado. Aqui existe, além dessa antítese imediata, também a questão, qual seja, o que deve ser entendido sob pós-modernidade. Ludger Heidbrik apresenta isso precisamente: “Aí está, finalmente e em último lugar, o final da modernidade, que, até certo ponto, paradigmaticamente abrange todos os outros finais sob a etiqueta da pós-modernidade, todavia, entretimentos, também já novamente está superada [aqui tem nota com indicação bibliográfica]. No lugar da pós-modernidade puseram-se, desde bastante tempo, a ‘segunda modernidade’, a ‘modernidade reflexiva’ ou simples e interveniente a ‘outra modernidade’” [aqui tem nota com indicação bibliográfica] (HEIDBRINK, Ludger. *Ambivalenzen des Finalismus, Grundzüge einer Hermeneutik des Aufhörens*. In: FIGAL, Günter (Herausgeber). *Internationales Jahrbuch für Hermeneutik*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004. v. 3, p. 159 ss. Pontuação no original). No Brasil, Cláudia Lima Marques pode ser mencionada justamente como partidária, antes entusiástica, da chamada pós-modernidade. Contudo, à medida que ela a fixou como quadro, isto é, moldura, para seu “programa de investigação jurídica” (ver, por exemplo, *Cadernos do programa de pós-graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, volume I, número I, março 2003), coloca-se, então, por um lado, subsequentemente, uma questão de confirmação desse “programa de investigação jurídica”: ele resiste, como tal, a essa *antítese imediata* (que, aliás, é intensificada com esta afirmação de Gadamer: “O processo do traduzir inclui, no fundo, todo o segredo de entendimento do mundo humano e *comunicação social*” (GADAMER, H.-G. *Wahrheit und Methode*. *Ergänzungen*, Register. 2. ed. Tübingen: Mohr, 1993. v. 2, p. 205 – o itálico não está no original), porque Lima Marques emprega a tradução, como, por exemplo, nos *Cadernos* supracitados, fartamente, o que, sob esse aspecto, apresenta assim uma contradição) e a essa *falta de conceitualidade* ou Lima Marques simplesmente abstrai *disso*? Até onde se pode ver, trata-se realmente, da sua parte, o que aqui interessa, de um mero abstrair disso, o que, por outro lado, agora consequentemente, mantém, então, os elementos desse “programa de investigação jurídica” (consumidor, Mercosul, meio ambiente etc.) naquilo que sempre foram na própria terminologia da pós-modernidade,

denominação e caráter: “Por isso, pode essa metafísica como construtiva ser oposta à enfática. Uma metafísica construtiva tem um caráter simultaneamente racional e universal”.<sup>68</sup>

3.2. Também a hermenêutica filosófica de Gadamer não está vinculada ao direito natural. É importante, nesse sentido, ocupar-se aqui com o resultado do confronto que Gadamer faz entre Aristóteles e a tradição do direito natural posterior. Aristóteles, por um lado, distingue a imodificabilidade do direito da natureza (*Naturrecht*) e a modificabilidade do direito positivo. Por outro, ele restringe o direito absolutamente imodificável aos deuses e esclarece que sob pessoas não somente o direito fixado, mas também o direito natural (*natürliches Recht*) é modificável.<sup>69</sup>

No que toca à tradição do direito natural posterior: segundo Gadamer, Aristóteles contrapôs, com toda a clareza, que o melhor estado “em toda parte é o mesmo” e, mesmo assim, não no modo “no qual o fogo em toda parte queima do mesmo modo, aqui na Grécia como lá na Pérsia”.<sup>70</sup> Contudo, justamente essa mencionada tradição apoiou-se nessa passagem como se Aristóteles, com isso, tivesse comparado a imodificabilidade do direito com a imodificabilidade das leis naturais.<sup>71</sup> De acordo com Gadamer, o contrário é o caso. Na verdade, a ideia do direito natural tem, como justamente essa contraposição mostra, segundo Aristóteles,

---

isto é, em “modelos de saber fragmentários e provisórios” (MAYER, Ruth. Postmoderne/Postmodernismus. In: NÜNNING, Ansgar (ed.). *Metzler Lexikon Literatur- und Kulturtheorie: Ansätze – Personen – Grundbegriffe*. 3. ed. Stuttgart, Weimar: J. B. Metzler, 2004). No conjunto, portanto, resulta que esse “programa de investigação jurídica” mesmo, carregado, sobretudo, com esse *abstrair disso* e com essa *contradição*, coloca-se em questão. De uma grande aspiração aparecem, assim, pequenas realidades.

68 ALEXY, R. (nota 67), p. 24.

69 Comparar GADAMER, H.-G. (nota 31), p. 324. *Naturrecht e natürliches Recht* não são, portanto, a mesma coisa, em Aristóteles.

70 Comparar GADAMER, H.-G. (nota 31), p. 325. Aspas no original.

71 Comparar GADAMER, H.-G. (nota 31), p. 325.

somente uma função crítica. Não se deve fazer dele nenhum uso dogmático, isto é, não se deve marcar determinados conteúdos do direito como tais com a dignidade e a inviolabilidade do direito natural.<sup>72</sup>

#### 4. CONCLUSÃO

A filosofia do direito de Alexy e a hermenêutica filosófica de Gadamer têm em comum, mais além, também a pergunta. Com essa afirmação deve ser acentuado que é certamente ela, a pergunta, uma das comunidades, mencionadas no início, na colocação da questão, mais importantes, porque por meio dela ambas mostram sua capacidade de universalização, e é esta, a universalização, que apresenta a conclusão deste artigo. Em Alexy, a pergunta reside em afirmar algo, citar um fundamento e colocar a questão “por quê?”<sup>73</sup> Em Gadamer, a pergunta situa-se na motivação, isto é, toda pergunta é motivada, porque cada pergunta recebe seu sentido do tipo de sua motivação,<sup>74</sup> porque a tudo o que é dito pode-se com sentido dirigir a pergunta: “por que tu dizes isso?”<sup>75</sup> Essa universalização, portanto, não diz respeito ao conteúdo, mas à fundamentação, à motivação, cada vez.

---

72 Comparar GADAMER, H.-G. (nota 31), p. 325.

73 Ver ALEXY, R. (nota 15), p. 111.

74 Ver GADAMER, H.-G. (nota 67), p. 82.

75 Ver GADAMER, H.-G. (nota 67), p. 152. Aspas no original.