

MATÉRIA ESPECIAL

A interpretação e construção do Direito na ótica de Jürgen Habermas: novos paradigmas para a atuação do Ministério Público¹

Felipe Faria de Oliveira

Promotor de Justiça na Comarca de João Pinheiro-MG

Mestre em Direito Público

Professor universitário

Considerações iniciais

Até pouco tempo atrás, os juristas pátrios, muito embora cientes da hermenêutica jurídica, não se debruçavam com muito afinco à seara interpretativa/construtiva do Direito. É bem verdade que em determinados campos da ciência jurídica surgiam algumas obras que se interessavam pela aplicação das normas. Entretanto, via de regra, as referidas obras se limitavam a descrever uma forma subsuntiva e limitadora de aplicação das normas legais ao caso concreto, sem haver qualquer preocupação com a complexidade que hoje se reconhece à hermenêutica.²

1 Parcela do presente texto é parte integrante da obra *Direito Tributário e Direitos Fundamentais: uma revisão interpretativa do princípio da tipicidade junto ao Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.

2 Neste tocante, vale lembrar que a ilustre tributarista mineira Misabel Derzi nos brindou com obra de significativa importância no campo da interpretação tributária (DERZI, 1988). Mais atenta às vicissitudes da linguagem, Derzi (1988, p. 287-288), em obra dedicada ao tema, alerta sobre a impossibilidade de maximização da segurança jurídica em toda a esfera legislativa. Mais. A autora acerta novamente, ao perceber que o Direito Tributário não pode ser compreendido como um dado pronto pelo legislador, mas sim um construir constante e ininterrupto.

No desenvolvimento de um estudo diferenciado, a tributarista realiza minuciosa análise acerca da tipologia, buscando encontrar quais as características dos ditos “tipos tributários”. Com vistas a esse objetivo, recorre aos filósofos alemães para concluir, com excelência, que os tipos não são efetivamente cerrados como pressupõe toda a doutrina. Pelo contrário. Sua forma de construção acaba por lhes acarretar uma abertura que lhes é própria, concluindo, assim, pela “abertura do tipo, que se revela na inesgotabilidade de suas notas” (DERZI, 1988, p. 64).

Não obstante, após constatar o equívoco por que se pauta a doutrina, Misabel retorna sua mente para a busca da mesma precisão que caracteriza os autores já apontados, filiando-se à postura dominante de busca por uma legalidade engessadora, enaltecendo a segurança jurídica por meio da técnica legislativa.

Desta feita, os doutrinadores e juristas atuais vêm cada vez mais voltando os olhos para a hermenêutica jurídica. Qual seria a melhor forma de construção e aplicação do Direito? Nossa estrutura antropológica nos permite elaborar um sistema jurídico que assegure o mínimo de influência de valores subjetivos na elucidação do caso concreto? As normas jurídicas conseguem trazer segurança jurídica? De qual maneira? Como conseguir a almejada segurança sem abrir mão da justeza e da efetividade do Direito caso a caso? Essas são questões que têm sido recorrentemente postas em debate.

No presente estudo, tem-se a pretensão unicamente de apresentar as bases principais de uma das principais correntes hermenêuticas que propõem soluções para os questionamentos supramencionados. O procedimentalismo jurídico, o qual nos tem servido de marco teórico a vários outros trabalhos,³ não se propõe a debater o direito material a ser criado quando ocorre a elaboração das normas jurídicas pelo Parlamento em seu discurso de fundamentação.

Nesse sentido, após realizar minuciosa distinção entre os “tipos legais tributários” e a “especificação conceitual” por ela utilizada, Misabel conclui que a utilização de tipos abarca uma abertura conceitual inadmissível para os parâmetros fiscais. Para ela, seriam os tipos por demais flexíveis, permitindo assim, graduações e concessões que culminariam na indeterminação rechaçada pela certeza tida por escopo. Por isso mesmo, a lei deveria ser “fonte fundamental e exclusiva de produção de normas tributárias novas, abstratas e genéricas, as quais espancam ou devem espancar, na medida do possível, a discricionariedade dos atos de aplicação, quer administrativos, quer judiciais...” (DERZI, 1988, p. 287).

É importante deixar claro, desde já, que também somos contrários à discricionariedade, entretanto, com base em razões distintas. De todo modo, reparem como Derzi, mesmo identificando o problema que assola a teoria da tipicidade cerrada, cai na armadilha de uma saga por uma especificação conceitual que, mais descritiva e exaustiva, não permitiria os espaços abertos negligenciados pela tipologia, culminando, dessa forma, em uma vinculação das atividades administrativas (lançamento, fiscalização, etc.) e jurisdicionais. Trata-se, em realidade, de pretensão inalcançável.

Daí nos posicionarmos de acordo com Ávila (2006, p. 308 ss.), para quem a determinação constitucional implica mera certeza de existência normativa, e não de certeza de conteúdos pré-determinados.

3 Nesse sentido, *vide*, em especial, OLIVEIRA, 2010, e CRUZ ; OLIVEIRA, 2009.

O foco de estudo desta linha de pensamento, que tem Jürgen Habermas como seu principal nome, parte de um discurso deontologicamente neutro, sem valores ou direitos anteriores ao discurso, ao Direito, ao próprio Homem ou ao Estado. Com isso, deixa-se à sociedade a possibilidade de criação do sistema jurídico que bem lhe aprouver, limitado, unicamente, à própria possibilidade do discurso. Sobre o tema, veremos mais adiante.

De todo modo, esta é uma linha de pensamento que muitos vêm comentando sem, muitas vezes, compreender suas efetivas bases. Desta feita, procederemos a uma breve apresentação do paradigma a que o procedimentalismo se contrapõe para, então, delinear algumas breves ideias sobre o tema. Entretanto, desde já se alerta. O presente ensaio serve como uma mera apresentação aos pontos centrais dessa rica corrente teórica. Para maiores verticalizações acerca do tema recomendamos o estudo das obras aqui mencionadas.

O delineamento do paradigma a ser superado

Buscar a raiz da sistemática moderna de interpretação jurídica não é tarefa das mais simples. Afinal, desde os primórdios da Grécia antiga podemos identificar formas de pensamento que até o início do século XX seriam caracterizadoras do sistema interpretativo.

Exemplificativamente, podemos citar Aristóteles, que já ventilava a concepção de que as palavras deteriam um caráter representativo de uma realidade já posta, antecipando a corrente neopositivista do Wiener Kreis.⁴

4 Em Viena, um grupo de amigos intelectuais no início dos anos de 1920 costumava se reunir em um café da cidade para debater temas filosóficos e científicos. Mais tarde, com o ganho de substância dos debates e a redação de um “manifesto” que logrou delinear uma corrente de pensamento própria, surgiu o Wiener Kreis (Círculo de Viena), também chamado de neopositivismo ou positivismo lógico.

A própria formação de seus integrantes – grande parte ligada à lógica ou matemática – já denota certas características do pensamento vienense do início do século passado. Ainda gravado pelas influências do racionalismo, o neopositivismo se consagrou como uma corrente extremamente anti-metafísica, com pressupostos científicos de verificação (seguimento da ideia de “causa-efeito” de Descartes), além de uma intensa preocupação com o estudo da linguagem e da ciência em si. Todos esses elementos restavam submetidos à perseguição de um conhecimento tão exato quanto o lógico-matemático presente em suas bases científicas. Para Sofia Rovighi, essa doutrina “é caracterizada não apenas por elementos positivos [...] mas também por uma radical aversão à metafísica, unida à valorização das ciências experimentais e da lógica formal” (ROVIGHI, 2004, p. 473).

Outro ponto marcante desse novo modelo de pensamento é a busca por atrelar a função da linguagem ao desenvolvimento da filosofia.

Para os integrantes do neopositivismo, todos os grandes problemas da filosofia não estavam na filosofia em si, mas sim na sua forma de expressão. Toda discordância filosófica, toda incompreensão da realidade não passam por uma incompreensão ou desconhecimento da filosofia “stricto sensu”, mas sim por uma carência linguística. Por isso mesmo a própria filosofia deveria ocupar-se da linguagem.

Em passagem sobre Rudolf Carnap, membro do pensamento vienense, Manfredo Araújo afirma que “sua convicção era de que a maioria dos problemas filosóficos autênticos era controversia a respeito do quadro linguístico adequado a uma pesquisa científica ou descritiva sobre fatos

Isto se relaciona, ainda, com sua concepção de que os objetos já teriam em si mesmos uma carga de significado independente do intérprete que se colocava ao conhecimento – estrutura de pensamento hoje conhecida como “ontologia do objeto”, e que acarreta significativos impactos no processo de conhecimento da realidade.⁵ Estes dois dados, aparentemente banais, foram fundamentais para o conhecimento que posteriormente dominaria a epistemologia do mundo moderno.

Ao se chegar à Idade Média, porém, a interpretação das leis passa a ser carregada por um caráter político. Calcada nas bases teóricas desenvolvidas por Santo Agostinho – o qual se inspirou nas ideias de Platão – e especialmente Santo Tomás de Aquino – que por sua vez, seguiu o norte deixado por Aristóteles – a Igreja Católica conseguiu dar sobrevida ao seu poder de dominação na construção do conhecimento científico e jurídico defendendo a unicidade e hierarquia interpretativa.

Em breves palavras, Tomás de Aquino afirmava que haveria um escalonamento das normas, com direta relação de busca por legitimidade. A fim de fundamentar todas

dos quais tais pesquisas tratam, as confusões existentes na filosofia provêm do fato de os filósofos não terem clareza a respeito dessa realidade, isto é, que as perguntas filosóficas são, nesse sentido, perguntas puramente lingüísticas [...] Isso significa, então, que todos os problemas filosóficos são, na realidade, problemas de sintaxe lógica.” (OLIVEIRA, 1996, p. 81-82).

5 A preocupação ontológica de Aristóteles, a qual se constata na observância do “ser enquanto ser” foi responsável por delinear a “filosofia do objeto” ou “filosofia do ser”. Esta forma de pensamento foca sua atenção nas coisas em si, no objeto como potência e que tem em sua essência a definição de sua finalidade e utilização. Para conhecer a realidade, deveria o homem se ater a descobrir o que as coisas querem “transmitir” para o intérprete, já que as mesmas já detêm um propósito que independe da pragmática do sujeito. O objeto se esgota em si mesmo, pois detentor prévio de conteúdo e finalidade.

Na mesma senda, seu entendimento acerca da utilização da linguagem. “Aristóteles acreditava que as palavras só possuíam um sentido definido porque as coisas possuíam uma essência.” (STRECK, 2003, p. 118). Ou seja, por representarem objetos, que por sua vez detinham em si uma materialidade exauriente em sua própria existência, as palavras e expressões contemplavam um conteúdo material já definido ontologicamente: os significados dos signos e expressões já estavam delimitados previamente ao uso pelo sujeito, afinal, referidas palavras representavam objetos que, por sua vez, já tinham “conteúdos” próprios anteriores à forma como o sujeito se utilizava desse mesmo objeto.

É a ideia que ainda hoje encampa alguns teóricos defensores de uma descrição legal da realidade capaz de expressar todas as nuances, e conter todo o significado anterior ao intérprete (algo próximo ao *brocardo in claris cessat interpretatio*). Reside tal argumentação na lógica do princípio da tipicidade, por exemplo, segundo o qual, em um texto legal já se tem compreendido todo o conteúdo da realidade que se quer conhecer – a lei como objeto e com conteúdo predeterminado antes mesmo de ser interpretada.

Entretanto, à frente de seu tempo, Aristóteles percebia a necessidade de realizar a contextualização das normas para sua incidência concreta: “assim como a régua de chumbo só concretiza a sua virtude prática de ajustar as molduras lésbicas ao se adaptar à forma de pedra, é através do adaptar-se ao caso, mediante o decreto corretivo, que a lei universal é por isso regra indeterminada atualiza concretamente a sua normatividade. Na concretude do caso é que se realiza e se determina a normatividade da lei.” (GALUPPO, 2002, p. 33).

as demais, estaria no topo da pirâmide, a lei divina, a qual somente poderia ser conhecida pela própria Igreja.⁶

Nesse tocante, surge uma das maiores críticas ao direito teológico: inspirar-se em uma fonte de legitimidade metafísica, que foge à capacidade de comprovação e conhecimento dos homens.

Entretanto, os próprios excessos praticados pelo clero foram responsáveis pela alteração epistemológica. Receosos de que a influência religiosa pudesse macular toda e qualquer forma de produção de conhecimento – além das próprias penas impostas aos que desafiassem os dogmas religiosos⁷ – pensadores da época passaram a buscar fundamentos que pudessem “neutralizar” toda e qualquer influência externa sobre a observação natural e produção científica. Neste ponto, Descartes foi, sem dúvida, um dos principais nomes. Ao advogar a tese de que todo conhecimento, para ser validado, deve ser produzido de forma neutra, sem qualquer influência do subjetivismo do sujeito, ou mesmo amarras religiosas ou morais, Descartes conseguiu garantir a neutralidade matemática ao conhecimento humano, além de atender aos anseios de respostas predefinidas e cientificamente verificáveis.⁸

6 As ideias agostinianas já esboçam uma relação entre a vontade divina – fonte de toda a realidade – e o direito positivo. Este último, situado no plano terreno, deve-se adequar à sua matriz transcendental divina. Não obstante a fusão entre filosofia e fé possibilitadora de uma maior força da dogmática cristã seja marcada pela patrística agostiniana, é Santo Tomás de Aquino quem pode ser apontado como a expressão da vontade eclesial em dominar a construção de conhecimento na Idade Média.

Aquino distinguiu quatro espécies de leis estruturadas hierarquicamente: lei eterna, lei natural e lei humana. E acima delas, a lei divina.

A lei eterna, de origem divinatória, compõe a ordem universal que rege todas as coisas. Graças à sua origem transcendental, a vontade divina é incorruptível e universal. “Os universais são perpétuos e incorruptíveis, mas o verdadeiro é maximamente universal, pois é convertível com o ente; portanto, a verdade é perpétua e incorruptível [...] ‘porque a justiça é eterna e imortal’, mas a verdade faz parte da justiça” (TOMAS DE AQUINO, 1999, p. 197; 195).

Não obstante seja a lei eterna a fonte divina que tudo ordena, apenas Deus e os bem-aventurados teriam acesso direto ela. A todos os demais apenas indiretamente, através da expressão da lei eterna na lei natural seria possível conhecer o conteúdo natural regente. Entretanto, a fim de cuidar dos possíveis desvios de comportamento, seria ainda necessária a criação de uma lei positivada. Após expor estas distintas hierarquias de leis, Aquino cria entre elas uma cadeia de legitimidade, em que a lei humana, para ser efetivamente válida, teria que se coadunar com os preceitos determinados pela lei natural e consequentemente pela lei eterna.

7 Neste ponto, merece especial atenção o caso de Giordano Bruno, cujo triste destino foi fundamental para que Descartes se visse motivado a escrever sua obra *Discurso do Método*: “Em 1591, a convite de um nobre veneziano, voltou imprudentemente à Itália. Um ano depois, foi denunciado ao Santo Ofício, preso, transferido para Roma e encarcerado. Nos sete anos seguintes, apesar da mais extrema e prolongada tortura, discutiu tenazmente com a Inquisição. À exigência dos Inquisidores de que se retratasse, recusou-se obstinada e repetidamente. Por fim, em 1600, foi oficialmente condenado por heresia e sentenciado à morte. A 17 de fevereiro daquele ano foi para a estaca. Levaram-no amordaçado, a fim de que sua continuada rebeldia não se revelasse embaraçosa para os carrascos ou perturbadora para os espectadores reunidos” (BAIGENT; LEIGH, *apud* CRUZ, 2004 p. 59).

8 A obra de Descartes, muito embora sucinta, é extremamente rica para caracterizar o paradigma em que ele se encontrava. Em dado momento, querendo argumentar como os sentidos (subjetividade) era

Com isso, toda e qualquer área do conhecimento que quisesse ser tida por respeitável, deveria conseguir alcançar as mesmas bases de certeza e confiabilidade.

Do mesmo modo, Newton, observando a repetibilidade dos fenômenos da natureza, passou a descrever o universo natural como uma sinfonia de leis infalíveis e exatas.

A perspectiva de conhecimento da realidade pela ciência muito se adequou com o antropocentrismo e o racionalismo kantiano que passaram a marcar o surgimento da modernidade. Inserido em seu paradigma, Kant entendia que o sujeito solipsista, individual e suficiente em sua reta razão era capaz de ter acesso a todo o conhecimento da realidade externa.⁹

Diante desse quadro, o Direito, que também queria ganhar o *status* científico até então direcionado às ciências exatas, buscou a matematização de resultados jurídicos. Para tanto, transpôs a perspectiva newtoniana às normas positivadas, dando um caráter objetivo e formal ao Direito.

É muito simples verificar essa relação. Newton já havia afirmado que: se A, é B (p. ex: se tenho ação, tenho reação em mesma direção e sentido contrário). O Direito, importando o conforto dos resultados previsíveis, elaborou a se-

um inconveniente à produção científica, ele expõe: Assim, porque os nossos sentidos às vezes nos enganam, quis supor que não havia coisa alguma que fosse tal como eles nos levam a imaginar [...] pois enfim, quer estejamos acordados, quer dormindo, nunca nos devemos deixar persuadir senão pela evidência de nossa razão. Há que se notar que digo de nossa razão, e não de nossa imaginação, nem de nossos sentidos. Assim, embora vejamos o sol muito claramente, nem por isso devemos julgar que ele seja apenas no tamanho que o vemos.” (DESCARTES, 1996, p. 37; p. 45). Posteriormente, o mesmo autor conclui: “pois, enfim, o método que ensina a seguir a verdadeira ordem e a enumerar exatamente todas as circunstâncias do que se procura contém tudo o que dá certeza às regras de aritmética [...] por meio dele, tinha a certeza de usar em tudo minha razão.” (DESCARTES, 1996, p. 25-26).

9 Mister perceber que, com sua teoria, Kant reformula a filosofia até então vigente. Conforme mencionado, desde a Antiguidade é viável identificar uma “filosofia do objeto”, na qual cabia ao homem tentar conhecer qual a essência que o objeto tinha em si. Dessa forma, o sujeito “girava em torno” do objeto.

Kant inverte a ordem desses elementos. Não é o homem que deve conhecer as “leis do objeto”, e sim as impressões do objeto que devem-se amoldar à racionalidade humana! A partir de então, é o objeto que deve girar em torno da razão humana, impulsionando, assim, a chamada “filosofia da consciência”.

Cruz também percebe que “desde Kant, sabe-se que o conhecimento não pode ser reduzido a uma relação objeto/objeto. [...] Em outras palavras, o exame da ‘coisa-em-si’ seria uma falácia, posto que o que nos alcança sempre é a ‘coisa-para-mim’ [...] O segundo paradigma da filosofia transcendental caracteriza-se pelo exame das condições subjetivas do pensar e do conhecer. Ao invés da objetividade do ente, passa-se agora ao exame das condições de possibilidade do conhecimento.” (CRUZ, 2007, p. 77).

É de se notar ainda que tudo isso se dá, para Kant, em um indivíduo isolado. É o sujeito solipsista, contando com seus sentidos e sua razão cognoscitiva individual que faz as bases de seu acesso ao mundo e ao conhecimento. Acompanhando a exacerbação da autonomia individual que caracterizou o pensamento jurídico burguês do século XVIII, também o filósofo concebia um homem dotado de autossuficiência cognoscitiva.

guinte fórmula: Se A, deve ser B (se João matou alguém, pena de 6 a 20 anos).

É a mesma consequência lógica, imediata e inquestionável, tal qual os dogmas da física!

Em que pesem todas essas questões, elas de nada adiantariam, se não houvesse o elemento político.

Com o ocaso do Estado absolutista, a burguesia emergente queria garantir um sistema jurídico que pudesse limitar o poder público de forma a impedir os abusos de outrora. Instrumentalizados por uma corrente de pensamento que imaginava que as leis positivadas conseguiriam fornecer as mesmas previsibilidades e certezas das ciências exatas, pensou-se que, ao estabelecer os limites do Estado pelo princípio da legalidade, seria possível delimitar, sem qualquer possibilidade de controvérsia, as barreiras para que o Leviatã não pudesse importunar os direitos individuais. Entretanto, a saga do positivismo encontrou sua derrocada pragmática e também filosófica.

Pragmaticamente, observou-se que a pretensão de redução do Direito a leis escritas não era capaz de garantir a segurança jurídica que se pretendia, e muito menos a Justiça ao caso concreto. O estopim se verificou quando o Tribunal Alemão, em pleno III Reich, chancelou as barbáries cometidas pelo regime nazista somente com o argumento de que se tratava de normas legais formalmente adequadas, sem importar com seu conteúdo ou com a realização de uma interpretação mais condizente com os valores constitucionais ou com a justiça que a situação pedia. Constatou-se, assim, que a técnica, fria, e sem a harmonia com a humanização, seria capaz de destruir, ou ao de agregar à comunidade mundial.¹⁰ Hermeneuticamente, dois pensadores extirparam do pensamento filosófico dois dos principais pilares do positivismo jurídico.

Wittgenstein, antes participante do neopositivismo viennense, inaugurou a reviravolta linguístico-pragmática, ao

10 Nesse sentido, já discorremos, em obra conjunta com Álvaro Ricardo de Souza Cruz que: “Com o despoitar da II Guerra Mundial, os tribunais do III Reich nazista traduziram de modo incontestável uma frieza formalista e despreocupada com valores humanísticos que o positivismo teorizava. Com isso, começou a lançar normas legais, escritas e positivadas, que violavam todas as formas de direitos humanos e fundamentais imagináveis, tais como as Leis raciais de Nuremberg. Não se poderia, porém, questionar a legitimidade destas normas. Afinal, todas haviam cumprido o único requisito de validade existente: estavam positivadas!”

“Neste momento, não havia que se falar em princípios jurídicos reconhecidos como fundamentais e que pudessem servir de contraponto a estas leis – p. ex. dignidade da pessoa humana. Caso não se mostrassem reduzidos à escrita, referidos princípios não comporiam o sistema jurídico vigente e impositivo e, por isso, restariam impossibilitados de evitarem que leis discriminatórias, desumanas e arbitrárias desenvolvessem determinações que, é bom que se diga, eram acatadas pelo Tribunal Alemão. Os campos de concentração nazistas não foram criados de forma paralela ao sistema normativo alemão, mas sim legitimados pelo legalismo míope que prevalecia à época.” (CRUZ; OLIVEIRA, 2009, p. 186).

afirmar que as palavras não representam uma realidade já posta ao sujeito. Pelo contrário. Durante a própria utilização dos signos, os próprios interlocutores vão agregando significado às palavras, as quais, dentro de um jogo de linguagem, adquirem vida própria à medida que vão sendo “jogadas” pelos sujeitos.¹¹

De outro lado, Gadamer, em continuidade aos ensaios de Heidegger, observou que em todo e qualquer processo de conhecimento – inclusive interpretativo – é impossível apartar o aspecto subjetivo do intérprete. Pelo contrário, as pre-compreensões do sujeito, deixam de ser empecilho, para se tornarem verdadeira condição de possibilidade ao conhecimento. Desta forma, quando há interpretação de uma norma jurídica, a junção do horizonte anterior do intérprete, em conjunto com a carga conteudística do objeto/lei, é responsável pela fusão que ensejará o resultado interpretativo. Com isso, rompe-se a neutralidade positivista, e se chega à conclusão de que um mesmo objeto/norma jurídica pode acarretar duas interpretações diversas de dois sujeitos distintos.¹²

Com essas novas informações, chegou-se à conclusão de que a matematização do Direito e a neutralidade interpretativa não apenas falharam, pragmaticamente, em atingir seu desiderato, como ainda eram impossíveis ante a situação antropológica humana.

11 Ao partir para o estudo observacional do papel da linguagem, Wittgenstein percebeu o quão absurda era proposta antedita. O autor notou que não há como proceder a uma estruturação relacional ontológica, exata e atemporal entre signo e significado tal qual propunha o neopositivismo. Analisando a utilização pragmática da linguagem – e essa é a verdadeira reviravolta de postura quanto a relação linguagem-filosofia – ele percebeu que os conteúdos dos termos linguísticos não se encontram previamente engessados aos seus signos correspondentes. Se impossível a estabilidade perene da relação conceitual, também cai por terra o objetivo de utilização instrumental da linguagem como forma de transmissão exata do conhecimento a ser comunicado.

Atento à importância das relações contextuais, o autor argumentou que apenas durante a utilização pragmática de um termo linguístico esse adquire seu verdadeiro conteúdo provisório. De forma simplificada, apenas “falando” colabora-se com a edificação de significado dos termos falados. Eis a razão de Wittgenstein firmar que “o sentido de uma palavra é o seu uso na linguagem” (WITTGENSTEIN, 2002, p. 207).

Exemplo claro é a construção de conteúdo das diversas gírias utilizadas pelos jovens e adultos na modernidade. Expressões tais como “chapa”, ou “bombar” não mais têm como conteúdo empírico uma referência a uma “extensão plana de metal utilizada pelas indústrias ou siderurgias”, ou mesmo relação com artefatos explosivos utilizados em conflitos armados. Em um diálogo atual, é possível também identificar, no uso desses vocábulos, a intenção do sujeito de fala se referir a uma pessoa querida, ou mesmo a uma festa ou evento que reunirá muitas pessoas. São conteúdos que, muito embora não tenham sido “originariamente” estabelecidos aos termos respectivos, hoje são aceitos e compreendidos com naturalidade.

12 Gadamer (1997) inverte a polaridade que antes dominava a filosofia cartesiana. As tradições e pré-compreensões que, para Descartes, poderiam acarretar a deformação do processo científico e cognitivo, passam a ser elementos essenciais para que o sujeito consiga empreender qualquer atividade intelectual. De maneira lúdica, Dutra expõe que: “Da mesma forma, a pomba imagina voar com mais liberdade no vácuo porque não contaria mais com a resistência do ar, esquecendo de que tal resistência é condição de possibilidade de seu voo, no vácuo (que seria a condição ideal de voo, sem resistência, sem atrito) a pomba não voaria: assim também os interesses são condições de possibilidade da experiência, ao mesmo tempo que lhe impõem um limite” (DUTRA *apud* CRUZ, 2007, p. 52).

Mas, como então propiciar qualquer forma de segurança jurídica diante desse novo quadro imposto pela nossa própria condição humana, e ainda assim, garantir a efetivação da Justiça nas mais variadas lides? Este é o desafio que foi posto às novas correntes hermenêuticas.

O procedimentalismo habermasiano e seus principais pontos de entendimento

É compreensível a busca por uma certeza matematizada do conhecimento científico, e também jurídico. Por certo, temos todos a constante tendência de buscar a firmeza de bases sólidas e científicas para amenizar as incertezas contingenciais da vida humana. Nossa própria tradição histórica nos lançou a uma empreitada desta natureza.

Não obstante, compreende-se, com Wittgenstein e Gadamer, a impossibilidade de se engessar o Direito em leis escritas, ou mesmo, a repetição absolutamente equânime dos mesmos conteúdos legais ao longo do tempo ou espaço, indiferente ao intérprete. Com isso, impossível também prever, a exatidão imaginada pelos pensadores modernos.

Estaremos então fadados a uma insegurança jurídica propiciadora dos arbítrios que outrora ocorreram em razão da ausência de dispositivos democráticos? Estaríamos aqui afirmando a inocuidade dos instrumentos legislativos no que tange à construção legítima de um Estado regulado pelo Direito? Obviamente não! Bem se poderia afirmar justamente o contrário.

O que se deve compreender quando nos deparamos com uma crítica ao pensamento positivista é que a segurança jurídica que se tem por inatingível é aquela ligada à fixação dos conteúdos materiais presentes nas normas legais. Entretanto, caso modificada a forma como pensamos o Direito, bem como a relação Estado/cidadão, torna-se possível vislumbrar um novo paradigma que permite tocar, com maior propriedade, a faceta democrática que deve embasar o Estado contemporâneo.

Habermas, cuja extensa pesquisa se corporifica em um sem-número de obras, acompanhou pessoalmente o desenvolvimento e derrocada do III Reich alemão, período em que o formalismo jurídico – verificação da correção do Direito com base, unicamente, na obediência de ritos de elaboração da norma – e a reta razão acatados por Kelsen foram utilizados como forma de legitimar, juridicamente, decisões de uma guerra marcada por campos de concentração, genocídio e outras barbáries.

Diante disso, o autor percebeu que o desenvolvimento isolado de uma racionalidade técnica autônoma, e a consequente validação do Direito esgotada na formalização pontuada – ideia de que a legitimidade do Direito se verifica na formalização legislativa –, não alcançava qualquer projeto

de justiça, pois firmada unicamente no tecnicismo jurídico desconectado das considerações morais e ético-políticas.¹³

Habermas deixa claro que não se pode eclipsar de forma absoluta as pretensões de construção de um Direito correto apenas tendo por base a estabilização (previsão) de expectativas, estabilização essa que serve de principal argumento aos defensores do tecnicismo jurídico. A segurança jurídica, não obstante seja um princípio que permeia o cenário democrático – e em algum momento se pode esquecer –, trata-se apenas de mais um elemento que compõe tal sistema.

Para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do direito, os juízos emitidos têm que satisfazer simultaneamente às condições da aceitabilidade racional e da decisão consistente. [...] O problema da racionalidade da jurisprudência consiste, pois, em saber como a aplicação de um direito contingente pode ser feita internamente e fundamentada racionalmente no plano externo, a fim de garantir simultaneamente a segurança jurídica e a correção. (HABERMAS, 2003, p. 246-247)

Assim, voltado à discursividade, ele propõe uma abertura à visão e contribuição alheia, em que todos os sujeitos de fala buscam um entendimento não impositivo, um acordo racional intersubjetivo consubstanciado em normas jurídicas aptas a reger os diversos projetos de vida que se submetem ao Direito.¹⁴ Eis o grande salto dado pela adoção deste novo modelo de racionalidade: a negativa da perspectiva kantiana de um sujeito singular autossuficiente e

13 “De outro lado, é possível afirmar que Habermas identificava o neopositivismo como manifestação da chamada razão instrumental que tanto atormentara os frankfurtianos. Uma razão que teria desumanizado a ciência por meio da imposição de um saber único, baseada no método matemático de descrição da natureza como algo dotado de causalidade, fundada na repetibilidade dos eventos naturais, mecânico, que esperava apenas a intervenção do intelecto humano para ser descrito por meio de leis universais e imutáveis. Para esse raciocínio, o conhecimento técnico estaria, de um lado, imunizando-se de qualquer controle democrático e, de outro lado, transformando as decisões de fundo ético, pragmático e moral, em questões subordinadas/dependentes apenas do conhecimento de especialistas. O primeiro problema identifica com a época da teoria. A questão da tecnologia nuclear ter sido desenvolvida sem qualquer acesso crítico da sociedade, fechada em gabinetes de cientistas militares, teria alterado significativamente a importância da razão instrumental, eis que a sobrevivência da raça humana estaria em jogo: um poder técnico insensibilizado pela racionalidade das formas de vida ético-culturais de uma dada sociedade, moldada por interesses objetivos irrefletidos e não devidamente depurados pelos valores democráticos, poderia agora, apagar da face da terra a humanidade” (CRUZ, 2006, p. 63-64, grifo nosso).

14 Cruz deixa claro que Habermas não abandona completamente a razão prática kantiana; apenas deixa de considerá-la autossuficiente na busca de uma racionalidade. “Neste sentido, não há que se falar em uma substituição da razão prática pela razão comunicativa, eis que, para Habermas, a razão comunicativa não se coloca na antiga função clássica da razão prática, isso é, como fonte de produção de normas sociais, mas apenas como condição de possibilidade e validade para pretensões de validade em torno de tais normas. E, por outro lado, a razão prática não desaparece. No entanto, suas pretensões ficam muito mais modestas, vez que não opera mais como suporte direto para a legitimação do Direito e para a Moral, mas tão-somente como fio condutor para a construção e reconstrução dos discursos de racionalização e legitimação do poder.” (CRUZ, 2007, p. 157-158).

onisciente ter acesso ao conhecimento determinado e anterior ao intérprete, dando lugar, assim, a uma racionalidade construtiva e intersubjetiva em que o *debate entre os atores livres é o substrato de formação dos conteúdos jurídicos*.

Não se trata mais da identificação de conteúdos prévios ditados por sujeitos individuais (paradigma liberal), ou mesmo um macrossujeito superdimensionado (paradigma social), ambos momentos constitucionais em que a autonomia dos particulares se curvou frente às condições fáticas (liberal), ou o sufocamento por uma vontade supraindividual (social). Com a atuação cidadã simultânea na destinação e formação da vontade política, Habermas revê a segmentação das autonomias pública/privada e reorganiza a ideia de autolegislação com a participação efetiva dos indivíduos na construção do conteúdo normativo sem o encapsulamento do saber jurídico que antes possibilitava uma dominação política silenciosa.

Com o reconhecimento de uma equiprimordialidade entre as esferas pública e privada, são esquecidas todas as velhas ideias antes ventiladas de submissão de um ator social (Estado e/ou indivíduo) em benefício de outro. Consequentemente, também a oposição entre Estado e sociedade sofre uma determinante desconstrução. Afinal, particular e Estado, agora de mãos dadas, detêm não apenas a mesma importância, mas também (por que não dizer?) os mesmos anseios! Afinal, a construção da vontade estatal passa pela atuação participativa dos particulares envolvidos em suas vontades, fazendo com que o diálogo entre Estado e sociedade se torne intenso.

Obviamente, é possível que o Estado opte por manter à parte a participação popular na formulação do Direito aplicada à comunidade. Por vezes, o debate acerca do Direito seguirá, inversamente ao imaginado, ao agir estratégico, e ignorará por completo o debate argumentativo que ora se faz alusão. É, sem dúvida, um constante risco. Mas, deve-se sempre ter por certo que, com a construção jurídica determinada verticalmente (de cima para baixo), sem a participação cidadã, viria, em conjunto, o risco de uma perda de legitimidade e de comprometimento da população com as normas elaboradas sem sua atuação discursiva.

Enfim, aqui se fala de uma democracia genuína, em que os participantes e afetados pelo Direito detêm a possibilidade de atuar no debate acerca das normas que lhes irão incutir.

Uma ordem jurídica é legítima na medida em que assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, pois ambas são co-originárias; ao mesmo tempo, porém, ela deve sua legitimidade a formas de comunicação nas quais essa autonomia pode manifestar-se e comprovar-se. A chave da visão procedimental do direito consiste nisso. Uma vez que a garantia da autonomia privada através do direito formal se revelou insuficiente e dado que a regula-

ção social através do direito, ao invés de reconstituir a autonomia privada, se transformou numa ameaça para ela, só resta como saída tematizar o nexos existente entre formas de comunicação que, ao emergirem, garantem a autonomia pública e a privada (HABERMAS, 2003b, p. 147).

Nessa trilha, o sistema jurídico deixa de determinar de antemão quais aspectos materiais deverão ser marcados como fundamentais, para instituir mecanismos e procedimentos de participação comunicativa e inclusiva na elaboração do Direito.

Uma vez pautado no mérito do melhor argumento, bem como na sinceridade¹⁵ de os participantes se abrirem a fundamentações alheias pela sua força argumentativa, deságua-se em um consenso na perspectiva de uma não coercitividade na aceitação de posicionamentos instituídos, e na construção jurídica de um entendimento intersubjetivo com bases na fundamentação vencedora. Observe-se que aqui não se trata de uma abdicação de todo o caráter sancionatório ou coativo do sistema do Direito. Depois de elaborado o conteúdo legítimo de uma norma legal, esta se reveste de todo o aparato institucional que lhe é próprio, restando ao indivíduo a obediência aos seus preceitos sob pena de sanções estabelecidas.

Todavia, em razão das diferenças de interesses, que não abandonam seus interlocutores no debate argumentativo, por vezes, não será atingido pelos participantes um consenso propriamente dito.¹⁶ Nesses casos, o princípio majoritário de decisões se apresenta como um instrumento de extremo auxílio à tentativa de integração social. Não obstante, ele deve vir acompanhado de dois outros elementos para não desnaturar a democraticidade que busca Habermas: a “temporariedade”, consistente na possibilidade, sempre presente, de serem revistas, pelos participantes, as decisões provisórias acerca do tema; e “reciprocidade”, que implica a aceitação de que, os atuais vencedores “majoritários” devem também se submeter às mesmas regras, caso ocorra uma modificação do Direito determinado por uma eventual reavaliação dos conteúdos precariamente firmados.

No entanto, possibilitar a realização de um debate e um

15 Mais uma vez, é importante evitar um eventual equívoco em pensar Habermas como uma fantasia desprendida da realidade. A sinceridade habermasiana não significa uma pressuposição de que todos os envolvidos sempre estarão comprometidos a dizer unicamente a verdade em prol de um agir comunicativo. Desde já vale lembrar, o agir estratégico é não apenas lembrado, mas espera-se que ele esteja presente! A sinceridade a que ora se faz alusão significa um comprometimento dos participantes em possibilitar argumentações alheias e estarem abertos a elas mesmas. Pressuposto este que, uma vez ausente, impossibilita qualquer forma de comunicação! Sobre o tema, ver-se-á mais à frente.

16 Diante dessas verificações é que se pode constatar que eventual crítica de que os habermasianos “fantasiam” uma realidade inexistente de modo algum procede! Ver-se-á que o pensamento de Habermas, não se embasa ou mesmo conclui uma sociedade metafísica onde todos os envolvidos participem rousseauaneamente em prol unicamente de um justo debate democrático, mas sim em atenção às contingências reais do mundo que nos cerca.

acordo racional desta magnitude necessita de certas “condições ideais de fala” que devem estar presentes em qualquer âmbito discursivo para que este seja permeado pela racionalidade. Caso contrário, se não forem exigidas quaisquer condições estruturais para o diálogo, verificaremos não a construção democrática do Direito, mas sim a colonização do poder comunicativo sob o manto do poder administrativo, hierárquico e financeiro, maculando, assim, o debate jurídico.

O discurso pressupõe uma ‘situação ideal de fala’ que, sinteticamente, exige como pré-requisitos contrafactuais imanentes à própria linguagem: a simetria de posições e a igualdade na oportunidade de fala; a ideia subjacente de ego e alter ego (como pressuposto da diferença e do pluralismo); o medium lingüístico [supondo uma dimensão sintática (gramaticalmente adequada à compreensão), uma dimensão semântica (o entendimento das expressões) e uma dimensão pragmática [...]; ilimitação de tempo para se obter o acordo; e a sinceridade, ou seja, a crença naquilo que se fala e o intuito de levar o outro a uma decisão racionalmente motivada e a ausência de coação interna ou externa na execução do discurso. (CRUZ, 2006, p. 88).

Com isso, Habermas centra seu foco de pesquisa na garantia dessas condições procedimentais que possibilitam um debate racional voltado para a busca de uma regulamentação jurídica ampla e democrática. O direito escapa à mera obediência a um procedimento formal, para buscar a aceitação dos cidadãos/destinatários da norma. O próprio conceito de legitimidade jurídica cunhado pelo autor passa a abraçar tal abertura discursiva em prol dos fundamentos de validade do Direito, ou seja, a aceitação não imposta dos argumentos validativos do mesmo, sempre dispostos a uma reavaliação diante de novas ideias, posições ou fundamentações. É de se perceber que sua legitimidade foge da observância de conteúdos determinados aprioristicamente para se voltar à garantia de procedimentos possibilitadores da participação discursiva dos afetados pela norma.

Trazendo todo esse aparato teórico à proposta de construção democrática do Direito, Habermas consegue importar o “princípio do discurso”, que estabelece a validade normativa pelo assentimento dos participantes, ao processo deliberativo-político, e assim, elaborar um “princípio da democracia”.¹⁷

17 “A ideia da autolegislação de cidadãos não pode, pois, ser deduzida da autolegislação moral de pessoas singulares. A autonomia tem que ser entendida de modo mais geral e neutro. Por isso introduzi um princípio do discurso, que é indiferente em relação à moral e ao direito. Esse princípio deve assumir – pela via da institucionalização jurídica – a figura de um princípio da democracia, o qual passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização. A ideia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica.” (HABERMAS, 2003, p. 158). Neste ponto, Habermas aproveita para demonstrar sua desvinculação com o discurso kantiano de vinculação do Direito à moral. Para ele, o debate jurídico é deontologicamente neutro, ou seja, não está determinado pelos conteúdos morais anteriores ao sistema jurídico, podendo assumir quaisquer formas, desde que embasadas pela fundamentação argumentativa das razões de validade da norma.

Em poucos termos, suas ideias podem ser esboçadas na máxima de que *não é mais a forma que legitima o direito, mas sim as razões de seu conteúdo anuídas pelos envolvidos* em um procedimento discursivo: “O direito não consegue seu sentido normativo pleno *per se* através de sua *forma*, ou através de um *conteúdo* moral dado *a priori*, mas através de um *procedimento* que instaura o direito, gerando legitimidade.” (HABERMAS, 2003, p. 172.).

Mas como propiciar tais procedimentos? Ora, não apenas no momento de elaboração legislativa, como, também, diante de todo e qualquer caso concreto! É o que nos faz afirmar, por exemplo, o viés democrático do controle difuso de constitucionalidade, que permite o debate, pelos próprios envolvidos no processo, antes da aplicação de uma norma jurídica.

Em sua acepção, a formação dos conteúdos normativos passa pela garantia de instrumentos procedimentais que permitem a participação irrestrita e não coercitiva de todos os cidadãos no debate político. Nesse procedimento deliberativo, a causa final que irá legitimar o conteúdo das normas será o consentimento voluntário decorrente da força argumentativa das fundamentações apresentadas pelos participantes na busca do entendimento.

A partir daí, a norma legal, fruto desse procedimento, não estará gravada com a imposição desmotivada de outrora, mas sim de uma carga democrática que lhe dará legitimidade para condicionar os comportamentos sociais. Mais uma vez se ressalta como a superação do positivismo não significa um repúdio à legislação!

Mas em que sentido a legitimidade surge da legalidade? À medida que a legalidade é, ao mesmo tempo, criação e reflexo da produção discursiva da opinião e da vontade dos membros de uma dada comunidade jurídica [...] com o processo legislativo cercado por cuidados e prescrições em seus procedimentos, temos um fundamento legítimo que aponta para uma base de validade do Direito estatuído. Isto porque com a positivação do direito não temos a emanção de um poder arbitrário ou autoritário, ao invés, trata-se da manifestação de uma vontade legítima portadora de um poder que, em última instância, emana do povo (MOREIRA, 2002, p. 161; p. 125).

Habermas constata que as teorias antes utilizadas para fundamentar o Direito se desvirtuavam justamente de sua base de legitimidade por pecar de um mesmo mal: elas retiravam da esfera do debate público o questionamento dos pressupostos de validade normativa.

E de fato, assim o era. O jusnaturalismo e jusracionalismo embasavam a fonte do direito vigente em uma norma suprapositivada transcendental que, por ser anterior à existência humana e intrínseca à sua natureza, não permitia avaliações de conteúdo. Isso se torna claro nos pensadores contratualistas, que perce-

biam a força jurídica no pacto fundador do Estado, e portanto, externo e impermeável ao exercício da política.¹⁸

Da mesma forma, o positivismo, que pautava a expectativa de estabilização de comportamentos por meio de um procedimento legislativo que, após concluído, tinha seu conteúdo normativo sacralizado. Obstava, assim, o resgate de suas fundamentações, a não ser por meio de outro instrumento legislativo formal. Ou ainda, o viés schmittiano, que lançava como dogmas as escolhas e decisões políticas do Führer corporificadas em instrumentos normativos expedidos pelo Executivo.

Ora, se em busca da democraticidade esboçada na efetiva participação por meio do poder comunicacional, e diante da transposição da legitimidade do Direito a uma possibilidade de constante verificação dos fundamentos de validade das normas, Habermas tenta justamente evitar o cerceamento discursivo antes presente nas teorias jurídicas modernas e pré-modernas. Isso porque, seguindo suas premissas, quaisquer restrições desmotivadas – seja em termos de banimento de conteúdos, seja limitando os instrumentos procedimentais – são capazes de desvirtuar o caráter democrático do Direito respectivo, e até mesmo o próprio Estado Democrático de Direito. E tal não é de se estranhar, afinal, uma democracia de bases sólidas pressupõe, justamente, a superação das visões não participativas que antes habitavam o seio jurídico, e cujo conteúdo definido por uma minoria dominante apenas eram acessados pela sociedade quando de sua aplicação.

Daí a importância que se dá a uma amplitude procedimental que possibilite a todos, a todo tempo, debater razões argumentativas e conteúdos jurídicos na construção do Direito. Nessa trilha, para que se perceba a concretização da faceta democrática, deve haver um processo de institucionalização desta produção observando dois pontos.

O primeiro é a ampla liberdade comunicativa, em simetria de posições entre os participantes, a não coercitividade, bem como as demais condições ideais de fala. Isso significa, no âmbito da discursividade, a irrestrição argumentativa dos membros na formulação das normas jurídicas a serem institucionalizadas – quanto a isso, já tratado.

A segunda questão a ser observada encontra-se ligada à correção procedimental, que deve dar ares de institucionalização às vontades democraticamente formuladas. Mister atentar que, uma vez que se legitimar-se a norma legal em seus fundamentos racional-argumentativos, a possibilidade de correção de eventuais injustiças presentes naquelas se mostra inevitável, sob pena de sacralização do Direito, ainda que de origem discursiva. Ademais, argumentos, aqui considerados como razões resgatadas por meio do discurso,

nunca podem ser cogentes, impositivos, e assim, não indicam um ponto final ao consenso momentâneo. Caso contrário, Habermas estaria a negar suas próprias bases!

A aceitação da falibilidade das verdades provisórias culmina, justamente, no resgate argumentativo das fundamentações racionais da norma. Estando a legitimidade do Direito vinculada a tais razões, as pretensões de validade normativa apenas se sustentam enquanto seus argumentos forem convincentes, argumentos esses que podem ser questionados a qualquer momento, inclusive quando de sua aplicação! Qualquer problematização envolvendo o convencimento que antes possibilitou a construção do Direito suspende sua aceitação para se (re)verificar em que pé se encontra o entendimento acerca do mesmo. Dessa forma, Habermas reconhece que a legitimidade deve carregar consigo a constante possibilidade de revogabilidade, ou de reconstrução do entendimento acerca da materialidade jurídica presente nas normas positivadas. Em exemplificação, para fins didáticos, poder-se-ia tomar a situação da imunidade tributária em benefício de livros e periódicos prevista no art. 150, VI, “d” da CF/88.¹⁹ Nesse tocante, cumpre observar que há intenso debate acerca da possibilidade ou não de a imunidade constitucional abarcar os livros eletrônicos.

Pois bem. A força deste dispositivo reside, segundo a teoria em comento, no entendimento intersubjetivamente buscado pelas partes envolvidas e convencidas das razões que fundamentam o conteúdo constitucional. Em um procedimento jurisdicional (ou seja, *já no momento da aplicação da norma*) em que se esteja debatendo a imunidade tributária dos livros eletrônicos, tem-se a possibilidade de resgatar as razões validativas da norma, ao invés de aplicá-la de forma “automática”.

Neste caso, é plausível imaginar que, após a problematização e o embate discursivo entre os participantes, haja a percepção de que a disseminação da cultura e educação é um dos objetivos que a sociedade visa alcançar, além de constituir um pressuposto para a participação ampla e consciente no debate deliberativo. Dessa forma, sendo essas as razões que fundamentam a própria norma, seu conteúdo também deve abarcar a imunidade dos livros eletrônicos, que demonstram as mesmas características dos livros impressos no que tange às razões ora aludidas. Daí a reconstrução ou a reformulação do entendimento – e consequentemente, do conteúdo jurídico – acerca do dispositivo constitucional, que agora será aplicado neste caso concreto em que houve o debate com uma materialidade jurídica diversa. Reparem como o texto positivado

19 Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

VI – instituir impostos sobre:

[...]

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

18 Cf. HABERMAS, 2003, p. 123 e ss.

deixa de ser ponto de chegada, para ser ponto de partida e objeto de debate!

Eis uma possibilidade de construção do conteúdo jurídico condizente, tanto com os giros linguístico e hermenêutico, quanto com a constante observância da vontade popular, verdadeira fonte do poder instituído.

Com toda essa reformulação proposta por Habermas, até mesmo os direitos fundamentais mudam de enfoque.

Desde o jusnaturalismo teológico, passando pelo jusracionalismo, e mesmo pelos pensadores da modernidade, os direitos fundamentais sempre tiveram uma excessiva carga deontológica prévia. Ou seja, argumentava-se que havia direitos que seriam inerentes ao ser humano, ou ainda, anteriores ao próprio Estado, razão pela qual seriam intocáveis. Não fosse bastante, os referidos pensadores elencavam quais seriam esses direitos materiais impassíveis de serem colocados em debate.

Entretanto, na perspectiva procedimentalista, deixa-se por completo esta concepção, dando aos direitos fundamentais dois momentos, ou duas facetas.

Conforme já percebido, todo o estudo do nosso marco teórico enfoca a participação efetiva e ativa de todos os membros da sociedade na construção de um conteúdo justo e democrático do Direito que irá reger dada comunidade social. Não se fala, em momento algum, em conteúdos pré-estatais fundamentais, ou mesmo em direitos fundamentais cujo conteúdo, já determinado, deva reger todo o desenvolvimento do Estado e da sociedade. A feição democrática é colocada em destaque para, justamente, dar, aos afetados pelas normas, a possibilidade de argumentar quais os conteúdos de direitos lhes são efetivamente fundamentais.

Ora, se assim o é, uma *primeira aceção* acerca do que sejam direitos fundamentais neste novo paradigma já se torna clara: são direitos fundamentais aqueles necessários para a garantia de participação efetiva nos debates e argumentações jurídico-políticas. Noutros termos, são direitos que, como condição de possibilidade, fornecem ao cidadão os elementos exigidos para ele estar presente e atuante nas esferas públicas discursivas e, uma vez inserido na arena argumentativa, possa, juntamente com os demais membros da sociedade, construir de forma irrestrita – e não coercitiva –, o conteúdo dos direitos que entende adequado.

Mas como então identificar quais seriam tais direitos/postulados? Habermas faz sua sugestão:

(1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à *maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*. [...] (2) Direitos funda-

mentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito; (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração positivamente autônoma da proteção jurídica individual. [...] (4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação de opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo. [...] (5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente (HABERMAS, 2003, p. 159-160).

Mister destacar como os direitos fundamentais, neste momento, denotam um caráter muito mais *instrumental*, do que material, remetendo o cidadão não apenas à ampla possibilidade de postulação de seus direitos, mas também à garantia de liberdade e condições fáticas de empreender em um debate que culminará na tomada de rédeas da estruturação do Estado, da sociedade e das relações privadas. Afinal, este é, efetivamente, seu papel: instrumentalizar e possibilitar que os indivíduos assumam a cidadania ativa e participativa na construção dos conteúdos normativos. Assim sendo, a liberdade não é mais compreendida em sua acepção liberal-burguesa, mas em uma perspectiva de amplitude de participação na arena pública; a isonomia abandona o *status* de finalidade do Estado social, e adquire o caráter de meio/instrumento, consubstanciada na igualdade de posições e oportunidades de se expor a argumentação pretendida, e assim por diante.

Essa releitura discursiva retira de tais direitos sua dimensão substantiva clássica. A liberdade, por exemplo, resumir-se-á à perspectiva do indivíduo de participar na implementação dos discursos sociais de fundamentação e aplicação das normas jurídicas. A dignidade da pessoa humana passa a ser compreendida pelo fato de todos poderem participar em simétricas condições no discurso com todos os demais interessados. Dessa forma, enquanto os direitos fundamentais atuam como condição para o discurso, não se sustentam sobre valores substantivos. Ao contrário, são entendidos como regras de comunicação. (CRUZ, 2006, p. 168).

Caso se tenha compreendido que na esfera de um Estado Democrático de Direito a amplitude argumentativa possibilita aos destinatários da norma construir e reconstruir incessantemente os conteúdos jurídicos que irão reger as relações sociais, uma segunda aceção de direitos fundamentais mostra-se ululante. Uma vez garantidos os direitos fundamentais (postulado) como condição de participação no embate democrático, todos os cidadãos terão, justamente, a oportunidade de construir o conteúdo provisório (pois passível de revisão) dos direitos fundamentais, agora vistos como consequência ou resultado do debate comunicativo.

Não se trata de uma predeterminação de direitos fundamentais por decisões pré-estatais, mas sim da transferência

para os destinatários da definição de que direitos sejam estes! Caso compreendam que o conteúdo fundamental a ser observado culmina na construção de isonomia geométrica e adoção de ações afirmativas, por exemplo, assim o será. Todavia, uma vez que a revisão discursiva implique uma renovação deste conteúdo jurídico, seus resultados, frutos de um discurso amplo e democrático, serão agregados ao ordenamento jurídico, modificando, assim, a visão inicial adotada. E assim por diante.

Eis a razão de não se poder determinar e fixar, de antemão, o conteúdo que os direitos apresentarão dentro da esfera de direitos fundamentais. Afinal, a substancialidade dos mesmos, nesta segunda visão, é a própria consequência do discurso travado entre os cidadãos e proporcionado pela existência e garantia dos direitos fundamentais/postulados (primeira aceção).

É como leciona Cruz:

De um lado, os direitos fundamentais, como condição do procedimento discursivo, são pressupostos da comunicação, e, portanto, despidos de conteúdo substantivo. Contudo, de outro lado, os direitos fundamentais, entendidos como consequências/produtos do procedimento discursivo, certamente estão repletos de substância. (CRUZ, 2006, p. 172).

Por derradeiro, não poderíamos deixar este breve ensaio sem tecer considerações acerca da segurança jurídica, dado que sempre vem à tona quando questionado o procedimentalismo habermasiano. Afinal, se temos como pressupostos inexistência de conteúdos jurídicos pré-definidos à aplicação da norma ao caso concreto (Wittgenstein), bem como a impossibilidade de realizarmos repetições idênticas e neutras das legislações (Gadamer), estaríamos, então, pregando a completa ausência de segurança jurídica? A resposta é absolutamente negativa!

Inicialmente, no que tange à segurança jurídica, é necessário lembrarmos, mais uma vez, a impossibilidade de se buscar a antecipação e a repetição de conteúdos jurídicos por meio da sua positivação nas normas legais. Daí a afirmativa de que, ao almejarmos outras formas de segurança jurídica que não configurem uma previsibilidade absoluta de decisões judiciais, estamos, em realidade, buscando a única forma de segurança (ou certeza) que temos possibilidade de instrumentalizar.

Caso observemos bem as argumentações trazidas ao longo deste trabalho, note-se que discorremos nessas páginas acerca do procedimentalismo habermasiano justamente no intuito de demonstrar a viabilidade (e necessidade) de tal segurança. Não a versão positivista, envolvida com a estabilização e certeza de conteúdos jurídicos materiais e identificados previamente pelo intérprete. Isso já foi demonstrado impossível – a redundância desta informação parece

mesmo necessária. Mas, considerando ser a legitimidade do Direito não mais verificada pela mera observância de um rito de elaboração legislativa, e sim ligada à aceitação ampla, racional e provisória (pois passível de revisão) das razões normativas, é possível identificar a segurança jurídica na garantia de procedimentos que assegurem ao interessado rever, criticar e reavaliar o conteúdo jurídico que lhe será aplicado por meio do debate de seus fundamentos de validade em um processo cercado pela amplitude discursiva.

Mais uma vez deixamos claro. A certeza jurídica a que estamos a trabalhar não é aquela que indica com precisão matemática newtoniana o resultado final de uma lide trazida ao Estado, mesmo porque, nenhuma norma legal, por mais “detalhada” que o seja, conseguirá efetivar tal desiderato. A segurança que somos capazes de propiciar ao jurisdicionado é aquela que lhe permite obter a absoluta certeza de que ele terá a possibilidade de participar de forma ativa na “construção” do Direito que lhe será aplicado. Ora, mas se tal “construção” há de se dar no caso concreto, e o ordenamento assegura ao cidadão instrumentos que lhe permitem fundamentar e argumentar acerca das razões validativas das normas, então estaremos possibilitando a este mesmo indivíduo a constante capacidade de afetar o próprio conteúdo do direito material aplicado!

Aliás, foi visto que os próprios direitos fundamentais devem ser lidos dessa forma: carentes de conteúdos materiais determinados, e garantidores de possibilidades participativas para a construção democrática do direito. Afinal, o conteúdo destes direitos será realizado pelos próprios envolvidos. Isto, afinal, é democracia.

É como o próprio Habermas esclarece:

A segurança jurídica, apoiada no conhecimento de expectativas de comportamento inequivocamente condicionadas, representa, ela mesmo, um princípio que pode ser contraposto, *in casu*, a outros princípios. Em troca, a postulada teoria do direito possibilita unicamente decisões corretas, que garantem a *segurança jurídica num outro nível*. Os direitos processuais garantem a cada sujeito de direito a pretensão a um processo equitativo, ou seja, uma clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato; *deste modo, os atingidos podem ter a segurança de que, no processo, serão decisões para a sentença judicial argumentos relevantes e não arbitrários*. (HABERMAS, 2003, p. 280-281, grifo nosso.)

A angústia dos juristas apenas se esvaírá quando atentarem ao fato de que a era das certezas materiais já se foi, ou melhor, nunca existiu. O combate às pretensões da postura hermenêutica moderna de uma matematização dos conteúdos jurídicos apreendidos pela técnica e pela razão individual não é uma luta em favor de um método de melhor aplicação. Mas sim a um método que consiga *efetiva aplicação*!

A opção por trabalhar os pressupostos hermenêuticos – ainda acompanhados pelo risco de uma abordagem talvez por demais breve – serviu-nos justamente para tentar alertar aqueles que ainda defendem a necessidade de uma previsão exata das soluções jurisdicionais da ilusão metafísica em que se encontram.

E não há que se falar em negligenciamento das leis, ou mesmo do princípio da legalidade. A legislação persiste sim com uma importância ímpar dentro de um cenário democrático, tanto o é que Habermas argumenta longamente acerca da amplitude do debate quando acontece o momento da elaboração normativa. A única questão que colocamos em pauta é a pretensão de se conseguir estabilizar conteúdos jurídicos por meio de leis positivadas, ou ainda, a visão de tipicidade que procura afirmar que a norma deve prever todos os elementos para que haja sua efetiva incidência.

A atuação do Ministério Público no contexto procedimentalista

Conforme visto acima, a presente pesquisa visa elucidar os parâmetros de uma nova possibilidade de construção e interpretação do Direito. Às críticas de que um procedimentalismo habermasiano não teria espaço em um cenário brasileiro – comumente ventiladas –, os constitucionalistas afirmam, de forma categórica, que a perspectiva discursiva e dialógica que ora estamos a apresentar não seria uma possibilidade de construção jurídica, mas sim a *única forma de se estruturar o sistema jurídico de maneira efetivamente democrática*.²⁰

Em que pese a importante missão que se direciona à perspectiva teórica apresentada, sua aplicação no ordenamento pátrio somente alcançará sucesso se as instituições e os operadores jurídicos compreenderem e encamparem suas concepções. E nesse rol, insere-se, indubitavelmente, o Ministério Público.

Já foi visto acima que o pilar central da perspectiva procedimentalista se calca na efetivação de um debate amplo entre os envolvidos e atingidos pela norma legal, debate este cuja instrumentalização chega a ser categorizada como direito fundamental/postulado.

Pois bem.

Após o advento da Constituição da República de 1988, o Ministério Público ganhou nova faceta, tendo dentre seus principais elementos norteadores, a garantia e a proteção dos direitos fundamentais constitucionais.

Consequentemente, a atuação do Ministério Público se liga à defesa da própria sociedade que, constitucionalmente, lhe capacitou de instrumentos e lhe direcionou atribuições:

Assim, entendemos que, das concepções sobre a natureza institucional do Ministério Público, a que melhor explica a sua postura institucional é a que o desloca da sociedade política, como órgão repressivo do Estado, para a sociedade civil, como legítimo e autêntico defensor da sociedade. A primeira seria a social, que originou com a vocação do Ministério Público para a defesa da sociedade: ele assumiu paulatinamente um compromisso com a sociedade no transcorrer de sua evolução histórica. A segunda seria a política, que foi surgindo com a vocação da instituição para a defesa da democracia e das instituições democráticas. A terceira seria a jurídica, que se efetivou com a Constituição de 1988, que lhe concedeu autogestão administrativa, orçamentária e funcional e lhe conferiu várias atribuições para a defesa dos interesses primaciais da sociedade. (ALMEIDA, 2010, p. 27).

Dentro do já argumentado, os direitos fundamentais sob o enfoque de nosso marco teórico se traduzem em dois momentos distintos: os direitos fundamentais/postulados instrumentais como condição possibilitadora do discurso, e direitos fundamentais como resultado consciente e valorativo do debate amplo e irrestrito realizado pela própria comunidade.

A primeira acepção de direitos fundamentais/postulados, claramente se apresenta com importância ímpar, uma vez ser a base estruturante de toda a inclusão discursiva, pressuposto máximo para a construção do direito de forma efetivamente democrática.

Neste tocante, é tarefa constitucionalmente direcionada ao Ministério Público atuar judicialmente e extrajudicialmente a fim de implementar as condições discursivas essenciais para que todos os indivíduos tenham a possibilidade de expor suas visões e argumentos na elaboração do conteúdo jurídico que se está a formar.

Obviamente que, conforme dito acima, todo e qualquer argumento produzido pelos envolvidos deverá ser depurado ao longo do processo democrático.

Entretanto, faz-se absolutamente necessário que sejam dadas condições reais para que os cidadãos possam manifestar-se de forma efetivamente livre, em que seus discursos e vontades declaradas – e que não se resumem ao momento de votação eleitoral, mas sim na exposição de ideias ao longo de todo o tempo – sejam livres de toda e qualquer forma de colonização, seja ela política, econômica, ou de outra natureza. Para tanto, vale destacar a atuação do Ministério Público na efetivação do direito à educação, à saúde, à defesa do patrimônio histórico cultural, e na garantia do desenvolvimento educacional e pessoal das crianças e adolescentes, dentre outras searas, a fim de que todos os cidadãos tenham condições de atuar de forma concreta na construção do debate amplo e discursivo. Neste sentido, os Termos de Ajustamento de Condutas, Reco-

20 Sobre o tema, vide CRUZ, 2006.

mendações, Ações Civis Públicas, visando à implementação e efetivação desses pressupostos à atuação dialógica compreendem mecanismos que o ordenamento jurídico dispõe ao Ministério Público para que se formem cidadãos com consciência crítica e cultural suficientes para debater seus próprios interesses.

Mas não apenas isso. A criação de oportunidades, tais como realizar audiências públicas junto a autoridades, fomentar a cidadania ativa e facilitar o atendimento pessoal ao promotor de Justiça, também são imprescindíveis para que se concretizem, com fidelidade teórica, os direitos fundamentais em sua primeira acepção, qual seja, ampliar e inserir, de forma irrestrita, todos os cidadãos no debate democrático, dando-lhes as condições de possibilidade para a construção do direito e criando oportunidades de expressão de sua vontade democrática.

Sobre o tema, Gregório Assagra de Almeida, após discorrer sobre a “função pedagógica da cidadania”, a qual se atribui também ao Ministério Público, leciona sobre as audiências públicas, temática umbilicalmente relacionada, passando a mencionar, ainda, a realização das referidas audiências públicas para esclarecimento da própria atuação ministerial:

A audiência pública encontra-se fundamentada no princípio constitucional do exercício direto da soberania popular, estabelecido no art. 1º, parágrafo único, da CF/88. [...] constitui-se, assim, mecanismo de exercício direto da soberania popular, pois o cidadão, por si ou por seus entes sociais representativos, é convidado a apresentar propostas, reivindicar direitos, exigir a observância de deveres constitucionais e infraconstitucionais, bem como a tomar ciência de fatos ou medidas adotadas ou a serem adotadas pelas autoridades públicas [...]

O Ministério Público não só pode como deve realizar audiências públicas com periodicidade necessária. Na condição de Instituição de defesa social e de promoção da transformação, com justiça, da realidade social (arts. 1º, 3º, 127, e 129, todos da CF/88), o Ministério Público deve permitir a participação direta da sociedade na elaboração de seus Programas de Atuação Funcional, bem como esclarecer os cidadãos e seus entes representativos sobre as medidas adotadas pela Instituição [...]. (ALMEIDA, 2010, p. 40-41).

Somado a todos esses elementos, deve vir, paralelamente, a tutela dos eventos e procedimentos que surgem, de forma a impedir que, por meio de recursos espúrios, haja a colonização da vontade livre dos participantes, seja por intermédio do aparato público, ou pelo fator econômico, o qual comumente coloniza a expressão da vontade democrática. Assim, o Ministério Público assegurar, por exemplo, que o atendimento à saúde pública seja irrestrito a todos os indivíduos, sem que haja atuações demagógicas, eleitoreiras ou favorecidas a grupos determinados é essencial para que, no momento da expressão da vontade cidadã, esta seja fei-

ta de forma voluntária e livre de interesses outros que não a exposição de suas visões acerca da temática debatida.

Ultrapassado esse momento, surgem os direitos fundamentais em sua segunda acepção, tidos como resultado momentâneo, precário e passível de revisão sobre quais direitos fundamentais foram eleitos por esta comunidade discursivamente inserida e participativa. Sobre o tema, já se discorreu acima.

Também neste momento cabe ao Ministério Público atuar de forma a concretizar os ideais democráticos firmados pelos cidadãos, fazendo uso, para tanto, de todos os instrumentos que lhe são disponibilizados no ordenamento jurídico e que já foram exemplificados na presente peça.

Entretanto, também a operacionalização, a atuação cotidiana do membro do Ministério Público, no afã de efetivar os direitos fundamentais em suas duas acepções demanda especial atenção.

Em primeiro lugar, e conforme supra-argumentado, deve-se transcender às amarras positivistas que nossa tradição jurídica a todo o tempo nos impõe. Para tanto, é necessário averiguar a todo momento a existência de argumentos racionais que justifiquem e legitimem a norma jurídica tal qual se apresenta ao intérprete, bem como possibilitar aos envolvidos que apresentem suas razões, a fim de contribuir na construção do direito no caso concreto em que se está a atuar. Sobre o tema, tivemos a possibilidade de exemplificar na situação tributária nesta mesma pesquisa, bem como em caso concreto envolvendo o Direito Penal²¹.

Entretanto, um desprendimento desmedido aos parâmetros normativos pode fazer o operador jurídico cair em outras armadilhas igualmente perigosas à lisura do ordenamento.

A possibilidade de se interpretar e reconstruir o direito ante as nuances do caso concreto não pode ser visto como uma legitimação indiscriminada para a atuação do Ministério Público, ou mesmo do Judiciário e partes processuais. Para a compreensão desse ponto, ainda que de forma breve, deve-se destacar que toda norma legal passa por dois momentos distintos.

O primeiro momento, o qual se denomina “discurso de fundamentação”, volta-se à elaboração inicial das normas jurídicas, quando então se possibilita o debate livre e irrestrito, tal qual colocado acima. Durante o “discurso de fundamentação”, a sociedade irá elencar quais valores axiológicos lhe são mais caros e que devem prevalecer na estruturação jurídica daquela mesma sociedade.

21 Conferir: OLIVEIRA, Felipe Faria. A ilegitimidade do art. 217-A do CPB ante o caso concreto sob a perspectiva procedimentalista. Revista De Jure, 2011. No prelo.

Entretanto, ultrapassado esse momento, quando ocorre a aplicação da norma legal, os aspectos valorativos acima elencados, muito embora sejam passíveis de revisão pela própria comunidade, não podem ser objeto de flexibilização pelo operador do Direito. Afinal, caso assim o fizesse, o intérprete jurídico passaria por cima das escolhas políticas firmadas por aqueles que detêm a legitimidade política e eletiva para tanto, legitimidade essa que não é deferida ao Poder Judiciário, Ministério Público ou a outros operadores.

Assim sendo, o promotor de Justiça, em sua atuação, deve respeitar e se ater às escolhas axiológicas realizadas pela comunidade, respeitando, assim, o viés democrático que pauta todo este marco teórico.

Entretanto, não se pode afirmar que o representante ministerial esteja de mãos atadas ante a norma legal posta. Nesse segundo momento, no qual ocorrerá o “discurso de aplicação”, possibilita-se ao membro do Ministério Público em arvorar-se a debater questões principiológicas da norma, bem como a construção conteudística e a verificação de legitimidade que se realizarão junto às particularidades do caso concreto.

Obviamente que toda essa atividade deve ocorrer sem se descurar das escolhas axiológicas realizadas no “discurso de fundamentação”, e sem se substituir à organização social que o Ministério Público deve proteger.

A título de exemplo, poder-se-ia imaginar uma ação judicial que se liga à efetivação de ações afirmativas relacionadas ao sistema de cotas estudantis. Ainda que o Ministério Público apresente razões e justificativas no sentido de que ações afirmativas não são prioridades na efetivação do direito à igualdade no cenário brasileiro, essa foi uma escolha valorativa realizada pela própria comunidade, e, portanto, deve ser acatada. Entretanto, o debate principiológico acerca do atendimento ou não, das escolhas feitas no momento do “discurso de fundamentação”, ante a implementação de operacionalização de critérios por meio de uma determinada instituição de ensino é atuação interpretativa que permite a atuação ministerial.

Do mesmo modo, esboçamos nossas razões em outra pesquisa²² no sentido de que o art. 217-A do Código Penal Brasileiro, o qual determina a criminalização do estupro mediante violência presumida, no tocante a crianças e adolescentes menores de 14 anos de idade, deve ser lido como uma escolha política da sociedade para aplicar sanção àqueles que se aproveitam da inocência e imaturidade sexual para satisfazer sua lascívia. Este é um elemento axiológico que não pode ser ignorado. Entretanto, é possível analisar e construir o conteúdo material do direito para

verificar se, no caso concreto, os elementos de escolha valorativa e que legitimam/justificam a norma estão presentes a autorizar a sanção estatal prevista.

Na presente oportunidade, realizou-se uma superficial e breve exposição sobre os principais aspectos da visão procedimentalista. Pautou-se com superficialidade ainda maior a atuação ministerial dentro desse paradigma. Visou-se, unicamente, trabalhar ideias iniciais, cujo debate pode incrementar ainda mais detalhes sobre a atuação do Ministério Público na efetivação desse (não tão) novo modelo teórico.■

22 Conferir: OLIVEIRA, Felipe Faria. A ilegitimidade do art. 217-A do CPB ante o caso concreto sob a perspectiva procedimentalista. *Revista De Jure*, 2011. No prelo.

Bibliografia

- ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social**. In: CHAVES, Cristiano, ETAL. **Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal**. 2.Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 17-59.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; OLIVEIRA, Felipe Faria de. A teoria da ponderação de valores e os direitos fundamentais: avanços e críticas. In: NOVELINO, Marcelo (Coord.). **Leituras complementares de direito constitucional: teoria da constituição**. Salvador: Juspodvm, 2009, p. 183-205.
- DESCARTES, René. **Discurso do método**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito tributário, direito penal e tipo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 5.ed. Petrópolis: Vozes, 1997. v.1
- GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. v.I
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b. v.II
- MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. 2.ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- OLIVEIRA, Felipe Faria de. **Direito tributário e direitos fundamentais: uma revisão do princípio da tipicidade junto ao Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Arraes, 2010.
- OLIVEIRA, Felipe Faria. **A ilegitimidade do art. 217-A do CPB ante o caso concreto sob a perspectiva procedimentalista**. Revista *De Jure*, 2012, no prelo.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996.
- ROVIGHI, Sofia Vanni. **História da filosofia contemporânea: do século XIX à neoclássica**. 3.ed. São Paulo: Loyola, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 4.ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- TOMAS DE AQUINO. **Verdade e conhecimento**. Trad. Luiz Jean Lauand e Mario Bruno Sproviero São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.