

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTU SENSO EM
DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

SANDRO LÚCIO DEZAN

O CONTEÚDO VALORATIVO DA NORMA JURÍDICA: A
FENOMENOLOGIA DO DIREITO E OS VALORES AXIOMÁTICOS
PARA UMA JURIDICIDADE CONCRETISTA DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA

VITÓRIA
2017

SANDRO LÚCIO DEZAN

**O CONTEÚDO VALORATIVO DA NORMA JURÍDICA: A
FENOMENOLOGIA DO DIREITO E OS VALORES AXIOMÁTICOS
PARA UMA JURIDICIDADE CONCRETISTA DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação
Stricu Senso da Faculdade de Direito de Vitória –
FDV, como requisito parcial para obtenção do Título
de Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais da
Faculdade de Direito de Vitória - FDV.

Orientador: Prof. Dr. Ricarlos Almagro Vitoriano
Cunha

VITÓRIA

2017

SANDRO LÚCIO DEZAN

**O CONTEÚDO VALORATIVO DA NORMA JURÍDICA: A
FENOMENOLOGIA DO DIREITO E OS VALORES AXIOMÁTICOS
PARA UMA JURIDICIDADE CONCRETISTA DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA**

BANCA EXAMINADOR:

Prof. Doutor Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha
Orientador

Prof. Doutor Samuel Meira Brasil Júnior
Examinador (Membro Interno)

Prof. Doutor Américo Bedê Freire Júnior
Examinador (Membro Interno)

Prof. Doutor André Ricardo Cruz Fontes
Examinador (Membro Externo Convidado)

Prof. Doutor Fernando Augusto da Rocha Rodrigues
Examinador (Membro Externo Convidado)

Vitória, ____ de _____ de 2018.

“Por que procurais entre os mortos Aquele que vivo está?”

(Lucas 24:5b)

Agradeço a Deus por mais esta oportunidade. A Ele, toda *honra*, toda *glória* e todo o *louvor*.

Agradeço aos colegas de curso, alunos e professores da pós-graduação da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), e a todos os que direta e indiretamente colaboraram para a conclusão desta etapa acadêmica. Em especial, agradeço ao Professor Doutor Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha, cujas orientações foram imprescindíveis ao delineamento do trabalho e à conclusão da pesquisa.

À *Myrthes*, ao *Matheus*, ao *Gustavo* e à *pequena Catarina*, pela compreensão, apoio e carinho.

RESUMO

A presente tese pesquisa o conteúdo subparente da norma jurídica, por meio da fenomenologia do Direito, a ponto de constatar uma estrutura qualitativa tripartida, em uma relação de não cogeneralidade, mas sim de especialidade desse instrumento de regulação social. Em que pesa à concepção tradicional de especialidade entre princípios e regras jurídicas, ou seja, uma formação dual e qualitativa forte entre essas duas categorias, a fenomenologia do Direito leva à aferição de normatividade, também, dos valores, que passam a compor, em conjunto com as outras duas espécies, o caráter deôntico do Direito. Constata-se que os valores axiológicos, no espectro de história efetual, na fusão de horizontes e na tradição, são segmentados para a percepção de um estrato axiomático, que, de fato, apresenta uma essência naturalmente deôntica no bojo de determinado contexto sociocultural, tempo-localizado, somando-se às demais espécies normativas. Sem embargo, apesar de uma pré-compreensão de os valores apresentarem natureza de princípios jurídicos e, assim, com estes se confundirem e serem caracterizados por uma dimensão de *peso* (*dimension of weight*), a pesquisa demonstra serem categorias qualitativamente distintas, ao passo que se sustenta serem dotados de uma natureza de dimensão de validade. Os valores axiomáticos operam nos mesmos moldes das regras jurídicas, como mandamentos de concreção, de modo *tudo-ou-nada* (“*all-or-nothing way*”), sem, contudo, confundirem-se com as regras, na medida em que se portam como fundamento de validade destas e, também, dos princípios jurídicos. Para essas constatações faz-se imprescindível lançar mão da fenomenologia heideggeriana aplicada ao Direito (*filosofia hermenêutica*), da *hermenêutica filosófica* gadameriana e da *hermenêutica argumentativa*, como meio de evidenciação dos fenômenos em voga. Conclui-se que valores, princípios e regras são espécies do gênero “norma jurídica”, em que os primeiros localizam-se na base do sistema normativo, para a fundamentação dos princípios e das regras.

ABSTRACT

The present thesis investigates the sub-content of the legal norm, through the phenomenology of the Right, to the point of establishing a tripartite qualitative structure, in a relation not of cogenerality, but rather of specialty of this instrument of social regulation. Regarding traditional concept of specialty between principles and legal rules, that is, a strong dual and qualitative formation between principles and rules, the phenomenology of the Law leads to the calibration of normativity, also, of the values, that come to compose, together with the other two species, the deontic character of Law. It can be seen that the axiological values, in the spectrum of real history, in the fusion of horizons and in the tradition, are segmented into the perception of an axiomatic stratum, which, in fact, presents a naturally deontic essence within a particular sociocultural context, time-localized, adding to the other normative species. However, in spite of a pre-understanding of the values presented in the nature of legal principles and, thus, being confused and characterized by a dimension of weight, the research shows that they are qualitatively distinct categories, whereas it is maintained that legal values have a nature of validity. Axiomatic values, therefore, operate in the same way as the legal rules, as the commandments of concreteness, in an *all-or-nothing way*, without, however, being confused with the rules, as long as they stand as the basis for their validity, and also of legal principles. For these findings, it is essential to use Heidegger's phenomenology applied to law (*hermeneutical philosophy*), Gadamer's *philosophical hermeneutics* and *argumentative hermeneutics*, as a means of revealing the phenomena in vogue. We conclude that values, principles and rules are species of the genus "legal norm", where values are located at the base of the normative system, for the foundation of principles and of rules.

SUMÁRIO

RESUMO	viii
ABSTRACT	ix
INTRODUÇÃO	12
PRIMEIRA PARTE – DOGMÁTICA JURÍDICA, FENOMENOLOGIA E CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. AS CRISES DA MODERNIDADE E DO DIREITO E UMA ADMINISTRAÇÃO ESTATAL EM MEIO A UMA SUPOSTA FILOSOFIA JURÍDICA PÓS-METAFÍSICA.....	22
Capítulo 1 – A RELAÇÃO ENTRE O FORMALISMO JURÍDICO E A CRISE DO DIREITO. A necessidade de superação da dicotomia <i>realismo-idealismo</i> e dos reflexos jurídicos positivistas....	23
1 FORMALISMO JURÍDICO E <i>ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EXECUTIVA</i> . Um método científico da modernidade	26
1.1 A origem da idealização do formal-cientificista do positivismo científico e o legado jurídico-positivista.....	30
1.2 O direito, o formalismo e uma tentativa de segurança jurídica pela óptica da vivência da Administração Pública	33
2 FORMALISMO JURÍDICO E <i>ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONCRETISTA</i> . Uma tentativa ainda insuficiente de superação da insegurança jurídica pela juridicidade axiomática. Primeiro enfrentamento: <i>o reconhecimento do problema</i>	38
2.1 A concepção de “ilícito jurídico” na modernidade e o seu enfrentamento pela Administração Pública. Um inadvertido “método” que leva à insegurança jurídica	39
2.2 Administração Pública, para além da anomia a partir de experiências de insegurança jurídica fundadas no positivismo jurídico	45
Capítulo 2 – UMA SOCIEDADE HISTÓRICO-JURÍDICA SUPOSTAMENTE <i>PÓS-METAFÍSICA IDEALISTA</i> E OS CAMINHOS DO DIREITO DEONTICO-AXIOMÁTICO. O exemplo da Administração Pública dedicada à concreção de direitos fundamentais: <i>segundo enfrentamento, o “método” em prática</i>	54
1 O IDEAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA LIMITADA À CONCREÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, COMO UM PRIMEIRO ESTÁGIO DA JURIDICIDADE	58
1.1 A tensão entre <i>procedimentalismo</i> e <i>substancialismo</i> e a necessidade de deferência às funções constitucionais de concretização de direitos fundamentais em países de modernidade tardia (uma razão alheia à fenomenologia do Direito)	58
1.1.1 <i>Especificidades da legalidade e da juridicidade administrativas que legitimam o substancialismo constitucional da Administração Pública – legalidade e juridicidade instrumentais às disposições principiológicas constitucionais</i>	63
1.1.2 <i>Substancialismo administrativo para a realização de direitos fundamentais sociais – o exemplo do direito à saúde</i>	71
1.2 Para além de uma suposta concretização meramente positivista de direitos fundamentais. Retomando o objeto: <i>uma questão de fenomenologia do Direito</i>	76
2 O EXEMPLO DA APLICAÇÃO NORMATIVO-AXIOLÓGICA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO E O MÉTODO CONSEQUENCIALISTA RACIONALIZANTE COMO <i>RAZÃO SUFICIENTE</i>	87
2.1 O ideal não realizado de segurança jurídica, como efeito inesperado do sistema dogmático-positivista	90
2.1.1 <i>Uma breve crítica ao positivismo jurídico pela óptica da axiologia e dos valores jurídicos axiomáticos</i>	92

2.1.2	<i>Continuidade crítica ao positivismo jurídico, agora pela óptica da pseudosseguurança jurídica que lhe fundamenta – o problema da concepção estrita de norma</i>	94
2.2	A tese da “razão suficiente” econômico-consequencialista adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário RE 381367 (“Desaposentação”)	97
CONCLUSÃO DA PRIMEIRA PARTE: A FENOMENOLOGIA DO DIREITO NÃO NECESSARIAMENTE DEVE IMPLICAR A CONCRETIZAÇÃO MERAMENTE FORMAL-POSITIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....		104
SEGUNDA PARTE – O CONTEÚDO HISTÓRICO-AXIOMÁTICO COMO COMPONENTE DO SISTEMA JURÍDICO DEÔNTICO E A EXTENSÃO DA TEORIA À FUNÇÃO PÚBLICA ADMINISTRATIVA		106
Capítulo 1 – PRÓLOGO PARA UMA COMPREENSÃO FENOMENOLÓGICA DO DIREITO E DA NORMA JURÍDICA. Uma visada peculiar sobre o “impessoal” heideggeriano e a relação complexa entre os planos da consciência absoluta, da finitude inata da compreensão humana e da fenomenologia existencial.....		107
Capítulo 2 - PARA UMA POSSÍVEL LEITURA ÔNTICO-ONTOLÓGICA E AXIOMÁTICA DO DIREITO E DA NORMA JURÍDICA. Para além do direito-texto: <i>o contexto e o extratexto deôntico na formação do Direito</i>		146
1 DO ÔNTICO-ONTOLÓGICO À CONCEPÇÃO FENOMENOLÓGICA VALORATIVA AXIOMÁTICA DO DIREITO E DA NORMA JURÍDICA		153
2 UM RELACIONAL POSSÍVEL ENTRE A JURIDICIDADE DOS VALORES, DOS PRINCÍPIOS E DAS REGRAS JURÍDICAS, PARA UMA LEITURA TRIPARTIDA DA NORMATIVIDADE DO DIREITO		186
CONCLUSÕES.....		209
REFERÊNCIAS		214
ANEXO I – TABELA SOBRE A RELAÇÃO ENTRE OS PLANOS ONTOLÓGICO, ÔNTICO, AXIOLÓGICO, AXIOMÁTICO (A) DECISIONAL LEGISLATIVO; E DOGMÁTICO (B) DECISIONAL JURÍDICO.....		229
ANEXO II – TABELA SOBRE A RELAÇÃO ENTRE OS PLANOS ONTOLÓGICO, ÔNTICO (A) DECISIONAL LEGISLATIVO; E AXIOLÓGICO E “AXIOMÁTICO-DOGMÁTICO” (B) DECISIONAL JURÍDICO.....		230

INTRODUÇÃO

O tema afeto à tomada de decisões jurídicas reporta-se diretamente à *compreensão* do Direito como fenômeno normativo. A linguagem argumentativa se apresenta como importante instrumento para a exteriorização dessa compreensão sobre o caráter deôntico do Direito e fornece aparatos para um necessário esforço de “fuga” de uma precipitada busca de objetividades já prontas e acabadas, diretas, que levam a distorções sobre a concepção do fenômeno jurídico.

A norma jurídica e a sua composição qualitativa interessam ao fenômeno jurídico-regulador social e, também se firmam como de grande utilidade à investigação que se apresenta, mormente por comporem o âmago da aplicação do Direito pelo Poder Judiciário e pela Administração Pública.

Essa temática, entretanto, será pesquisada por meio de um vértice distinto daqueles sobre os quais comumente se detêm os intérpretes e aplicadores do Direito, pois a regra abstrata do direito-texto e a regra concreta dela decorrente serão enfrentadas em suas legitimidades sistêmico-normativas por meio de um *a priori* incidente sobre justificações e legitimações concebidas por visão heideggeriana, ao amparo do modo de “compreensão” jurídico-transcendente do *ente* em direção ao seu *ser*, em um caminho de *expressão compreensiva da verdade ôntico-ontológica*, inafastavelmente moldada pela finitude humana.

A busca pelo *fundamento da normatividade do Direito* é imprescindível à definição “do que se encontra” e “de como se encontra” realmente jurídico-regulado o convívio social. Parte-se da premissa de que os contornos do “jurídico-normativo” – e, assim, do Direito – somente operam à vista da identificação do fundamento antecedente e inicialmente encoberto ao que se mostra como direito-texto. Os valores, conquanto orientadores e fundamentais de qualquer ordem deôntica, fazem parte desse momento antenormativo do Direito e, sem embargo, projetam-se para o interior do sistema jurídico, na forma de estrato axiomático, como uma terceira espécie normativa mais originária, de modo a contribuir, juntamente com os princípios e as regras, para a *definição do conceito de norma jurídica*.

A pesquisa, para tanto, vale-se da *filosofia hermenêutica* de Martin Heidegger, da *hermenêutica filosófica* de Hans-Georg Gadamer e de suas variantes *hermenêuticas argumentativas filosóficas*, aplicadas ao “direito constitucional” e “infraconstitucional jurisdicional” brasileiro. Não obstante às comuns tratativas do tema em campo jurisdicional, a

presente investigação visa à utilização desse cabedal teórico no âmbito do “jurídico extrajurisdicional”, com o intuito de abarcar, especialmente, a Administração Pública, em seu sentido funcional, como operadora de um sistema jurídico-normativo que se estende para além do *direito-texto*. O tema se desenvolve, assim, ao fundamento de uma percepção do plano axiomático dos valores socioculturais como *direito-posto*, a par e em consonância com o *direito-texto*, como imprescindível à teoria da decisão jurídica.

Com essa visada, mais que uma teoria da decisão judicial, identifica-se um peculiar modo de concreção do Direito, envolvente da decisão administrativa estatal. Nesses termos, os agentes públicos responsáveis pelas decisões jurídicas devem valer-se – como um *plus* ao binômio “regras e princípios” – dos *valores extratexto legal*, como meio de legitimação de condutas, à vista de uma compreensão fenomenológica da verdade ôntico-ontológica.

Ao incluir a possibilidade de decisões jurídicas de cariz *fenomenológico* para a Administração Pública, o tema introduz um debate inicial sobre a *ampliação da autonomia da atividade hermenêutica administrativa* que, entretanto, por reflexo paradoxal, leva à clausura de ações jurídicas, na medida em que se constata a obrigatoriedade de realização do *ato administrativo ótimo*, como forma de obtenção da *melhor decisão administrativa* para o caso concreto e como expressão não só da necessária eficiência do Estado, mas da efetividade da função atípica jurídico-decisional do Estado-administração no atual Estado de Direito Democrático.

A Administração Pública, como *(a) executora imediata das produções normativas e cumpridora das decisões judiciais*, deve proceder a uma interpretação limitada da lei, como ordem legalmente dada à execução, no sentido ordinário de sua *função típica de fiel cumpridora da lei*. Queda-se adstrita aos estritos limites da lei, como face mais direta do princípio básico da legalidade público-administrativa, conforme estatuído no *caput* do art. 37 da Constituição Federal brasileira de 1988.

No entanto, não se olvida da *(b) função atípica* do Poder Executivo e de sua *atribuição jurídica* para a tomada de decisões, idealizada como forma de exercício de misteres públicos, que, todavia, tende a ser severamente tolhida (limitação da *capacidade hermenêutica*) por vieses infraconstitucionais e judiciais que inadvertidamente rechaçam o “julgar” administrativo, não reconhecendo a legitimidade para o exercício da *juridicidade*.

Nesse sentido, a moldura restritiva de funções prescreve vinculações obstativas, *v. g.*, do *convencimento motivado das decisões*, a exemplo de entendimentos doutrinários, jurisdicionais e normativos (decretos do chefe do Poder Executivo – *ex vi* do Decreto do Poder Executivo Federal 2.346, de 10 de outubro de 1997) que aplicam o mesmo entendimento

deferido ao exercício da função típica do Poder Executivo, de modo a impedir também o agente público encarregado da emissão do *ato administrativo de decisão* de deixar de aplicar a lei com base no reconhecimento de sua inconstitucionalidade, imprimindo um dever “cego”, “autômato”, de “fiel” cumprimento dos mandamentos jurídico-normativos gerais e abstratos. Nesse contexto, há uma clara confusão entre os conceitos e os limites, assim como entre os pressupostos e a finalidade das funções típica e atípica decisional do Poder Executivo e de sua estrutura executiva, que compreende a Administração Pública.

A simples argumentação da necessidade de concretização de direitos e garantias constitucionais fundamentais como instrumento de materialização da certeza e da justiça do Direito já seria o suficiente para a deferência à *juridicidade administrativa*, para dar-lhe capacidade de atuação não somente *conforme a lei*, mas também *conforme o Direito* como um todo e essa postura caracteriza uma tendência inicialmente tímida do direito brasileiro (*ex vi* do art. 2º, Parágrafo Único, I, da Lei 9.784/99). Mas, ainda, existe outro fundamento de grande força: o Direito não é somente isso, uma versão positivista do Direito e, não obstante, não tem o condão de submeter o “ser” ao “dever-ser”.

O Direito também é fenômeno e com essa característica deve ser tratado. Não há mais espaço para a concepção de perfis artificiais de aplicadores de normas jurídicas que não as interpretem e não as compreendam no mundo vivido, sob a óptica da ruptura da dicotomia sujeito-objeto e isso leva à necessidade de ruptura dos grilhões que fixam aleatoriamente a Administração Pública ao princípio da legalidade estrita. Com efeito, faz-se imperiosa a transposição desse paradigma, para formular a concepção da norma jurídica em sua integralidade, como um sistema de legalidade juridicizada, a propiciar o efetivo sopesamento da ordem normativa à luz dos valores identificados no campo deôntico do jurídico. Importante também se faz proceder a uma reanálise das vinculações postas ao exegeta em geral e, mormente, ao administrativo.

Alguns direcionamentos da abordagem são imprescindíveis: o debate sobre (a) as nuances que envolvem os conceitos de Direito (a.i) como *ciência*, (a.ii) como *ordenamento jurídico* e (a.iii) como *norma jurídica*; e, quanto à teoria da interpretação jurídico-constitucional, sobre (b) a influência que a Ciência do Direito exerce sobre o intérprete e aplicador do *direito jurisdicional* e do *direito decisional administrativo*, como método de obtenção da *melhor decisão* ou do *ato administrativo ótimo* na concretização de direitos, independentemente de tratarem ou não de direitos fundamentais, requer enfrentamento, com vistas à aferição de uma teoria geral da decisão administrativa à luz da Constituição Federal brasileira *axiomatizada*.

O porquê da escolha das “decisões administrativas” e não das “decisões judiciais” para tratar da fenomenologia do Direito aplicada aos valores normativos e à norma jurídica se dá pelo fato de ser de mais fácil argumentação e convencimento, para qualquer defesa de ampliação de “poderes” decisoriais, quando se fala de *juízes exercendo a função de julgar*, ou seja, quando há todo um arcabouço de pré-concepções construído para a garantia de deveres-poderes atinentes às funções típicas dos Poderes da República. Por outro lado, a defesa da função atípica decisória da Administração Pública, para que tenha os mesmos parâmetros exegéticos das decisões judiciais é tarefa árdua, a requerer o necessário afastamento de um senso comum que acomete a doutrina jurídica, a legislação, a jurisdição e o próprio Poder Executivo, que, nessas balizas, pode ser compreendido no âmbito do conceito de *impessoal heideggeriano* (conceito que se abordará no decorrer da pesquisa). Ou seja, a extensão do debate para fora do campo da jurisdição força a uma inequívoca saída do campo concebido como *impessoal* obstativo da compreensão necessária do Direito como fenômeno jurídico.

Por se tratar de uma abordagem fenomenológica, as vertentes ontológica e ôntica das compreensões sobre a verdade jurídica far-se-ão presentes e intercomunicáveis, como coimplicação compreensiva da verdade, e, sem embargo, o apego aos conceitos de *distância temporal*, de *história efetual* e *tradição* gadamerianas levará o debate, em que pese a isso se dar de uma forma indireta e tangencial, também ao âmbito da ética e da moral em um *locus* temporalizado, moldado pela historicidade.

Sem pretender qualquer quebra de referencial teórico, mas apenas para ilustrar e demonstrar a inter-relação entre ética, moral, valor e Direito, anote que afirma Ronald Dworkin, em seu último livro, “Justiça para Ouriços”, que o *direito* seria um sub-ramo da *política*; a *política*, um sub-ramo da *moral política*; e esta, um vértice da *moral*, ao passo que, por último, *moral* e *ética* estariam em um mesmo plano superior, porém não distintas entre si, a darem o arcabouço referencial de conteúdo para as instâncias inferiores.

Com o uso de uma estrutura similar à idealizada por Dworkin, contudo à vista de um viés de reconhecimento da *transcendência* do *ente* em direção ao seu *ser*, como liberdade para a *diferença ôntica* heideggeriana, como modo existencial primeiro, buscar-se-ão (i) o aspecto ético-moral de um direito normativo axiomático – e, aqui, o sentido de *direito normativo*, sob a adjetivação de *axiomático*, estende o conceito para uma extraconcepção do texto positivado, do direito compreendido como *lei escrita* – e (ii) *uma possível face da justiça desse direito posto*, sob um espectro *analítico-topográfico inter-relacional* que reflita a embrionária (e ainda de toda e sempre passível de correção de conteúdo) compreensão do tema, que, entretanto, inquestionavelmente, envolve a aplicação da fenomenologia à noção de norma jurídica.

Essa leitura fenomenológica permitirá incluir no conteúdo da concepção de normatividade do Direito uma terceira espécie: os *valores jurídicos*. Assim, permitirá conceber a norma jurídica em uma nova composição: (1) valores, (2) princípios e (3) regras. Contudo, em razão de os valores serem, na maior parte dos casos, não escritos e demasiadamente abstratos, de modo a superar sobremaneira a vagueza dos princípios jurídicos, tal categoria normativa somente se desvela em sua *deontologia*, para a utilização na concretização do Direito, por meio de uma hermenêutica moldável pela argumentação e que, assim, tenha o condão de identificar o *valor fundante*, alicerce ôntico, das duas outras espécies de normas jurídicas aplicáveis ao caso concreto.

Consequentemente, a pesquisa, a figurar como uma espécie de justificação do procedimento pela inserção de conteúdo material-substancial entre seus elementos operacionais, e, do mesmo modo, como justificação da legitimidade e da legalidade do ato de decisão procedimental, de cunho material, por observância da *procedimentalização adequada* (a demonstrar uma *procedimentalização jurídica racionalizante*, em que se emprega o termo “razão” – não em um sentido cartesiano –, mas sim em sua concepção de *compreensão fenomenologicamente adequada*), busca a demonstração da possibilidade de utilização de regras e de princípios jurídicos, explícitos e implícitos, fundamentados em extraprincípios. Estes últimos, admitidos como expressão do *subtexto* do Direito, decorrentes de valores jurídicos e políticos *juridicizados* – o que, na investigação, busca-se classificar como *valores axiomáticos*, determinantes do “juridicizado” em um contexto sociocultural, local e temporal, delimitado –, apreensíveis pela *hermenêutica argumentativa* a labor da fenomenologia do Direito como *direito-normativo* (concepção distinta da que se vê como direito-texto e, entretanto, próxima de um campo valorativo jurídico-axiomático).

Este sistema de compreensão da normatividade do Direito, em que pese aos apontamentos do tema aqui direcionados às decisões jurídicas exaradas pela Administração Pública, põe-se a servir a toda e qualquer *decisão jurídica*, firmando as bases fundamentais dos atos estatais de juízo em procedimentos não somente *jurídico-jurisdicionais*, mas também *jurídico-juridicizados* – os primeiros, afetos ao exercício da jurisdição, pelos órgãos jurisdicionais; os segundos, referentes ao exercício da juridicidade, pelos órgãos encarregados do desempenho da função executiva do Estado.

Da constatação da necessidade de atuação jurídico-decisional alinhavada ao contexto sociocultural valorativo axiomático, e, assim, a demonstrar um agir não adstrito somente ao direito-texto, v. g., à Constituição e ao texto expresso da lei, mas, possivelmente e a depender do caso concreto, *contratextual*, imprescindível reconhecer a nítida tensão formal entre

juridicidade (no agir baliza pela ordem jurídica escrita ao fundamento de valores axiomáticos socioculturais) e *legalidade* (levando em consideração somente a lei escrita) e, destarte, respectivamente, entre *justiça* e *segurança jurídica*, na medida em que, sob o enfoque do tênue distanciamento da legalidade estrita para a aproximação hermenêutica da juridicidade – o que, diante de uma visão sistêmica, não ofende a legalidade como um todo, posto que a aprimora –, a pesquisa se detém, em um aspecto geral, à análise da normatividade regente do Direito Administrativo, enquanto Fonte do Direito, fundamento de conduta procedimental da Administração estatal. Por outro lado, pela visada fenomenológica aplicada, sequer há de falar, nomeadamente, em tensão real, ou em conflito real entre legalidade e juridicidade e entre segurança jurídica e justiça.

Toda a tese, por fim, alicerça-se nesse conceito operacional de *juridicidade*, tema novo nos meandros da *incipiente teoria hermenêutica do Direito Administrativo* e do Direito Constitucional e, seja como for, tem-se identificado a necessidade de incessante aprimoramento que pervaga pela evolução hermenêutica da interpretação e da aplicação do Direito, com vistas a ombrear às constantes e céleres mudanças de comportamento sociocultural.

Do que se expôs, o *problema de pesquisa* consiste em indagar, por meio de uma leitura fenomenológica do Direito e sob o enfoque da *filosofia hermenêutica*, da *hermenêutica filosófica* e da *hermenêutica argumentativa*, como se dá, em um contexto sociocultural, a *identificação* e os *efeitos dos valores* no rol deôntico da *norma jurídica*, para a definição de um conceito de normatividade do Direito que abarque, necessariamente, *os valores axiomáticos juridicizados*, como mais uma espécie a somar-se, de modo qualitativo, aos *princípios* e às *regras*.

Como *hipótese ao problema*, importante inicialmente argumentar que a *história efetual* e a *tradição intergeracional* e a *hermenêutica argumentativa do Direito*, a indicarem, mormente neste último caso, a ausência de sincretismo entre hermenêutica e argumentação, sustenta a conjunção ontológico-existencial heideggeriana de simultaneidade de compreensão, interpretação, fundamentação, firmadas na essência heideggeriana de verdade, fornecem sólidos alicerces à inclusão de valores sociais já consolidados pela própria natureza da coisa, ou seja, pela própria “tomada de chão” do ser no mundo, na sua simultaneidade de compreensão, interpretação, fundamentação do plano *axiomático-dogmático-deontológico*, a incluïrem, de modo veritativo, valores (éticos, morais, econômicos, financeiros, estéticos, etc). Trata-se da afirmação de *significatividades* em que o *Dasein* se abre em *projetos*, em *juízo de mundo compartilhado* (*Mitwelf*).

Com efeito, os valores axiológicos, ao verterem em axiomáticos, sem embargo da normatividade direta que apresentam, passam a fundamentar a inclusão de novas regras e princípios jurídicos ao sistema normativo, independentemente de posituação no direito-texto.

Pela via de um raciocínio hipotético-dedutivo fundamentado nas diretrizes dos estudos de fenomenologia realizados, especialmente, por Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, busca-se, em linhas gerais, firmar as balizas para a aceitação – ou ao menos para fomentar um início de debate e pesquisas – de uma *teoria tripartida da norma jurídica*, a incluir no plexo conjuntivo que envolve os princípios e as regras, os valores juridicizados, ou seja, os valores axiomáticos.

O *objetivo geral* empreende desenvolver uma possibilidade de aceitação da decisão jurídica que envolva no gênero “norma jurídica”, em harmonia com as espécies princípios e regras, valores axiomáticos, e, com efeito, utilizá-la *extramuros* do Poder Judiciário à decisão administrativa. Deveras, almeja-se dotar ambas, a decisão jurisdicional e a decisão administrativa juridicizada, de *extensão argumentativa* que se possa fundamentar, também – para além dos princípios e regras jurídicas –, na utilização de valores provenientes de um delimitado contexto histórico compartilhado, de modo a auferir um entendimento de obrigatoriedade de observância desses valores pelo coletivo social.

Como *objetivos específicos*, inicialmente se faz importante justificar que, em linhas gerais, busco a extensão da teoria da decisão jurisdicional às decisões jurídico-administrativas estatais, entretanto, para ambas, sob um viés fenomenológico do Direito. Estas últimas espécies de decisões, projetadas à necessidade de certeza e de justiça do Direito, imprimem um necessário afastamento da rígida vinculação da Administração Pública à lei estrita (princípio da legalidade), para considerar imprescindível a conciliação (*i*) do dever de o Estado “obrar com legalidade”, com (*ii*) o direito de o particular submetido às decisões estatais ser destinatário “da melhor decisão administrativa” (*princípio* da “juridicidade”, ou da *atuação administrativa conforme a lei e o Direito*).

A melhor decisão administrativa, ou *o ato administrativo ótimo*, sempre perpassará pela racionalização *compreensivo-fenomenológica* das regras e princípios legais aos *valores jurídicos* maiores que, nesses moldes, *v. g.*, dão azo a princípios e a regras de direitos e de garantias constitucionais fundamentais. Mas não é só. Perpassará também pela racionalização *compreensivo-fenomenológica* de valores axiomáticos juridicizados.

Em um verdadeiro Estado de Direito Democrático, a legítima operacionalização administrativo-normativa (aplicação da lei ao caso concreto pela Administração Pública) – muito mais que entendida como uma simples obediência do agente público à lei estrita – deve

compreender a submissão das decisões do Estado-administração aos direitos e garantias constitucionais fundamentais *axiomatizados* (respaldados por uma *hermenêutica argumentativa compreensivo-fenomenológica*), por meio da introdução de juízos ou sopesamento de valores às regras e aos princípios legais de atuação do aparato estatal.

O sistema normativo, incluindo-se aqui os vieses hermenêuticos instrumentalizados pela Administração Pública, deve ser sopesado ao amparo dos valores constitucionais fundamentais e, para isso, pela óptica da fenomenologia do Direito, também ao amparo dos valores jurídico-axiomáticos. Assim, o princípio da legalidade administrativa, se firmado nos vértices da lei e dos *valores* como faceta da *juridicidade*, permanecerá ainda mais respeitado quando o administrador público deixar, por exemplo, de aplicar a norma em razão do desacordo desta suposta lei com a Constituição Federal, ainda que fundamentado em princípios ou em valores fundamentais implícitos, decorrentes do texto constitucional, ou, mesmo, decorrentes do *contexto* jurídico vigente.

Disso, por corolário, decorrerá o reconhecimento da invalidade de atos normativos ou concretos da Administração que não se arrimem fundamentadamente na necessidade de concretização de direitos e garantias constitucionais fundamentais, ou de valores juridicizados de forma axiomática.

Assim, como *objetivos específicos propriamente ditos*, sob as premissas de um olhar voltado: (1) ao atual estágio formalista do Direito (introduzido e desenvolvido pela necessidade de cientificidade epistemológica nos moldes do positivismo científico – ancorado na metafísica idealista cartesiana dualista e matematizante, aprimorada por Leibiniz, com a inclusão da física, de modo a criar um mundo resolvível pela óptica físico-matemática); (2) às suas consequências limitadoras do mundo da vida; e (3) a uma inicial tentativa pós-positivista de “fuga da matematização” do “jurídico”; (i) buscam-se, inicialmente, (i.a) *aférir* a interconexão entre as crises da Modernidade e do Direito e uma administração estatal em meio à *suposta filosofia jurídica pós-metafísica* idealista e sua posição de *juridicidade concretista* de direitos fundamentais; e, com isso, (i.b) *analisar*, a partir da relação entre o formalismo jurídico e a crise do direito, a necessidade de superação da dicotomia *realismo-idealismo* e dos reflexos jurídicos positivistas; para, em seguida, (i.c) *avaliar* as condições de uma sociedade histórico-jurídica supostamente pós-metafísica; e dessa abordagem dialética, (i.d) *concluir* a primeira parte da investigação, de modo a (i.e) *elucidar* os caminhos, ainda intermediários, tomados pelo Direito, na adoção de padrões axiomáticos como fundamento das decisões jurídicas, e, em especial, (i.f) *elaborar* uma análise incidente sobre o atual estágio conceutivo da noção de valor como espécie de norma jurídica, utilizando-se o exemplo da Administração Pública, no

exercício hipotético de sua função atípica de decisão jurídica, dedicada à *concreção de direitos fundamentais*.

Em contraponto ao que se refere o item (i), agora sob um olhar diretamente voltado à *fenomenologia do Direito* e, por conseguinte, reflexivos de uma nova concepção de norma jurídica, (ii) a pesquisa possui o escopo de (ii.a) *discorrer* sobre o conteúdo axiomático como componente do sistema jurídico deontico e a extensão dessa teoria aplicada à função pública executiva estatal; e (ii.b) *concluir* com uma inicial proposta de *análise do conteúdo do Direito*, a partir da norma jurídica concretizada, especificamente sobre (ii.b.1) o conteúdo e o conceito de *direito* pela óptica qualitativa tripartida das normas jurídicas, e (ii.b.2) o contexto do direito na formação da concepção do “jurídico”, de modo a abordar o extratexto deontico ou o direito-normativo. Sem embargo, a investigação acaba por tecer considerações – sem qualquer pretensão exauriente dessa temática de tão difícil enfrentamento – sobre (ii.b.3) uma proposta de análise da norma jurídica a partir do seu resultado concretizado, pelos vieses (a) do conteúdo e do conceito de *norma jurídica* pela óptica qualitativa tripartida de suas espécies; e (b) do fluxo axiomático-deontológico das normas jurídicas pelo vértice *qualitativo* tripartido de suas espécies; e, assim, à guiza de conclusão, (iii) *desenvolver* um início de debate sobre os efeitos jurídicos dos valores fundamentais positivos, constitucionais, infraconstitucionais, e axiomáticos, na atividade decisional jurídica, jurisdicional e público-administrativa.

Para os propósitos ora apresentados, os estudos foram divididos em *duas partes*, em que a *Primeira Parte*, de caráter preponderantemente zetético-dogmático, cinge-se à análise dos problemas enfrentados pelo Direito em sua concretização por meio do positivismo jurídico cientificista, legado da Modernidade, em meio a uma incontestável necessidade de reconhecimento e emprego de valores jurídicos extratexto normativo à materialização da justiça das decisões estatais, o que se estende para além do âmbito jurisdicional, para alcançar o exercício da função jurídica atípica da Administração Pública.

A *Segunda Parte*, de caráter notadamente teórico e axiológico, tem a finalidade de conciliação dos temas tratados na fase anterior com o propósito de demonstrar uma possível formação normativa tripartida do direito positivo, conquanto se veja imbuído da dotação concreta de significados em seus textos de lei, pelo “desvelar” dos pertinentes valores fundantes (que os motivaram e provocaram a sua criação e que também possuem um aspecto hermenêutico construtivista axiomático) e regentes (orientam-lhes em sua aplicação temporal, histórica, de determinado coletivo social). Não obstante, tangencialmente, apresentam-se ainda temas considerados difíceis aos provimentos de decisões jurisdicionais e administrativa, de

modo a aferir o funcionamento das normas jurídico-regulatórias, sob a influência dos valores atinentes, valores estes axiomáticos, para a obtenção da melhor ou da única decisão adequada.

Pelo exposto, a investigação, seguindo o método francês de exposição das ideias em partes contrapostas para uma síntese conclusiva, encontra-se dividida em duas Partes. A Primeira Parte tratará das implicações do cientificismo positivista no Direito e das tentativas de superação desse modelo legado da Modernidade. A Segunda Parte tratará da fenomenologia do Direito e, por conseguinte, a fenomenologia da norma jurídica, refletindo, os seus Capítulos, Itens e Subitens, os objetivos específicos ora elencados, de modo a concluir a pesquisa, como indicado no item (iii), com *um início de debate sobre os efeitos jurídicos dos valores fundamentais positivos, constitucionais, infraconstitucionais, e axiomáticos, na atividade decisional jurídica, jurisdicional e público-administrativa.*

Em outras palavras, a *Primeira Parte* almeja expor os problemas do formalismo jurídico-positivista e as tentativas jurisdicional e público-administrativa decisional para as suas soluções, e, a *Segunda Parte*, ao amparo da “fenomenologia do Direito”, engendra uma tentativa de proposta pós-positivista de “retorno do *Direito* às coisas mesmas”, como expressão da verdade jurídica e da justiça.

**PRIMEIRA PARTE – DOGMÁTICA JURÍDICA, FENOMENOLOGIA E
CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. AS CRISES DA
MODERNIDADE E DO DIREITO E UMA ADMINISTRAÇÃO ESTATAL EM MEIO
A UMA SUPOSTA FILOSOFIA JURÍDICA PÓS-METAFÍSICA**

Capítulo 1 – A RELAÇÃO ENTRE O FORMALISMO JURÍDICO E A CRISE DO DIREITO. A necessidade de superação da dicotomia *realismo-idealismo* e dos reflexos jurídicos positivistas

Sob as balizas do positivismo jurídico a relação que se apresenta entre a esfera de criação de leis e a de sua concreção, ou seja, os planos técnico-funcionais afetos às decisões legislativas e às decisões jurídicas – juízos ou discursos de justificação e juízos ou discursos de fundamentação e aplicação¹ – são, sobretudo e maciçamente dominante, de ordem dogmática.

A tarefa de concepção da ordem jurídica escrita e abstrata, a partir de uma Constituição como ápice do sistema de normas, busca fundamento em teorias dos planos axiológicos e axiomáticos, que, por conseguinte, apoiam-se no plano ôntico-ontológico². Desta forma, o Parlamento, encarregado da criação da ordem jurídica, leis gerais e abstratas, compreende e intenciona (fundamenta) positivar princípios e regras, que se apoiam, em grande parte, em valores comuns vigorantes no contexto sociocultural e, não raro, sem embargo, em concepções que se firmam em interesses setorizados, compartimentados por grupos sociais, ou econômicos, ou por parcela social detentora de qualquer tipo de capacidade para influenciar a elaboração de leis em favor de seus interesses.

Em contrapartida, as funções jurídicas, jurisdicional (atribuída ao Poder Judiciário brasileiro) e juridicizada (atribuída ao Poder Executivo, em sua função atípica julgadora, assim como ao Poder Legislativo, também no exercício dessa mesma função atípica), quedam adstritas – ou assim deveriam portar – à interpretação e à aplicação “literal” (o quanto possível for) do legal pressuposto legislativo (do direito-texto pré-estabelecido)³.

A respeito dessa noção de interpretação reduzida à pseudoaplicação gramatical do texto legal, desprovida de qualquer juízo de valor, Edmond Picard já apontava a sua

¹ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Tradução de Claudio Molz. Introdução à edição brasileira de Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004.

² PICARD, Edmond. **Direito puro**. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 141.

³ Ao contrário do que sustento na presente investigação como premissa de uma inserção axiomática normativa no Direito, João Maurício Adeodato formula crítica à tentativa de validação das teorias dos valores ao desprezo da dogmática jurídica sob o argumento de uma pseudocrise do direito, assinalando que “é lugar comum falar de crise no direito, mormente em vigor na periferia do capitalismo ocidental, no dito mundo subdesenvolvido, crise nitidamente exemplificada pela situação brasileira. Entre as dificuldades para descrever essa crise parece estar a pretensão de estender a todos os Estados o modelo jurídico de *Estado Moderno* eurocentrado. Para isso parte-se de uma espécie de *epistemologia ontológica*, isto é, a crença de que é possível uma teoria universal, de que *há uma essência* do direito, da política, das relações sociais e que esta seria aquela apresentada pelo paradigma europeu” (ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 45).

inconsistência, sobretudo ao fazer menção ao Código Napoleônico e, sobre as suas bases, criticar a cientificidade rígida e limitadora da liberdade hermenêutica, característica do positivismo jurídico. Escreve o autor, nesse sentido, que “toda doutrina, toda jurisprudência, é, pois, na realidade, ainda que numa proporção infinitesimal, produtiva de Direito e não simplesmente interpretativa”⁴, posição em que assinala o mínimo natural que deve ser reconhecido como *valorativo* e *criativo* do Direito, na função extralegislativa hermenêutica. Preferível, no entanto, falar não em criação do Direito, mas sim em compreensão de seu âmbito de normatividade, por meio do exercício valorativo do texto legal, geral e abstrato, inerente, por natureza, à atividade hermenêutica.

Não obstante, por uma série de fatores e o paradoxo da segurança jurídica por meio da técnica da rigidez positivada da normatividade jurídica é um exemplo, operam-se incongruências marcantes nos (a) planos ontológico, ôntico, axiológico, axiomático *jurídico-decisional*; e no (b) plano dogmático *jurídico-decisional*.

Nesse âmago de coisas, percebem-se os mais variados desvios, tanto na função legiferante, quanto na função jurídica do Estado. Ora se depara o intérprete e aplicador do Direito com textos de lei que não refletem senão interesses corporativos, de pequenos grupos sociais, descontextualizados do interesse geral coletivo; ora com um excesso de positivações legais simbólicas tendenciosas a desencadear anomias reguladoras; e ora ainda, pela óptica do exercício da própria atividade de decisão jurídica, a exageros exegéticos, ativistas, ou mesmo extremo-positivistas. Isto tudo se porta a indicar uma crise do Direito e de sua aplicação, concreção; uma crise legiferante, no que respeita à escolha do que deve ser abstratamente o “direito” e, por outro lado, nova e cronológica crise na escolha do que se deve tornar concretamente o “direito”: “crise da norma abstrata” e, do mesmo modo, “crise da norma-regra concreta”, em um cenário de verdadeira insegurança jurídica pré e pós a provocação dos órgãos encarregados da concreção do Direito.

De tudo, o que se denota são características decisoriais alheias à busca da facticidade do fenômeno jurídico. O resultado da operacionalização do direito passa ao largo de uma investigação e do uso mais detidos das *fontes do direito* que dão ou que podem dar azo a uma decisão acertada para o caso concreto. O problema resume-se à adequada compreensão do Direito, como instrumento de regulação social por meio de normas jurídicas.

Não se questiona aqui o uso correto de regras e ou de princípios jurídicos, eventualmente, uns mais outros menos adequados ao que se apresenta à luz do caso concreto,

⁴ PICARD, Edmond, *op. cit.*, p. 140.

mas sim uma investida ao cerne da camada fundante do direito-texto, de modo a adentrar no contexto do sistema jurídico vigente, como fenômeno que se ora apresenta ao intérprete. Faz-se necessária a busca de um fundamento mais intrínseco, íntimo e enraizado das decisões jurídicas brasileiras atuais (na criação de leis gerais e abstratas, e na criação da regra concreta, por meio da decisão jurídica).

Para a criação de leis gerais e abstratas, o parlamento vale-se de quaisquer tipos de valores: axiológicos, axiomáticos, econômicos, financeiros, corporativistas, consequencialistas, simbólicos, morais religiosos, programáticos etc. Para a criação da regra concreta oriunda da decisão jurídica, os operadores do direito apenas se utilizam da dogmática positivista e, quando muito, aplicam valores ao alvedrio da axiologia deontológica, na medida em que ignoram os valores axiomáticos do coletivo social compartilhado como compreensão do fenômeno normativo-jurídico de cumprimento obrigatório, para aplicarem valores consequencialistas, v.g., de cunho econômico.

Com efeito, o que na prática há é o isolamento dos planos decisional legislativo (de caráter especulativo axiológico e axiomático) e decisional jurídico (de caráter especulativo dogmático). Não que deva haver a criação de leis pela atividade jurídica, para a obtenção da regra concreta, com um caráter inovador, medita esta comumente tachada de “ativista”, o que se daria para além de uma mirada reflexiva do ôntico-ontológico histórico efetual inspirador do legislador, mas não se há de aceitar o dogmatismo positivista puro sob o manto conservadorista de preservação da segurança jurídica, quando o que se apercebe é que disso surge um efeito contrário de insegurança mesma, insegurança essa incidente no âmbito do jurídico, como insegurança jurídica em sentido estrito do termo.

Isso, nada mais é que um efeito do historicismo, com o anacronismo que o acomete, na medida em que leis positivas e pretensamente estipuladas no passado para vigorarem em um futuro sem limites, imprimem a identidade da Modernidade e de seu método de verem o presente ao alvedrio do histórico passado, de maneira a ofuscar a verdade, que se enraíza na fusão de horizontes⁵. Ou seja, como afirmado, o positivismo jurídico e a sua busca pela segurança, por meio de leis escritas e rígidas, com pretensões universalistas regulatórias de todo o universo das relações intersubjetivas, quedam por reduzir o mundo vivido dos fenômenos jurídicos a moldes inertes, inflexíveis e, mesmo, “matematizados”, ou vertidos em formulações pseudoabrangeentes do caso concreto, que restam por produzir distorções de justiça e do próprio Direito.

⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Vol. I. Petrópolis: Vozes, 2014. Cf. também: LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. Tradução Hélio Magri Filho. Petrópolis: Vozes, 2007.

1 FORMALISMO JURÍDICO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EXECUTIVA. Um método científico da modernidade

O item que se segue busca reproduzir a crítica fundamental formulada pela fenomenologia à “artificialização” do mundo da vida pelo uso da técnica a serviço da ciência e, destarte, involuntariamente, também a serviço do “esquecimento” do mundo vivido. A partir da obra de Edmund Husserl “a crise da ciência europeia e a fenomenologia transcendental: uma introdução à filosofia fenomenológica”⁶, diversos autores dedicaram-se ao aprimoramento dessa correlação complexa e deletéria entre a técnica e a artificialidade das ciências humanas aplicadas, e, sem embargo, da crise do direito e de sua pretensa segurança jurídica, por meio do positivismo jurídico⁷.

A abordagem aqui desenvolvida pretende demonstrar o cerne dessa teoria, mormente respeitante às ideias centrais e aos conceitos desenvolvidos por alguns teóricos do tema⁸, todavia com foco nas praxes hermenêuticas da Administração Pública, para a concretização de direitos. Traz a lume a crescente crise do Direito, (i) legislado e, sem embargo, (ii) concretizado, pelo seu intérprete e aplicador, provocada pela equívoca pretensão de segurança jurídica, por meio inadequado, qual seja, a formalização do jurídico, o emprego “matematizante” do mundo vivido e a sua extensão para as relações intersubjetivas sociais, a resumir-se no positivismo

⁶ Cf.: HUSSERL, Edmund. **A crise da humanidade europeia e a filosofia**. Covilhã: LusoSofia, 2008, p. 66-67.

⁷ Cf. HEIDEGGER, Martin. **El ser y el tiempo**. Traducción José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1993; MORENTE, Manuel García. **Fundamentos de filosofía 1: lições preliminares**. Tradução e Prólogo de Guillermo de la Cruz Coronado. São Paulo: Mestre Jou, 1980; GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Fenomenologia e direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e Tempo” (Martin Heidegger)**. Petrópolis: Vozes, 1988; CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito**. 1. ed. Belo horizonte: Arraes Editores, 2011; _____. *Técnica, liberdade e direito*. In: **Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito**, Rio de Janeiro, v.4, n.1, p.49-63, abr./set.2011; _____. *Fenomenologia e ciências naturais: a origem comum dos pensamentos de Husserl e Heidegger*. In: **Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito**, Rio de Janeiro, v.5, n.2, p.77-96, out.2012/mar.2013; _____. **Hermenêutica e argumentação no direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014; _____. **Ética e decisão judicial: o papel da prudência na concretização do direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2015. Cf. também: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Subsídios para uma crítica fenomenológica ao formalismo da ciência dogmático-jurídica*. In: **Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito**, Rio de Janeiro, v.1, n.1, p.43-54, abr./set. 2008; CÂMARA, Jorge Luis Fortes Pinheiro da. *Técnica, direito e crise de legitimidade*. In: **Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito**, Rio de Janeiro, v.1, n.2, p.41-64, out.2008/mar.2009; FONTES, André R. C. *Do empirismo jurídico à fenomenologia do direito*. In: **Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito**, Rio de Janeiro, v.5, n.2, p.1-125, out.2012/mar.2013.

⁸CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito**. 1. ed. Belo horizonte: Arraes Editores, 2011.

jurídico, como fruto do positivismo científico aplicado^{9/10}. Há de aferir que a fenomenologia como tarefa argumentativa é o que de melhor se apresenta à questão e, do mesmo modo, afigura-se como método plenamente aplicável não somente à atividade jurisdicional, mas à atividade jurídica de decisões afetas à Administração Pública, por meio da juridicidade – como parâmetro de atuação jurídica em consonância com a “lei” e o “Direito” –, na interpretação e aplicação da lei ao caso concreto.

Nesse plexo de questões, há de incontestar que a organização da vida em sociedade, mormente com o evoluir cada vez mais intrincado das relações sociais, requer instrumentos apropriados – e, dessarte, verdadeiros sistemas hábeis de filosofia hermenêutica e de hermenêutica jurídica, para o aprimoramento do pensamento jurídico – ao controle e à regulação das relações intersubjetivas, especialmente em sociedades complexas como as que se ora experimentam, e isso, de modo mais intenso como legado da Modernidade, dá-se, voluntária ou involuntariamente, por meio da priorização dos padrões deontológicos em detrimento dos padrões axiológicos, da primazia do texto deontológico sobre o puramente deontológico, e, com efeito, da concepção de segurança jurídica como valor fundante da ordem normativa a ser representada pelo direito-texto, pela lei escrita, como ápice de uma evolução jurídica, que identificou o texto da lei com a própria norma jurídica¹¹.

⁹ A respeito da interferência de uma técnica formalista aplicado ao Direito e o comprometimento deste último em razão do método “tecnificante” e “matematizado” adotado, escreve Jorge Luiz Fortes Pinheiro da Câmara que “o delinear da crise encontra-se na relação que o direito, assumido enquanto sistema autopoietico, estabelece com a sociedade e com os perfis que esta sociedade passou a adotar contemporaneamente. Sendo por princípio o sistema jurídico positivo autônomo e pretensamente plenificador em suas alocações e seu sentido técnico geral, seu papel ante a sociedade, dar-se-ia em termos de regulação e funcionalidade³, justificando-se assim, tanto sua existência quanto sua incidência na(s) função(ões) que sê-lhe fossem atribuídas” (CÂMARA, Jorge Luis Fortes Pinheiro da. *Técnica, direito e crise de legitimidade*. In: **Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito**, Rio de Janeiro, v.1, n.2, p.41-64, out.2008/mar.2009, p. 42-43).

¹⁰ Leibniz fez ressaltar a física sobre a matemática como expoente científico para a naturalização do cientificismo idealista metafísico, permitindo, assim, uma considerável “sobrevida” desse sistema filosófico, o positivismo científico, a prolongar a concepção exclusivista da “técnica”, como única expressão aceitável de cientificidade. Para um estudo sobre as inter-relações entre ciência e filosofia, especialmente sobre “a história da teoria quântica”, “a teoria quântica e as raízes da ciência atômica”, “o desenvolvimento das ideias filosóficas após Descartes”, “a teoria da relatividade”, “linguagem e realidade na física moderna” e “o papel da física moderna na evolução atual do pensamento moderno”, Cf.: HEISENBERG, Wener. **Física e filosofia**. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1987, p. 29, 49, 61, 73, 127, 141 e ss.

¹¹ Cf. CUNHA, Ricardos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito**. 1. ed. Belo horizonte: Arraes Editores, 2011; e _____. **Hermenêutica e argumentação no direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014.

Disso, para a segurança jurídica, menoscabe a justiça¹². Diante de uma escolha entre uma e outra, escolheu-se a segurança jurídica¹³, sem embargo de uma falsa crença de ter-se adotado as duas categorias, na medida em que alguns filósofos do direito¹⁴ confundiram *lei escrita*, *segurança jurídica* e *justiça* como “o mesmo lado da mesma moeda”; “do outro lado da moeda”: a *injustiça*¹⁵. A questão, como se vê, volve-se em torno do conceito de norma, primado da “deontologização” escrita ou verbal, que, entretanto, afigura-se de diversas espécies.

O produto de uma teoria da deontologia, ou seja, o seu resultado em menor unidade expressiva, que resta vertido na concepção de “norma”, como de pensar de uma rápida leitura estanque e compartimentada – ou seja, de uma leitura epistêmico-jurídica, que, assim, perfaz uma unidade setorial do conhecimento –, não é característica privativa da Teoria do Direito, mas sim permeia os meandros de diversos outros setores epistêmicos, a exemplo da teologia, da moral e dos comportamentais sociais menores e estanques¹⁶. As normas assim apresentam-se, à vista desse ecletismo ou multivalência, de origens prescritivas de obrigatoriedade direta estatal e, sem embargo, indiretas, particulares e sociais, a exemplo, neste último caso, das normas de natureza moral e religiosa, a caminharem em um sentido social-regulador *pari passu* (ora conflitantes ora não conflitantes) com as normas jurídicas. Desses conflitos do direito normatizado e escrito com a vontade do coletivo social, em especial com o que se entende como normado nas raias de uma concepção de moral que se fala em *contrafaticidade do Direito*, em um sentido de não representar a vontade majoritária de determinado coletivo e contexto social¹⁷.

¹² Na versão não traduzida do autor, cf. HUSSERL, Edmund. **Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendente Phänomenologie**: Eine Einleitung in die phänomenologische Philosophie. The Hague: Martinus Nijhoff, 1976; GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Fenomenologia e direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e Tempo” (Martin Heidegger)**. Petrópolis: Vozes, 1988; CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito**. 1. ed. Belo horizonte: Arraes Editores, 2011; e _____. **Hermenêutica e Argumentação no Direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014. Cf. também: STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia**. Limites de um paradigma. Ijuí: Unijuí, 2004; _____. **Instauração do sentido**: Reflexão e interpretação do discurso (literário). Porto Alegre: Movimento, 1977; _____. **Mundo vivido**: das vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004; e _____. **Racionalidade e existência**: uma introdução à filosofia. São Paulo: L&PM, 1988.

¹³ Ainda na versão original, cf. HUSSERL, Edmund, *op. cit.*; GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Fenomenologia e direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e Tempo” (Martin Heidegger)**. Petrópolis: Vozes, 1988; CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito**. 1. ed. Belo horizonte: Arraes Editores, 2011; e _____. **Hermenêutica e argumentação no direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014.

¹⁴ Cf. HART, Herbert. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012. Também cf. a crítica de Ronald Dworkin ao positivismo jurídico de Hart: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

¹⁵ Cf. HART, Herbert. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

¹⁶ FICHTE, Johann Gottlieb. **Fundamento do direito natural**: segundo os princípios da doutrina da ciência. Tradução e notas de José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012.

¹⁷ Cf. CASTANHEIRA NEVES, António. Os “*Elementos do Direito Natural*” de Vicente Ferrer Neto Paiva. In **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. 52, 1976, p. 309-315; _____. *A unidade do*

Ao alvedrio, v.g., das normas morais, as normas jurídicas, como legado da Modernidade e do positivismo, a demonstrarem uma face do positivismo científico aplicado, o positivismo jurídico, foram e ainda são pensadas pelo Estado com o fim de prescreverem condutas por meio de conceitos prescritivos, definidores gerais e abstratos do dever de *agir*, de *omitir-se* ou de *permitir*, idealizados para a garantia de previsibilidade de condutas humanas: busca-se, assim, a não surpresa de toda uma sociedade, à vista de um dever jurídico geral e abstrato de comportamento.

Previsibilidade representa aqui a precisão dos contornos de toda e qualquer conduta de indivíduos que pertencem a determinado corpo social, em suas relações intersubjetivas. De tudo o que se ora expõe, ressalta que a “segurança social” pelas “mãos” do Direito – e Direito aqui como lei escrita – deposita toda a confiança na capacidade de o texto de lei¹⁸, ou seja, do direito-texto, dar azo à paz social pela via de um de seus efeitos, a saber: a *segurança jurídica*. Este é o fim primeiro e maior almejado pelo modelo de “norma jurídica” e por sua técnica de aplicação ao caso concreto¹⁹.

Todavia, o que de início apresentou-se como uma estável e aceitável resolução para a questão do controle social, não tardou em produzir, diametralmente, efeitos contrários ao almejado. A pretensão de segurança jurídica, vertida no formalismo do direito-texto, formalismo este firmado na precisão de conceitos pretensamente de significados fechados e unívocos, porém de natureza abstrata e desarraigada do mundo real, não logrou cumprir o almejado.

A norma abstraída do direito-texto, ou seja, da “letra” da lei escrita, e a sua técnica de interpretação e de aplicação fundamentada nas teorias desenvolvidas no âmbito do positivismo jurídico, geraram, sob o olhar da autoridade responsável pela decisão jurídica, pelo exegeta, a discricionariedade, a voluntariedade e, nessas balizas, a arbitrariedade²⁰. Disso, abriu-se o flanco para a insegurança dos comportamentos sociais, na medida em que trouxe instabilidade

sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido (diálogo com Kelsen). In **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. 2, 1979, p. 73-184; e _____. *Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz”, ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito*. In **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. 74, 1998, p. 1-44.

¹⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

¹⁹ Cf. HART, Herbert. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

²⁰ Cf. HUSSERL, Edmund, *op. cit.*; GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **O tema da consciência na filosofia brasileira**. São Paulo: Convívio, 1982; _____. **Fenomenologia e direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e Tempo” (Martin Heidegger)**. Petrópolis: Vozes, 1988; CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito**. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011; e _____. **Hermenêutica e argumentação no direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014.

e, destarte, imprevisibilidade lógica quanto ao comportamento do Estado, no que tange à interpretação e à aplicação do direito escrito²¹.

Dessarte, o que se ora reporta faz surgir uma grave insegurança no sistema de interpretação e de aplicação do Direito como um todo – não só a acometer as instituições oficiais encarregadas de “dizer” o Direito ao caso concreto, como também, a atingir os destinatários dessas interpretações. Firmou-se com o positivismo jurídico e com sua técnica de redação do direito em direito-texto normativo, a interconexão entre as definições dos conceitos de lícito e de ilícito jurídico.

1.1 A origem da idealização do formal-cientificista do positivismo científico e o legado jurídico-positivista

O positivismo jurídico perfaz subsistema filosófico originário de um sistema maior, o positivismo científico, e de sua ideologia de “verdade científica”²², a formar uma base solidificada na necessidade de certeza empírica e, destarte, de segurança das proposições de todo e qualquer ramo da epistemologia²³. A filosofia reduziu-se à teoria do conhecimento, à epistemologia²⁴. Nisso, assentou-se na perquirição empirista da certeza físico-constatável, aferível, para o positivismo científico, por meio de experimento e de formulações físicas e matemáticas, biológicas, psicológicas e das demais possíveis ordens epistêmicas. Buscou *a definitividade de uma epistemologia*, de uma teoria do conhecimento, atemporal e universal, a

²¹ Cf. HUSSERL, Edmund, *op. cit.*; GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Fenomenologia e direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e Tempo” (Martin Heidegger)**. Petrópolis: Vozes, 1988; CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito**. 1. ed. Belo horizonte: Arraes Editores, 2011; e _____. **Hermenêutica e argumentação no direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014.

²² Alan Chalmers, com propósitos de justificação de seu método de utilização da física (o que acaba por cair na armadilha positivista), queda por apontar as estratégias dos diversos científicimos positivistas, com pretensões de universalizações de proposições científicas, por meio de métodos universais e imutáveis, ou, por outro lado, por meio de exclusividade metódica de parte da epistemologia, ao esclarecer que “os positivistas buscavam, por exemplo, uma ‘teoria unificada da ciência’ (Hanfling, 1981, capítulo 6) que pudessem empregar para a defesa da física e da psicologia behaviorista e para criticar com severidade a religião e a metafísica. A explicação que se buscava para a ciência seria a-histórica no sentido de que deveria aplicar-se tanto às teorias passadas como às contemporâneas e às futuras. Por conveniência, refiro-me ao objetivo de defender a ciência por meio do recurso a uma explicação universal e não-histórica de seus métodos e padrões como estratégia positivista, já que esta foi uma proeminente característica do positivismo lógico. [...] Não é incomum encontrarem-se os próprios cientistas em atividade expressando a ideia de que uma explicação universal do método científico poderia ou deveria ser usada para defender ou ajudar a aperfeiçoar a ciência”. Sugere, destarte, “métodos e padrões variáveis na física”. (CHALMERS, Alan. **A fabricação da ciência**. São Paulo: UNESP, 1994, p.15-16 e 34).

²³ ROUANET, Sergio Pulo. **As razões do iluminismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

²⁴ MORENTE, Manuel García. **Fundamentos de filosofia 1: lições preliminares**. Tradução e Prólogo de Guillermo de la Cruz Coronado. São Paulo: Mestre Jou, 1980.

partir da premissa de que o racionalismo idealista seria o instrumento capaz de levar à demonstração de que o natural quedaria plenamente acessível ao sujeito cognoscente por via do pensamento “idealizante”²⁵.

O que, de fato, houve, foi uma forma de redução de conceitos, de subsunção forçada de compreensíveis essências, com a pretensão de redução do “ser” às balizas do “dever-ser”, histórico, temporal, e, deveras, idealizado por uma determinada sociedade científica²⁶. Diferente não foi para o positivismo jurídico, cuja busca de segurança e previsibilidade para as relações jurídicas envolventes do coletivo social impôs-lhe essa mesma linha de evolução técnica²⁷.

O vocábulo “técnica” ora empregado possui uma acepção específica, no sentido de *instrumentos ou meios empregados à cientificidade ou ao cientificismo pragmático ou empírico, de ordem racional-idealista*. E essa *técnica*, em uma acepção mais abstrata, consistia na busca reducionista das definições dos conceitos do mundo da vida aos conceitos do mundo idealizado, do mundo racionalizado; uma tentativa, até certo ponto eficaz de *formalização do material, de abstração do real*, ao ponto de obrigar o “cientista” a trabalhar somente com o idealizado, abstraindo-se, ou seja, deixando de lado, o mundo da vida, o mundo vivido²⁸.

Anote-se que o método de *abstração* para a *modelagem* do real não é algo novo, criado pelo positivismo. Não é corolário do cientificismo positivista e de sua necessidade de segurança. O método utilizado pelo positivismo científico e pelo positivismo jurídico surgiu, todavia, com os mesmos propósitos de segurança, porém, de uma segurança prática, nas técnicas de agrimensura, em razão das necessidades da agricultura, para a demarcação e a remarcação de terras cultiváveis após cada cheia do Rio Nilo – escreve o autor que “a geometria deita suas raízes no Egito, quando das cheias sazonais do Nilo”²⁹. Isso se deu em razão do fato de que, no Egito Antigo, as cheias do Rio Nilo apagavam os limites das propriedades das terras cultivadas em suas margens, o que, a cada período de estiagem, obrigava a coletividade que sobrevivia da agricultura nessa região a buscar formas de remarcações precisas o mais possível

²⁵ MORENTE, Manuel García, *op. cit.*

²⁶ Cf. HUSSERL, Edmund, *op. cit.*; GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Fenomenologia e direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e Tempo” (Martin Heidegger)**. Petrópolis: Vozes, 1988; CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito**. 1. ed. Belo horizonte: Arraes Editores, 2011; e _____. **Hermenêutica e argumentação no direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Idem*.

²⁹ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito**. 1. ed. Belo horizonte: Arraes Editores, 2011, p. 19.

das terras antes cultiváveis de cada proprietário, vindo na *agrimensura* uma técnica hábil para tal mister³⁰.

Esse método de demarcação foi inteiro baseado nas formas geométricas e na aplicação da geometria, com todos os seus cálculos abstratos que, assim, passaram a ser inseridos no mundo vivido, como se deles sempre tivessem sido parte. A geometria e seus cálculos – e posteriormente a física³¹ passou a competir com a matemática e a, sem embargo, avolumar em importância essa cientificidade positivista – amoldaram-se complexamente à vida e ao mundo real, sem qualquer percepção de mudança de paradigma, como se sempre ela estivesse ali, no mundo, como instrumento inato. Isso levou a outra percepção decorrente: a de que essa precisão matemática de resolução de problemas seria perfeita e *natural* para a aplicação em todas as questões do mundo da vida.

Nesse contexto de coisas, importante ressaltar que “Descartes pode ser indicado como um referencial marcante para essa mudança”³² paradigmática representada pela Modernidade como novo sistema filosófico iniciado a partir do “eu” pensante, como única prova, *a priori*, constatável, a partir da qual se constrói tudo o que há em volta de um sujeito observador, cognoscente³³. O racionalismo idealista de René Descartes firmou-se nessa matemática geométrica, o que se pôde conceber criticamente como “matematização” ou “geometrização” do mundo da vida, e, posteriormente, a receber a contribuição de Leibniz, com a sua metafísica e a “Teoria das Mônadas” (monadologia), para, com a criação do cálculo infinitesimal (cálculo integral e cálculo diferencial)³⁴, a inclusão da física nesse contexto de formalização de real ao abstrato³⁵. É o que se pode denominar, para esse último estágio, de “racionalismo metafísico”, que “aspira a que todo dado se torne pura razão”³⁶. Todavia, é em Kant que é visto o ápice do idealismo racionalista, com o sistema idealista transcendental, a dar sustentação à confiança no cientificismo formalista, inclusive a mirar a ideia de justiça do Direito^{37/38}.

³⁰ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano, *op. cit.*, p. 17 e ss.

³¹ Cf. MORENTE, Manuel García. **Fundamentos de filosofia 1**: lições preliminares. Tradução e Prólogo de Guillermo de la Cruz Coronado. São Paulo: Mestre Jou, 1980, p. 204-215 e 217; e HEISENBERG, Wener. **Física e filosofia**. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1987, p. 29, 49, 61, 73, 127, 141 e ss.

³² CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito**. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011, p. 4.

³³ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito**. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011; e _____. **Hermenêutica e argumentação no direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014, p. 5-9.

³⁴ MORENTE, Manuel García. **Fundamentos de filosofia 1**: lições preliminares. Tradução e Prólogo de Guillermo de la Cruz Coronado. São Paulo: Mestre Jou, 1980, p. 206-207.

³⁵ *Ibidem*, p. 199-208.

³⁶ *Idem*, p. 217.

³⁷ *Idem*, p. 219-227 e 229-263.

³⁸ MAFFETTONE, Sebastiano; VECA, Salvatore. **A ideia de justiça de Platão a Rawls**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Até o advento da Modernidade, o que se pode compreender dentro do âmbito do “direito” e de seu “sistema de normas”, em estrutura arrimada em padrões morais³⁹, de normas não escritas, ou seja, no direito natural⁴⁰, submeteu-se à busca de método que, também, a exemplo de todos os demais ramos dos saberes com pretensões científicas, garantisse precisão similar às das demais ciências sustentadas pelo positivismo, para a segurança, a previsibilidade, a certeza, que, no caso do direito e de suas normas, delimitassem ou definissem com clareza o “permitido”, o “facultado” e o “proibido”, por obra do Estado-nacional⁴¹.

Surge do positivismo científico o positivismo jurídico, e do positivismo jurídico, a concepção – ainda atual e sumamente empregada pelos intérpretes e aplicadores do Direito – dos conceitos de “permitido”, “obrigatório”, “facultativo” e “proibido”, ou seja, institui-se no direito-texto, na lei escrita, detentora das características de previsibilidade e de segurança jurídica, as definições “claras” de *lícito* e de *ilícito*⁴², a correlacionarem-se às modernas necessidades de organização e de controle social⁴³, todavia, pelas “mãos” do povo organizado em um modelo de Estado de Direito.

Afigura-se, por corolário, o império das leis⁴⁴ e a submissão de todos os indivíduos e entes jurídicos personificados – inclusive a submissão do Estado às suas próprias leis –, e não personificados, às leis e a esses modalizadores deônticos, teleológicos determinantes de condutas⁴⁵.

1.2 O direito, o formalismo e uma tentativa de segurança jurídica pela óptica da vivência da Administração Pública

³⁹ Cf. VICO, Giambattista. **Ciência nova**. Tradução de José Vaz de Carvalho. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

⁴⁰ FICHTE, Johann Gottlieb. **Fundamento do direito natural**: segundo os princípios da doutrina da ciência. Tradução e notas de José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012.

⁴¹ KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. Tradução de João Batista Machado. Coimbra: Almedina, 2009.

⁴² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁴³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: princípios do direito político. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010; LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006; HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2006; e BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. 2. ed. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

⁴⁴ HART, Herbert. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012. Cf. a crítica de Ronald Dworkin ao positivismo jurídico de Hart: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010; conferir também: DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005; _____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007; e _____. **Justiça para ouriços**. Lisboa: Almedina, 2012.

⁴⁵ Cf. VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997; _____. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1999; e _____. **Direito tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. São Paulo: Saraiva, 2004.

A partir do referencial do positivismo jurídico, ou seja, da premissa de assentar o Direito na lei escrita geral e abstrata, como modo de *direito* como *direito-texto*, a internação das prescrições normativas, sob a concepção de “ilícito” como norma proibitiva ou impositiva de condutas, aos meandros orgânico-burocráticos do Estado, este enquanto instrumento administrador, dedicado ao serviço do bem comum – do interesse público da coletividade, do corpo social –, afigura-se fundamentada na necessidade de tutela endógena, intrínseca, e, sem embargo, exógena, extrínseca, do aparato estatal. Ou seja, o ilícito administrativo é concebido tanto para o meio interno administrativo, quanto para o meio externo à Administração Pública. Todavia, para este último ambiente, qual seja o ambiente externo, há de haver uma relação jurídica a vincular a Administração e o *particular*, a deferir à pessoa física o *status* de “administrado”⁴⁶, em simetria com o uso do vocábulo “jurisdicionado”, para os particulares que se relacionam juridicamente com o Poder Judiciário.

A regulação dedicada ao controle das relações sociais, sem embargo da força moral de controle, passa, pelas vias do exercício legítimo de poder, necessariamente pelo “direito”, entendido como “legitimação” e “prerrogativa”, e, não menos, como “dever” de o Estado, em suas três grandes subdivisões de funções – executiva, judicial e legislativa –, exercer atribuições coercitivas dentro de um conceito de *poder-dever institucional*, haurido dos pressupostos do modelo de contrato social, em Hobbes, Locke e Rousseau⁴⁷. Com efeito, a Administração Pública, surgida no modelo liberal de Estado, ou seja, sob a égide do Estado Moderno, a partir da Revolução Francesa, em 1789, com a ruptura de *templates* paradigmáticos do *absolutista* ao *moderno-liberal*, também se insere nesse contexto de um Estado-regulador⁴⁸.

⁴⁶ Jorge Miranda e Rui Medeiros tecem considerável crítica à utilização do vocábulo “administrados”, empregados pela doutrina administrativista e por diversos textos de lei, para indicarem os particulares sujeitos jurídicos, envolvidos em uma relação jurídica com a Administração Pública. Sobre a redação da Constituição portuguesa, esclarecem que “correntemente utilizada à época da redacção da Constituição, a expressão *administrados* tem, entretanto, caído em desuso, por assentar numa pré-compreensão de pendor autoritário das relações jurídicas administrativas, que tende a configurar os particulares como mero objectos, passivamente subordinados à actividade da Administração Pública, quando, num Estado de Direito democrático, se reconhece que os particulares são titulares de verdadeiras situações jurídicas activas, às quais correspondem deveres na esfera jurídica das entidades públicas. Pode, assim, dizer-se que a referida expressão constitui um mero artifício semântico que, neste contexto, a linguagem normativa utiliza para precisar que o que aqui está em causa é a consagração de situações que correspondem a todo e qualquer sujeito jurídico, considerado na sua posição de particular perante a Administração Pública e os seus agentes, no exercício das suas funções” (MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição portuguesa anotada**. Tomo III. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 598).

⁴⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social: princípios do direito político**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010; LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006; e HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

⁴⁸ Na doutrina estrangeira, também segue omissa o tema: cf. ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **A ciência jurídica administrativa**. Coimbra: Almedina, 2013; _____. **A teoria do acto e da justiça administrativa: o novo contrato natural**. Coimbra: Almedina, 2015; CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1951; _____. **Manual de direito administrativo**. Primeira edição brasileira. Rio de

Há, perfilhado a esse conceito de interesse público-coletivo-social, não somente um horizonte de *poder-prerrogativa*, mas, também e primordialmente, um contorno de *dever-sujeição*. Essa é a essência do contrato social inspirado nos pensamentos dos filósofos iluministas⁴⁹.

Para tal fim, à vista desses fatores e sob o manto do (e limitado pelo) princípio da legalidade, o Estado-administração vale-se do *conjunto harmônico de leis*, o ordenamento jurídico, representado por disposições legais guardadas em unidades coerentes, conjuntivo-unitárias e complementares⁵⁰, que compõem o corpo normativo, o complexo de leis-texto e de normas institucionalizadas, ambiente este em que se estipulam os contornos do “permitido” e do “proibido”, do *lícito* e do *ilícito*, para as condutas gerais do próprio Estado e do povo, que se estende como modelo também de regulação para os assuntos estatais administrativos⁵¹.

O direito positivo estatal adota a linguagem e o texto do vernáculo como veículo introdutor de normas e, deste ângulo, afere-se o texto legal, de onde se extrai a norma regulatória de condutas, oriunda ou proveniente de suporte de fundo, o texto-legal, que se perfaz, assim,

Janeiro: Forense, 1970. t. I; _____. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977; _____. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. I; _____. **Manual de direito administrativo**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1997; MONCADA, Luís S. Cabral de. **A relação jurídica administrativa: para um novo paradigma de compreensão da atividade, da organização e do contencioso administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009; SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 2003; VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **A justiça administrativa**. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2012; ENTERRÍA, Eduardo García. **Hacia una nueva justicia administrativa**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1992; SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 2003; ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. Vol. I. 16 ed. Madrid: Civitas, 2013; _____. **Curso de derecho administrativo**. Vol. II. 13 ed. Madrid: Civitas, 2013; LLOBREGAT, José Garberí. **Derecho administrativo sancionador práctico**. Vol. I, Barcelona: Editorial Bosch, 2012; _____. **Derecho administrativo sancionador práctico**. Vol. II, Barcelona: Editorial Bosch, 2012; MORÓN, Miguel Sánchez. **Derecho de la función pública**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2014; BRAIBANT, Guy et al. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 19. ed. Paris: Dallos, 2013; DORD, Olivier. **Droit de la fonction publique**. 2. ed. Paris: Thémis droit – Puf, 2007; CHAINAIS, Cécile; FENOUILLET, Dominique; GUERLIN, Gaëtan. **Les sanctions en droit contemporain: la sanction, entre technique et politique**. Vol 1. Paris: Dallos, 2012; _____. **Les sanctions en droit contemporain: la motivation des sanctions prononcées en justice**. Vol 2. Paris: Dallos, 2013; BENESSIANO, William. **Légalité pénale et droits fondamentaux**. Marseille: Universitaires D’aix-Marseille, 2011; SANDULLI, Aldo M. **Manuale di diritto amministrativo**. Vol. 1, XV Edizione. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Joveni, 1989; e _____. **Manuale di diritto amministrativo**. Vol. 2, XV Edizione. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Joveni, 1989; NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2012; HAURIOU, André. **A utilização em direito administrativo das regras e princípios do direito privado**. Tradução de Paulo da Mata Machado. Revista de Direito Administrativo. Fundação Getúlio Vargas – FGV, 1945. f. I. fasc. 2; HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif et de droit public**. Paris: Recueil Sirey, 1933; e _____. **La gestion administrative: etude théorique de droit administratif**. Paris: Éditions Dalloz, 2010.

⁴⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social: princípios do direito político**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010; LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006; e HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Editora Ícone, 2006; e _____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2014.

⁵¹ CHICOSKI, Davi. **A legalidade administrativa e a crise do positivismo jurídico**. **Revista Digital de Direito Administrativo**. Vol. 3, n. 1, p. 133-149, 2016.

em linguagem normativa, dotada de signos, significantes e significados (sentido dogmático)⁵²; e, nesse contexto – sem qualquer defesa de minha parte à jurisprudência dos valores –, discordo da crítica formulada por Lenio Luiz Streck, em que faz crer ser etapa cronológica, para uma hermenêutica jurídica adequada ao constitucionalismo brasileiro, uma completa implantação e posterior superação do positivismo jurídico, qualquer que seja a sua acepção doutrinária, com uma espécie de necessidade de “vivência” positivista pela via do Direito, em que assinala que, “no caso específico do Brasil, onde, historicamente, até mesmo a legalidade ‘burguesa’ tem sido difícil de emplacar, a grande luta em sido a de estabelecer as condições para o fortalecimento de um espaço democrático de edificação da legalidade [...]”⁵³.

Esse é a técnica de regulação social da qual também se vale a Administração Pública, ao amparo no positivismo jurídico, em busca da certeza e da segurança jurídica, em que o “legislado” e “escrito” é também submetido à interpretação para a aplicação, em uma tarefa supostamente “dual”, dividida, em tese, em duas etapas: (i) o conhecimento do conceito trazido pelo texto; e, após, (ii) a aplicação desse conceito ao conflito social; aos contextos das relações sociais intersubjetivas.

Disso, o método é o mesmo para todas as esferas de interpretação e de aplicação das normas jurídicas⁵⁴, em que as percepções dos conflitos sociais são “transportados” para o plano da razão, razão essa jurídica “matematizada”, em que o real sofre “cortes” de contornos para a modelagem e a amoldagem de subsunção ao *ideal-idealizado* e, assim, após essa etapa, com a obtenção do “jurídico ao caso concreto”, aplicação ao próprio caso concreto, ou seja, aplicação do que se formulou com base nessa razão jurídica, ao mundo real⁵⁵.

Com efeito, o Direito não reconhece legitimação do “agir” ou do “omitir-se” – quer do Estado, quer de seus agentes, assim como dos particulares vinculados juridicamente ao Estado

⁵² RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la ciencia del derecho**. Traducción de Luis Recanses Siches. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1930.

⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.56.

⁵⁴ Cf. CAVALCANTE, Themistocles Brandão. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961; _____. **Tratado de direito administrativo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1964. v. IV; _____. **Tratado de direito administrativo**. Suplemento. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1964. v. V; _____. **Tratado de direito administrativo**. Suplemento. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1964; COSTA, José Armando da. **Teoria e prática do processo administrativo disciplinar**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1999; _____. **Incidência aparente de infrações disciplinares**. Belo Horizonte: Fórum, 2004; _____. **Direito disciplinar: temas substantivos e processuais**. Belo Horizonte: Fórum, 2008; _____. **Direito administrativo disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009; _____. **Processo administrativo disciplinar**. Teoria e prática. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010; CRETELLA JUNIOR, José. **Direito administrativo do Brasil: processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962; e _____. **Tratado de direito administrativo: teoria do direito administrativo**. Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1966.

⁵⁵ Cf. CÂMARA, Jorge Luis Fortes Pinheiro da. *Técnica, direito e crise de legitimidade*. In: **Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito**, Rio de Janeiro, v.1, n.2, p.41-64, out.2008/mar.2009.

– que se dê afastada dessas disposições “matematizadas”, afirmadas categoricamente no texto legal, e aqui se entenda, também, tanto o texto da Constituição, quanto o texto de norma infralegal, a serem abarcados pelo conceito *lato* de lei. Faz parte da concepção do positivismo jurídico essa pretensão de “onipotência regulatória”; de pseudocapacidade de regulação de todo e qualquer fato social, assimilando a noção de que qualquer contexto do mundo da vida estaria já pré-regulado, em abstrato, por alguma norma jurídica, inferida de algum outro texto normativo escrito. Envolve aqui, sob um viés mais recente, o *neopositivismo*, com uma complacência com a não positivação de princípios que estaria, todavia, implícitos no direito-texto. Aferem-se, destarte, regras e princípios jurídicos; estes, explícitos, ou expressos e, também, implícitos, sistêmicos⁵⁶.

A lei, nesta acepção escrita, geral e abstrata, como fonte do Direito, erige-se a instrumento exclusivo da concretização da finalidade pública que, com a apreensão da noção de “lícito” e de “ilícito”, constitui-se em centro autêntico irradiador da legitimação das ações públicas e de direitos e garantias fundamentais e demais normas correlatas e decorrentes, para estear frente a eventuais abusos ou excessos do Estado⁵⁷. No positivismo jurídico, afastando-se das normas morais e dos costumes do Direito Natural, a lei afigura-se como o principal instrumento do Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, das instituições gestoras da coisa pública, de modo a construir um verdadeiro “Estado Dogmático de Direito”.

⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005; _____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007; e _____. **Justiça para ouriços**. Lisboa: Almedina, 2012.

⁵⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques, *op. cit.*; LOCKE, John, *op. cit.*; e HOBBS, Thomas, *op. cit.*

2 FORMALISMO JURÍDICO E *ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONCRETISTA*. Uma tentativa ainda insuficiente de superação da insegurança jurídica pela juridicidade axiomática. Primeiro enfrentamento: *o reconhecimento do problema*

A “Nova Ciência” inaugurada com a publicação em 1637 do Tratado “Discours de la méthode” (O Discurso Sobre o Método), de René Descartes, que arregimentou todo um pensamento filosófico escolástico da idade média, estabeleceu um novo paradigma epistêmico – a compreender, essencialmente a mudança da confiança na autoridade dos textos para a confiança na autoridade da razão⁵⁸ –, para o conhecimento da verdade⁵⁹ e o mesmo não se fez distinto até a atualidade para as atividade do Estado-administração em sua função atípica de decisão jurídica. Todavia, tem-se sentido uma necessidade de superação do positivismo jurídico, carregada pelo neopositivismo já inaugurado nas fileiras jurisdicionais, que, sem embargo, estendem-se naturalmente para a Administração Pública e muitos são os métodos utilizados para tal fim.

Neste item, far-se-á uma análise da tentativa pela Administração estatal de utilização de identificação, para além do direito positivo, de valores jurídicos, com o fim proativo de concretização de direitos fundamentais. Apesar de uma postura de certa forma ativista do Estado-executivo, ainda se arrima na forma normativa e no apelo político-social que lhe confere o “realizar” direitos fundamentais em um país do porte do Brasil dotado de uma constituição Federal de caráter programático, classificado como de modernidade tardia, em que essas espécies de direitos se fazem de imperiosa necessidade e toda concretização se afigura *prima facie*, aos olhos do povo, *bem-vinda*.

Por fim, concluir-se-á, em que pese à possibilidade de concretização nesses termos, desde que à vista de um olhar fenomenológico, essa nem sempre é a regra, pois o mesmo método, se bem empregado, poderá levar à desconsideração de direitos fundamentais, a depender do real, do caso concreto, do que, de fato, é no existencial.

Nesse aspecto, para tanto, serão vistos nos subitens 2.1 e 2.2 deste Capítulo 1, da Primeira Parte, respectivamente, os temas concernentes (i) à concepção de ilícito jurídico na modernidade e o seu enfrentamento pela Administração Pública, sob o enfoque de servir o binário “legalidade e ilícito” de método para a insegurança jurídica e (ii) à Administração Pública, para além da anomia, a partir de possibilidades de ações tendentes à insegurança

⁵⁸ Cf. LAWN, Chris, *op. cit.*, p. 48.

⁵⁹ *Ibidem*

jurídica com base no positivismo jurídico. Isso será formulado como meio de introdução temática ao Capítulo 2, que abordará, à guiza de conclusão desta Primeira Parte, a temática que envolve os contornos de uma sociedade histórico-jurídica supostamente pós-metafísica⁶⁰ dualista (sujeito-objeto) e os caminhos do direito deôntico-axiomático, seguidos pela Administração Pública no exercício de sua função atípica jurídico-decisional, dedicada à concreção de direitos fundamentais. Nesse viés, convém anotar um segundo enfrentamento: o “método substancialista” posto em prática.

2.1 A concepção de “ilícito jurídico” na modernidade e o seu enfrentamento pela Administração Pública. Um inadvertido “método” que leva à insegurança jurídica

A concepção de “ilícito”, hoje tão comum e difundido no meio jurídico e empregado na teoria do Direito, avolumou-se em importância a ponto de tornar-se categoria imprescindível à compreensão do próprio direito positivo. É parte de sua essência, não se falando em positividade escrita de leis sem uma possível pré-compreensão de sanções para a retirada voluntária, intencional ou não, de sua força coercitiva geral e abstrata. O termo é proveniente do vocábulo latim *illicitus*⁶¹, formado por derivação prefixal do vocábulo *licitus*^{62/63}, para reportar-se ao sentido de ação ou de omissão humana, antagônica ao que, por convenção, é regulado pelo Estado como “lícito”, ou, em um sentido moderno, “legal”. Essa noção e contraposição entre o lícito e ilícito denota a contrariedade de uma conduta humana ao que está disposto em uma lei (agora escrita) pré-estabelecida.

⁶⁰ Ciente de que a filosofia em si possui uma parte, grande por sinal, que se dedica à *metafísica* e por isso não se poder falar em uma “superação” propriamente dita da metafísica, pois, praticamente tudo envolve essa face do ato de filosofar, mas, todavia, o significado que atribuo às expressões “metafísica” e “pós-metafísica” é de cunho metodológico. Com efeito, os vocábulos serão aqui utilizados apenas para reportarem-se ao *idealismo transcendental* e a suas correntes filosóficas diretamente derivadas que pressupõem a dualidade sujeito-objeto. Para a concepção da metafísica de Heidegger, usarei a expressão “fenomenologia” ou simplesmente “metafísica”, mas, entretanto, de modo a identificar no contexto a distinção quando nesse sentido me referir e, assim também, v. g., à fenomenologia de Husserl e, sem embargo, à de outros pesquisadores. O tema é reportado na pesquisa como forma de inclusão do conceito de “mundo da vida”, representativo de uma “inovação” que tende a provocar a ruptura com as “tradições metafísicas e das filosofias que buscam um fundamento definitivo” (STEIN, Ernildo. **Mundo vivido: das vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 125). Deste modo, *metafísica* e *pós-metafísica* aqui são empregadas em oposição à concepção de *mundo da vida* e *mundo vivido*.

⁶¹ TORRINHA, Francisco. **Dicionário latino português**. Porto: Práticas Reunidas Lda., 1942, p. 397.

⁶² SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Vol. I e II. 9. ed. Rio de Janeiro: 1986, p. 405.

⁶³ TORRINHA, Francisco, *op. cit.*, p. 479.

Disso, decorre também, pela concepção moderna de titularidade do poder exercido pelo povo soberano em um Estado Democrático de Direito, de ser o ilícito uma patente ofensa ao próprio povo, e dessa ofensa surge certa concepção de desequilíbrio a toda a ordem pública e social estabelecida, em um fictício contrato entre o povo e o Estado nacional⁶⁴.

Nota-se, destarte, o positivismo jurídico estar assentado sobre os fundamentos da *legalidade* e da *sanção* à ofensa à lei.

Por força da necessidade de precisão científicista ditada pela Modernidade, o ilícito jurídico assume nitidamente um aspecto central e formalista⁶⁵. A partir desse vértice, o Direito considera a conduta humana que contraria uma *determinada* norma passível de sanção (*sanctio*)⁶⁶, implicada pelo mesmo sistema normativo, ou seja, para a realização ofensora – *rectius* descumprimento – de uma *delimitada* prescrição normativa, impõe-se, por força do regime jurídico de direito positivo, uma *discriminada* sanção, também descrita nesse sistema⁶⁷. Eis o *conceito formal* de ilícito⁶⁸, em que se depositou e deposita a crença de sua fundamentalidade para o positivismo jurídico.

Pelo fato de essa construção binária de lei e de sanção fazer parte de uma formalidade do direito-texto como espécie de técnica do “jurídico”, pode-se – e assim exclusivamente se dá – operar em uma gama de variados campos do Direito (claro que, sob o enfoque que ora se apresenta, do direito não somente especificamente de ramo sancionador, como, também, não punitivo), a exemplo do direito civil (a envolverem somente particulares, ou, indistintamente, particulares e o Estado), do direito tributário, do direito previdenciário, do direito penal e, dentre outros ainda, do direito administrativo. Portanto, o ilícito jurídico, como conduta contrária aos estatuído em ato normativo, constitui-se em “categoria jurídica”, não se lhe deferindo qualquer “*noção privativa de nenhum ramo do Direito, podendo assumir várias modalidades, conforme o aspecto das ciências jurídicas que, no caso, seja abordado*”^{69/70}.

⁶⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques, *op. cit.*; LOCKE, John, *op. cit.*; e HOBBS, Thomas, *op. cit.*

⁶⁵ Cf. Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999; e Hart, Herbert. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

⁶⁶ “Sanção da lei, pena, castigo, ação de sancionar”, cf.: TORRINHA, Francisco, *op. cit.*, p. 768.

⁶⁷ VILANOVA, Lourival. **Escritos jurídicos e filosóficos**. Vol. I, São Paulo: AXIS MVNDI IBEST, 2003; _____. **Escritos jurídicos e filosóficos**. Vol. II, São Paulo: AXIS MVNDI IBEST, 2003.

⁶⁸ GUASTINI, Ricardo. **Distinguendo: estudos de teoría y metateoría del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1999; CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1999; e _____. **Direito tributário**. Fundamentos jurídicos da incidência. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁶⁹ RAÚJO, Edmir Netto de. **O ilícito administrativo e seu processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 23.

⁷⁰ “Desimporta, pois, falar em diferenças ontológicas entre as diversas manifestações do ilícito que, em verdade, são apenas critérios, tempo-espaciais, de defesa do Estado na proteção de bens jurídicos que entende necessários à vida coletiva” (VAROTO, Renato Luiz Mello. **Prescrição no processo administrativo disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 123).

Em definição de conceito alinhavado à finalidade do instituto, o ilícito é a conduta promovida pela ação ou omissão humana ilegal, contrária ao ordenamento jurídico, e, por conseguinte, passível de sanção, a qual não se faz elemento desse conceito, mas sim sua consequência, implicada por lei. Busca-se, com isso, resguardar preventivamente a unidade e coerência e completude da ordem jurídica pensada pelo coletivo social⁷¹.

Alguns exemplos: no direito tributário há a previsão de ilícito - e por consequência um prescriptor e um descritor - quando o contribuinte ou responsável tributário deixa de cumprir alguma prestação tributária acessória. No direito civil também há a ocorrência de ilícito quando o indivíduo, *e.g.*, pratica ato ofensor da honra ou da imagem de outrem. No direito penal pode haver ilícito quando o indivíduo realiza o tipo descrito na norma penal incriminadora.

Essa noção de lícito e ilícito encontra fundamento nos escritos de Hans Kelsen, em que esclarece que as condutas ativas ou omissivas impostas como determinantes ou obrigatórias pelo ordenamento jurídico inferem condições ou pressupostos dos atos de coerção estatais, pois dão azo, em razão do descumprimento do “normado”, aos ilícitos, que, por sua vez, apresentam a imposição de sanção como conseqüente normativo. Esta, a sanção comporta-se como ato de coação legalmente estatuído pela ordem jurídica na qualidade de decorrente lógico do descumprimento normativo, ou seja, pela realização da conduta classificada como ilícita.⁷² Essas ponderações fazem-nos crer, malgrado entendimento em contrário de clássica doutrina⁷³, não haver norma jurídica sem a sanção correspondente para o seu descumprimento, com a realização da hipótese fática, descrita na lei.

Por outro giro, considerando o responsável pela conduta, por exemplo, no direito penal, tem-se a sanção como uma responsabilidade pessoal, não podendo transcender à pessoa do condenado⁷⁴. No direito civil, a responsabilidade é patrimonial e, com efeito, há a possibilidade de transcendência da sanção, que pode recair em terceiros, legalmente vinculados à conduta do autor da ação ou omissão contrária ao ordenamento, ou mesmo, se assim dispuser a lei, sem qualquer vínculo com a conduta ilícita. No direito tributário, por força de seus preceptivos, também pode haver a transcendência da sanção, para abarcar o responsável tributário, a par do contribuinte de fato ou de direito. No direito administrativo disciplinar, a

⁷¹ Cf. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Editora Ícone, 2006; e _____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2014.

⁷² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 125.

⁷³ Por todos, cf. Norberto Bobbio, *in* “Teoria da Norma Jurídica”.

⁷⁴ “XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido” (Art. 5.º da CF/88).

responsabilidade, a exemplo do direito penal, é pessoal⁷⁵, ao passo que somente o servidor público acusado de ser o autor da conduta ilícita no âmbito administrativo pode ser punível, seguindo o modelo estatutário, mormente pelo fato de ser a qualidade de “servidor público regular” condição para a imputabilidade, conforme se verá adiante, no item onde se tratou da relação jurídica estatutária como requisito de imputabilidade do servidor público, condição de culpabilidade, e não como condição de punibilidade.

A par de institucionalizada por ação do Estado, à vista do exposto, em uma visão *kelseniana*, as normas jurídicas também se caracterizam por receberem o seu fundamento de validade de norma jurídica superior, ascendentemente, a ponto de alcançar legitimidade na Constituição do Estado, em uma estrutura hierárquica de normas. A Constituição, por seu turno, legitima-se por via da norma hipotética fundamental, que, apesar de não jurídica e não escrita, mas com certa carga moral-social, prescreve o dever de obediência à Constituição.

As normas morais e religiosas, a par de não estatais, também não possuem essa estrutura hierarquizada de legitimação e de fundamentação de validade uma das outras, na medida em que normas morais, por exemplo, podem ser estanques e fundamentas em valores morais também estanques e individuais, que não se comunicam com outras normas e valores morais. Não há aqui uma concepção sistêmica de unicidade, coerência e coesão aos moldes das normas jurídicas. Todavia, não por isso deixam as normas morais, assim como as religiosas, de serem observadas e temidas por suas sanções, afigurando-se normativas em essência e prescritivas, a exemplo das jurídicas, de condutas humanas.

Essas concepções são advindas do formalismo inaugurado pelo positivismo e, no campo normativo, pelo positivismo jurídico, ao buscar uma pureza típica das ciências naturais, matemáticas, à aplicação normativa. Com efeito, buscou-se moldar o Direito ao campo do direito positivo, reduzindo-o ao Direito enquanto direito-texto. Por outro lado, afastou-se de valores possivelmente apreensíveis de outros ramos tais quais a ética, a moral, a sociologia, a política.

⁷⁵Com efeito, mister anotar a formulação do DASP, onde, no sentido de declinar a vinculação da Administração pública às formulações do extinto Departamento Administrativo do Serviço Público – DASP, elucida o doutro professor José Armando da Costa, *in* “Teoria e Prática do Processo Administrativo disciplinar”, p. 39, 1999, que “o DASP, como entidade central do sistema de pessoal civil da União, era o responsável pela orientação, coordenação, controle, estudo e supervisão de todo o funcionalismo da Administração Federal. Daí por que as formulações elaboradas por esse Departamento, embora extinto, continuam a ter, consoante art. 116, III, do Dec.-lei 200/67, caráter obrigatório no seio de todas as repartições federais, desde que não se choquem com as orientações resultantes dos novos entendimentos consagrados pela Atual Secretaria de Administração (SEAD)”. Esta, SEAD, substituída em suas atribuições pela Controladoria-Geral da União (CGU), consoante Lei 10.683/03, Decreto 5480/05 e Portaria CGU 335/06.

Nesses moldes, o Direito somente assim era concebido se formulado por meio de texto legal e desprovido de qualquer abertura para a inferência de valores extrajurídicos. A busca era, destarte, por precisão regulatória, ou seja, por segurança jurídica, em uma época em que a confiança nas ciências duras, pragmáticas, de experimentos repetíveis e constatáveis no mundo físico, era o que de maior vanguarda existia e o Direito, se pretendesse realmente dotar-se da confiabilidade a exemplo das esposadas pelos paradigmas das ciências naturais.

Por oposto, repudiaram-se as teorias do Direito Natural, do concebido e até então aplicável, *jusnaturalismo*, que passou a ser encarado como exemplo de incerteza e de insegurança jurídica e projetá-las para o meio social. Nisso, buscou-se afastar toda e qualquer influência não só da moral e da política como também do direito natural. Todos os valores desses meios eram nocivos ao funcionamento avalorativo, seguro, confiável e repetível do direito positivo.

Não obstante, por paradoxo, constatou-se, pelo primor da busca da segurança jurídica, uma verdadeira ausência de plasticidade e de verdadeira subsunção dos conceitos normativos às concepções dos fatos do mundo real. Por outras palavras, a rigidez do direito positivo impulsionado pela inaugural filosofia imposta pelo *positivismo jurídico* quedou por abalar as sensíveis bases axiológicas de certeza e por provocar insegurança jurídica na medida em que o intérprete aplicador do Direito via-se adstrito ao mundo metafísico da norma, ao normativo isolado, sem conexão com o real, com o caso concreto a que a norma geral e abstrata visava a regular. Nisso, o intérprete obrigou-se a inserir valorações dentro de uma margem de normatividade jurídica a que Kelsen, em sua Segunda Edição alemã da “Teoria Pura do Direito”, com a inclusão do Capítulo VIII, sobre a abordagem da *interpretação jurídica*, denominou de “moldura normativa” delimitativa do campo das várias possíveis interpretações atribuíveis validamente a determinado texto de lei⁷⁶.

Com uma rápida incursão no direito-texto, como expressão do dogmatismo jurídico, há de se perceber que esse modelo, no exemplo da Administração Pública, a exemplo do ilícito aplicado, *verbi gratia*, ao direito sancionador, tem produzido o efeito da *anomia*.

O Direito – por intermédio da normatização de condutas humanas e comprometimento com o ideal de justiça – possui o importante papel de propiciar o convívio social nos moldes legitimados e almejados pelo povo, traçando, deste modo, o perfil do ordenamento jurídico, com espectro variante desde a Constituição do Estado às positivações infraconstitucionais – esta é a aceção comum do direito positivo no modelo positivista. Não obstante, um dos efeitos

⁷⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 387 e ss.

nocivos das leis positivadas, quando repetitivas ou em excessos, é, justamente, a sensação social de falta de normas⁷⁷.

Há de haver não a tentativa de normatização-positivação de toda e qualquer conduta antissocial, concebida como contrária ao sentimento social de determinado coletivo organizado, mas, sim, o escopo de fazer valer o corpo de normas idealizadas que forem positivadas e assim formuladas de modo analítico e claro, repelindo, destarte, essa sensação de ausência de legislação e, com efeito, a afastar a sensação de ausência de Estado de Direito.

Esse excesso de normatização, esse excesso de simbolização como efeito do positivismo jurídico e de sua técnica cientificista patenteada pela Modernidade, criou, por paradoxo, a falsa impressão de ausência de norma e de norma proibitiva, pois dispendioso e difícil para o Estado aplicar, fazer valer com incidência social, aquilo que modalizado restou deontológico das prescrições do direito-texto excessivo.

Por outro lado, há de se entender que o caminho para uma sociedade respeitadora de suas normas é não o simbolismo existente no positivismo legal de todas as possíveis relações intersubjetivas (edição incessante de leis pelo parlamento), mas, sim, o “fazer valer”, o “fazer cumprir”, o “ver-se respeitar” sem qualquer arbitrariedade – anote-se –, o que dá à ordem jurídica a verdadeira eficácia social e, para as normas individualmente consideradas, a as suas essências de normatividade quanto aos seus aspectos preceituais, primário e secundário; neste último caso, a capacidade fáctica intimidativa de cunho sancionatório. A suposta, formal, regulação jurídica das condutas humanas em excesso, como se constata no Brasil, produz o efeito inverso do que se espera: a anomia, não respeito ao direito posto, ante a sensação de inexistência de norma eficaz.

De tudo se afere carecer de maior maturidade o Parlamento, tanto na escolha de valores para comporem o conteúdo das normas, ou seja, no que diz respeito à qualidade das leis, quanto para delimitarem o seu âmbito de abrangência, nomeadamente, o alcance de sua atividade legiferante, respeitante à quantidade de normas produzidas. Todavia, inclui-se também neste último aspecto o sentido de levar a efeito a análise acurada, revisora das normas de direito e de direito sancionador geral, a exemplo das de direito penal e de direito administrativo

⁷⁷ Maria Helena Diniz escreve – e aqui nos dá a ideia do efeito contrário que pode resultar de uma má aplicação da atividade legiferante no que respeita a anomia – que “percebe-se que o direito só pode existir em função do homem. O ser humano é gregário por natureza, não só pelo instinto sociável, mas também por força de sua inteligência, que lhe demonstra que é melhor viver em sociedade para atingir seus objetivos. [...] Em virtude disso estabelecem os indivíduos entre si relações de coordenação, subordinação, integração e delimitação, relações essas que não se dão sem o concomitante aparecimento de normas de organização de conduta social (DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 219).

sancionador⁷⁸, que venham a cair em desuso, pela anomia ou pela (des)adequação social, para uma eminentemente necessária reforma legislativa que recupere a aplicabilidade e a finalidade desses ramos do Direito. Isso é um mínimo que se espera de um positivismo jurídico que, embora, extremamente defasado para o atual contexto social, pretenda o Estado fazer ser levado a sério como base, como fundamento, de um pós-positivismo jurídico.

Com essas asserções é possível concluir que o direito positivo se afigura plástico, moldável dentro de uma margem de manobra ou de mobilidade manipulável pelo intérprete e aplicado do Direito, sem que se afaste do campo de validade do normado. Nessa concepção, como se explicará em passagem oportuna, essa *moldura* referida por Kelsen não perfaz nitidamente uma moldura, mas sim um ponto, um pequeno e único ponto em uma reta, em que – e somente se – nele a norma se apresenta constitucional e válida.

A moldura, a exemplo do que circunda um quadro, a nosso ver, pode ser entendida como um campo histórico pró-futuro ou pró-passado em que a norma foi ou será validamente aceitável, mas como momento presente de exteriorização da decisão, somente um ponto, dentro de toda a área contornável pela moldura se sustente a prova da validade, visto que esta é temporal, a depender dos valores que permeiam o complexo contexto sociocultural. Há de se aferir uma crise do direito positivo como estritamente autopoietico, alimentável por suas próprias forças pré-concebidas no ato de sua criação, com todas as suas valorações já pensadas e entregues ao operador do Direito pelo ato de confecção da lei.

2.2 Administração Pública, para além da anomia a partir de experiências de insegurança jurídica fundadas no positivismo jurídico

O positivismo jurídico, a exemplo do que ocorre com a atividade jurisdicional, fornece a base da atuação da Administração Pública. Sem embargo, há de fornecer somente o ponto de partida ao exegeta. Os padrões juridicamente materializáveis e sujeitos ao exame valorativo do intérprete e do aplicador do Direito inserem-se no contexto da decisão administrativa independentemente de posituação expressa e direta do Direito em suas concepções textuais prescritivas infraconstitucionais. Isso se desvela, como se verá declinado, devido à acolhida de

⁷⁸ Conforme se infere das lições de Sherman, ao sustentar no direito privado empresarial a necessidade de simplicidade na criação de regra, e o mesmo vale para os ramos do direito público, deve o Estado-administração “tener el menor número posible de reglas disciplinarias en bien de la simplicidad; hacer que las conozcan los empleados y ponerlas en vigor uniforme y estrictamente” (SHERMAN, Chrusden Y. **Administración de personal**. México: Compañía Continental, 1965, p. 519).

normatividade *latente* (a ser revelada pelo intérprete) e *funcional* (posta à concreção da justiça a que se propõe o direito positivo), contida, por exemplo, na própria Constituição Jurídica do Estado, nas “subcamadas” ou nas “entrelinhas” fundantes do Direito como texto normativo, e, sem embargo, irradiada para todo o sistema de normas jurídicas.

Essas “subcamadas fundantes do direito posto”, uma vez operacionalizadas por meio de procedimentos adequados, ou seja, externamente pela via de um devido processo legal, e, internamente, pelo exercício da razão prática, receptivos e propensos à apreensão de *valores* compatíveis e complacentes com uma procedimentalização geral de métodos de *juridicização*, de *valorações jurídicas*, passam a subsidiar de modo direto, como mais um instrumento jurígeno, o agir do Estado-administração. Isso se materializa em razão de o Estado-executivo também se apresentar como constitucionalmente encarregado - a exemplo do Poder Judiciário, todavia com outros instrumentos distintos da jurisdição - da efetivação integral do texto constitucional. Insere-se, assim, conteúdo, objeto material ou substância, ao procedimento estatal. Empenha-se, com efeito, na materialização e substancialização dos instrumentos postos à disposição do Estado para a realização de seu escopo de aplicação do Direito ao caso concreto.

Nessas balizas é firmado o reconhecimento dos contornos de um maior *compromisso* do setor público executivo, mormente das *instituições responsáveis pela concreção da lei* em suas instâncias *decisionais* – órgãos e autoridades administrativas responsáveis pela prolação de decisões administrativas –, não, como atualmente e mais comumente se vê, com a *eficiência tardia* das condutas de cumprimentos legais, mas sim com a *efetividade* de posicionamentos capazes de concretizar de forma fática e acabada as políticas públicas ancoradas, necessariamente, em caros temas de direitos constitucionais fundamentais. Deixa-se o plano da eficácia jurídica isolada – e, até mesmo, da tradicional eficiência –, para adentrar ao plano da eficácia social ou da efetividade de direitos fundamentais ainda, nas *práxis*, meramente enunciados.

A efetividade dos direitos fundamentais por obra ativa do Estado-gestor-administração e como um *plus* à eficiência estatal pressupõe procedimentos substancializados, permeáveis por valores a serem juridicizados. Não há de se reparar uma dicotomia entre substancialismo e procedimentalismo, mas sim uma conciliação, uma unicidade de *conteúdo* e *função* a dar azo, por deferência de *status* de igual importância desses elementos extrínsecos e intrínsecos, à aferição e ao alcance de uma justiça, apesar de axial, temporal, universal e concretizável pelo Estado.

Para a factibilidade lógica do que se ora propõe o positivismo jurídico no atual Estado de Direito, apresentam-se com peculiar relevo os princípios jurídicos, explícitos e implícitos,

diretos e indiretos, (i) *base do sistema normativo*, e, por inovação, os valores políticos e jurídicos em sentido estrito, (ii) *pré-jurídicos vertidos em base do sistema normativo*, todos juridicizados e fundantes do direito positivo como texto legal, na medida em que são os “limites das molduras de normatividade” lançados à aplicação pelas autoridades encarregadas das normas de decisão, para a obtenção dos provimentos executivos. Esses atos administrativos, anote-se, em muitos casos são dotados de caracteres também normativos concretos, não gerais e não abstratos, e, assim, definitivos, malgrado não se tratarem de órgãos jurisdicionais; sim executivos, a proferirem as decisões estatais.

Com a utilização de princípios e de valores juridicizados por meio da adequada razão jurídica, para a fundamentação de *atos administrativos decisoriais* possibilitar-se-á uma maior densificação do “plexo de normatividade” do resultado final do atuar estatal-executivo, que se conceitua como *juridicidade administrativa*.

Há o empenho em desenvolver (i) uma abordagem estabelecida em diretrizes que, *prima facie*, reconhece o “dever-poder de exegese”, ou de “ação interpretativa autônoma”, da Administração Pública, desarraigado das amarras da cega submissão ao suposto texto da lei (sempre geral e abstrato para a Administração Pública, mesmo quando em vias de concretização da lei, para execução de seus comandos normativos), na medida em que ela se submete, a exemplo do Poder Judiciário em sua atividade jurisdicional, à norma haurida do texto interpretado. Em um segundo momento, identifica-se, por corolário da primeira conclusão, (ii) a ampliação da autonomia da atividade hermenêutica administrativa publicística que, entretanto (por reflexo paradoxal de uma busca por eficiência e efetividade decorrentes do adequado exercício de suas funções executivas, ao se valer de “ingredientes” incomuns, porém de elevado pragmatismo e plasticidade amoldados concretamente ao contexto de atividades que exigem rápida resposta do Estado), leva à obrigatoriedade da realização do *ato administrativo ótimo* ou da *melhor decisão*, da decisão “historicamente” correta (em um contexto temporal, histórico-sócio-cultural), para a eficiente gestão da coisa pública.

De plano, importante esclarecer que, pelo fato de a pesquisa ter partido do pressuposto de a razão juridicizada, a razão jurídica histórica, moldar os efeitos normativos socialmente adequados ao caso concreto, integramo-nos à tese *dworkiniana* da possibilidade de consecução da única *resposta jurídica correta contextualizada*, exarada com essa pretensão sob um contexto temporal e sociocultural específico e determinado, para regular eventual relação jurídica intersubjetiva submetida ao exame jurídico. A tese ora esposada propicia a constatação de essa melhor decisão, baseada no ato administrativo ótimo, ser plenamente aplicável a toda e

qualquer decisão administrativa, figurando – ciente de que um tanto pretensiosa - como uma *teoria geral* das decisões da Administração Pública.

A partir da visão do agir administrativo como fenômeno de estudo projetado para adiante do *conhecimento científico natural* e, sob essa óptica, nos moldes da fenomenologia como ideia fundamental da constituição, construção, desconstrução e reconstrução do objeto de investigação na consciência, cindidos, todavia, o sujeito e o objeto⁷⁹, os métodos e as técnicas de pesquisa sustentaram-se em um pensar abstrato da essência finalística, teleológica, do procedimento e do ato de decisão das autoridades administrativas à luz da revisão bibliográfica de textos doutrinários e da legislação.

Como resultado, constatou-se, inclusive por meio de enunciação lógico-formal em corroboração ao discurso argumentativo, que o ordenamento jurídico (a partir do texto constitucional e da premissa de sua eficácia horizontal em casos de concretização de direitos fundamentais), independentemente de qualquer necessidade de materialização direta da prescrição normativa em questão, mas considerando os valores, conceitos axiológicos, oferecidos pelo próprio sistema de normas⁸⁰ a partir da Constituição como seu texto mais elevado, propicia ao Estado, no exercício de sua atividade executiva de concretização de políticas públicas constitucionais gerais – e aqui se inserem às de direitos fundamentais -, uma atuação vinculada e pautada na *proatividade concretista responsável*, garantidora de tomadas de decisão e de gestão de risco com a eficiência e a celeridade que os assuntos executivos passaram a requerer nas últimas décadas, frente aos avanços científico se à crescente crise da modernidade.

À vista do exposto, uma advertência se faz necessária: a de que não se advoga a necessidade de implantação de vias estatais de *contenciosos administrativos jurisdicionais* a exemplo de alguns institutos europeus, mas a imprescindibilidade da realização de procedimentos administrativos orientados pelos pressupostos de adstrição às *subcamadas fundantes do direito posto*. Com isso, sem receito de excesso na tarefa de interpretação normativa, imperioso ainda se faz afirmar que a correta eleição de valores jurídicos, adequados aos mais variados temas submetidos ao labor da Administração Pública, leva à apurada concretização de políticas públicas de direitos fundamentais sem a necessidade do aguardo de

⁷⁹ HUSSERL, Edmund. **A ideia de fenomenologia**. Tradução Arthur Mourão. Coleção Textos Filosóficos. Lisboa: Edições 70, 2007.

⁸⁰ Nesse sentido, a declinar a inter-relação sistêmica do todo normativo tendente, ao menos de modo implícito, a aperfeiçoar as cargas normativas de prescrições específicas, cf.: CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito**. 1. ed. Belo horizonte: Arraes Editores, 2011; _____. **Hermenêutica e argumentação no direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014; _____. **Ética e decisão judicial: o papel da prudência na concretização do direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2015.

eventual confecção de norma legal que venha a atender ao caso concreto, o que, por vezes, despreza a urgência necessária requerida pelo fluente e complexo convívio coletivo.

Cite-se, por exemplo, o *postulado da precaução ambiental*, em que, independentemente de positivação direta e expressa no direito internacional ou no direito pátrio (na experiência brasileira), seus contornos jurídicos são auferidos pelas técnicas de hermenêutica da Administração Pública no plexo de normatividade do novel princípio da *juridicidade administrativa*. Nesse caso, o que se propõe instrumentaliza a atividade executiva em suas variadas frentes de atuação e em suas mínimas unidades, para a contribuição efetiva com a macrogestão de políticas públicas e, por outro lado, reflete a sua crescente responsabilidade no controle e na prevenção dos riscos socioambientais advindos do desenvolvimento econômico e tecnológico.

Por essa óptica direcionada ao avanço do desenvolvimento tecnológico e dos riscos dele corolários, os argumentos se concentram em preocupações de relevo surgidas e legalmente depositadas sob a responsabilidade da Administração Pública, como se denota do teor do art. 225 da Constituição Federal, que impõe ao Poder Público, em concorrência com a coletividade, o dever de defender e de preservar o *meio ambiente ecologicamente equilibrado* para as gerações presentes e futuras.

À Administração estatal, como parcela da representação executiva do Poder Público, também se outorga esse *múnus*, para cuja tutela deve valer-se de métodos factuais imediatos e eficazes de hermenêutica jurídica. Sob o amparo desses argumentos, exemplifico com o problema dos crescentes riscos ambientais, produzidos pela evolução tecnológica e econômica e os instrumentos jurídicos manejados pela Administração Pública para a sua solução, compreendendo os contornos materiais da vinculação do Estado ao texto normativo, *princípio da legalidade*, e o produto de sua evolução epistemológico-dogmática, qual seja o *princípio da juridicidade*, na produção das decisões administrativas de concretização de políticas públicas de meio ambiente.

Esse fenômeno a requerer a instrumentalização por meio da hermenêutica jurídica para a concreção adequada e célere de direitos dá-se com outros temas que também serão demonstrados ao longo da pesquisa, a saber: a “constatação de inconstitucionalidade de leis”; a “necessidade de juridicidade *contra legem*”, malgrado determinada lei contrariada ser plenamente constitucional; e a “constatação de interpretação constitucional e ou legal ilegítima, inválida ou infundada” efetivada por órgãos externos à Administração e tendentes a vincular o aparato estatal.

Com efeito, nos mesmos parâmetros do direito ambiental, para a *concretização de políticas públicas na área da saúde* se permite identificar o direito de acesso à saúde e o dever de tutela administrativa desse direito a dar margem de movimentação aos fundamentos da decisão do próprio Estado-administração que, por exemplo, custeie a compra de medicamentos, com o remanejamento de recursos de dotações orçamentárias distintas e sem previsão legal, para atendimento de solicitação concreta de pacientes do Sistema único de Saúde (SUS), ou, de outro modo, determine a internação de paciente em leitos de hospitais públicos – ou em estabelecimentos de saúde privados, mediante indenização estatal -, sem a existência de vagas ou contra as normatizações. Anote-se ainda como expressão de tutela do direito à saúde, a decisão administrativa de não observância da ordem de atendimento (“fila”), em seus próprios leitos de hospitais públicos, em razão da gravidade – necessidade e urgência real - dos pacientes. Tais casos são facetas de expressão da “necessidade de juridicidade *contra legem*” de exercício imposto à Administração Pública, para a efetiva salvaguarda do direito em questão.

Outro exemplo em que se defende a juridicidade *contra legem* aborda os casos de desapropriação por interesse social de áreas improdutivas. Esses casos são levados a efeito por agentes públicos do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), quando se aferem índices matemáticos abaixo do índice considerado por lei como adequado, para se tachar de produtiva a área localizada em região rural, de possíveis atividades agropecuária⁸¹. Factualmente, índices próximos ao indicador desejado (estipulado por lei) podem ser modulados por outros fatores e valores relacionados e que se dispõem a influenciar o real conceito de “produtividade”, ou a retratar por outras ópticas a real situação de a área analisada ser ou não produtiva. Por exemplo, tome-se o fato de determinado estabelecimento agrícola ou pecuário, ou agropecuário, ser considerado como “improdutivo” após a análise matemática dos requisitos e disposições legais à vista de os agentes públicos encarregados das análises não terem levado em consideração a questão de a propriedade rural ser o único sustento econômico, ou mesmo sociocultural, dos proprietários e de seus funcionários, ou de seus meeiros, assim como esse número matemático (índice legal de reconhecimento da improdutividade) ser um mero número formal, que, por mero formalismo, desconhece ou se esquece da situação real, o *mundo das coisas aí*. Há de se levar em consideração os valores gerais e agregados da propriedade e, por exemplo, o direito social ao auto sustento como meio de materialização de

⁸¹ Exemplo fornecido e investigado por Ricarlos Almagro, em: CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica e argumentação**: um possível encontro à luz do paradigma ontológico. 2010, 324 fl. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Minas Gerais, 2010.

uma vida digna, mister constitucional (objetivo constitucional) de erradicação da pobreza. O mundo da vida não se resume ao mundo jurídico-formal, ao formalismo outrora defendido pelo positivismo jurídico como único instrumento hábil à regulação social. Sem embargo, ao intérprete e aplicador do Direito, não se legitima essa redução de conceitos ou mesmo essa confusão entre o real e o formal jurídico.

A mesma nuance apresenta-se ao conceito de “miserabilidade” como condição necessária à percepção de determinado benefício assistencial pago pelo Instituto Nacional de Seguro Social - INSS, haja vista os critérios legais para a sua definição. O conceito de “miserável”, apesar de taxativo pelo texto de lei, sofrer, *sub exame* do caso concreto, variações que o “maquia”⁸².

Em uma análise mais detida, em essência esses são exemplos de possíveis casos não de sustentação de atuação *contra legem* com vista à consideração desses fatores reais, mas sim de defesa de atuação administrativa *secundum legem*, na medida em que não se opõem aos preceitos das leis em questão, mas, tão somente, os harmonizam aos próprios casos concretos pertinentes, em que a juridicidade administrativa afigura-se em meio adequado à concretização do direito posto, verdadeiro elo entre o real e o formal.

Assim, nos dois últimos casos acima referidos tem-se, para a constatação de improdutividade das terras rurais, a considerar os fatos adjacentes aos formalizados, a juridicidade presta-se ao desvelamento da real situação das propriedades. No que tange à averiguação da condição de “miserabilidade” do indivíduo perante o INSS, a juridicidade opera-se para atribuir efeitos jurídicos a todos os critérios fáticos capazes de condicionar a concessão do benefício, na medida em que tende a harmonizar os preceitos e critérios trazidos no texto à sua real finalidade social e sistêmico-constitucional.

Por outro giro, a *juridicidade contra legem* se afigura na medida em que a Administração Pública se depara com eventual constatação de inconstitucionalidade de lei interpretada e o agente administrativo, apesar de seu dever de adstrição a essa lei (princípio da legalidade estrita atinente à Administração Pública), recusa ao seu fiel cumprimento, com base em ofensa dessa lei à Constituição. Aqui, revela-se outra óptica da validade de exercício da juridicidade *contra legem*. Dentro de dois preceitos antagônicos, prima-se por amenizar o princípio da legalidade, por meio do princípio da juridicidade, e, destarte, não observar uma determinada lei específica, sob o viés de um determinado caso concreto, com vistas a garantir a higidez do texto constitucional (princípio da unidade e coerência do texto constitucional, em

⁸² Exemplo também fornecido e investigado por Ricarlos Almagro, em: CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano, *op. cit.*

contraposição ao princípio da legalidade administrativa). Preserva-se, com efeito, a noção de sistema jurídico, a sua unidade e a sua estrutura hierárquica, com base na norma hipotética fundamental e na Constituição como ápice do sistema de direito positivo, em detrimento de uma determinada norma que, *in concreto*, demonstrou afastada dos fundamentos da ordem normativa.

Devem-se explorar, assim, duas espécies de juridicidade *contra legem*, quais sejam (i) a sem a constatação de inconstitucionalidade da lei não aplicada (que aqui já é referida como juridicidade *secundum legem*, classificada, mais apropriadamente, como “juridicidade *ad normam iuris*”, ou seja, segundo a finalidade da lei) e (ii) a com a constatação de inconstitucionalidade da lei não aplicada – juridicidade *contra legem* em sentido estrito.

Pela óptica da fenomenologia, esse proceder da Administração Pública – e isso se justifica a partir da sua justificação primária para o exercício da jurisdição – à vista de padrão de correção das decisões. Esses padrões corretivos dos desvios são as próprias coisas interpretadas. A coisa em si, submetida ao consenso das percepções comuns do coletivo social, permite dizer se a interpretação jurídica se deu ou não nos moldes do mundo real. Assim, inverte-se a lógica do positivismo jurídico, em que o real se amolda ao ideal, para se reconhecer o real e a regra que a ele se aplica em todos os seus contornos de relevo. Destarte, a coisa em si é o que de fato importa para a solução dos litígios e não o ideal fragmento dela, em uma suposta segurança.

Dessas constatações de necessidade de atuação administrativa alinhavada diretamente à Constituição em detrimento do expresso texto-legal, mister se faz reconhecer a nítida tensão entre legalidade e juridicidade e, assim, entre segurança jurídica e justiça, na medida em que, sob o enfoque do ténue distanciamento da legalidade estrita para a aproximação hermenêutica ao princípio da juridicidade – o que, diante de uma visão sistêmica, não ofende a legalidade como um todo, posto que o aprimora -, a pesquisa se detém, em um aspecto geral, à análise da normatividade regente do Direito Administrativo, enquanto fonte do Direito, fundamento de conduta procedimental da administração estatal.

O que se ora aborda alicerça-se nesse conceito operacional de juridicidade sob o manto da análise fenomenológica, tema novo e polêmico nos meandros da incipiente teoria hermenêutica do Direito Administrativo. Este por sua vez, também perfaz ramo novo das Ciências Jurídicas e em pleno desenvolvimento de seus institutos, que ora são obtidos por transposição de outros ramos do Direito, como o fez com a utilização e a modulação de categorias normativas provenientes do Direito Civil, a exemplo dos atos e contratos jurídicos que deram azo aos atos e contratos administrativos, e ora identificados ou criados como próprios

e peculiares, a exemplo da desapropriação por interesse público ou das normas afetas à legalidade estrita administrativa. Seja como for, tem-se identificado a necessidade de incessante aprimoramento que pervaga pela evolução hermenêutica da interpretação e da aplicação do Direito, com vista a ombrear às constantes e céleres mudanças de comportamento sociocultural.

Capítulo 2 – UMA SOCIEDADE HISTÓRICO-JURÍDICA SUPOSTAMENTE PÓS-METAFÍSICA IDEALISTA E OS CAMINHOS DO DIREITO DEÔNTICO-AXIOMÁTICO. O exemplo da Administração Pública dedicada à concreção de direitos fundamentais: segundo enfrentamento, o “método” em prática

O item que segue, após o que foi discutido sobre a crise da Modernidade, representada, especialmente, pela falsa sensação de segurança trazida pelo cientificismo físico-matematizante do mundo da vida⁸³, tem agora a finalidade de apresentar um efeito peculiar dessa crise ou dessa pós-crise, qual seja, a dicotomia teórico-filosófica que passa a envolver a hermenêutica jurídica, em um momento considerado “pós-metafísico”⁸⁴.

Nesse contexto, seria de se esperar a abordagem do tema, como muito se tem feito, sobre o comportamento dos operadores do Direito no meio do Poder Judiciário; mas assim não será feito. Para dar mais ênfase ao fenômeno que se ora apresenta, há de se investigar a temática sobre a lente do meio atípico jurídico-estatal; ou seja, quanto aos reflexos desse fenômeno sentidos por uma função jurídica atípica dos poderes da República, no caso, a deferida à Administração Pública, para a concreção de direitos, no caso a concreção de direitos fundamentais.

Pretende-se, com essa distorção de uma comum abordagem de pesquisa, chamar – por via de um maior contraste que se será sentido – a atenção para o tema desse novo caminho

⁸³ Esta abordagem pela óptica de uma crítica do “cientificismo físico-matematizante” não pretende fazer qualquer crítica às bases da lógica aplicada ao Direito e às decisões jurídicas, mas tão-somente concentrar-se na tensão ou no antagonismo natural entre a fenomenologia e o positivismo das normas jurídicas. Por outro lado, importantes estudos têm sido realizados no âmbito, por exemplo, da contribuição para o Direito por meio da lógica e do método da *inteligência artificial*. Sem embargo, cf.: BRASIL JR., Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. Coleção Atlas de Processo Civil. Carlos Alberto Carmona (Coord.). São Paulo: Atlas, 2007. Conferir também recentes estudos realizados pela Universidade de Paris I, Sorbone: PFERSMANN, Otto; TIMSIT, Gérard. **Raisonnement juridique et interprétation**. Paris: Publications de la Sorbone, 2001. Cf. ainda: PFERSMANN, Otto et al. **Qui fait la loi? Le juge et la démocratie**. Paris: Puf, 2010; e JOUEN, François; PUIGELIER, Catherine; TIJUS, Charles. **Décision et prise de décision: droit et cognition**. Collection Sciences cognitive & Droit. Paris: Mare & Martin, 2017.

⁸⁴ Ciente de que a filosofia em si possui uma parte, grande por sinal, que se dedica à *metafísica* e por isso não se poder falar em uma “superação” propriamente dita da metafísica, pois, praticamente tudo envolve essa face do ato de filosofar, mas, todavia, o significado que atribuo às expressões “metafísica” e “pós-metafísica” é de cunho metodológico. Com efeito, os vocábulos serão aqui utilizados apenas para reportarem-se ao *idealismo transcendental* e a suas correntes filosóficas diretamente derivadas que pressupõem a dualidade sujeito-objeto. Para a concepção da metafísica de Heidegger, usarei a expressão “fenomenologia” ou simplesmente “metafísica”, mas, entretanto, de modo a identificar no contexto a distinção quando nesse sentido me referir e, assim também, v. g., à fenomenologia de Husserl e, sem embargo, à de outros pesquisadores. O tema é reportado na pesquisa como forma de inclusão do conceito de “mundo da vida”, representativo de uma “inovação” que tende a provocar a ruptura com as “tradições metafísicas e das filosofias que buscam um fundamento definitivo” (STEIN, Ernildo. **Mundo vivido: das vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 125). Deste modo, *metafísica* e *pós-metafísica* aqui são empregadas em oposição à concepção de *mundo da vida* e *mundo vivido*.

hermenêutico que surge ao Direito e, sem embargo, definir o pós-moderno papel da Administração Pública na interpretação e na aplicação do texto constitucional – e na aplicação dos textos jurídicos em geral –, no que respeita à concreção de direitos fundamentais em países de modernidade tardia e, sem embargo, não só essa função estatal executivo-jurídica, mas também, a função de concreção jurídica geral, malgrado atípica, todavia constitucional e axiomáticamente legítima, em uma mirada histórico-existencialista fenomenológica, sob o amparo da tensão existente entre o que se denominou de *procedimentalismo* e de *substancialismo jurídico*.

Busca-se, em linhas iniciais abordar os contornos da tendência de legitimação da função jurídica administrativa de carácter constitucional contramajoritário, a aferir uma nova e importante tarefa ao Estado-executivo, para além de sua comum concepção de “fiel executor da lei”, de modo a concluir que a *justiça constitucional* envolve a *jurisdição* (por meio do Poder Judiciário) e a *juridicidade* (por meio da Administração Pública) e, sob essa última perspectiva, assinalar que a aplicação e concreção do direito também é tarefa da Administração Pública, no âmbito de sua função atípica decisional, ditada pelo próprio texto constitucional, legitimador e impositivo das ações valorativas substanciais no âmbito do Estado Democrático de Direito.

No contexto atual de uma sociedade ocidental tendenciosa a conceber o estado de direito como decorrente do modelo cartesiano e deste transposto e nomeadamente em vias de total superação⁸⁵, uma visão reducionista da teoria da repartição dos poderes acostumou-se a desprezar a relevância das *funções atípicas* dos poderes da república e, assim, os traços de uma cega e suposta “desimportância” e esvaziamento de efeitos jurídicos práticos impuseram-se para o impedimento da realização de direitos fundamentais, por meio de decisões concretistas para além dos meandros jurisdicionais. O que se busca dizer aqui é que a função atípica de decisão jurídica entregue constitucionalmente ao poder executivo e, destarte, à administração pública é inadvertidamente comumente ignorada pela comunidade operadora do direito e, sem embargo, pelo próprio poder executivo e, da mesma forma, pela administração pública. Os órgãos responsáveis pelo exercício da função executiva não dedicam a devida atenção requerida pelo atual estado democrático de direito, para o adequado exercício de suas funções jurídicas,

⁸⁵ “Depois dos neopositivismos de Kelsen e Hart, baseados na análise linguística do direito, o atual e assim chamado “pós-positivismo jurídico” se divide em duas grandes perspectivas teóricas. De um lado, tem-se a linha procedimentalista, que parte da convicção de que, em uma sociedade pós-metafísica, não há mais valores éticos ou princípios morais capazes de universalização em uma perspectiva substancial. De outro lado, há a linha substancialista, que sustenta não soa possibilidade, mas também a necessidade de fundamentar adequadamente a existência de princípios morais e valores éticos substanciais” (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Regras princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas*. In: **Revista Direito Mackenzie**, v.5, n. 1, p. 203-218, p.204-205).

em que pese ao fato de se tratar de atividade, em tese, secundária e não precípua, todavia detentora de legítima parcela do poder do estado para a concretização de direitos, a exemplo e nos mesmos moldes e limites do que é fornecido ao poder judiciário. O certo é que há um lio de decisões jurídicas de cariz constitucional (e daí também decorrem profusões infraconstitucionais) fora das exclusivas fronteiras funcionais do Poder Judiciário, das quais dependem o coletivo social, e, nesse âmago, encontram-se as decisões de concreção das leis e da Constituição, pelo Poder Legislativo - quando afastado das atividades legiferantes - e, e.g., não obstante, pelo Poder Executivo. Quanto a este último, especialmente, em sua atividade de gestão da coisa pública, no exercício da função atípica *jurídico-decisional*⁸⁶.

Desta forma, o presente *Capítulo 2* procura demonstrar, nesses vértices expostos, que a atividade administrativa de decisão sobre direitos fundamentais encontra-se ordinariamente expressa na Constituição Federal brasileira de 1988 e merece atenção extramuros da academia administrativista, com vistas a atrair pesquisas filosóficas e dogmáticas de aporte também do direito constitucional.

Isso se dá nomeadamente pelo fato de que ao Estado não se legitima o exercício parcial de instrumentos previstos no texto constitucional à eficácia imediata de direitos fundamentais em um contexto de Direito pendente de concretizações de valores estipulados em países periféricos, de modernidades tardias, arrimados em um *welfare state* ainda a realizar-se e que a democracia constitucional é notadamente contramajoritária para o reconhecimento e efetividade de direitos fundamentais. Esse, por exemplo e distintamente dos países desenvolvidos do porte dos europeus e dos Estados Unidos da América, é o caso do Brasil e dos países da América Latina, dotados de Constituições Programáticas ou Dirigentes, dedicadas à concretização das promessas da modernidade.

Não se ignora aqui, nos limites contextuais ora expostos, um provável e inicial embate entre democracia e legalidade, entre facticidade e validade, ou seja, entre a vontade do povo soberano, titular do poder, e a contrafaticidade, ou a contramajoritariedade (legislação e jurisdição em confronto), esta, vertida na concepção de sua natureza limitativa da vontade soberana obrada por decisões jurisdicionais - e também administrativas -, que, em sua maioria, tendem, ao amparo da aplicação do direito ao caso concreto e sob os argumentos de necessidade de manutenção da coerência, coesão e unicidade das normas válidas do sistema jurídico, à

⁸⁶ O que aqui se assinala não afasta tais ações decorrentes do exercício das funções atípicas dos Poderes Legislativo e Executivo da apreciação jurisdicional do Poder Judiciário, conforme prescreve o Artigo 5.º, XXXV, da Constituição Federal brasileira de 1988, ao estipular que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

invalidação *inter partes* ou *erga omnes* de eventuais normas postas pela maioria representada pelo Poder Legislativo.

Para os casos de países de modernidade tardia, o direito-texto a partir da Constituição do Estado (*i*) dita essa atividade conjunta dos órgãos estatais empenhados no mister de concretização ao máximo possível dos direitos fundamentais socialmente eleitos – o que não se confunde com “ativismo funcional” (judicial ou administrativo-decisional), ou com discricionariedade ou arbitrariedade tendentes ao “decisionismo”, e, deveras, (*ii*) distingue-se da ordem jurídica de países que já superaram ou não enfrentaram essa etapa de evolução dos direitos fundamentais e veem o Direito pela óptica de um *constitucionalismo débil*, caracterizado por limitações rígidas, adstritas às atuações típicas de cada Poder.

Mister desenvolver a análise das nuances que deferem participação ativa à Administração Pública na realização de direitos fundamentais.

1 O IDEAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA LIMITADA À CONCREÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, COMO UM PRIMEIRO ESTÁGIO DA JURIDICIDADE

Um reflexo da pós-metafísica na normatividade do Direito tem chegado à função atípica jurídica do Poder Executivo, levada a efeito por atribuições específicas da Administração Pública. Diante de um Estado Nacional brasileiro tipicamente situado entre os de “modernidade tardia”, a par de uma proatividade maior do Poder Judiciário, abre-se um campo de exercício de funções bem mais amplo aos demais Poderes da República, com o escopo de, faticamente, levar à concreção as promessas da modernidade.

Nesse contexto, a realização imediata de direitos fundamentais pela Administração Pública, em questões submetidas ao seu plexo de atribuições legais, inclusive no que tange à aplicação do direito ao caso concreto (função atípica decisional) tem-se avolumado e sido recebida com bons olhos pelo Estado e pelos particulares em geral.

Este item tratará das nuances do exercício dessa atribuição constitucional pelo Estado-administração e seus efeitos para um Direito fenomenológico esperado, mormente, como afirmado ao elencar os objetivos específicos, avaliar a possibilidade de extensão argumentativa que se possa fundamentar, também – para além dos princípios e regras jurídicas –, na utilização de valores provenientes de um delimitado contexto histórico compartilhado, de modo a auferir um entendimento de obrigatoriedade de observância desses valores pelo coletivo social que, inclusive, possa ser usado pela Administração em suas decisões jurídicas.

1.1 A tensão entre *procedimentalismo* e *substancialismo* e a necessidade de deferência às funções constitucionais de concretização de direitos fundamentais em países de modernidade tardia (uma razão alheia à fenomenologia do Direito)

O procedimentalismo compreende teoria processual-procedimental restritiva do âmbito de alcance do Direito. Por meio do aporte de uma rígida repartição de funções contida na Constituição, sustenta a ilegitimidade de abordagens de questões notadamente de cariz afeto à política e à sociologia, ou à antropologia, pelos intérpretes e aplicadores do Direito, ao argumento de que estaria o campo funcional-jurídico a dar azo à ofensa ao *princípio democrático*. Deste modo, é refutada a possibilidade de as funções do Estado, atinentes à

operacionalização jurídica, realizarem *juízos constitucionais e legais de valores* que, de uma forma ou de outra, possam desautorizar a ordem regulatória posta, como produto do povo, ou seja, como legislação votada e aprovada pelo Poder legiferante, formado por representantes eleitos do povo soberano⁸⁷. O parlamento seria, assim, o poder legítimo, instrumental à abordagem de temas político-sociais, a dar azo ao sistema de normas jurídicas.

Decisões jurídicas, nestes casos, contramajoritárias, a par de subjetivas, a externarem a racionalidade individual do jurista, fundamentar-se-iam – em não raras ocasiões – em manipulações políticas desautorizadas e, destarte, não condizentes com a função idealizada em sua origem constituinte de, estritamente, *dizer o direito ao caso concreto*, representada pela ação de concreção da lei.

O Direito, assim, dever-se-ia ater às suas fronteiras limitadamente jurídicas de aplicação. A justificação, no sentido de técnica de que se vale o Poder Legislativo na tarefa de concepção das normas jurídicas, seria a única instância possível de exercício de *juízo de valores*⁸⁸, todavia, à vista de uma atividade de comunicação participativa da comunidade destinatária das eventuais novéis normas, conquanto de caráter geral e abstrato, como meio de *codependência* entre a autonomia privada e a pública e de *coesão* entre o Estado de Direito e a democracia⁸⁹.

Vislumbram a importância da tarefa política do direito-posto quanto à universalidade e à aceitabilidade generalizada, mas, todavia, não aceitam a atuação do Poder Judiciário superavitário de um *discurso de aplicação* sustentado em absoluta imparcialidade, destarte, afastada de aportes políticos, que seriam adstritos à quadra legiferante.

Visa-se a rechaçar, com esses argumentos, o que se denomina de “ativismo judicial”⁹⁰, supostamente dotado de uma face “decisionista” e, dessarte, “arbitrária”, ofensiva da vontade democrática da maioria⁹¹.

Por exemplo, Jürgen Habermas, teórico dessa vertente representativa do procedimentalismo discursivo, não admite leituras que sustentam a substancialização do Direito por meio de inserção de valores, mormente, como visto, de cunho político, diretamente a abarcar o direito-texto ao ponto de transmutarem os seus operadores para atores políticos. Não aceita o que se denominou de *gigantismo* ou *politização* do Poder Judiciário, para quem

⁸⁷CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

⁸⁸GÜNTHER, Klaus, *op. cit.*

⁸⁹HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

⁹⁰Cf.: RAMOS, Elival Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁹¹STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à aplicabilidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 24 e ss.

restariam não mais que as balizas intransponíveis do exercício estrito da função jurisdicional de aplicação do direito sob o prisma das normas democraticamente pré-estabelecidas. Deixa, com efeito, desprovida a jurisdição de instrumentos outros – no caso o uso de valores de vieses morais e políticos –, para a concretização de direitos.

Por essa óptica, arrimado em uma visão rígida da repartição das funções do Estado, apenas ao executor do Poder Político se lhe atribuiria a capacidade – notadamente política – de representação da vontade do titular do Poder Soberano. Por seu turno, o Direito, interpretado e aplicado por órgãos jurídicos, conquanto não representativos do coletivo social, de fato, ao ser concretizado, não seria dotado dessa via representativa. Dessa forma, não ao Poder Judiciário e sim ao Poder Legislativo caberia, por exemplo, o exercício de juízo de constitucionalidade das leis e a sua declaração de inconstitucionalidade, com a conseqüente retirada da norma do mundo jurídico, fundamentados na ponderação de valores constitucionais⁹².

Nestes termos, tacha-se de ativista a tendência jurisdicional de inserção de valores morais e políticos no cerne do direito-posto e da Constituição do Estado, de modo a propiciar o manejo e a contrariedade da vontade popular, por meio de agentes públicos, encarregados da tomada de decisões jurisdicionais e, nesse âmago, a se inserirem – é de se apontar – também as decisões jurídicas não jurisdicionais da Administração Pública, de aplicação do Direito ao caso concreto, com base na *juridicidade administrativa*.

Com efeito, as decisões administrativas contrárias às leis (votadas e aprovadas pelo Legislativo como caráter da democracia representativa) e fundamentadas diretamente na Constituição do Estado, configurariam, também, a exemplo do “ativismo judicial”, espécie de *ativismo jurídico* ilegítimo, solidado no “ativismo administrativo-decisional”. A *justiça constitucional*, nessa perspectiva, conceberia duas espécies de *ativismo jurídico*: (i) o ativismo judicial e (ii) o ativismo jurídico-administrativo.

A teoria substancialista, de cunho comunitarista, por outro lado, caracteriza-se por entender ser adequadamente salutar a operacionalização valorativa do texto constitucional, na medida em que o conteúdo de “valor” é haurido do seu próprio direito-texto, coerente, unitário e estruturalmente hierárquico⁹³, permeado por aportes substanciais morais e políticos,

⁹²Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I, Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003; _____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol. II, Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

⁹³BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

plenamente identificáveis por meio da atividade interpretativa⁹⁴. A defesa dessa operacionalização do Direito é mais comum, mormente, em países de *modernidade tardia*⁹⁵, em que as promessas do *welfare state* se encontram ainda por vir e, notadamente, dependentes de uma atividade hermenêutico-concretista proativa, todavia nos limites do direito posto.

Assinala-se que a realidade dos países desenvolvidos permite a aplicação efetiva de teorias constitucionais processuais-procedimentalistas, uma vez que esses países se encontram em estágios de concreção plena do Estado de Bem Estar Social, inclusive, de Direito, perfazendo, de modo conjugado e em moldes abrangentes, Estados de Direito e de Bem Estar Social. Por outro lado, esse fenômeno não se verifica em países periféricos, em que o Direito Constitucional possui o importante papel de delinear as vertentes de alcance da condição sociocultural e, no mesmo sentido, da sua transposição para o Estado Democrático de Direito, como um *plus* ao Estado de Bem Estar Social.

Sob essa óptica de *funcionalidade ativa* dos Poderes da República, os intérpretes e aplicadores do Direito têm o importante papel de coautores ou coadjuvantes concretistas de direitos, por exemplo, dos direitos fundamentais sociais, a ombrearem funções legislativas e jurisdicionais nessa tarefa⁹⁶, como a atribuição imposta pela própria linguagem e sentido do direito positivo. Em outras palavras, o limite de determinada concepção contextual é o limite da linguagem que o seu intérprete lhe empresta⁹⁷ e, nesses exatos termos, o mundo do direito positivo dos países de modernidade tardia se apresentaria programaticamente, por força do Direito Constitucional Positivado, distinto dos limites do mundo do direito positivo não periférico.

Constituições dirigentes ou não, há de se ter patente que o constitucionalismo e a justiça constitucional não são avessos à democracia, na medida em que se deve também apreender a democracia não como a prevalência da regra da maioria. A impossibilidade de a maioria decidir sobre algumas matérias protegidas por dispositivos constitucionais contramajoritários não caracteriza figura antidemocrática, porquanto a tutela de minorias

⁹⁴Sobre a sustentação de o Direito ser um sub-ramo da moral política e este, um sub-ramo da moral, em que se afere, de modo direto e mais incisivo do que vinha apontando em investigações anteriores, a inter-relação complexa entre direito e moral, conferir: DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Lisboa: Almedina, 2012.

⁹⁵ Sobre o tema “modernidade tardia”, cf.: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização de direitos fundamentais-sociais no Brasil*. **Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 8. N. 2. P. 257-301, maio/ago. 2003.

⁹⁶Em essência do que se ora expõe sobre a inserção de valores no texto constitucional, cf.: ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. Conferir também: ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Sobre principios e regras*. **Revista Eletrônica de Direito Panóptica**, p. 49-67, 2009; e ATIENZA, Manuel. **Tras la justicia**. Barcelona: Ariel Derecho, 2012.

⁹⁷WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1994.

concebe-se face da democracia constitucional a afastar-se, por seu turno, da democracia majoritária, esta sim, sem suporte medular nos textos constitucionais contemporâneos⁹⁸. Isso declina, de toda sorte, tratar-se de mito do pensamento político moderno o inexorável e irreconciliável embate entre constitucionalismo – e justiça constitucional – e democracia⁹⁹. Nada impede a realização da justiça contramajoritária a infirmar normas infraconstitucionais com fundamento na democracia constitucional de caráter não majoritário e essa é a tendência de uma teoria constitucional que pretenda tutelar inextinguivelmente direitos fundamentais¹⁰⁰. A valoração do direito posto, obrada pelo seu intérprete e aplicador parte da premissa de uma espécie de aceitação tácita do titular do poder legiferante, uma vez que a “valoração”, a emissão de juízo de valor, é da essência do “interpretar”. Não é materialmente factível uma interpretação sem valoração e, sem embargo, aplicar a lei é interpretá-la ao amparo do texto constitucional, amplamente permeado de valores de diversas naturezas.

Por outro olhar, a acusação de o substancialismo obrar de modo solipsista, com subjetivismo insindicável, pelo fato de sustentar o uso da razão prática para a concretização dos supostos valores políticos e morais que permeiam o direito positivo, por si só, não tem o condão de permitir afirmar que o método procedimentalista-processual estaria infenso a essa mesma crítica ao conceber leis com a participação dos potenciais afetados pela norma, em ação comunicativa, pois, do mesmo modo, poder-se-ia falar em subjetivismo, vertido, todavia, em forma de *solipsismo coletivo*, como expressão de *nos ipsi united*, em uma espécie de “nós unidos somente a nós mesmos”, “nolipsismo” (em aproximação do vocábulo “o impessoal”, como conceito operacional empregado por Martin Heidegger¹⁰¹), categórico de determinado grupo social. Volve-se, conseqüentemente, à inafastável influência da *tradição* para a contínua entrega do conhecimento evolutivo sociocultural, aceitável em determinado contexto histórico e, sem embargo, em determinada comunidade¹⁰². O *solipsismo individual* do intérprete e aplicador do Direito passa a ser substituído, porém no discurso de justificação, pelo “solipsismo coletivo”, o “nós” solipsista¹⁰³, a indicar possibilidades de decisões firmadas no que Heidegger classificou como o *impessoal*, em que a decisão se justifica no “senso comum” de uma

⁹⁸Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à aplicabilidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 18 e 19.

⁹⁹STRECK, Lenio Luiz, *op. cit.*, p. 19.

¹⁰⁰DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹⁰¹ HEIDEGGER, Martin. **El ser y el tiempo**. Traducción José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 27 e ss.

¹⁰²GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Vol. I e II. Petrópolis: Vozes, 2014.

¹⁰³No sentido em que afirma Eugenio Raul Zaffaroni, para a impossibilidade de exercício subjetivo da razão, em que o juiz imparcial seria uma impossibilidade antropológica (Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Teoria del delito**. Buenos Aires: Ediar, 1973).

coletividade, sem fundamento em uma verdade mais enraizada e antepredicativa¹⁰⁴. É da natureza do Direito a imprecisão¹⁰⁵ e essa vagueza de significações ocorre tanto no momento da justificação, quanto em fase posterior de reconhecimento e concretização por obra da aplicação, mas não por isso se há de abandonar a busca por um fundamento mais originário para as normas e decisões jurídicas.

Partindo da premissa da impossibilidade de afastamento procedimentalista do exercício da razão e, destarte, por uma óptica hermenêutica, importante neste ponto da investigação aferir a legitimidade da juridicidade administrativa como meio de concretização de valores constitucionais, especialmente para o caso da experiência brasileira.

1.1.1 *Especificidades da legalidade e da juridicidade administrativas que legitimam o substancialismo constitucional da Administração Pública – legalidade e juridicidade instrumentais às disposições principiológicas constitucionais*

A submissão do Estado à lei e ao reconhecimento da igualdade de todos perante a regulação normativa apresenta-se fundamental ao Estado de Democrático de Direito. Direito e democracia não prescindem de se harmonizarem, para a formatação de uma ordem social igualitária e justa^{106/107}. Essa concepção é, em essência, fruto, ao menos indireto, da noção teórica de contrato social¹⁰⁸, que fez emergir “la *potestas temperata*, de un poder que inevitablemente y cada vez más aparece rodeado de reglas y de límites”¹⁰⁹, embrionários, em que pese de base fundante contratual, da face atual do direito público¹¹⁰, em que se insere a

¹⁰⁴ HEIDEGGER, Martin, *op. cit.*, p. 27.

¹⁰⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. **A imprecisão do direito**. Barueri: Manole Editora, 2005.

¹⁰⁶ Para uma análise da inter-relação entre direitos fundamentais e democracia, cf. DELGADO, José Augusto. *A evolução conceitual dos direitos fundamentais e a democracia*. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, vol. 5, p. 11-31, Jan, / 2000, **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, vol. 1, p. 521-42, Ago, 2011.

¹⁰⁷ Para uma análise da inter-relação entre soberania, direito, poder constituinte e democracia, cf. FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: editorial Trotta, 2001. Cf ainda FIORAVANTI, Maurizio. *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano. I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia*. Napoli: Liguori, 1986, p. 309-346.

¹⁰⁸ Abarca o princípio da legalidade (ou segurança jurídica dele advindo) como espécie de “direito natural” não renunciado. O homem passa a ser “agente ativo na modelagem de seu espaço social e político. Revivendo a teoria do contrato social - mas dando-lhe uma feição eurística - estes autores entendem que o estado deve ser organizado como se tivesse havido um contrato. Mas o homem, parte contratante, pela sua condição de ser racional e livre, e, pois, capaz de gerir seu destino, é titular de direitos. E quando se insere no Estado reivindica o reconhecimento e a proteção desses direitos. Ou porque a eles não renuncia ou mesmo renunciando, impõe como condição que o Estado criado pelo contrato devolva, com sua tutela, os direitos em causa” (LUISI, Luiz. *Direitos humanos - repercussões penais*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 21, p. 75-79, Jan / 1998, p. 77).

¹⁰⁹ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: editorial Trotta, 2001, p. 45.

¹¹⁰ FIORAVANTI, Maurizio, *op. cit.*, p. 40-45.

Administração estatal. A observância das estruturas normativas editadas pelas autoridades constituídas surge como verdadeiro princípio do Estado, comumente a ele se referindo as ciências jurídicas, o direito positivo e a jurisprudência como *princípio da legalidade*. O dever de agir conforme a lei, nos seus limites, atendendo aos mandamentos de obrigações, permissões e proibições, representativos das imposições, faculdades e omissões miradas pelo texto normativo, como normas de conduta e de regulação estatal e social¹¹¹, foi paulatinamente¹¹² concebido para fazer frente ao poder absoluto do monarca¹¹³, a impor balizas à essência de tendente tirania do Estado absolutista. A lei, como princípio do Estado de Direito, já em ascensão com a virada da antiguidade para a idade média, em que a normatividade, nesse primeiro momento, desprende-se da exclusividade radical dos campos político e moral e passa a adentrar ao campo normativo, ao mundo do Direito¹¹⁴, experimentou ainda, um segundo momento e de sensível aprimoramento¹¹⁵ a partir das revoluções americana, de 1779, e francesa, de 1789, inclusive com o advento da teoria da separação dos poderes, de Montesquieu¹¹⁶, em que a função legislativa e, por conseguinte, as leis passaram a ser fruto, apesar de indireto, do poder emanado do povo¹¹⁷, da soberania do povo, até então, após um período caracterizado

¹¹¹Cf. BERGEL, Jean-Louis. **Théorie générale du droit**. Paris: Dalloz, 2003; FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: editora Atlas, 2010; VILANOVA, Lourival. **Escritos jurídicos e filosóficos**. Vol. I, São Paulo: AXIS MVNDI IBEST, 2003; _____. **Escritos jurídicos e filosóficos**. Vol. II, São Paulo: AXIS MVNDI IBEST, 2003; KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999; e BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2014; _____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2014.

¹¹²Por mais que se efetive uma abordagem dos institutos jurídicos “lei” e “legalidade”, em linhas gerais, em um raio temporal célere de abrangência visto pela óptica do direito ocidental, não se pretende aqui, advirta-se, fazer qualquer incursão histórica sobre tais categorias – o que seria deveras prolongado e extra ao propósito de estudo. Busca-se, entretanto, sim traçar o *iter* lógico que firma o fundamento da aplicação da legalidade às ações da Administração Pública. Sem embargo, a abordagem da origem dos institutos, pela óptica da característica de sua incidência vinculante do Estado, faz-se imprescindível.

¹¹³Cf. LOCKE, John, *op. cit.*

¹¹⁴FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: de la antigüedad a nuestros días. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: editorial Trotta, 2001, p. 38.

¹¹⁵Sem a pretensão de adentrar aqui às críticas atinentes aos termos gerações e dimensões de direito, sob um prisma de substituições de direitos e de surgimento e coexistência de direitos, para Wolkmer (*i*) os direitos civis teriam sido consolidados, de fato no século XVIII; (*ii*) os direitos políticos, no século XIX; e (*iii*) os direitos sociais e econômicos, no século XX. (WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução aos fundamentos de uma teoria dos “novos direitos”*. **Revista Jurídica**, Curitiba: Unicuritiba, v. 2, n. 31, p. 121-148, 2013. Quanto ao fato de o surgimento dos direitos se apresentarem sob um conceito de “gerações” de direitos temporais, cf. Bobbio e, também, Karel Vasak (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992; e VASAK, Karel, **Las dimensiones internacionales de los derechos humanos**. Vols. I, II e III. Barcelona: Serbal/Unesco, 1984).

¹¹⁶MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O Espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1993. Sobre a necessidade de um princípio de autoridade, porém submetido ao coletivo social, por meio do que se denominou de *supremacia da comunidade política*, Cf FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: de la antigüedad a nuestros días. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: editorial Trotta, 2001, p. 47.

¹¹⁷Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques, *op. cit.*, ao traçar as linhas gerais que assinalam que o poder emana do povo, titular do poder e, destarte, da soberania. A origem do poder soberano advém do povo, sob a óptica de Rousseau – concepção esta que se estendeu às Constituições contemporâneas.

como espécie de democracia referente à *polis* grega e à *res publica* romana (entretanto, sem se falar, ainda, no conceito comum e propriamente dito de “soberania” – em qualquer de seus sentidos adjetivados -, somente concebido a partir do Estado moderno, mas apenas em participação popular¹¹⁸)^{119/120}, sem qualquer participação verdadeiramente de relevo nas diretrizes do Estado¹²¹. Impôs-se, pela vontade do povo, a submissão do Estado ao ordenamento jurídico, inaugurando o denominado Estado de Direito.

Levando em consideração período mais recente da história do direito ocidental¹²², a legalidade assenta forma embrionária na Inglaterra, na *Charta Magna Libertatum* de 1215 (e aqui já se delineavam as primeiras características do princípio do devido processo legal a dar azo à sua aplicação, posteriormente, aos ramos administrativos e sancionadores), e, a afastar-se das concepções costumeiras de ordem política e moral, apresentou a sua primeira positivação para o direito punitivo do Estado, pelas vias do direito penal, com sua previsão no código penal francês de 1810, seguido pelo código bávaro de 1913, como fruto do movimento iluminista¹²³. Embora originariamente o princípio jurídico em comento foi posto de forma estrita para regulação das normas de direito penal, nada obsta (partindo-se das premissas fixadas contidas na referencial obra “Direito Constitucional Alemão”, de Otto Mayer, ao esclarecer que “*el derecho y sus normas siguen a la administración por todas partes donde Ella manifieste su actividad*”¹²⁴) – e muito pelo contrário, de tudo se impõe – a sua aplicação também em sede de direito administrativo, a exemplo do direito sancionador geral, de caráter eminentemente administrativista.

¹¹⁸*Exempli gratia*, o princípio da primazia da igualdade ateniense, para os cidadãos da cidade-estado de Atenas, consoante assinala FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** de la antigüedad a nuestros días. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: editorial Trotta, 2001, p. 15-31.

¹¹⁹Anote-se (conforme FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** de la antigüedad a nuestros días. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001) que na *polis* grega e na *res publica* romana ocorreram “experiencias políticas y constitucionales de alguna manera participativas, que incluso estaban fundadas sobre un cierto protagonismo de los ciudadanos” (p. 33) e que a na idade média, os príncipes eram os que ditavam as leis a ela não se submetiam, posto que legítimos responsáveis, em absoluto, pela promoção da justiça e da equidade. Com efeito, não se submetiam, de modo algum, a qualquer eficácia de sanção legal, para assim ditarem leis. Nesses termos, vigorava a máxima *quod principi legis habet vigorem* (p. 40).

¹²⁰*Cf.* EVANGELISTA, Fermín Camacho. **Derecho público romano**. Granada: Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 2005; ALBORNOZ, Antonio Ortega Carrillo de. **Derecho privado romano**. Málaga: Ediciones Del Genal, 2010; HAARSCHER, Guy. **Filosofia dos direitos do homem**. Tradução Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1997; STRAUSS, Leo. **Direito natural e história**. Lisboa: Edições 70, 2009.

¹²¹Conforme já verbalizado alhures, *cf* os estudos sobre a *supremacia da comunidade política*: FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** de la antigüedad a nuestros días. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: editorial Trotta, 2001, p. 45-55.

¹²²HAARSCHER, Guy. **Filosofia dos direitos do homem**. Tradução Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1997; e STRAUSS, Leo. **Direito natural e história**. Lisboa: Edições 70, 2009.

¹²³SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de direito penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1947. t. I. p. 99.

¹²⁴MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**: Tomo I. Parte Geral. Tradução de Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949, p. 20.

A questão principiológica de fundo posta em análise – o princípio da legalidade como norma jurídica - gira em torno da definição do conceito de “lei”, que, em sentido estrito e na experiência brasileira de bicameralidade legislativa do parlamento (na União Federal e nos Estados Federados) e da necessidade de aprovação da lei do Poder Executivo (sanção do chefe do Executivo), consiste na prescrição normativa geral e abstrata, votada e aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo presidente da República, com posterior publicação (conforme o estabelecido no processo legislativo – arts. 59 e seguintes da Constituição Federal), para assim, ter eficácia jurídica e social. Esse é o *sentido estrito* de lei.

Em *sentido lato*, a lei pode ser entendida como qualquer ato jurídico-normativo da Administração Pública, editado pela autoridade estatal competente (interna ou externa ao ente ou órgão aos qual se destinarão os efeitos jurídicos) e em harmonia com as teorias de existência, validade e eficácia (jurídica e social) dos atos administrativos, e com o fim de, genérica e abstratamente, regular condutas internas à própria Administração ou, sem embargo, direcionadas aos administrados, ou a determinado grupo de administrados.

Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, prescreve o inciso II, do art. 5º da Constituição Federal, a declinar que os indivíduos submetidos à soberania e, por consequência, ao ordenamento jurídico nacional somente serão compelidos a agir ou a se omitir se houver lei que assim disponha, obrigando-os a um ou outro tipo de comportamento.

Com fundamento nesse princípio harmonizado ao mesmo princípio estatuído no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal brasileira de 1988, verifica-se a essência normativa de que a Administração Pública tem o dever de atuar somente conforme a lei, nos seus limites, não lhe sendo permitido agir *extra, ultra* ou *contra legem*, conquanto limitar-se à (e a não prescindir, na maioria dos casos, da) manifestação prévia da lei, a determinar ou a facultar o seu proceder. A Administração somente age ou se omite à vista da previsão legal para o seu comportamento num ou noutro sentido. Distingue-se, deste modo, da faculdade de agir do particular, o qual não encontra limites no silêncio da norma, sendo-lhe dada a possibilidade de qualquer tipo de conduta, comissiva ou omissiva, se a lei, ativamente não lhe proibir. A regulação jurídica distingue-se para um e para outro, particular e Administração, ao passo que esta última depende, para agir ou omitir-se, de manifestação legal, ao menos em forma de silêncio eloquente¹²⁵.

¹²⁵Ressalva se faça para os casos de decretos autônomos da Administração, previstos na Constituição Federal brasileira de 1988, no artigo 84, VI, alíneas “a” e “b”, nos seguintes termos: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VI – dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”.

Para Hartmut Maurer, o princípio da legalidade no plexo de abrangência da normatividade administrativa, divide-se em dois outros distintos, quais sejam o da *(i) primazia da lei*, prescritora ao servidor público a limitação de agir ou de se omitir em conduta ofensiva a lei, dando um efeito ativo à lei, e o princípio da *(ii) reserva da lei*, que prescreve que a Administração Pública somente pode manifestar a sua vontade, agir ou se omitir, se houver previsão ou imposição legal para isso, apresentando um efeito negativo ao diploma normativo. Nesse último caso, a omissão legislativa representa, de fato, uma proibição de conduta para a Administração.

A normatividade do princípio da reserva legal assinala que a Administração Pública somente poderá agir perante autorização expressa de lei, fazendo-se constatar que “esse princípio, portanto, pede mais do que o princípio da primazia. Enquanto este apenas (negativamente) proíbe a infração contra leis existentes, aquele pede (positivamente) um fundamento legal para a atividade administrativa”¹²⁶.

Hely Lopes Meirelles aborda o aspecto da “reserva da lei”, tratado por Hartmut e assinala que “*na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto que na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza*”¹²⁷. Afere-se daí uma *relação de subordinação* da Administração Pública à lei, distinta da *relação legal de coordenação* regente dos assuntos particulares^{128/129}.

Essa liberdade de conduta deferida ao particular radica origem no direito privado clássico, do auge do modelo jurídico liberal, garantidor da autodeterminação individual da autonomia privada, que apresentava estatuto regulatório jurídico distinto e estanque ao do direito público, orientado sob as balizas de normas, *e.g.*, regentes das pessoas e da proteção jurídica contra delitos, do direito de propriedade e da liberdade dos contratos, em uma

¹²⁶ MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Tradução de Luiz Afonso Heck. 14. ed. São Paulo: Manole, 2006, p. 122.

¹²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 82.

¹²⁸Nesse sentido, sustenta Maurice Hauriou que a Administração não se encontra totalmente animada por uma vontade livre interna, mas sim depende da lei para o seu agir. O seu atuar, por uma óptica interna é livre, porém sujeito a uma vinculação interna, representada pela lei. Assinala que “l'administration, ainsi que nous l'avons déjà montré, n'est pas animée, dans ce qu'elle fait, d'une volonté intérieure légale, elle est animée d'une volonté exécutive libre assujettie à la loi comme à un pouvoir extérieur” (HAURIOU. Maurice. **Précis de droit administratif et droit public**. Paris: Éditions Dalloz, 2002, p. 356. Cf. também HAURIOU. Maurice. **Principes de droit public**. Paris: Éditions Dalloz, 2010; e _____. **La gestion administrative : étude théorique de droit administratif**. Paris: Éditions Dalloz, 2012.

¹²⁹Quanto às relações de subordinação e coordenação aventadas, cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas de direito administrativo**. 1. ed., 2. t. São Paulo Malheiros, 2010.

ordem normativa exclusiva, sem imanentes compromissos ético-sociais¹³⁰, de modo a minimamente intervir nas esferas de direitos dos administrados¹³¹. A par disso e da crescente eficácia horizontal dos direitos fundamentais, para a imposição de reconhecimento e aplicação de categorias naturais do direito público ao âmago das relações privadas, sobretudo à luz da necessidade de não extinção da autonomia privada, mas a sua harmonização à autonomia cidadã do particular e à autonomia pública regulatória¹³², “o liame que vincula a Administração à lei é mais estrito que o travado entre a lei e o comportamento dos particulares”¹³³.

As acepções de lei em sentido estrito e de legalidade como princípio reitor do Estado Democrático de Direito harmonizam-se com a atuação administrativa, conforme as teorias jurídicas para a sua aplicação: sentido de emprego do “Direito” como juridicidade administrativa, constitucionalmente qualificada. Este dever de enfrentamento da matéria jurídica se afere do direito positivo, a partir do dever de obediência à Constituição do Estado como fenômeno que se irradia para as normas infraconstitucionais. A Lei 9.784/99, no parágrafo único, inciso I, de seu art. 2º, prescreve que a Administração deverá observar, na formalização e desenvolvimento de processos administrativos, a atuação conforme a *lei* e o *Direito*.

Essa imposição legal de procedimento hermenêutico representa um dos mais relevantes efeitos da aceitação da processualidade ampla, a alcançar não somente os processos jurisdicionais, mas também os processos nas diversas áreas do direito público. Com efeito, marca posição teórica de modo a libertar o processo administrativo de seu inicial confinamento em um ambiente somente formal, para, a partir desse marco conceutivo, dar-lhe *substancia*¹³⁴. Isso se dá similarmente ao que já ocorria em sede jurisdicional, com notada ampliação das funções atípicas legislativa, executiva e jurisdicional, a serviço da cooperação complexa entre

¹³⁰HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol. II, Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 132-134 e 147.

¹³¹Aduz-se resquício proveniente do Estado Liberal de Direito e isso se depreende do que verbaliza Miguel Reale, ao esclarecer que “não descamba o liberal para a pregação de uma sociedade sem leis, por estar convencido de que estas são inevitáveis. Mas se não há como fugir delas, que pelo menos sejam no menor número possível, limitando o menos possível as atividades privadas” (REALE, Miguel. **Estudos de filosofia e ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 73).

¹³²Nesse sentido, “a constituição democrática cria um nexos entre o direito privado e o catálogo ampliativo de direitos fundamentais, o qual obriga o legislador do direito privado e repercute na jurisprudência do tribunal constitucional”: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol. II, Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 140.

¹³³MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas de direito administrativo**. 1. ed., 2. t. São Paulo Malheiros, 2010, p. 36.

¹³⁴O vocábulo “substancial” aqui é empregado no sentido de permeabilidade por *valores morais*, como se refere ao termo Gustavo Zagrebelsky (ZAGREBELSKY, Gustavo. **La ley y su justicia**: tres capítulos de justicia constitucional. Madrid: Editorial Trotta, 2008).

os poderes da República, na busca da aplicação do direito ao caso concreto de modo eficiente eficaz e efetivo dos direitos e garantias constitucionais fundamentais¹³⁵. A processualidade ampla insere a Administração Pública na senda da justiça constitucional, ao lado da jurisdição e, sob esse aspecto, legitima o Estado-administração à concreção de direitos fundamentais. Pode-se, assim, dizer tratar-se de espécie de substancialismo sobrepujante das fronteiras do Poder Judiciário, a abarcar o Poder Executivo.

Partindo-se, nesses moldes, da premissa de que cabe também à Administração Pública (a par do Poder Judiciário, o qual detém a última palavra em “dizer o Direito”) o dever de interpretar e aplicar o Direito, solucionando o caso concreto posto por lei à sua esfera de atribuição e de decisão, o princípio em comento delimita o agir da Administração conforme os preceitos legais em sentido lato e, assim, em consonância com o Direito, para englobar os pertinentes princípios, regras e valores de uma Constituição Programática ainda a realizar-se por força das funções jurisdicional e executiva estatais. A jurisdição a serviço do Poder Judiciário; a juridicidade, ao amparo da função atípica afeta ao Poder Executivo, por meio da Administração Pública. A atuação juridicizada compreende verdadeiro princípio de interpretação e aplicação da Constituição pela Administração.

A juridicidade haurida à qualidade de princípio impõe a atuação da Administração não somente conforme a *lei*, mas também conforme o *Direito* como um todo. A lei é o seu ponto de partida, e o Direito, como ciência, a sua fronteira intransponível¹³⁶.

Há, como balizas para a Administração, (i) o direito haurido da *estrutura literal* da lei e (ii) o direito proveniente dos valores oriundos das possibilidades de interpretação dessa mesma lei, com fundamento em abertura normativa, de característica plurissignificativa e, mesmo, evolutivo-constitutiva. Não se trata de tese nova. Já esposada por Eduardo García de Enterría, na obra “*Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*”, em comentários aos artigos 103.1 da Constituição da Espanha, Artigo 103.1, esclarece que a Administração Pública, no uso de seu direito de ação procedimental deve agir “con sometimento

¹³⁵ Nesse mesmo sentido, escreve Davi Chicoski que “nessa senda, vale ponderar que o jurista pode até pensar “contra” a lei estrita, desde que tomando como referencial o ordenamento jurídico para, a partir daí, numa interpretação sistemática, negá-la. Mas em hipótese alguma o jurista poderia pensar independentemente da lei e do direito, isto é, pensar ‘ajuridicamente’, partindo de premissas que não fossem as premissas dogmáticas do direito administrativo. Assim, a inegabilidade dos pontos de partida é a parcela formal do direito administrativo, é o campo em que incide a legalidade estrita e é, por assim dizer, uma característica juspositivista que ainda se mantém” (CHICOSKI, Davi. *A legalidade administrativa e a crise do positivismo jurídico*. **Revista Digital de Direito Administrativo**. Vol. 3, n. 1, p. 133-149, 2016, p.265).

¹³⁶ Quanto à defesa da possibilidade de juridicidade administrativa constitucional *contra legem*, conferir: ALBUQUERQUE JÚNIOR, Raimundo Parente de. **Juridicidade contra legem no processo administrativo: limites à possibilidade à luz dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade**. Porto Alegre: livraria dos Advogados Editora, 2010.

pleno a la Ley y al Derecho [y] examinado en sí mismo, este precepto es realmente notable, puesto que presupone de manera inequívoca que existe un Derecho que tiene otro origen distinto del de la Ley”¹³⁷.

Assegura-se, portanto, que toda a atividade do Estado no exercício da função administrativa pauta-se, no mais das vezes, em regras imperativas de comportamento, que previamente autorizam a ação ou a omissão estatal (legalidade estrita), sem embargo de, imprimindo um viés ampliativo, o Estado utilizá-las, as leis e sistemas jurídicos e suas teorias, incluindo os princípios e valores implícitos decorrentes das leis e do ordenamento jurídico como um todo, para fundamentar qualquer decisão, quer seja ela favorável ou desfavorável ao administrado.

A doutrina tem denominado essa ampliação que vai para além das divisas da legalidade estrita como “bloco de legalidade”, na medida em que estende as margens dos institutos jurídicos justificantes da atuação administrativa, validando-a desde que, partindo-se da legalidade estrita, mantenha-se dentro da ciência do Direito. Com isso, permite-se, *exempli gratia*, a deferência à força normativa dos princípios explícitos e implícitos do ordenamento para a fundamentação de decisões administrativas de plena concreção de direitos fundamentais.

Da juridicidade administrativa denotam-se dois *mandamentos*, quais sejam o de (i) atuação conforme a lei e o de (ii) atuação conforme o Direito. O primeiro decorre da necessidade de observância da estrita legalidade para fundamentar o agir administrativo, onde somente se tachará de legítima a conduta plenamente amparada na lei – princípio da legalidade estrita. Já o mandamento de “atuação conforme o Direito” imprime a necessidade de a Administração somente se fundamentar, na condução de seu agir e na produção de processos administrativos, por regras jurídicas de interpretação e aplicação da lei, valendo-se, *e.g.*, das regras de hermenêutica e da dogmática jurídica. Importa, com isso, uma Administração juridicizada, permeada pelas noções de ordenamento jurídico, sistema jurídico, normas-princípios, normas-regras, assim como valores neles contidos, decorrentes desse ordenamento regente de seu agir ou de seu omitir.

Há, com efeito, submissão à lei e, não obstante, utilização das teorias do Direito, da Ciência Jurídica como metalinguagem do direito positivo como objeto, para a solução dos casos postos a seu cargo. Ao considerar-se essa adstrição à lei, o que não está nela incutido, deve ser afastado. Assim, não se constituindo em valores imanentes do sistema, fica vedada a utilização de fundamentos extrajurídicos, a exemplo da equidade ou de valores morais não expressos ou

¹³⁷ ENTERRÍA, Eduardo García de. **Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho**. Madrid: Editorial Civitas, 1996, p. 93.

implicitamente positivados, plasmados em comandos normativos, para a motivação de seus atos, sob as consequências de ofensa ao princípio em comento. O princípio da *atuação conforme a lei e o Direito* ou *princípio da juridicidade*, reflete faceta do próprio *princípio da legalidade*, todavia, em seu sentido lato, a dar à Administração legitimidade interpretativa da lei, do texto-normativo, do direito-texto, para a resolução do caso concreto¹³⁸.

No entanto, esse atuar consoante a lei e o direito não representa poder absoluto a distanciar o Estado-administração do múnus de gestor da coisa pública. Não lhe dá poderes, mas antes, deveres, na medida em que a juridicidade é regida pelo Estado Democrático de Direito, nos estritos limites da democracia constitucional contramajoritária e, sem óbices, também orientada pelo interesse público. Não há que se refutar ao inafastável *princípio da ubiquidade*, vertido no controle judicial, jurisdicional e imparcial. Como bem observado, os atores executivos dos deveres-poderes público e administrativo – em um caminho que assim é dirigido do gênero à espécie – não prescindem da premissa original de que “a Administração em nome do estado assume poderes orgânicos, ou funções que são poderes funcionais tão amplos e determinados que, na dinâmica dos fatos de governo, subordinam à atividade legiferante e à ação judicante ou jurisdicional”¹³⁹.

1.1.2 *Substancialismo administrativo para a realização de direitos fundamentais sociais – o exemplo do direito à saúde*

Ao longo do texto constitucional brasileiro de 1988 é possível ver inúmeras passagens normativas relacionadas ao direito à saúde, a declinarem diversas regras e diretrizes atinentes às mais variadas questões a que esse direito social se detém.

Por força da enunciação do Título II e do Capítulo II da Constituição Federal brasileira de 1988, há de aceitar-se o direito à saúde como um direito fundamental e social, na medida em que o título a que se vincula o capítulo, ou seja, as enunciações legais topograficamente enunciadas, expressa os “direitos e garantias fundamentais”, para introduzir os textos constitucionais sobre os “direitos sociais”. Desta forma, o direito à saúde é, de plano e por força de enunciação textual, um direito social. Mas isso não o identifica como uma regra, ou princípio

¹³⁸OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2011.

¹³⁹ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Comentários à reforma administrativa federal**. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 14.

ou, ainda, como uma diretriz normativa. Da leitura do artigo 6.º da CF/88 apenas se afere se o direito à saúde um direito social, todavia fundamental, por força do enunciado do Título II¹⁴⁰.

A menção ao termo “saúde”, ao repetir-se ao longo de várias passagens da redação constitucional, reaparece no inciso II do artigo 23, ao se elencarem as *competências comuns* para os Entes Federados, assinalando ser de competência indistinta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a atividade de “cuidar da saúde”¹⁴¹.

O artigo 34, Inciso VII, alínea “e”, *última parte*, eleva à categoria de “princípio constitucional sensível” o *dever*, pelos Estados e Distrito Federal, de “aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, [...] nas ações e serviços públicos de saúde”. A não observância poderá dar azo à intervenção da União Federal nos Estados e no distrito Federal¹⁴², regra essa que se repete no artigo 35, III, para legitimar, pelos mesmos motivos, a intervenção dos Estado nos Municípios de seus territórios¹⁴³.

O artigo 166, ao declinar a importância dada aos serviços de saúde prestados pelo Estado, ainda prescreve a vinculação de valores de receitas públicas destinados a ações de saúde¹⁴⁴ e, por seu turno, o artigo 167 mantém a vinculação os impostos provenientes da repartição de receitas previstas nos artigos 158 e 159 “a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde”¹⁴⁵.

Nas disposições gerais do Capítulo da “Seguridade Social”, especificamente do artigo 194, assinala-se ser a saúde tutelada por ações conjuntas e integradas dos Poderes Públicos e da sociedade, com objetivos, dentre outros, de universalidade da cobertura e do atendimento,

¹⁴⁰ “Art. 6.º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. CF/1988. (Sem grifos no original).

¹⁴¹ “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - **cuidar da saúde** e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”. CF/1988. (Sem grifos no original).

¹⁴² “Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas **ações e serviços públicos de saúde**”. CF/1988. (Sem grifos no original).

¹⁴³ “Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando: [...] III – não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e **nas ações e serviços públicos de saúde**”. CF/1988. (Sem grifos no original).

¹⁴⁴ “Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum. [...] § 9º As emendas individuais ao projeto de lei orçamentária serão aprovadas no limite de 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita corrente líquida prevista no projeto encaminhado pelo Poder Executivo, sendo que a metade deste **percentual será destinada a ações e serviços públicos de saúde**”. CF/1988. (Sem grifos no original).

¹⁴⁵ “Art. 167. São vedados: [...] IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, **a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde** [...]”. CF/1988. (Sem grifos no original).

uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços, seletividade e distributividade na prestação¹⁴⁶.

Por fim dessa incursão exemplificativa, os artigos 196 e 198 denotam o caráter *programático e direcional* dos serviços públicos de saúde, ao assinalarem ser esse direito fundamental direito de todos e dever prestacional do Estado, todavia seguindo as orientações de “atendimento integral, balizado pela “prioridade para as atividades preventivas”¹⁴⁷.

De todo o exposto, ao amparo das normas elencadas no texto constitucional, há de se aferir, se observado o fenômeno normativo por uma análise pontual de cada dispositivo, a natureza programática do direito à saúde no Brasil. Não obstante a esse caráter programático *individual*, de cada norma em si, uma interpretação sistêmica do texto faz sobressair o que Atienza apontou como *valor maior de um sistema constitucional*, a referir-se a princípio em *stricto sensu*¹⁴⁸. Sob essa óptica peculiar do professor de Alicante, o cuidado e a preocupação que possui o Estado brasileiro para com o direito em voga, quer seja com a destinação e vinculação de receitas de tributos, quer com a fiscalização de aplicação desses recursos e mesmo com as diretrizes isoladas de controle, de realização e de fomento à saúde, a permear todo o texto constitucional, identifica-se uma espécie de *valor fundamental do sistema constitucional brasileiro*, alçando-o a verdadeiro *princípio de caráter estrito*.

Por se conceber, assim em uma concepção sistêmica do texto constitucional, como “princípio de acesso à saúde” e não como “diretriz de acesso à saúde”, a questão não se encontra – ainda pela óptica da teoria de Atienza¹⁴⁹ e mesmo anteriormente já esposada por Carlos Cossio¹⁵⁰ - passível de qualquer ponderação, uma vez que, para os princípios jurídicos em

¹⁴⁶“Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I - universalidade da cobertura e do atendimento; II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV - irredutibilidade do valor dos benefícios; V - equidade na forma de participação no custeio; VI - diversidade da base de financiamento; VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados”. CF/1988. (Sem grifos no original).

¹⁴⁷“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade”. CF/1988. (Sem grifos no original).

¹⁴⁸ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Sobre princípios e regras*. **Revista Eletrônica de Direito Panóptica**, p. 49-67, 2009, p. 50 e ss.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 52.

¹⁵⁰Carlos Cossio ainda no início da década de 40 do século passado já assinalava que não caberia ao intérprete e aplicador do direito exercer qualquer interpretação valorativa para os princípios jurídicos, mas, tão somente, obrar

sentido estrito, aferida a sua incidência, não se haveria de sopesar espectros de gradação à concretização de seu conteúdo. Ou o Estado, no caso o Estado-administração, cumpre o mandamento final principiológico, a exemplo do que ocorre com as regras, ou não o cumpre, quedando-se o devedor do direito subjetivo em mora. Com efeito, não há que se falar em *dever de otimização flexível* do direito à saúde, na medida em que concebe o texto constitucional a sua natureza principiológica de caráter estrito. Nessas balizas, a Administração Pública se encontra adstrita à concretização e, sem embargo, de caráter integral, dessa espécie de direito, vertendo-se em dever-poder substancial de realização do texto constitucional. Disso decorre, por exemplo, a impossibilidade da aceitação satisfativa da alegação estatal de cumprimento parcial em razão da “reserva do possível”.

Somente às diretrizes ou regras programáticas, sem características sistêmicas de princípio em sentido estrito, admitir-se-ia a realização gradativa e ponderada de conteúdo. Tratando-se de princípio jurídico estrito, há de se aferir mandamento de concretização, de finalização de conteúdo, que, acaso não observado pelo devedor da prestação, atrairá a incidência de mora e dos danos daí advindos.

Como visto, essa concepção – e o dever de plena concretização substancializada – apresenta repercussão direta no âmbito do Poder Executivo. Sob essa óptica de ser a Administração Pública a devedora prestacional de concreção de políticas públicas e, sem embargo, de direitos fundamentais sociais, assinala-se que as decisões administrativas, alinhavadas à certeza e à justiça do Direito, imprimem um necessário afastamento da rígida vinculação da Administração Pública à lei estrita (princípio da legalidade), fazendo-se imprescindível conciliar (i) o dever de o Estado “obrar com legalidade” (ii) com o direito de o administrado ser destinatário “da melhor decisão administrativa” (princípio da “juridicidade”, ou da atuação administrativa conforme a lei e o Direito¹⁵¹). A decisão se aplica para a concreção do direito de acesso à saúde de essência de princípio em sentido estrito.

À vista de todo o exposto, a crítica dos procedimentalistas aos comunitaristas não leva em conta, para além da indiferença à realidade sociocultural, as especificidades do texto

com concretização de seu conteúdo normativo. Dessarte, segundo o autor, não haveria espaço linguístico para sopesamento de valores no momento de sua aplicação ao caso concreto. Apenas caberia a sua realização por meio de subsunção, todavia, com uma pré-valorização para a sua escolha, afastando, com efeito, outras normas jurídicas (Sobre o tema, Cf.: COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964. _____. *El derecho en el derecho judicial*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967.

¹⁵¹“Art. 2.º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I - atuação conforme a lei e o Direito”. (Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que “regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal”).

constitucional eminentemente formado por normas programáticas e por princípios, a imporem o exercício de análises de pesos e ponderações de valores, para a concreção dos direitos fundamentais. À Administração Pública, por força da própria Constituição Federal, também compete esse mister concretista, nos limites de suas atribuições.

O substancialismo administrativo compreende a melhor decisão administrativa ou, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵², o *ato administrativo ótimo*, que sempre perpassará pela racionalização das regras legais aos valores jurídicos *maiores*¹⁵³, vertidos em princípio de direitos e de garantias constitucionais fundamentais. Os valores normativos compreendem “princípios no sentido de norma que expressa a essência normativa de um ordenamento jurídico”¹⁵⁴. Em um verdadeiro Estado de Direito Democrático, a legítima operacionalização administrativo-normativa (aplicação da lei ao caso concreto pela Administração Pública) - muito mais que entendida como uma simples obediência do agente público à lei estrita – deve compreender a submissão das decisões do Estado-administração aos direitos e garantias constitucionais fundamentais, por meio da introdução de juízos ou sopesamento de valores às regras legais de atuação do aparato estatal. O sistema normativo, incluindo-se aqui os vieses hermenêuticos instrumentalizados pela Administração Pública, deve ser observado ao amparo dos valores constitucionais fundamentais, plexo no qual, com assinalado alhures, o acesso à saúde se insere no âmbito do princípio da legalidade administrativa, ampliada pela juridicidade executiva, firmado nos vértices da lei e dos valores juridicizados pelo direito-texto ao menos de forma implícita ou sistêmica, permanecerá ainda mais respeitado quando o administrador público deixar, por exemplo, de aplicar a norma em razão do desacordo desta com a Constituição Federal, ainda, que fundamentado em princípios ou valores fundamentais implícitos, decorrentes do sistema textual constitucional. Disso, por corolário, decorrerá o reconhecimento da invalidade de atos normativos ou concretos da Administração que não se arrimem fundamentadamente na necessidade de concretização de direitos e garantias constitucionais fundamentais ou que sustentem a sua realização parcial e gradativa, flexíveis por vias de argumentos que afastam os valores de forte carga principiológica imediatamente exigíveis do Estado.

¹⁵²MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionariade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

¹⁵³Sobre a racionalização jurídica nos moldes que ora se apresenta, conferir os estudos sobre a “concepção unitária e racionalista do Direito”, p. 238 e ss. de ATIENZA, Manuel. **Tras la justicia**. Barcelona: Ariel Derecho, 2012.

¹⁵⁴ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Sobre principios e regras*. **Revista Eletrônica de Direito Panóptica**, p. 49-67, 2009, p. 52.

Conquanto seu aporte na teoria da linguagem, o Direito é impreciso por essência e permite o desenvolvimento de distintos métodos para a tentativa de concreção, mormente partindo-se de fontes divididas em princípios e regras normativas¹⁵⁵. Os valores¹⁵⁶ éticos e morais se inserem no Direito, por apreensão levada a efeito pela norma-texto pincipiológica e, não obstante, regras. O direito à saúde é um desses valores vertidos em princípios e a sua não concreção, independentemente das possibilidades fáticas, à vista da possibilidade jurídica previamente constatada, implica mora da Administração Pública, passível de correção judicial a determinar a tutela satisfativa ou a conversão em perdas e danos, sem que se possa alegar, pelo Estado, o argumento da “reserva do possível”.

1.2 Para além de uma suposta concretização meramente positivista de direitos fundamentais. Retomando o objeto: *uma questão de fenomenologia do Direito*

Diante do que aqui foi exposto, em que pese às possibilidades concretistas da jurisdição pelo Poder Judiciário e da juridicidade pela Administração Pública, não somente a direitos Fundamentais queda adstrita esta atribuição. O exame de valores axiomáticos e, assim, deônticos, ou seja, jurídico-axiomáticos, leva a ago mais: propicia encarar o Direito à luz dos fatos e não os fatos à luz do Direito; e quero com isso dizer que o mundo do “dever-ser” – por óbvio – deve respeitar as limitações impostas pelo mundo do “ser”. Valores são padrões normativos vinculativos mais diretamente relacionados aos fatos em si e devem, com efeito, serem observados pelo intérprete e aplicador do Direito. Não se defende aqui, como se discorrerá na segunda parte deste trabalho, qualquer espécie de valores objetivos a-históricos, universais e existentes no mundo independentemente do humano. Neste ponto específico, concorda-se com a crítica formulada por João Maurício Adeodato, ao reportar um suposto equívoco de Max Scheler e Nicolai Hartmann em passagens de suas teorias dos valores, que veemente defendem uma “*doutrina axiológica objetivista*, segundo a qual os chamados valores não são criação humana, mas existem no universo independentemente de serem ou não realizados, compreendidos ou sequer percebidos por quem quer que seja”¹⁵⁷. Particularmente,

¹⁵⁵Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e moral**. Lisboa: Instituto Piaget, 1992; DELMAS-MARTY, Mireille. **A imprecisão do direito**. Barueri: Manole Editora, 2005.

¹⁵⁶Cf. SCHELER, Max. **Ética: nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético**. Madrid: Caparrós Editores, 2001; RESWEBER, Jean-Paul. **A filosofia dos valores**. Lisboa: Almedina, 2002; HESSEN, Johannes. **Filosofia dos valores**. 3. ed. Coimbra: Armenio Amado Editores, 1967.

¹⁵⁷ADEODATO, João Maurício, *op. cit.*, p. 42.

posiciono-me intermediariamente, não de forma dogmática, como o faz Adeodato, e, por outro lado, também não de modo axiológico objetivista universal, mas sim de modo a considerar o valor juridicizado por um cariz temporalizado, ora mais, ora menos perene, pela fusão de horizontes em Gadamer¹⁵⁸, para um *locus* de historicidade, a declinar objetividade enquanto ôntico-ontologicamente verdadeiros e válidos, para determinado contexto sociocultural.

Esses padrões juridicamente materializáveis e passíveis de exame valorativo pelo intérprete-aplicador do Direito, por meio da *hermenêutica argumentativa*, inserem-se no contexto da decisão administrativa independentemente de positivação expressa e direta do Direito em suas concepções textuais prescritivas infraconstitucionais. Isso se desvela, como se verá declinado, devido à acolhida de normatividade *latente* (a ser revelada pelo intérprete) e *funcional* (posta à concreção da justiça a que se propõe o direito positivo), contida na própria Constituição, nas “subcamadas” ou “entrelinhas” fundantes do Direito como texto normativo, e, sem embargo, irradiada para todo o sistema de normas jurídicas.

Tais “subcamadas fundantes do direito posto”, uma vez operacionalizadas por meio de “procedimentos adequados”, ou seja, externamente por meio de um *devido processo legal*, e, internamente, por meio do exercício de uma racionalização compreensiva ôntico-ontológica, conjuntivos e propensos à apreensão de *valores*, compatíveis e complacentes com uma procedimentalização geral de métodos de *juridicização*, para as *valorações jurídicas* que, ao amparo do caso concreto, devem ser convertidas em linguagem (simultaneamente em um *círculo hermenêutico* e em um *círculo argumentativo*) e, assim, também devem subsidiar de modo direto, como mais um instrumento jurígeno, o agir jurídico, jurisdicional, do Poder Judiciário, e, de todo modo, do Estado-administração. Insiste-se aqui em afirmar que à Administração estatal, no exercício de sua função atípica de caráter jurídico, também constitucionalmente se lhe atribui – a exemplo do Poder Judiciário, todavia com outros instrumentos distintos da jurisdição – a função de efetivação integral do Direito, quer seja ele o apreendido do próprio direito-texto (do texto constitucional e/ou das leis e dos regulamentos), quer em complemento ao direito-texto, em uma apreensão do direito contexto.

Pretende-se a inserção de conteúdo objetivo, ou seja, de objeto material, ou de substância, ao procedimento estatal. Empenha-se, assim, na materialização e na substancialização dos instrumentos postos à disposição do Estado para a realização de seu escopo atípico de aplicação do Direito ao caso concreto.

¹⁵⁸Cf.: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Vol. I. Petrópolis: Vozes, 2014; e _____. **Verdade e método**. Vol. II. Petrópolis: Vozes, 2014.

O que se quer afirmar com “procedimentos adequados” compreende a aceitação da tese de que o fenômeno, em um plano ontológico, em forma de um projeto do *Dasein*¹⁵⁹, “se dá fundado em sua originária abertura em que ele se encontra junto aos entes em geral”¹⁶⁰ e, com efeito, “na própria estrutura da transcendência ele será fundado e fundamentado”¹⁶¹ e, nessas balizas, o homem compreende, interpreta e fundamenta de forma simultânea e pré-lingüística, e, num plano ôntico-lingüístico, “a apreciação dessas estruturas ontológicas no plano do Direito é não somente possível, mas determinante”¹⁶², o que se denomina de *coimplicação dos planos ôntico e ontológico*¹⁶³. Nesse contexto, as razões argumentativas se movimentam para a compreensão flexível conformadora do “círculo hermenêutico”, de Gadamer¹⁶⁴ que se aperfeiçoa com a *hermenêutica argumentativa* e o sentido *a priori* da linguagem que sempre restará fundado e fundamentado, em outro contexto, o “círculo argumentativo”¹⁶⁵.

Com esse propósito de busca de profunda eficácia normativo-social, com a efetividade do normatizado pela concreção integral do Direito vigente ao amparo do sistema de normas e do “*contexto* do Direito”, por via, também, de valores axiomáticos, desenvolve-se – ou ao menos se intenta trazer ao debate – uma teoria dedicada (i) a ampliar, ao tempo em que por via reflexa a enclausura, a atribuição discricionária do Estado-administração, e, ainda, por outras palavras, (ii) a submeter a *sui generis* requisitos de efetividade e de eficácia a margem de movimentação argumentativa (o que muitos entendem como discricionariedade administrativa) imanente da hermenêutica decisional administrativa, para a concretização de direitos, não só

¹⁵⁹ A expressão “tomar chão do *Dasein*” compreendem conceitos operacionais elaborados por Martin Heidegger, em sua obra “Ser e Tempo”, e que serão esclarecidos em momento oportuno, também, a exemplo dos outros casos citados, especificamente na Segunda Parte da pesquisa. Não obstante, cf.: HEIDEGGER, Martin, *op. cit.*

¹⁶⁰CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica e argumentação no direito**. Curitiba: CRV, 2014, p. 202

¹⁶¹ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano, *op. cit.*, p. 202.

¹⁶² *Ibidem*, p. 202.

¹⁶³ *Idem*, p. 202.

¹⁶⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Vol. I. Petrópolis: Vozes, 2014; e _____. **Verdade e método**. Vol. II. Petrópolis: Vozes, 2014.

¹⁶⁵ Escreve Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha que “Essa coimplicação dos planos ôntico e ontológico é bem clara, por exemplo, na tendência do discurso em transformar-se em linguagem [...]. e foi exatamente por esse caminho que advogamos um lugar ao plano argumentativo no próprio espaço hermenêutico. [...]. Assim, partindo da premissa de que o espaço de argumentação em que as razões se movimentam é momento da própria compreensão; e não algo que lhe sucede, deque forma ela opera e quais os concectários desse processo. Pois bem, o que ocorre aqui é um ganho de compreensão ao modo similar do que ocorre no círculo hermenêutico. Ali restou evidenciado que toda compreensão parte de uma pré-estrutura que me põe sob certa visada com o ente, em um modo prévio de entendê-lo e, à medida em que avanço interpretando, ganho compreensão, mas simultaneamente, a interpretação já se desenvolve dentro de certa compreensão do ente interpretado. Ocorre que se toda compreensão é fundada e que posso cobrar e desembaraçar-me das razões para que algo seja assim e não de outra maneira, então o sentido restará articulado na linguagem de forma fundamentada também. Ao fazê-lo em meio a enunciados, ponho à mostra o ente no modo da comunicação, lembrando que o enunciado é uma mostra que determina e comunica” (CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano, *op. cit.*, p. 202).

fundamentais, como, também, gerais regulatórios do coletivo social e, até mesmo, contralegais, contrários a direitos fundamentais formais, não substanciais.

Sem embargo da atuação decisional jurisdicional, firma-se nessas balizas o reconhecimento dos contornos de um maior *compromisso* do setor público executivo, mormente das *instituições responsáveis pela concreção da lei* em suas instâncias *decisionais* – órgãos e autoridades administrativas responsáveis pela edição de decisões administrativas –, não, como atualmente se vê, com a *eficiência tardia* das condutas de cumprimentos legais, mas sim com a *efetividade* de posicionamentos capazes de concretizar de forma fática e acabada, v.g., as políticas públicas ancoradas, necessariamente, em caros temas de direitos constitucionais fundamentais. Deixa-se o plano da eficácia jurídica¹⁶⁶ isolada – e, até mesmo, da tradicional eficiência¹⁶⁷ –, para adentrar ao plano da eficácia social ou da efetividade¹⁶⁸ de direitos fundamentais ainda, na práxis, meramente enunciados¹⁶⁹.

A efetividade de direitos e dos direitos fundamentais por obra ativa do Estado-jurídico-administração e como um *plus* à eficiência estatal pressupõe procedimentos substancializados, permeáveis por valores a serem juridicizados. Busca-se reconhecer, com efeito, uma própria *deontologia dos valores* e, assim, uma espécie de norma jurídica deôntico-axiomática.

A *matéria* e a *forma* jurídicas são igualmente importantes nesse labor. Não há de reparar uma dicotomia entre *substancialismo* e *procedimentalismo*, mas sim uma conciliação, uma unicidade de *conteúdo* e *função* a dar azo, por deferência de *status* de igual importância desses elementos extrínsecos e intrínsecos, à aferição e ao alcance de uma justiça, apesar de axial, temporal, *universalmente possível* e concretizável pelo Estado.

Para a factibilidade lógica do que se ora propõe, apresentam-se com peculiar relevo os princípios jurídicos, explícitos e implícitos, diretos e indiretos, (i) *base do sistema normativo*, e, por inovação, os valores políticos e jurídicos em sentido estrito, (ii) *pré-jurídicos vertidos em base do sistema normativo*, todos juridicizados e fundantes do direito positivo como texto legal (valores axiomáticos, formadores do *direito normativo*, ou do *direito-contexto*), na medida em que são os “limites das molduras de normatividade” lançados à aplicação pelas autoridades encarregadas das regras de decisão, para a obtenção dos provimentos executivos. Esses atos administrativos em muitos casos são dotados de caracteres também normativos concretos, não

¹⁶⁶ Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; _____. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ *Idem*.

¹⁶⁹ Sobre o tema “modernidade Tardia” e hermenêutica, cf.: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

gerais e não abstratos, e, assim, definitivos, malgrado não se tratem de órgãos jurisdicionais; sim executivos, a proferirem as decisões estatais.

Com a utilização de princípios e de valores juridicizados por meio da *adequada razão jurídica à luz da fenomenologia do direito*, para a fundamentação de *atos de decisão jurídica, dentre os quais se inserem os “atos administrativos decisórios”*, possibilitar-se-á uma maior densificação do “plexo de normatividade” do resultado final do atuar do Estado-jurisdicional e do Estatal-executivo, que, neste último caso, denomino de juridicidade administrativa. Perceba que se inserirá um novo conceito operacional: a *juridicidade administrativa*.

Além de propor, com base na fenomenologia, uma dogmática jurídico-normativa extra direito-texto, empenho-me, em um primeiro momento, em desenvolver (*i*) uma abordagem estabelecida em diretrizes que, *prima facie*, reconhece o “dever-poder de exegese” ou de “ação interpretativa autônoma” da Administração Pública proativa (ação de “compreensão / interpretação / fundamentação” conjuntiva do Direito¹⁷⁰), desarraigado das amarras da cega submissão ao *suposto* texto da lei (sempre geral e abstrato para a Administração Pública, mesmo quando em vias de concretização da lei por via decisória, para a execução de seus comandos normativos), na medida em que se submete, a exemplo do Poder Judiciário em sua atividade jurisdicional, à norma haurida do texto interpretado.

Em um segundo momento, possível identificar, por corolário do primeiro empenho, (*ii*) a ampliação da autonomia da atividade hermenêutica administrativa publicística que, entretanto (por reflexo paradoxal de uma busca por eficiência e efetividade decorrentes do adequado exercício de suas funções executivas, ao se valer de “ingredientes” incomuns, porém de elevado pragmatismo e plasticidade amoldados concretamente ao contexto de atividades que exigem rápida resposta do Estado), leva ao *ato administrativo ótimo* ou à *melhor decisão*, à decisão “historicamente” *correta* (em um contexto temporal, histórico-sócio-cultural), para a eficiente gestão da coisa pública.

De plano, mister esclarecer que por partir do pressuposto de a razão juridicizada, a razão jurídica histórica sob um cariz fenomenológico, moldar os efeitos normativos socialmente adequados para o caso concreto, o que insere a investigação sob *color* nas perspectivas heideggeriana e gadameriana, integro-me, também, todavia de modo bem reflexo e tangencial,

¹⁷⁰ CUNHA, Ricardos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica e argumentação no direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014, p. 155 e ss.; e _____. **Ética e decisão judicial: o papel da prudência na concretização do direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2015, p. 139 e ss.

à tese *dworkiniana*¹⁷¹ da possibilidade de consecução da única *resposta jurídica correta contextualizada*, exarada com essa pretensão sob um contexto temporal e sociocultural específico, finito e determinado, *existencialista e legado pela fusão de horizontes*, para regular eventual relação jurídica intersubjetiva, submetida ao exame jurídico de determinada ordem normativa.

Sem embargo do exposto, desenvolve-se, como “pano de fundo” e dentro dos limites teóricos abarcados por uns e outros, uma possível conciliação teórica entre os autores referidos.

A tese ora esposada, de tudo, propicia a constatação de essa melhor decisão, baseada no ato jurídico, jurisdicional ou administrativo ótimo, ser plenamente aplicável a toda e qualquer decisão, inclusive às decisões administrativas, figurando – ciente de que um tanto pretensiosa para o direito brasileiro – como uma *teoria geral* das decisões da Administração Pública.

A partir da visão do agir administrativo como fenômeno de estudo projetado para adiante do *conhecimento científico natural* e, sob essa óptica, nos moldes da fenomenologia para além da ideia fundamental da constituição, construção, desconstrução e reconstrução do objeto de investigação na consciência, cindidos, todavia, o sujeito e o objeto¹⁷², para firmar que a compreensão, a interpretação¹⁷³ e a fundamentação¹⁷⁴ se dão em um mesmo momento, os métodos e as técnicas de pesquisa sustentaram-se em um pensar abstrato da essência finalística, teleológica, do procedimento e do ato de decisão das autoridades judiciárias e administrativas à luz da revisão bibliográfica de textos doutrinários e da legislação.

Como resultado, constatar-se-á, inclusive por meio de enunciação lógico-formal meramente ilustrativa de corroboração do discurso argumentativo, que o ordenamento jurídico (sem se descurar das prescrições do texto constitucional, dos enunciados de direitos fundamentais, e da legislação ordinária), independentemente de qualquer necessidade mais eloquente de materialização direta da prescrição normativa em questão, mas considerando os valores, conceitos axiais e axiológicos, oferecidos pelo próprio sistema de normas¹⁷⁵ a partir da

¹⁷¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005; _____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007; _____. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010; e _____. **Justiça para ouriços**. Lisboa: Almedina, 2012.

¹⁷² HUSSERL, Edmund. **A ideia de fenomenologia**. Tradução Arthur Mourão. Coleção Textos Filosóficos. Lisboa: Edições 70, 2007.

¹⁷³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Vol. I. Petrópolis: Vozes, 2014; e _____. **Verdade e método**. Vol. II. Petrópolis: Vozes, 2014.

¹⁷⁴ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica e argumentação no direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014.

¹⁷⁵ Nesse sentido, a declinar a inter-relação sistêmica do todo normativo tendente, ao menos de modo implícito, a aperfeiçoar as cargas normativas de prescrições específicas, cf.: CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito**. 1. ed. Belo horizonte: Arraes Editores, 2011; _____. **Hermenêutica e argumentação**

Constituição como seu texto mais elevado (concepção *axiomática jurídico-normativa*, ou *denôntico-axiomática do Direito*), propicia ao Estado – e agora já se fala diretamente na decisão público-administrativa –, no exercício de sua atividade executiva de concretização de políticas públicas constitucionais gerais – e aqui se inserem as de direitos fundamentais –, uma atuação vinculada e pautada na *proatividade concretista responsável* (não há que se falar em qualquer decisionismo jurídico, pois a própria visada fenomenológica impede essa projeção desarrazoada do Direito), garantidora de tomadas de decisão e de gestão de risco com a eficiência e a celeridade que os assuntos executivos passaram a requerer nas últimas décadas, frente aos avanços científicos e à crescente crise da Modernidade.

À vista do exposto, uma advertência se faz necessária: a de que não se defende aqui, por ora, a necessidade de implantação de vias estatais de *contenciosos administrativos jurisdicionais* a exemplo de algumas instituições jurídicas de países europeus (o que também, por outro lado, não se faz óbice; entretanto este não é o objetivo da presente investigação), mas a imprescindibilidade da realização de procedimentos decisórios, judiciais e – no caso específico que ora me detenho à pesquisa – administrativos, orientados pelos pressupostos de adstrição às *subcamadas fundantes do direito posto*.

Com isso, sem receito de excesso na tarefa hermenêutica e argumentativa do Direito, imperioso ainda se faz afirmar que a *correta* identificação dos valores jurídicos, *adequados* aos mais variados temas submetidos ao labor da Administração Pública, leva à apurada concretização de direitos e de políticas públicas de direitos e de direitos fundamentais, sem a necessidade do aguardo de eventual confecção de norma legal que venha a *verbalmente* (ou de forma escrita, literal) atender ao caso concreto, o que, por vezes, despreza a urgência necessária requerida pelo fluente e complexo convívio coletivo. O valor axiomático “deontilizado” (reconhecimento fenomenológico do “dever-ser” do “ser”), ao amparo de uma projeção fenomenológica já supre essa pseudolacuna normativa.

Por exemplo – e o que aqui se afigura como uma temática de forte juridicidade administrativa – respeita a uma suposta normatividade jurídica do que se concebe como *precaução ambiental*, na medida em que, independentemente de positivação direta, possível se faz o vislumbre de seus contornos jurídicos por meio da hermenêutica público-administrativa, à vista de uma macronormatividade facilitada pela *juridicidade administrativa*. Este instituto, que alguns o alocam na categoria dos princípios jurídicos, torna possível um olhar

fenomenológico de abertura à fundamentalidade ôntica da estrutura do que de essência há de “jurídico-normativo” ao amparo do caso concreto.

Nesse caso, o proposto instrumentaliza – não como método em seu sentido estrito de caminho científico único, a ser seguido para a demonstração da verdade, mas como novo vértice de possibilidades – o Estado-administração ao eficiente e eficaz exercício de sua função atípica julgadora de Estado, concernentes às responsabilidades por decisões jurídicas, em casos determinados por lei. Por outro lado, essa nova estruturação da função executiva estatal decisional, atribuindo-lhe uma maior autonomia, para o caso do exemplo, decorre da crescente demanda social de uma Administração proativa, prospectiva, que, responda efetivamente às necessidades de célere macrogestão dos riscos socioambientais advindos de uma sociedade de risco globalizada¹⁷⁶.

Esse fenômeno a requerer a instrumentalização por meio da hermenêutica jurídica para a concreção adequada e célere de direitos pode-se dar com outros temas, *v. g.*, a “constatação de inconstitucionalidade de leis”; a “necessidade de juridicidade *contra legem*”, malgrado determinada lei contrariada ser plenamente constitucional; e a “constatação de interpretação constitucional e ou legal ilegítima, inválida ou infundada” efetivada por órgãos externos à Administração e tendentes a vincular o aparato estatal, a exemplo do discurso pseudodoutrinário que busca limitar o exercício de juízo de valor das autoridades de polícia judiciária, no curso da investigação criminal, quanto ao alcance fundamental jurídico do ato de indiciamento do investigado e do relatório final conclusivo da investigação criminal. Assim, verifica-se que não se trata de uma questão jurídica pontual, mas sim de um problema de caráter prático, que abarca uma infinidade de áreas sensíveis submetidas ao dever-poder decisional da Administração Pública e que merece uma melhor atenção da academia.

Cite-se ainda, nos mesmos parâmetros do direito ambiental e dos exemplos já agora referidos, a aplicação da juridicidade à *concretização de políticas públicas na área da saúde*, em que se permite identificar o direito de acesso à saúde e o dever de tutela administrativa desse direito a dar margem de movimentação aos fundamentos da decisão do próprio Estado-administração, para que, *v. g.*, custeie a compra de medicamentos, o remanejamento de recursos de dotações orçamentárias distintas e sem previsão legal para atendimento de solicitação concreta de pacientes do SUS, ou, de outro modo, determine a internação de pacientes em leitos

¹⁷⁶ Cf. BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010; e _____. **La sociedad del riesgo mundial**: en busca de la seguridad perdida. Barcelona: 2008. Este tema também foi abordado em: DEZAN, Sandro Lúcio. **Administração pública & políticas de meio ambiente**: o princípio da precaução ambiental e uma proposta de teoria geral da decisão administrativa. Curitiba: Juruá, 2014.

de hospitais públicos – ou em estabelecimentos de saúde privados, mediante indenização estatal –, sem a existência de vagas ou contra as normatizações contrafáticas. Anote-se ainda como expressão de tutela do direito à saúde, a decisão administrativa de não observância da ordem de atendimento (“fila”), em seus próprios leitos de hospitais públicos, em razão da gravidade – necessidade e urgência real – dos pacientes. Tais casos são face do fenômeno normativo da “juridicidade *contra legem*”, cujo emprego impõe-se à Administração Pública, para a efetiva salvaguarda do direito em questão.

Outro exemplo em que se defende a juridicidade *contra legem* aborda os casos de desapropriação por interesse social de áreas improdutivas¹⁷⁷. Anote-se que, nas balizas de estudos sobre o tema¹⁷⁸, melhor é afirmar não propriamente uma juridicidade *contra legem* – o que seria uma decisão jurídica contrária ao texto de lei –, mas uma verdadeira “juridicidade fenomenológica” *praeter legem*, a suprir uma pseudolacuna textual, em favor da norma jurídica. Esses casos são levados a efeito pela Administração Pública (especificamente pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA), quando se aferem valores matemáticos abaixo de índice estipulado por lei como adequado para se tachar de produtiva área localizada em região rural. Factualmente, índices próximos ao indicador desejado (o valor numérico previsto em lei) podem ser modulados por outros fatores e valores relacionados, que se portam a influenciar o real conceito de “produtividade”, ou a retratar, por outras ópticas, a real situação de a área analisada, quanto à sua produtividade¹⁷⁹. Tome, por hipótese, o fato de determinado estabelecimento poder ser considerado “improdutivo” diante de um confronto da avaliação matemática dos requisitos e das disposições legais que regem o tema e, todavia, não terem consideração o caso concreto em si, a exemplo de a propriedade rural ser o único sustento econômico de diversas famílias que nela trabalham, dos proprietários e de seus funcionários, ou de seus meeiros; assim como esse número matemático aferido objetivamente (índice legal de reconhecimento da improdutividade) ser um mero indicativo abstrato, que, por mero formalismo, distancia-se da real situação do que se pretende aferir, o *mundo das coisas*. Hão de se levar em consideração os valores gerais e agregados da propriedade e, por exemplo, o direito

¹⁷⁷ Exemplo citado por Ricarlos Almagro Cunha. Cf.: CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito**. 1. ed. Belo horizonte: Arraes Editores, 2011; _____. **Hermenêutica e argumentação no direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014; e _____. **Ética e decisão judicial: o papel da prudência na concretização do direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2015.

¹⁷⁸ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica e argumentação no direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014; e _____. **Ética e decisão judicial: o papel da prudência na concretização do direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2015.

¹⁷⁹ Também se trata de exemplo citado por Ricarlos Almagro Cunha. Cf.: CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito**. 1. ed. Belo horizonte: Arraes Editores, 2011; _____. **Hermenêutica e argumentação no direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014; e _____. **Ética e decisão judicial: o papel da prudência na concretização do direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2015.

social ao autossustento, como meio de realização de uma vida digna, aspecto constitucional qualificado como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, ao prescrever o escopo de erradicar a pobreza.

A mesma nuance apresenta-se ao conceito de “miserabilidade” como condição necessária à percepção de determinado benefício assistencial pago pelo Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, haja vista os critérios legais para a sua definição. O conceito de “miserável”, apesar de taxativo pelo texto de lei, sofrer, *sub exame* do caso concreto, variações que o “maquia”¹⁸⁰.

Em uma análise mais detida, em essência, esses são exemplos de possíveis casos não de sustentação de atuação *contra legem* com vista à consideração desses fatores reais, mas sim de defesa da atuação administrativa *preter legem* e, sem embargo, *secundum legem*, na medida em que não se opõem aos preceitos das leis em questão, mas, tão somente, harmonizam-nos aos próprios casos concretos pertinentes, em que a juridicidade administrativa afigura-se como meio adequado à concretização do direito posto, a completar a ponte da racionalização jurídica, por meio de um verdadeiro elo entre o real e o formal.

Assim, por exemplo, nos dois últimos casos referidos, quais sejam “a constatação de improdutividade das terras rurais” e “o reconhecimento de ‘miserabilidade’ do indivíduo perante a Autarquia Previdenciária”, apresenta-se a juridicidade administrativa como técnica instrumental à aplicação fenomenológica do Direito. Para a constatação de improdutividade das terras rurais, a considerar os fatos adjacentes aos formalizados, a juridicidade emprega-se como instrumento de desvelamento da real situação das propriedades. No que tange à averiguação da condição de “miserabilidade” do indivíduo perante o INSS, a juridicidade opera para atribuir efeitos jurídicos a todos os critérios fáticos capazes de condicionar a concessão do benefício previdenciário, na medida em que tende a harmonizar os preceitos e critérios trazidos no texto à sua real finalidade social e sistêmico-constitucional¹⁸¹.

Por outro giro, a *juridicidade contra legem* se afigura na medida em que a Administração Pública se depara com eventual constatação de inconstitucionalidade de lei interpretada e o agente administrativo, apesar de seu dever de adstrição à lei (princípio da legalidade estrita atinente à Administração Pública), recusa o seu “fiel” cumprimento, com base em ofensa dessa lei à Constituição. Aqui, revela-se outra óptica da validade de exercício da

¹⁸⁰ Do mesmo modo, exemplo citado por Ricarlos Almagro. Cunha. Cf.: CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito**. 1. ed. Belo horizonte: Arraes Editores, 2011; _____. **Hermenêutica e argumentação no direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014; e _____. **Ética e decisão judicial: o papel da prudência na concretização do direito**. 1.. ed. Curitiba: CRV, 2015.

¹⁸¹ *Ibidem*.

juridicidade *contra legem*. Dentro de dois preceitos antagônicos, prima-se por amenizar o princípio da legalidade, por meio do princípio da juridicidade, e, destarte, não observar uma determinada lei específica, sob o viés de um determinado o caso concreto, com vistas a garantir a higidez do texto constitucional (princípio da unidade e coerência do texto constitucional, em contraposição ao princípio da legalidade administrativa). Preserva-se, com efeito, a noção de sistema jurídico, a sua unidade e a sua estrutura hierárquica, com base na norma hipotética fundamental e na Constituição como ápice do sistema de direito positivo, em detrimento de uma determinada norma que, *in concreto*, demonstrou-se em desarmonia com os fundamentos da ordem normativa.

A par do exposto, duas espécies de juridicidade *contra legem* se ora figuram no entorno da questão: (i) aquela exercida sem a constatação de inconstitucionalidade da lei não aplicada (que aqui já se referiu como juridicidade *secundum legem* (ou *praeter legem*, não importa), e que se permite classificar, mais apropriadamente, como “juridicidade *ad normam iuris*”, ou seja, segundo a finalidade da lei); e (ii) aquela exercida com a constatação de inconstitucionalidade da lei não aplicada – juridicidade *contra legem* em sentido estrito.

O que disso se constata é uma tentativa de frustração do natural aos moldes do legal idealizado, ou mesmo, aos moldes do setorial social idealizado, manifesto impessoal heideggeriano. Todavia, o mundo da vida não se reduz ao mundo jurídico-formal, ao formalismo outrora defendido pelo positivismo jurídico como único instrumento hábil à regulação social. Não é possível reduzir o “ser” ao “dever-ser”. Sem embargo, ao intérprete e aplicador do Direito, não se legitima essa redução de conceitos ou mesmo essa confusão entre o real e o formal jurídico¹⁸².

O que se aludiu são exemplos de extensão do Direito para além do direito-texto, sem, contudo, afastar-se o intérprete e aplicador do Direito do “normado”, mas sim, por outro lado e por paradoxal que pareça, de aproximar-se do que, de fato, é jurídico-normativo, em determinado contexto histórico social, e isso somente é possível pelas vias da Fenomenologia do Direito.

¹⁸² Exemplo citado por Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha. Cf.: CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito**. 1. ed. Belo horizonte: Arraes Editores, 2011; _____. **Hermenêutica e argumentação no direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014; e _____. **Ética e decisão judicial: o papel da prudência na concretização do direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2015.

2 O EXEMPLO DA APLICAÇÃO NORMATIVO-AXIOLÓGICA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO E O MÉTODO CONSEQUENCIALISTA RACIONALIZANTE COMO RAZÃO SUFICIENTE

O presente *item* aborda a temática da relação entre o direito positivo e a moral e busca uma possível compreensão teórica da provável razão jurídica que possa ser extraída dos motivos que justificaram a decisão formulada no julgamento do Recurso Extraordinário RE 381367 pelo Supremo Tribunal Federal – STF, sobre o tema que se denominou de “desaposementação”^{183/184}. Com o aporte de conceitos da hermenêutica e da argumentação jurídica, a investigação concluirá tratar-se de julgado firmado em um modo de proceder consequencialista, que tende a demonstrar uma forma de racionalidade extrametódica nas decisões da Corte¹⁸⁵.

As fontes de onde emana a razão para a tomada de decisões humanas sempre despertaram acalorados debates nos meios filosóficos e jurídicos. A questão acerca da cindibilidade ou não da interpretação do fenômeno pela óptica da relação sujeito/objeto, em que um e outro se encontram posicionados em horizontes e em momentos distintos, e, por outro lado, o “acontecer compreensivo simultâneo” – em que se interpreta e se compreende a coisa num único ato –, ainda fomenta acalorados debates. Isso passa por questões, *e.g.*, relacionadas à busca da elucidação das concepções de “razão”, “vontade”, “inteligência”, “certeza” e, não obstante, de “verdade”, problematizadas ao longo da história por diversas escolas filosóficas e pela filosofia do direito. Para a filosofia do direito, porém, a temática geral possui um especial

¹⁸³ O Recurso Extraordinário RE 381367 pelo Supremo Tribunal Federal – STF, sobre o tema que se denominou de “desaposementação”, compreendeu decisão da Suprema Corte brasileira, em que estava em questão constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de norma jurídica que permitia a atualização dos proventos da aposentadoria a partir de novo cálculo sobre os valores recolhidos, após a aposentadoria, com a continuidade de atividade laboral. O Governo manifestou-se extra e intra-autos processuais no sentido de que a aceitação sistêmico-jurídica da desaposementação traria grandes prejuízos aos cofres públicos do país, em razão de provocar aumento considerável dos valores a serem pagos aos aposentados que tivessem os proventos atualizados. A medida ainda seria não recomendada à vista do grave momento de crise econômica que o país atravessava no ano de 2016, mormente com o suposto “rombo” da Previdência social. Esse discurso consequencialista, como se verá no Item 2.2 foi plenamente encampado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal brasileiro, que julgou inconstitucional o instituto objeto de questionamento do RE 381367.

¹⁸⁴ Escolheu-se na presente investigação o debate sobre o O Recurso Extraordinário RE 381367 pelo Supremo Tribunal Federal – STF em razão de se tratar de julgado recente, polêmico e que bem retrata o uso do consequencialismo econômico como pano de fundo para as decisões políticas do STF.

¹⁸⁵ Sobre o consequencialismo no Direito e nas decisões jurisdicionais, Lenio Luiz Streck escreve que “julgamentos por política, no fundo, representam aquilo que hoje vem sendo chamado de consequencialismo: nele o Judiciário não leva os direitos a sério no sentido de *seriously right* como fala Dworkin; ao contrário, por vezes nega direitos a pretexto de que a sua efetiva concretização traria maior prejuízo econômico, ou não contribuiria para o bem-estar geral etc. Num sentido mais prosaico, seriam também políticas as decisões tomadas com base em uma pseudo vontade da maioria, clamor popular ou até mesmo – e no limite – interesse partidário” (STRECK, Lenio Luiz. Os Dilemas da Representação Política: O Estado Constitucional entre a Democracia e o Presidencialismo de Coalizão. *In* **Direito, Estado e Sociedade** n.44 p. 83-101 jan/jun 2014, p. 91).

interesse pragmático, na medida em que toca outro conceito não menos polêmico: o de “justiça”. Vertem-se aquelas primeiras questões tributárias do conceito de “justo”, a constituírem uma espécie de *iter* necessário a ser percorrido pelos operadores do Direito – quando mais conscientes de seus misteres –, com o escopo de instrumentalização do Direito para a realização da justiça.

A pesquisa, com base nas premissas ora delineadas, busca desenvolver uma possível classificação do argumento implícito lançado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro no julgamento do Recurso Extraordinário RE 381367, (i) confrontando-o com a concepção de Direito como norma jurídica e, por outro flanco, (ii) questionando-o quanto à modelagem de sentido dada ao texto legal, a partir de seu conteúdo abstrato, tendo como instrumento a *argumentação jurídica instrumental e balizada*, no “discurso de adequação” (para utilizar expressão de Klaus Günther¹⁸⁶), de concreção, daquilo *a priori* estipulado pelo “discurso de justificação”¹⁸⁷. Por outras palavras, busca-se verificar a possibilidade (i) de inclusão entre as fontes do Direito de outros conteúdos, a par de regras e princípios jurídicos; ou, não excludentemente, (ii) a modulação de seu conteúdo já aceito (a *argumentação jurídica como critério de correção normativa*). Pretende-se isso, em que pese à referência despropositada à teoria de Günther, por meio do uso do que Johannes Hessen¹⁸⁸, a partir dos estudos desenvolvidos por Karl Adam¹⁸⁹ e por Max Scheler¹⁹⁰, denominou de “razão suficiente”, para a concepção de uma “verdade”, no caso, jurídica, aceitável à fundamentação da decisão jurisdicional¹⁹¹. Com efeito, o matiz ora investigado se confronta com a indagação de que razão

¹⁸⁶ Cf. GÜNTHER, Klaus, *op. cit.*

¹⁸⁷ Importa anotar que o próprio Günther, em sua “teoria da adequação” não admite a utilização de valores para além do discurso de justificação, próprio da legislativa. Nesses moldes, o discurso de adequação a cargo do sujeito responsável por emanar decisões deve-se quedar adstrito à argumentação balizada nos valores morais “preconcebidos” pelo sistema positivo.

¹⁸⁸ HESSEN, Johannes. **Filosofia dos valores**. Trad. E Pref. L. Cabral Moncada. Coimbra: Almedina, 2001. Conferir também: HESSEN, Johannes. **Tratado de filosofia**. Buenos Aires: Sudamericana, 1970.

¹⁸⁹ ADAM, Karl. **Glauben und Glaubenswissenschaft im Kathologismus**: Vorträge u. Aufsätze. Text der 2. Aufl.. Rottenburg: Bader'sche Verlagsbuchhandlung, 1923, p. 75 e ss.

¹⁹⁰ SCHELER, Max. **Vom Ewigen im Menschen**. Text der 3. Aufl. Berlin: Berlin Der Neue Geist 1933, p. 112 e ss.

¹⁹¹ Manuel García Morente, ao analisar a “gênese das verdades”, em comentário à teoria de Leibniz, escreve que a concepção de “verdades” advém de *conhecimentos necessários* ou de *conhecimentos acessórios*, ou seja, de conhecimentos de primeira ordem e de conhecimentos de segunda ordem, subdividindo-se, assim, as espécies de verdade, sob essa óptica e respectivamente, em (i) *verdades de razão* e (ii) *verdades de fatos*. Nisso, assinala que “As verdades de fato têm uma base no princípio de razão suficiente. Uma verdade de fato está fundada enquanto podemos procurar e dar razão de porque é assim. [...] De modo que se considerarmos que cada uma das verdades de fato está fundada em um princípio de razão suficiente, e se prolongarmos a série de razões suficientes a cada uma das causas das verdades de fatos até bastante longe, cada prolongamento será mais uma garantia da objetividade dessas verdades de fato. [...] Então surge diante de nós um conhecimento real, puro, um ideal de conhecimento, que consiste em aproximar-nos o mais possível desse conhecimento divino, que consiste em cumular tal quantidade de séries de conhecimentos nos princípios de razão suficiente de cada coisa, que a coisa esteja apoiada cada vez mais em razões suficientes e vá dividindo cada vez mais uma verdade necessária, uma

jurídica ou extrajurídica se valeu a Corte Suprema brasileira, para decidir como decidiu a questão da inconstitucionalidade do ato de “desaposentação” no sistema jurídico que lhe serve de referencial positivo.

Uma possível resposta – e aqui seguindo a linha de Josef Esser – pode-se partir da premissa de que a norma jurídica concreta “apenas” possui o seu referencial no direito positivo, que a limita, mas não a enclausura. Nisso, percebe-se que o “dever ser” ordinariamente estudado migrou das normas não escritas e de conteúdo moral, afetas ao direito natural, em que a concepção de direito se valia da tradição ético-moral transferida pelo *a priori* da tradição¹⁹², perpassando pela necessidade de segurança jurídica, representada pela “regra” jurídica, a partir do direito positivo – como projeção do positivismo científico no Direito – e, por outro lado, a encampar as regras e os princípios jurídicos¹⁹³, todavia, em um movimento de constante círculo tradicional de transferência de conhecimento, que leva, destarte, a uma postura menos dogmática do intérprete e aplicador da norma jurídica, que, porém do direito-texto não se encontra totalmente liberto¹⁹⁴. Não se trata de racionalidade extrametódica da decisão judicial, como bem adverte Esser, mas do não aprisionamento do jurista, que caminha à luz da filosofia hermenêutica¹⁹⁵.

Ao amparo do exposto e sob a noção de que a aplicação do Direito ao caso concreto, por via da dogmática de um “dever ser” que na atualidade tende a conciliar-se com a axiologia, há de se assimilar que a concretização do Direito necessariamente passa (*a*) pelo ato de identificação de suas fontes (aqui sob a concepção de origem e de espécies de norma jurídica), elencando, assim, possíveis hierarquias de suas subclassificações e, a partir disso, pela (*b*) definição das balizas da atividade hermenêutica sobre elas incidentes. À guisa de exemplo, anotem-se a interpretação dos textos, para o direito positivo, e, sem embargo, a identificação de valores, que envolverem as normas-regras e as normas-princípios. Com efeito, buscar-se-á identificar na jurisprudência brasileira um início de utilização de outras espécies de normas (no

verdade de razão, em lugar de ser uma verdade de fato” (MORENTE, Manuel García. **Fundamentos de filosofia 1**: lições preliminares. Tradução e Prólogo de Guillermo de la Cruz Coronado. São Paulo: Mestre Jou, 1980, p. 199-200).

¹⁹² GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método**. Vol. I, II. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1998.

¹⁹³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010; e _____ **Justiça para ouriços**. Lisboa: Almedina, 2012. Anote-se aqui que, e.g., Ronald Dworkin traz a ideia de “romance em cadeia”, para apresentar sua percepção de “solução do caso” também por meio de um “pensar lógico”, que se baseia no uso de uma espécie de “razão pelo consenso”, assim como pensa Esser (*op. cit.*), e, v.g., Arthur Kaufmann, em que este mescla os argumentos plausíveis, aceitáveis por um auditório destinatário da norma (KAUFMANN, Arthur. **Hermenêutica y derecho**. Granada: Comares, 2007).

¹⁹⁴ Cf. ESSER, Josef. **Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung**: Rationalitätsgrundlagen richterlicher entscheidungspraxis. Frankfurt am Main: Athenäum Ficher, 1972.

¹⁹⁵ ESSER, Josef, *op. cit.*, p. 84 e ss.

caso, “valores”)¹⁹⁶, para além das regras e dos princípios jurídicos, à luz do julgamento do Recurso Extraordinário RE 381367 (Desaposentação) pelo Supremo Tribunal Federal – STF.

Nesse viés e à vista de alguns argumentos que foram veiculados por algumas autoridades envolvidas no processo decisório, indaga-se qual é a razão de fundo, projetada para além do uso de regras e princípios jurídicos, a justificar, no julgamento do referido recurso extraordinário, a decisão pela inconstitucionalidade do instituto da “desaposentação”.

2.1 O ideal não realizado de segurança jurídica, como efeito inesperado do sistema dogmático-positivista

A par de institucionalizada por ação do Estado, à vista do exposto, em uma visão *kelseniana*, as normas jurídicas também se caracterizam por receberem o seu fundamento de validade de norma jurídica superior, ascendentemente, a ponto de alcançar legitimidade na Constituição do Estado, em uma estrutura hierárquica de normas. A Constituição, por seu turno, legitima-se por via da norma hipotética fundamental, que, apesar de não jurídica e não escrita, mas com certa carga moral-social, prescreve o dever de obediência à Constituição.

As normas morais não são emanações estatais e, também, não possuem a estrutura hierarquizada de legitimação e de fundamentação de validade uma das outras – como ocorre no Direito, pelo viés do positivismo jurídico, especialmente de Kelsen –, na medida em que podem ser estanques e fundamentadas em valores morais também estanques e individuais, que não se comunicam com outras normas e valores morais. Não há aqui uma *concepção sistêmica de unicidade*, com coerência e coesão, aos moldes das normas jurídicas. Todavia, nem por isso deixam as normas morais de serem observadas e temidas por suas sanções, afigurando-se normativas em essência e prescritivas, a exemplo das jurídicas, de condutas humanas, todavia, não se impondo à regulação jurídica de modo extrassistêmico, ou seja, à revelia de positividade jurídica, por meio do texto de lei que assim as prevejam.

Essas idealizações, como dito, são advindas do formalismo inaugurado pelo positivismo e, no campo normativo, pelo positivismo jurídico, ao buscar uma pureza típica das

¹⁹⁶ Em razão da polémica que o temo desperta – o que requereria um esforço argumentativo desapropriado ao que por ora nos propomos –, não nos deteremos à justificação e à defesa dos “valores” como espécie de normas jurídicas, em uma espécie de teoria tripartida, em conjunto com as regras e os princípios. Apenas é colocado o assunto em um início de reflexão, ciente de que uma série de estudiosos se opõe a essa posição, a exemplo de Robert Alexy, em suas investigações sobre a aplicação das normas de direito fundamental, ao tratar, *e.g.*, (i) da colisão de princípios e (ii) do conflito de regras de direitos fundamentais (Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993).

ciências naturais, matemáticas, voltadas à aplicação normativa¹⁹⁷. Com efeito, buscou-se moldar o Direito ao campo do direito positivo, reduzindo-o ao Direito enquanto direito-texto. Por outro lado, afastou-se o Direito de valores possivelmente apreensíveis de outros ramos tais quais a ética, a moral, a sociologia, a política.

Nesses moldes, o Direito somente era concebido como tal se formulado por meio de um texto legal e desprovido de qualquer abertura para a inferência de valores extrajurídicos. A busca era, destarte, por precisão regulatória, ou seja, por segurança jurídica, em uma época em que a confiança nas ciências duras, pragmáticas, de experimentos repetíveis e constatáveis no mundo físico, era o que de maior vanguarda existia; e o Direito, se pretendesse realmente dotar-se da confiabilidade, deveria aproximar-se ao máximo dos métodos esposados pelas ciências naturais. Por oposto, repudiaram-se as teorias do Direito Natural, do concebido e até então aplicável, *jusnaturalismo*, que passou a ser encarado como exemplo de incerteza e de insegurança jurídica. Nisso, buscou-se afastar do direito positivo toda e qualquer influência não só da moral e da política, como também do direito natural. Todos os valores daí provenientes eram nocivos a um ideal de funcionamento *avalorativo*, seguro, confiável e repetível do direito positivo.

Não obstante, por paradoxal, constatou-se, pelo primor da busca pela segurança jurídica, uma verdadeira ausência de plasticidade e de verdadeira subsunção dos conceitos normativos às concepções dos fatos do mundo real. Por outras palavras, a rigidez do direito positivo impulsionado pela inaugural filosofia imposta pelo *positivismo jurídico* acabou por gerar a discricionariedade do intérprete e aplicador do direito-texto e, com isso, por provocar a insegurança jurídica tão combatida, na medida em que o operador do Direito via-se adstrito ao mundo metafísico da norma, ao normativo isolado, sem conexão com o real, com o caso concreto a que a norma geral e abstrata visava a regular. Nisso, o intérprete obrigou-se a inserir valorações dentro de uma margem de normatividade jurídica a que Kelsen, em sua 2.^a edição alemã da “Teoria Pura do Direito”, com a inclusão do Capítulo VIII, denominou de “moldura normativa” delimitativa do campo das várias possíveis interpretações atribuíveis validamente a determinado texto de lei.

¹⁹⁷ Cf. CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito**. 1. ed. Belo horizonte: Arraes Editores, 2012; e _____. **Hermenêutica jurídica e argumentação no direito**. Curitiba: CRV, 2014.

2.1.1 *Uma breve crítica ao positivismo jurídico pela óptica da axiologia e dos valores jurídicos axiomáticos*

A validade das decisões jurídicas não se apoia, como formularam os *juspositivistas*, na adequação interna e externa das normas (forma e conteúdo). Tampouco se apoia sói na sua estrutura interna ou na combinação das concepções da análise interna da norma, em seu aspecto de formação e de fundamento de validade. Por um olhar inicialmente afeto à Pós-Modernidade, sem que isso vá de encontro a uma posterior análise fenomenológica, depende ela, a validade da norma jurídica, no momento da decisão jurisdicional, da adequação a *valores extranormativos* que, em determinados casos submetidos ao juízo, têm o condão de conformarem-se às normas jurídicas e, em uma relação – diga-se – de *alteridade*¹⁹⁸ e *reflexividade complexa*¹⁹⁹, ditar o sentido da decisão judicial e de qualquer outra decisão jurídica. Para além do argumento de Ronald Dworkin sobre a inserção da *política* no *direito*, tese em que sustenta ser o *direito* um sub-ramo da *moral política*, de modo a resultar na aplicação *padrões de política* no campo do *jurídico*, arrimados em valores éticos e morais²⁰⁰, a declinar que um direito pretensamente “puro” e “autopoiético”²⁰¹, fundado na norma jurídica e em seu texto de lei, é, no plano pragmático, inconciliável com a razão humana, há de se considerar a *práxis* dessa teoria do direito. Os resultados demonstram que o *positivismo jurídico*, por si só, não deu conta de resolver todas as questões postas pelas intrincadas necessidades do coletivo social. As relações intersociais demonstraram, ao logo da história, que vão além de um sistema jurídico que se denomine *autossuficiente* e *autoformador*, a ponto de colocar em risco a própria estrutura e o modelo de sociedade. A *segurança jurídica* dos padrões normativos rígidos e previsíveis, defendidos pelo positivismo jurídico – este ideologicamente firmado em suas bases de normas enclausuradas em leis totalmente abrangentes dos contextos sociais relevantes para o direito –, demonstrou-se uma falácia²⁰²; evidenciada mais claramente a partir da sua pretensão de substituir-se ao “Absoluto” por si mesma²⁰³. Buscou-se substituir a

¹⁹⁸ LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós**: ensaios sobre a alteridade. Tradução de Pergentino Stefano Pivatto (coord.), Evaldo Antônio Kuiava, José Nedel, Luiz Pedro Wagner e Marcelo Luiz Pelizzoli. Petrópolis: Vozes, 2009.

¹⁹⁹ MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução de Eliane Lisboa. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2015.

²⁰⁰ Cf. DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriço**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012; Cf. também do mesmo autor e em crítica diretamente a Hart: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

²⁰¹ HART, Herbert. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

²⁰² Cf. CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito**. 1. ed. Belo horizonte: Arraes Editores, 2012; e _____. **Hermenêutica jurídica e argumentação no direito**. Curitiba: CRV, 2014, p. 15-87.

²⁰³ HESSEN, Johannes. **Filosofia dos valores**. Trad. E Pref. L. Cabral Moncada. Coimbra: Almedina, 2001, p. 243-244.

concepção de “verdadeiro” pela concepção de “correto”²⁰⁴ e, dessarte, de “absoluto” por “seguro”, em um ambiente em que a própria noção de “correção” ou de “correto” reduziu-se ao direito-texto e a toda uma ordem de discricionariedade e arbitrariedades decisionistas, de um “positivismo judicial”²⁰⁵. A segurança jurídica almejada pelo positivismo jurídico resultou em fonte de insegurança para o Direito²⁰⁶, abrindo margens à discricionariedade impensada, ao decisionismo, ao ativismo ilimitado e à arbitrariedade do Estado julgador. De fato, o sistema dogmático-positivo não está infenso à razão humana de quem o modula, de quem o opera, para dar-lhe, para além da forma, um *fin específico*²⁰⁷.

Nesse ponto, merece atenção a crítica formulada por Johannes Hessen²⁰⁸ à ideia de *onipotência* e *absolutismo* do positivismo científico, do qual, para o autor, deriva o *juspositivismo*, ao escrever que “é certo que há uma forma de pensamento que julga poder desenvolver-se e viver sem essa ideia [a ideia de um ente superior, *ens a se*, Absoluto]: o *pensamento positivista*, iludindo ou negando os mais altos problemas filosóficos”.

Incontáveis críticas formularam a esse aspecto da escola positivista do Direito, levando ao desenvolvimento de outras correntes que buscaram superar o caos da insegurança, representado pela imprevisibilidade do direito pelo direito. O *neopositivismo* e o *neoconstitucionalismo*, em suas diversas variáveis e tendências, são exemplo disso²⁰⁹.

De qualquer forma, ainda se indaga: ao *Direito* importam os valores extrajurídicos e não positivados? Se sim, em que limite? Sem embargo, a pesquisa não se não engendrará na busca de respostas a essas indagações. Por essa via, apenas se apresenta o problema ao debate.

²⁰⁴ Cf. CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica jurídica e argumentação no direito**. Curitiba: CRV, 2014, p. 33 e 203-204.

²⁰⁵ Expressão utilizada por Franz Bydlinski (BYDLINSKI, Franz. *Über die Lex-lata-Grenze der Rechtsfindung*. In KOLLER, Ingo; HAGER, Johannes; JUNKER, Michael; SINGER, Reinhard; NEUNER, Jörg (Hrsg.). **Einheit und Folgerichtigkeit im Juristischen Denken – Symposium zu Ehren von Herrn Dr. Dr. h.c. mult. Claus Wilhelm Canaris**. München: C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1998, p. 27-88), para formular crítica às teorias de Esser, o que bem cabe para criticar o decisionismo provocado pelas teorias positivistas do direito.

²⁰⁶ Cf. CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito**. 1. ed. Belo horizonte: Arraes Editores, 2012; e _____. **Hermenêutica jurídica e argumentação no direito**. Curitiba: CRV, 2014, p. 15-87.

²⁰⁷ Cf. CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica jurídica e argumentação no direito**. Curitiba: CRV, 2014, p. 32-36.

²⁰⁸ HESSEN, Johannes. **Filosofia dos valores**. Trad. E Pref. L. Cabral Moncada. Coimbra: Almedina, 2001.

²⁰⁹ Cf. ATENCIA, J. M. *Positivismo y neopositivismo*. In: **Anales del Seminario de Metafísica**. Nº 25-1991/143-154. Madrid: Ed. Universidad Complutense, 2005; GARCÍA FIGUEROA, A. *El paradigma jurídico del neoconstitucionalismo. Un análisis metateórico y una propuesta de desarrollo*. GARCÍA FIGUEROA, A. (Coord.). In: **Racionalidad y Derecho**. Madrid: CEPC, 2006, p. 265-28; e CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos**. Madrid: Trotta, 2007.

2.1.2 *Continuidade crítica ao positivismo jurídico, agora pela óptica da pseudosseguurança jurídica que lhe fundamenta – o problema da concepção estrita de norma*

De tudo que se expôs, afere-se que o problema de uma hermenêutica jurídica adequada se encontra no seu afastamento do fenômeno fático como ele realmente se apresenta. A organização da vida em sociedade requer instrumentos apropriados ao controle e regulação das relações intersubjetivas, e isso, de modo mais intenso, como legado da Modernidade, dá-se voluntaria ou involuntariamente por meio da priorização do conceito de norma, primado da normatização escrita e ou verbal, que, entretanto, afigura-se de diversas espécies. As normas, por meio de uma rápida leitura estanque e compartimentada, não são características privativas do Direito, mas permeiam os meandros de diversos outros setores ontológicos, a exemplo do religioso e dos comportamentais sociais. Apresentam-se, à vista dessa polivalência, de origens prescritivas e de naturezas morais, *e.g.*, a caminhar em um sentido social-regulador *pari passu* com as normas jurídicas. Estas últimas são postas pelo Estado, com o fim institucional majoritariamente publicístico de prescreverem condutas por meio de conceitos descritivos-definitórios do dever de agir, de omitir-se ou de permitir outras ações ou omissões de terceiros, e, em grande parte dos casos, vinculados, tais conceitos, a padrões deônticos ao poder-dever de esse mesmo Estado aplicar as sanções correspondentes, como incidências decorrentes do descumprimento das condutas estipuladas²¹⁰.

Surge daí, como visto, a concepção dos conceitos de *lícito* e de *ilícito* a correlacionarem-se às necessidades de organização e de controle social pelas mãos do Estado Democrático de Direito. Afiguram-se, por corolário, o império das leis e a submissão de todos os indivíduos e entes jurídicos personificados, inclusive o Estado, e não personificados, às leis e a esses modalizadores deônticos, funtores teleológicos determinantes de condutas.

A internação das prescrições normativas, sob o ideal de organização e orientação de condutas, aos meandros orgânico-burocráticos do Estado, este enquanto instrumento administrador a serviço do bem comum – interesse público –, afigura-se fundamentada na necessidade de tutela endógena, intrínseca, do aparato estatal. A “regulação-controle” das relações sociais, com efeito, passa necessariamente pelo “direito”, entendido como “legitimação” e “prerrogativa”, e, não menos, como “dever” de o Estado, em suas três grandes subdivisões de funções – executiva, judicial e legislativa –, exercer atribuições coercitivas

²¹⁰ Para uma abordagem aprofundada das questões axiológicas que envolve a crise do Direito, *cf.*: CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito**. 1. ed. Belo horizonte: Arraes Editores, 2012.

dentro de um conceito de *poder-dever institucional*, haurido dos pressupostos do modelo de contrato social, em Hobbes, Locke e Rousseau²¹¹.

Há, perfilhado a esse conceito de interesse público-coletivo-social, não somente um horizonte de *poder-prerrogativa*, mas, também e primordialmente, um contorno de *dever-sujeição*. Essa é a essência do contrato social inspirado nos pensamentos dos filósofos iluministas, a formar as balizas para a legitimação do direito, ou seja, a razão jurídica de ser da ordem normativa²¹². Para tal fim, à vista desses fatores e sob o manto do (e limitado pelo) princípio da legalidade, o Estado-juiz vale-se do ordenamento jurídico, representado pelas disposições legais, que compõem o corpo normativo, o conjunto de leis-texto e normas institucionalizadas, ambiente em que se estipulam as concepções de *normas-regras* e *normas-princípios*²¹³.

O direito positivo estatal adota a linguagem e o texto do vernáculo como veículo introdutor de normas e, deste ângulo, afere-se o texto legal, de onde se extrai a norma regulatória de condutas, oriunda ou proveniente de suporte de fundo, o texto-legal, que se perfaz, em linguagem normativa, dotada de signos, significantes e significados (sentido dogmático)²¹⁴.

Todavia, sem embargo do que esse modelo pode trazer de insegurança à luz de uma teoria positivista do direito, essa orientação de sentido não parece ser o caso dos móveis da decisão de inconstitucionalidade da “desaposeição”, no julgamento do Recurso Extraordinário RE 381367 pelo Supremo Tribunal Federal.

O Direito não reconhece legitimação do agir ou do omitir-se, quer do Estado, quer de seus agentes, afastados das disposições afirmadas em texto legal e aqui se entenda também o texto da Constituição, a ser abarcado pelo conceito *lato* de lei, sob o prisma de identificação de normas jurídicas: regras e princípios. Todavia, há de se ter assente a submissão da ordem normativa escrita ao mundo vivido. O texto normativo, como fonte do Direito, erige-se a instrumento exclusivo da concretização da finalidade pública que, com a apreensão da noção do código binário “lícito” e “ilícito”, constitui-se em centro autêntico irradiador da *legitimação*, do *logos*, das ações públicas e dos direitos e garantias fundamentais e das demais normas correlatas e decorrentes, para estear-se frente a eventuais abusos ou excessos do Estado. Com assinala Esser, não há de se inferir ampla margem de liberdade extratextual do sistema

²¹¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques, *op. cit.*; e LOCKE, John, *op. cit.*

²¹² GOYARD-FABRE, Simone. **Filosofia crítica e razão jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

²¹³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010; e _____. **Justiça para ouriços**. Lisboa: Almedina, 2012.

²¹⁴ RADBRUCH, Gustav. **Introducción a La ciencia del derecho**. Traducción de Luis Recanses Siches. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1930.

dogmático-positivista, pois isso leva à arbitrariedade²¹⁵. No Positivismo Jurídico, afastando-se dos costumes do Direito Natural, a lei afigura-se como o principal instrumento do Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, das instituições gestoras da ordem pública. Entretanto, a aplicação da lei sob a égide de um positivismo rígido e engessado pela gramaticidade do texto, que se vê empregado ao pseudocientificismo leva à discricionariedade arbitrária. O direito positivo deve ser encarado como o fundamento, a base, para o “fluir” dúctil do “normativo”, que deve partir de um referencial escrito e avançar para uma realidade sociocultural de normatividade assentada em um contexto de juridicidade a formarem o subtexto jurídico.

Por outro lado, assim não se vê. A visada fenomenológica não é conhecida do exegeta. Com essas asserções conclui-se que o direito positivo se afigura plástico, moldável dentro de uma “margem de manobra”²¹⁶ ou de mobilidade manipulável pelo intérprete e aplicador do Direito, sem que se afaste do campo de validade do “normado”, o que se pode denominar, também, nas palavras de Rodríguez Puerto, uma “racionalidade [subjetivista] flexível”²¹⁷. Sob uma concepção específica, a *moldura* referida por Kelsen – e aqui é formulada uma crítica para contrariar o autor austríaco *juspositivista* –, não perfaz nitidamente uma moldura, mas sim um ponto, um pequeno e único ponto em uma reta, em que – e somente se – nele a norma se apresenta constitucional e válida. A moldura, a exemplo do que circunda um, pode ser entendida como um campo histórico pró-futuro ou pró-passado em que a norma foi ou será validamente aceitável, mas como momento presente de exteriorização da decisão, somente um ponto, dentro de toda a área contornável pela moldura se sustente a prova da validade, haja vista que esta é temporal, a depender dos valores que permeiam o complexo contexto sociocultural.

Nessas balizas, a decisão de reconhecimento da inconstitucionalidade da “desaposentação”, no julgamento do Recurso Extraordinário RE 381367 pelo Supremo Tribunal Federal, afigura-se, em um primeiro olhar, dotada de caráter decisionista, aos moldes da discricionariedade de uma teoria pura do direito, ao incluir valor político-financeiro em um contexto em que se requer a técnica aplicada a um fim, porém a partir da premissa de deixar-se o aparecer da realidade, ao menos em um ambiente formado pelo consenso coletivo, como defende Kaufmann²¹⁸ – o que parece não ser o caso da decisão em comento.

²¹⁵ ESSER, Josef, *op. cit.*, p. 84 e ss.

²¹⁶ Expressão utilizada por SEABRA FAGUNDES (*cf.* SEABRA FAGUNDES, Miguel. *Voto relator na apelação cível n.º 1.422*. In **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 14. São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 1948).

²¹⁷ PUERTO, Manuel Jesús Rodríguez. **Interpretación, derecho, ideología**: la aportación de La hermenéutica jurídica. Granada: Comares, 2011.

²¹⁸ KAUFMANN, Arthur, *op. cit.*

À vista da necessidade de atuação jurisdicional firmada em um escopo de ordem jurídica em busca da realização do ideal de justiça²¹⁹, afastando-se do decisionismo discricionário, ao considerar que “os juízes são cidadãos de um mundo compartilhado, no qual aquilo que se lhes dá não é um amorpho pronto para ser formatado”²²⁰, e, por outro lado, se “o ordenamento jurídico não fica ao sabor de interpretações arbitrárias de um juiz solipsista porque não se tem um enclausuramento conceitual”²²¹, resta saber, sob uma análise fenomenológica, qual é o “sentido compartilhado como um mesmo para todos”²²², do qual se vale o intérprete e aplicador do Direito e o próprio coletivo social. Mister acreditar que, de plano, não há uma certeza de razão jurídica justificante.

2.2 A tese da “razão suficiente” econômico-consequencialista adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário RE 381367 (“Desaposentação”)²²³

O fundamento do racionalismo, em seu mais alto cume, encontra-se na filosofia metafísica *leibiniziana*, especialmente ao superar as bases da filosofia de René Descartes, para além da *matematização* geométrica do mundo, como sustentou Descartes, para uma aplicação do racionalismo e dos conceitos precisos à física e, destarte às ciências da natureza. Com isso,

²¹⁹ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Ética e decisão judicial**: o papel da prudência na concretização de direitos. Curitiba: CRV, 2015, p. 138 e ss.

²²⁰ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 78.

²²¹ *Ibidem*, p. 78.

²²² *Idem*, p. 76-77.

²²³ O Recurso Extraordinário RE 381367 (“Desaposentação”), decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro foi escolhido para exemplificar a tese da “razão suficiente”, em decorrência de ter sido um julgamento amplamente repercutido na mídia jornalística, televisiva e escrita, e nos meios sociais, o que facilita a abordagem temática. Sem embargo, há diversos outros que, todavia, para não se estender em demasiado, não comportam abordagem no bojo da presente tese. Consoante inferido na Nota 260, apenas para exemplificar, novamente se anote, a par da “desaposentação” (Recurso Extraordinário RE 381367), a “taxação dos inativos da previdência social” (Ações Diretas de Inconstitucionalidade ADI 3105 e ADI 3128 – propostas contra a parte da reforma da Previdência que institui a contribuição de inativos e pensionistas: artigo 4º da Emenda 41/03); a “questão da vaquejada, no Nordeste brasileiro” (ADI nº 4983, sobre a inconstitucionalidade da lei cearense, Lei estadual nº 15.299/2013, que estabelece as regras para a realização da vaquejada como atividade desportiva e cultural, em que o texto legal fixa critérios para a competição e obriga os organizadores a adotarem medidas de segurança para os vaqueiros, para o público e para os animais). Também conferir o teor da decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF), quanto à cisão da sanção decorrente do *Impeachment* da Presidente da República Federativa do Brasil, proferida em 31 de agosto de 2016, no Plenário do Senado Federal, na medida em que a decisão não atribuiu o completo efeito ao parágrafo único do artigo 52 da Constituição Federal, que, em princípio, deveria compor uma estrutura unitária e indivisível, de tal modo que, imposta a sanção consistente na destituição do Presidente do cargo, a inabilitação por oito anos para o exercício de qualquer função pública ou eletiva representaria uma consequência natural da decisão.

com essa pretensão de precisão do mundo da vida e com a busca de uma precisão absoluta para os problemas da metafísica, concebeu a distinção entre *verdades da razão* e *verdades de fato*. Buscou demonstrar que as comprovações empíricas, verificadas com as experiências fáticas, “verdades de fato”, sustentavam-se em outras verdades racionalmente cada vez mais profundas e menos empíricas, até atingir uma “verdade da razão”. Nesse caminho racionalizante, várias são as possíveis verdades de fato e as possíveis verdades de razão, pois a verdade de razão final e absoluta seria Deus, inatingível pela razão humana. Com efeito, concebeu a definição de “razão suficiente”, que seria uma razão inicialmente sustentada em uma verdade de fato, todavia com uma linha ascendente de verdades em que se firmasse, a ponto de tornar suficientemente racional a sua aceitação como incontestável. Esta seria a *razão suficiente*, de base racionalista, de aporte filosófico moderno, a partir de Descartes e aprimorado por Leibniz²²⁴.

À vista dessa definição do conceito de razão suficiente surgem diversas aplicações para o mundo do Direito e o Supremo Tribunal Federal brasileiro, embora não o declare abertamente, dela faz uso, mormente sob o seu viés, por assim dizer, consequencialista de diversas ordens²²⁵, e, no exemplo que se segue, econômico²²⁶.

Constantemente, a par do teor dos próprios votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, os meios de comunicação em geral, televisivos, impressos, de rádio e da rede mundial de computadores, declinam as mais variadas justificativas para as tomadas de decisão pela

²²⁴ Cf. MORENTE, Manuel García. **Fundamentos de filosofia 1**: lições preliminares. Tradução e Prólogo de Guillermo de la Cruz Coronado. São Paulo: Mestre Jou, 1980, p. 204-215 e 217.

²²⁵ Luis Fernando Schuartz identifica dois tipos de consequencialismo jurídico, um de natureza forte e outro de caráter fraco, de modo a definir o conceito de consequencialismo jurídico “qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação *jurídica* de uma determinada decisão judicante à *valoração das consequências* associadas à mesma e às suas alternativas. Nesses termos, denominar-se-á de “consequencialista” não apenas a posição segundo a qual uma decisão D é correta se e somente se não se encontra, com relação a ela, alguma decisão alternativa a que se associem consequências preferíveis àquelas associadas a D. Esse tipo de consequencialismo, que será denominado de “forte”, é somente um dos extremos de um conjunto de tipos ordenado de acordo com a *prioridade* atribuída à valoração de consequências no juízo de adequação de uma determinada decisão judicante, ou, alternativamente, com a *exclusividade* atribuída a essa forma de valoração na formulação desse juízo” (SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *in*: **Revista de Direito Administrativo – RDA (Atlas)**, 130-158, Vol. 248 (2008), p. 130-131).

²²⁶ Em crítica à postura consequencialista jurisdicional, assinalam Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal que “em todas essas dimensões e contextos de aplicação na literatura nacional recente, porém, sejam elas mais interinstitucionais ou mais intrainstitucionais, há um elemento em comum. É frequente a referência ao texto ‘Interpretation and Institutions’, de Cass Sunstein e Adrian Vermeule, como matriz básica do argumento baseado em capacidades institucionais. O trabalho desses autores vem sendo enfatizado como fonte de elementos importantes para se estruturar melhor o exercício da discricionariedade judicial, na medida em que prescreve a incorporação de considerações sobre os recursos e limitações de que uma dada instituição dispõe para resolver os problemas que lhe são submetidos” (ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *In*: **Direito, Estado e Sociedade**, n.38 p. 6 a 50 jan/jun 2011, p. 7-8).

Suprema Corte, completamente distintas do que, ordinariamente, tem-se estudado, de uma forma detidamente fundamentada, sobre a teoria do Direito.

A aplicação do direito por meio de regras e de princípios jurídicos tem ficado cada vez mais longe das *práxis* do Estado Jurisdicional, ao menos no que se tem acompanhado nos tabloides mais populares brasileiros.

Para o caso da decisão de inconstitucionalidade da “desaposeitação”, no julgamento do Recurso Extraordinário RE 381367 pelo Supremo Tribunal Federal, a questão não foi diferente. Os meios de comunicações oficiais noticiaram uma possível, porém extrajurídica, razão convergente à tomada de decisão pelo STF.

Por exemplo, a Advocacia Geral da União (AGU) anunciou ter entendido que a revisão das aposentarias sem as contrapartidas de devoluções individuais referentes aos valores anteriormente recebidos na condição de aposentado contrariaria a Constituição Federal brasileira, que estabeleceria, de acordo com o Órgão responsável pelo exercício da defesa do governo em juízo, o “caráter contributivo da Previdência Social” e, sem embargo, “a necessidade de preservação do equilíbrio entre suas receitas e despesas”²²⁷.

Um fato é especialmente de relevo para a pesquisa que nos determos. Trata-se do voto do Ministro Luiz Fux, o que pode declinar, por amostragem, um extrato do posicionamento recorrente adotado pelos demais Ministros do Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF) para casos análogos. Afirmou o Ministro do STF que o *déficit da Previdência Social brasileira* e a *crise econômica que acomete o país* foram determinantes na decisão da Corte de vetar o recálculo da aposentadoria, no respeitante à denominada “desaposeitação”, instituto utilizado para os casos de pretensões de volta do aposentado ao mercado de trabalho, pois nesse modelo jurídico, do modo em que se encontra posto, os gastos do governo com a Previdência Social se tornam insustentáveis e a crise econômica desaconselha, destarte, a aprovação da Corte^{228/229/230}.

²²⁷ <http://agenciabrasil.etc.com.br/economia/noticia/2016-10/agu-diz-que-se-stf-aprovar-desaposeitacao-segurado-devolvera-dinheiro>. Consultado em 23.05.2017.

²²⁸ <http://agenciabrasil.etc.com.br/economia/noticia/2016-10/agu-diz-que-se-stf-aprovar-desaposeitacao-segurado-devolvera-dinheiro>. Consultado em 23.05.2017.

²²⁹ “Hoje, o cenário jurídico gravita em torno do binômio direito e economia”, comentou Fux, ao discursar em congresso sobre segurança jurídica no INSPER. ‘Foram os influxos da economia que levaram o Supremo Tribunal Federal a vetar essa possibilidade diante do que hoje a economia exige do magistrado uma postura pragmático-consequencialista’, acrescentou [...] ‘Tudo isso é analisado sob o prisma e o âmbito econômico’, disse Fux” (*Idem*).

²³⁰ “Após atribuir ao INSS o maior rombo da economia, Fux destacou que a decisão do Supremo evitou um rombo nas contas públicas de R\$ 300 bilhões” (<http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2016/10/28/internas/economia.555156/rombo-da-previdencia-levou-supremo-a-vetar-desaposeitacao-avalia-fu.shtml>). Consultado em 23.05.2017).

Pode-se inferir dos argumentos lançados que a decisão de inconstitucionalidade da “desaposentação” proferida pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, a mais alta Corte do país e responsável por garantir a higidez das normas constitucionais e a harmonia de toda e qualquer lei perante a Constituição Federal de 1988, teria sido firmada – e isso, como ponto fundamental para o teor de seu dispositivo – levando em consideração, como *ratio decidendi*, não do ideal de submissão do Direito a regras e a princípios jurídicos (ou a valores axiomáticos, consoante se defende na presente pesquisa), mas sim em decorrência de modulação desse Direito ao amparo de pensamento de cunho *político-econômico-financeiro*, com o propósito de evitar um “rombo” nas contas públicas, o que se denominou, conforme afirmou o Ministro da Corte, de uma “postura pragmático-consequencialista”.

Com exceção de alguns Ministros, que se detiveram estritamente na análise do direito-texto, quanto à existência ou não de lei, a Corte, de uma forma ou de outra, deixou transparecer (mesmo em alguns votos que inicialmente se subsidiaram em texto legal, a exemplo do Voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes) certo escopo “pragmático-consequencialista”, de modo a adotar – ao menos como uma inicial tendência para as decisões que envolvam dispêndio de recursos públicos pelo Estado²³¹ – uma “visada consequencialista” (pragmatismo jurídico, arrimado no realismo jurídico, de origem norte-americana)²³² e a afastar-se de uma “atuação deontológica” (de perspectiva kantiana)^{233/234}.

²³¹ O consequencialismo econômico encontra fundamento na “*Análise Econômica do Direito*, elaborada ao longo dos últimos séculos e consolidada em meados do séc. XX, centralmente nas cátedras da Escola de Chicago, cujo principal expoente é o magistrado estadunidense Richard Posner, propõe uma visão inovadora dos institutos jurídicos, lastreada em *elementos econômicos*. Esta maneira de enxergar o fenômeno dos direitos coloca em pauta uma problemática conceitual, muito em vista do *sensu comum teórico dos juristas*, acostumados a não enfrentar um discurso que relativize seu ideário de *justiças*. Faz-se necessário reconhecer a relevância temática e metodológica da *Análise Econômica do Direito*, sobretudo pela necessidade urgente de se adequar a realidade constitucional a uma hermenêutica judiciária que concretize não só os interesses individuais, mas também viabilize substancialmente as prerrogativas governamentais” (CARVALHO, Vinícius Soares. *Análise econômica do direito e sua problemática constitucional*. In: **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, 73-98, (2015), p. 73).

²³² Cf. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao realismo jurídico norte-americano**. 1. ed. Brasília: Edição do Autor, 2013.

²³³ *Ibidem*.

²³⁴ “**STF considera inviável recálculo de aposentadoria por desaposentação sem previsão em lei**. O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) considerou inviável o recálculo do valor da aposentadoria por meio da chamada desaposentação. Por maioria de votos, os ministros entenderam que apenas por meio de lei é possível fixar critérios para que os benefícios sejam recalculados com base em novas contribuições decorrentes da permanência ou volta do trabalhador ao mercado de trabalho após concessão da aposentadoria. A tese a ser fixada para efeito da repercussão geral deverá ser votada no início da sessão plenária desta quinta-feira (27). Foram julgados sobre o tema os Recursos Extraordinários (RE) 381367, de relatoria do ministro Marco Aurélio, 661256, com repercussão geral, e 827833, ambos de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso. Prevaleceu o entendimento do ministro Dias Toffoli, apresentado na sessão de 29 de outubro de 2014. [...]. **Ministro Edson Fachin**: O ministro Edson Fachin acompanhou a divergência aberta pelo ministro Dias Toffoli, dando provimento ao RE 661256 por entender que o STF não pode suplantar a atuação legislativa na proteção aos riscos previdenciários. [...]. **Ministro Gilmar Mendes**: O ministro Gilmar Mendes votou no sentido de negar o direito à desaposentação por entender que, se o segurado se aposenta precocemente e retorna ao mercado de trabalho por ato voluntário,

Neste ponto surge a dúvida se tal atuação – nomeadamente extramuros das balizas de que se tem costume defender na teoria da decisão jurídica²³⁵ – seria (i) uma expressão de ativismo judicial de carga política, ou, por outro lado, (ii) uma face da *prudência* como reflexo da ética na teoria da decisão judicial²³⁶.

Denota-se, destarte, um viés político, decorrente, como já referido, do emprego do “consequencialismo”, representativa de uma faceta do pragmatismo jurídico, que faz ressurgir o realismo jurídico, de origem norte-americana^{237/238}.

não pode pretender a revisão do benefício, impondo um ônus ao sistema previdenciário, custeado pela coletividade. Para o ministro o artigo 18, parágrafo 2º, da Lei 8.213/1991, não deixa dúvida quanto à vedação da desaposentação no âmbito do ordenamento previdenciário brasileiro. “[...] O ministro citou dados da Advocacia Geral da União de que um eventual reconhecimento do direito à desaposentação pelo STF teria impacto de R\$ 1 bilhão por mês aos cofres da Previdência Social. Para ele, se a matéria deve ser revista, isso cabe ao [...]. **Resultados:** Ao final, o Plenário, por maioria, negou provimento ao RE 381367[...]. (http://www.stf.jus.br/portal/cms_/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=328199. Consultado em 23.05.2017).

²³⁵ Thaís G. Pascoaloto Venturi, amparada em argumentos de Luis Ricardo Lorenzetti, considera juridicamente possível e aconselhável o uso de *argumentos paradigmáticos consequencialistas*, sob as seguintes alegações: “A análise consequencialista tem por escopo as consequências jurídicas ou econômico-sociais que uma determinada decisão pode produzir no futuro. ‘É dizer que deve ser estudado claramente o tipo de regra de conduta que se está criando pela decisão, e como será observado pelos cidadãos no futuro’. Trata-se, em resumo, de uma análise ao mesmo tempo particular e geral a respeito dos efeitos produzidos (efetiva ou potencialmente) por uma determinada decisão, com eventual repercussão sobre toda a sociedade, ainda que de forma mediata, e não apenas em relação às partes envolvidas no caso. Sendo assim ‘a decisão adotada é um incentivo para as futuras condutas das partes não envolvidas no pleito’. Com efeito, a análise consequencialista exerce uma nítida função de controle quanto à justiça e o impacto econômico-social provocado por determinada decisão”. (VENTURI, Thaís G. Pascoaloto, A análise consequencialista no processo de tomada das decisões judiciais a partir da obra de Ricardo L. Lorenzetti, *In: RIDB*, p. 4353-4375, Ano 1 (2012), nº 7, p 4362-4363). *Cf.* também: LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Em que pese as ponderações da autora, ao nosso sentir, os argumentos de padrões consequencialistas compreendem formas de decisionismo voluntarista, cuja justificação permite qualquer forma de retórica de falseamento não prontamente constatável, declinando uma face utilitarista dedicada à teoria da decisão jurídica.

²³⁶ *Cf.* CUNHA, Ricardos Almagro Vitoriano. **Ética e decisão judicial**: o papel da prudência na concretização de direitos. Curitiba: CRV, 2015.

²³⁷ *Cf.* GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes, *op. cit.*

²³⁸ Bons exemplos de condutas firmadas em resultados equalizados no consequencialismo são apresentados apresenta por Basile Georges Campos Christopoulos, ilustrando que “poderíamos considerar a ação de subornar políticos para efetivar a melhor política para a educação, que não seria aprovada sem tal prática criminosa. É possível tomar a ação como boa se, apesar dos meios ilícitos, ela gera as melhores consequências para a política pretendida. Ou ainda, no caso da tortura que serve para impedir um ataque terrorista, tema de relevância especialmente nos Estados Unidos da América, esta poderia ser aceita pelas trágicas consequências a evitar. Pode-se afirmar com certeza que, independentemente do país, sistema moral ou jurídico, as consequências das ações são consideradas, em maior ou menor medida, e a depender de diversos fatores, de acordo com quem avalia ou com a situação avaliada etc. Um conceito amplo de consequencialismo envolve a defesa de uma análise não exclusiva dos resultados de uma ação. Isto é, uma ação poderia ser boa ou ruim, justa ou injusta, válida ou inválida, a depender também dos resultados que produz. Num conceito estrito de consequencialismo, apenas as consequências deveriam ser relevantes para julgar uma determinada ação. Em todos os casos, não há uma resposta uníssona sobre quais são os resultados que devem ser considerados, como e por quê” (CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. *Argumento consequencialista no direito*. *In: Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL*. V. 6, N. 3 (2015), p. 5). Do mesmo modo reportado aos argumentos de Thaís G. Pascoaloto Venturi, mesmo sem se adentrar ainda a uma crítica fenomenológica do Direito, o consequencialismo no Direito faz inferir o utilitarismo, de modo que os fins passam a justificar os meios e o que defende Neil MacCormick para o seu emprego no Direito, ainda assim, não afasta esse viés de insegurança e voluntarismo, arrimado na discricionariedade utilitarista. *Cf.* MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Clarendon Press, 1978; _____. **Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005; _____. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006; _____. **Practical reason in law and morality**.

Bem certo que Ronald Dworkin considera o direito como um sub-ramo da política e esta um sub-ramo da *moral política* que, por sua vez, reportar-se-ia, também na qualidade de sub-ramo, à moral e à ética²³⁹. Certo também que Ronald Dworkin assinala a possibilidade de *emprego jurisdicional das convicções do “governo”* (e, aqui, o vernáculo grafado com iniciais minúsculas), o que o autor denomina, para além das regras (*rules*) e dos argumentos de princípios (*principles*) como convicções morais da comunidade, de *argumentos de política* ou de *políticas públicas (policies)*, orientados nas políticas públicas do governo; mas, todavia, anote-se: o mesmo autor, mesmo com toda a sua filosofia liberal, não defende – e mesmo lhe é contrária – a prevalência de *policies* sobre *principles*, quando conflitantes ou colidentes²⁴⁰, o que parece ser o caso da “desaposeitação” julgada pelo Supremo Tribunal Federal meio do Recurso Extraordinário RE 381367.

A simples justificação política – se esta for, de fato, a justificação utilizada por membros da Corte Suprema – não tem o condão de, isoladamente, prestar-se ao direcionamento do conteúdo do ato decisório. Não é esse o sentido dado por Dworkin ao afirmar *o direito ser um sub-ramo da política*. Os *argumentos de política* somente poderiam ser utilizados pelo julgador, acaso primeiramente identificados e positivados por ação precedente do Poder Legislativo. Não se há de conceberem decisões, em que pese à pseudoancoragem em texto de lei e, inclusive, com remissões a princípios jurídico-normativos, cuja essência se tenha dado em face de necessidades políticas de determinado governo.

Seja como for, o fato é que o Supremo Tribunal Federal brasileiro tornou esse fenômeno um “lugar comum”, onde tudo é possível, bastando para isso que apenas se faça uma suposta subsunção do conceito do fato à hipótese de incidência normativa do direito positivo, para dar o aspecto de legalidade e, destarte, de legitimidade ao conteúdo decidido.

O fato é que ainda que sustente suas decisões na razão e na suficiência desse procedimento racional, mormente diante de uma “aceitação”, ou melhor, de uma única alternativa imposta como plausível para a decisão, a questão ainda fica nas raias da filosofia matematizante racionalista, redutora do mundo da vida e de suas complexidades ao mundo dos números, ao mundo da matemática e da física. E neste caso ora em estudo, simplesmente ao mundo dos números. O direito é mais que isso; o direito envolve fatos, normas e valores e, no

Oxford: Oxford University Press, 2008; e _____. **Retórica e o estado de direito**. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

²³⁹ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Lisboa: Almedina, 2012.

²⁴⁰ Cf. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005; _____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007; _____. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 23 e ss, 73 e ss.; e _____. **Justiça para ouriços**. Lisboa: Almedina, 2012. Cf. também: SIMIONI, Rafael Lazzarotto, *op. cit.*

nosso entender, ao amparo de uma mirada fenomenológica, ele inclui em seu bojo os valores axiomáticos com espécie de normas jurídicas.

Por fim, afere-se na prática que, a par das regras e dos princípios jurídicos, possivelmente outra ou outras espécies categóricas prestam-se às decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro, compondo – em conjunto com aquelas outras duas espécies inicialmente catalogadas pela doutrina dominante – também o elenco de “normas jurídicas”, ou seja, “fontes do Direito”. Resta saber se tais outras “espécies categóricas” realmente possuem essa natureza jurídico-deôntica que a nossa Suprema Corte lhe empresta²⁴¹.

Daí por que se ter falado, inicialmente, em investigar quais seriam os elementos “extrajurídicos” concebidos como valores extranormativos, factíveis de serem utilizados para o deslinde de problemas jurídicos de alta indagação: apenas trazer ao debate o fato de que outros critérios são usualmente utilizados pelos Tribunais e, em decorrência de características de uma patente *racionalização extrametódica da decisão judicial*, extrapolam a concepção ordinária de argumentação jurídica como critério de correção do sistema dogmático-positivo.

Em que pese ao emprego de regras e princípios para as decisões judiciais, em casos de grande repercussão, *e.g* econômica, financeira ou social, valores “extrajurídicos” e mesmo “extramoriais” ou “amorais” – o que não significam imorais – têm sido empregados, para a formação do convencimento do órgão julgador, como no caso do julgamento do Recurso Extraordinário RE 381367 (sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do instituto da “Desaposentação”) pelo Supremo Tribunal Federal – STF.

²⁴¹ Para João Maurício Adeodato o problema sequer estaria na *Crise do Direito* como expressão de um *Positivismo Jurídico ultrapassado*, mas sim no fato de um *positivismo jurídico ainda a realizar-se*, pois compreende o autor que “no Brasil, o problema mistura-se com política, como se fosse possível a equiparação de ‘dogmáticos’ a ‘conservadores’ e de ‘não-dogmáticos’ a ‘alternativos’”. Todos podem perceber que, a rigor, não se tem no Brasil uma dogmática jurídica como sistema autônomo, autodeterminado, autopoietico, auto o que quer que seja. Nesse sistema jurídico, específico e altamente complexo, o direito é não apenas influenciado pelos demais subsistemas sociais (econômicos, afetivos, de boas relações etc.) como até depende deles para funcionar” (ADEODATO, João Maurício, *op. cit.*, p. 51).

CONCLUSÃO DA PRIMEIRA PARTE: A FENOMENOLOGIA DO DIREITO NÃO NECESSARIAMENTE DEVE IMPLICAR A CONCRETIZAÇÃO MERAMENTE FORMAL-POSITIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Neste ponto de desenvolvimento da pesquisa, faz-se importante uma breve conclusão desta Primeira Parte. Imprescindível se apresenta aqui deixar claro que o *caráter físico-matemático do positivismo científico*, apesar de inegáveis avanços sociais que proporcionou em determinado momento da História, não tem capacidade de abarcar todos os ramos epistemológicos e, inclusive, há alternativas à filosofia epistemológica. A *filosofia hermenêutica* e a *hermenêutica filosófica*, v. g., são espécies plausíveis.

No caso do Direito, à vista da sua pretensão de universalidade regulatória sociocultural, a par da inegável importância dos direitos fundamentais para um Estado verdadeiramente de Direito e Democrático, cumpre observar que ele, o “normado”, o mundo do “dever-ser”, ainda se submete aos fatos como realmente o são e não possui o condão de lhes inserir transformações por simples formalidades linguísticas, textuais ou não, idealizáveis por meio desse referido *caráter físico-matemático do positivismo científico*.

Não cabe ao intérprete e aplicador do Direito forçar a envergadura dos fatos aos preceitos constitucionais ou legais que tratem dos direitos e garantias fundamentais, pois seria voltar à “estaca zero” de um positivismo jurídico, mesmo a pretexto de realização de direitos fundamentais constitucionalmente qualificados.

Os fatos fenomênicos importantes ao Direito são como são e não mudam pelos rótulos atribuídos pelo direito-texto, ou seja, como afirmado, o mundo do “dever-ser” não possui a predisposição de mudar o mundo do “ser” pela simples letra textual vertida em um ou em outro sentido pretendido.

Por exemplo, não cabe à lei afirmar o direito fundamental à vida, com a relativização desse conceito de “vida”, para reduzir ou ampliar a sua margem de sentido. O mesmo se dá para o direito à saúde. Não calha à legislação modular fictícia e artificialmente a concepção do conceito de “saúde”, algo que se dá na amplitude do “ser”, na visada do *ser-no-mundo*, para reduzi-la ou ampliá-la para sentidos que não são o realmente revelado pelo mundo vivido. O direito à saúde, em determinado caso específico em que um paciente necessite de certo medicamento composto com específico princípio ativo, vê-se atendido como o fornecimento estatal de medicamento de marca genérica, com esse mesmo princípio ativo, ou o paciente faz

jus à marca de “grife”, a “graphie” – em uma forma reducionista do real à grafia –, do laboratório famoso?

Com efeito, a fenomenologia aplicada ao Direito encara o direito-texto, a lei escrita, geral e abstrata – e aqui se incluem a Constituição do Estado e toda a legislação infraconstitucional: todo o ordenamento jurídico vigente –, ao amparo, ou ao fundamento, dos fatos, e, destarte, do mundo real, fazendo subsumir não os fatos aos preceitos da lei, mas sim, em uma forma de referência ao fenômeno, “os preceitos da lei aos fatos como realmente o são”.

A lógica hermenêutica do Direito ao amparo da fenomenologia é, assim, inversamente colocada ao que se ora há de *comum e aplicável* pelos Tribunais e pela Administração Pública. E, sem embargo, esse “comum” *interpretar e aplicar* o Direito perfaz um nítido agir na concepção do *impessoal* heideggeriano.

Logo, à luz da fenomenologia do Direito, a hermenêutica jurídica, em todas as suas correntes filosóficas, não possui o compromisso cego, incondicional, irrestrito, de concretização de *direitos fundamentais*, mas sim o escopo de interpretação Direito para a aplicação ao caso concreto, por meio de uma compreensão ôntico-ontológica dos fatos, pela via da *hermenêutica argumentativa*²⁴², em que as razões da decisão resembram claras e em completa harmonia com o mundo da vida, sem, contudo, desprezar o Direito, em seu “contexto” normativo histórico sociocultural.

²⁴² Cf. o alcance do conceito operacional em: CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica e argumentação no direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014.

**SEGUNDA PARTE – O CONTEÚDO HISTÓRICO-AXIOMÁTICO COMO
COMPONENTE DO SISTEMA JURÍDICO DEÔNTICO E A EXTENSÃO DA TEORIA
À FUNÇÃO PÚBLICA ADMINISTRATIVA**

Capítulo 1 – **PRÓLOGO PARA UMA COMPREENSÃO FENOMENOLÓGICA DO DIREITO E DA NORMA JURÍDICA. Uma visada peculiar sobre o “impessoal” heideggeriano e a relação complexa entre os planos da consciência absoluta, da finitude inata da compreensão humana e da fenomenologia existencial**

Este *Capítulo Primeiro* da *Segunda Parte*, com o escopo de mais incisivamente dar enfrentamento ao que se considera o *objetivo geral* da pesquisa, almeja, nomeadamente, desenvolver uma possibilidade de aceitação da decisão jurídica que envolva no gênero “norma jurídica”, em harmonia com as espécies *princípios* e *regras*, os valores axiomáticos, e, com efeito, utilizá-la extramuros do Poder Judiciário, para abarcar o campo das decisões administrativas. Destarte, iniciar-se-á o contraponto à Primeira Parte, consoante elencado nos objetivos específicos, especialmente, sob um olhar diretamente voltado à *fenomenologia do Direito*, buscando propiciar uma introdução à análise do *fenômeno da normatividade jurídica*, pela óptica de uma inicial contextualização da relação complexa entre os planos da consciência absoluta, da finitude inata da compreensão humana e da fenomenologia existencial, levadas em consideração, ora mais ora menos, pelas correntes filosóficas do Direito, para a sustentação investigativa das teorias da decisão jurídica.

Com efeito, abordar-se-á essa relação intrincada entre o psicologismo e uma leitura existencial do ser lançado no mundo, para efetivar um corte metodológico ancorado na fenomenologia, que proporcionará uma possível leitura *ôntico-ontológica* e *axiomática* do Direito e da norma jurídica, sob um viés, nomeadamente, firmado no *contexto* e no *extratexto* deônticos formativos do Direito, como instrumento de regulação social.

A partir de uma abordagem *relacional complexa*²⁴³ entre o plano da consciência absoluta, em tese²⁴⁴, ultrapassada pela fenomenologia “existencialista” heideggeriana, em contraponto com a noção de finitude da compreensão humana, e das possíveis interconexões de “essências”²⁴⁵ naturais entre os fundamentos das decisões (i) legislativa e (ii) jurídica, pretendo

²⁴³ Anote-se que o vocábulo “racional”, que ora é utilizado em diversas passagens da pesquisa, nada é respeitante à *razão* afeta ao *cogito* cartesiano (a indicar a dicotomia entre sujeito cognoscente e objeto cognoscível), mas sim reporta, nomeadamente, a um modo de abertura existencial do *Dasein*, concernente à tarefa compreensiva do ser lançado no mundo. Deste modo, o vocábulo “racional” pode ser substituído, sem maiores problemas – e assim também o fazemos em outras tantas passagens –, pelos termos “racionalização” e “racionalizante”, ou “à razão de”, ou ainda pelo vocábulo “compreender” e seus derivados e sinônimos.

²⁴⁴ Afirma-se aqui “em tese”, para expressar o corte metodológico acerca do referencial teórico adotado, malgrado, com adaptações em diversas passagens.

²⁴⁵ O termo “essência” será empregado – assim como o é em toda a tese – no sentido do “produto do desvelamento” de algo, pela transcendência ôntica, e não em sua acepção comum metafísica idealista cartesiana de uma pretensão de conhecimento total, absolutita da universalidade de algo, em sua imutabilidade, o que tenderia, malgrado, paradoxalmente, à *idealidade platônica*, não pretendida na pesquisa.

neste Capítulo, em um sentido geral e como meio instrumental a servir de prólogo aos próximos *Item* e *Capítulo*, expressar uma proposta de análise da norma jurídica a partir do ponto de vista axiomático histórico-contextual do Direito, sob o amparo da possibilidade coimplicacional entre as verdades ôntica e ontológica, pela face de desvelamento do *ente* no seu *ser*, na filosofia hermenêutica de Martin Heidegger²⁴⁶, assim compreendida e fundamentada, posteriormente, pela linguagem argumentativa, na esteia da *hermenêutica filosófica*²⁴⁷ e da *hermenêutica argumentativa*²⁴⁸.

O presente tópico busca, assim, desenvolver um paralelo entre as possibilidades de definição dos contornos razoáveis daquilo que se pode entender como (i) *compreensão absoluta* e (ii) *compreensão finita*, delimitadas pelo existencial humano e, sobre esse enfoque específico, entender quais são as *consequências para os fundamentos das decisões legislativa e jurídica e, também, destarte, oferecer uma proposta de análise da norma jurídica a partir da concepção axiomática histórico-contextual do Direito*.

Sem embargo, esta Segunda Parte sustenta, com base em Heidegger e Gadamer, a relatividade histórica de todo o “compreender absoluto” (o que não implica relativização da concepção de qualquer noção de *verdade*, pois esta é a única verdade acessível ao humano, a *verdade possível*), ou seja, sob o patamar da facticidade histórica que desestabilizou as estruturas do idealismo e de sua teoria do conhecimento, para relativizar o “absoluto” ao amálgama do mundo da vida, que só assim o é – o compreender absoluto e, do mesmo modo, a correlacional concepção de verdade – sobre as balizas da *história efetual* e da *tradição*²⁴⁹, nos limites da finitude inata ao humano, concebidas como “ser no mundo”, a reconhecer-se como *ser*, somente se *ente*, o quanto mais possível de um *existencial autêntico*, todavia *em um referencial mundano*.

Ao abrigo dessas diretrizes, não se há de falar em “absoluto”, quer seja da ideia de *verdade*, ou da ideia de *compreensão*, de *interpretação*, ou de *fundamentação*, sob as bases de um “solo” *finito*, *limitado* e *histórico*, temporizado, que reflete as características do homem, *contextualizado* em todas as suas possibilidades existenciais. O “absoluto”, pela lente do “relativo”, que é o homem no mundo, como existencial, não “é”, ou seja, o “absoluto”, pela

²⁴⁶ HEIDEGGER, Martin. **El ser y el tiempo**. Traducción José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

²⁴⁷ Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Vol. I e II. Petrópolis: Vozes, 2014.

²⁴⁸ Cf. CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica e argumentação no direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014.

²⁴⁹ Cf. GADAMER, Hans-Georg, *op. cit.*

óptica do “relativo”, não “é”, mas apenas ostenta uma condição de possibilidades, um “devir”, um “vir-a-ser”²⁵⁰.

Dessas iniciais afirmações, dentre diversas inferências plausíveis, para o nosso contexto jurídico, importa-me falar da impressão que tenho sobre o conceitual *axiomático* se portar como *normativo*, a compor o plexo deontológico – para o caso em que me detenho à pesquisa – das normas jurídicas, tema da presente investigação. Eis, como já afirmado alhures, o cerne da pretensão investigativa: a inclusão, no campo deontológico-jurídico-normativo, de valores²⁵¹, no caso juridicizados (*valores axiomáticos jurídicos*), como (i) *fonte do Direito* e (ii) *razão de fundamentos de decisões jurídicas*, o que, na prática, já se sente na realidade jurisdicional, um tanto quanto de cunho consequencialista (*consequencialismo jurídico*²⁵²), *verbi gratia*, pelas “mãos” dos Tribunais Superiores brasileiros, em especial, do Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro²⁵³.

²⁵⁰ Nesses termos, Heidegger afirma que “o ser aí é o ente que eu sou a cada vez eu mesmo” (HEIDEGGER, Martin. **El ser y el tiempo**. Traducción José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 21-22). Assim, partindo os sentidos da expressão, podemos assinalar, para a afirmação de que “o ser aí é o ente”, o sentido de que se refere ao corpo físico do homem; ao passo que, para a parte da frase que se reporta a “que eu sou a cada vez”, ou, por outras palavras, “a cada vez que eu sou”, isso se refere ao “ser”. O ser é, nesse sentido, cada momento em que o homem, no mundo, está sendo. O homem não é; o homem está sendo. O *ente* é cada momento em que, como homem, está sendo. O homem, o ser-aí, o ente, não é um sujeito fechado, como supõe Descartes e Leibniz (este, com a teoria da Mônada). O homem, em Heidegger, é um “vir-a-ser” (Daí a inicial afirmação de que o homem está morto, subentendida na epígrafe inicial da tese: “por que procurais entre os mortos Aquele que vivo está?” (Lucas, 24:5, Bíblia Sagrada). Assim, em Heidegger, o *ente*, como uma possibilidade de *ser*, compreende algo temporal, mas não somente cronológico, e sim cairológico (a abarcar a definição do conceito de tempo do eterno, tempo da eternidade, que, de fato, é uma atemporalidade). Isso se dá, na medida em que, em Heidegger, tal concepção passa a ser uma temporalidade *sui generis*, factível de “experencialidade” pelo homem, como modo de desfecho do passado-presente-futuro, conjugados em uma potencialidade de futuro, em uma abertura: o “ser sendo”, pois “o agora” é tudo o que existe; o passado já passou e o futuro, um vir a ser, a depender do presente. Anote-se ainda que “existir” para Heidegger é “ser para fora”, para o mundo, “para com” os entes intramundanos. O “aí do ser” é marcado pela historicidade, pois quando o homem chega ao mundo, já chega em uma historicidade, em um mundo marcado pela sua história, que, por conseguinte, é a própria história do ser-aí.

²⁵¹ Cf. SCHELER, Max. **Visão filosófica de mundo**. São Paulo: Perspectiva, 1986; _____. **Da reviravolta dos valores**. Petrópolis, Vozes, 1994; e _____. **Ética: nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético**. Madrid: Caparrós Editores, 2001.

²⁵² Cf. os teóricos do “Consequencialismo Jurídico”, mormente, sobre o tema, os estudos realizados por Arnaldo Godoy (GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao realismo jurídico norte-americano**. 1. ed. Brasília: Edição do Autor, 2013).

²⁵³ Cf., v.g., julgados do Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF) sobre: a “desaposentação” (Recurso Extraordinário RE 381367); a “taxação dos inativos da previdência social” (Ações Diretas de Inconstitucionalidade ADI 3105 e ADI 3128 – propostas contra a parte da reforma da Previdência que institui a contribuição de inativos e pensionistas: artigo 4º da Emenda 41/03); a “questão da vaquejada, no Nordeste brasileiro” (ADI nº 4983, sobre a inconstitucionalidade da lei cearense, Lei estadual nº 15.299/2013, que estabelece as regras para a realização da vaquejada como atividade desportiva e cultural, em que o texto legal fixa critérios para a competição e obriga os organizadores a adotarem medidas de segurança para os vaqueiros, para o público e para os animais). Também conferir o teor da decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF), quanto à cisão da sanção decorrente do *Impeachment* da Presidente da República Federativa do Brasil, proferida em 31 de agosto de 2016, no Plenário do Senado Federal, na medida em que a decisão não atribuiu o completo efeito ao parágrafo único do artigo 52 da Constituição Federal, que, em princípio, deveria compor uma estrutura unitária e indivisível, de tal modo que, imposta a sanção consistente na destituição do Presidente do cargo, a inabilitação por oito anos para o exercício de qualquer função pública ou eletiva representaria uma consequência natural da decisão.

Com efeito, neste ponto da pesquisa o que interessa, mais detidamente, é a fenomenologia existencial e a sua relação com o “ser” e o “dever-ser” e, nisso, a fenomenologia, como forma de superação – ou mesmo de indiferença quanto às bases fundantes – do *realismo* e do *idealismo*, compreende o que posso chamar de *método eficaz* para tal fim.

Sem óbice aos filósofos pré-socráticos, o método sempre esteve primordialmente presente na filosofia. Desde a maiêutica socrática, perpassando pela dialética de Platão, à lógica de Aristóteles, a ter na “intuição” o seu ponto de partida de discussões. Ou seja, esses filósofos gregos firmaram seu método de filosofar na *intuição*, para conhecer a suposta essência de todas as coisas que os rodeavam. Em fase histórica posterior, com os estudos de René Descartes, afirmam ter ocorrido uma sensível mudança de paradigma, na medida em que, ainda que vigorante a “intuição”, esta passou a posicionar-se não mais como ponto de partida do filósofo, mas como seu ponto de chegada.

Por essa óptica, ainda que mantida a intuição como referencial, a conversão paradigmática caracterizou-se como um novo método filosófico, o que se denominou de método “pré-intuitivo”²⁵⁴. Com efeito, a partir do Período Renascentista, com maior expressividade nos estudos de Descartes, “o método muda completamente de aspecto, e o acento vai recair agora, não tanto sobre a discussão posterior à intuição, quanto sobre a própria intuição e os métodos de consegui-la”²⁵⁵.

A *intuição* como sentido auferido diretamente, sem barreiras de mediação entre o sujeito e o objeto, contrapõe-se ao *discurso* e à *razão* como “racionalização discursiva”, para a análise, pesquisa e acesso às coisas em si. Diz-se que a intuição compreende uma percepção imediata do objeto, de algo que aí está diante do sujeito observador, afirmando-se, dessarte, que “o método filosófico na Idade Moderna passa a exercitar-se principalmente antes de obter a intuição e como meio para obtê-la”²⁵⁶, ou seja, deferindo a intuição o *status* de método filosófico por excelência, para o conhecimento ou para a captação do próprio objeto em si, contemplando-o, como possibilidades, em sua “existência, em sua “essência” e em seu “valor”.

Nesses moldes vazados, fala-se em (a) *intuição sensível* e em (b) *intuição espiritual*, sob o ponto de vista de que a primeira espécie capta *os objetos sensíveis e diretamente perceptíveis aos sentidos*, ao passo que a segunda modalidade se apercebe *dos objetos não sensíveis*. Nas palavras de Manuel García Morente, a *intuição sensível* (a) pode ser

²⁵⁴ MORENTE, Manuel García. **Fundamentos de filosofia 1**: lições preliminares. Tradução e Prólogo de Guillermo de la Cruz Coronado. São Paulo: Mestre Jou, 1980, p. 35-45.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 43.

²⁵⁶ *Iidem*, p. 42.

exemplificada “quando com um só olhar percebemos um objeto, uma árvore, uma mesa, um homem, uma paisagem, com um só ato conseguimos ter, captar esse objeto”²⁵⁷. Corresponde a uma mirada compreensiva imediata, como uma comunicação direta entre o sujeito observador e o objeto observado²⁵⁸. No entanto, essa intuição, incidente sobre os objetos sensíveis, apesar de ser o *iter* em que, necessariamente, perpassa o filósofo, não é ainda o método filosófico do qual se vale²⁵⁹.

Mister se imergir em análises mais profundas que subjazem características intrincadas e complexas das coisas, a ditarem os contornos delimitáveis dos *objetos não sensíveis*. Para tanto, imperioso se faz valer-se o filósofo da segunda modalidade de intuição, a *intuição espiritual (b)*, e, como visto, é de se aferirem duas formas de intuição nomeadamente distintas em suas características, a *sensível*, já sumariamente abordada, e, agora, a *espiritual*; e o método filosófico se interessa por essa última; porém não por completo, mas, tão somente quanto ao seu aspecto *substancial*, a compreender a subespécie *real*, ou seja, *não formal*. Refiro-me aqui à *(b.1) intuição espiritual real* em contraposição à *(b.2) intuição espiritual formal*, na medida em que a *formal*, apesar de mais profundamente analítica em relação à intuição sensível, ainda diz respeito às relações entre objetos, compreendendo, assim, relações de cariz sem conteúdo; este, o *relacional*, *de conteúdo*, ou *real*, é o que, de fato, interessa ao pesquisador. A substancialidade é a que destrincha o âmago das coisas, “que penetra no fundo mesmo da coisa, que chega a captar sua essência, sua existência, sua consistência”²⁶⁰. Por essa óptica, notadamente são assentes na filosofia três espécies de intuição espiritual real: *(i) a intuição intelectual*; *(ii) a intuição emotiva*; e *(iii) a intuição volitiva*.

Assim, aferem-se:

(b.1.i) intuição espiritual real intelectual;

(b.1.ii) intuição espiritual real emotiva; e

(b.1.iii) intuição espiritual volitiva.

²⁵⁷ MORENTE, Manuel García, *op. cit.*, p. 48.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 48.

²⁵⁹ Escreve Manuel García Morente que, em vez da intuição sensível, “o filósofo necessita tomar, como base do seu estudo, objetos que não se apresentam imediatamente na sensação e na percepção sensível; tem que tomar como termo do seu esforço objetos não sensíveis” (*Idem*, p. 49). E isso se dá na medida em que a intuição sensível não propicia a obtenção de conhecimento, mormente se ater às características de objetos particulares, ou, por outras palavras, às particularidades de um objeto em si mesmo considerado, sem se dar à avaliação generalizadora e universal do ser.

²⁶⁰ *Idem*, p. 50.

A primeira, a intuição *intelectual* (*b.1.i*) busca a “essência” do objeto, ou seja, por uma mirada direta, dedica-se saber aquilo que o objeto realmente “é”. Por outro viés, todavia sem exclusão do primeiro, a segunda forma de intuição espiritual real é a *emotiva* (*b.1.ii*), cujo correlato objeto, ou seja, cuja coisa em que incide a investigação, é o “valor” a ela inerente. Visa à análise profunda do valor da coisa, do valor do objeto estudado. Conforme afirma García Morente, “o correlato a que se refere intencionalmente a intuição emotiva já não é a essência do objeto, já não é aquilo que o objeto é, mas o valor do objeto, aquilo que o objeto vale”²⁶¹, em que todos os valores possíveis que se encontram no âmago do objeto são aferidos por essa espécie de intuição. Por fim, a terceira espécie de intuição espiritual real é a *volitiva* (*b.1.iii*), que se refere à “existência” do objeto, na medida em que ele se faz perceber como anteparo, favorável ou desfavorável – ou mesmo neutro –, à vontade do sujeito observador²⁶².

A questão da existência do *ser* como *ente* – o que toca à intuição predominantemente *volitiva* – parece enfrentar uma discussão tautológica, na medida em que o “*existir*” e o “*ser*” tendem a compreender “*um mesmo*”: supõe-se buscar explicar a coisa com a própria coisa e, não menos, com a sua negação. Com efeito: (1) “não existe algo que não seja”; e (2) “nada é que não exista”. Por outras palavras, *a contrario sensu*, “o inexistente inexistente”; e “o existente existe”. Ambas compreendem afirmações de algo que há-aí, que há no mundo. Por exemplo, para a primeira ilação, a “inexistência do inexistente é *algo-aí*, e, portanto, existe”. Seria o mesmo que tentar explicar, na física quântica, o “nada” definindo-o como “algo” que “é” *nada: nada é nada, já sendo aí*.

Todavia, investigadores sustentam a contemplação de “verdades paradoxais”²⁶³ e o paradoxo não mais é que uma limitação da própria razão e intuição humana²⁶⁴, de seu instrumento de comunicação, da linguagem, e da capacidade de compartilhamento de compreensões e da própria compreensão e fundamentação e si²⁶⁵. No escólio do que escreve Wittgenstein, “todo o teste, toda a corroboração e refutação de uma assunção ocorre já no interior de um sistema [...] o sistema é o ponto de partida quanto é o elemento vital dos argumentos”²⁶⁶. Isto é, já argumentamos e refutamos argumentos – pensamos, compreendemos, fundamentamos, justificamos – dentro de um próprio e fechado *sistema de razão ou de*

²⁶¹ MORENTE, Manuel García, *op. cit.*, p. 51.

²⁶² *Ibidem*, p. 51.

²⁶³ COSTA, José Armando da. **Acasos ente cabrestos e desembestos**. São Paulo: Livro Novo, 2011, p. 54.

²⁶⁴ DETIENNE, Marcel. **Mestres da verdade na Grécia arcaica**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

²⁶⁵ Cf. WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico**. 6. ed. Tradução e Prefácio M. S. Lourenço. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2015; _____. **Investigações filosóficas**. 6. ed. Tradução e Prefácio M. S. Lourenço. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2015; _____. **Da certeza**. Introdução de Sérgio Miranda. Lisboa: Edições 70, 2012.

²⁶⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Da certeza**. Introdução de Sérgio Miranda. Lisboa: Edições 70, 2012, p. 147.

racionalização compreensiva e, com efeito, dentro de uma *tautologia racionalista*, típica e inafastavelmente inata ao “humano”. *Esse proceder, no entanto, não corrompe a verdade inata à internação do sistema*. Aceitas as premissas sustentadas por Dilthey²⁶⁷ sobre a compreensão humana, é o que se pode inferir para afirmar que o *Dasein*, como ser-no-mundo, como “ser-aí”, encontra-se em seu sistema racionalmente fechado, porém sob a percepção de suas infinitudes de existenciais, a comporem verdades sistêmicas, compartilhadas²⁶⁸.

Heráclito de Éfeso, filósofo grego que postulou uma definição de mundo em um fluir transformador contínuo, um mundo em movimento perpétuo, em oposição aos postulados de Parmênides²⁶⁹, pontualmente quanto à questão em estudo, já ensinava que, a partir do momento em que se observa algo com o fim de assimilar a sua consistência para uma definição de essência, essa mesma coisa observada, ou esse mesmo “algo” buscado em sua substância, já não é “o mesmo” do início da observação²⁷⁰ e, não obstante, o próprio sujeito observador também já não é mais o mesmo, no período variante entre o início e o final da observação. Assim, a observação torna-se também inconsistente e mutável a cada instante, pois “quando queremos fixar uma coisa e definir a sua consistência. Dizer em que consiste esta coisa, ela já não consiste no que consistia um momento antes. Proclama, pois, o fluir da realidade”²⁷¹. García Morente conclui, com fundamento em Heráclito²⁷² e posteriormente em Bergson²⁷³, que “o existir é um perpétuo mudar, um estar constantemente sendo e não sendo, um devir perfeito, um constante fluir”²⁷⁴.

Assim, se nos detivermos a uma investigação mais acurada, a primeira ilação alhures formulada ainda não rompe as barreiras de uma concepção de *existência* predicativa da *inexistência* que leva ao absoluto incompreensivo. Convencionado aqui, para o exemplo dado, o vocábulo “algo” por meio do símbolo “Al” e o vocábulo “existir” ou “existente”, por meio do símbolo “Ex”. O “algo” não é o “não algo”, assim como o “existente” não é o “não existente”

²⁶⁷ Cf. sobre a “vivência, expressão e compreensão”: DILTHEY, Wilhelm. **A construção do mundo histórico nas ciências humanas**. São Paulo: UNESP, 2010, p. 167-205.

²⁶⁸ Em uma aproximação do que aqui se expõe, cf. HEIDEGGER, Martin. **El ser y el tiempo**. Traducción José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 27-48.

²⁶⁹ JASPERS, Karl. **Los grandes filósofos: los metafísicos que pensaron desde el origen: Anaximandro, Heráclito, Parménides, Plotino, Anselmo, Spinoza, Lao-tse, Nagarjuna**. Traducción de Elisa Lucena. Madrid: Tecnus, 1998, p. 50-56, em especial “unidad y rivalidad de ambos”, p. 52-53.

²⁷⁰ HERÁCLITO. **Fragmentsin: Heraclitus: the cosmic fragments**. Cambridge: Cambridge University Press, 1978.

²⁷¹ MORENTE, Manuel García, *op. cit.*, p. 71.

²⁷² HERÁCLITO, *op. cit.*

²⁷³ BERGSON, Henri. **Introducción a la metafísica**. Buenos Aires: Ediciones Siglo Veinte, 1973; e _____. **Matéria e memória**: ensaio sobre a relação do corpo com o espírito. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Cf. também: BERGSON, Henri. **Ensayo sobre los datos inmediatos de la conciencia**. 2. ed. Salamanca: Sigueme, 1999.

²⁷⁴ MORENTE, Manuel García, *op. cit.*, p. 71.

($Al \neq \neg Al$; e $Ex \neq \neg Ex$). Logo, a sentença (1) é igual à sentença (2) e nada mais acrescenta. Desta forma, $Al \neq \neg Al \leftrightarrow Ex \neq \neg Ex$. Mas disso surge uma indagação: “algo” e “existir” ou “existente” são “o mesmo”? Ou, seja: $Al \wedge Ex \leftrightarrow Al \wedge Ex$? Ou ainda: $Al \leftrightarrow Ex$?²⁷⁵. Responderei ao final do *Item*. Mas o que por ora importa é o fato de o que se representa com essas indagações compreende o *princípio da razão*, o *princípio lógico do pensamento*, ou, contemporaneamente denominado pelos estudiosos lógicos, o “princípio da identidade” ou da “não contradição”, formulado por Parmênides de Eléia, ao enunciar que “o ser é; o não ser não é” e, com isso, opor crítica à concepção do “fluir da realidade” de Heráclito²⁷⁶, representada pela conhecida frase: “ninguém se pode banhar duas vezes no mesmo rio”^{277/278} (pois, com o “ir”, com o “passar” e “correr” das águas fluviais rumo ao mar, o rio não é mais o mesmo; a água que corre e passa em outro momento, embora no exato mesmo local do rio, é outra água, é outra matéria). Parmênides, talvez por outro paradigma, por outro olhar, efetiva crítica a esse pensamento de Heráclito, tachando-o de contraditório, na medida em que estaria a afirmar uma contradição lógica do tipo “o ser é e não é; o não ser não é e é”, assim como “o existir existe e não existe; o não existir não existe e existe” ($\neg Al = Al$; e $\neg Ex = Ex$; ou ainda, $Al = Ex = \neg Ex$).

Por outra mirada, a fenomenologia, como uma filosofia lógico-transcendental, elaborada por Edmund Husserl, muda o paradigma e coloca a essência das coisas no próprio apresentar-se do fenômeno, na própria coisa que se dá a perceber-se, como intencionalidade da consciência humana²⁷⁹ – a fenomenologia como “o retorno às coisas mesmas”, em forma de *intuição categorial*²⁸⁰, fazendo do *fenômeno* qualquer percepção ou intuição de algo e esse

²⁷⁵ Manuel García Morente escreve, com fundamento em Parmênides, sobre “o ser e suas qualidades” e acrescenta que “o ser é **único**. Não pode haver dois seres; não pode haver mais que um só ser. Porque suponhamos que haja dois seres; pois, então, aquilo que distingue um do outro ‘é’ no primeiro, porém ‘não é’ no segundo. Mas, se no segundo não é aquilo que no primeiro é, então chegamos ao absurdo lógico de que o ser do primeiro não é no segundo. Tomando isto absolutamente, chegamos ao absurdo contraditório de afirmar o não-ser do ser. Dito de outro modo: se há dois seres, que há entre eles? O não-ser. Mas dizer que há o não-ser é dizer que o não ser é. E isto é contraditório, isto é um absurdo, não tem cabimento; essa proposição é contrária ao princípio da identidade” (MORENTE, Manuel García, *op. cit.*, p. 73).

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 72.

²⁷⁷ HERÁCLITO, *op. cit.*

²⁷⁸ Manuel García Morente, ao comentar “o ser e suas qualidades” na filosofia de Parmênides, escreve que “este princípio, que descobre Parmênides e que os lógicos atuais chamam “princípio de identidade”, serviu-lhe de base para a sua construção metafísica” (MORENTE, Manuel García, *op. cit.*, p. 71-72).

²⁷⁹ Cf. HUSSERL, Edmund. **A ideia de fenomenologia**. Tradução Arthur Mourão. Coleção Textos Filosóficos. Lisboa: Edições 70, 2007.

²⁸⁰ A essência da fenomenologia de Husserl consistia em “voltar às coisas mesmas”, em busca da essência do ser. Assim, “pretendendo fazer da fenomenologia, enquanto filosofia, uma ciência rigorosa e examinando a multiplicidade de sistemas filosóficos, sobretudo aqueles que se atinham às possibilidades e limites do conhecimento, Husserl buscou para a filosofia verdades irrefutáveis que servissem de fundamento para todas as ciências. A atitude radical desse ponto de partida é o retorno às coisas mesmas, como uma reação da fenomenologia, tanto ao paradigma do racionalismo e do idealismo com sua razão dogmática; quanto ao paradigma empirista da aquisição de conhecimento através das experiências. Vale ressaltar que este último muito influenciou o positivismo uma vez que, de acordo com o pensamento positivista, a experiência reduzia o mundo a um conjunto

“retorno às coisas mesmas” a referir-se ao retorno aos atos da consciência, em perceber ou intuir objetos que, a partir desse “retorno” se apresentam como de fato são. Assim o *real* não é a *consciência*, mas sim o *objeto* que se percebe ou intui²⁸¹. De acordo com Husserl, “o visar se dirige à coisa, e atinge sua meta, ou deixa de atingi-la, conforme concorde ou não, de uma certa maneira, com a percepção”.²⁸² Nesse contexto, Aquiles Côrtes Guimarães afirma que não se diz, quanto às essências, repousarem em um mundo ideal, das ideias inatas e recuperáveis, em parte, ao humano, por meio das reminiscências: “a essência está no fenômeno e não em qualquer lugar privilegiado”²⁸³ (nesse sentido é que se permite falar em “essência” de algo); são elas, as essências, obtidas, sem qualquer “contemplação mística”, por meio da consciência humana fundada na *intencionalidade*. Disso, a *intuição* das essências corresponde “sempre a uma ideia universal sobre os objetos”²⁸⁴. Compreende, assim, a tarefa de voltar às “coisas mesmas” e, assim, a fornecer a resposta ao que é algo em sua existência: “o que é, é o objeto na sua mostração originária, desvestidos das suas significações acidentais. O que é, é na essência da sua manifestação originária”²⁸⁵.

Com efeito, busca-se em Husserl a superação da dicotomia sujeito-objeto²⁸⁶, com a evidenciação e a descrição das essências, incidentes na atividade noético-noemática, para poder-se afirmar que “o ser da tradição especulativa ocidental simplesmente não existe”²⁸⁷, na medida em que revelado por meio da *intuição* e da *intenção*, a dirigirem-se, respectivamente, aos objetos e, sem embargo, às essências das coisas, às essências desses mesmos objetos, “o ser será sempre algo objetável, visível, evidenciável, apreensível do ponto de vista da ação noético-noemática, ou seja, da intenção eidética em demanda daquilo que é”²⁸⁸. Em Husserl fala-se em a intuição de “essências” como o fenômeno de toda consciência²⁸⁹.

de fatos científicos. A rigor, nessa esteira está a crítica de Husserl ao cientificismo dos fatos histórico, social e psicológico. Para Husserl, a fenomenologia deve questionar, sobretudo, a idealização que faz do mundo um mero objeto de hipóteses construído e operado pela subjetividade” (GUIMARÃES, Mariângela Areal. *Husserl, Heidegger e a fenomenologia*. In: **Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito**, Rio de Janeiro, v.8, n.2, p.1-158, out.2015/mar.2016, p. 119).

²⁸¹ HUSSERL, Edmund. **Investigações lógicas**: sexta investigação. Trad. Zeliko Loparic e Andréia. M. A. de C. Loparic. São Paulo: Abril, 1975, p. 114 e ss.

²⁸² *Ibidem*. P. 98-99.

²⁸³ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Fenomenologia e direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 10.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 10.

²⁸⁵ *Idem*, p. 11.

²⁸⁶ Sobre a essência dessa dicotomia “sujeito-objeto” e a exteriorização do “ser” desse contexto dicotômico e ainda a relação com “à vida existente (*Dasein*)”, cf.: JASPERS, Karl. **Introdução ao pensamento filosófico**. São Paulo: Ulrix, 1976, p. 36-39.

²⁸⁷ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes, *op. cit.*, p. 16.

²⁸⁸ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes, *op. cit.*, p. 16.

²⁸⁹ HUSSERL, Edmund, *op. cit.*, p. 98-99.

Por outro lado, Heidegger tem uma distinta concepção de *fenômeno*. Enquanto para Husserl o fenômeno é fundado na *consciência categorial, intencional*, dirigida à coisa por meio da percepção, como um dos modos de intuir da consciência²⁹⁰; em Heidegger o fenômeno é o que se mostra em si mesmo; o que por si se revela²⁹¹. Para Heidegger, a ontologia é fenomenologia, na medida em que “o conceito fenomenológico de fenômeno propõe como o que se mostra, o ser dos entes, o seu sentido”²⁹².

Sem embargo, Heidegger parte, inicialmente dos estudos de Wilhelm Dilthey e em sua concepção de “intuição da objetividade da vida”²⁹³, em que, “assim, o indivíduo se orienta no mundo do espírito objetivo”²⁹⁴, em um campo “apreendido no vivenciar”²⁹⁵. Dilthey assinala – e isso é muito importante para Heidegger – que “a compreensão é um reencontro do eu no tu; o espírito encontra-se em níveis cada vez mais elevados de conexão”²⁹⁶ em um sentido de coletividade, de *comum-unidade* sociocultural, e, notadamente, “essa mesmidade do espírito no eu, no tu, em cada sujeito de uma comunidade, em todo sistema de cultura, por fim, na totalidade do espírito e da história universal, torna possível a atuação conjunta das diversas capacidades nas ciências humanas”²⁹⁷, a demonstrar um “elemento comum”²⁹⁸ que articular essa compreensão coletiva. Destarte, assinala Deilthey que “o mundo também é o meio comum, no qual a compreensão de outras pessoas e de suas manifestações vitais se realiza. Pois tudo em que o espírito se objetivou contém em si algo comum ao eu e ao tu”²⁹⁹.

Isso se reporta ao embate de características entre a metafísica idealista cartesiana dicotômica e a fenomenologia e, sem embargo, ao embate entre a distinção que Heidegger faz entre o “correto” e o “verdadeiro”³⁰⁰ e entre a concepção de “identidade” e de “fundamento”. *Correção e verdade* – e *identidade e fundamento* – são coisas distintas; com efeitos e fins distintos.

Quanto à *correção*, Heidegger assinala que ela não se confunde com a identidade da essência do que se apresenta. Sobre as conclusões de Martin Heidegger, “o correto mostra o

²⁹⁰ HUSSERL, Edmund, *op. cit.*, p. 98.99.

²⁹¹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 12. ed.. Trad. Márcia de Sá Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 58 e ss.

²⁹² *Ibidem*, p. 66.

²⁹³ DILTHEY, Wilhelm, *op. cit.*, p. 189. Cf. também: CASANOVA, Marco Antonio. **Compreender Heidegger**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 34-35.

²⁹⁴ *Ibidem*, 189.

²⁹⁵ *Idem*, p. 168-169.

²⁹⁶ *Idem*, p. 168.

²⁹⁷ *Idem*, p. 168.

²⁹⁸ *Idem*, p. 190.

²⁹⁹ *Idem*, p. 189.

³⁰⁰ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica e argumentação no direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014, p. 32-33.

acerto daquilo que se põe diante de nós, mas essa correção não precisa se identificar com a essência do que se apresenta”³⁰¹ e, em muitos casos, determinada análise, “embora correta, ainda não é verdadeira, pois não nos mostra a sua essência [essência do que se analisa]”³⁰². O verdadeiro seria, então, essa essência que se nos oculta, apesar da correção da análise elaborada sobre a coisa.

Ricarlo Almagro, ainda firmado nas ponderações de Heidegger, esclarece que o princípio do fundamento, assimilado no brocado “nihil est sine ratione”, ou, “nada é sem razão”, a reportar-se a fundamentação que se deve atribuir a todo e qualquer ente, tornou-se ao centro de questões filosóficas com Leibniz, no século XVII, a declinar que “é imediato que em tudo que nos toca, o entendimento lança seu olhar para o fundamento, posto que ele mesmo reclama um fundamento”³⁰³. Porém, escreve o autor sobre a necessidade de deixarmos nos aperceber a face negativa desse princípio, formada por uma “dupla negação”, “nada” e “sem”, ou seja, deixarmos nos tocar por seu viés de análise do sentido a *contrario sensu*, para, assim, entender que isso o leva à categoria de um enunciado fundamental, ou, melhor, de o princípio fundamental, a superar, até mesmo, o princípio da identidade fundamental, o princípio da identidade, representado pela simbologia “A=A”, que, porém, nada nos diz sobre identidade, mas, “ao contrário, a identidade, no sentido de mesmidade, pressupõe a diferença” e, destarte, carece, também, de uma justificação anterior, ou seja, de um fundamento³⁰⁴. Sobressalta, destarte, o princípio do fundamento ao princípio da identidade, sendo o primeiro fundamental; o segundo, derivado^{305/306}. Em sua versão afirmativa, estudos sobre o tema assinalam que o princípio do fundamento se precipita num “sem-fundo”, na medida em que se comporta de modo a exigir fundamento para todo o fundamento, em uma linha de racionalidade infinita³⁰⁷. Ricarlo Almagro assevera que “de fato, exigir um fundamento do fundamento do princípio, logo nos

³⁰¹ CUNHA, Ricarlo Almagro Vitoriano, *op. cit.*, p. 33.

³⁰² *Ibidem*, p. 33.

³⁰³ *Idem*, p. 94.

³⁰⁴ HEIDEGGER, Martin. **A essência do fundamento**. Lisboa: Edições 70, 1988, p. 21-33.

³⁰⁵ CUNHA, Ricarlo Almagro Vitoriano, *op. cit.*, p. 94.

³⁰⁶ Como chama a atenção Ricarlo Almagro, “tomemos um exemplo: nós, ao longo dos anos, tornamo-nos fisicamente diferentes, mas ainda assim permanecemos os mesmos! É como se alguém nos visse após longos anos de separação e dissesse: ‘Nossa, mas como você mudou!’”. Veja que naquela diferença algo permaneceu o mesmo, sou eu mesmo que estou ali, diante do observador que anuncia a diferença, sem perder de vista que permaneço, a despeito dela, o mesmo. Por isso que Heidegger afirmará que a identidade a copertença de vários no mesmo e, mais claramente, a copertença de vários com fundamento no mesmo (1999, p. 19). Assim, o exaltado princípio lógico da identidade, ele mesmo requer um fundamento. Ora, embora sem com ele se identificar, é do fundamento que se trata o princípio do fundamento e se o princípio da identidade requer um fundamento, então, podemos concluir que o princípio do fundamento deve posicionar-se anteriormente a ele, assim confirmando a assertiva de que o princípio do fundamento não é apenas um entre os princípios fundamentais, mas o princípio fundamental” (*Ibidem*, p. 94-95).

³⁰⁷ CUNHA, Ricarlo Almagro Vitoriano, *op. cit.*, p. 32-95.

faria deparar com a exigência do fundamento do fundamento do princípio, colocando-nos em um movimento circular”³⁰⁸. E disso, em um sentido tautológico, pois, se nada é sem fundamento e o princípio do fundamento leva a uma exigência de fundamento desse “ser sem fundamento”, em uma busca infinita, em circularidade de justificações³⁰⁹, que, apesar de tudo, não se pode chegar ao absoluto. Denota-se, com isso, que “o princípio do fundamento é sem fundamento” e, assim, “o princípio do fundamento é nada”³¹⁰. Nisso, do mesmo modo ocorrido com o *princípio da identidade*, cairia o *princípio do fundamento* em uma ausência concreta de justificação, pois sempre requereria algo mais anterior a ele, para lhe fundamentar.

Todavia, Heidegger faz uma distinção ôntico-ontológica sobre a incidência do princípio do fundamento, em que, no plano ontológico, a referir-se ao *ente*, este *ad infinitum*, tendente ao absoluto e infinito, sob o amparo e a busca dos fundamentos precedentes e precedentes dos precedentes³¹¹. Por outro lado, no plano ôntico, a projeção do ontológico no ôntico e, dessarte, do *ente*, faz aperceber-se o “ser” e este sim é o próprio “fundamento”³¹². Nas palavras de Ricarlos Almagro: “ser e fundamento – o mesmo”³¹³, no sentido de que o “ser” ôntico é o próprio “fundamento”, na medida em que “o ser não pode ser algo, ele não cai sob o domínio do princípio do fundamento, já que ele e fundamento ‘são’ o mesmo”^{314/315}.

Sem embargo de todo o aludido, com o qual se concorda quanto à metafísica inicialmente exposta por Parmênides, mister esclarecer que a abordagem, assim como o faz Heidegger³¹⁶, deve dar-se sob um vértice ôntico-ontológico e, daí, perceber e respeitar os existenciais de compreensões humanas. Existir, ou ser, define a intensidade em que um *ente* compreende a verdade, que é, nesses moldes, sempre, desse referencial, absoluta, nos limites finitos ônticos do *ser* no mundo. Este, o mundo, é o referencial de projeção de ser. E o ser é temporal, compreendido, por essa óptica, com um início, um meio e estabilidade e um fim, e

³⁰⁸ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano, *op. cit.*, p. 95.

³⁰⁹ *Ibidem*.

³¹⁰ HEIDEGGER, Martin. **O princípio do fundamento**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 73; *Cf.* também: CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano, *op. cit.*, p. 96.

³¹¹ HEIDEGGER, Martin, *op. cit.*, p. 73 e ss.

³¹² *Ibidem*, p. 73 e ss.

³¹³ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano, *op. cit.*, p. 96.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 97.

³¹⁵ Ricarlos Almagro ressalta que “muito mais profunda deve ser a oitiva do princípio quando enunciado nessa nova tonalidade. Aqui se nos dirige um chamado a ver o ser como fundamento. Ser e fundamento – **o mesmo**. Reiteramos aqui a advertência de que mesmidade não é sinônimo de identidade. De fato, a própria diversidade de vocábulos (ser, fundamento) já sinaliza para a diferença. Entretanto, na diferença sobressai o mesmo, e pelas razões acima expostas, para não dizermos que o ser é fundamento, afirmamos: ser e fundamento – o mesmo. Ora, porque o ser não pode ser algo, ele não cai sob o domínio do princípio do fundamento, já que ele e fundamento ‘são’ o mesmo. Ser ‘e’ o próprio fundamento, mas fundamento ‘sem fundo’. [...] De qualquer forma, novas perspectivas de enfrentamento da questão do fundamento serão essenciais para dimensionarmos a sua pujança no campo do Direito, o que justifica o tópico seguinte” (*Idem*, p. 96-97).

³¹⁶ HEIDEGGER, Martin. **El ser y el tiempo**. Traducción José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

disso se pode, com essa dinâmica mutatória do próprio ser no tempo, inferir a mesma dinâmica de mudança do mundo ou da existência.

Por essa premissa, “existir” é fenômeno dinâmico e de intensidade variante, dúctil, flexível, que transforma o mundo em volta do “ser” existente, do “ser-aí”, respeitante ao *ente*³¹⁷. *Existir* não é algo latente, inacabado, a espera de seu “acontecer” – não é potência. A essas suas consideração e deferência não estão no grau de potencialidade de transformação do mundo. Não estão na expectativa de ser, mas no que, de fato, “é”. *Existir é ser*, já *sendo* no mundo. Por outro lado, não é o “*ser-em-si*” e, destarte, estanque, em sua *mesmidade* do “eu pensante” (expressão do pensamento cartesiano), característica de um plano abstrato ideal³¹⁸ (o *ser-em-si*, como o pretende Husserl³¹⁹, ainda é expectativa de *ser*), mas o *ser-aí*, em plena presença ôntico-ontológica, o *Dasein* de Heidegger³²⁰. Mas Heidegger adverte que “estamos ainda longe de pensar, com suficiente racionalidade, a essência do agir” [...] consumir significa desdobrar alguma coisa até a plenitude de sua essência; levá-la à plenitude, *producere*³²¹, e o autor explica, assim, que, por esse motivo, somente se pode consumir o que, de fato, já é³²², e, nesses moldes, “o que, todavia, ‘é’, antes de tudo, é o ser”³²³ e, assim, nessa tarefa de pensar, o ser, instrumentalmente tem acesso à linguagem³²⁴. O ser, que se constitui em um constante pensar como existência, apresenta a necessidade de fundar-se em forma de linguagem e nisso assinala Heidegger que “o dizer do pensar somente se acalmaria em sua essência, quando ele se tornasse importante de dizer, o que deve ficar inexprimido”^{325/326}. A linguagem, como instrumental do homem, em que pese à finitude do compreender humano, proporciona o compartilhamento de

³¹⁷ Com esse olhar escreve Roberto Lira Filho, ao tratar do conceito de direito e de sua fluidez histórica e social, ao afirmar que “queremos dizer, com isso, que as coisas não obedecem a essências ideais, criadas por certos filósofos, como espécie de modelo fixo, um cabide metafísico, em que penduram a realidade dos fenômenos naturais e sociais. As coisas, ao contrário, formam-se nestas próprias condições de existência que prevalecem na Natureza e na Sociedade, onde ademais se mantêm num movimento de constante e contínua transformação. É desse modo que elas se entrosam na totalidade dos objetos observáveis e das forças naturais e sociais, que os modelam e orientam a sua evolução. Cada fenômeno (fenômeno é, etimologicamente, coisa que surge) pode, então, revelar o seu fundamento e sentido, que só emerge em função daquela totalidade móvel. Isoladamente, cada um perde a significação própria e a conexão vital, assim como o órgão sem o organismo em que funciona, ou o homem, sem a sociedade, fora da qual ele não existe humanamente [...]” (LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 2012, p. 12-13).

³¹⁸ Como foi teorizado por Platão, com o mundo das ideias, como mundo perfeito e inalcançável, senão por vagas lembranças reminiscentes (PLATÃO. **Timeu - Crítias**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2010; e _____. **A república**. Tradução J. Guinsburg. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1965).

³¹⁹ HUSSERL, Edmund. **A ideia de fenomenologia**. Tradução Arthur Mourão. Coleção Textos Filosóficos. Lisboa: Edições 70, 2007.

³²⁰ HEIDEGGER, Martin. **El ser y el tiempo**. Traducción José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

³²¹ HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o humanismo**. São Paulo: Moraes, 1991, p. 1.

³²² *Ibidem*, p. 1.

³²³ *Idem*, p. 1.

³²⁴ HEIDEGGER, Martin, *op. cit.*, p. 1.

³²⁵ HEIDEGGER, Martin. **Da experiência do pensar**. Porto Alegre: Globo, 1969, p. 45.

³²⁶ Cf. também: HEIDEGGER, Martin. **Caminho da linguagem**. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

sentido das coisas; o acordo linguístico entre os interlocutores forma o entendimento e o consenso de algo³²⁷. A essência da *tradição* gadameriana, como ação de transmissão de sentido das coisas, caracteriza-se pelo seu caráter de *linguagem*, em que as percepções são transferidas interculturalmente em um contexto histórico³²⁸. Daí a importância da linguagem para o compartilhamento da verdade.

Por uma mirada agora husserliana, sem embargo à teoria fenomenológica desenvolvida por Heidegger, pode-se sem qualquer embargo afirmar que requer ato, ação, em sua face de *consciência* como *intencionalidade*³²⁹. E tal fenômeno existencial é “consciencialmente” gradual e variável. Ou seja, por essa óptica, o *ente* só é na *intensidade* em que *compreende* os entes intramundanos (mas não em um sentido de dualidade de sujeito cognoscente e objeto cognoscível, mas sim de alteridade compreensiva do *Desain*, em seus diversos existenciais). Há imensas linhas, ou estratos, fluentes de possibilidades de existência “acontecida”, assim, estampadas no fenômeno em questão. Há de haver, sob esse recorte de verificação, infinitas amplitudes³³⁰. Como “retorno às coisas mesmas”, assim metodicamente como proposta formulada por Husserl³³¹, a consciência de algo será sempre intencional, não como um fenômeno psíquico, afeto ao psicologismo, mas à vista da intenção como pura consciência de algo, ou seja, “se intenciono algo, esse algo se põe para mim como objeto”³³², mas não numa relação dicotômica cartesiana de sujeito-objeto, mas sim de deixar ser o *ente*. Todavia, esse objeto que se apresenta, deve, de fato, apresentar-se à percepção, para ser dado à intuição e, destarte, à consciência intencional³³³. Pela óptica husserliana, em tentativa de

³²⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Vol. I. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 497.

³²⁸ *Ibidem*, p. 504 e ss.

³²⁹ Sobre as distinções e aproximações teóricas entre Husserl e Heidegger, Ricarlos Almagro escreve que “ambos conclamam o retorno às coisas mesmas, não importando que o essencial delas seja distinto em cada caso. De fato, as coisas mesmas para Husserl seriam os objetos tais como intencionados pela consciência de um eu puro; enquanto para Heidegger, elas se dariam no ato de projeção inaugurado pelo Dasein, consistente no modo apropriado de experimentação da experiência, de tal forma que se dê a liberação da coisa para ser o que efetivamente ela é, o que não seria possível no modo de concebê-las puramente em termos de extensão (*Vorhandensein*). Ademais, essa visada adequada não pode dar-se pelo distanciamento da coisa, em que a construção fenomenológica se daria de fora, mas necessariamente conduzida pelas coisas mesmas” (CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. *Fenomenologia e ciências naturais: a origem comum dos pensamentos de Husserl e Heidegger*. In: **Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito**, Rio de Janeiro, v.5, n.2, p.77-96, out.2012/mar.2013, p. 95).

³³⁰ Falou-se aqui em infinitas amplitudes de sentidos, mas Manuel García Morente, partindo de seus argumentos sobre “o ser e suas qualidades” na filosofia de Parmênides, acrescenta que esse filósofo pré-socrático ainda desenvolveu a “teoria dos dois mundos”, que em muito inspirou e inspira toda a filosofia ocidental. (Cf. MORENTE, Manuel García, *op. cit.*, p. 74-75).

³³¹ HUSSERL, Edmund, *op. cit.*

³³² GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Fenomenologia e direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 43.

³³³ Sobre a intencionalidade e a consciência como método de Husserl, Ricarlos Almagro escreve que “Procurando instaurar um método de rigor para as ciências em geral, Husserl buscou alcançar seu desiderato por meio de uma conversão de atitude, através da qual a certeza da inteireza do mundo fosse posta entre parênteses (*epoché*), e assim, o problema da transcendência estaria superado, mediante um processo em que toda nossa reflexão em torno da experiência sobre os objetos estivesse centrada no plano transcendental, no puro fluxo da consciência. Por mais

conciliação com a visada heideggeriana do “ser-no-mundo” (tendo o objeto como presença e como um início intencional, em *epoché*, mas sem uma total redução transcendental), tudo que muda o mundo em sua volta existe intencionalmente por via do seu “ser”; ou seja, o todo existente, em sua mínima verificabilidade de unidade divisível, faz-se aferível se, e somente se, disso provocar o acontecer do mundo em que se encontra³³⁴, todavia, isso se dará em Heidegger sempre pela óptica ou pela capacidade de percepção fenomênica do *Dasein*. Ou seja, a existência de algo só se dá à vista de sua percepção pelo *Dasein* e assim também se pode afirmar para a intensidade dessa existência, aferida como compreensão fenomênica do ente que se desvela. Daí a afirmação firmada na presente investigação, quanto à *transformabilidade do mundano*, em que se assevera que se o *ente* muda “pouco” (no sentido em que o vocábulo “mudar” corresponde a desvelar-se ao *Dasein* – e, assim, entenda-se, se “desvela-se pouco”, ou permanece bastante oculto), esse existir se projeta com baixa intensidade: *existe pouco*; se muda “muito”, existe *significativamente*; e se muda “tudo”, existe *em absoluto*, pela mirada do ser no mundo. Se em Husserl há a tendência à cisão entre os planos da imanência (consciência) e da transcendência, como algo fora da consciência, em Heidegger essa dicotomia não se apresenta e isso se dá na medida em que o *Dasein* desde sempre é enquanto lançado no mundo, em completa abertura. Em que pese à transcendência do *ente* em direção ao seu *ser* (o que não retoma Platão e a reminiscência), não há uma percepção de sentidos dual e distintiva entre um ambiente que possa ser tachado de “fora” e outro ambiente que possa ser tachado de “dentro”.

Tacitamente, em busca da superação do método platônico da *transcendência* e de seu aporte na reminiscência, o que dividia a questão em dois mundos intocáveis diretamente, o mundo real e o mundo perfeito, das ideias, a *imanência* fundada na *análise intuitiva (ainda*

que os objetos do mundo possam ser postos em questão quanto à sua efetiva existência, certo é que, ao refletirmos sobre eles, estaremos experimentando uma vivência perceptiva ou imaginativa, ou ainda uma recordação de algo, estaremos precisamente diante de um objeto intencional, um objeto para a minha consciência. Trata-se da intencionalidade, uma noção-chave para o seu método. Por ela, todo objeto seria objeto para a consciência e, por sua vez, consciência seria sempre consciência de algo” (CUNHA. Ricarlos Almagro Vitoriano. O papel da verdade na fundamentação dos direitos humanos. In: **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 16, n. 1, p. 47-60, jan./jun. 2015, p. 50-51).

³³⁴Conforme assinala Ricarlos Almagro a declinar uma “reportabilidade” dos objetos intencionais ao mundo vivido, “De fato, quando represento um triângulo em um quadro, a sua essência não está nessa representação, no seu desenho, pois ele sobrevive independentemente dela. Entretanto, ainda assim, é no plano da pura imanência que chego a indubitável verdade de que a soma dos seus ângulos internos, por mais que varie a sua forma, será sempre de cento e oitenta graus. Decerto que a experiência dos objetos físicos, as vivências perceptivas que o envolvem, terão as suas especificidades, as quais devem ser consideradas, mas, ainda aí, a redução proposta por Husserl não pode ser assumida como um distanciamento do mundo efetivo. A nova atitude proposta por ele (atitude fenomenológica) não levaria o homem à perda do seu mundo, pois toda essa experiência renovada estaria referida ou fundada no próprio mundo da vida” (*Ibidem*, p. 52).

*pura*³³⁵) do objeto³³⁶, representada pela expressão “penso, logo existo” (“eu sou uma coisa que pensa”, *res cogitans*, plasmada pela mirada idealista imediatista do pensamento para com o próprio “eu”³³⁷), de René Descartes, é, por isso, incompleta³³⁸. Reporta-se à artificialidade do paradigma filosófico idealista, que busca reformular o *realismo*, e.g. aristotélico, por meio da artificialidade de considerar existente apenas o próprio pensamento e, por derivação, o ser pensante, o “eu” (uma atitude introvertida)^{339/340}. Para Descarte, primeiramente há o pensamento, para, em seguida, se constatar a existência. E a sua tentativa de reformulação por Nietzsche, “existo, logo penso”³⁴¹ (a representar o método da intuição não mais puro, fundamental ou radical, mas intelectual) ainda assim se impõe por meio de uma dicotomia marcante. Assim, essa busca de correção do pensamento cartesiano inconclusa, também o é, pois ambas desprezam o fenômeno como um todo (a unidade que afasta a dual distintivo “imanência” e “transcendência”), ao se atentarem somente para o racionalismo idealista e dogmático do “ser, em si”, “emesmecido” na contemplação (intuição, do latim: “ver”, “visão”, “contemplação”) relacional dualística, correlacional, “sujeito” e “objeto”³⁴², todavia o *objeto* a servir *in totum* ao sujeito “intuitista”.

³³⁵ Diz-se ainda “pura”, pois, em momento seguinte a Descarte, a “filosofia romântica alemã”, representada por Fichte, Schelling, Hegel, “consideram que o método essencial da filosofia é aquilo que eles chamam de a intuição intelectual. Há aparentemente, nestes termos uma contradição, porque a intuição não é intelectual. Parece que intuição e intelectual são termos que se excluem um ao outro, que se repelem, visto que a intuição é um ato simples, por meio do qual captamos a realidade ideal de algo; e, pelo contrário, intelectual refere-se ao trânsito ou passagem de uma ideia a outra, a aquilo que Aristóteles desenvolve sob a forma de lógica. Pois bem: o essencial no pensamento destes filósofos é considerar a intuição intelectual como o método da filosofia. [...] Por que dão à razão humana uma dupla missão. De uma parte, a de penetrar intuitivamente no coração, na essência mesma das coisas, na forma antes exposta ao falar de Descartes, descobrindo o mundo imanente das essências racionais sob o invólucro do mundo aparente das percepções sensíveis. Mas, além disso, consideram que a segunda missão da razão é, partindo dessa intuição intelectual, construir **a priori**, sem se valer da experiência para nada, de um modo puramente apriorístico, mediante conceitos e formas lógicas, toda a armação, toda a estrutura do universo e do homem dentro do universo” (MORENTE, Manuel García, *op. cit.*, p. 44).

³³⁶ *Ibidem*, p. 43.

³³⁷ DESCARTES, René. **Discours de la méthode**: por bien conduire as raison, et chercher la vérité dans les sciences. Collection Librio n. 299. Paris: J'ai lu, 2001.

³³⁸ “A análise é, pois, o método que conduz Descartes à intuição, e a partir deste momento, em toda a filosofia posterior a Descartes, acentua-se constantemente este instrumento da intuição. Depois de Descartes, a intuição continua sendo, de uma ou de outra forma, segundo os sistemas filosóficos de que se trate, o método por excelência da filosofia” (MORENTE, Manuel García, *op. cit.*, p. 43).

³³⁹ *Ibidem*, p. 167-169.

³⁴⁰ Como assinala Morente, “eis aqui a nova existência sobre a qual se acha presa a atitude idealista. Essa atitude insólita, artificial; essa atitude voluntária, deliberada para resolver-se dentro de si mesmo, faz com que o idealista descubra como primeira realidade, como ente que existe primeiramente, o eu pensando” (*Idem*, p. 170).

³⁴¹ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Sobre verdade e mentira no sentido extra-moral*. In **Obras incompletas**. Tradução Rubens R. Torres Filho. 2. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 45 e ss. Cf. também: FICHTE, Johann Gottlieb. **Fundamentos do direito natural**: segundo os princípios da doutrina e da ciência. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. VIII, XV e XVI.

³⁴² Cf. DESCARTES, René, *op. cit.*; HUME, David. **Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral**. Tradução de José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: UNESP, 2000; e LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **A monadologia**. Tradução de Luís João Baraúna. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 2000.

Em que pese ao fato de Heidegger também efetivar essa inversão formulada por Nietzsche aos fundamentos epistemológicos de Descartes, ao alocar a *existência* como precedente ao *pensamento*, não o fez por um viés dicotômico, dualista, pela óptica de *objetos* que *servem* ao sujeito cognoscente, mas sim por uma mirada fenomenológica e unitária, ôntico-ontológica.

Nesse sentido, faz-se possível afirmar encontrarem-se superadas as tentativas de demonstração do mundo pela óptica do sujeito (que *pensa e, assim, existe*, ou que *existe e, assim, pensa*), pois “essa visada do mundo desconsidera que os entes intramundanos exercem algum constrangimento quanto ao que podemos sobre eles predicar”³⁴³ em um viés uno, de plano compreensível e fundamentado, simultaneamente.

Ambas as construções frasais que representam a base de seus sistemas filosóficos, de Descartes e de Nietzsche, negligenciam – apesar de na *teoria do juízo* de Descartes, a decisão ser um ato de vontade, um ato voluntário, e não um ato espontâneo³⁴⁴ –, de certa forma a *intuição volitiva*, predominantemente responsável pela deferência de existência do outro, menosprezam a *alteridade*, o “ser-com-o-outro” – o que se poderia dizer ascender à visão, ou à intuição, somente dada a partir do compartilhamento pelo *Dasein* de “um mesmo” – e arrimam-se, tão somente, no “ser-em-si”, de modo a externarem um cariz solipsista³⁴⁵. Talvez, um tanto melhor seria afastar o caráter autorial e incluir o “pensar fenomenológico”, a considerar a compreensão fundada na intencionalidade do mundo vivido como o primordial para alcançar o verdadeiro, porém balizada sob a noção do histórico-social-temporal, como conhecimento, e, com efeito, afirmar: “se existo, penso na justa medida e intensidade com que compreendo o mundo a minha volta”. Neste ponto, mister tornar a afirmar o que alhures dito: “se intenciono algo, esse algo se põe para mim como objeto”³⁴⁶, mas esse objeto que se apresenta, deve, de fato, apresentar-se à percepção, para ser dado à intuição e, destarte, à consciência intencional e, ainda, em uma visada heideggeriana e pós-husserliana, à *compreensão racionalizante da diferenciação ontológica*.

³⁴³ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. O papel da verdade na fundamentação dos direitos humanos. In: **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 16, n. 1, p. 47-60, jan./jun. 2015, p. 54.

³⁴⁴ MORENTE, Manuel García, *op. cit.*, p. 168.

³⁴⁵ De qualquer forma, “o caráter mais evidente do método da intuição é ser direito, enquanto o método o método discursivo é indireto. A intuição vai diretamente ao objeto. Por meio da intuição obtém-se um conhecimento imediato, enquanto por meio do discurso, do discorrer ou do raciocinar, obtém-se um conhecimento mediato, ao final de certas operações sucessivas” e essa “intuição método-filosófica” pode ser de variadas espécies, a exemplo da “intuição sensível”, da “intuição espiritual” e das “intuições emotiva e volitiva” (*Ibidem*, p. 48-51).

³⁴⁶ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Fenomenologia e direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 43. Cf. ainda: GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **O tema da consciência na filosofia brasileira**. São Paulo: Convívio, 1982.

Assim, melhor seria afirmar que “existo na compreensão fenomenológica”, de modo a reportar, sob um cariz novamente ideológico-filosófico-realista, ao *ser-no-mundo* e ao seu existencial *ser-com o outro* como fator temporal e limitado na finitude do ser existente, para referenciar a possibilidade de existência quanto ao *ente* compreensivo na sua intencionalidade.

Agora, por outro ângulo, com vistas a abordar a questão do *impessoal* heideggeriano – pretensão primordial deste Capítulo 1 –, importante assinalar que a unicidade de “pensar-existindo-com” (ou “para-com”) e “existir-pensando-com” (ou “para-com”) [*percepção de sentido*, em uma ideia de *mundo vivido compartilhado*] há em infinitudes de intensidade e, em um plano abstrato, para o *ser-no-mundo*, para o *Dasein*.

Toma-se aqui o exemplo de algo inanimado, irracional: uma árvore que se vê partida e incendiada por um raio na floresta, sem que se tenha passado percebida e sem consequências outras, em nada transforma o mundo a sua volta, no que tange ao referencial do *Dasein*. Se não foi percebida, não foi compreendida e, destarte, não existiu (ou, por outras palavras, “não foi ‘existida’”). Por outro lado, uma árvore em si e acaso percebida, transforma pouco o mundo a sua volta e, então, “existe pouco” (aqui, quer-se referir, por uma outra mirada, ao aspecto heideggeriano de “utensílio”, de “totalidade utensiliar”, de “manualidade”, de um *ente* para o *Dasein*, vindo à tona não como objetos teóricos ou dotados de propriedades mais sim como coisas de uso³⁴⁷ – o “existir mais” ou “menos”, ou em alguma intensidade, para o *Dasein*, reportam-se, para além das significações dos entes, a “certas instâncias que funcionam como mobilizadoras dos projetos existenciários dos seres-aí em geral”³⁴⁸, de modo a propiciarem “a inserção de utensílios, conceitos e conectivos lógicos nesses projetos”³⁴⁹). Trazendo a questão para o exemplo do Direito, institutos jurídicos, *e.g.*, transformam o mundo em sua volta em certa medida um tanto quanto maior que a transformação obrada pela árvore percebida pelo *Dasein*. Com isso, tais institutos jurídicos existem em maior intensidade e importância que a árvore para o *Dasein*. A existência dos entes intramundanos se dá a partir da intensidade com que se fazem presentes para o *Dasein*. Isso se fundamenta nas assertivas de Dilthey, ao esclarecer que “a transformação de um estado de coisas interno transforma-se na consciência da diferença”³⁵⁰ e, assim, “articulam-se, com o vivenciar, os juízos sobre o vivenciado, no qual esse vivenciar se torna objetivo”³⁵¹.

³⁴⁷ CASANOVA, Marco Antônio. **Compreender Heidegger**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 93-94.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 100.

³⁴⁹ *Idem*, p. 100.

³⁵⁰ DILTHEY, Wilhelm, *op. cit.*, p. 174.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 174.

Busca-se aqui dizer, com esses exemplos dados, que o *compartilhamento consciente do mundo*, de uma mesma unidade de *sentido*, é o que o cria “veritativo”, denotando o verdadeiro, a “verdade”³⁵² – e, nesse espectro, também se apresenta a concepção comum de *valores sociocoletivos históricos*³⁵³. E isso em nada depende das ações humanas cognoscentes decorrentes de uma atividade intencional e racional do pensamento à vista de um objeto, em uma metafísica transcendental, idealista³⁵⁴. O fenômeno dá-se aí e a sua percepção, compreensão, intuição, fundamentação e justificação se põem *simultaneamente*³⁵⁵ ao ser-no-mundo. Não se prende aqui a qualquer sistema filosófico idealista, detido na busca de fundamentos da inexistência das coisas reais e, em contrapartida, da existência, apenas, do pensamento, de um ser pensante, como desenvolveu Descartes e aprimorou Kant³⁵⁶ (também, como já iniciada uma demonstração, não se trata de qualquer sistema filosófico realista³⁵⁷, mas

³⁵² Abarca o que Johannes Hessen denominou de “Realidade Valiosa” (*Wertwirklichkeit*): HESSEN, Johannes. **Filosofia dos valores**. 3. ed. Coimbra: Armenio Amado Editores, 1967, p. 238. Cf. também: FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer**. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1993, p. 43-52; e _____. **El debate filosófico sobre hermenéutica jurídica**. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1995, p. 7-28.

³⁵³ Cf. PUERTO, Manuel Jesús Rodríguez. **Interpretación, derecho, ideología: la aportación de La hermenéutica jurídica**. Granada: Comares, 2011, p. 62-94; e FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer**. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1993, p. 11, 14, 45, 52, 61, 63, 64, 65, 89, 97, 106, 111, 112, 114 e 118.

³⁵⁴ Cf. Scheler, ao afirmar, amparado em estudos de Francisco Brentano, que somente os valores devem ser fonte de deveres, ou seja, fontes deonticas, em uma *conexão ideal* entre *valor* e *dever*: SCHELER, Max. **Ética: nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético**. Madrid: Caparrós Editores, 2001, p. 145-149.

³⁵⁵ Cf. CUNHA, Ricardos Almagro Vitoriano. **Hermenéutica e argumentação no direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014; e _____. **Ética e decisão judicial: o papel da prudência na concretização do direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2015.

³⁵⁶ Nesses termos, Manuel García Morente escreve que “para o idealismo, o que existe não são as coisas, mas o pensamento; é este que existe, visto que é o único de que eu tenho imediatamente uma intuição. Pois bem; o pensamento tem isto de particular: que se alarga ou se estica, por assim dizer numa polaridade. O pensamento é, de uma parte, pensamento de um sujeito que o pensa, e, de outra, é pensamento de algo pensado por este sujeito; de modo que o pensamento é essencialmente uma correlação entre sujeito pensante e o objeto pensado. Esse pensamento, assim, nessa forma, por ser precisamente correlação, relação inquebrantável entre sujeito e objeto pensado, elimina necessariamente a coisa ou a substância ‘em si mesma’. Não há nem pode haver no pensamento nada que seja ‘em si mesmo’, visto que o pensamento é essa relação entre sujeito pensante e objeto pensado” (MORENTE, Manuel García, *op. cit.*, p. 266).

³⁵⁷ A filosofia afeta ao sistema realista se dedicou ao estudo das coisas que existem; de tudo o que se pode encontrar em volta do homem. Manuel García Morente assinala que “a palavra latina que designa coisas é **res**. Esta resposta primordial, e até diria primitiva, natural, leva na história da metafísica o nome de **realismo**, da palavra latina **res**. À pergunta: quem existe? responde o homem naturalmente: Existem as coisas – **res** – e esta resposta é o fundo essencial do realismo metafísico. Mas este realismo, na forma em que acabo de esboçá-lo, não tem um só representante na história da filosofia. Nenhum filósofo, antigo ou moderno, é realista desta maneira que acabo de dizer. Porque não pode sê-lo. É demasiado evidente, quando refletimos um momento, que nem todas as coisas existem; que há coisas que cremos que existem, mas quando nos aproximamos delas vemos que não existem, seja porque realmente se desvanecem; seja porque imediatamente descobrimos em que consistem essas coisas compostas de outras, e quando descobrimos em que consistem, já não podemos dizer realmente que existem, nesse sentido de existência em si, de existência primordial” (Grifos do Original) (*Ibidem*, p. 68). Com efeito, García Morente cita os realistas pré-socráticos, dedicados aos pensamentos do “realismo metafísico”, a exemplo de Pitágoras, Heráclito, Parmênides e Zenão (*Idem*, p. 66-79), o “realismo idealista” de Platão, com a consideração da realidade do mundo das ideias em contraposição real ao mundo imperfeito dos homens (*Idem*, p. 81-91) e o

sim uma busca de uma perspectiva fenomenológica, do ser no mundo). Não defende a dicotomia objeto-sujeito, da metafísica transcendental de Kant, por ocasião em que sustenta que os fenômenos, como a apresentação das coisas encobertas e entrelaçadas pelo “espaço” e “tempo”, passam a ser objetos somente aos olhos de um sujeito cognoscente, observador³⁵⁸. Tão somente, para além da bipartição de uma teoria do conhecimento idealista transcendental em Kant, faz-se imperioso o compartilhamento de percepções e de sentidos, em modos de vivências existenciais, do “ser-no-mundo”, sem que se veja um *a priori* instrumentalizado pela técnica, que busca subsumir o real ao imaginário, o “ser” ao “dever-ser”; faz-se imperioso o *sentido* historicizado para além da pura imanência, a compreender, assim, como “sentir compartilhado”. De nada vale a busca da verdade de algo “desimportado”, ou importado somente a si, ou ainda, que se passa em oculto no estado do mundo vivido, de modo a representar um “não algo”. O mundo compartilhado é o que afigura como verdade. A consciência de si e para com o outro apresenta aqui um papel primordial³⁵⁹.

Na compreensão de o homem ser falho e limitado, consoante desenvolve Descartes³⁶⁰, a plena consciência e existência tende ao infinito. O homem, todavia, é finito. Nunca alcançará a plenitude compreensiva direta, ou mesmo indireta, em que pese ao fato de poder contar com a intuição determinista de resultados futuros. A sua compreensão é confinada por sua situação existencial, por sua natureza imperfeita, finita e inacabada, redutora de sentidos e de significados – reducionista de complexidades e, como afirma Heidegger, em uma operação de “encurtamento hermenêutico”³⁶¹ – de tudo que rodeia o ente. O “ser-em”, ou, o “ser-aí”, ou o “estar-aí”, o “ser-no-mundo”, somente “compreende” em uma tradição hitórico-temporalmente localizada. E como já afirmado alhures, a essência da *tradição* gadameriana, como ação de transmissão de sentido das coisas, como *compreensão de mundo*, caracteriza-se pelo seu caráter de *linguagem*, em que as percepções são transferidas interculturalmente em um contexto histórico³⁶².

“realismo aristotélico”, firmado, em objeção a Platão, na concepção de “substância”, “essência” e “acidente” (*Idem*, p. 92-104).

³⁵⁸ Cf. KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 8. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2013; e _____. **Critique de la raison pratique**. Paris: Collection Folio-Essais, Gallimard, 1985.

³⁵⁹ Cf. CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica e Argumentação no Direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014; e _____. **Ética e decisão judicial: o papel da prudência na concretização do direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2015.

³⁶⁰ DESCARTES, René, *op. cit.* Em contraponto, cf. também: SCHELER, Max. **Ética: nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético**. Madrid: Caparrós Editores, 2001; RESWEBER, Jean-Paul. **A filosofia dos valores**. Lisboa: Almedina, 2002. HESSEN, Johannes. **Filosofia dos valores**. 3. ed. Coimbra: Armenio Amado Editores, 1967.

³⁶¹ Cf. HEIDEGGER, Martin. **El ser y el tiempo**. Traducción José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

³⁶² HEIDEGGER, Martin, *op. cit.*, p. 504 e ss.

Anote-se, ainda, que Heidegger afirma que “mundo só há onde há linguagem, quer dizer, compreensão do ser” (“Welt gibt es nur, wo es Sprache gibt, das heisst, Seinsverständnis”³⁶³). O homem é um ser que existe na linguagem – como afirma Hans-Georg Gadamer (“a palavra é a própria formação do conhecimento”³⁶⁴ e “nesse sentido, é ela simultânea com essa formação (*formatio*) do intelecto”³⁶⁵; com efeito, para Gadamer, “Sein, das verstanden werden kann, ist Sprache”³⁶⁶, ou “o ser que pode ser compreendido é linguagem”³⁶⁷, e “o estar-aí do mundo [para o homem] é constituído pela linguagem”³⁶⁸, a ensejar uma “liberdade frente ao mundo circundante [...], para a constituição de mundo que se dá na linguagem”³⁶⁹; nesse aspecto, é “no entendimento da linguagem [que] se manifesta o ‘mundo’”³⁷⁰); o homem é um ser que compreende e, em razão dessa compreensão, evolui socialmente com a *tradição*, raiada com a fusão de horizontes e com a história factual, assim como assinala Gadamer³⁷¹.

Sob esse aspecto, esclarece Inocêncio Mártires Coelho que não por isso o mundo se encerre na linguagem – pois “existe mais mundo do que linguagem”³⁷² –, mas a finitude humana encontra a sua barreira na *capacidade linguística* (em nesse aspecto se insere o *Dasein* e o mundo como um existencial, como significatividade, porém não para além do *Dasein* – talvez pela sua própria finitude nomeadamente linguística), que também se lhe apresenta ao humano como capacidade *compreensiva, interpretativa e fundamentadora* desse mesmo mundo e, assim, “sob essa perspectiva, existe mais mundo do que linguagem, embora, ao referi-lo, seja a própria linguagem que instaure esse mundo que está fora dos seus limites, isto é, dos limites da linguagem”³⁷³.

Ao trato da compreensão, interpretação e fundamentação, por outro lado, chame-se a *consciência não finita*, ou seja, a consciência infinita e absoluta, de *Deus*. Poderia ser

³⁶³ HEIDEGGER, Martin. **Vier seminare**. Frankfurt: Vottorio Klostermann, 1977, p.64.

³⁶⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Vol. I. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 547.

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 547.

³⁶⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik**. 6. ed. Gesammelte Werke, Bd. 1. Tübingen: Mohr Siebeck, 1990, p.270. Cf. também GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Rio de Janeiro: FGV, 1998.

³⁶⁷ Conforme assinala Inocêncio Mártires Coelho, “nos domínios da hermenêutica – onde ‘o ser que se compreende é linguagem’ –, tudo está sujeito ao *panta rhei* da eterna transformação, até mesmo a própria hermenêutica, porque também ela é um fenômeno histórico, um evento situado e datado, insuscetível de aprisionamento em regras fixas e imutáveis, cuja observância propiciaria aos seus seguidores a apreensão, também fixa e imutável, do *verdadeiro e invariável* sentido das palavras” (COELHO, Inocêncio Mártires. *A questão hermenêutica no direito das gentes*. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 2, 2016, p. 581-593, p. 593).

³⁶⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Vol. I. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 571.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 573.

³⁷⁰ *Idem*, p. 576.

³⁷¹ *Idem*.

³⁷² COELHO, Inocêncio Mártires, *op. cit.*, p. 115.

³⁷³ *Ibidem*, p. 115.

denominada, guardada a devida coerência lógico-discursiva, do que quisesse, mas denomine-se de Deus.

Como expressão humana da compreensão total, Deus, diferentemente do homem, existe em absoluto, é infinito.

Por oportuno, imperioso esclarecer que não se almeja nas linhas ora expostas neste Capítulo 1 empregar uma *metafísica ontoteológica* – tampouco há uma aversão a ela –, tão combatida por Heidegger, ao argumento da previsão de um *sujeito absoluto idealizado*, que levaria a desvios de uma apropriada tarefa da filosofia, e isso, essa distorção idealista, seria, na essência, um resquício de equívoca mistura de fragmentos da teologia cristã com problemas da filosofia³⁷⁴. Os apontamentos são ora elaborados, precisamente, para determinar o corte metodológico já deixado claro e ora repetido: uma via a ancorar-se na “hermenêutica da facticidade” (no que se concebe como consciência finita do “estar-aí”, do ser no mundo) e, na linha de Heidegger, a efetivar uma “redução” interpretativa, “encurtamento” hermenêutico, para propiciar incidência somente sobre esses objetos: o “mundo vivido” e o “ser-aí”. Permite-se dizer, assim, que a pesquisa aborda, na proposta de Heidegger, a fenomenologia do Direito sob o âmago da ontologia fundamental, com a pretensão metodológica que visar à validade antecedentemente pressuposta às instituições jurídicas³⁷⁵.

Com efeito, na passagem do idealismo metafísico para o plano da facticidade, o *Dasein* pode possuir várias intensidades de percepção de sentido e, logo, pode compreender e existir em várias intensidades, inclusive compreender a própria imperfeição e finitude, a deduzir uma consciência superiormente total e absoluta, criadora. Foi, de certo modo, o que afirmou Descartes³⁷⁶ e, na filosofia hermenêutica, denominou Heidegger como possibilidades existenciais do *Dasein*³⁷⁷. Entretanto, o *Dasein* é finito e finita é a sua existência e compreensão do que lhe envolve como lugar de existência.

De acordo com Heidegger, somente o *Dasein* percebe a sua própria existência e, mesmo assim, em certa e limitada medida, na justa medida de sua confinção compreensiva³⁷⁸. Quando foi tomado o exemplo da árvore, para afirmar que ela “existe”, mas “existe pouco”, não se pretendeu sob essa metáfora afirmar qualquer viés que buscasse o enfoque pela óptica da própria árvore como “ser” que compreende a sua própria presença no mundo, mas sim

³⁷⁴ Cf. HEIDEGGER, Martin. *El ser y el tiempo*. Traducción José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1993; e WOLZOGEN, Christoph Von. *Nicht Leben oder Welt, sondern Dasein: Heidegger – Alter Frangen, neue Quellen*, in *Franckfurter Allgemeiner Zeitung*, n. 258.

³⁷⁵ STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre “Ser e Tempo” (Martin Heidegger)*. Petrópolis: Vozes, 1988, p. 9.

³⁷⁶ DESCARTES, René, *op. cit.*

³⁷⁷ HEIDEGGER, Martin, *op. cit.*

³⁷⁸ *Ibidem.*

relevar que ela se apresenta ao *ser-aí* tal como é, ou seja, sob a percepção do *Dasein*, qualificado como único capaz de compreender a existência de si e do desvelar-se dos entes intramundanos. E nisso, o exemplo é útil para se extrair certa conexão entre a *existência* e a *verdade* – e, também, entre a “transcendência” do *ente* em direção ao *ser*, afastando-se do *impessoal* como coletividade mediana e arbitrária³⁷⁹ –, na medida em que “a verdade não opera apenas com elementos subjetivos, sendo necessário reconhecer o espaço e a oportunidade de os próprios entes sobre os quais se debruça o ser-no-mundo, na tentativa de conhecê-los, no modo de mostrarem-se por si mesmos”³⁸⁰.

É de se assinalar, em consonância com a filosofia hermenêutica fenomenológica de Heidegger³⁸¹, que os *entes intramundanos* só “existem” *para e pelo* o *Dasein*, na medida em que o *Dasein*, em suas possibilidades de existência, é “ser com o outro”³⁸² e isso envolve a ideia de mundo como “o modo de ser e a condição de possibilidade de ser da própria existência humana”³⁸³, pois a ideia de mundo não é construída pela razão e, tampouco, como realidade exterior e independente do sujeito³⁸⁴.

Quanto à comparação ou à simetria da *compreensão* finita com a suposta compreensão absoluta, o homem no mundo, o ser-aí, o *Dasein*, em sua compreensão (insuficiente compreensão), é quase inexistente à vista de uma suposta consciência absoluta. Destarte, se especulativamente fizer-se assente a possibilidade de uma compreensão maior que a compreensão do ser-no-mundo, mormente ao amparo de sua contingencialidade e finitude, faz-se factível ser o *Dasein* figurativamente “morto” no mundo: sem a capacidade inicial de compreensão do absoluto, que só vem a ocorrer com a *transcendência* do *ente* em direção ao seu *ser*. Esse estado de “morte” é o que se pode considerar, para os propósitos da presente investigação, como o *impessoal* heideggeriano, em que o ser-no-mundo se encontra preso em sua finitude e contingencialidade. Nesse estado, sua verdade é a verdade possível e, sem embargo, única possível, do ponto de vista do humano e da fenomenologia, mas, ao menos especulativamente, limitada, e, se há a noção de compreensão limitada pela finitude e contingencialidade, por simetria, há de inferir, ou de intuir, uma compreensão que não se submeta a essas balizas, que se permite denominar de compreensão absoluta. Por essa perspectiva – e

³⁷⁹ HEIDEGGER, Martin, *op. cit.*, p. 27.

³⁸⁰ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. O papel da verdade na fundamentação dos direitos humanos. In: **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 16, n. 1, p. 47-60, jan./jun. 2015, p. 54.

³⁸¹ HEIDEGGER, Martin, *op. cit.*

³⁸² *Ibidem*.

³⁸³ STEIN, Ernildo. **Mundo vivido**: das vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 133.

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 133.

aqui segue um exemplo meramente ilustrativo –, talvez se encontre aí um flanco quanto ao porquê de, na concepção judaica, o Messias das Escrituras Hebraicas ter afirmado “...deixai aos mortos enterrarem seus próprios mortos”³⁸⁵ e, em outra passagem, “...por que procurais entre os mortos quem vivo está?”³⁸⁶, e, ainda, ter afirmado “... e conhecereis a verdade e a verdade vos libertará”³⁸⁷. Nessa senda, a consciência maior, na premissa de *ser* dotado de compreensão em absoluto, vivo está em todos os sentidos de possibilidades, mormente no que diz respeito ao afastamento do impessoal da cotidianidade. De certa forma, o impessoal criticado por Heidegger como mediano e arbitrário³⁸⁸ pode ser encontrado, malgrado não intencional, nas entrelinhas dessa ilustração judaico-cristã, em que o coletivo decisional encontra-se passível de afastamento da verdade ôntico-ontológica.

Não se pretende empregar aqui qualquer concepção de “transcendência” de sentidos, para a transposição de um mundo imperfeito a um mundo ideal, com a sua verdade transcendente às coisas, como sustentou Platão³⁸⁹, e, tampouco, assentir na totalidade de compreensão de mundo (único) por meio da razão, como pretende Descartes³⁹⁰. O limite não se dá na concepção de definições de conceitos de mundo ou na distinção de mundos e, tampouco, na necessidade de maior racionalização e de aprofundamento do saber humano, para a compreensão de algo em sua totalidade absoluta, mas sim na consciência de formas antagônicas e paradoxais de ser: a *infinitude* e a *finitude* dos *entes em si*; e, dessarte, “essências” a deferirem capacidades (i) absoluta ou (ii) não (em diversas medidas) de compreensão, de fundamentação e de sentido existencial.

A compreensão está diretamente relacionada ao que pode ser dito sobre o conceito de “verdade”; e o que pode ser dito é o que se pode captar (sem olvidar de um aspecto

³⁸⁵ MATEUS 8:22, *in*: BÍBLIA, Português. **A Bíblia Sagrada**: Antigo e Novo Testamento. Tradução de João Ferreira de Almeida. Edição rev. e atualizada no Brasil. Brasília: Sociedade Bíblia do Brasil, 1969.

³⁸⁶ LUCAS 24:5b, *in*: BÍBLIA, Português. **A Bíblia Sagrada**: Antigo e Novo Testamento. Tradução de João Ferreira de Almeida. Edição rev. e atualizada no Brasil. Brasília: Sociedade Bíblia do Brasil, 1969.

³⁸⁷ JOÃO 8:32, *In*: *in*: BÍBLIA, Português. **A Bíblia Sagrada**: Antigo e Novo Testamento. Tradução de João Ferreira de Almeida. Edição rev. e atualizada no Brasil. Brasília: Sociedade Bíblia do Brasil, 1969.

³⁸⁸ HEIDEGGER, Martin. **El ser y el tiempo**. Traducción José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 27 e ss.

³⁸⁹ MORENTE, Manuel García, *op. cit.*, p. 42.

³⁹⁰ De acordo com René Descartes, “o que acontece é que, quando olhamos pela primeira vez, o mundo em que vivemos nos aparece revolto, como um caixão onde há uma multidão de coisas. Porém, se nessa multidão de coisas, se nessa multidão de conceitos caóticos, se nesse caixão nos preocupamos vagorosamente uma coisa aqui e outra lá e por ordem nesse **totum revolutum**, nesse caixão, então esse mundo torna-se-nos, de repente, inteligível. Compreendemo-lo, é para. Nós evidente. Em que consistiu, aqui, a consecução dessa evidência? Não consistiu numa fuga mística deste mundo ao outro mundo, mas antes consistiu numa análise metódica deste mundo, no fundo do qual está o mundo inteligível das ideias. Não são dois mundos distintos um do outro, mas um dentro do outro, os dois constituindo um todo” (*Ibidem*, p. 42-43). Pelas transcritas palavras de Manuel García Morente, Descartes acredita poder acessar ao todo absoluto por meio da análise dedutiva metodológica racional, a propiciar a compreensão de mundo por meio da razão. Todavia, ao nosso sentir, não se apercebeu da finitude inata essencial ao humano, que com ele se faz *a priori* e que é de sua própria natureza humana que o é.

biopsicológico³⁹¹) pelos sentidos “historicizados”, na história efetual e na tradição³⁹². O “que se pode captar” é contingenciado, *em um primeiro momento (i)*, de um modo relativo e casuístico, que se opera por critérios biopsicológicos, que divergem a depender da capacidade intelectual e de percepção de uns e de outros entes, do grau e nível de atenção, de vigília, estudos, saúde, higidez mental etc., ao passo que, *em um segundo momento (ii)*, de caráter absoluto, contingencia-se intrinsecamente na própria essência finita de determinado *ente*; na sua singularidade tempo-espacial. E disso surgem as definições de *verdade* na visada *moderna racionalista*.

Para a compreensão absoluta, a verdade – acaso, de fato, importa-se lhe, uma vez que é indivisível, não binária, e, dessarte, a única possível de ser – faz-se absoluta e não se lhe oculta. Por outro lado, *a verdade humana* é contingenciada por sua efemeridade existencial. Daí a divisão binária da concepção de verdade: uma absoluta; outra, relativa.

Como dito, tendo como paradigma a perene “razão” compreensiva humana, chamem a compreensão infinita de *Deus*; e a máxima compreensão finita que se conhece, *homem*; a intensidade de compreensão é intensidade de existência; e a intensidade de compreensão existencial, intensidade de vida. Sem embargo, como óbvio, somente se trata – e assim é por pura limitação – do plano perceptível existencial do ser-no-mundo, historicizado, temporalizado, do *ente* e em suas aberturas existenciais que se revelam aos sentidos.

Nesse contexto encontra o problema da intersubjetividade, a moldar as diversidades de compreensões humanas: as diversas aberturas de sentidos afetas a cada interprete que compartilha o mundo. A intencionalidade compreensiva do fenômeno deve buscar uma unificação da visão racional (não se trata aqui, como adverte Côrtes Guimarães, de qualquer tipo de racionalismo idealista) e isso se deve operar dentro da ideia de “ser-no-mundo”, de “ser-aí”, nos termos impressos por Heidegger, não obstante, à vista de um recorte temporal e cultural, representativo da finitude humana, nos moldes gadamerianos.

No quadro que se segue, é apresentada uma ilustração dos planos da consciência, intuição, intencionalidade e compreensão humana, seguida de uma breve legenda, com algumas observações. Nessa figura, meramente ilustrativa e metafórica, o que se pretende é firmar uma divisão em que se dá a localização do *Dasein* em suas possibilidades existenciais e, sem

³⁹¹ POPPER, Karl R; ECCLES, John C. **O eu e o cérebro**. Tradução: Sílvio Meneses Garcia, Helena Cristina Fontenelle Arantes e Aurélio Ormas Cardoso de Oliveira. Brasília: Universidade de Brasília, 1991; _____. **O cérebro e o pensamento**. Tradução: Sílvio Meneses Garcia, Helena Cristina Fontenelle Arantes e Aurélio Ormas Cardoso de Oliveira. Brasília: Universidade de Brasília, 1992;

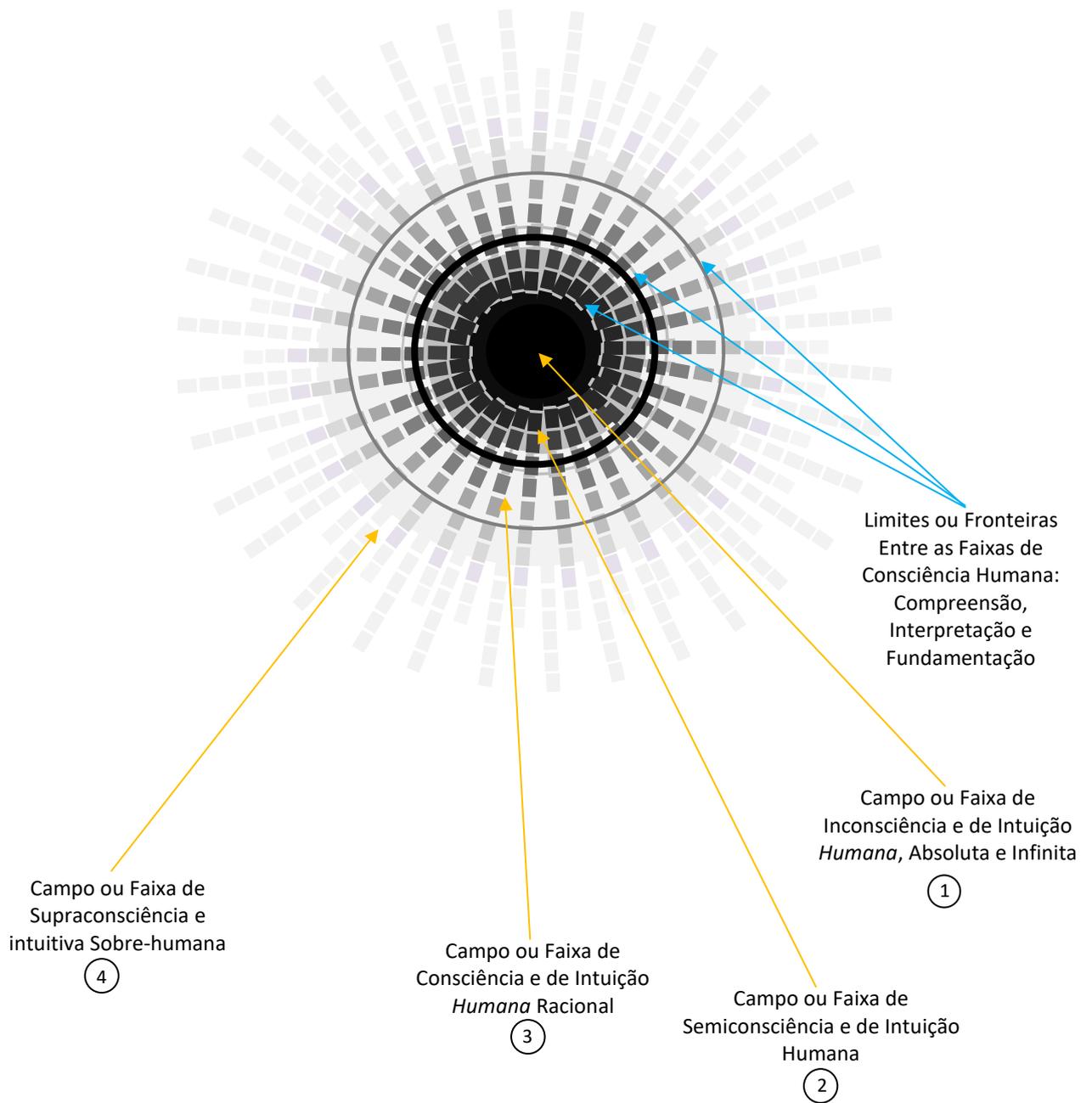
³⁹² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Vol. I e II. Petrópolis: Vozes, 2014.

embargo, em suas impossibilidades existenciais, fato que Heidegger não tratou, mas que de sua obra “Ser e Tempo”³⁹³ - e de seus demais escritos³⁹⁴ – é possível inferir.

³⁹³ HEIDEGGER, Martin. **El ser y el tiempo**. Traducción José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

³⁹⁴ Cf.: HEIDEGGER, Martin. **Da experiência do pensar**. Porto Alegre: Globo, 1969; _____. **Vier seminare**. Frankfurt: Vottorio Klostermann, 1977; _____. **A determinação do ser do ente segundo Leibniz**. Tradução Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1979; _____. **A essência do fundamento**. Lisboa: Edições 70, 1988; _____. **Carta sobre o humanismo**. São Paulo: Moraes, 1991; _____. **O princípio do fundamento**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999; _____. **Ser e tempo**. 12. ed.. Trad. Márcia de Sá Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 2002; _____. **Caminho da linguagem**. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

Consciência Sobre-humana Absoluta e infinita, onipotente, oniciente e onipresente. Quanto mais distante do centro denso, maior é a projeção dessa consciência.



Quanto às ilustrações representadas pela figura anterior, cumpre esclarecer que buscam, de forma alegórica, retratar os supostos campos humanos de *percepção* e de *compreensão*, em que há uma espécie de *campo concêntrico* e *outros campos derivados* desse centro, afastando-se e, assim, também, indicando variações, qualitativas e quantitativas de percepção e de compreensão e, sem embargo, de intuição, em um sentido vetorial centrífugo, desde a não *percepção* e *compreensão* absolutas à *percepção* e *compreensão* absolutas. Assim, factível anotar que a *percepção* e a *compreensão* dos *entes* – dentro da finitude do próprio *Dasein* – compõem-se de quatro *campos* ou *áreas*, ou mesmo *faixas*, limitadas por três linhas indicativas de *fronteiras* entre essas áreas.

O Campo “1” foi denominado como *campo* ou *faixa* da *Intuição Sensível do Campo da Inconsciência*: diz respeito aos objetos que se apresentam diretamente diante do observador. Em que pese ao fato de indicar um estado de inconsciência, deixa margens para alguma fase ou estágio dessa inconsciência que intua sensivelmente objetos que se apresentam.

O Campo “2” foi denominado como *campo* ou *faixa* da *Intuição Sensível do Campo da Semiconsciência*: diz respeito aos objetos que se apresentam diretamente diante do observador.

O Campo “3” foi denominado como *campo* ou *faixa* da *Intuição Sensível do Campo da Consciência*. Diz respeito aos objetos que se apresentam diretamente diante do observador. “A intuição sensível está atada à singularidade do objeto”³⁹⁵ – é uma intuição de caráter formal (não penetra na essência, na realidade mesma das coisas). Ainda no campo “3”- *Intuição espiritual formal do Campo da Consciência*: obtida com o discernimento da aplicação lógica e racional às coisas que se lhe apresentam ao sujeito observador – é uma intuição de caráter formal (também não penetra na essência, na realidade mesma das coisas). *A intuição espiritual real do Campo da Consciência*: intuição que penetra no fundo da coisa, na sua essência, na sua consistência – é uma intuição de caráter real, intuição esta que “está saindo do espírito, que vai tomar contato com a íntima realidade essencial dos objetos. Esta é a intuição de que se vale o filósofo e divide-se em três classes: (i) “a de atitude espiritual”; (ii) “a de atitude emotiva”; e (iii) “a de atitude volitiva”³⁹⁶. *A intuição espiritual real, intelectual do Campo da Consciência*: intuição que penetra no fundo da coisa, na sua essência, na sua consistência – é uma intuição de caráter real, intuição esta que “está saindo do espírito, que vai tomar contato com a íntima

³⁹⁵ MORENTE, Manuel García. **Fundamentos de filosofia 1**: lições preliminares. Tradução e Prólogo de Guillermo de la Cruz Coronado. São Paulo: Mestre Jou, 1980, p. 49.

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 50.

realidade essencial dos objetos. Esta é a intuição que diz o que o objeto realmente é³⁹⁷. A *intuição espiritual real, emotiva do Campo da Consciência*: intuição que penetra no fundo da coisa, na sua essência, na sua consistência – é uma intuição de caráter real, intuição esta que “está saindo do espírito, que vai tomar contato com a íntima realidade essencial dos objetos. Esta intuição refere-se ao que o objeto vale; diz respeito ao valor do objeto³⁹⁸. A *intuição espiritual real, volitiva do Campo da Consciência*: intuição que penetra no fundo da coisa, na sua essência, na sua consistência – é uma intuição de caráter real, intuição esta que “está saindo do espírito, que vai tomar contato com a íntima realidade essencial dos objetos”³⁹⁹ e, assim, “refere-se à existência do objeto [...] por meio da intuição volitiva, desentranha, não aquilo que é, [...]” e diante disso, aquilo “que existe, que está aí, que é algo distinto de mim. A existência do ser manifesta-se ao homem mediante um tipo de intuição predominantemente volitiva” mas aquilo que existe⁴⁰⁰.

De certa forma, sem aderir à concepção firmada pela “teoria das Mônadas” (idealismo transcendental da metafísica leibniziana), uma vez que a mônada se apresenta fechada para o mundo, de modo a não demonstrar a necessária abertura do “deixar viger”, faz-se factível concordar com a existência de (i) *percepções*, (i.a) *percepções conscientes* e (i.b) *percepções inconscientes*, assim como, de (ii.b) *apercepções* e *memória*⁴⁰¹. Faz-se uma crítica à teoria filosófica de Leibniz, tachando-a de demasiadamente otimista e, por isso, falsa, na medida em que ele defenderia um mundo o mais perfeito criado por Deus (“o melhor mundo possível”), mas isso seria desmentido pela grande quantidade de mal existente nesse mesmo mundo⁴⁰². Todavia, pode-se facilmente refutar a essas críticas ao acrescentar ao argumento de a concepção de mundo em Leibniz, a historicidade e a história efetual gadameriana, para conceber ser “o melhor mundo ‘histórico’ ou ‘historicamente’ possível”, em contínua tendência evolutiva dada pela fusão de horizontes e, dessarte, pela tradição histórica, apesar de eventuais, porém, momentâneos, retrocessos civilizatórios. Anote-se ainda as ponderações de Aquiles Côrtes Guimarães, ao assinalar, por outra óptica, que “é preciso deixar claro que não há progresso na história. Pelo contrário, há avanços e recuos. Avanços, em direção ao aperfeiçoamento das condições de existência civilizada. Reversão, na linha do despenhadeiro da barbárie. O que nos

³⁹⁷ MORENTE, Manuel García, *op. cit.*, p. 51.

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 51.

³⁹⁹ *Idem*, p. 51.

⁴⁰⁰ *Idem*, p. 51.

⁴⁰¹ *Idem*, p. 207-215

⁴⁰² *Idem*, p. 214-215.

mostra a trágica da existência humana que estará sempre se defrontando com possibilidades e limites como linhas diretrizes da nossa conduta enquanto inscrita no espaço da eticidade”⁴⁰³.

O Campo “4” foi denominado como campo ou faixa da Supraconsciência e de Intuição Sobre-humana.

O ultrapassamento do *ente* em direção ao *ser* ocupa fundamental relevância na obra de Heidegger. É ele responsável pelo desvelar da verdade, na medida em que se refere ele à ultrapassagem do mundo em um contingente impessoal, para a busca e o alcance da verdade ôntico-ontológica⁴⁰⁴. Isso se dá de em uma forma involuntária. Não é um modo de comportamento e, assim, decorrente de uma decisão racional que venha a sopesar entre o agir e o não agir e entre escolhas entre umas ou outras circunstâncias, a ponto de colocar de lado outras condutas não escolhidas. Assim compreende a transcendência “a própria constituição da existência humana”⁴⁰⁵ e, “portanto, a ultrapassagem [transcendência] não é ela mesma uma possibilidade, mas a própria condição do *Dasein*”⁴⁰⁶, na condição de coimplicação ou copertença ente transcendência e *Dasein*, para o ascender às verdades ôntica e ontológica e a uma verdade geral das coisas⁴⁰⁷.

Como visto de nossa representação gráfica dos planos da consciência humana, há um nível em que se permite essa transcendência contínuo-necessária à existência do *Dasein*, para o acesso às coisas mesmas, para o encontro com o plano das verdades ôntico-ontológicas, que seria obtido com o ultrapassar ou com o transcender do limite externo do Campo “3” (Campo da Consciência Humana Ordinária – o impessoal de Heidegger), representado na figura ilustrativa deste Item. Assim se teria, em Heidegger, a possibilidade do desvelar momentâneo do *ser* do *ente* e, destarte, *de revelar-se do ente no ser*, de modo a possibilitar o acesso à coisa mesma e à sua verdade ôntica, que, na essência, também é ontológica, devido à flexibilidade e coimplicabilidade veritativa. Dá-se, assim, a compreensão das verdades desses planos ôntico-ontológicos simultaneamente, assim como se operam as interpretação e fundamentação fáticas dessas situações, sem se adentrar ainda em um plano de linguagem, para a justificação e aplicação de uma única verdade intramundana. Por outro lado, existem dois limites, duas fronteiras, que também podem ser ultrapassados, ou transcendidos, pelo *ente*; o primeiro refere-

⁴⁰³ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Fenomenologia e direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 36.

⁴⁰⁴ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano **Hermenêutica e argumentação no direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014, p. 100-104.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 100.

⁴⁰⁶ *Idem*, p. 101.

⁴⁰⁷ *Idem*, p. 99-101.

se ao o limite interno do Plano “3” da figura representativa, em que, ao transcendê-lo, o *ente* ingressa em uma *faixa de semiconsciência* (Campo “2”), em que, apesar de uma suposta transcendentalidade, não se há de falar em plano ontológico, em plano do *ser*, mas em um ingresso, ainda que preambular, em um plano do “não-ser”. Se o *ser* fundamenta o *ente*, enche-o de conteúdo em um nível ontológico, afeto às coisas mesmas, de modo a possibilitar, como condição *sine qua nom*, a existência do *Dasein*, pois assim só o é, no mundo, o caminho inverso, que é ilustrado aqui com “a perda da consciência” e o ingresso do *ente* nos Campos “2” e “1”, leva ao “não-ser” e a transcendência para o último estágio, ou seja, com a transcendência ou ultrapassagem das fronteiras que separam o campo da semiconsciência (Campo “2”) para o campo da inconsciência absoluta (Campo “1”), seja, quer seja, *v.g.*, pelo estado vegetativo de um coma profundo, quer pela “inimputabilidade absoluta” referente à loucura dos estados psíquicos, ou, ainda, pela morte em si mesma considerada, o “não-ser”, por não estar no mundo. Neste ponto, abordando o aspecto da consciência, há relatos da medicina e da psicologia, de que pessoas, após sofrerem graves traumas físicos e ou psíquicos, além de não se recordarem quem são (não se recordarem de parentes, filhos, esposo, amigos, dados em geral da vida), retornam à consciência com outra personalidade. Não se pode aplicar aqui o *princípio do fundamento* reformulado por Heidegger no sentido de “*ser e fundamento – o mesmo*”, pois não se encontram naquele *ente a identidade* e tampouco a *mesmidade*. Para esses *entes* que sofreram essa espécie de alteração (que não mais são “esses” entes) não se lhe aplicam a identidade e a *mesmidade*: não se há de afirmar que apesar de não serem antes e depois do trauma idênticos, ou seja, serem diferentes, são ainda os mesmos *entes*. Não são idênticos, pois a identidade muda a cada segundo de vida e isto esta em Heráclito, sem qualquer problema mais profundo; a *mesmidade* se define pelo *ser* do *ente* e ambos já não se identificam a si mesmo com unidade de sentido. O *ser* fundamento do *ente* é outro. Cite-se outro exemplo: em tempos de avanços da nano tecnologia, fala-se em clonagem da mente humana, em que cientistas acreditam poder clonar, em um corpo mecânico-eletrônico, todos os dados volitivos da consciência de um determinado indivíduo; e, neste caso, também, *ser* e *ente* serão outros distintos dos originários clonados.

Adaptando o que foi representado na figura e que comporta o *campo da consciência e do entendimento humano*, o campo de uma possível compreensão humana^{408/409}, há de se refletir sobre – sem óbice à possibilidade da transcendência do *ente* em direção ao seu próprio *ser*, o que corresponde a uma mirada fática, ôntica, e isso estaria afeto ao *campo ou faixa de consciência e de intuição humana racional* (aqui colocada como “compreensão de si próprio”), conforme indica a figura na legenda do Campo “3” – uma possibilidade de transcendência das fronteiras sucessivamente internas a essa consciência racional (colocada aqui, também, como “compreensão de si próprio”) compreensiva do *ente*, fazendo-o experimentar os campos ou faixas de *semiconsciência e de intuição humana* e de *inconsciência e de intuição humana*, em que, supostamente, poderia levá-lo a campos opostos ao ôntico-ontológico, ou seja, da “não verdade”, dos “não fatos” (ou fatos inexistentes), da “falsa compreensão” e, v. g., de quaisquer níveis de “não compreensão” ou de incompreensão de si próprio como *ente* e *ser*. Certo de que pode “o ‘ser-aí’ dispor de ricas modalidades de interpretação”⁴¹⁰, v.g., “psicologia filosófica, antropologia, ética, ‘política’, poesia, biografia e historiografia seguem por distintos caminhos”⁴¹¹, estes outros aspectos, por ora, à vista de um possível vértice de psicologismo, não nos interessam à investigação, razão pela qual mister ficar somente com a concepção mais comum heideggeriana da transcendência do *ente* em direção ao seu próprio *ser*, o que compreende uma transcendência ôntico-ontológica, em seu sentido de desvelamento da verdade ôntica de um “compreender” como transcendência primordial existencial.

Toda essa digressão feita até aqui se deu para chegar a um ponto que considero central em minha investigação, o que considero a *subtese*: a *importância da distinção* entre o (i) *existir em forma de existencial autêntico* e (ii) *o impessoal, o modo de ser na cotidianidade*, pois, para

⁴⁰⁸ Advirta-se que as fronteiras ilustrativas de um *campo* para o *outro* nada se reportam ao sujeito transcendental ou ao *eu* transcendental kantiano, para justificar e, assim, fundamentar, em uma teoria da consciência, um campo cognitivo do conhecimento e do conhecimento científico, mas sim o possível, como condições de possibilidades humanas, do *mundo da vida*, do *mundo vivido*. Com efeito, não se trata de representação de uma *postura transcendental* kantiana e, tampouco, de uma *postura de identidade* entre sujeito e objeto, o sujeito-objeto, o *sujeito absoluto* hegeliano. Nesse sentido, cf.: STEIN, Ernildo. **Mundo vivido**: das vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 125-151.

⁴⁰⁹ Conforme assinala Ernildo Stein, as fronteiras ilustrativas de um *campo* para o *outro* se referem ao mundo da vida e, nestes termos, na vertente do referido autor, “não queremos mais Hegel com sua filosofia absoluta, porque não queremos fazer parte do sistema sem ter argumentado com ele. Não desejamos a posição kantiana, porque nós queremos argumentar, mas, de certo modo, aspiramos a um fundamento que esteja além da argumentação, e Kant não nos dá tal fundamento, pela razão de o próprio universo transcendental ser um universo que faz parte da argumentação transcendental. Na medida em que tudo isso é recusado, o que nos vai sobrar, nos processos de justificação do conhecimento humano e no processo histórico da filosofia, é uma espécie de recuperação de um campo que poderíamos chamar de *campo do vivido* na filosofia. [...] Aí começa o que denomino de mudança de paradigma nas teorias da consciência, mudança para outro paradigma, o do mundo vivido, o de ser-no-mundo e de mundo prático” (*Ibidem*, p. 129-130).

⁴¹⁰ HEIDEGGER, Martin. **El ser y el tiempo**. Traducción José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 26.

⁴¹¹ *Ibidem*, p. 26.

os propósitos que ora me detenho, importa a “essência”⁴¹² normativa do axiomático-jurídico não escrito e isso se dá, pela via da filosofia hermenêutica de Heidegger⁴¹³, sob as bases da *transcendência* como elemento da estrutura existencial do *Dasein*. Se a transcendência dá liberdade de acesso à verdade ôntica, o impessoal, por outro lado, mascara e falseia essa verdade pretendida, pois é de sua natureza a antecipação de toda e qualquer medida de valor, todo e qualquer juízo, julgamento sobre os fatos que a ele se lhe apresentam, e, por esse meio, acaba por aliviar a carga de mundaneidade do *Dasein*, evitando o “angustiar-se”, ou o “espantar-se” do *Dasein*; evita, assim, o que o levaria – esse “surpreender-se” – à transcendência como autêntico existencial, convertido em liberdade de deixar valer o mundo, no sentido de “fundar”, para “instituí-lo”, para fazer-lhe “tomar-chão” e para “fundamentá-lo”. Nisso, o *ente* em sua “compreensão” – e a tomada de decisões e de juízos de valor fazem parte desse compreender – , moldada pela *cotidianidade do impessoal*, distancia-se impreterivelmente de uma ontologia fundamental direcionada ao *ser* do *ente*, condição esta que lhe dotaria de “um certo privilégio ôntico-ontológico, consistente no modo de ser caracterizado pela possibilidade da compreensão do próprio ser”⁴¹⁴.

Sem embargo, pela via do *existir autêntico* (estado oposto ao *impessoal*), após a abertura do *ente* ao próprio *ser*, acessando o *ser* e as estruturas fundamentais do *Dasein*, abre-se “o horizonte para toda ulterior investigação ontológica dos entes que não têm a forma do ser-ai”⁴¹⁵, que não são o próprio *Dasein*. Consiste, assim, em uma hermenêutica peculiar e especial no sentido de desenvolvimento das condições de possibilidade de toda investigação ontológica⁴¹⁶.

Importante aqui reparar que o *impessoal*, o *modo der ser cotidiano*, mostra-se, de manifesto, em *estruturas acidentais e arbitrárias, incompletas e medianas, imperfeitas*⁴¹⁷, contrário à abertura do *ente* ao próprio *ser*, ou seja, à ontologia fundamental, e, destarte, pode-se denominar – no sentido da advertência de Heidegger: “el ser de los entes es los que menos puede ser nunca nada”⁴¹⁸ – de “não-ser”. Daí o porquê da epígrafe desta pesquisa, “... por que procurais entre os mortos Aquele que vivo está?”⁴¹⁹, em uma indicação implícita de que o

⁴¹² “Essência” empregada com o sentido de o “*ser* desvelado” em sua verdade ôntico-ontológica.

⁴¹³ HEIDEGGER, Martin, *op. cit.*

⁴¹⁴ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica e argumentação no direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014, p. 115.

⁴¹⁵ HEIDEGGER, Martin, *op. cit.*, p. 48.

⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 48.

⁴¹⁷ *Idem*, p. 27

⁴¹⁸ *Idem*, p. 46.

⁴¹⁹ LUCAS 24:5b, *in*: BÍBLIA, Português. **A Bíblia Sagrada**: Antigo e Novo Testamento. Tradução de João Ferreira de Almeida. Edição rev. e atualizada no Brasil. Brasília: Sociedade Bíblia do Brasil, 1969.

impessoal encontra-se “morto”, arbitrário e longe da “essência” da verdade (os juízos decorrentes do *impessoal* estão mortos, pois distanciados opostamente, o quanto possível, do *ser* do *ente* em sua individualidade no mundo); e, aqui, essa conclusão é corroborada e complementada, ainda à guiza de ilustração, por outra passagem das escrituras hebraicas, que bem retrata esse modo de ser “na medianidade, na nivelção e na distancialidade, ao que Heidegger reuniu sob o título de *publicidade*”⁴²⁰: “Portanto, estando a multidão reunida, perguntou-lhe Pilatos: [...] Qual desses dois quereis vós que eu solte? E eles disseram: Barrabás”⁴²¹.

Mister aqui assimilar por base que a premissa decisional desse juízo fora tomada pelo *impessoal*, em que, simultaneamente, *todos e ninguém decidiram*: o *impessoal* é ninguém, é indefinido⁴²². E esta citação, combinada com a *epígrafe da Tese* e com o sentido das ilustrações da figura anterior comentada, busca dar, ao amparo do contexto que as escrituras hebraicas assentam, um exemplo caracterizador da condição de *incompreensão* ou de *equivoco compreensivo* do *impessoal* do *Dasein*, o que quer dizer “erro” mesmo, no sentido estrito do termo “errante”, “perdido”, no sentido de “erro” do latim *errare*, no sentido de “perder-se, andar sem destino, cometer uma inadequação” e *fallere*, no sentido de “tropeçar, fazer cair, enganar, iludir, trapacear”, a fazer inferir, com o sentido, *v. g.*, de *iludir* a ar azo por derivação ao substantivo “ilusão”.

Este último vocábulo faz-se referencial ao sentido de “não existente” ou de “não ser”, em que, *não sendo, não é*, a demonstrar (*a*) certa similitude lógica de estabilidade nos em sentido parmenidesiano, e, todavia, por outro lado, na medida das possibilidades da transcendência, (*b*) um aspecto também de instabilidade heraclitiano, a romper com a dicotomia do *uno* e do *múltiplo* e, ainda assim, a manter os mesmos moldes das afirmações de Heidegger, referida alhures, em que conclui que “o ser do ente é o que menos pode nunca ser nada”⁴²³. E, nesse sentido, agora sim, permite-se até mesmo falar em transcendência para um campo da *semiconsciência* e mesmo para um campo da *inconsciência*, nos parâmetros de possibilidades das ultrapassagens das fronteiras, para adentrarem aos campos representados pelos indicativos “2” e “1”, anotados na figura que ilustra este ponto da pesquisa.

⁴²⁰ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica e argumentação no direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014, p. 111.

⁴²¹ MATEUS 27:17 e 27:21, *in*: BÍBLIA, Português. **A Bíblia Sagrada**: Antigo e Novo Testamento. Tradução de João Ferreira de Almeida. Edição rev. e atualizada no Brasil. Brasília: Sociedade Bíblia do Brasil, 1969.

⁴²² CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano, *op. cit.*, p. 109.

⁴²³ HEIDEGGER, Martin, *op. cit.*, p. 46.

Diante desses argumentos, ou seja, à vista do fenômeno da *instabilidade de compreensão humana*, a dar uma gama de *possibilidades de percepções* e de *compreensões, autêntica e inautênticas*, e, com efeito, uma infinidade de *atribuições de “essências”* firmadas na intencionalidade da compreensão, claro resta a necessidade de interferência subjetiva no processo compreensivo do qual a hermenêutica, como “tarefa iluminadora da consciência”⁴²⁴, faz parte – todavia, anote-se, sob um olhar de facticidade, de uma “hermenêutica fáctica”⁴²⁵ do homem como “ser-no-mundo”. É o que, por outras palavras, Afonso López Quintás denomina de *âmbitos ou campos de jogos* que se formam com as realidades circundantes, para a *experiência de instalação no real*, como atividade criadora que se deve subordinar “basicamente ao ajuste entre o ser humano e o seu entorno”^{426/427}. E, nesse contexto, a hermenêutica do Direito, na qualidade de hermenêutica aplicada, busca resolver, mormente a considerar que “os sentidos da lei estão abertos à consciência do juiz”⁴²⁸ e de todo e qualquer intérprete e aplicador do Direito; e, não só o *sentido da lei*, mas também o *sentido da própria norma*, que, na sua essência, já seria o sentido da lei.

Porém uma advertência se faz necessária, essa “consciência” do intérprete e aplicador da *lei*, e do Direito como um todo, não se dá no modelo husserliano, “por meio de uma conversão de atitude, através da qual a certeza da inteireza do mundo”⁴²⁹ põe-se *entre parênteses (epoché)*, de modo a superar o problema da transcendência, “mediante um processo

⁴²⁴ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Fenomenologia e direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 30.

⁴²⁵ Cf. HEIDEGGER, Martin. **El ser y el tiempo**. Traducción José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

⁴²⁶ QUINTÁS, Afonso López. **O conhecimento dos valores: introdução metodológica**. Tradução Gabriel Perissé. 1. ed. São Paulo: É realizações, 2016, p. 75 e ss.

⁴²⁷ Partindo da repulsa à dicotomia sujeito-objeto (o que denomina de *filosofia do absurdo*) e inserindo o conceito operacional de *âmbito* ou *entorno*, como *campos de jogos com a realidade circundante ao humano*, para, assim, sob essa premissa de “homem e entorno *inato*”, firmar contraposição à concepção de objetos cognoscíveis ao sujeito cognoscente, escreve Afonso López Quintás que “se entendermos que a *distância de perspectiva* como a condição necessária para fundar um campo de jogo com o real, no qual o distante se torna íntimo e ajustável ao ser humano de modo criador, nossa tendência será afirmar que o ser humano encontra-se ‘instalado’ no mundo e aberto à possibilidade de iluminar gradualmente o sentido de toda a realidade e incrementá-la. Em sua linha de confiança básica, a *filosofia do sentido* – movimento personalista ou dialógico, fenomenologia existencial – percebe que, na relação *homem-mundo*, surgirão possibilidades inéditas de todo tipo [...]. Para a filosofia do sentido, o ser humano obtém a autêntica proximidade com o real quando funda uma relação de cercania-a-distância, proximidade mediacionada. [...] a mediação não *mediatiza*, isto é, não se interpõe como um véu entre o ser humano e o real, mas *mediaciona*, é o meio no qual o ser humano entra em relação de presença com o real mais relevante [...] entrando em jogo com as realidades do entorno, o ser humano instaura todo tipo de âmbitos, e, na proporção da qualidade dessa instauração, aumenta a sua capacidade de descobrir o sentido pleno das realidades e dos acontecimentos que tecem a trama da existência” (*Ibidem*, p. 76-79). Nessas passagens, em especial em seu último parágrafo, Afonso López Quintás traz certa similitude com o pensamento de Martin Heidegger, em especial, no que respeita às possibilidades de aberturas existenciais do *Dasein* e a transcendência do *ente* em direção ao *ser*, como forma de diferenciação ontológica e, assim, acesso à verdade ôntico-ontológica (HEIDEGGER, Martin, *op. cit.*).

⁴²⁸ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes, *op. cit.*, p. 30.

⁴²⁹ CUNHA. Ricarlos Almagro Vitoriano. O papel da verdade na fundamentação dos direitos humanos. In: **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 16, n. 1, p. 47-60, jan./jun. 2015, p. 50-51.

em que toda nossa reflexão em torno da experiência sobre os objetos estivesse centrada no plano transcendental, no puro fluxo da consciência”⁴³⁰. A fenomenologia de Husserl ainda denota um *tom* transcendental racional-idealista ancorado, de certa forma, na dicotomia sujeito-objeto, a partir da *intuição axiológica*^{431/432}. Em que pese à objetividade dada por Husserl à categoria “valor” – e isso é importante, de certa forma⁴³³ e desde que não levado ao extremo, ao Direito em sua acepção de norma jurídica –, uma *compreensão fática* do Direito *normativo* faz-se necessária, enfrentando-o como *ente* e, destarte, como ele se dá no mundo, em razão das possibilidades de abertura do *Dasein*.

Então, aqui, busca-se delinear *o sentido do próprio sentido*.

O (i) *sentido mais profundo* de um (ii) *sentido mais aparente*, a saber: o sentido da norma jurídica, ou, por outras palavras, almeja-se uma proposta de correção da norma jurídica, por meio de aportes da hermenêutica e da argumentação jurídicas, pela óptica fenomenológica, para lhe justificar um conteúdo não meramente dogmático e, tampouco axiológico, mas sim, em harmonia com os dogmáticos princípios e regras jurídicas, um conteúdo *axiomático-deontológico*, sobre os valores juridicizados, em uma *posição que considero intermediária* da

⁴³⁰ CUNHA. Ricarlos Almagro Vitoriano, *op. cit.*, p. 50-51.

⁴³¹ A dar origem ao conceito de intuição axiológica, Husserl afirma a objetividade dos valores e a sua relação com a razão lógica e axiológica (*Wertnehmung*). Nesses termos, escreve Mariana Chu García que “la situación cambia en las *Ideas* de 1913, donde la fenomenología ya no es una “psicología descriptiva” limitada al análisis de los “ingredientes reales” de las vivencias intencionales y ya no abandona el objeto a la esfera de lo trascendente. En tanto dado y potencialmente dado, el objeto intencional y todos sus rasgos *a priori* forman parte de la nueva inmanencia fenomenológica que admite en ella trascendencias. Esto no implica que Husserl renuncie al carácter fundado de la vida emocional y volitiva. Se mantiene una doble intencionalidad, la de los actos de la representación –sea la creencia originaria, una modalidad de creencia o una conciencia de neutralidad– y la de los fundados, de manera que, de modo correlativo, el objeto intencional tiene un sentido doble: la simple “co-sa” (*blosse* “*Sache*”) y el objeto intencional pleno que incluye el valor” (GARCÍA, Mariana Chu. *La objetividad de los valores en Husserl y Scheler. Una “disputa fenomenológica”*. In: **Investigaciones Fenomenológicas**, p. 279-293, vol. Monográfico 4/II (2013): Razón y Vida, p. 283-284).

⁴³² Por via diversa a de Edmund Husserl, Max Scheler também chega à conclusão acerca da objetividade dos valores. Assinala Mariana Chu García que “Scheler sugiere que comprendemos el significado de un objeto gracias a su valor, que funciona de ‘mensajero de su peculiar naturaleza’. Ello no significa, sin embargo, que los bienes se funden sobre las cosas en el sentido de que, para que algo sea un bien, debe ser antes una cosa. En realidad, Scheler distingue entre la cosa (*Ding*), el bien (*Gut*) y el objeto (*Sache*), y sostiene que, en la intuición natural del mundo – correspondiente a un “orden genético” relativo a la estructura orgánica del ser viviente del caso–, lo primero que nos es dado es un objeto (*Sache*), entendido como una cosa natural cuya experiencia, fundada en un valor que no le es esencial sino fortuito, implica la referencia a un poder disponer de ella a nuestra voluntad. Solo después, si hacemos abstracción de los valores, nos es dada una cosa o un bien si hacemos abstracción de la naturaleza de la cosa. Así pues, Scheler afirma que los bienes son a las cualidades de valor lo que las cosas son a las cualidades, porque encuentra como rasgo esencial de los bienes que, en ellos, un determinado valor guía y estructura la aprehensión tanto de sus otras cualidades axiológicas como de aquellas del color o la forma” (*Ibidem*, p. 285-286).

⁴³³ Aqui é afirmado “de certa forma”, pois se adota uma axiologia objetivista historicizada e, assim, não universal, a-histórica, com data marcada para findar-se, com a finitude do “humano”, no seio da fusão de horizontes e da história efetual até aonde a tradição puder levar os valores jurídico-axiomáticos como originados.

axiologia dos valores, na medida em que não tende à dogmática e, também, ao objetivismo universalizante e a-histórico⁴³⁴.

Se a norma jurídica é o sentido da lei, do direito-texto, busco – para além de seu conteúdo dogmático, plasmado na classificação dicotômica entre regras e princípios jurídicos –, o conteúdo axiomático dessa mesma norma jurídica.

De tudo o que ora foi exposto e sem embargo de que, em Heidegger, *existir* compreender necessariamente um modo de *ser*, é de se perceber uma íntima relação de aproximação ou de *afastamento* entre o “existir”, como modo de “ser”, o “dever-ser” como modo de “valer”. Concebe-se desse grupo, por uma mirada não simplesmente axiológica, mas sim axiomática, o afastamento do “dever-ser” das demais categorias, para aferir-se certa correlação entre “existir”, “ser” e “valer”.

Miguel Reale, ao desenvolver a sua “teoria dos valores”, concebe-os como um *tertium genus* na *teoria dos objetos*, identificando as categorias, distintas, (i) dos objetos reais, (ii) dos objetos ideais e, de modo inovador, a categoria (iii) dos valores. O autor procede à vista da possibilidade de identificação de elementos próprios afeto aos valores que permitem a distinção categórica de uma subespécie de objeto, o que define como “elementos essenciais de diferenciação” atribuídos a essa espécie⁴³⁵.

Dentro dessa classificação tripartida, Reale situa os objetos reais e os objetos ideais como pertencentes ao mundo do “ser”, ao passo que localiza os valores no mundo do “dever-

⁴³⁴ João Maurício Adeodato, ao comentar as teorias de Platão, escreve que “uma ciência do direito nos moldes empíricos da era contemporânea teria de situar-se no âmbito da *pistis*, se se aplicar o esquema platônico, já que o direito, enquanto dado empírico, não passa de uma sombra imperfeita. Daí porque o conhecimento do direito e do Estado, para Platão, se dá na contemplação da *ideia* absoluta e suprema de justiça, contemplação puramente intelectual, apartada da experiência. Estavam prontas as bases do jusnaturalismo. Isso leva a um dos problemas éticos fundamentais, que foi levado por Platão, qual seja, determinar se a virtude, os hoje chamados valores, é inata ou se, ao contrário, tem que ser ensinada, transmitida e adquirida por meio de uma prática virtuosa. Platão coloca o problema sob forma de antinomia, explicando duas posições aparentemente antagônicas: ou a virtude é uma qualidade intrínseca de cada alma virtuosa, e conseqüentemente intransmissível, ou ela é adquirida pela experiência, pelo aprendizado, o que dá o papel decisivo ao meio ambiente e às formas pedagógicas circunstancialmente aplicadas em cada caso. A aceitação radical da primeira hipótese acarreta a impossibilidade, ou ao menos a inutilidade, de uma filosofia dos princípios morais ou dos valores jurídicos, uma vez que todos trariam parâmetros éticos desde o nascimento. A segunda hipótese leva à conclusão de que um direito e uma moral *objetivos*, válidos em qualquer circunstância, não são possíveis, tornando legítimas quaisquer formas pedagógicas e confirmando a doutrina dos sofistas sobre a relatividade do conhecimento e negação do absoluto” (ADEODATO, João Maurício, *op. cit.*, p. 97).

⁴³⁵ Escreve Miguel Reale que “os valores não se confundem com os *objetos ideais*, e muito menos com os *objetos culturais*, que são objetos derivados e complexos, representando uma forma de integração de *ser* e *dever ser*. Isto significa que a *cultura* não é por nós concebida, à maneira de Windelband, de Rickert, ou de Radbruch, como “valor”: — a *cultura* é antes elemento integrante, inconcebível sem a *correlação* dialética entre *ser* e *dever ser*. Se ela marca uma referibilidade perene do que é natural ao mundo dos valores, não é menos certo que, sem ela, a natureza não teria significado e os valores mesmos não seriam possíveis. Sobre este assunto voltaremos com mais vagar, pois a matéria é de excepcional importância na Filosofia Jurídica” (REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 188-189).

ser”. O referido autor afirma que, a respeito do *valor*, somente se pode declarar que *vale*, e isto leva à conclusão de que o seu *ser* é o *valer*. Utiliza-se da analogia para esclarecer que “da mesma forma que dizemos que ‘ser’ é o que ‘é’, temos que dizer que ‘valor’ é o que ‘vale’”⁴³⁶ e isso se dá por que “*ser* e *valer* são duas categorias fundamentais, duas posições primordiais do espírito perante a realidade”⁴³⁷.

Importante anotar a posição de *fundamentalidade* que Reale atribui ao *valor*, a exemplo da posição ostentada pelo *ser* e, nessas balizas, conclui que “ou vemos as coisas enquanto elas *são*, ou as vemos enquanto *valem*; e porque *valem*, *devem ser*”⁴³⁸. Reale conclui, portanto, alocarem-se os valores na categoria do “dever-ser”.

Para essa conclusão, Reale, notadamente – ainda que não o afirme – não convencido da dicotomia bipartida entre sujeito e objeto, ampara-se no conceito de consciência intencional da fenomenologia de Husserl, para buscar um início de conciliação e de unidade sujeito-objeto e, assim, formula a noção de “intencionalidade objetivada”, para *harmonizar* os campos ontológico e deontológico, do *ser* e do *dever-ser*, em que defere ao homem no mundo (e ao coletivo social) a qualidade de *ser* histórico que, referenciado pelo passado e detentor da possibilidade de condutas, possibilidade de “agir”, no presente, faz o futuro, e essa coimplicação entre passado e presente dá ao futuro a natureza de um *dever* em forma de “dever-ser”⁴³⁹. Nisso, sob essa concepção de um “compreender intencional objetivado” e sob a premissa de que os valores são facetas históricas de objetos inicialmente ideais, porém dos objetos ideais diferenciáveis, “são enquanto *devem ser* (*realidades* referidas a *valores*), e, por conseguinte, existem tão-somente na medida em que *valem* para algo”⁴⁴⁰ e, assim, conclui que “o valor peculiar a tais entes é, no entanto, um valor reflexo, visto que pressupõem a intencionalidade axiológica do homem como agente histórico”⁴⁴¹.

Em que pese aos argumentos de Miguel Reale, firmados, para essa conclusão, em um específico *elemento essencial de diferenciação*, qual seja, a *preferibilidade*, consistente na característica de submissão dos valores a escolhas casuísticas dos diversificados grupos sociais, históricos e localizados (das diversas sociedades, em suas variantes: tempo e local), a indicar, por conseguinte não possuírem, os valores, *objetividade ontológica*; por tudo o que se expôs, para o grupo axiomático separado como subconjunto do grupo axiológico dos valores, há de se

⁴³⁶ REALE, Miguel, *op. cit.*, p. 188.

⁴³⁷ *Ibidem*, p. 188.

⁴³⁸ *Idem*, p. 188.

⁴³⁹ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 67-89.

⁴⁴⁰ *Ibidem*, p. 80.

⁴⁴¹ *Idem*, p. 80.

reconhecer essa requerida *objetividade ontológica*, no plano do *ser*, no campo ontológico do *ser*, a exaurir efeitos para o campo ôntico do *ente*, e,destarte, do “dever-ser”. Disso, conclui-se que “existir”, “ser” e “valer” se coimplicam e repercutem efeitos no campo do “deve-ser”. Com efeito, se *algo* “existe”, esse *algo* simultaneamente “é” e “vale” e o plexo normativo-axiomático do Direito se submete a essa assertiva: se *existe*, *é* e *vale*.

Capítulo 2 - **PARA UMA POSSÍVEL LEITURA ÔNTICO-ONTOLÓGICA E AXIOMÁTICA DO DIREITO E DA NORMA JURÍDICA. Para além do direito-texto: o contexto e o extratexto deôntico na formação do Direito**

Este Capítulo tem por objetivo direcionar ao campo jurídico a pesquisa iniciada no *Capítulo 1* desta *Segunda Parte* sobre o *conteúdo axiomático* como um *qualificativo veritativo ôntico* (como algo qualificado como verdadeiro sob o aspecto ôntico) – atinente à verdade ôntica e a coimplicação entre as verdades dos planos ôntico e ontológico –, componente do sistema deôntico, e, a partir daí, por meio de uma aferição de um contexto existencial, demonstrar a pertença desse conteúdo valorativo ao sistema jurídico (em uma visada do Direito, como *ontologia regional* heideggeriana⁴⁴²), em que pese à sua natureza de valor não escrito⁴⁴³.

Para tanto, o tópico se divide em dois *Itens* que abordam os aspectos dos valores jurídicos que dão (i) conteúdo ao Direito, em razão da *qualidade* da norma jurídica e, sem embargo, (ii) conteúdo a *norma jurídica* em razão do ambiente contextual, histórico, sociocoletivo, em que ela é formada, ou seja, em que ela pré-existe. São eles o cerne da tese, na medida em que se empenham, respectivamente, na análise dos aspectos referentes ao *iter* que envolve o percurso *do ôntico-ontológico à concepção fenomenológica valorativa axiomática do Direito e da norma jurídica*, para possibilitar a compreensão de *um relacional possível entre a juridicidade dos valores, dos princípios e das regras jurídicas, para uma leitura tripartida da normatividade do Direito*.

⁴⁴² STEIN, Ernildo. **Mundo vivido**: das vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 138.

⁴⁴³ De plano, antes de mais nada anote-se que, no que tange à proposta de identificação de valores jurídico-axiomáticos, destarte, vinculantes, do comportamento social, mister assinalar aqui as palavras de Ricarlos Almagro, ao chamar a atenção para o fato de que “Não se trata de convocar os ‘operadores do Direito’ a uma cruzada contra os textos legais, retomando, pela via interpretativa, os ideais da ‘Escola do Direito Livre’, no descaminho de seus seguidores mais radicais, que viam no juiz o responsável pela realização de um Direito justo a qualquer custo, inclusive *contra legem*. Tampouco propomos aqui reerguer as premissas de um Direito alternativo, ou ainda incentivar qualquer postura ativista, em seu sentido pejorativo. Apenas queremos demarcar a possibilidade de o regramento jurídico firmar conceitos que encobrem o aparecimento dos próprios entes sobre os quais predicamos algo, criando um descompasso entre aquilo que afirmamos e as coisas mesmas, e assim afastando-nos da própria pretensão de verdade, sobretudo se a considerarmos como a adequação do juízo à coisa” (CUNHA. Ricarlos Almagro Vitoriano. *O papel da verdade na fundamentação dos direitos humanos*. In: **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 16, n. 1, p. 47-60, jan./jun. 2015, p. 55).

O sistema normativo do direito é formado por padrões deontológicos que possuem o condão de enclausurar enunciados, representativos da vontade daquilo que o Estado entende como proibido, permitido, obrigatório e facultativo (permitido não fazer), como conduta vinculativa de todos os indivíduos sob seu território, sob seu domínio. E, em uma primeira mirada, é isso que importa à *norma jurídica* como instrumento funcional de regulação de condutas: a sua capacidade de *enunciação* de *cláusulas jurídicas gerais e abstratas*, concebidas no *texto de lei*, como *direito-texto*. Em outras palavras, o direito-texto compreende a fonte dos *enunciados normativos*, de onde se extraem o sentido do “normado”, como concepção de pertença do produto de interpretação do texto às normas da mesma natureza, ou seja, às *normas jurídicas*, porém sob um viés moral-valorativo nomeadamente *anterior*, concebido de forma pretérita à própria norma. Seria assim o *sentido* uma espécie de *compreender interpretativo* do mundo da vida, um saber ôntico-fundamental, a distribuir a si próprio, ou seja, a distribuir *sentido* e, destarte, “essência”, à própria norma jurídica.

As *cláusulas jurídicas*, como *proposições jurídico-normativas dotadas de sentido*, afiguram-se de duas espécies: *escritas* e *não escritas*. As primeiras, a formarem o (i) sistema normativo afeto ao *direito-texto*; as segundas, as cláusulas não escritas, ou as enunciações verbais, ou mesmos as cláusulas não enunciadas, mas *sentidas como de caráter obrigatório*, a formarem o (ii) sistema normativo do *direito extratexto*, de modo a complementarem o sistema normativo do direito-texto e, sem embargo, ambos a formarem o (iii.a) sistema normativo do direito vigente, que, sob esse aspecto, encontra-se em um estado que se lhe permite atribuir a natureza de (iii.b) sistema normativo de direito *contexto* à vista de todos esses direitos e direito *subtexto*.

Nesses moldes, (iii.a) o sistema normativo do direito vigente, que é o (iii.b) direito contexto, compõe-se pelo (i) sistema normativo do direito-texto e pelo (ii) sistema normativo do direito extratexto.

Note bem que, em dado momento, a pesquisa se refere às espécies de cláusulas *sentidas como de caráter obrigatório* e, com isso, permite-se especialmente afirmar a impreterível necessidade da transcendência para o *sentir axiomático*.

Essa leitura da normatividade do Direito remete ao que investigadores esclarecem sobre a liberdade de fundamento e a abertura hermenêutica em que o *ente* pode dar-se, para não permitir guiar-se pelo caminho do *impessoal (das Man)*, obstando, assim, o modo de ser na

medianidade, na arbitrariedade, o que, conseqüentemente, levaria ao esquecimento do sentido do *ser*⁴⁴⁴.

Sob a observação do fenômeno jurídico brasileiro, afere-se a “essência” – não em moldes idealistas, mas no sentido mesmo de “presença desvelada” – de um *conteúdo axiomático* a informar as decisões jurídicas e, mesmo e por isso, a compor, como espécie normativa, o plexo de normas jurídicas que servem de fonte do Direito vigente. A isto se denomina de *direito-contexto*, ou de *sistema jurídico-normativo contextual*, firmado na “essência” *como presença* dos fenômenos do Direito que se revelam ao seu intérprete e aplicador. Isto se dá (ao menos de um modo *prima facie* involuntário, mas esse é o fenômeno e a sua compreensão de *ultrapassamento* do ente em direção ao *ser*) por meio de uma coimplicada relação entre os planos ontológico e ôntico. No plano ôntico – sempre tributário do ontológico –, esse fenômeno, como fenômeno jurídico, opera nas esferas *decisional legislativa* e *decisional jurídica*, submetido ao amálgama de uma distinção entre o axiológico e o *axiomático-dogmático*.

E de onde é tirada essa afirmação de existência de um conteúdo axiomático? Qual é o seu fundamento? Qual é o fundamento do conteúdo axiomático do direito deôntico não escrito?

Para responder a essas indagações, mister fazer referência mais uma vez a Martin Heidegger e a Ricardos Almagro, na medida em que sustentam ser o princípio do fundamento ascendente, ou, por outras palavras, logicamente anterior ao princípio da identidade e, não obstante, carecedor também de um fundamento. Por essa óptica, o princípio do fundamento verte-se em uma contradição em termos, representando, assim, uma tautologia, conquanto ser ele próprio “fundamentado” na necessidade de um outro “fundamento”, em um raciocínio circular que leva a sua busca *ad infinitum*, sem qualquer sem qualquer sentido de ser e, faticamente, sem qualquer fundamento.

Heidegger assinala que na enunciação “nada é sem fundamento” há uma dupla negação: o “nada” e o “sem” e, ao retirar esses dois vocábulos de sentidos negativos, resta apenas a enunciação “é fundamento”. Logo, conclui que “é” ou “ser” e “fundamento”: “o mesmo”⁴⁴⁵.

Deste modo, *se nada é sem fundamento e o princípio do fundamento é sem fundamento*, pois não se chega nunca a ele, *o princípio do fundamento é nada*. E por essa mirada, o princípio “remete-nos a um ‘abismo’”⁴⁴⁶. Há um fundamento que se desfunda. Mas

⁴⁴⁴ CUNHA, Ricardos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica e argumentação no direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014, p. 91.

⁴⁴⁵ HEIDEGGER, Martin. **El ser y el tiempo**. Traducción José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

⁴⁴⁶ CUNHA, Ricardos Almagro Vitoriano, *op. cit.*, p. 96.

para os adeptos da teoria de Leibniz sobre o tema, o problema se resolveria pela via do que se convencionou denominar de princípio da *razão suficiente* (uma forma de alcançar o absoluto de modo fictício, sem lastro real), que compreenderia em seu bojo a verdade proposicional por correspondência, “como pertença a uma ‘comum-unidade’”⁴⁴⁷, no âmbito de compartilhamento de sentido comum acordado, ou seja, na concordância de “que a verdade seria o acordo enquanto se manifesta como unido”^{448/449}.

Contrário à concepção de *razão suficiente* como fundamento ôntico, Heidegger demonstra a insustentabilidade dos argumentos firmados nessa resultante leibniziana e constrói, a partir da distinção entre “identidade” e “mesmidade”, a noção de se transfigurar o fundamento o *ser* do *ente*, ou compreender o fundamento do *ente* o *ser* (em um sentido de o *ser*, do plano ontológico, “é” o fundamento do *ente*, do plano ôntico) – como ilustra Ricarlos Almagro, “ser e fundamento: o *mesmo*”⁴⁵⁰ –, de modo a aferir a possibilidade de verdades ônticas antepredicativas às verdades por adequação e correspondências dos modelos cartesianos^{451/452}, na medida em que a verdade ôntica é genuína, ao passo que a verdade proposicional é *conexão de representação* e, “perante esta, o mais simples é então um mero representar, isento de toda a conexão”⁴⁵³. Mas se poderia indagar sobre o fundamento do ser? E, com isso cair na mesma armadilha falaciosa da busca do fundamento do fundamento? O que é o ser? Heidegger responde a essa indagação, justamente para evitar essa tautologia leibniziana de tentar fundamentar o ser em uma razão suficiente, ao afirmar que “mas o ser – que é o ser? Ser é o

⁴⁴⁷ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano, *op. cit.*, p. 98.

⁴⁴⁸ *Ibidem* p. 98.

⁴⁴⁹ Essa foi a tentativa do Supremo Tribunal Federal (STF), ao justificar a inconstitucionalidade da “desaposentação” (no Recurso Extraordinário RE 381367) no risco de uma decisão de sentido contrário traria ao sistema econômico-financeiro do país. Por outro lado, ainda buscou uma razão suficiente contrajurídica, pois não “sentida” axiomáticamente como ôntica, mas sim percebida como de importância para as políticas do governo.

⁴⁵⁰ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano, *op. cit.*, p. 97.

⁴⁵¹ HEIDEGGER, Martin. **A essência do fundamento**. Lisboa: Edições 70, 1988, p. 15-33; e CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica e argumentação no direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014, p. 91-99.

⁴⁵² Escreve Ricarlos Almagro que “Com Heidegger aprendemos que, conquanto a noção de adequação possa ter o seu valor entre as teorias da verdade, não pode ser ela assumida como a sua própria essência (da verdade). Tal se dá pelo simples fato de que algo mais originário deve aí ser buscado. De fato, se meu juízo sobre a coisa deve ser contrastado com a própria coisa, a fim de que julgue ser a ela adequado ou não, portanto, verdadeiro ou não, então, antes mesmo da adequação, é a própria coisa quem deve ter se colocado à mostra, a fim de que possamos sobre ela predicar algo. O próprio parâmetro de correção da noção de adequação reclama algo mais originário que lhe sirva de regulação para a ideia de verdade, e esse algo é a coisa mesma, em sua própria mostração” (CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. O papel da verdade na fundamentação dos direitos humanos. *In: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 16, n. 1, p. 47-60, jan./jun. 2015, p. 52).

⁴⁵³ HEIDEGGER, Martin. **A essência do fundamento**. Lisboa: Edições 70, 1988, p. 23.

que é mesmo. Experimentar isto e dizê-lo é aprendizagem pela qual deve passar o pensar futuro – não é Deus, nem um fundamento do mundo”^{454/455}.

A verdade ôntica, a depender do caso, também se apresenta para o Direito como *verdade normativa e deôntica* e em um modo antepredicativo, notadamente anterior à verdade proposicional por correspondência dos modelos cartesianos formadores dos sistemas do direito-texto e de seu modelo hermenêutico atual. E mais, a coimplicação entre a verdade ôntica e a verdade ontológica, a partir do desvelamento do *ser*, possibilita, em primeiro lugar, os níveis ou graus de revelações do *ente* e, nesse sentido, esse grau de coimplicação entre *ser*, *ente* e *desvelamento e revelação*, Heidegger denomina de *verdade ontológica* e, “assim, chegamos à questão da coimplicação entre verdade ôntica e ontológica”⁴⁵⁶, na medida em que os desvelamentos do *ser* e do *ente* correspondem-se, co-referindo-se, “pois desvelar o ser é sempre alcançar a verdade do ser do ente, ao passo que, ao desvelar-se o ente, com ele aparece o seu ser, já que todo ente é no ser”⁴⁵⁷. Nas palavras de Martin Heidegger, “só o desvelamento de ser possibilita a revelabilidade do ente [...] [e] este desvelamento, como verdade sobre o ser, chama-se *verdade ontológica*”⁴⁵⁸. Com efeito, conclui-se que “a verdade ôntica e ontológica sempre se referem, de maneira diferente, ao ente em seu ser e ao ser em seu ente”⁴⁵⁹ e, assim, de uma forma universalizante, transparece, nesses termos, “a essência ôntico-ontológica da verdade em geral, no irromper dessa diferença”⁴⁶⁰.

Entretanto, a interpretação e a aplicação do Direito, no comum dos casos, não se preocupam com essa espécie de verdade, satisfazendo-se inadvertidamente no *impessoal*, no modo de ser da *contiguidade*⁴⁶¹.

De acordo com o que afirma a doutrina sobre a desconexão entre a lei e a realidade, para a subsunção que envolve casos *prejulgados* nos próprios textos legais gerais e abstratos,

⁴⁵⁴ HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o humanismo**. São Paulo: Moraes, 1991, p. 16.

⁴⁵⁵ A base de esse fundamento se assentar em uma razão suficiente, ou seja, no fato de se projetar o fundamento ao infinito, a que Leibniz se refere e a que Descartes, ainda antes de Leibniz, já se reportava a Deus, são encontradas em São Tomás de Aquino, que escreve que “de entes as substâncias, umas são simples e outras compostas, e ambas têm essências; mas ela está nas simples de modo mais verdadeiro e mais nobre, na medida em que estas têm um ser mais nobre; e também são causas das compostas, pelo menos as substâncias primeiras e simples, que é Deus” (AQUINO, São Tomás de. **O ente e a essência**. Tradução Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 2000, p. 43). Cf. também: AQUINO, Tomás de. **O ente e a essência**: de ente et essentia. Porto: Imago Mundi, 2013; _____. **Verdade e conhecimento**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013; e _____. **A prudência**: a virtude da decisão certa. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

⁴⁵⁶ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica e argumentação no direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014, p. 99.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, p. 99.

⁴⁵⁸ HEIDEGGER, Martin. **A essência do fundamento**. Lisboa: Edições 70, 1988, p. 23.

⁴⁵⁹ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano, *op. cit.*, p. 99.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 99.

⁴⁶¹ HEIDEGGER, Martin. **El ser y el tiempo**. Traducción José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 27 e ss. e 48 e ss.

v.g., sobre o benefício assistencial devido ao idoso, sobre a condição de miserável, sobre as causas jurídicas de menor complexidade levadas a juízo, sobre leis interpretativas em matéria tributária e sobre o custeio da previdência social, os textos legais valem-se de proposições conceituais e conceptivas do mundo do “ser”, do real, em uma artificial tentativa de pré-moldura apreensiva do mundo fluido da vida⁴⁶². Anota o autor que “a verdade jamais será encontrada na própria proposição [legal, do direito-texto], e sim em algo mais originário, antepredicativo, como dissemos, na manifestação do ente por ele mesmo, em seu ser, no fenômeno (enquanto ‘phainestai’, aquilo que se mostra por si mesmo)”⁴⁶³. Mister aferir que há de haver algo antes da concepção de *verdade proposicional por correspondência* de uma coletividade sociocultural, temporal e local, culturalmente situada pela historicidade⁴⁶⁴.

Nisto, pode-se denotar ser de extrema importância da identificação fenomênica do que vem a ser, sob tais balizas, o (i) campo *axiológico*, ou seja, o plexo de sentidos e de significados decorrentes dos valores socioculturais, temporalizados, historicizados, e o que vem a ser (ii) o plexo de sentidos e de significados *axiomático*, que, embora também decorrente da mesma linhagem de valores, perfaz estrato fático-dogmático, diante da “essência”, como sua “presença” mesma no coletivo sociocultural, direcionada pela transcendência do *ente* em direção ao seu próprio *ser*, de modo a permitir a abertura hermenêutica ôntico-ontológica, de determinada sociedade e de determinada cultura, localizada e delimitada na história, para dar um caráter de obrigatoriedade a essa camada mais profunda de valores. Assim, torna-se possível falar aqui em verdadeiro *subtexto jurídico* e, até mesmo, em *subcontexto jurídico*, acessível a partir do distanciamento do *ente* como o *impessoal*, como o modo de ser do *Dasein* na cotidianidade média⁴⁶⁵, para o acesso a uma *hermenêutica ontológica*.

Independentemente de se subsumirem a aspectos morais dessa sociedade, o Direito e a sua normatividade emergem para as camadas mais superficiais do fenômeno, para deixar à aparência transparecer a sua *essência como presença ôntica* de caráter jurídico.

Sem embargo, importante se faz reparar que a abordagem dada agora é distinta da efetivada no Item 1 deste Capítulo 2, pois lá o aspecto axiomático ainda se encontrava

⁴⁶² CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano, *op. cit.*, p. 42 e ss., 46 e ss., 50 e ss., 59 e ss. e 63 e ss.

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 98

⁴⁶⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Vol. I e II. Petrópolis: Vozes, 2014; _____. **Elogio da teoria**. Lisboa: Edições 70, 1983; _____. **A ideia do bem entre Platão e Aristóteles**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009; _____. **Hermenêutica em retrospectiva**. Rio de Janeiro: Vozes, 2012; _____. **Quem sou eu, quem és tu?** Rio de Janeiro: edUERJ, 2005; _____. **Hegel, Husserl, Heidegger**. Petrópolis: Vozes, 2012; PUERTO, Manuel Jesús Rodríguez. **Interpretación, derecho, ideología: la aportación de La hermenéutica jurídica**. Granada: Comares, 2011; FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer**. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1993; e LAWN, Chris. **Comprender Gadamer**. Tradução Hélio Magri Filho. Petrópolis: Vozes, 2007.

⁴⁶⁵ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano, *op. cit.*, p. 109.

demasiadamente envolvido no campo axiológico, de modo a não se permitir falar em uma distinção sensível e essa ausência de distinção, malgrado, faz-se a regra de uso dos valores pelos operadores do Direito, quanto ao exercício da tarefa decisional jurídica, quer seja ela elaborada no seio judicial, quer, elaborada pela Administração Pública, no exercício de suas funções atípicas de julgamentos em processos administrativos.

O *Item 1* precedente, em que se discutiu *a relação complexa entre os planos da consciência absoluta, da finitude inata da compreensão humana e da fenomenologia existencial*, serve aos propósitos da presente tese para demonstrar o campo de atuação do “jurídico-normado” e do “jurídico-idealizado”, que pode percorrer desde o que de fato é e há como fenômeno existencial, como fenômeno vivido, assim como, o que é idealizado pelo operador do Direito, de modo, neste último caso, voluntarista, ou discricionário e decisionista. À vista disto, o intérprete e aplicador do Direito deve buscar a *concentração da compreensão*, pela via da hermenêutica jurídica e, especialmente, da *hermenêutica argumentativa*, de modo a dedicar-se à compreensão jurídica do fenômeno da vida e não à aparência desse fenômeno formulado *prima facie* pelo direito-texto, que, nessa mirada unidirecional, tenta moldar o “ser” ao “dever-ser”.

Este Capítulo (em seus dois contextos investigativos imprescindíveis à conclusão da pesquisa, ao abordar o percurso “do *ôntico-ontológica* à *concepção valorativa axiomática* do direito e da norma jurídica” e a análise de “um relacional possível entre a juridicidade dos valores, princípios e regras”), buscará delimitar o modo como se dá, por uma perspectiva fenomenológica, esse afastamento, essa segregação entre o axiomático-dogmático e o axiológico e migração ôntica deste último conceito para fecundar os móveis dos campos decisoriais legislativos e, sem embargo, jurídicos, pelo ponto de vista de uma avaliação da relação entre os planos ôntico-ontológico e também e axiológico *(i) decisional legislativo e axiomático-dogmático-deontológico (ii) decisional jurídico*.

1 DO ÔNTICO-ONTOLÓGICO À CONCEPÇÃO FENOMENOLÓGICA VALORATIVA AXIOMÁTICA DO DIREITO E DA NORMA JURÍDICA

Em um primeiro olhar sobre a temática que envolve o sistema jurídico, como fenômeno “jurídico” regulador do social, concebido em um contexto sociocultural localizado e temporal sob um Estado de Direito, o que se denota é, ainda, reger-se ele por percepções teóricas sistêmico-idealistas, legatárias da Modernidade⁴⁶⁶ – em contraposição à eidética do Direito⁴⁶⁷ –, em que a visada metafísica cartesiana firmada na dicotomia *sujeito cognoscente e objeto cognoscível* faz o ponto principal à formação de todo o conhecimento científico e, também, assim se dá para a ordem normativa. Essa tecnicidade se transporta para a operacionalização do Direito, como se fosse ele uma subespécie de saber lógico-matemático-físico aplicado⁴⁶⁸.

No campo jurídico, a suposição de superação da filosofia metafísica idealista ainda não é tão presente como se acredita ser⁴⁶⁹. Por mais que alguns filósofos do Direito tenham logrado consideráveis avanços, a exemplo dos *procedimentalistas* Robert Alexy, Klaus Günther, Jürgen Habermas, e dos *substancialistas* Ronald Dworkin, Castanheiras Neves, Lenio Luiz Streck⁴⁷⁰, o que para alguns se classifica como “pós-metafísica”⁴⁷¹ não fincou suas raízes sistêmicas a ponto de constituir um diferencial; e, como visto no Item 1.2, do Capítulo 1, e no item 1,1, do Capítulo 2, da Primeira Parte, o embate entre o *substancialismo* e o *procedimentalismo* jurídico, como supostos remanescentes do positivismo e do positivismo jurídico a anunciarem a nova ordem jurídico-filosófica, preenchida com conceitos operacionais de hermenêutica, compondo o *pós-positivismo*, por sinal, também não logrou irromper com suas origens e com seus fundamentos idealistas transcendentais e metafísicos, arraigados ao *cogito* de um *iter* do máximo interno-psicológico, fundado no sujeito, no “eu”, a partir da identificação do “eu pensante”, em direção ao “objeto pensado”, em que o próprio pensamento (ou a própria consciência) se tornara objeto do pensamento (da consciência), para, daí, só-então,

⁴⁶⁶ MORENTE, Manuel García. **Fundamentos de filosofia 1**: lições preliminares. Tradução e Prólogo de Guillermo de la Cruz Coronado. São Paulo: Mestre Jou, 1980.

⁴⁶⁷ “A eidética é a ciência das essências, como fundamento das ciências de fatos. A eidética do Direito cuida do ser dos fenômenos jurídicos enquanto entes dispostos à mostraçõ de sentidos ao ordenamento da existência humana. Isso implica suscitar a questão mais relevante das ciências jurídicas que diz respeito aos seus fundamentos e à estrutura de essências que constitui o seu universo” (GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Para uma eidética do direito*. In: **Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito**, Rio de Janeiro, v.1, n.1, p.1-100, abr./set. 2008, p. 15).

⁴⁶⁸ MORENTE, Manuel García, *op. cit.*

⁴⁶⁹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto, *op. cit.*, p.204-205.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, p.204-205.

⁴⁷¹ *Idem*.

em um esforço da razão, projetar-se à alteridade, ao outro, às coisas, ao mundo, ao *outside*. E isto é aqui afirmado no sentido próprio heideggeriano, de ser lançado no mundo, do ser finito, do *Dasein* em suas experiências de aberturas existenciais⁴⁷².

O Direito – quer seja ele formado pela concepção de norma jurídica, ou, *v.g.*, elaborado sob o conceito teleológico de Justiça – ainda se vê arraigado ao racionalismo idealista do *cogito* cartesiano, e, destarte, sob o manto do positivismo cientificista, em certa confusão com o científico no contexto dos *fatos* e no contexto das *essências*⁴⁷³, à busca de certeza e de segurança, no caso, de certeza e de segurança adjetivadas como “jurídicas”, que acredita somente se auferirem ao amparo de um objeto perfeitamente delimitável, mensurável, calculável, apresentável e apreciável, como elemento de investigações: a lei escrita⁴⁷⁴.

Surge, nesse contexto, o dogma de que o poder legiferante, encarregado da criação do conteúdo normado do Estado, das leis escritas, gerais e abstratas, responsável pelo *discurso de fundamentação* de normas, encontra-se funcionalmente legitimado a valer-se do plano axiológico, ao passo que o poder encarregado de sua aplicação, responsável por exercer o juízo de justificação da lei específica ao caso concreto, ou seja, o *discurso de aplicação de normas*, encontra-se funcionalmente legitimado a valer-se do plano dogmático⁴⁷⁵.

Esses argumentos são os sustentáculos, *v.g.*, de Hans Kelsen – em crítica nomeadamente direcionada a Josef Esser –, em sua obra “Teoria Geral das Normas”, em que

⁴⁷² HEIDEGGER, Martin. **El ser y el tiempo**. Traducción José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

⁴⁷³ “Tenhamos claro em nossa mente que uma coisa é a ciência de fatos e outra coisa é a ciência de essências. Ciências de fatos são todas as ciências naturais e humanas que tomam o fato como uma positividade a ser explicada a partir das leis internas de sua manifestação. São as ciências de fatos as responsáveis pela tecnificação do mundo, pelo engendramento do ‘reino da técnica’ que domina a civilização contemporânea. Partem estas ciências das positivities dos fatos, dos objetos que constituem a natureza, exercendo sobre eles a atividade perceptiva e conceptualizadora do espírito em busca do domínio. Dominar os fatos, dominar os objetos da natureza é a tarefa primordial das ciências de fatos. Nelas não há lugar para especulações metafísicas e muito menos para interrogações sobre os sentidos dos objetos sobre os quais se assentam as suas atividades. O que importa é a manipulação dos fatos até às últimas conseqüências, em nome do progresso da humanidade. Essa é a destinação da razão científica no entendimento comum das pessoas e dos próprios cientistas. Todas as ciências empíricas são ciências de fatos. Mas todas elas tomam como suporte as ciências eidéticas ou de essências. A matemática é a ciência de essências sem a qual a física, como ciência dos fatos da natureza, não teria alcançado os avanços realizados desde o século XVII aos dias atuais. Foi a eidética da matemática pura que levou a física a se constituir como ciência rigorosa da natureza. [...] As leis lógicas e matemáticas não têm fundamento em nenhum fato e muito menos nos fatos psicológicos. Uma coisa é fundamento lógico e outra é fundamento real. [...] Os objetos reais pertencem à ‘região’ da natureza, enquanto os objetos ideais pertencem à ‘região’ do espírito” [...] (GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Para uma eidética do direito*. In: **Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito**, Rio de Janeiro, v.1, n.1, p.1-100, abr./set. 2008, p. 15-17).

⁴⁷⁴ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica e argumentação no direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014; MORENTE, Manuel García, *op. cit.*; GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Fenomenologia e direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; HUSSERL, Edmund. **A ideia de fenomenologia**. Tradução Arthur Mourão. Coleção Textos Filosóficos. Lisboa: Edições 70, 2007; e STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à aplicabilidade de respostas corretas em direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁴⁷⁵ Expressões “discurso de fundamentação” e “discurso de justificação” utilizados por Klaus Günther, em sua obra “Teoria da Argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação” (GÜNTHER, Klaus, *op. cit.*).

contraria Esser e defende o fato de os princípios dedicarem-se à formação do direito positivo, não se lhes permitindo darem-se à transfiguração, por obra do intérprete, nesse mesmo direito positivo, pois, do contrário, aceitaria o fato de as normas morais e políticas, assim como consuetudinárias, afetas propriamente ao direito natural, ingressarem no direito positivo, sem que tenham propriedades legítimo-formais e, destarte, qualitativas, para isso⁴⁷⁶. Caso contrário, de acordo com Kelsen, todas as normas morais e políticas e, também, factíveis de interesses de partido ou de classes, poderiam ser classificadas como Direito, sem maiores formalidades⁴⁷⁷. Essa *visão funcionalista rígida* reflete, nitidamente, a teoria da divisão harmoniosa dos poderes do Estado, idealizada, inicialmente, por Aristóteles e aprimorada, paulatinamente, dentre outros, por John Locke e Charles Montesquieu⁴⁷⁸.

Dois setores distintos autônomos e não comunicantes, todavia, harmônicos entre si, são constatados nos estudos doutrinários da filosofia do direito: o *axiológico-axiomático decisional legislativo* e o *dogmático decisional jurídico*. Por outro lado, ignora-se o plano *ôntico-ontológico*⁴⁷⁹.

Isso se dá, primeiramente, em razão da dicotomia cartesiana ditada pela metafísica idealista⁴⁸⁰, em que o plano axiológico, como objeto, seria posto em abstrato e disso se efetivariam as escolhas adequadas, em termos de valores, o que deveria ser vertido em leis gerais, para o exercício do plano dogmático das decisões jurídicas, firmadas nas leis positivadas. E, em segundo lugar, em razão do embate entre a metafísica idealista e a transcendência da existência pelo *ente* para uma busca da verdade nas esteiras da fenomenologia (fundamento / verdade / transcendência)⁴⁸¹, conquanto esta última se dedicar ao estudo das considerações ontológicas e ônticas, fato este desconsiderado, em especiais termos, pela metafísica cartesiana⁴⁸².

Sem embargo, nisso, em uma senda da Modernidade e de seus propósitos cientificistas, firmam-se as bases das funções típicas das atividades do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, respectivamente afetas às funções legislativas e jurídico-decisionais, em que as primeiras teriam acesso ao plano axiológico dos valores socioculturais para a confecção de leis

⁴⁷⁶ KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986, p. 150-152.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p. 153.

⁴⁷⁸ PLATÃO. **A república**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012; LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006; e MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O Espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

⁴⁷⁹ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano, *op. cit.*; PUERTO, Manuel Jesús Rodríguez, *op. cit.*; e FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna, *op. cit.*

⁴⁸⁰ ROUANET, Sergio Pulo. **As razões do iluminismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

⁴⁸¹ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano, *op. cit.*, p. 100.

⁴⁸² GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Lições de fenomenologia jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

adequadas, ao passo que as segundas teriam acesso ao produto dessa escolha, qual seja, à lei geral e abstrata, para que, por meio da *hermenêutica estrita*, obtivesse a norma legal aplicável ao caso concreto. A função legislativa exerce o juízo de justificação; a função jurídica (jurisdicional e jurídico-administrativa), o juízo de fundamentação.

Nesse contexto da atividade dicotômica de aplicação da lei ao caso concreto, ou seja, na atividade de interpretação da lei, há de considerar-se o evoluir social em uma diversidade de sentidos. A evolução de toda uma cultura e conceitos, costumes e modos de ser da vida individual e em grupo; o comportamento coletivo se transforma⁴⁸³; a língua escrita e falada se modifica, passa a ter novos significados, ao passo que perde alguns outros que outrora eram usuais e inteligíveis; gestos ganham e perdem significados e sentidos e, não menos, todo o modo de ser social se vê transformado ao longo de certos períodos temporais localizados, contextualizados.

Os valores do plano axiológico também mudam de matizes com a mesma rapidez⁴⁸⁴. O que era certo, belo, feio, alto, baixo, errado, rápido, lento, passa a sofrer algumas alterações de sentido, vertendo-se, v.g. em, talvez, não tão certo, belo, feio, alto, baixo, errado, rápido, lento; isso quando não muda para o oposto: o certo passa a ser o errado; o belo, o feio; o rápido, o lento, etc⁴⁸⁵.

A atuação legislativa, idealizada no modelo racional idealista transcendental⁴⁸⁶ – de identificação de valores relevantes para o convívio social e posterior posituação em texto legal abstrato –, a par de paulatinamente se distanciar temporalmente daquilo que, de fato, acontece no seio social, não possui o condão de atualização da ordem normativa capaz de acompanhar as reais necessidades das relações intersubjetivas⁴⁸⁷ demandadas pelas sociedades pós-modernas⁴⁸⁸.

Sob um olhar fenomenológico⁴⁸⁹, legitima-se dizer, em linhas bem gerais, que há dois planos simultaneamente relacionados ao “existir”, o plano do *ser* e o plano do *ente*, em que o

⁴⁸³ PUERTO, Manuel Jesús Rodríguez, *op. cit.*; e FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna, *op. cit.*

⁴⁸⁴ SCHELER, Max. **Visão filosófica de mundo**. São Paulo: Perspectiva, 1986; _____. **Da reviravolta dos valores**. Petrópolis, Vozes, 1994; e _____. **Ética: nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético**. Madrid: Caparrós Editores, 2001.

⁴⁸⁵ SCHELER, Max. **Ética: nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético**. Madrid: Caparrós Editores, 2001; RESWEBER, Jean-Paul. **A filosofia dos valores**. Lisboa: Almedina, 2002; e HESSEN, Johannes. **Filosofia dos valores**. 3. ed. Coimbra: Armenio Amado Editores, 1967.

⁴⁸⁶ MORENTE, Manuel García, *op. cit.*

⁴⁸⁷ PUERTO, Manuel Jesús Rodríguez, *op. cit.*; e FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna, *op. cit.*

⁴⁸⁸ LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós: ensaios sobre a alteridade**. Tradução de Pergentino Stefano Pivatto (coord.), Evaldo Antônio Kuiava, José Nedel, Luiz Pedro Wagner e Marcelo Luiz Pelizolli. Petrópolis: Vozes, 2009; e MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução de Eliane Lisboa. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2015.

⁴⁸⁹ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Lições de fenomenologia jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

primeiro estaria afeto ao ontológico e o segundo, ao ôntico; o ontológico se afigura o plano transcendental, correspondente também à verdade da mesma natureza, ou seja, ontológica⁴⁹⁰. Seria como imaginar uma correlação ou uma correspondência real e unitária existencial entre o ontológico e o ôntico, o *ser* e o *ente*, o transcendental e o fático, da facticidade⁴⁹¹. O plano do *ente* aferiria à verdade de natureza distinta, a verdade ôntica, finita, referente ao plano da facticidade, ao real e palpável.

Também se permite falar em diversas formas ou “modos de ser” do “ser-aí”, do *Dasein*, ou em diversos existenciais do *Dasein*, em que este se abre para o *mundo vivido*, com *liberdade de compreensão, interpretação, fundamentação e justificação*. Perfaz o seu *modo de ser ôntico* e, em alguns casos, a sua própria “essência”, a permitir a abertura ao seu próprio “ser”⁴⁹², na medida em que se fala em ultrapassamento como transcendência do *ente*, homem existente singular, em direção ao *ser*, para a abertura à essência transcendental do mundo. Confere-se, com essa noção de transcendência e de abertura, a concepção de liberdade para deixar valer o mundo em sua fundação, em sua essência, como ele é, em um sentido (*i*) de liberdade fundante do mundo, sob um aspecto de edificá-lo, construí-lo; (*ii*) de liberdade como compreensão do mundo (“tomar-chão” do que está-aí); e (*iii*) liberdade como fundamentar o mundo (construir os argumentos que dão razão ao mundo).

Nesse contexto de mundaneidade, tendo o mundo como toda a sua referência, o *Dasein*, em razão de sua finitude, alcança a verdade ôntica, em um fundar como experiência de constatação da própria finitude pelo exercício da transcendência⁴⁹³.

Sem embargo, faz-se importante ainda anotar que há também na transcendência o fundamento para a verdade ontológica e, destarte, a coimplicação entre as verdades ôntica e ontológica, pois se o *Dasein* sempre já se encontra lançado no mundo, junto aos entes intramundanos. Assim, a transcendência é seu elemento estrutural de existência, face à sua natureza *ekstática*, existencial, em que passa a manter com eles uma relação de abertura no sentido de compreender o *ser* e não somente o seu *ente*, em uma concepção de ultrapassamento de horizonte enquanto projeto aberto e, destarte, aberto à verdade não somente ôntica, mas também ontológica. E, nesse sentido, a doutrina ressalta o porquê de a transcendência ser o fundamento também da verdade ontológica⁴⁹⁴.

⁴⁹⁰ HEIDEGGER, Martin, *op. cit.*

⁴⁹¹ *Ibidem.*

⁴⁹² *Idem.*

⁴⁹³ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano, *op. cit.*, p. 100-104.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, p. 104.

Todavia, à vista do exposto não se defende aqui, com essa expressão “essência”, qualquer tendência à *metafísica idealista*; não há qualquer pretensão de fazer coincidir o *ser* com a *essência*, ou seja, com a *ideia* pensada sobre esse próprio *ser* – não se trata de firmar as bases do *ser* num *cogito* cartesiano *metafísico* de ordem *idealista transcendental*, em busca de algum fundamento para o fundamento em regresso falacioso *ad infinito*. O *ser* deve, destarte, ao amparo da fenomenologia, coincidir com a própria aparência que se desvela, com os próprios modos de ser no mundo, com o próprio *Dasein*, em seus diversos existenciais, não se inferindo qualquer dicotomia entre *ser* e *ente*, mas tão somente as percepções dos planos ontológicos e ônticos, afetos a cada plano de compreensão, coimplicadas por compreensões também coimplicadas^{495/496}.

Nesses termos, como já foi afirmado em nota alhures⁴⁹⁷, Heidegger esclarece que “o ser aí é o ente que eu sou a cada vez eu mesmo”⁴⁹⁸, ou seja, o *Dasein*, como “ser-aí”, lançado no mundo, reflete apenas uma parte momentânea do *ser* em essência, do *ser-em-si*. Este, de certo modo, imutável, estático, e projetável no mundo em forma de *ente*; que, por sua vez, existente em um plano fático, passa a ser fluido, uma vez que dotado de uma infinidade de modos de ser, de uma infinidade de aberturas de existenciais. Assim, partindo os sentidos da expressão de Heidegger, assinala-se, para a afirmação de que “o ser aí é o ente”, o sentido de que se refere não somente a uma efetividade ou materialidade física, mas a tudo que é; por exemplo, uma música, um valor, um sistema de normas, a Constituição do Estado, etc; ao passo que, para a parte da frase que se reporta a “que eu sou a cada vez”, ou, por outras palavras, “a cada vez que eu sou”, isso se refere ao “ser” em cada momento em que o homem, no mundo, está sendo. O homem não é; o homem está sendo (é em gerúndio). O homem, enquanto *ente* e *ser* projetado e, assim, é um exercício de análise que vai ao encontro do movimento do “vir-a-ser” do existir. O *ente* é cada momento em que, como homem, concebe-se em uma definição existencial, dentre diversas outras tantas possibilidades. O homem, o ser-aí, o *ente*, não é um sujeito fechado, como supõe Descartes e Leibniz (este, com a teoria das Mônadas). O homem, em Heidegger, é um “vir-a-ser” já sendo no mundo⁴⁹⁹. A permitir-se uma analogia, o homem, como *vir-a-ser*, seria uma fotografia, um momento de registro dos fatos, um instante do tempo,

⁴⁹⁵ HEIDEGGER, Martin, *op. cit.*

⁴⁹⁶ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano, *op. cit.*

⁴⁹⁷ Cf. Nota 250.

⁴⁹⁸ HEIDEGGER, Martin, *op. cit.*, p. 21-22.

⁴⁹⁹ Daí – anote-se mais uma vez – a nossa inicial afirmação de que o homem está morto, *subentendida* na epígrafe desta investigação: “... por que procurais entre os mortos Aquele que vivo está?” (Lucas 24:5b, *in*: BÍBLIA, Português. **A Bíblia Sagrada**: Antigo e Novo Testamento. Tradução de João Ferreira de Almeida. Edição rev. e atualizada no Brasil. Brasília: Sociedade Bíblia do Brasil, 1969) e a retomada dessa afirmação em passagem da introdução a este Capítulo 2 desta Segunda Parte.

ao passo que o *ser* seria um filme de todo o conjunto de lâminas fotográficas, um período de tempo, todavia finito.

Destarte, em Heidegger, o *ente*, como uma possibilidade de *ser*, compreende algo temporal, mas não somente cronológico, e sim cairológico (a abarcar a definição do conceito de tempo do eterno, tempo da eternidade, que, de fato, é uma atemporalidade). Isso se dá, na medida em que, em Heidegger, tal concepção passa a ser uma temporalidade *sui generis*, factível de “experencialidade” pelo homem, como modo de desfecho do passado-presente-futuro, conjugados em uma potencialidade de futuro, em uma abertura: o “ser sendo”, pois “o agora” é tudo o que existe; o passado já passou e o futuro, um vir a ser, a depender do presente. Anote-se ainda que “existir” para Heidegger é “ser para fora”, para o mundo, “para com” os entes intramundanos. O “aí do ser” é marcado pela historicidade, pois quando o homem chega ao mundo, já chega diante de uma historicidade, em um mundo marcado pela sua história, que, por conseguinte, é a própria história do ser-aí.

Permite-se, deste modo, também falar, como inicialmente verbalizado linhas alhures, em coimplicação entre a verdade ontológica e verdade ôntica, a referenciar a verdade do plano transcendental e à verdade do plano da facticidade, esta afeta ao mundo vivido, do “ser-no-mundo”, lançado em suas diversidades de experiências fáctico-históricas, limitadas e finitas, ao passo que aquela, a ontológica, decorrente do plano do *ser*, da essência ontológica e estática das coisas, da existência.

Todavia, o que interessa para o Direito é a existência – em Gadamer, e em Heidegger também⁵⁰⁰ – finita e historicamente delimitada, a se ocupar da verdade como uma forma de ser também da mesma natureza finita e, destarte, contextualizada em seu período histórico: a verdade ôntica, do plano da facticidade passa a importar para a solução jurídico-normativa das relações das *lides* sociais, das relações intersubjetivas que acometem as pessoas; essa formatação de verdade, de uma verdade pelas “mãos” do Direito, passa a importar para a regulação do coletivo social. Como já afirmou Heráclito, a dar conta dessa fluidez e instabilidade de ser das coisas, “ninguém se pode banhar duas vezes no mesmo rio”^{501/502}, a demonstrar que mesmo antes dos estudos de Husserl, filósofos pré-socráticos já se detinham à

⁵⁰⁰ HEIDEGGER, Martin, *op. cit.*; GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Vol. I e II. Petrópolis: Vozes, 2014; PUERTO, Manuel Jesús Rodríguez, *op. cit.*; e FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna, *op. cit.*

⁵⁰¹ HERÁCLITO, *op. cit.*

⁵⁰² Consoante assinalado em nota alhures, mas cabe aqui novamente ressaltar para melhor esclarecer o que se ora pretende, qual seja, a fluidez e relatividade do *ser* e do *ente*, unitariamente considerados, sem qualquer dicotomia metafísica, Manuel García Morente, ao comentar “o ser e suas qualidades” na filosofia de Parmênides, escreve que “este princípio [*da razão, da lógica do pensamento*], que descobre Parmênides e que os lógicos atuais chamam “princípio de identidade”, serviu-lhe de base para a sua construção metafísica”. Sobre o tema do “único”, do “eterno”, do “imutável” e do “infinito”, cf. MORENTE, Manuel García, *op. cit.*, p. 71-72.

percepção de uma relatividade, como finitude, da existência humana e de toda a sua compreensão, e, destarte, de seu conhecimento⁵⁰³.

Por outro lado, isso não a torna, a verdade, por mais finita, temporal e relativa que possa ser, assim como o próprio *ente* que a interpela, que a ultrapassa e transcende como uma abertura existencial (compreende, interpreta, argumenta, justifica, aplica)⁵⁰⁴, de somenos importância para a precisão necessária à resolução jurídico-normativa das relações sociais, pois é o que de fato há de real. Somente se depara o homem com o mundo vivido e com a possibilidade de verdades e compreensões coimplicadas ôntico-ontológicas e isso já permite uma possibilidade de *instituir, tomar-chão, fundamentar*, como *modo de compreensão do fenômeno*, e de forma simultânea, *compreende, interpreta e fundamenta*, por uma postura de abertura fenomenológica à condição da verdade⁵⁰⁵ e, diante disso, “a atitude veritativa requer certa abertura do homem diante do mundo, a fim de que este possa desvelar-se tal como é”^{506/507}.

O que se pretende, destarte, é a fundamentação fenomenológica do Direito e, assim, de sua estrutura normativa a que a teoria do Direito denomina de norma jurídica, caracterizada pelo desvelamento do “normado”, do deôntico, do *direito normativo*, como ente que se mostra e se desvela, a ponto de externar ser a sua composição fundamental dotada não somente de princípios e de regras, mas, também, de outra espécie mais fundamental, ou pré-fundantes

⁵⁰³ COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica**: fragmentos. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁵⁰⁴ Cf. CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano, *op. cit.*, p. 172-207.

⁵⁰⁵ *Ibidem*.

⁵⁰⁶ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. *O papel da verdade na fundamentação dos direitos humanos*. In: **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 16, n. 1, p. 47-60, jan./jun. 2015, p. 54.

⁵⁰⁷ Conforme e esclarece Ricarlos Almagro, “Não por outro motivo Husserl lançou o lema da fenomenologia como um “retorno às coisas mesmas, em carne e osso”, vale dizer, devemos encarar os objetos do conhecimento em uma visada direta, não intermediada por conceitos que já me são antecipadamente dados, pois é precisamente através dessa mediação que acabo por impedir o seu aparecimento. Trata-se de um processo de idealização do mundo, onde, muitas vezes, aquilo que o conceito me revela não é propriamente a coisa visada” (*Ibidem*, p. 54).

daquelas outras espécies, a saber: os valores jurídicos⁵⁰⁸, como projeto existencial do *Dasein*⁵⁰⁹. A norma jurídica se afigura como *ente* (conformador do Direito que ora é denominado de *direito-contexto*) e, assim, como “ente do mundo jurídico que vem ao encontro do homem, que desvela o seu ser, mediante o seu uso [...]”⁵¹⁰, de modo a caracterizar “um instrumento que se presta ao projeto de mundo constituído pelo homem, inserindo-se em um campo de valências próprio do *Dasein*, entrelaçado com a sua própria pré-compreensão do mundo”⁵¹¹.

O quadro a seguir busca ilustrar essa correlação entre os planos ôntico-ontológico, a transcendência como liberdade existencial a dar acesso às verdades ôntica e ontológica, que, de fato, encontram-se coimplicadas. Dessa correlação encontrada, há também de se constatar uma

⁵⁰⁸ Deixo claro, entretanto, que não adoto um objetivismo axiológico universalista, mas sim historicizado, do homem em seu contexto sociocultural. Não obstante, anote-se que, por um olhar husserliano, é possível esse entendimento universalista, consoante escreve Cristina Seijo, ao afirmar que “la escuela fenomenológica parte del supuesto de que el valor, aunque objetivo, es ideal, le otorga una independencia total respecto al sujeto sosteniendo que los valores no son ni reacciones subjetivas ante los objetos, ni formas apriorísticas de la razón. Son objetos ideales, objetivos, en virtud que “valen” independientemente de las cosas y de la valoración objetiva de las personas. Los valores van a tener valor por sí mismos al margen de cualquier realidad física o psíquica. Es el ser humano quien lo capta a través de su experiencia sensible. Como principal defensor de estos planteamientos se encuentra Méndez (2001) para quien los valores son cualidades independientes de las cosas y actos humanos. En este sentido, son cualidades valiosas que no varían con las cosas; el valor de la amistad no resulta afectado porque mi amigo demuestre falsía y me traicione. Aunque nunca se hubiera juzgado que el asesinato es malo, el asesinato hubiera continuado siendo malo y aunque el bien nunca hubiera valido como bueno sería, no obstante, bueno. Con este ejemplo, el autor pretende defender la inmutabilidad, absolutismo e independencia de los valores delegando, a su vez, lo relativo del valor al conocimiento humano” (SEIJO, Cristina. *Los valores desde las principales teorías axiológicas: cualidades apriorísticas e independientes de las cosas y los actos humanos*. In: **Economía**, XXXIV, 28 (julio-diciembre, 2009), p. 145-160, p. 149-150).

⁵⁰⁹ Marcio Antônio de Paiva e Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha fazem interessante estudo sobre a Constituição, em que, como *ente* e norma jurídica destinada à regulação social (como projeto existencial do *Dasein*), mostra-se, à luz da fenomenologia heideggeriana, de modo a permitir o desvelamento de seu *ser*. Nestes termos, esclarecem que a ontologia fundamental de Heidegger aplicada à teoria da Constituição permite ultrapassar “a visão logocêntrica, que pretende capturar a realidade no quadrante conceitual” e, sob esse aspecto, “a fenomenologia seria o método adequado para proporcionar o mostrar-se da Constituição, permitindo-se assim um desvelamento do seu ser. Nesse contexto, partindo-se da idéia de instrumento posta pelo mencionado filósofo, um primeiro enfoque autorizaria a visada da Constituição como ente do mundo jurídico que vem ao encontro do homem, que desvela o seu ser, mediante o seu uso. A Constituição seria um instrumento que se presta ao projeto de mundo constituído pelo homem, inserindo-se em um campo de valências próprio do *Dasein*, entrelaçado com a sua própria pré-compreensão do mundo. Conseqüentemente não podemos visá-la como algo que se põe diante de um sujeito cognoscente (*ob-jectum*), que detenha um sentido em si mesma; ao contrário, a sua compreensão está imbricada com a abertura própria do *Dasein*, que assim, vai desvelando o ser da Constituição na provisoriedade do tempo. Nesse ponto é preciso destacar que a Constituição deixa de ser um mero instrumento, para ligar-se à própria liberdade do *Dasein* na busca de fundamentação, uma busca perene, porquanto inerente à sua própria estrutura existencial. Portanto, em seus projetos de mundo, a Constituição-instrumento revelar-se-á sempre provisória no espaço e no tempo, fazendo com que a rigidez conceitual – às vezes fora do mundo – dê lugar ao Estado democrático, ao consenso, à busca coletiva no debate público” (PAIVA, Marcio Antônio de; CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. A Constituição sob o fio condutor da ontologia fundamental. In: ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2008, Salvador, **Anais Hermenêutica e Filosofia do Direito do Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**, p. 3645-3664, p. 3645).

⁵¹⁰ *Ibidem*, p. 3645.

⁵¹¹ *Idem*, p. 3645.

compreensão que pervaga pelos dois planos, do *ser* e do *ente*, para se falar em coimplicação compreensiva:

Plano Ontológico ←	→ Plano Ôntico
Plano do <i>Ser</i> ←	→ Plano do <i>Ente</i>
Plano Transcendental ←	→ Plano Fático (Plano da Facticidade)
Verdade Ontológica ←	→ Verdade Ôntica
Relação Veritativa	
Coimplicação entre as Verdades dos dois Planos	
Tradição / Preconceitos (Gadamer)	
Compreensão ←	→ Compreensão (Vitoriano Cunha)
Compreensão / Interpretação / Fundamentação	Coimplicação Compreensiva
Compreensão / Interpretação / Fundamentação (instituir, tomar-chão, fundamentar)	

Voltando à fluidez das relações sociais e à celeridade de todo o contexto relacional cultural, como afirmado alhures sobre a celeridade das mudanças das relações intersubjetivas em velocidades potencialmente mais intensas, de modo a uma implementação cada vez mais “rizomatizada”⁵¹², mister se faz apontar a necessidade do papel de uma nova hermenêutica jurídica⁵¹³, o que Ricarlos Almagro denominou de “hermenêutica argumentativa”⁵¹⁴, capaz de propiciar esse fluxo entre os planos axiológico-axiomático e o deontológico-normativo-jurídico⁵¹⁵, por meio de uma interpretação normativa *existencial*, que se pode classificar como

⁵¹² Expressão utilizada por Gilles Deleuze para referir-se às inter-relações complexas de uma sociedade pós-estrutural. Cf.: DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **Mil platôs: capitalismo e esquizofrenia**. V. 1. Tradução de Aurélio Guerra Neto e Célia Pinto Costa. Rio de Janeiro: Editora 34, 2010.

⁵¹³ Mormente para os casos jurídicos difíceis, *hard cases*, e para além dos estudos que sustentam que Dworkin consentiria na aplicação de princípios de política no Direito, como forma de argumentação política extralegal para esses casos e desde que não se contraponha a princípios e, sem embargo, valha-se também e preponderantemente de argumentos de princípios (Cf. SIMIONI, Rafael Lazzarotto, *op. cit.*, p. 206, 208-209 e 212-214. Nesses termos, Rafael Lazzarotto Simioni reporta-se a: DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 22).

⁵¹⁴ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica e argumentação no direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014.

⁵¹⁵ Importante anotar que não se trata da pura e simples ancoragem em princípios morais de política, ou de políticas públicas de governo (objetivos políticos de governo), ou de políticas puras de princípios, *principles*, consoante sustenta Dworkin (Cf. SIMIONI, Rafael Lazzarotto, *op. cit.*, p. 208; e DWORKIN, Ronald, *op. cit.* p. 165 e ss).

uma forma de abertura em *existencial*, na essencial abertura da transcendência ao mundo, como ultrapassamento da realidade ôntica em direção à realidade ontológica⁵¹⁶.

Para tanto, parte-se da premissa da constante *transformação sociocultural de valores*, como um *modo existencial*⁵¹⁷, em um sentido de “fundamento antepredicativo” da coisa em si, conforme se apresenta pela via de uma abertura do *Dasein*, do “ser-aí”, em um mundo de compartilhamento de obviedades, dentre os quais, os *sentidos dos valores morais*. A estes, aos sentidos dos valores morais, quando jurídicos e deônticos, mister denominá-los, para além das percepções ou sentidos axiológicos, de valores *axiomáticos*. Em que pese à referência a percepções ou sentidos, ou até mesmo a intuições, não se há de referir à percepção de um mundo de compartilhamento de obviedade em uma concepção de vivências, como o faz Hume^{518/519}, mas como existência mesma, reportada no fato de afigurar o *Dasein* o *ente* que compreende o *ser* por meio da diferença ontológica: a transcendência do *Dasein*, a transcendência da existência de seu mundo^{520/521}. E, aqui, firma-se a concepção heideggeriana de *liberdade*, como *deixa viger o mundo*, sob o aspecto do “fundar”, em três sentidos “a) fundar como erigir ou instituir (*stiften*); b) fundar como tomar-chão (*bodennehmen*); e c) fundar como fundamentar (*begürnden*)”⁵²². Por seu turno, “o instituir está conectado à noção de projeto, como condição existencial do *Dasein*, e, portanto, reflete mesmo o imperar da liberdade. Esta liberdade [...]

⁵¹⁶ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano, *op. cit.*, p. 97-106.

⁵¹⁷ HEIDEGGER, Martin. **El ser y el tiempo**. Traducción José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

⁵¹⁸ HUME, David. **Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral**. Tradução de José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: UNESP, 2000.

⁵¹⁹ Sobre a intuição como vivências, escreve Mariano Vrespo que “el discurso acerca de estos fenómenos se limitaría a un análisis genético-causal del surgimiento de los mismos. En este sentido, recuérdese cómo Hume sostiene que la impresión de normatividad que tenemos ante ciertas acciones se origina, en última instancia, del acostumbramiento a que todos experimentemos esa impresión o sentimiento ante esas acciones. La fuerza vinculante de los preceptos morales procedería de la presión social por la que van respaldados y que, en general, asegura su cumplimiento. No tiene sentido, por tanto, plantear la cuestión de la legitimidad de una norma, sino únicamente la de las condiciones de su vigencia. Los códigos normativos no son ni mejores ni peores, sino que cada uno es el fruto de una compleja serie de factores. La obligatoriedad que caracteriza a las normas morales no es, en el fondo, sino la presión social que las respalda y nos construye a observarlas” (CRESPO, Mariano. *Fenomenología y filosofía del derecho*. In: **Pensamiento**, vol. 72 (2016), núm. 274, p. 1247-1261, p. 1248).

⁵²⁰ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano, *op. cit.*, p. 98.

⁵²¹ Nesse sentido, como afirmam Marcio Antônio de Paiva e Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha, “há, pois, uma noção de mundo como totalidade de instrumentos, que se conjuga com outra, a de mundo como totalidade de significados. Por isso é que se diz que o *Dasein* tem mundo, no sentido de que desde sempre já está familiarizado com este complexo de significados. Da mesma forma, somente há mundo pelo *Dasein*, já que mundo é mundanidade, este plexo de significância que o próprio *Dasein* carrega” (PAIVA, Marcio Antônio de; CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. A constituição sob o fio condutor da ontologia fundamental. In: ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2008, Salvador, **Anais Hermenêutica e Filosofia do Direito do Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**, p. 3645-3664, p. 3657).

⁵²² CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica e argumentação no direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014, p. 101.

está na base da própria transcendência”⁵²³, e, assim, dá-se pela “diferença ontológica, [em] que o horizonte do mundo se descortina como projeto concreto”⁵²⁴.

Nessa transcendência necessária ao próprio *ser* do Dasein para o acesso às verdades ôntico-ontológicas de compreensões coimplicadas, no *deixar viger o mundo* e em seu *fundar* como *fundamento* e *fundamentar*, *é possível entender a ordem normativa como uma predicação* que, em que pese a possibilitar a formação da verdade proposicional por correspondência ao *ente*, deve ela, a proposição normativa, ainda radicar-se em algo mais originário e profundo, *antepositivo*, em um sentido substancial, de caráter não predicativo, ou antepredicativo, anterior ao *comum* passível de uma “razão suficiente” leibniziana, ou decorrente dessa filosofia em qualquer de suas vertentes idealistas, aceitável e justificante comunitária; e isto é, para Heidegger, a verdade *ôntica*⁵²⁵. A verdade arrimada na *razão*, em uma *razão suficiente* ainda se deve submeter à verdade ôntica e, por conseguinte, por assim dizer, ôntico-ontológica fenomenológica, *locus*, de coimplicação de toda e qualquer compreensão veritativa entre os planos do *ser* e do *ente*.

A proposição normativa, antes de ser uma verdade proposicional por correspondência, deve ser uma verdade ôntica. Com efeito, em seu plano ôntico, na facticidade, a verdade normativa apresenta-se em um modo existencial de valores, a se falar, em linguagem heideggeriana, em juízo de mundo compartilhado (*Mitsen*)⁵²⁶, para a formação de *sentido* e de *conteúdo* desse algo denominado direito-texto, ou lei escrita.

Nisso, a *hermenêutica jurídica* e, também, a *argumentação jurídica* – a *hermenêutica argumentativa*⁵²⁷ –, devem-se ocupar do hiato metodológico cartesiano, para lançarem mão do que há de ôntico-ontológico de interesse das ciências jurídicas aplicadas, todavia, sem caírem nas armadilhas que levam, v.g., ao *ativismo jurídico*, ou ao *voluntarismo jurídico*, ou mesmo ao *consequencialismo valorativo*, como modos de *solipsismo decisionista*⁵²⁸.

Ronald Dworkin, como adepto de uma *teoria substancialista do Direito*, buscou essas colunas do “normativo jurídico” nas categorias da *coerência* e na *integridade* do Direito em um sentido geral, ao desenvolver alguns argumentos escritos, a exemplo da ideia do *igual respeito*, do *Direito como integridade*, da ideia do *romance em cadeia*, do Direito como *sub-ramo da*

⁵²³ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano, *op. cit.*, p. 101.

⁵²⁴ *Ibidem*, p. 102.

⁵²⁵ *Idem*, p. 98.

⁵²⁶ HEIDEGGER, Martin. **A essência do fundamento**. Lisboa: Edições 70, 1988, p. 15-33; e CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano, *op. cit.*, p. 98-100.

⁵²⁷ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano, *op. cit.*, p. 187 e ss.

⁵²⁸ STRECK, Lenio Luiz, *op. cit.*

política e da moral, e da distinção entre *moral e ética*⁵²⁹. Sem óbices, ainda assim, não assentou o “normativo jurídico” em algo além (ou mais profundo que os vetores) da verdade proposicional por correspondência, como pertença a uma – para usar a expressão de Vitoriano Cunha⁵³⁰ – “comum-idade”, qual seja, a responsável, v.g., por redigir cada capítulo do “romance em cadeias” de sua “alegoria”, o Direito como integridade. E essa é a sua dificuldade de aceitação em sistemas jurídicos socioculturais distintos da *Comumm law*, em que, por ausência do instituto dos *precedentes judiciais*, e, destarte, de uma rígida vinculação das futuras decisões às decisões passadas, afasta a aplicação da ideia de “romance em cadeias”⁵³¹. Por outro lado, não só. Mesmo com esse instituto jurídico, a ancoragem das decisões judiciais que são tomadas *de olho no futuro, mas com uma coerência no passado histórico-jurídico da sociedade*, ainda assim é uma ficção, pois não se trata do que, de fato, existe, no momento vivido da decisão. O passado não mais existe e, do mesmo modo, o futuro. Vincular-se o julgador a algo passado e, sem embargo, disso, ainda, vincular o que de “jurídico” ainda está por vir, parece algo funcional apenas na teoria e na cientificidade, demonstrando apenas mais uma faceta do positivismo jurídico, ainda, fundamentado na cientificidade da Modernidade, conforme alhures discutido.

Pela via fenomenológica do Direito, a compreensão, interpretação, fundamentação e justificação que se encontram no plano do *ser* e que, em tese, são alcançadas pela atividade legiferante, por via do plano transcendental racional-idealista⁵³², passam a ser aferidas de modo simultâneo⁵³³, em um juízo tecnicamente compartilhado de mundo⁵³⁴, pelo intérprete e aplicador da norma jurídica, pelo responsável pela concreção do Direito, no campo de significatividades⁵³⁵, em que o campo axiomático é retirado do campo axiológico, para integrar, com seus valores inquestionáveis e irrefutáveis, o campo dogmático-deontológico.

Nisso, com essa capacidade do *Dasein* de abertura a projetos e a significatividades⁵³⁶, opera-se uma *filtragem de axiomas*, para encaminhar o que de axiomático houver, para o âmbito

⁵²⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005; _____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007; _____. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010; e _____. **Justiça para ouriços**. Lisboa: Almedina, 2012.

⁵³⁰ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano, *op. cit.*, p. 98.

⁵³¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

⁵³² PUERTO, Manuel Jesús Rodríguez, *op. cit.*; e FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna, *op. cit.*

⁵³³ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano, *op. cit.*

⁵³⁴ HEIDEGGER, Martin. **El ser y el tiempo**. Traducción José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1993; e CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano, *op. cit.*

⁵³⁵ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano, *op. cit.*

⁵³⁶ HEIDEGGER, Martin, *op. cit.*; CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano, *op. cit.*; e PUERTO, Manuel Jesús Rodríguez, *op. cit.*; e FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna, *op.cit.*

do “dever-ser” jurídico. Mormente a considerar-se a transcendência à significatividades em essências um pressuposto de existência do *Dasein*, em forma de *copertença Transcendência / Dasein*⁵³⁷ e, assim, a considerar-se ainda a ultrapassagem transcendental da existência não como uma mera possibilidade do *Dasein*, que, enquanto *ente*, enquanto *ser-no-mundo*, ultrapassa esse mesmo mundo, para lançar-se transcendentalmente em busca da verdade ôntico-ontológica, mais como “a própria condição de possibilidade do *Dasein*, o qual, sendo-no-mundo, já sempre transcende os entes”⁵³⁸. Com efeito, esses valores, submetidos ao crivo da “hermenêutica argumentativa”, passam a receber características de valores não somente *axiomáticos*, como, também, *juridicizados*, à vista da concepção heideggeriana da “liberdade para o fundamento”⁵³⁹.

Esse caminho perpassa características peculiares do *círculo hermenêutico*, em que “há um referencial constante que chama pela abertura do Direito à facticidade”⁵⁴⁰ que se porta incessantemente a convocar o *ser* do *ente* ao intérprete-aplicador do Direito ao caso concreto, que, todavia, queda esquecendo-se do sentido do *ser*⁵⁴¹. O oposto desse esquecimento dá-se com a *abertura de sentido*.

E essa abertura ao sentido, que, no caso da investigação ora detida à percepção de valores jurídico-normativos deônticos, somente se permite instaurar no plano afetivo, dos sentimentos, de uma percepção emocional, ou, em um nível ainda maior, no “espanto”, em que, para Platão, o espanto seria para o filósofo o *phátos*, e, para Heidegger, o espanto seria a *arkhé* da filosofia⁵⁴². De qualquer forma, para Heidegger⁵⁴³ é na “angústia”, como forma de sentimento emocional, todavia não meramente psicológico, que o *ser* se desvela propiciando abertura de sentido e, para o que ora é proposto como pesquisa, mister o operador do Direito buscar essa abertura de sentido e não “uma antecipadora conceituação que recolhe um sentido que entifica o ser e, não raro, não apenas propõe um sentido, mas dele se apropria, contrariando o fenômeno que por si se mostra”⁵⁴⁴. Para ilustrar o que se ora afirma, mister assinalar que “o jurista insiste em pôr-se diante do dilema de decidir-se pelo mundo legal ou aquele sequestrado pela lei”⁵⁴⁵, em afastamento do fenômeno do mundo vivido que a ele se apresenta. Tal proceder, como conduta insensível – e, assim, diga-se, “incompreensível”, no sentido de “não

⁵³⁷ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano, *op. cit.*, p. 101.

⁵³⁸ *Ibidem*, p. 101.

⁵³⁹ HEIDEGGER, Martin, *op. cit.*; e CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano, *op. cit.*

⁵⁴⁰ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano, *op. cit.*, p. 91.

⁵⁴¹ *Ibidem*, p. 91.

⁵⁴² *Idem*, p. 91.

⁵⁴³ HEIDEGGER, Martin, *op. cit.*

⁵⁴⁴ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano, *op. cit.*, p. 91.

⁵⁴⁵ *Ibidem*, p. 92.

compreender”, ou de “passar ao largo de uma compreensão” – ao que aí se lhe apresenta, comporta, propriamente, o “afastar-se do caminho, o desprezo pelo princípio convocador, a falta de correspondência ao apelo do ser do ente”⁵⁴⁶. Ainda na esteira do referido autor, mister se faz ao operador do Direito, mas que uma “res-posta”, como expressão de uma “coisa-posta”, pronta e acabada, pelo legislador, que “subjaz diante de um sujeito que a utiliza em um desígnio que se presta à ideologia”⁵⁴⁷, assimilada e reforçada pelo *impessoal* do coletivo social (*das Man*) como algo verdadeiro, perfeito e acabado, como se fosse o mundo real, vivido pela sociedade, como reflexo de um inconsciente coletivo que acabou por assimilar “um pensamento moderno objetificante, que clama pela certeza do Direito contra a pujança do ser”^{548/549}. Importa nesse momento a assinalada *liberdade para o fundamento*⁵⁵⁰.

No bojo de uma *hermenêutica argumentativa* do Direito, a *compreensão*, a *interpretação*, a *fundamentação* e a *justificação* em modos de juízos de justificações sociais do extrato axiomático do axiológico à formação, ou concepção social, dos valores historicizados⁵⁵¹ “inquestionáveis”, “irrefutáveis” (quanto à juridicidade), dão-se simultaneamente, sem qualquer segmentação de juízos, sem qualquer viés de retorno (*feedback*), para o amadurecimento da análise inicialmente efetivada⁵⁵². O quê de axiológico que não formar o extrato axiomático juridicizado do “dever-ser” jurídico-normativo, normalmente há de compor o plexo de normas morais, perfilhando o caminho da norma moral abstrata à norma moral concreta.

Deve-se notar que tanto o direito-texto, formado por normas de espécies *princípios e regras*, quanto os *valores axiomáticos*, juridicizados, compõem o Direito, como “dever-ser”, em um viés de ampliação do direito-texto, não necessariamente a confundir-se com o direito

⁵⁴⁶ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano, *op. cit.*, p. 92.

⁵⁴⁷ *Ibidem*, p. 92.

⁵⁴⁸ *Idem*, p. 92.

⁵⁴⁹ “Assim, mais que uma res-posta pronta e acabada que nos é brindada antecipadamente pelo legislador, com seus discursos de validade, necessitamos ‘co-responder’ ao apelo do ser, livrando do cativo a facticidade sequestrada metafisicamente e restituindo-a à morada no Direito que, chorando por sua ausência, define e mantém-se velado” (*Idem*, p. 92).

⁵⁵⁰ “Neste trajeto, buscamos evidenciar as dificuldades com que nos deparamos ao incorporar um pensamento objetificante, onde a realidade é contraposta a um sujeito que agora deposita no potencial da racionalidade a sua mais alta crença no alcance do fundamento. Mas as veementes críticas a essa razão redentora, que se mostrou incapaz de atender as promessas formuladas, não querem significar o seu abandono, uma rejeição ao racional, posto que a própria filosofia se apresenta como sua guardiã (cf. HEIDEGGER, 1996b, p. 28). O que se critica e a projeção do Direito na senda da busca de um fundamento *inconcussum*, seja nas leis eternas de Deus, seja na racionalidade humana. Isso nos conduz ao problema do fundamento” (CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica e argumentação**: um possível encontro à luz do paradigma ontológico. 2010, 324 fl. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Minas Gerais, 2010, p. 129-130).

⁵⁵¹ GADAMER, Hans-Georg, *op. cit.*; PUERTO, Manuel Jesús Rodríguez, *op. cit.*; e FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna, *op. cit.*

⁵⁵² CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica e argumentação no direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014.

natural, todavia, por outro lado, a compor o campo axiomático-dogmático-deontológico⁵⁵³. Este plexo de normas, conjugado com o campo das normas morais abstratas passam a formar o campo axiológico, essencialmente composto de valores⁵⁵⁴, v.g., éticos, morais, econômicos, financeiros, estéticos, espaciais, quantitativo, etc.

É justamente esse *campo axiológico* o lugar de juízos de justificações sociais – e aqui importa o *a priori* legado pela tradição histórica, pela historicidade⁵⁵⁵ – formados pela compreensão, interpretação, fundamentação e justificação, o que se permite denominar de, simplesmente, “compreensão”, dotada do sentido consoante se lhe apresenta o ser do ente em sua abertura de essência do Direito, sem as amarras idealizadoras de uma razão matematizada, idealista, moldada nos meandros do *cogito* cartesiano⁵⁵⁶.

A *compreensão* fenomênica compartilhada – seja em um sentido de *razão justificante*, como assinala Scheler⁵⁵⁷, seja ela em um sentido de essência do *ser* heideggeriano⁵⁵⁸ – somente é possível a partir de um *juízo de mundo compartilhado (Mitself)*, ou seja, à vista da formação de sentido dos *entes*. Como ilustra Ricarlos Almagro, ao discorrer sobre “a ‘inclusão’ do outro” e sobre “o *Dasein* como ser-com os outros”, em que esse autor ressalta que o *Dasein*, na qualidade de “ser-no-mundo”, não seria um mero substituto do sujeito, qualquer que seja a sua conotação de cognoscibilidade, no seio da filosofia moderna, a levar a inserir a filosofia hermenêutica heideggeriana enraizada ainda à filosofia da consciência⁵⁵⁹, como se dá com a fenomenologia de Husserl⁵⁶⁰. Isso se sustenta, fundamentalmente, pelo fato de o *Dasein* ser o único *ente* capaz de *formular* e, também, *de compreender* a indagação do sentido do *ser*. O *Dasein* possui o privilégio ôntico-ontológico de centralidade na filosofia hermenêutica de Heidegger, que lhe afasta de um caráter solipsista, para dar-lhe acesso a essa capacidade de indagação e de compreensão do ser em si, quanto a sua essência e sentido⁵⁶¹. Nesses termos, a

⁵⁵³ Cf. ESSER, Josef. **Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung**. Rationalitätsgrundlagen richterlicher entscheidungspraxis. Frankfurt am Main: Athenäum Fischer, 1972. Cf. também a tradução italiana: ESSER, Josef. **Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto**. Traduzione di Salvatore Patti; Giuseppe Zaccaria. Napoli: Universitas Camerinensis, 1983.

⁵⁵⁴ SCHELER, Max. **Da reviravolta dos valores**. Petrópolis, Vozes, 1994.

⁵⁵⁵ GADAMER, Hans-Georg, *op. cit.*

⁵⁵⁶ Cf. CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica e argumentação: um possível encontro à luz do paradigma ontológico**. 2010, 324 fl. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Minas Gerais, 2010.

⁵⁵⁷ SCHELER, Max. **Visão filosófica de mundo**. São Paulo: Perspectiva, 1986; _____. **Da reviravolta dos valores**. Petrópolis, Vozes, 1994; e _____. **Ética: nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético**. Madrid: Caparrós Editores, 2001.

⁵⁵⁸ HEIDEGGER, Martin. **El ser y el tiempo**. Traducción José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

⁵⁵⁹ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica e argumentação no direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014, p. 174.

⁵⁶⁰ Cf. HEIDEGGER, Martin, *op. cit.*

⁵⁶¹ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano, *op. cit.*, p. 174-175.

“compreensão dos entes em geral e da natureza, como conjunto ou totalidade deles, irá aflorar no próprio modo de ser do *Dasein*, eis que ele, enquanto existe, compreende”⁵⁶² e essa compreensão admite um total compartilhamento com o outro, na medida em que a compreensão da existência pode-se “dar-com”, ou seja, o *Dasein* pode ser com os outros, o que não significa uma ideia de consciência e apreensões mútuas⁵⁶³. Assim, não significa “estar junto a algo”, afastando a concepção de “com” como uma simples conjunção⁵⁶⁴. Com efeito, “os entes intramundanos, simplesmente subsistem, jamais são uns *com* os outros, embora subsistam conjuntamente. O *Dasein*, por sua vez, é junto a tais entes e também com os outros entes que, à sua maneira, são existentes”⁵⁶⁵. Neste momento em que o *Dasein* é com o outro, por mais que não haja a percepção do outro, mas, cada um em si, percebe o fenômeno como um *ente* que se apresenta, permite-se falar em compartilhamento de mundo e de existencial, em que ambos se encontram a compartilhar “o mesmo”, que *vale*, igualmente, para ambos⁵⁶⁶.

À vista do sentido fenomenológico existencial heideggeriano que se assimilam e fundamentam valores morais compartilhados por todo um coletivo sociocultural, em determinados períodos locais e históricos – permite-se falar em “o mesmo”, no que tange à norma jurídica deontica, mesmo não estando ela elencada em um código escrito, afeto ao rol componente do direito-texto e aqui, faço minha as palavras de Fernández-Largo: “sentido es aquello en lo que se apoya la comprensibilidad de algo”⁵⁶⁷ e esse algo é justamente o sentido unívoco compartilhado de valores pelo coletivo social.

Em Hans-Georg Gadamer a definição do conceito de *tradição*, na concepção de passar algo à diante, em uma atividade de transmissão, no caso da razão humana, histórico-localizada, é central em toda a sua obra e porta-se a declinar a noção de *iter*, ou o meio condutor, de toda a cultura social, a incluírem os elementos formadores dos mais diversos aspectos, por peculiares que o sejam, que possam caracterizar determinado meio social, ligando a *compreensão de sentidos* desses elementos entre passado e presente e os projetando para o futuro⁵⁶⁸. Esse viés toca diretamente a interpretação dos fatos e concebe as noções de fusão de horizontes e de “círculo hermenêutico”; este último, fenômeno primeiramente percebido por Friedrich D. E.

⁵⁶² CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano, *op. cit.*, p. 175.

⁵⁶³ *Ibidem*, p. 175.

⁵⁶⁴ *Idem*, p. 175.

⁵⁶⁵ *Idem*, p. 175.

⁵⁶⁶ *Idem*, p. 175.

⁵⁶⁷ FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna, *op. cit.*, p. 45.

⁵⁶⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Vol. I e II. Petrópolis: Vozes, 2014; PUERTO, Manuel Jesús Rodríguez, *op. cit.*; FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna, *op. cit.*; e LAWN, Chris, *op. cit.*

Scheleiermacher⁵⁶⁹. Pode-se perceber aqui a seminal gênese da ideia de “romance em cadeias” teorizada por Ronald Dworkin⁵⁷⁰, não obstante, essa referida conexão entre passado, presente e futuro, para este autor, vincular-se não aos aspectos endógenos socioculturais fluídos no tempo pela *tradição*, mas sim pelos precedentes judiciais do sistema da *Common Law*. Neste caso, factível perceber a transferência de uma macropercepção concebida no bojo da tradição, para uma projeção artificial dessa tradição pelas vias dos precedentes judiciais, o que torna os institutos jurídicos mais rígidos e afastados do fenômeno em si, refletindo, destarte, conforme já afirmado, uma face de resquíio do positivismo jurídico⁵⁷¹.

Uma importante contribuição de Scheleiermacher – em que pese ser a base de sua hermenêutica fundada no anacronismo em em uma interpretação psicológica, aspecto somente mais tarde superado por Wilhelm Dilthey^{572/573} – foi desenvolver o entendimento de que a atividade interpretativa se dá em uma perspectiva dinâmica, para além dos significados semânticos do texto interpretado ou dos fatos em si percebidos, envolvendo um matiz de profundidade cultural e histórica aplicadas, demonstrativas de uma gênese contextual ou mesmo subtextual ao que se interpreta, *v. g.*, ou seja, ao texto em si. Com efeito, o significado, como resultante do interpretar é tributário do texto em coimplicação com contexto⁵⁷⁴.

O contexto jurídico não pertence somente ao Poder Judiciário, como face autêntica institucional de interpretação do Direito, mas, sem embargo, encontra-se complexamente envolvido com a própria identidade do coletivo social, de certo modo objetificado em

⁵⁶⁹ SCHELEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. 10. ed. Tradução Celso Reini Braidá. Petrópolis: Vozes, 2015.

⁵⁷⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005; _____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007; _____. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010; e _____. **Justiça para ouriços**. Lisboa: Almedina, 2012.

⁵⁷¹ Por outro lado, Juarez Freitas adverte sobre possíveis fatores que podem influenciar as tomadas de decisões, de modo que elas não correspondam à realidade dos fatos e das circunstâncias que dos fatos repercutam no mundo jurídico, no “normativo”, levando a uma tendência de visão unilateral e direcionada a determinados resultados antevistos e antebuscados, mesmo inconscientemente, por uma série de fatores orgânicos, de funcionamento do cérebro. Nesse contexto, assinala que “Como acentua, de maneira precisa, Daniel Kahneman, o sistema primitivo confunde facilidade cognitiva com verdade, abusa das heurísticas e sucumbe ao automatismo, ao substituir as questões difíceis por fáceis, além de simplesmente inventar causas. Sim, inventa causas e produz memórias fantasiosas. [...] Eis, por assim dizer, a natureza biológica do sistema primitivo e antigo do cérebro. [...] Exatamente em face dessas características (algo paradoxal) e por se apresentar enviesado, é que o sistema primitivo e veloz de interpretação do mundo tende a desencadear erros fatais de julgamento” (FREITAS, Juarez. *Hermenêutica e desvios cognitivos*. In: **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 13, p. 277-308, jan./jun. 2013, p. 28).

⁵⁷² Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica**: fragmentos. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁵⁷³ Cf. DILTHEY, Wilhelm. **Teoria de las concepciones del mundo**. Textos anotados. Madrid: Revista de Occidente, 1944; _____. **Introducción a las ciencias del espíritu** – Prólogo de José Ortega y Gasset. Madrid: Alianza Universidad, 1986; _____. **Sistema da ética**. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1994; e _____. **A construção do mundo histórico nas ciências humanas**. São Paulo: UNESP, 2010.

⁵⁷⁴ SCHELEIERMACHER, Friedrich D. E., *op. cit.*

determinado período de espaço-tempo, ou seja, em determinado local e momento histórico. Nas balizas espaço-tempo os valores jurídicos podem ser objetificados, dão-se eles à objetificação pelo homem. Em uma mirada maior, atemporal e/ou supralocal, os valores jurídicos se apresentam como valores relativos. E, sob uma concepção historicizada, de historicidade, os *valores compartilhados*, simultaneamente vividos, transferidos pela tradição e pela fusão de horizontes, percebidos em suas bases mais profundas ôntico-ontológicas – e assim compreendidos coletivamente –, são a essência do axiomático jurídico da *comum-unidade*, do sentido de justiça jurídica, ou juridicizada, sociocultural, tempo-histórico localizado. Nesse aspecto de substancialização dos valores em um contexto localizado no tempo e no espaço de uma comunidade, escreve Lima Vaz que há uma noção central e universal, uma concepção comum do que seria aceitável em termos valorativos cronológicos e topológicos, *v.g.*, de *ethos*; e ilustra com a ideia geral de “bem”, que, por mais que as subespécies dessa “ideia central” variem de tempos em tempos e de local para local, ou seja, por mais que se apresente como um relativo temporal-local, há de existir um gênero invariante, inato à condição humana. Lima Vaz assente na universalidade de um valor ético atemporal, ao ressaltar que “essa inclinação incoercível para a ‘vida do bem’, não obstante a imensa variedade histórico-cultural do que é *melhor* ou do *bem* para cada tradição ética, aparece-nos estruturalmente orientada para um *Bem*”⁵⁷⁵ *perene* ao histórico, que permanece a esse fluir temporal modificativo do social e do cultural, seja, à vista de uma mirada gnosiológica ou especulativa ontológica, na medida em que se encontra “situado além da relatividade dos bens particulares propostos pelos *ethea* históricos”⁵⁷⁶. O autor deixa subentender existirem (i) “valores estáticos”, em um sentido parmenedisiano, que se afigurariam como gênero dos valores, e, outros, derivados, (ii) “valores dinâmicos”, afigurativos de espécies daqueles primeiros. Os *valores dinâmicos*, espelhados nos valores verdadeiros em essência, seriam os postos pelas mais diversas sociedades, cada uma ao seu modo, tempo e local, *logus* e *locus*, de intuí-los e os aferir, para a formação axiomática, em um sentido de obrigatoriedade, deôntico⁵⁷⁷.

Em que pese a essa posição universalista de Lima Vaz, com uma característica *ideonômica* platonista, posicionando-se, em princípio, de encontro (contrariamente aos) com os propósitos referenciais de nossa pesquisa, o que importa é a alocação histórico-objetiva – que faz o autor – de valores compartilhados pela sociedade. E isso, Lima Vaz logra sustentar de

⁵⁷⁵ VAZ, Henrique C. de Lima. **Escritos de filosofia V**: introdução à filosofia 2. Belo Horizonte: Loyola, 2000, p. 2015.

⁵⁷⁶ *Ibidem*, p. 215.

⁵⁷⁷ *Idem*, p. 207-218.

modo cabal para o que ora interessa à pesquisa, ao localizá-los historicamente, quando se refere aos *valores dinâmicos*, e, assim, relativizá-los em determinadas sociedades, qualquer que seja ela, sobre qualquer base que se funde. Nessas bases, ou seja, em determinados contextos, sem óbice a qualquer classificação que atribua a qualidade estática ou dinâmica a certos valores, o que se ressalta é a *compreensão sociocultural compartilhada* de determinados valores contextualizados.

Sem embargo, afirma Lima Vaz que o valor, na expressividade do “Bem”, “é invariante inteligível que permanece e se manifesta onde quer que um grupo humano, armado com seu *ethos*, surja para a cena da história em qualquer tempo e em qualquer lugar”⁵⁷⁸. O autor fala, deste modo, em “co-extensividade genética e estrutural entre *cultura* e *ethos*”⁵⁷⁹, para ressaltar uma identidade entre o *conteúdo substancial ético* e a *situação de pertença a determinado grupo social*, de modo a inferir que o “edifício” ético em seus mais variados aspectos, a estrutura essencial do *ethos*, é uma situação de endogenia à cultura e, nesse âmbito, permite identificar um aspecto peculiar do modo de ser do coletivo social, qual seja, a sua essência ética coletiva, no sentido de que “a cultura já nasce como cultura *ética*”⁵⁸⁰, legados, ambos, a cultura e o *ethos* a ela intrínseco, pela tradição, “como expressão do *ser* propriamente humano do indivíduo e da comunidade [...] como face da cultura que se volta para o *dever-ser*”⁵⁸¹. E aqui se perfaz uma forma, na visão de Lima Vaz, de conversão dos *valores* em *dever-ser*⁵⁸².

Sob esses mesmos aspectos, no sentido da aceitação da universalidade de determinados valores morais, Ronald Dworkin, em sua última obra, apresenta um bom exemplo de valor universal de difícil contestação: o valor de “reprovação da tortura de bebês humanos por mero prazer”⁵⁸³. Escreve o autor ser praticamente universal e atemporal a reprovação dessa conduta em qualquer sociedade, sob as bases fundantes quaisquer que sejam elas e suas crenças. Talvez possam aceitar por outros motivos; religiosos, por exemplo; mas “por mero prazer” não se compreende como aceitável em qualquer tempo e situação sociocultural⁵⁸⁴.

Por outro lado, Ronald Dworkin⁵⁸⁵, v.g., sustenta essa possibilidade de generalização fundante de uma *norma moral supratextual* na convicção interpretativa amparada na certeza

⁵⁷⁸VAZ, Henrique C. de Lima, *op. cit.*, p. 218.

⁵⁷⁹ *Ibidem*, p. 221.

⁵⁸⁰ *Idem*, p. 221.

⁵⁸¹ *Idem*, p. 221.

⁵⁸² *Idem*, p. 207-229.

⁵⁸³ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Lisboa: Almedina, 2012, p. 20-21.

⁵⁸⁴ *Ibidem*, p. 20-21.

⁵⁸⁵ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p 97.

fundamental dos princípios intuída pelo intérprete aplicador do direito desde que guardada a *integridade* e a *coerência* do discurso argumentativo do Direito, para a aplicação da norma ao caso concreto; porém, imperioso acreditar nas aberturas existenciais e nas liberdades de fundamentação do “ser-aí” e “ser-com” os outros e, assim, na possibilidade de coimplicação das verdades ôntico-ontológicas, em que o plano fático se reporta continuamente ao plano transcendental, a levar pela linguagem e pensamentos e, sem embargo, pelos antepredicativos fundamentais axiomáticos e, assim deôntico-normativos do Direito, a comporem o *direito extratexto* e, conjuntivamente com o *direito-texto*, o *direito contexto*, como “dever-ser” jurídico – deôntico sem que necessariamente se encontre expresso no texto legal –, para os juízos não só comumente morais, mas, do mesmo modo, para os juízos de outras espécies, desde que estritamente axiomáticos e, por óbvio, decorrentes de verdades ôntico-ontológicas.

Assinala-se, assim, que a norma jurídica, como instituto jurídico dedicado à regulação do convívio em sociedade, decorre de uma conjugação de fatores deônticos não necessariamente aparentes. Possui âmbitos factíveis de compreensão direta, ou *prima facie*, e faces subparentes, antepredicativas, veladas na ontologia e precedentes daquilo que se apresenta diretamente ao coletivo social. Há algo complexo, formado por um plano normativo aparente e um plano normativo encoberto e fundamental, em que ambos se inter-relacionam para a formação de todo o sistema jurídico. Ambos os planos fazem parte da técnica do Direito e não se confundem com o senso comum de uma normatividade inferida do subjetivismo. O senso comum encontra-se permeado pela atecnia e, dessarte, alocado no âmbito do conceito de “impessoal” heideggeriano.

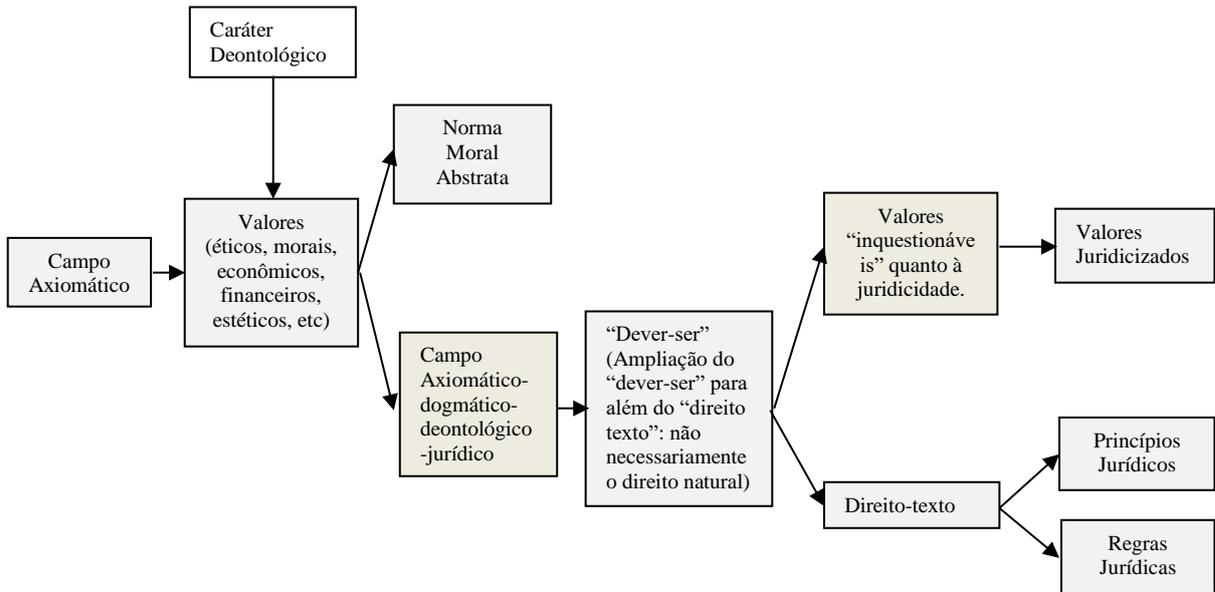
O sistema jurídico, assim, decorre do direito-texto, respeitante ao texto da lei, e, **sem** embargo, em correlação, de outra espécie de Direito, do mesmo modo normativo-obrigacionais, o direito-extratexto, em que ambos passam a compor a realidade jurídico-coletiva sociocultural. A esta face oculta há de se identificá-la como o plexo normativo do Direito reportável pelo seu extratexto, pelo seu subtexto e, em um caráter geral, formador, juntamente como o direito-texto, do campo do Direito como um todo, o Direito contexto.

O *direito contexto* é a resultante dessas formas de expressão da normatividade deôntica do Direito, como modo de interação de forças normativas do texto e do extratexto jurídico-deônticos.

O fluxograma e a tabela seguintes ilustram o que se ora afirma, com a bipartição do campo das normas estritamente morais e das normas jurídicas, escritas e não escritas, todavia, estas duas últimas, a par de também deônticas, formadas não somente como comumente são

aferidas, pelas vias do direito-texto somente, mas dotadas de um subtexto jurídico caracterizado pela tradição contextual e historicizada e, assim, modalizadas:

(i) Fluxograma referente ao campo axiomático e seu caráter deontológico:



(ii) Tabela relacional referente ao campo axiomático e seu caráter deontológico:

	Campo Axiológico		
	Valores deontológicos (éticos, morais, econômicos, financeiros, estéticos, etc)		
Norma Moral Abstrata	Campo Axiomático-dogmático-jurídico-deontológico		
	“Dever-ser” Jurídico (Ampliação do “dever-ser” para além do “direito texto”: não necessariamente o direito natural)		
	Valores “inquestionáveis”, “irrefutáveis” (quanto à juridicidade)	Direito-texto	
	Valores Juridicizados	Princípios Jurídicos	Regras Jurídicas

A concepção para o Direito de *juízo de mundo compartilhado*, nos moldes heideggerianos, permite esse acesso ao plano ôntico-ontológico e à facticidade como essência da verdade ôntica, a franquear a unicidade histórica de valores jurídicos, independentemente do direito-texto.

Diz-se, com isso, que o contexto sociocultural avaliado em modo de um existencial ôntico fornece elementos comuns, ou seja, compartilhados e não compartimentados, do sistema jurídico normativo *extra legem*, não necessariamente *contra legem*, todavia, categoricamente jurídico-deôntico, aplicável ao caso concreto.

Do exposto, há de se aferir que a percepção de norma jurídica, agora, passa a ser composta por um *tertium genus*, o *valor juridicizado*, a juntar-se aos princípios e às regras jurídicas. Antes, o que se comportava como uma divisão binária, agora, sob esse olhar, passa a ter uma formação ternária, tripartida, para elencar o *valor axiomático juridicizado*, como algo deôntico, porém não escrito do campo do “dever-ser” jurídico, da ordem normativa de determinado momento sociocultural.

O (*i.a*) *direito contexto* passa a ser identificado, reconhecido e a formar o (*i*) *sistema jurídico* em coexistência com o (*i.b*) *direito-texto*. E esse conhecimento se dá não de modo epistemológico, pela metafísica e pela teoria do conhecimento, mas sim com base na ontologia humana, legado da fenomenologia. O conhecimento do direito contexto, ou seja, a *compreensão do direito contexto*, o que diz respeito à compreensão / interpretação / fundamentação / justificação, dá-se em coimplicação com o *direito-texto*, ao amparo da historicidade, da *história efetual*⁵⁸⁶.

Disso que foi dito, permite-se inferir que a *norma-regra jurídica concreta* é obtida de um conceito ou de uma concepção de Direito que passa por dois estágios bem definidos, em que ambos envolvem o plano axial-normativo. Entretanto, um primeiro estágio e que vem já ocorrendo no direito brasileiro, que insere nas fundamentações e, por conseguinte, nas decisões jurídicas, por via da hermenêutica e da argumentação jurídica, todo e qualquer valor passível de juridicização razoavelmente justificável, para a forçosa encampação de um universo axiológico-normativo, dando ao direito um viés axiológico, o que denomino de “direito-axiológico”.

⁵⁸⁶ GADAMER, Hans-Georg, *op. cit.*; PUERTO, Manuel Jesús Rodríguez, *op. cit.*; e FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna, *op. cit.*; e CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano, *op. cit.*

Este *direito-axiológico*, além de valer-se das regras e dos princípios jurídicos, conforme teórico-idealizado por Ronald Dworkin⁵⁸⁷, ou seja, com o emprego da interpretação da lei escrita, geral e abstrata, retira dela subplanos ou subcamadas, por vias argumentativas, que vão ou tendem a dar conta, à guiza de fundamentos, ao plano axiológico não axiomático: ao plano dos valores sociais, todavia, tidos como não completamente compartilhados por uma verdade ôntica sociocultural, coletiva, e disso, não sentidos, ou não intuídos – e aqui a expressão “intuição” não como firmada em Husserl como *intuição axiológica* (*Wertnehmung*), mas no escólio de compreensão da diferença ontológica heideggeriana – como de cumprimento obrigatório pelo corpo social.

Estão bem distantes do que Ronald Dworkin, por exemplo, denominou de *políticas públicas de governo* (por outro lado, o que Josef Esser denominou de “intervenção” para “políticas de direito” possui ainda outro significado, firmado na noção de alargamento do direito positivo, para a inclusão da concepção de direito como justiça, supressiva, diante do caso concreto, da dogmática jurídica⁵⁸⁸), o que seria algo menos forte que as *políticas de princípios*, assentadas em valores morais predominantes no seio social⁵⁸⁹. O que ora se faz distinguir de Dworkin é respeitante à dimensão fenomenológica, que o autor não sustenta, preferindo firmar o compartilhamento dos valores éticos e morais na *integridade* e na *coerência* da argumentação linguística formalizada, que, também, se aplicaria ao Direito, por órgãos jurisdicionais e administrativos oficiais, em uma espécie de resquício da noção de interpretação autêntica kelseniana^{590/591}. Com efeito, do conjunto maior dos valores axiológicos, extrai-se uma parcela especial de valores jurídicos, os valores axiomáticos, em razão do modo de abertura da “ser-com”, do *Dasein*, em um mundo vivido, compartilhado com os demais *entes*, um sentido de “o mesmo”, em um determinado momento histórico, local, sociocultural⁵⁹².

⁵⁸⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005; _____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007; _____. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010; e _____. **Justiça para ouriços**. Lisboa: Almedina, 2012.

⁵⁸⁸ Cf. ESSER, Josef. **Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto**. Traduzione di Salvatore Patti; Giuseppe Zaccaria. Napoli: Universitas Camerinensis, 1983, p. 13 e ss.

⁵⁸⁹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁵⁹⁰ *Ibidem*.

⁵⁹¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 387 e ss.

⁵⁹² Cf. HEIDEGGER, Martin. **El ser y el tiempo**. Traducción José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1993; e WOLZOGEN, Christoph Von. *Nicht Leben oder Welt, sondern Dasein: Heidegger – Alter Frangen, neue Quellen*, in **Franckfurter Allgemeiner Zeitung**, n. 258; GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Vol. I e II. Petrópolis: Vozes, 2014; PUERTO, Manuel Jesús Rodríguez, *op. cit.*; FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna, *op. cit.*; e CUNHA, Ricardos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica e argumentação no direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014; e _____. **Ética e decisão judicial: o papel da prudência na concretização do direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2015.

Verificam-se, assim, três definições de conceitos valorativos, objeto do estudo da *axiologia*. A primeira, destinada ao gênero e as duas outras, às espécies decorrentes desse gênero, no seguinte sentido: *axial* (gênero); *axiológico* e *axiomático* (espécies)⁵⁹³.

A concepção de *axial* aponta para o plexo total de valores que existem em uma determinada sociedade. Este é o gênero, composto por duas espécies: o campo (i) *axiológico*, a compreender o campo de valores que permeiam o coletivo sociocultural, porém não completamente e unissonamente compartilhado, sentido ou intuído como de cumprimento obrigatório por todos, ou por determinadas camadas sociais, a depender de certas condições de igualdade ou de desigualdade implicacional; e o (ii) *axiomático*, em polo diametralmente oposto ao axiológico, a perfazer a gama de valores históricos, temporais localizados, ou seja, contextualizados, de intuição e sentimento compartilhado no seio sociocultural de obrigatoriedade de cumprimento, naquele sentido em já referido ao enfatizar a distinção da tese ora esposada para com a tese de Ronald Dworkin e que, aqui, faz-se mister reafirmar: a de que, do plexo de valores axiológicos, extraem-se os valores axiomáticos, à vista do modo de abertura da “ser-com”, do *Dasein*, em um mundo vivido, como um existencial do “ser-aí”, do *ente*, compartilhado com os demais *entes*, a aferir um sentido comum de “o mesmo”, em um determinado momento histórico, local, sociocultural⁵⁹⁴.

O axiológico encontra-se no plano do “ser” no plano ontológico, ao passo que o axiomático encontra-se no plano do ôntico, no plano da facticidade, da esfera do ente, em que o “ser” se dá em existenciais e na possibilidade de compreensão da verdade ôntica. O axiomático, valorativo que é, e, ao mesmo tempo, deôntico também que é, ingressa plenamente compreensivo e compartilhado pelo *ser-no-mundo*, no campo complexo do Direito como “dever-ser”, mesmo que não escrito. Esta diferenciação de pertença; de ôntico-ontologismo referente ao axiomático para o axiológico imprimem a distinção e, também, a possibilidade de, para o primeiro, plena compreensão, e, para o segundo, indefinição, de seus contornos jurídico-normativos.

⁵⁹³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005; _____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007; _____. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010; _____. **Justiça para ouriços**. Lisboa: Almedina, 2012; e SIMIONI, Rafael Lazzarotto, *op. cit.*

⁵⁹⁴ Cf. HEIDEGGER, Martin. **El ser y el tiempo**. Traducción José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1993; e WOLZOGEN, Christoph Von. *Nicht Leben oder Welt, sondern Dasein: Heidegger – Alter Frangen, neue Quellen*, in **Franckfurter Allgemeiner Zeitung**, n. 258; GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Vol. I e II. Petrópolis: Vozes, 2014; PUERTO, Manuel Jesús Rodríguez, *op. cit.*; FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna, *op. cit.*; e CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica e argumentação no direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014; e _____. **Ética e decisão judicial: o papel da prudência na concretização do direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2015.

De tudo que aqui foi exposto, cumpre anotar que os Tribunais brasileiros têm de longa data se valido de argumentos *axiológicos* – e não axiomáticos – para a concretização de direitos⁵⁹⁵. Uma superficial pesquisa, como já apontou alhures, leva a essa conclusão⁵⁹⁶. Utilizam-se, destarte, desse modelo de “direito” que se permite denominar de “direito totalizante” ou de “direito total”, que tende a uma medida “totalitária” e, com efeito, “arbitrária”, pela falta de parâmetros de controle, de exercício do poder. Quer-se dizer com isso que o problema se encontra não no apontamento de valores para a justificação dos votos e das decisões dos Tribunais Superiores brasileiros. O problema não está na inserção de valores nas decisões jurídicas; mas sim no próprio método de racionalidade para a legitimação da razão da escolha dos valores escolhidos; ou seja, na própria razão de ser do *fundamento*.

Como indagavam os primeiros filósofos metafísicos pré-socráticos “o que é o que é?”⁵⁹⁷, ou seja, coloca-se em questão o porquê de ser “fundamento” o valor “v”, não escrito, na situação “s”. Qual a razão de existir desse valor presente nesse determinado contexto histórico social? É esse valor, de fato, um sentido compartilhado pelo coletivo social, para além de um *solipsismo coletivo*, como “o mesmo” “justificante” da decisão para o caso concreto?

A contrafactividade do direito⁵⁹⁸, como faceta de sua característica de permissibilidade correcional da ordem social – poder regulatório, por meio da coercibilidade sancionadora –, parece não ser invocável nesse momento para buscar moldar o mundo da vida ao mundo da lei, o mundo do “ser” ao mundo do “dever-ser”. Em se tratando de identificação de valores

⁵⁹⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

⁵⁹⁶ Cf., v.g., julgados do Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF) sobre: a “desapontação” (Recurso Extraordinário RE 381367); a “taxação dos inativos da previdência social” (Ações Diretas de Inconstitucionalidade ADI 3105 e ADI 3128 – propostas contra a parte da reforma da Previdência que institui a contribuição de inativos e pensionistas: artigo 4º da Emenda 41/03); a “questão da vaquejada, no Nordeste brasileiro” (ADI nº 4983, sobre a inconstitucionalidade da lei cearense, Lei estadual nº 15.299/2013, que estabelece as regras para a realização da vaquejada como atividade desportiva e cultural, em que o texto legal fixa critérios para a competição e obriga os organizadores a adotarem medidas de segurança para os vaqueiros, para o público e para os animais). Também conferir o teor da decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF), quanto à cisão da sanção decorrente do *Impeachment* da Presidente da República Federativa do Brasil, proferida em 31 de agosto de 2016, no Plenário do Senado Federal, na medida em que a decisão não atribuiu o completo efeito ao parágrafo único do artigo 52 da Constituição Federal, que, em princípio, deveria compor uma estrutura unitária e indivisível, de tal modo que, imposta a sanção consistente na destituição do Presidente do cargo, a inabilitação por oito anos para o exercício de qualquer função pública ou eletiva representaria uma consequência natural da decisão.

⁵⁹⁷ PARMÊNIDES / PLATÃO. **Texto estabelecido e anotado por John Burnet**. Tradução Maura Iglésia e Fernando Rodrigues. 2. ed. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2005; e DETIENE, Marcel. **Mestres da verdade na Grécia arcaica**. Tradução de Inove C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

⁵⁹⁸ CASTANHEIRA NEVES, António. *Os “Elementos do Direito Natural” de Vicente Ferrer Neto Paiva*. In **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. 52, 1976, p. 309-315; _____. *A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido (diálogo com Kelsen)*. In **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. 2, 1979, p. 73-184; e _____. *Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz”, ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito*. In **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. 74, 1998, p. 1-44.

deônticos, abstratos e fluidos, valores esses normativos porque “achados no seio da coletividade”⁵⁹⁹, em forma de interpretação evolutiva e construtiva, ou de atualização, do direito-texto, não se há de permitir tal mister contrafático que não seja pelo *parlamento*, com a participação de um modelo democrático⁶⁰⁰, e nisso se afasta a ação por obra da atividade eminentemente, extremadamente, hermenêutico-jurisprudencial, e, sem embargo, nomeadamente, administrativo-juridicizada.

Em que pese ao fato de poder haver decisões jurídicas legais, ou seja, dentro de um limite aceitável pelos padrões coletivos de coerência e integralidade do Direito à vista de um sentido de razoabilidade, proporcionalidade e segurança, abalizada pelo senso de igualdade, esse modelo de Direito permite também decisões contrárias ao sistema jurídico, levando às vias do decisionismo, da discricionariedade, do voluntarismo⁶⁰¹ e dos argumentos consequencialistas⁶⁰² de toda e qualquer ordem, a patentear o arbítrio.

Por esse modelo de Direito, o exegeta porta-se de forma a se esquecer da técnica da “argumentação linguística”, amparada na “hermenêutica argumentativa”, formalizada pela *linguagem e escrita*, sem embargo de, também, distanciar-se de um exercício adequado do juízo de aplicação jurídica.

Os quadros que se seguem detalham o Direito em todo o seu contexto de normatividade aferível pelas vias ordinárias e comuns de um legado jurídico positivista e, entretanto, também expõem outras nuances de sua fonte normativa.

Ilustram o que ora se discorre sobre o subtexto do Direito, que corre em coharmonia com o direito-texto e, sem embargo, ainda, outras espécies de fontes de normatividade do Direito que não necessariamente se prendem ao texto da lei, às escolhas democráticas e obras pelo Parlamento, mas sim afiguram um “aí” temporalizado e localizado, na historicidade e na tradição e em seus efeitos de perpetuações possíveis, ou de possibilidades, do que é realmente – no mundo vivido – o Direito normativo e nisso envolvem um entrelaçar do mundo do “ser”

⁵⁹⁹ HESSEN, Johannes. **Filosofia dos valores**. 3. ed. Coimbra: Armenio Amado Editores, 1967; Cf. também: FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer**. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1993, p. 43-52; e _____. **El debate filosófico sobre hermenéutica jurídica**. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1995, p. 7-28.

⁶⁰⁰ Em sentido semelhante, Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I, Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003; _____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. II, Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003; e _____. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. Cf. também: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

⁶⁰¹ STENGERS, Isabelle. **As políticas da razão: dimensão social e autonomia da ciência**. Lisboa: Edições 70, 1993.

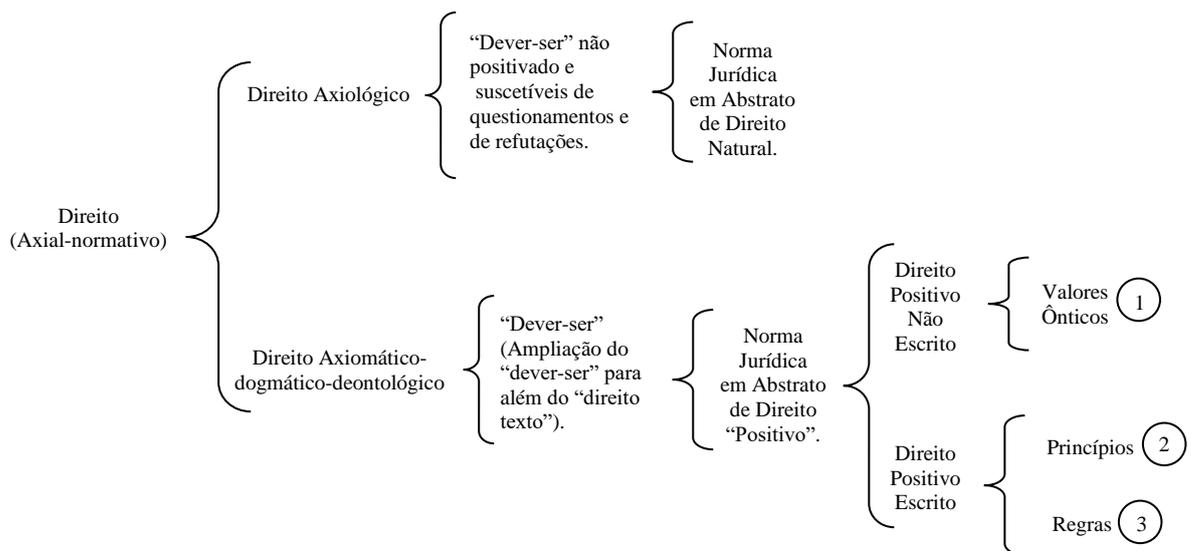
⁶⁰² RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

no mundo do “dever-ser”, em que o “ser” objetivo dos valores é, também, o “dever-ser” do Direito, em dado momento e circunscrito espaço.

Nessa via, notadamente é perceptível a fenomenologia do *ser* a determinar o *ente* “dever-ser” *direito normativo*, regulatório de determinado, local, temporal, histórico, coletivo social.

Assim, a *norma jurídica*, como espécie de expressão do Direito, ingressa em um campo de compreensão em forma de *ente* a ser ultrapassado pela diferenciação ôntica, em um modo que se caracteriza nas raias da *ontologia regional* heideggeriana⁶⁰³, em direcionamento ao seu próprio *ser*, em que se encontrará composta por valores axiomáticos, como facetas da verdade ôntico-ontológica do Direito como normatividade coletiva.

A argumentação linguística, pela via da *hermenêutica argumentativa*, formalizada pela *linguagem*, mormente, *escrita* é hábil instrumento para propiciar essa *ultrapassagem* do *direito normativo* em direção aos *valores axiomáticos* como *normatividade do mundo normado*, como *normatividade jurídica*, de modo a permitir o confronto com o que há de antepredicativo, a compor o Direito e a norma jurídica, agora, em um campo mais profundo, o da verdade ôntica, como presença, presença da normatividade do Direito, em seu contexto histórico-cultural.



⁶⁰³ STEIN, Ernildo. **Mundo vivido**: das vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 138.

Direito (Direito Axial-normativo)			
Direito Axiológico	Direito Axiomático-dogmático-deontológico		
“Dever-ser” não positivado e suscetíveis de questionamentos e de refutações	“Dever-ser” (Ampliação do “dever-ser” para além do “direito texto”: não necessariamente envolvente do direito natural em um sentido <i>strictu</i>)		
Norma Jurídica em Abstrato			
Direito Natural	Direito “Positivo”		
Direito Não Escrito	Direito “Positivo” Não Escrito	Direito “Positivo” Escrito	
	Direito-extratexto	Direito-texto	
Valores “questionáveis”, “refutáveis” (quanto à juridicidade)	Valores “inquestionáveis”, “irrefutáveis” (quanto à juridicidade) <i>Valores Ônticos</i>	Princípios Jurídicos	Regras Jurídicas
Inserção de Voluntarismo; de Decisionismo; e de Argumentação Consequencialista	Argumentação Linguística (“Hermenêutica Argumentativa” formalizada pela <i>linguagem e escrita</i>) – Juízo de Aplicação Jurídica		
Direito-contexto (<i>lege / praeter legem / contra legem</i>)	Direito-contexto (<i>lege, praeter legem e contra legem</i>)		
	Norma-regra Jurídica em Concreto		

Por outro lado, a identificação de valores axiomáticos deve-se dar sobre a concepção ôntica, sobre a facticidade da sensibilidade da compreensão compartilhada dos valores sentidos como de observância obrigatórias na medida dos padrões de simetria, à vista do caso concreto, sobre os moldes de igualdade de casos a serem aplicados. Nesse ponto em que importam a

razoabilidade e a proporcionalidade, assim com a face do que se concebe como “segurança jurídica”, como quer Humberto Ávila⁶⁰⁴, na qualidade de “postulados aplicativos”, para o resguardo dessa *identificação igualitária* de *simetria* à luz dos casos concretos, o que se poderá falar também em *direito como integridade*, como já afirma Ronald Dworkin⁶⁰⁵, para guardar certa *coerência* da ordem normativa quanto à inclusão e sistematização desses valores que passam a fazer parte da ordem jurídica ao longo de sua construção histórica. Quero aqui dizer que a identificação de valores axiomáticos, ou se dá por obra do parlamento, ou, por outra via, em termos de atualização legislativa, por obra do intérprete e aplicador do direito, por meio do exercício das funções jurisdicional ou administrativa, todavia, nestes dois últimos casos, ao amparo do caso concreto e valendo-se de instrumentos jurídicos para a coerência e integridade do direito, com vistas à garantia de ingresso de valores somente os que, diante do razoável, do proporcional, e do juridicamente seguro, dentre possíveis outros postulados de aplicação, possam servir de balizas para o controle, a “conferência” dessa facticidade histórica efetual, diante de outros casos análogos, ou seja, ao amparo de padrões de igualdade e desigualdade, de simetria e dissemetria, dissemelhança de cada caso examinado. Não há como proferir uma inclusão contrafática legal, deôntico-normativa não escrita com base em valores se tais valores sejam apenas os do julgador, ou de um grupo específico, tais quase, *verbi gratia*, os valores econômicos e financeiros, de determinado grupo empresarial ou de setores específicos da economia ou do governo. Essa questão é, deveras, de grande importância, pois não se há de confundir as atividades afetas às funções legislativa, dedicada a introdução de normas jurídicas primárias, e jurídica, jurisdicional ou não (juridicizada administrativa, no caso), dedicada a aplicação do direito ao caso concreto, e, sem embargo, com o dever, também, de atualização histórica desse direito aplicável. A aplicação do direito e a sua atualização história perfazem concretização do direito e não a concepção de criação de veículos introdutórios de normas primárias, em que pese à *atualização histórica* como aplicação do direito em muito se assemelhar à atividade de criação do próprio direito, pois, na medida em que dá novo sentido a velhas palavras e expressões, e, em muitos casos, inclui valores axiomáticos, acaba, por vias gerias, a formar novas normas de uma direito antigo, em sua vertente atual.

⁶⁰⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Cf. também: ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

⁶⁰⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005; _____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007; _____. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010; e _____. **Justiça para ouriços**. Lisboa: Almedina, 2012.

Em seu cariz fático, não há de se assinalar qualquer problema, pois, como afirmado, trata-se de interpretação fenomenológica do Direito, como compreensão e fundamentação e, destarte, justificação e aplicação simultâneas do jurídico ao caso concreto, com evidente identificação de valores deônticos atuais, com efeito, de observância coletiva obrigatória. Por outro lado, por um viés contrafático, com essa mesma liberdade ao operador do direito não se há de assentir, pois estaria ele, o jurista, falseando o mundo vivido, para submetê-lo ao mundo deôntico, ao alvedrio de um voluntarismo decisionista e solipsista.

Nesse ponto que importa a “hermenêutica argumentativa”⁶⁰⁶, em que se afirma que em toda a compreensão do mundo da vida, a incluir nomeadamente o Direito, o *ente* compreende já interpretando e, sem qualquer objeção, fundamenta-o e o justifica, e, ainda, projeta-o, tudo em uma única oportunidade que pode ou não direcionar-se ao aprimoramento circular ou em espiral de compreensão – a depender de caso a caso⁶⁰⁷ –, em sua aplicação concreta⁶⁰⁸.

Com efeito, com a utilização a percepção dos limites e adequado emprego da “hermenêutica argumentativa”, afastam-se as decisões solipsistas, voluntaristas e discricionárias, deixando o decisionismo e o consequencialismo de qualquer ordem não axiomática, para a garantia de decisões jurídica, em que pese a possíveis fundadas, em parte, em normas não escritas, em consonância com a ordem jurídica e com o direito como um todo, mister se faz entender o direito como “Direito Axiomático-dogmático-deontológico”, em que o “dever-ser” jurídico recebe um novo formato, mas não tão ampliado, a ponto de abarcar todos os valores axiais: somente os valores axiomáticos se incluem. Ocorre uma ampliação do “dever-ser” para além do “direito texto”: não necessariamente envolvente do direito natural em um sentido *strictu*.

Busco atribuir, assim, um novo sentido à expressão “direito positivo”, para significar direito o direito escrito e também o direito não escrito, desde que este último, na qualidade de direito extratexto, seja, do ponto de vista da juridicidade e por meio do adequado exercício da *hermenêutica argumentativa*, composto de valores *historicamente* e contextualmente “irrefutáveis”, “inquestionáveis”, o que denomino de *valores ônticos* (ou valores axiomáticos); e isso é o que permite a atualização legislativa, o exercício da atualização do direito, cuja complexão permite falar em “direito contexto” ou “contextualizado”, historicamente atualizado, “contemporaneizado”, ao dar azo à norma-regra concreta, ou seja, aplicada ao caso concreto submetido a exame jurídico.

⁶⁰⁶ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano, *op. cit.*

⁶⁰⁷ GADAMER, Hans-Georg, *op. cit.*

⁶⁰⁸ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano, *op. cit.*

Destarte, apresento uma específica formalização de fundamentação das diversas modalidades do Direito normativo na tabela seguinte, representativa do “direito positivo” *escrito (direito-texto) e não escrito (direito-extratexto)*:

Direito “Positivo”		
Direito “positivo” Não Escrito	Direito “Positivo” Escrito	
Direito-extratexto	Direito-texto	
Valores “inquestionáveis”, “irrefutáveis” (quanto à juridicidade) – <i>Valores Ônticos</i>	Princípios Jurídicos	Regras Jurídicas
Argumentação Linguística (“Hermenêutica Argumentativa” formalizada pela <i>linguagem e escrita</i>) – Juízo de Aplicação Jurídica		
Direito-contexto (lege e <i>praeter legem</i>)		
Norma-regra Jurídica em Concreto		

Em que pese ao exposto e a necessidade de adequação da hermenêutica do direito à hermenêutica argumentativa, o que ainda se observa na experiência brasileira no meio jurisdicional, especialmente nos Tribunais superiores, é o apresentado no quadro seguinte, com a observação de que os intérpretes e aplicadores do direito ainda se valem de positivismo jurídico e do idealismo metafísico cartesiano, sob uma concepção de *unicidade e absolutidade* da verdade, depositada na confiança da certeza dos fundamentos da teoria epistemológica, da teoria do conhecimento e na dicotomia sujeito-objeto, e, tudo isso, aplicado ao “mundo”

jurídico, temperado com o que denominam de *neopositivismo*, para a inclusão de valores consequencialistas⁶⁰⁹.

Por fim, para ilustrar tudo o que aqui foi explanado, seguem dois quadros relacionais de conceitos operacionais, onde o primeiro exprime o atual estágio do direito normativo, indicando a relação entre os planos ontológico, ôntico, axiológico, axiomático (*a*) *decisional legislativo*; e dogmático (*b*) *decisional jurídico*; e o segundo firma a leitura fenomenológica do Direito, com expressão da relação entre os planos ontológico, ôntico (*a*) *decisional legislativo*; e axiológico e “axiomático-dogmático” (*b*) *decisional jurídico*.

⁶⁰⁹ Apesar da referência e da correlação que fizemos, na tabela seguinte, à fenomenologia, isso se deu somente a título de ilustração. O Direito brasileiro ainda se encontra preso ao positivismo jurídico e ao derivado suposto neopositivismo jurídico, a dar ampla margem ao ativismo jurisdicional voluntarista.

2 UM RELACIONAL POSSÍVEL ENTRE A JURIDICIDADE DOS VALORES, DOS PRINCÍPIOS E DAS REGRAS JURÍDICAS, PARA UMA LEITURA TRIPARTIDA DA NORMATIVIDADE DO DIREITO

Diante de tudo o que foi exposto até aqui, uma *relação de juridicidade* entre *valores*, *princípios* e *regras* se dá, em um sentido de *racionalização funcional e instrumental*, para a concreção do Direito. Valores são juridicizados, com o ingresso paulatino no plexo do que se pode denominar de “jurídico”, para a obtenção da regra jurídica concreta aplicada ao caso. Assim se dá por um *interconceptivo*, por um meio compreensivo, nas vias da *hermenêutica argumentativa*, pela correlação complexa entre os *valores*, os *princípios* e as *regras*, como uma espécie de vinculação interna, endógena, que, em uma ideia de conjunto, reporta-se à (1) congruência argumentativa entre o *motivo* da decisão e o seu *objeto*. Isso se opera submetido “à razão”, ou seja, à *racionalização fenomenológico-compreensiva*, por meio de uma *hermenêutica argumentativa*, que envolva (2) as regras e ou os princípios jurídicos aplicados ao caso, em uma leitura inicial; e, ainda, esse produto, “à razão”, também de uma leitura fática racionalizante e fenomenológico-compreensiva, pela via da mesma hermenêutica argumentativa que venha a abarcar (3) os valores jurídicos (positivados) e ou os axiomáticos (não positivados, mas obrigatórios, deônticos).

Ter-se-ia, então, a seguinte formulação instrumental, apenas ilustrativa do que assinala: $[Mot \leftrightarrow oBj] / CA / Rj \vee Pj / Vj \vee Vax$; em que: *Mot* refere-se ao motivo do ato de decisão; *oBj* refere-se ao objeto do ato de decisão, ou seja, à regra concreta auferida de todo o processo jurídico hermenêutico; (\leftrightarrow) simboliza a íntima implicação correlacional entre o motivo fático e a regra jurídica concreta; ($/$) simboliza a necessidade de *racionalização fenomenológica compreensiva*; *CA* refere-se à congruência argumentativa, da percepção de uma corelação entre motivo e objeto jurídico resultante; *Rj* e *Pj* simbolizam, respectivamente, regras jurídicas e princípios jurídicos, gerais e abstratos da ordem normativa, correlacionados pelos símbolos de inclusão e de exclusão, “e” e “ou” (\vee), trata-se do símbolo “ou inclusivo”, para apontar que basta apenas um deles, todavia, aceitando-se ambos; e *Vj* significa valor jurídico (ou valores jurídicos), positivado, correlacionado, do mesmo modo do que ocorre com as regras e os princípios jurídicos, pelos símbolos de inclusão e de exclusão, “e” e “ou” (\vee), para apontar que basta apenas um deles, todavia, aceitando-se ambos, ao valor axiomático (ou valores axiomáticos), referenciado pelo símbolo *Vax*.

O que se quer com isso dizer é que há uma mútua correlação complexa entre o motivo da decisão jurídica e a sua regra jurídica concreta, que percorre a congruência argumentativa entre um e outro, à luz de compreensões fenomenológicas sobre as regras e os princípios jurídicos, como sistema normativo positivado, e, sem embargo, também à luz de valores jurídicos e valores axiológicos. Os primeiros, apesar de comumente classificados como “valores”, encontram-se positivados na ordem jurídica e, portanto, de reconhecimento e de aplicação obrigatória. Os valores axiomáticos, em que pese às suas não positivagens no direito-texto, também fazem parte do direito deontico, como extratexto, aferido pela projeção da *tradição* na compreensão fenomenológica do intérprete e aplicador do Direito. Assim se dão de modo a haurir um caráter coletivo-social obrigacional⁶¹⁰, formulado por meio da *compreensão jurídica* como *hermenêutica argumentativa*, em que o *compreender* ôntico-ontológico se manifesta simultaneamente com a sua interpretação e fundamentação e, com efeito, com a sua justificação, vertida a *posteriori*, em linguagem jurídico-decisional, para dar ensejo à regra concreta do caso.

Firma-se, destarte, à vista da compreensão transcendente do *ente* em direção ao *ser*, para o “desvelar” da verdade ôntico-ontológica afeta à regra jurídica do caso concreto, o “normado”, concernente ao “envolver complexo deontico” não somente do direito-texto, mas, a partir de um histórico tradicional *subtexto*, do *extratexto*, indicativo de uma face normativa

⁶¹⁰ Em um sentido similar ao aqui exposto, de modo a consentir na normatividade da tradição, esclarece Josef Esser que “Con le parole ‘individualizzazione del diritto’, ‘applicazione del diritto’ e ‘conoscenza del diritto’, la nostra lingua fa riferimento a un processo di atti conoscitivi riproducibili, secondo norme giuridiche ‘appropriate’, cioè all’acquisizione di decisioni giuridiche, secondo forme che si rivelino dimostrabilmente pertinenti, oppure anche secondo le regole del diritto vigente. Con questo conetto si accorda il fatto che un diritto non può essere trovato senza una corrispondente indicazione e che un verdetto non può essere vero al di fuori dei criteri che permettano di giudicare la sua giustizia; La giurisprudenza conseguentemente deve render credibile tale pretesa, dimostrando non solo formalmente legittimata a decidere, ma orientandosi anche verso quelle indicazioni, che possono essere fissate dalla legge o dalla tradizioni. [...] Questo orientamento dell’interprete del diritto esige, di conseguenza, che egli intenda il ‘contenuto’ del diritto positivo in un senso preciso, che non è del tutto dato positivamente da obiettivi pratici di regolamentazione, ma esige, piuttosto, un richiamarsi a quei criteri pre-positivi di un ordinamento giusto, aventi per conseguenza la presteza dell’ordinamento giuridico di proclamare il diritto” (ESSER, Josef. **Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto**. Traduzione di Salvatore Patti; Giuseppe Zaccaria. Napoli: Universitas Camerinensis, 1983, p. 11-12). Nessa passagem, Josef Esser afirma que “Com as palavras ‘individualização da lei’, ‘aplicação da lei’ e ‘conhecimento da lei’, nossa linguagem se refere a um processo de ações cognitivas reproduzíveis, de acordo com regras legais ‘apropriadas’, ou seja, a aquisição de decisões legais, formas que se revelam pertinentes ou mesmo de acordo com as regras da lei vigente. Esta conjectura concede o fato de que um direito não pode ser encontrado sem uma indicação correspondente e que um veredicto não pode ser verdadeiro além dos critérios que lhe permitem julgar sua justiça; por conseguinte, a jurisprudência deve tornar essa afirmação credível, demonstrando que é apenas formalmente legítimo decidir, mas também orientar-se para essas indicações, que podem ser estabelecidas por lei ou por tradição. [...] Esta orientação do intérprete do direito exige, portanto, que ele compreenda o “conteúdo” do direito positivo em um sentido preciso, o que não é totalmente dado por objetivos normativos formais, mas sim exige lançar mão de critérios prepositivos de ordem justa, para, assim, consequentemente, haurir-se ao *status* legal de proclamar o direito” (tradução nossa).

maior e também deôntica, o direito *contexto*, atual, histórico temporalizado⁶¹¹. O *direito contexto* é moldado, assim, pelo conteúdo “ontológico-ôntico” do *direito-texto* e do *direito extratexto*, ao amparo de um histórico tradicional *subtexto* que flui e transforma-se no tempo.

A inclusão de valores axiomáticos, ou seja, juridicizados para a sua compreensão fenomenológica deôntica, parte de uma pré-compreensão de que o raciocínio humano é, eminentemente e tendenciosamente, *binário*⁶¹², o que quer dizer que, a partir de uma pré-compreensão de “positivo” ou de “negativo”, formula compreensões derivadas e busca, sem embargo, o “espelhamento” (i) positivo-positivo, (ii) negativo-negativo ou (ii) positivo-negativo, para a compreensão do mundo, que acaba por retornar à origem, em um movimento circular valorativo inicial de “positivo” e de “negativo”⁶¹³.

⁶¹¹ Josef Esser fala em “intervento”, como forma de atualização do direito positivo, sob uma concepção de “política do direito”, ou de “política de justiça jurídica”, na medida em que coloca em segundo plano, ou em suspensão, a dogmática positiva, do direito-texto, para fazer ressaltar o direito em sua razão de justiça. Nesses termos, escreve que “Com il termine 'intervento', mi referisco ad una sospensione dell'autorità dogmatica a favore di argomentazioni di "politica del diritto", sulla giustizia materiale” (ESSER, Josef. **Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto**. Traduzione di Salvatore Patti; Giuseppe Zaccaria. Napoli: Universitas Camerinensis, 1983, p. 13). Assinala o autor que “Como termo “intervenção”, refiro-me a uma suspensão da autoridade dogmática a favor de argumentos de “política de direito” sobre justiça material” (tradução nossa).

⁶¹² BERGSON, Henri. **Introducción a la metafísica**. 2. ed. Salamanca: Siglo Veinte, 1973; _____. **Ensayo sobre los datos inmediatos de la conciencia**. 2. ed. Salamanca: Sigueme, 1999; e _____. **Matéria e memória**. Ensaio sobre a redação do corpo com o espírito. 4.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010; DILTHEY, Wilhelm. **Teoría de las concepciones del mundo**. Textos anotados. Madrid: Revista de Occidente, 1944; _____. **Introducción a las ciencias del espíritu** – Prólogo de José Ortega y Gasset. Madrid: Alianza Universidad, 1986; _____. **Sistema da ética**. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1994; _____. **A construção do mundo histórico nas ciências humanas**. São Paulo: UNESP, 2010; POPPER, Karl R.; ECCLES, John C. **o eu e o seu cérebro**. Brasília: Universidade de Brasília, 1991; _____. **O cérebro e o pensamento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1992; POPPER, Karl R. **conhecimento objetivo**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1975; _____. **O mito do contexto**. Lisboa: Edições 70, 2009; _____. **Dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento**. São Paulo: UNESP, 2013; _____. **Na lógica da pesquisa científica** São Paulo: CULTRIX, 2002.

⁶¹³ No mesmo sentido do que aqui se descreve, refere-se Miguel Reale à “bipolaridade”, como um dos elementos essenciais que diferenciam os valores, como objeto, dos objetos reais e ideais, e, assim, esclarece que “O valor é sempre bipolar. A *hipolaridade* possível no mundo dos objetos ideais, só é *essencial* nos valores, e isto bastaria para não serem confundidos com aqueles. Um triângulo, uma circunferência são; e a esta maneira de ser nada se contrapõe. Da esfera dos valores, ao contrário, é inseparável a bipolaridade, porque a um valor se contrapõe um desvalor; ao bom se contrapõe o mau; ao belo, o feio; ao nobre, o vil; e o sentido de um exige o do outro. Valores positivos e negativos se conflitam e se implicam em processo dialético. A dinâmica do direito resulta, aliás, dessa polaridade estimativa, por ser o direito concretização de elementos axiológicos: — há o “direito” e o “torto”, o lícito e o ilícito. A dialeticidade que anima a vida jurídica, em todos os seus campos, reflete a bipolaridade dos valores que a informam. Não é por mera coincidência que existe sempre um autor e um réu, um contraditório no revelar-se do direito, dado que a vida jurídica se desenvolve na tensão de valores positivos e de valores negativos. O direito tutela determinados valores, que reputa positivos, e impede determinados atos, considerados negativos de valores: até certo ponto, poder-se-ia dizer que o direito existe porque há possibilidade de serem violados os valores que a sociedade reconhece como essenciais à convivência. Se os valores são bipolares, cabe observar que eles também se *implicam reciprocamente*, no sentido de que nenhum deles se realiza sem influir, direta ou indiretamente, na realização dos demais. Há uma força expansiva e absorvente nos valores, visto como cada homem, que se dedica a dado valor, é levado a querer impor aos outros os próprios esquemas de estimativa. O mundo da cultura é sempre um mundo *solidário*, no sentido da interdependência necessária de seus fatores, mas não no sentido da coexistência pacífica dos interesses, que é um ideal a ser atingido. A solidariedade ética, que a justiça objetiva alcançar, implica antes uma tensão viva nos quadrantes da História, sendo o direito uma força decisiva na sempre almejada composição social de valores. Se as características de *polaridade* e de *implicação* se

Desta forma, poder-se-ia ter, em uma mirada axiológica, os *espelhamentos antagônicos binários*: positivo/negativo; bom/mau; bem/mal; certo/errado; justo/injusto; verdadeiro/falso; e no campo estético, também: belo/feio; prazeroso/não prazeroso⁶¹⁴. Todavia, aceitando a adjetivação gradual de todos esses primeiros elementos binários, ainda se permite ter, por exemplo: muito bom e muito mau; muito certo e muito errado; muito justo e muito injusto. Mas o que de mais importa é reparar que a categoria binária inicial ainda permanece intocável. O “muito justo” ainda se enquadra no referencial “positivo” de “justo”. Esse raciocínio ou essa *racionalização legada pela tradição* à vista dos fenômenos sociais de repercussão jurídica podem ser compreendidos fenomenologicamente e, assim, podem ser objeto da hermenêutica argumentativa.

Nesses termos, projetando essas premissas para a valoração jurídica axiomática – e é de se reparar que não se fala mais do campo axiológico, mais sim do campo axiomático, do obrigatório, do deôntico –, o valor “jurídico-deôntico compreendido”, ou seja, *o valor axiomático juridicizado pela hermenêutica argumentativa*, em um olhar fenomenológico, incidente sobre o contexto social e, ainda, ao amparo do caso concreto submetido a exame, retorna à categoria “valor”, à sua origem mais fundamental, qual seja, a “positiva” ou a “negativa”, binária simples, *desprovida de possibilidades de gradação*. Com efeito, não se fala

observam nos valores considerados em si mesmos, ou na relação de uns com os outros, é necessário lembrar que tal fato se deve à situação mesma dos valores perante a realidade. Todo *valor* contrapõe-se ao já *dado*, ou seja, ao que se apresenta como mero *fato* aqui e agora, como algo já realizado: o valor, em suma, contrapõe-se ao *fato*, não se reduz jamais ao fato. Ao mesmo tempo, porém, todo valor pressupõe um fato como condição de sua realizabilidade, embora sempre o transcenda. *Bipolaridade e implicação* são qualidades dos valores, que refletem ou traduzem a natureza mesma da condicionalidade humana, do espírito que só toma consciência de si mesmo e se realiza enquanto se inclina ou se objetiva a “ser como deve ser”, o que nos leva a considerar a terceira característica do valor, que é a sua *necessidade de sentido ou referibilidade*” (REALE, Miguel. **Filosofia do direito**, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 189-190).

⁶¹⁴ Assim como Miguel Reale (REALE, Miguel. **Filosofia do direito**, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999) apresenta uma série de características aos valores, conforme referido alhures, Cristina Seijo também o faz e assinala a *polaridade*; a *gradação*; e a *infinitude*. Sem embargo, a meu ver, o valor axiomatizado, ou seja, desvelado em sua normatividade no âmbito do Direito apenas passa a contar com a característica da polaridade. Sem embargo, Cristina Seijo afirma que “para un mayor conocimiento de la naturaleza de los valores se presentan a continuación sus características fundamentales. Las más relevantes son las que hacen referencia a polaridad, gradación, infinitud: *Polaridad*: Los valores se van a manifestar desdoblados en un valor positivo y en un valor negativo, en valores y antivalores. Todos los valores van a tener su correspondiente antivalor (bueno-malo, justoinjusto, salud-enfermedad, sabiduría-ignorancia). Por su naturaleza, los valores siempre van a ser deseados y aspirados por todos gracias a los beneficios que les reporta, ya sea placer, necesidad, deber. Em cambio, los antivalores van a ser rechazados, por suponer carências o prejuicios. Frondizi (2001) apunta al respecto que la ausencia de un valor no implica la existencia de su correspondiente antivalor. El antivalor existe por si mismo y no por consecuencia del valor positivo. *Gradación*: La gradación es la característica de los valores que hace referencia a la intensidad o fuerza que posee o se presenta un valor o un antivalor. No todos los valores o antivalores van a valer lo mismo. Esta característica se encuentra íntimamente relacionada con la polaridad e interviene además en la construcción de la jerarquía. *Infinitud*: Esta propiedad del valor está totalmente relacionada con su dimensión ideal en virtud que los valores suelen ser finalidades que nunca llegan a alcanzarse del todo” (SEIJO, Cristina, *op. cit.*, p. 151). Cf. também: GUIMARÃES, Carlos Roberto; MELO, Iago dos Santos Moura; ROCHA, Ricardo Afonso. *Interpretação fenomenológica da noção de valor na teoria tridimensional do direito de Miguel Reale*. In: **Revista de Direito da Universidade Federal de Viçosa**, p. 51-94, v. 8, n. 2 (2016).

aqui em possibilidade ou em impossibilidade de ponderação de valores, como problematiza Robert Alexy, no Capítulo 3, de sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”⁶¹⁵. A investigação apresentada, nomeadamente, não se detém ao tema da ponderação de normas jurídicas. No âmbito do “normado jurídico” os valores, conforme se concebe na presente investigação, não são submetidos a uma dimensão de peso e de gradação.

Nisso, surge a grande peculiaridade do *valor jurídico-axiomático* que o distingue dos princípios jurídicos: a similitude com as regras jurídicas, na medida em que ou o valor é válido em determinado contexto sociocultural e normativo jurídico, ou, por outro lado, é inválido. Submete-se, a exemplo das regras jurídicas, ao “tudo ou nada” normativo, a indicar, inclusive, que diante de valores conflitantes, um invalida o outro, mormente porque um deles, no contexto histórico-local, é mera aparência de valor e não o valor mesmo, o valor em si, capaz de vincular obrigacionalmente determinada sociedade⁶¹⁶.

À vista do exposto, pode-se afirmar que (1) os valores jurídicos positivados e os valores jurídicos axiomáticos (os não positivados) submetem-se à compreensão do “tudo ou nada”, da validade ou da invalidade, de forma excludente. Quanto aos princípios e às regras jurídicas, nada muda: (2) os princípios jurídicos compreendem uma *dimensão do peso* (*dimension of weight*)⁶¹⁷ e são, assim, *mandamentos de otimização*⁶¹⁸; e (3) as regras jurídicas, a partir de um funcionamento *tudo-ou-nada* (*all-or-nothing*)⁶¹⁹, a partir de uma característica de *mandamentos de concretização*, nos moldes idealizados por Robert Alexy⁶²⁰.

⁶¹⁵ Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 78 e ss.

⁶¹⁶ As ponderações de Josef Esser reforçam o afirmado, quando o autor esclarece que “In generali i compiti di valutazione negli interventi su diversità di opinioni pre-positive sono facilitati da parametri razionali-finali. Il giudice deve dare solo giudizi di valore ‘condizionali’ in quanto di regola deve ‘valorale’ i beni che qui sono in concorrenza, solo in relazione ad una determinata situazione di pericolo, ad un determinato grado di minaccia, ad una determinata base legale di protezione di beni nelle leggi penali e civili (ESSER, Josef. **Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto**. Traduzione di Salvatore Patti; Giuseppe Zaccaria. Napoli: Universitas Camerinensis, 1983, p. 163). Assim, afirma Esser que “Em geral, as tarefas de avaliação nas intervenções sobre a diversidade das opiniões prepositivas são facilitadas por parâmetros racionais-finais. O juiz deve apenas dar juízos de valores condicionais, uma vez que deve, em regra, ‘valorizar’ os produtos que estão em concorrência aqui, apenas em relação a uma situação de perigo particular, até certo grau de ameaça, a uma base jurídica específica de proteção em leis criminais e civis” (tradução nossa). De certa forma, esses juízos condicionais de proteção a normas positivadas, referem-se a uma face do aspecto “tudo ou nada” de “validade ou invalidade” dos juízos de valores jurídico-axiomáticos, pois condicionam a sua a sua normatividade somente à validade e não a algum grau de normatividade, ponderável nos moldes dos princípios jurídicos. São, como as regras jurídicas, condicionados à validade.

⁶¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁶¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

⁶¹⁹ DWORKIN, Ronald, *op. cit.*

⁶²⁰ ALEXY, Robert, *op. cit.*

Pelas peculiaridades fundamentais não escritas e naturais e, destarte, *subtextuais* do direito, os valores jurídico-axiomáticos compreendem *mandamentos de fundamentação e de concreção*.

Tem-se, assim, o seguinte sentido gradual jurídico-normativo, do mais abstrato para o mais concreto:

- (i) Valores Jurídico-axiomáticos (jurídico-normativos): compreendem *mandamentos de fundamentação dos princípios e das regras jurídicas e de concreção*, de natureza jurídico-binária, para indicar o válido e o inválido normativo componente da ordem jurídica positiva;
- (ii) Princípios Jurídicos: *mandamentos de otimização*, nos moldes pensados por Robert Alexy⁶²¹ e passíveis de avaliações ponderativas diante da colisão de princípios, conforme tese desenvolvida pelo referido autor⁶²²;
- (iii) Regras Jurídicas Abstratas: *mandamentos de concreção*, também nos moldes pensados por Robert Alexy⁶²³ e, distintamente do que ocorre com os princípios jurídicos, impassíveis de avaliações ponderativas em caso de colisão, pois para estas espécies normativas o que há é o *conflito*, que se resolve, na teoria predominante, pelo reconhecimento de validade de somente uma regra, dentre as conflitantes, conforme tese desenvolvida também, *v. g.*, pelo mesmo autor⁶²⁴.

Disso que foi exposto, sob a concepção de validade e de uma avaliação de certo e errado acerca da congruência entre o “motivo” e o “objeto” jurídico, efetivam-se os juízos de validade das regras jurídicas abstratas e de validade e de ponderação dos princípios jurídicos sistêmicos da ordem normativa, à vista de um fundamental e prepositivo juízo de validade desses juízos anteriores, ao amparo dos valores que obrigam o coletivo social.

Com efeito, é de se assinalar que juízos de valores jurídico-positivados e juízos de valores jurídico-axiomáticos são fundantes da normatividade jurídica dos princípios e das

⁶²¹ALEXY, Robert, *op. cit.*

⁶²²*Ibidem.*

⁶²³*Idem.*

⁶²⁴*Idem.*

regras jurídicas e, por isso, apreensíveis pelo intérprete e aplicador do Direito, para a obtenção da regra concreta, aplicável ao caso específico submetido a exame.

No exemplo do direito administrativo, o “motivo” já pede um “compreender” de fato, um *compreender fático*, e adequada subsunção normativa. Sugere assim a indagação de um compreender de quais são os contornos do “real” (do que há de fato), a referir-se à necessidade de identificação de qual seguimento dos acontecimentos se encaixam e, assim, importam, em determinadas descrições textuais do Direito, concebidas como regras jurídicas ou como princípios, e que estão conectadas ao “objeto” sobre a concepção de “norma concreta”, regida por valores já positivados ou por valores jurídico-axiomáticos, não positivados pelo direito-texto.

Nesse contexto ora detido, importa para o *ato administrativo decisional* apenas os elementos “motivo”, “objeto” e “finalidade”, em que o (i) *motivo* diz respeito, diretamente, ao fato real do mundo da vida; o (ii) *objeto* reporta-se às normas abstrata e concreta, quer sejam elas, quando abstratas, princípios e ou regras jurídicas; e a (iii) *finalidade* conecta-se ao valor “justiça do Direito”, v.g., no sentido de (a) *atender determinado fim de interesse público, coletivo, social, ou individual, a abarcar aqui o interesse primário e o interesse secundário da Administração Pública*; (b) *sancionar o particular ou o agente público infrator, autor de ilícito*; (c) *proteger a sociedade ou determinado bem público ou tutelar determinada objetividade jurídica*; e (d) *recuperar o agente infrator e corrigir a ordem social*.

Pela óptica da Administração Pública e de sua função atípica decisional, o ato administrativo que apresenta a decisão estatal envolve três esferas; a dos motivos, a dos objetos e a da finalidade.

A primeira reporta-se aos fatos, a segunda, às normas jurídicas, no caso as regras e os princípios, e a terceira reporta-se aos valores expressos ou implícitos, postos ou não por lei, mas fenomenologicamente apresentado ao coletivo social.

Há, assim, para o primeiro e para o segundo caso, ou seja, para o motivo e para o objeto, a inferência direta à lei, como sistema normativo escrito, definidor de direitos e de deveres, em uma vinculação do “dever-ser” ao “ser”; em uma correlação de normatividade deôntica de parcela dos fatos do mundo da vida. Para o terceiro caso, ou seja, para a finalidade do ato administrativo decisional, identificam-se os valores postos por lei ou apresentados ao coletivo social, por meio de uma concepção tradicional historicizada. A finalidade e a congruência entre o motivo e o objeto submetem-se à *juridicidade* como capacidade de *hermenêutica argumentativa* da Administração Pública dizer o Direito ao caso concreto, para a sua constitucional e legal parcela de atuação atípica jurídica.

Por meio da *hermenêutica argumentativa* a serviço da juridicidade administrativa, a Administração Pública legitima-se à identificação de valores jurídico-axiomáticos e, destarte, à identificação de princípios jurídicos implícitos atinentes à ordem normativa sistêmica e, sem embargo, atualiza o direito abstratamente posto ao caso concreto, com a identificação de novas regras concretas.

Mister citar como exemplo:

- (a) O reconhecimento do princípio da precaução ambiental, independentemente de positividade direta no direito pátrio;
- (b) O reconhecimento, concretamente, da condição de miserabilidade de beneficiário da seguridade social, para a percepção do benefício assistencial do Instituto Nacional de Seguro Social (INSS)⁶²⁵;
- (c) O reconhecimento da autonomia jurídico-funcional da autoridade de polícia judiciária, na função de investigação criminal, com a possibilidade de manifestação de todo e qualquer juízo de valor compatível com os fins de elucidação criminal. Nesse contexto, leva ao reconhecimento de que o ato administrativo de indiciamento de investigado no inquérito policial compreende ato duplamente autônomo: (i) quanto ao juízo valorativo jurídico-funcional de editá-lo ou não editá-lo, ou seja, autonomia no sentido de liberdade jurídica para o convencimento de acordo com a lei e o Direito, sobre os elementos e as circunstâncias fáticas componentes do conceito de crime, respeitante à autoria, à materialidade e aos demais elementos, *v. g.*, de um conceito estratificado de crime; e (ii) liberdade jurídica quanto ao seu conteúdo normativo em concreto, ou seja, quanto à congruência entre o *motivo* e o *objeto*, sendo que essa congruência é fenomenologicamente vinculada, ao passo que a autonomia jurídico-funcional para editá-lo ou não, reportada no item (i) é, de certo modo, discricionária, todavia, vinculada à melhor decisão à luz do caso concreto: em um sentido de que não há de se falar mais em ato discricionário, pois todos os atos administrativos devem concretizar a única e melhor decisão ao amparo do que se

⁶²⁵ Exemplo já reportado por Ricarlos Almagro: CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica e argumentação**: um possível encontro à luz do paradigma ontológico. 2010, 324 fl. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Minas Gerais, 2010.

desvela ao intérprete e aplicador do direito⁶²⁶. O mesmo se dá para o relatório final conclusivo do inquérito policial e para os atos requisitórios direcionados à autoridade de polícia judiciária: submetem-se ao crivo de uma *hermenêutica argumentativa juridicizada*, para uma análise ôntico-ontológica; e, ainda, por exemplo,

- (d) O reconhecimento, também, a exemplo dos atos administrativos exarados em investigações criminais de polícia judiciária, de uma hermenêutica argumentativa juridicizada, aplicada a um compreender fenomenológico, para a elaboração de decisões em processos sancionadores estatais e quaisquer outros procedimentos e processos administrativos que se resolvam por meio de decisão administrativa final.

Há, assim, uma gama de possibilidades de identificação axiomática de valores jurídicos expressos e implícitos, *v.g.*, na Constituição Federal, na legislação infraconstitucional e, não obstante, nas convenções e tratados, mesmo, a depender do caso concreto, diante de cláusulas de reserva.

Por outro lado, nem tudo o que está na Constituição Federal rotulado como *princípio jurídico-normativo* possui, de fato, essa natureza jurídica. Em muitos casos se faz imperiosa a aferição de valores positivados, todavia de ordem mais fundante, antepredicativa dos princípios e das regras jurídicas. Logo, não possuem normatividade gradual e ponderável, mais sim determinativa para a concreção de direitos, cuja essência fundante e antepredicativa dá-lhes, a esses *pseudoprincípios*, o atributo *operativo jurídico*, cujo efeito é prestarem-se como fonte constante do reflexo evolutivo sociocultural sobre a ordem jurídica e, destarte, sobre os princípios e as regras jurídicas constitucionais e infraconstitucionais.

A essa espécie normativa, que assim exaure efeitos, busca-se denominá-la de *valores jurídicos*, os quais podem ser encontrados (i) escritos no texto constitucional, ou (ii) escritos em textos infraconstitucionais, e, também, (iii) não escritos, a compreenderem nesta última modalidade (iii.a) os implícitos no próprio texto constitucional, (iii.b) os implícito na ordem normativa como um todo, ou, então, em um caráter mais peculiar, (iv.c) os inferidos das coisas como de fato elas são, em um contexto sociocultural histórico e localizado, o que se há de compreender tratarem de *valores jurídico-axiomáticos*.

À vista do que aqui se expõe, faz-se importante assinalar que a ordem jurídica é eminentemente valorativa, todavia, de modo indireto, pois os valores quando ingressam em um

⁶²⁶ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

modelo jurídico-deontológico cumprem a função de *mandamentos de determinação (de concreção) e de fundamentação*, conquanto já sopesados em instâncias pré-jurídicas, *v. g.*, de *justificação*, mas, por outro lado, não deixam de emanar efeitos de legitimação para o necessário exercício de valorações jurídicas por meio de outra espécie de norma jurídica: os princípios jurídicos; estes sim, dotados de uma dimensão de peso, passíveis de ponderações graduais para a concreção do Direito.

Factível citar alguns exemplos de valores jurídicos escritos e não escritos e, também, expressos (claros) e implícitos. Ronald Dworkin, partindo de uma perspectiva objetiva e universalista dos valores (“a ideia metafísica do valor”⁶²⁷), afirma que “a moralidade política depende da interpretação e que a interpretação depende do valor”⁶²⁸. Nesses moldes, apresenta em sua obra “Justiça para Ouriços” um peculiar exemplo de valor considerado universal e atemporal, qual seja *a reprovação de tortura de bebês, por mero prazer ou por divertimento*⁶²⁹. Segundo Dworkin, em qualquer sociedade, por mais arcaica que seja, ou por mais moderna e liberal, e independentemente de sua contextualização histórica, não se aceita essa conduta como um valor bom, certo, válido; ao contrário, trata-se, de forma uníssona, de conduta reprovável, má, errada, e, acaso jurídica, inválida e ilícita, em um sentido fundamental pré-positivo. Eis, de fato, um convincente exemplo de valor moral universal vinculativo da ordem jurídico-normativa⁶³⁰.

É possível aferir do exemplo de Ronald Dworkin o valor “inocência”, ou “proteção à inocência”. Este seria o valor por trás da reprovação da conduta mencionada por Dworkin, que, conforme já afirmado, perfaz um mandamento de determinação da ordem jurídica, para que esta processe esse valor em princípios jurídicos e em regras jurídicas. Consubstancia-se em uma reprovação moral não escrita e derivada de um valor maior, qual seja a “inocência”, que, por sua vez dá azo, *v.g.*, aos valores (i) “proteção da inocência humana”, (ii) “proteção da inocência

⁶²⁷ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Lisboa: Almedina, 2012, p. 20.

⁶²⁸ *Ibidem*, p. 19.

⁶²⁹ *Idem*, p. 20-21.

⁶³⁰ Nesses termos, sintetiza Ronald Dworkin que “aquilo que parece ser a ideia mais radical que defendo: a independência metafísica do valor. Trata-se de ideia familiar e absolutamente vulgar de que algumas ações – torturar bebês por diversão – são erradas em si próprias, e não só por que as pessoas as consideram erradas. Continuariam a ser erradas mesmo que, incrivelmente, ninguém assim considerasse” os projetos realistas ou antirrealistas, em qualquer vertente possível, evaporam-se “quando levamos a sério a independência do valor. [...] O único caso inteligível para a ‘independência mental’ de algum juízo moral é um argumento moral que mostre que esse juízo continua a ser verdadeiro mesmo quando ninguém pensa que o seja; o único caso contra isto é um argumento moral em defesa da assunção oposta. No Capítulo 6, descrevo uma teoria do conhecimento, responsabilidade e conflito moral, e no Capítulo 8, uma teoria da verdade moral. Estas teorias decorrem da moralidade – são, em si mesmas, juízos morais. É isto que a independência significa na filosofia moral. É uma ideia natural e muito familiar: é assim que pensamos. Não existe um argumento não circular contra esta ideia. Não há um argumento que não pressuponha, mais do que que estabelecer, uma necessidade de colonialismo filosófico” (*Idem*, p. 21-22).

animal”, e, ao extremo, (iii) “proteção da inocência de tudo que vive”. Ao se falar em “proteção” e dever do Estado engajar-se nessa proteção, afere-se uma correlação entre estes valores elencados e um valor inserido no Direito, o valor “justiça do Direito” a dar abertura à regulação jurídico-social.

Logo, há de se perceber uma normatividade do valor axiomático para a deontização do Direito, que assim dever regular as condutas sociais por meio de princípios e regras. E mais uma vez, importante reparar que os valores jurídico-axiomáticos não são construídos e sim identificados⁶³¹ e não comportam graduação e ponderação; ou são devidos ou não são valores socioculturais. Sob esse enfoque de serem eles “identificados”, ressalta a noção de que a categoria “valor” e a sua compreensão sociocultural perduram na *tradição*, para além da finitude humana do *ser-no-mundo*, do *Dasein*, a depor a favor, de certa forma, da ideia de objetividade do *valor* e de uma “ideia metafísica do valor”, como preconiza Ronald Dworkin⁶³².

Importante notar que no caso do valor “inocência” aferem-se dois valores não escritos. Um explícito e outro implícito; o primeiro, o explícito, fundamental para o segundo, nessa ordem: a “justiça do Direito” (valor jurídico não escrito explícito) propicia fundamentação para o valor “inocência” (valor jurídico não escrito implícito) e este se abre a uma gama de outros valores decorrentes, a exemplo dos referidos “inocência humana”, “inocência animal” e “inocência de tudo que vive” (todos, também, valores jurídicos não escritos e implícitos), devendo o direito providenciar, por meio de regras e de princípios jurídicos a proteção desses valores.

Dessas derivações iniciais surgem, por exemplo, à vista dos valores “inocência animal” e “inocência de tudo que vive”, a legislação que protege a fauna e a flora brasileira, os animais domésticos contra os maus tratos, ou a destruição de biomas, e pune os infratores, mas não pela óptica de proteção de uma *objetividade jurídica vaga*, em razão de supostamente ser a “Lei Brasileira de Combate aos Crimes Ambientais” (Lei 9.605/96) uma lei que tutela a sociedade como um todo (crimes vagos, em razão de a vítima ser toda a coletividade).

Outro exemplo fica a cargo do princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal brasileira, ao prescrever que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”⁶³³.

⁶³¹ Como afirma Ronald Dworkin, “Como poderão ser Valores, se os pudermos simplesmente os construir?” (DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p. 20.).

⁶³² *Idem*, p. 20.

⁶³³ Art. 5.º, Inciso LVII, Constituição Federal.

Esses valores e suas derivações se espalham por toda a ordem normativa, dando legitimidade para a positivação de princípios e regras jurídicas. Todavia, é devido anotar que qualquer uma dessas duas últimas espécies normativas – princípios e regras – somente será válida se harmonicamente alinhadas ao valor que lhes dá fundamento. Nesse contexto, antes mesmo de qualquer ponderação entre princípios jurídicos colidentes, conforme formulado por Robert Alexy, mister se faz uma análise prévia de seus fundamentos mais profundos, de certa forma “antepredicativos”, raízes de toda a ordem jurídica e de cada princípio e regra em especial.

Apenas à guiza de exemplo, outros valores jurídico-axiomáticos são plenamente possíveis: o valor “fragilidade” (física, econômica e social), reflexivo, por exemplo, da “fragilidade feminina”, da “fragilidade da criança e do adolescente”, da “fragilidade do idoso” e, v. g., da fragilidade “das pessoas portadoras de qualquer deficiência”, das fragilidades, no geral, decorrentes de “origem”, raça”. “sexo”, “cor”, idade” (Artigo 3º, IV da CF/88), apresentando o direito de não discriminação e de discriminação afirmativa, que representa faceta do princípio da igualdade (artigo 5º, *caput*, da CF/88).

A condição humana é um valor axiomático que também compreende um valor jurídico-axiomático. É de inferir o mesmo sentido nas afirmações de Aquiles Côrtes Guimarães, ao escrever que “nenhuma ordem jurídica inscrita no mundo civilizado prescinde da obediência a determinados princípios fundamentais referentes, em última análise, à própria condição humana”⁶³⁴.

Quanto aos valores jurídicos positivados, imperioso acreditar que há uma séria confusão entre a definição dos conceitos de princípios jurídicos e de valores jurídicos. A doutrina uníssona entende que todo e qualquer valor positivado recebe a roupagem de princípio jurídico e, destarte, submete-se à “ponderação”⁶³⁵, como “mandamento de otimização”⁶³⁶, desde que não se reduza a um “nada jurídico”, nesse processo de avaliação.

À vista disso, alguns casos tomados como princípios jurídicos, mormente expressos na Constituição Federal, não possuem essa natureza, mas sim a de valores, com as suas peculiaridades de *mandamentos de fundamentação rígida, não ponderável*.

Citem-se, v. g., (i) os fundamentos da República Federativa do Brasil (Artigo 1º, incisos I a IV e Parágrafo Único, da CF/88); (ii) a concepção de independência e harmonia entre

⁶³⁴ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Lições de fenomenologia jurídica**. Rio de Janeiro: GEN, 2013, p. 87.

⁶³⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2008, p. 85-179.

⁶³⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 41 e ss.; e _____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 23 e ss, 73 e ss.

os poderes da República (Artigo 2º, da CF/88); (iii) alguns objetivos da República Federativa do Brasil, contidos em incisos do Artigo 3º, da CF/88. Tais casos, ou seja, tais valores escritos e positivados na Constituição Federal de 1988 são, de fato, *fundamento*, para, *v. g.*, a concepção e a positivação dos direitos e garantias fundamentais, dos direitos e deveres individuais e coletivos, dos direitos sociais, dos direitos políticos, da forma de Estado, do sistema e do regime de Governo e da forma em que o Estado se organiza.

Há de se referir, ainda, como valores expressos na Constituição Federal de 1988, *v.g.*, (i) a liberdade social; (ii) a justiça social; (iii) a solidariedade social; (iv) a igualdade social; (v) inclusão social; (vi) o bem de todos; (vii) Administração do Poder pelo Estado; (viii) divisão tripartida do poder estatal; (ix) independência e harmonia entre as funções do poder; (x) não separatismo das Unidades Federativas; (xi) normatividade da Constituição Federal; etc.

Ingo Wolfgang Sarlet assinala que a aplicação imediata das normas de direito constitucional é distinta, quanto aos seus efeitos, da vinculação direta dessas normas. Nisso “aplicação imediata” e “vinculação direta” exaurem efeitos díspares para o Executivo, o Legislativo e o Judiciário⁶³⁷. Na visão desse autor, o Poder Executivo, *v. g.*, tem a função de aplicar a lei (princípio da legalidade) e, após o “exaurir” dessa atividade, caso não haja conflitos, consequentemente legitima-se a aplicar eventuais normas de direitos fundamentais cabíveis ao caso, com base na sua aplicação imediata prevista na Constituição Federal de 1988. Todavia, essa aplicação de normas de direitos fundamentais cinge-se a uma direta subsunção, sem qualquer exercício de juridicidade, ou seja, sem qualquer exercício de juízo de valor.

A juridicidade seria um obstáculo à atuação administrativa estatal, pois, historicamente, a teleologia de operacionalização das normas de direitos fundamentais destina-se aprioristicamente ao Poder Judiciário, detentor da função típica estatal de dizer o direito para o caso concreto⁶³⁸.

Por outro lado, para o autor, quanto ao Poder Legislativo, este não se vincula totalmente ao conceito, ao menos no momento de sua eleição de valores e edição do ato normativo, pois já é originariamente encarregado da criação de normas de direitos fundamentais. E, nesses limites funcionais, mormente entre a Administração Pública e o Poder Judiciário e a natureza de aplicação imediata e de vinculação imediata das normas de direitos fundamentais é que surge o problema da sua efetividade e efetivação, efetividade ou eficácia

⁶³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

⁶³⁸ *Ibidem*.

social. Conclui o problema da aplicação imediata das normas de direitos fundamentais ser, na essência, um problema de transposição do “ser” para o “dever-ser”⁶³⁹.

Porém, sem questionar o acerto ou não da questão da distinção da aplicação e da vinculação imediata das normas de direito fundamentais e disso o problema de sua efetividade, há de se aferir que isso se dá para o caso de *regras* e de *princípios* jurídicos constitucionais, mas não para *valores jurídicos*, escritos constitucionais ou infraconstitucionais e valores jurídico-axiomáticos, pois esta última espécie normativa, os valores, ingressa na ordem deôntica com a característica de exaurir efeitos *in totum* diretos e imediatos, para as três funções de Estado, a legislativa, a executiva e a judiciária.

Do exposto, cumpre anotar que antes de qualquer análise de colisão de princípios e de conflito de regras, há de haver a adequada e fenomenológica identificação dos valores jurídicos que regulam direta ou axiomáticamente a sociedade.

O contexto sociocultural é quem identifica os valores explícitos, escritos e não escritos, e a hermenêutica jurídica, por meio da filosofia hermenêutica (Heidegger) e da hermenêutica filosófica (Gadamer), com o emprego da linguagem e da argumentação jurídica, formulada em um “compreender” e em um “fundamentar” simultâneos (*hermenêutica argumentativa*⁶⁴⁰), cumprem o papel de formalização desses valores já deônticos no contexto social, de modo a buscarem no *subtexto* e o *contexto* do Direito, o Direito realmente normativo. Com isso, mister tornar a afirmar que os valores explícitos, escritos e não escritos, e os valores implícitos – apesar de uma relação de especialidade entre todos eles em relação ao gênero ‘norma jurídica’ –, sempre serão fundamento de validade para os princípios e para as regras jurídicas e, destarte, para a concepção de validade sistêmica de toda a ordem regulatória do Direito.

A relação de uns com outros, ou seja, a interação entre valores, princípios e regras se dá à fundamental racionalização ôntico-ontológica (transcendência) de valores. Disso, surgem duas possibilidades, uma (i) *jurídica abstrata e dinâmica*, para a concreção de uma regra aplicada ao caso e outra (ii) *jurídica concreta*, indicando que de uma norma mais geral obteve-se uma norma concreta para um caso específico, nos seguintes termos:

⁶³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*

⁶⁴⁰ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica e argumentação**: um possível encontro à luz do paradigma ontológico. 2010, 324 fl. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Pontífca Universidade Católica de Minas Gerais, Minas Gerais, 2010.

(i) **Relações jurídicas para a derivação da norma concreta, em um processo dinâmico:**

(1) R/P

(2) R/V

(3) P/V

(4) $R \wedge P/V$

(5) $R/P/V$

(6) V/V

Nessas formulações racionalizantes, é propiciado conflitos de normas, assim como colisões e construções a-jurídicas.

No Modelo (1), há *regras à razão de princípios*, representada assim pela formulação R/P , em que, como de comum se concebe na ordem normativa, como um *impessoal existencial do Dasein*, as regras seriam auferidas de princípios gerais e abstratos que lhe dariam o fundamento de validade para, em seguida, chegar à regra do caso concreto.

No Modelo (2), há *regras à razão de valores*, em que essa relação é representada pela formulação R/V . Nessa construção, o intérprete e aplicador já inicia a sua transcendência do impessoal, para obter fundamentações mais enraizadas nas concepções socioculturais de valores de modo a somente concretizar a regra do caso concreto ao amparo de algum valor escrito ou não escrito, axiomatizado.

O Modelo (3) reporta à formulação de *princípios à razão de valores*, em que a espécie de norma factível de ponderação, como *mandamento de otimização*, submete-se à racionalização ôntico-ontológica ao amparo de valores jurídico-axiomáticos. Neste contexto, há uma profunda tarefa hermenêutica argumentativa, para a identificação, compreensão e fundamentação, do adequado princípio jurídico e do adequado valor jurídico-axiomático, para a obtenção da regra concreta do caso. Importante reparar que apesar de os princípios serem *otimizáveis* e, destarte, ponderáveis, os valores não o são, e, assim, como mandamentos de fundamentação concretistas de princípios, possuem o condão de afastar a aplicação do princípio como um todo, sem qualquer início de análise de sua possível ponderação.

O mesmo ocorre quanto ao Modelo (4), em que *regras e princípios harmonizados são submetidos à validade à racionalização de valores*, correlação esta complexa e representada pela formulação $R \wedge P/V$. Neste tipo de relação jurídico-normativa, em que uma regra som seus efeitos aos efeitos de um determinado princípio para a produção da norma concreta do

caso, isso ainda deve respeitar o determinado valor jurídico-axiomático regulatório, como mandamento de fundamentação concretista e, em determinados casos, mesmo à vista de regras e princípios concordantes e resultantes de uma regra, v. g., harmonizada com direitos fundamentais, podem ser invalidadas – e também o direito fundamental dessa combinação primária resultante – à vista de um valor jurídico-axiomático contrário.

No Modelo (5), há uma dupla *racionalização submetida à hermenêutica argumentativa*, em que, primeiramente são compreendidos os efeitos jurídicos decorrentes de determinada regra modulada aos efeitos de determinado princípio jurídico, e, esse produto, novamente submetido à hermenêutica argumentativa, para uma racionalização ao amparo de determinado valor jurídico-axiomático originário-legitimador. Todavia, anote-se que esses dois momentos apenas estão assim dispostos, bipartidos, para fins didáticos, pois, pela óptica da hermenêutica argumentativa, essa leitura do fenômeno se dá de forma simultânea, em que o intérprete e aplicador do Direito “compreende” e “fundamenta”, assim como “justifica” essa relação complexa em um único momento, vertendo posteriormente em linguagem jurídico-formal o produto de sua “compreensão” fenomênica do Direito do caso concreto.

No Modelo (6), há *valores à razão de valores*, fenômeno representado pela formulação V/V , em que indica a possibilidade de derivação de alguns valores mais específicos em razão de outros valores mais fundamentais. Cite-se o exemplo do referido valor “inocência”, do qual derivam os valores “inocência humana”, “inocência animal” e, supostamente em uma escala maior, “inocência de tudo o que vive” e o dever de preservação desses valores.

(ii) Relações jurídicas concretas:

Surgem as seguintes possibilidades, todavia já declinando a existência de uma regra concreta:

$$(7) \quad P/R$$

$$(8) \quad V/R$$

$$(9) \quad V/P \wedge R$$

Todos esses Modelos (7), (8) e (9) reduzem o abstrato e relativamente vago a uma regra, o que somente pode indicar a própria regra formulada à luz do caso concreto já examinado.

Nos modelos (8) e (9), mesmo que partindo de nossa premissa de que os valores se submentem ao “tudo ou nada” jurídico, como mandamentos de concreção e, mais ainda, “mandamentos de fundamentação” dos princípios e das regras jurídicas, o raciocínio é inverso, a indicar a chancela legitimadora do valor jurídico-axiomático para a obtenção de uma regra específica, aplicada ao caso concreto.

Com efeito, à vista dessas possíveis interações normativas, indaga-se: *valores, princípios e regras* se encontram em uma relação de *gênero e espécie*? Imperioso sustentar que não, pois essas categorias possuem qualidades distintas e, assim, naturezas também diferenciadas.

Por outro lado, encontram-se elas em uma relação *heideggeriana* de “fundamento” e “antefundamento”; ou de “proposição” ou “anteproposição”, ou ainda, mantendo a exemplificação sinonímica, “de predicativo” e “antepredicativo”, ou mesmo, sob um enfoque cartesiano positivista, de “razão superficial” e “razão objetivamente suficiente”.

O que ora se expõe ainda leva a outra indagação diretamente decorrente: quais são as possíveis distinções *qualitativa* entre *valores, princípios e regras*? Uma primeira percepção diz respeito ao fato de os valores possuírem, como observado alhures, o caráter do “tudo ou nada”, como *mandamento de concreção* em abstrato e, mormente, não escrito, ao passo que os princípios possuírem o caráter da “gradação de concreção”, na teoria de Robert Alexy, como “mandamentos de otimização”.

Para os valores jurídico-axiomáticos, diante de suas características de *mandamentos abstratos e binários de concreção e de fundamentação*, não se admite, por exemplo, quanto ao suposto valor “honestidade”, qualquer norma derivada que determine “seja honesto à luz do caso concreto”; ou “seja honesto se for casuisticamente possível”; ou, ainda, para usar uma variação do exemplo de Ronald Dworkin, no que se pode entender tratar de uma regra derivada do valor *inocência humana*, “não torture bebês por prazer, na medida do concretamente possível, ou de sua capacidade de autocontrole”.

Por outro lado, poder-se-ia sustentar, a partir do exposto, uma oposição a esta tese e afirmar que os valores são, em essência, relativos, dependentes do caso concreto, mormente, por exemplo, à vista das diversas excludentes de ilicitude e de culpabilidade que se verificam na ordem jurídica. Cite-se, *v.g.*, a norma jurídica que justifica o “furto famélico”, que – pelo senso comum e na senda do *impessoal* –, apesar de ser uma conduta “desonesta” à vista de uma formal ofensa à lei, é aceitável pelo ordenamento jurídico, no momento de uma análise contextual, concreta. Assim, bastaria apenas a constatação de uma exceção como esta, para a defesa da relatividade dos valores jurídicos. Seria, assim, factível sustentar que a categoria dos

valores submeter-se-ia a alguma espécie de ponderação, ou legislativa, ou à luz do caso concreto. Todavia, não se há que confundir – como já afirmado – *valores* e *pseudovalores* (*não valores*). Não se há de confundir o valor jurídico com o texto da lei. A ação furtiva de despojar alguém de algum de seus pertences para alimentar o agente, por mais que, à vista de um olhar comum, *impessoal*, pareça uma conduta ofensiva à “honestidade”, não comporta uma classificação desta monta, ou seja, não perfaz uma ofensa ao valor “honestidade”. O motivo que levou o agente à prática da conduta não se enquadra na desonestidade. No exemplo dado, o móvel que leva o sujeito a furtar para saciar a fome não é o seu ímpeto de desonestidade, mas sim a sua necessidade vital e inadiável de alimento. Homens honestos e homens desonestos, muito provavelmente, furtariam alimento para não morrer de fome o que demonstra que a questão passa ao largo do valor em questão.

Sem embargo, a par da necessária distinção entre *valor* e *não valor*, mais uma questão se apresenta: qual é o emprego prático jurídico decorrente dessa *diferença qualitativa* entre valores axiomáticos e princípios? O primeiro viés de importância se dá na concepção de que dois valores materialmente conflitantes não podem coexistir. Deste modo, o “valor axiomático”, o “valor ôntico”, afasta do “jurídico” o “não valor”. E aqui é importante ainda anotar a não aplicação da possibilidade de *cláusula de exceção* como possibilidade factível de eliminação dos conflitos, como se dá para o conflito de regras, que, de acordo com Robert Alexy, pode ser solucionado, ou com a invalidação de uma regra e a manutenção da validade da outra, ou, por uma segunda via, a partir da inserção de uma cláusula que excepcione, à vista de alguns casos específicos, o descumprimento da regra oposta, o que proporciona uma harmonia entre as regras conflitantes, nessas casuísticas de exceção⁶⁴¹.

Para os valores jurídico-axiomáticos a concepção de cláusulas de exceção com o efeito de eliminação de conflito não é possível, devido ao seu caráter fundante, originariamente pré-positivo, que, apesar de certa similitude com as regras jurídicas, estas são de ordem pós-positivas, o que imprimem características qualitativas também distintas. Logo, valores, princípios e regras possuem naturezas qualitativas diferenciadas e que proporcionam efeitos práticos peculiares a cada um deles.

O *valor* repele do mundo jurídico o *não valor* e aqui não faz sentido a crítica de Böckenförde sobre a “teoria axiológica”, quanto ao fato de ela (*i*) não dispor de uma base

⁶⁴¹ Robert Alexy esclarece que “um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduzem uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2008, p. 85-179 e, em especial, p. 92).

racional e discursiva para a construção argumentativa, indispensável à fundamentação jurídica; (ii) e dar ensejo a arbitrariedades por meio de interpretação e aplicação do Direito a partir de opiniões voluntaristas, subjetivamente insindicáveis do intérprete e aplicado do Direito, ao fazer uso de eventuais valores socioculturais⁶⁴², pois ignora o autor a sua base fenomenológica ancorada na verdade ôntico-ontológica coimplicadas em um compreender transcendental do ente em direção ao seu próprio *ser* como desvelamento, aplicada ao Direito e à sua face normativa.

Retomando o exemplo do valor “honestidade” a inferir a norma derivada “seja honesto”, torna-se factível a percepção de um *não valor*, ou seja, uma assertiva contrária ao valor “honestidade” à vista de uma das afirmações exemplificativas fictícias seguintes: (1) “Seja *honesto* com a Coréia do Sul”; e (2) “Seja *desonesto* com a Coréia do Norte”, ou (3) “Seja *honesto* com a Coréia, salvo com a Coréia do Norte”. De plano, é percebida a contradição entre a assertiva (2) e também entre a assertiva (3) – esta contém, ainda, uma suposta cláusula de exceção, todavia, não eficaz – e o valor “honestidade”. Mister inferir tratar-se de um *pseudovalor* que oculta o não valor “desonestidade”.

Disso, não cabe qualquer normatividade para o “seja honesto, com exceção dos casos ‘a’, ‘b’, ‘c’, ou ‘d’”. Por conta desta *contaminação* de um *não valor* inserido por exceção casuística, partindo-se da premissa de que ambas as normas se encontrem previstas no direito positivo, aferir-se-á um *conflito de valores* que deve favorecer o valor positivo e não o valor negativo, o não valor, o *pseudovalor*. É possível falar, desta forma, em *conflito de valores* para os valores escritos, positivados, mas a solução é simples, resolúvel para favorecer o *valor positivo*, alinhado com uma unidade antepredicativa, v.g., de “Bem”, como valor mais originário ao valor “honestidade”.

Os valores jurídico-axiomáticos, assim, não são ponderáveis e, do mesmo modo, não admitem cláusulas de exceção. Tome-se ainda como exemplo o valor “fidelidade”, em que, exemplificativamente, determinado ordenamento jurídico hipotético poderia prever: “seja fiel ao cônjuge enquanto houver amor”; ou “...enquanto houver dinheiro”; ou “...enquanto houver respeito”; ou ainda “...enquanto houver reciprocidade”; estes são exemplos de normas que não possuem uma finalidade de valor jurídico-axiomático positivo.

O que de fato há nesses exemplos são *não valores* que permeiam o direito positivo e, pelo fato de contrariarem o valor “fidelidade”, independentemente de este não se encontrar positivado, mas tão somente deontológico de modo axiomático, perfazem invalidades

⁶⁴² BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Traducción Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Verlagsgesellschaft, 1993, p. 47-60.

sistêmico-normativas. Qualquer valor jurídico-axiomático, e no exemplo dado o valor “honestidade” é um deles, não admite excepcionalidade normativa.

Logo, há de concluir que, ao deixar o campo axiológico e ingressar no campo axiomático, ou seja, adentrar ao plexo contextual jurídico-deontológico, o *valor* perde a sua característica de *valor mesmo*, fundante, a sua natureza de *ser valorável* (passível de ser mensurável em *grau* e *intensidade*), para caracterizar-se como *obrigatório*, *proibido* ou *permitido*; passa a *ente* deôntico; modalizado deonticamente.

O “valor”, em um sentido “gadameriano” e também “heideggeriano”, é linguagem. Não é puro pensamento anterior à linguagem, pois sem a linguagem não há entendimento, compreensão. Sem embargo, é compreensão objetificada, de algo que *é*, e não de algo que *deve ser*; mas, ao ingressar no Direito em forma de *binariedade*⁶⁴³, passa ao plexo de coisas do mundo do *dever-ser*. E se é linguagem, o *valor jurídico-axiomático* – mesmo não escrito – é compartilhado e mantido em comum por determinado grupo social⁶⁴⁴. Assim é, pois já está desde sempre em um mundo compartilhado com o outro: o *Dasein* como *Mitwelt*, referenciado como *ser no mundo com os outros*⁶⁴⁵. O que foi exposto neste ponto da pesquisa pode ser representado pelo fluxograma a seguir e indica a *funcionalidade* dos valores jurídico-axiomáticos no sistema normativo, como espécie de norma jurídica ao lado dos princípios e regras, onde se encontram faticamente dedicados a figurarem como fundamento *binário* destas duas espécies normativas (princípios e regras).

Nesse contexto se revelam o *conteúdo* e o *conceito* da “norma jurídica”, pela óptica *qualitativa tripartida de suas espécies*, em que (i) os valores jurídicos são *mandamentos de concreção* fundantes dos princípios e das regras jurídicas; (ii) os princípios jurídicos, fundamentados em valores precedentes, são *mandamentos de otimização*, submetidos ao peso e à ponderação, nos moldes, *v. g.*, da teoria de Robert Alexy⁶⁴⁶; e (iii) as regras jurídicas são *mandamentos de concreção*, também fundadas em valores precedentes, porém, em alguns casos, em uma relação mais distanciada com os valores, em razão da intermediação de princípios.

⁶⁴³ Ou “bipolaridade”, com se refere Miguel Reale (*cf.* REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 188-189; e _____. REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 67-89).

⁶⁴⁴ LAWN, Chris, *op. cit.*, p. 112-113.

⁶⁴⁵ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica e argumentação no direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014, p. 110. Cumpre anotar que “Mitwelt” não se confunde com “Mitsein”. O primeiro refere-se ao *Dasein* no mundo compartilhado, desde sempre, com os outros, ao passo que o segundo refere-se apenas à presença de um *ente* ao lado dos outros *entes*.

⁶⁴⁶ ALEXY, Robert, *op. cit.*

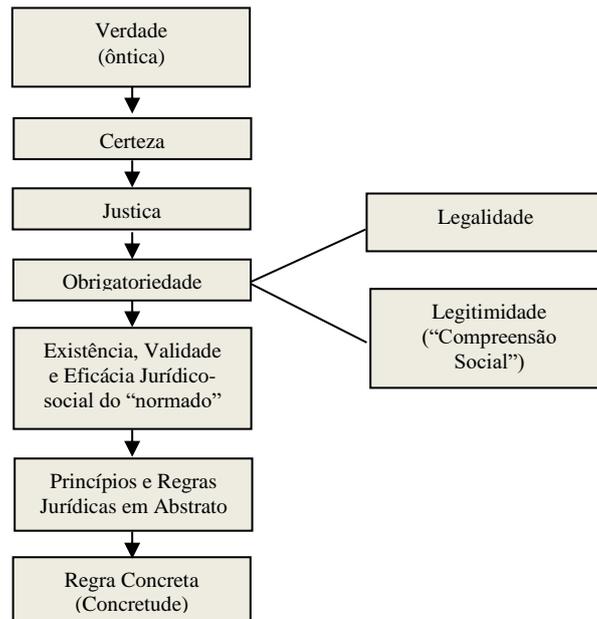
Em uma leitura de fundamentação normativa ascendente, do mais concreto para o mais originário, ou seja, do mais fático ao mais antecedente pressuposto, concebe-se a seguinte estrutura fundamental: *regra concreta* (Rc) à base da compreensão fenomenológica dos *princípios e regras abstratas* ($P \wedge R$), que, por sua vez, firmam-se à base da compreensão fenomenológica dos valores existência, validade e eficácia (Ex, Val, Ef), como expressão da legalidade e da legitimidade normativa do Direito; estes racionalizados à luz da compreensão fenomenológica do valor o “certo” (C) e o “certo” à justiça (J) e a justiça à verdade (V), no caso, a verdade ôntico-ontológica. Com efeito, ilustrativamente, afigura-se: $Rc / P \wedge R / Ex, Val, Ef / C / J / V$.

À vista dessa relação entre normas, a envolver regras, princípios e valores, há uma estrutura hierarquizada de compreensão e de fundamentação, em que os valores não são posicionados aleatoriamente, por exemplo, não envolvem valores estéticos, religiosos, intelectuais, transcendentais, mundanos, econômicos, não abarcam aqui, *v. g.*, todas as espécies referenciadas por Scheler⁶⁴⁷, mas, entretanto, esses valores guardam como o mundo “normado” certa ordem moral e lógica fundante, a dar amparo à estruturação do Direito. Daí a distinção de caráter lógico entre valores, princípios e regras.

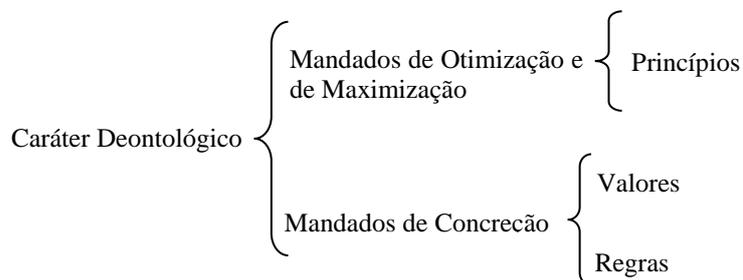
Nisso, não é qualquer valor que é apto a compor o plexo axiomático, embora esteja plenamente alocado no campo axiológico, mas, tão somente, aqueles que, necessariamente, revelam-se estruturantes e fundamentais à normatividade do Direito e se fundamentam na *verdade ôntica* que estende essa qualidade ôntico-ontológica aos valores axiomáticos que compõem a ordem normativa.

Uma estrutura básica de fundamento envolvente de valores, princípios e regras jurídicas pode dar-se a partir do seguinte formato, em que outros valores jurídicos derivados (a exemplo da verdade, da certeza, da obrigatoriedade, legalidade e legitimidade, assim como, os fatores existência validade e eficácia jurídico-social do campo normativo) se inserem a depender do caso concreto:

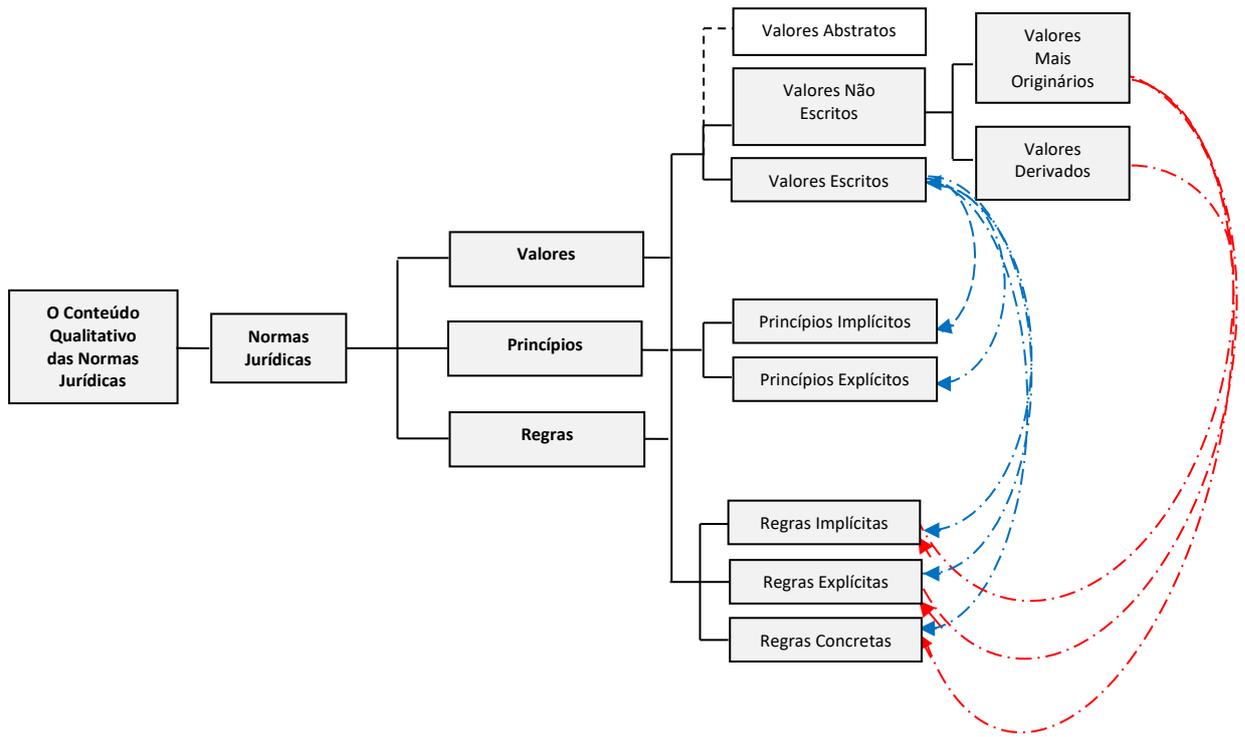
⁶⁴⁷ SCHELER, Max. **Ética**: nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético. Traducción Hilario Rodríguez Sanz. Madrid: Caparrós, 2001, p. 167-172.



Em uma leitura estratificada da norma jurídica, é possível aferir: *mandamentos de concreção (mandamentos definitivos)*, *mandamentos de otimização*, e *mandamentos de concreção (mandamentos definitivos)*, a indicar, a seguinte ordem: *valores, princípios e regras*⁶⁴⁸. Nessa vertente, todos eles teriam caráter deontológico e os princípios ficariam isolados, como mandados de otimização, e os valores e as regras ficariam agrupados, como mandados de concreção. Princípios, valores e regras seriam espécies do gênero norma jurídica, porém distinguíveis as duas últimas espécies (valores e regras) da espécie princípios, em razão do dever de aplicação sob as balizas do *tudo-ou-nada (all-or-nothing-fashion)*, em contraposição à dimensão de peso e à necessidade de aplicação gradual o máximo possível para os princípios jurídicos.



⁶⁴⁸ Importante anotar que não se fala aqui em “graus de abstração” e, conseqüentemente, em *classificação quantitativa* da norma jurídica, mas, tão-somente, *qualitativa* dessa categoria do Direito. Relação de cogeneralidade (distinção quantitativa – distinção fraca: distinção de grau, seja de grau de fundamentalidade, de abstração ou de generalidade). Há, de fato, uma Relação de Especialidade (distinção qualitativa – distinção forte: diferença de *caráter lógico* entre as espécies). Por outro lado, não há de se falar em apenas simples modos distintos de aplicação de enunciados normativos a casos concretos, como se não houvesse distinção, mas sim identidade.



CONCLUSÕES

A tese apresentada, apesar de possuir uma detida *procedimentalização* como critério de correção do Direito, não é uma investida pós-positivista de natureza *procedimentalista*, no estilo, por exemplo, da filosofia de Habermas ou de Alexy. Sequer se trata de qualquer estudo jurídico-filosófico que classificaria nas balizas do procedimentalismo, pois tende nomeadamente ao reconhecimento substancial de *valores axiomáticos, juridicizáveis pelo (i) procedimento e pela (ii) compreensão hermenêutica argumentativa*.

Nisso, também não é, por outro lado, algo *substancialista*, nos moldes, v.g., da filosofia jurídica de Ronald Dworkin, uma vez que, como esclarecido, não se apoia única e exclusivamente na integridade e na coerência discursiva do Direito como parâmetro de sua correção.

Com efeito, a investigação se apresenta como um *tertium genus* a par da tensão entre *procedimentalismo* e *substancialismo*; e, para tanto, valeu-se da *fenomenologia*, da *filosofia hermenêutica* e da *hermenêutica filosófica*, ambas aplicadas ao direito e da concepção de norma jurídica, com a especial atenção, para a *hermenêutica argumentativa*, que se fez o cerne de estudo, para a conciliação entre procedimentalismo e substancialismo, ou mesmo, arisco-me a afirmar, para a superação dessas duas vertentes e do embate que entre elas tem-se operado.

A noção de *ser* lançado no mundo, do *ser-aí*, diante de sua abertura e liberdade para a fundamentação em um específico *existencial* à “compreensão” do *sentido* de “o mesmo”, à vista de um “compreender” que não só compreende, mas também simultaneamente “fundamenta” e “justifica”, nos esteios da *hermenêutica argumentativa*, serviu de aparo à sustentação da possibilidade de inserção de *valores* de modo seguro em um contexto jurídico deôntico.

O *ser-no-mundo* dá-se em um contexto histórico e o compartilhamento e aquisição, transformação e perda de valores neste mesmo contexto se dão no meio sociocultural, todavia, moldados pela fusão de horizontes, na concepção de história efetual, para o compartilhamento de sentidos, a comporem aqui, em um meio fluído, um novo sentido de norma jurídica, cuja essência é aferida, também, pelo reconhecimento de valores abstratos conjuntivos a princípios e regras. E, nessa ordem, a normatividade a fluir de um conteúdo mais vago e abstrato para um conteúdo mais denso e concreto, com vistas, ao final, à obtenção da norma-regra de máxima concretude, qual seja a norma-regra concreta, qual seja, a aplicada ao caso submetido a exame do órgão julgador estatal. Esta é uma visão quantitativa das espécies de normas jurídicas que,

ao meu sentir, varia desde os valores abstratos, perpassa pelos princípios relativamente abstratos e culmina nas regras abstratas, de caráter semântico de tendência fechada, e na regra concreta, esta aplicada ao amparo do caso concreto e específica para ele.

Pela óptica qualitativa, os valores axiológicos possuem uma parcela deôntica, o que denomino de axiomática, e essa parcela passa a compor o campo do direito normativo, do direito contextualizado, o direito contexto, formado pelo direito-texto, como expressão escrita da ordem normativa, e pelo direito extratexto, formado não somente pelo subtexto da legislação escrita, com também pelos valores que deixaram o campo axiológico puro e migraram para o campo axiomático.

Essa migração axiomática, de soma e de perda de valores, dá-se no tempo e no espaço. Não se pode dizer tratarem-se os valores axiomáticos de categoria universal e atemporal; todavia, são perenes, perduráveis, estáveis e duradouros no seio de uma sociedade também culturalmente estável. O real é quem dita o deôntico e o mundo do “ser” conduz à modulação do mundo do “dever-ser”, inclusive do jurídico.

Nos termos em que ora proponho, a norma jurídica passa a ser composta por (i) *valores axiomáticos*, (ii) *princípios* e (iii) *regras*. Os primeiros, em alguns casos, a regularem diretamente o coletivo social e, na maioria dos casos, a servirem de fundamento para a legitimidade e para a validade dos princípios e regras postas pela ordem jurídica. Estas duas últimas espécies de norma devem ser “racionalmente compreendidas” à luz dos valores axiomáticos, sem os quais se tornam desconectadas com o mundo da vida, quedando na ficção jurídica, não correspondente com o verdadeiro – em um sentido ôntico-ontológico – Direito.

O valor axiomático é a essência da pretensão de justiça que almeja o Direito e dele não se pode afastar-se de modo algum e é um contracenso ainda se deferir aos valores axiomáticos o *status* de somente valerem se forem recepcionados por lei escrita. Isto é resquício do mais puro e incipiente positivismo jurídico, não mais comportado no mundo em que se dá em meio a relações pessoais, coletivas e gerais, complexas e hipercomplexas.

Essa visão fenomenológica do Direito se faz inovadora, pois de tudo que se expôs, o que se denota no comum das práticas jurídicas dos Tribunais e da Administração Pública são características decisórias alheias à busca da verdade do fenômeno jurídico. O empreender jurídico-estatal não se deve deter no *impessoal-arbitrário* ao Direito como *ente* que se lhe desvela. Por mais fluido e finito que seja o *Dasein* em suas possibilidades existenciais, a estabilidade da coisa em si se dá na historicidade e na fusão de horizontes. Todavia, o resultado da operacionalização do Direito tem passado ao largo de uma investigação e uso mais detidos

das fontes do Direito que dão ou que podem dar azo a uma decisão *verdadeiramente*, no sentido ôntico⁶⁴⁹, *acertada para o caso concreto*.

A inclusão de valores axiomáticos como espécie do gênero normas jurídicas, em uma distinção qualitativa entre os princípios e as regras, não se faz despicienda, pois retrata o que de fato é, o que de fato ocorre no mundo jurídico, e isso não pode ser ignorado pelos operadores do Direito, sob pena de obrarem em distorções injustas na tarefa de decisão jurídica e, sem embargo, sob pena de obstarem outras análises a partir desta premissa que possam levar ao avanço da teoria hermenêutica. Se decisões jurídicas são acertadas ou aceitáveis ao largo da fenomenologia do Direito e ao largo desta concepção tripartida da norma jurídica, isso não é indicativo da desnecessidade de se estudar o fenômeno jurídico conforme ele realmente se apresenta em suas linhas endógenas. Os acertos das decisões jurídicas afastados de uma detida análise fenomenológica do direito e de sua natureza realmente normativa apenas indica obra do acaso e isso se infere também da grande quantidade de decisões que não atendem a realidade sociocultural, não em um sentido de contrafacticidade, mas em um viés de falta de harmonização entre o *dever-ser* e o *ser*.

Não se fala aqui de uso correto de regras e ou de princípios jurídicos, por ventura, uns mais outros menos, adequados ao que se apresenta ao amparo do caso concreto, sob o manto epistemológico de um idealismo metódico cartesiano, ou de uma dicotomia entre realismo e idealismo. Buscou-se sim uma investida ao fundo do que se apresenta como Direito e sua camada fundante, compreendidos como direito-texto e subtexto, ao ponto de se adentrar no contexto do sistema jurídico vigente, deôntico, como um *subtexto fenomênico* que se ora mostra ao intérprete.

Fez-se importante apontar algumas recentes características das decisões *jurídicas* brasileiras, parlamentares e jurisdicionais e administrativos, dedicadas à criação de leis gerais e abstratas e de regras concretas, por meio da decisão jurídica.

O que de comum se aferiu foi o fato de que, para a criação de leis gerais e abstratas, o parlamento vale-se de qualquer tipo de valor, seja ele *axiológico* ou *axiomático*, assim como, *econômico*, *financeiro*, *corporativista*, *consequencialista*, *simbólico*, *moral-teológico*, *programático*, etc. Para a criação de regras concretas oriundas de decisões jurídicas, judiciais

⁶⁴⁹ Cf. CUNHA, Ricardos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica e argumentação no direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014; MORENTE, Manuel García. **Fundamentos de filosofia 1**: lições preliminares. Tradução e Prólogo de Guillermo de la Cruz Coronado. São Paulo: Mestre Jou, 1980; GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Fenomenologia e direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; PUERTO, Manuel Jesús Rodríguez. **Interpretación, derecho, ideología**: la aportación de La hermenéutica jurídica. Granada: Comares, 2011; e FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer**. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1993.

ou administrativas, os intérpretes e aplicadores do Direito apenas se utilizam da dogmática positivista, e, quando muito, aplicam valores ao alvedrio da axiologia deontológica firmada na fenomenologia do Direito, na media em que ignoram os *valores axiomáticos do coletivo social*, compartilhado como *compreensão do fenômeno normativo-jurídico* de cumprimento obrigatório, historicizados em fusões de horizonte. Por outro lado, dão-se ao subjetivismo, para a aplicação de valores voluntaristas, discricionários, consequencialistas ou realistas, v.g., de cunho econômico.

N prática constata-se o isolamento dos planos decisional legislativo (de caráter especulativo axiológico e axiomático) e decisional jurídico (de caráter também especulativo pseudodogmático, com incursões voluntaristas axiológicas).

Não que seja devido o posicionamento de modo favorável ou contrário à criação de leis pela atividade jurídica julgadora estatal, no que tange à tarefa de obtenção da regra concreta, com um caráter inovador e ativista, o que se daria para além de uma mirada reflexiva do ôntico-ontológico e histórico efetual, inspirador do legislador – isso, de fato, já se fez uma premissa da pesquisa; mas, também, por outro lado, não se há de aceitar o dogmatismo jurídico-positivista puro, guardado sob o manto conservadorista de preservação de uma suposta *segurança jurídica*, quando se percebe que disso tudo surge um efeito contrário de insegurança mesma, instabilidade esta incidente no âmago do “jurídico”, como insegurança jurídica em sentido estrito do termo.

Como visto, o positivismo jurídico e a sua busca pela precisão científicista (pretensão herdada do positivismo científico-filosófico) por meio de leis escritas e rígidas, com pretensões universalistas de oniciência e onipresença normativas, para a regulação de todo o universo das relações intersubjetivas, quedam por reduzir o mundo vivido dos fenômenos jurídicos a moldes inertes, inflexíveis e, mesmo, artificiais e “matematizados”, ou vertidos em formulações pseudoabrangentes do caso concreto. Esses fatores dão azo a distorções de justiça e do próprio Direito, visto por sua óptica endógena, ou seja, do direito positivo pelo próprio direito positivo, como se apontam no suposto *giro decisionista* de Hans Kelsen.

A *inércia* e a *inflexibilidade* do direito-texto, por meio de lei escrita e rígida, não representa a estabilidade do Direito, mas sim, justamente, a sua instabilidade, no que respeita a previsibilidade para o desfecho das decisões estatais afetas as relações intersubjetivas.

Isso demonstra, mais uma vez e por outros meios, que *Direito* não se confunde com *lei*; são institutos distintos. Nada garante e a prática jurídica fornece esse exemplo. Nada garante que a estabilidade e a rigidez das leis escritas levarão à estabilidade e à rigidez do Direito. O que se vê é justamente o contrário. O positivismo jurídico, e a “Teoria Pura do Direito” de

Kelsen é um bom exemplo disso, na medida em que trouxe *insegurança jurídica*, com uma *abertura discricionária*, de certo modo, perigosa ao escopo do Direito como regulador de um contexto social que é fluido, evolutivo-dinâmico e histórico.

Com efeito, fez-se importante pesquisar neste ponto a inicial relação entre os planos (a) ontológico, ôntico, axiológico, axiomático para a *decisional legislativo*; e (b) dogmático para a *decisional jurídico*, para a compreensão da fenomenologia do direito e, em especial, da norma jurídica, para um início de debate sobre a importância dos valores juridicizados, para a evolução da hermenêutica e do Direito.

REFERÊNCIAS

- ADAM, Karl. **Glauben und Glaubenswissenschaft im Katholizismus**: Vorträge u. Aufsätze. Text der 2. Aufl. Rottenburg: Bader'sche Verlagsbuchhandlung, 1923.
- ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ALBORNOZ, Antonio Ortega Carrillo de. **Derecho privado romano**. Málaga: Ediciones Del Genal, 2010.
- ALBUQUERQUE JÚNIOR, Raimundo Parente de. **Juridicidade *contra legem* no processo administrativo**: limites à possibilidade à luz dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Porto Alegre: livraria dos Advogados Editora, 2010.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002
- _____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2008.
- ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **A ciência jurídica administrativa**. Coimbra: Almedina, 2013.
- _____. **A teoria do acto e da justiça administrativa**: o novo contrato natural. Coimbra: Almedina, 2015.
- AQUINO, São Tomás de. **O ente e a essência**. Tradução Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.
- _____. **O ente e a essência**: de ente et essentia. Porto: Imago Mundi, 2013.
- _____. **Verdade e conhecimento**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.
- _____. **A prudência**: a virtude da decisão certa. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.
- ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *In: Direito, Estado e Sociedade*, n.38 p. 6 a 50 jan/jun 2011.
- ATENCIA, J. M. Positivismo y neopositivismo. **Anales del Seminario de Metafísica**. Nº 25-1991/143-154. Madrid: Ed. Universidad Complutense, 2005.
- ATIENZA, Manuel. **Tras la justicia**. Barcelona: Ariel Derecho, 2012.
- ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Sobre princípios e regras. **Revista Eletrônica de Direito Panóptica**, p. 49-67, 2009.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo mundial: en busca de la seguridad perdida**. Barcelona: 2008.

_____. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BENESSIANO, William. **Légalité pénale et droits fondamentaux**. Marseille: Universitaires D'aix-Marseille, 2011.

BERGEL, Jean-Louis. **Théorie générale du droit**. Paris: Dalloz, 2003.

BERGSON, Henri. **Introducción a la metafísica**. 2. ed. Salamanca: Siglo Veinte, 1973.

_____. **Ensayo sobre los datos inmediatos de la conciencia**. 2. ed. Salamanca: Sigueme, 1999.

_____. **Matéria e memória**. Ensaio sobre a redação do corpo com o espírito. 4.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Locke e o direito natural**. 2. ed. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

_____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Editora Ícone, 2006.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2014.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2014.

BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Traducción Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Verlagsgesellschaft, 1993.

BRAIBANT, Guy et al. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 19. ed. Paris: Dallos, 2013.

BRASIL JR., Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. **Coleção Atlas de Processo Civil**. Carlos Alberto Carmona (Coord.). São Paulo: Atlas, 2007.

BYDLINSKI, Franz. *Über die Lex-lata-Grenze der Rechtsfindung*. In KOLLER, Ingo; HAGER, Johannes; JUNKER, Michael; SINGER, Reinhard; NEUNER, Jörg (Hrsg.). **Einheit**

und Folgerichtigkeit im Juristischen Denken – Symposion zu Ehren von Herrn Dr. Dr. h.c. mult. Claus Wilhelm Canaris. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1998.

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo.** 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1951.

_____. **Manual de direito administrativo.** Primeira edição brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1970. t. I.

_____. **Princípios fundamentais do direito administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. **Direito constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. I.

_____. **Manual de direito administrativo.** 10. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CÂMARA, Jorge Luis Fortes Pinheiro da. *Técnica, direito e crise de legitimidade.* In: **Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito**, Rio de Janeiro, v.1, n.2, p.41-64, out.2008/mar.2009.

CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos.** Madrid: Trotta, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Direito tributário.** Fundamentos jurídicos da incidência. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHO, Vinícius Soares. *Análise econômica do direito e sua problemática constitucional.* In: **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, 73-98, (2015).

CASANOVA, Marco Antonio. **Compreender Heidegger.** 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 34-35.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Os “Elementos do Direito Natural” de Vicente Ferrer Neto Paiva.* In **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.** 52, 1976, p. 309-315

_____. *A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido (diálogo com Kelsen).* In **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.** 2, 1979.

_____. *Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz”, ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito.* In **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.** 74, 1998, p. 1-44.

CAVALCANTE, Themistocles Brandão. **Curso de direito administrativo.** Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961.

_____. **Tratado de direito administrativo.** 5. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1964. v. IV.

_____. **Tratado de direito administrativo.** Suplemento. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1964.

CHAINAIS, Cécile; FENOUILLET, Dominique; GUERLIN, Gaëtan. **Les sanctions en droit contemporain**: la sanction, entre technique et politique. Vol 1. Paris: Dallos, 2012.

_____. **Les sanctions en droit contemporain**: la motivation des sanctions prononcées en justice. Vol 2. Paris: Dallos, 2013.

CHALMERS, Alan. **A fabricação da ciência**. São Paulo: UNESP.

CHICOSKI, Davi. *A legalidade administrativa e a crise do positivismo jurídico*. **Revista Digital de Direito Administrativo**. Vol. 3, n. 1, p. 133-149, 2016.

CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. *Argumento consequencialista no direito*. In: **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL**. V. 6, N. 3 (2015)

COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica**: fragmentos. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *A questão hermenêutica no direito das gentes*. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 2, 2016, p. 581-593.

COSSIO, Carlos. **La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

_____. **El derecho en el derecho judicial**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967.

COSTA, José Armando da. **Teoria e prática do processo administrativo disciplinar**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

_____. **Incidência aparente de infrações disciplinares**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. **Direito disciplinar**: temas substantivos e processuais. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. **Direito administrativo disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

_____. **Processo administrativo disciplinar**. Teoria e prática. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Acasos ente cabrestos e desembestos**. São Paulo: Livro Novo, 2011.

CRESPO, Mariano. *Fenomenología y filosofía del derecho*. In: **Pensamiento**, vol. 72 (2016), núm. 274, p. 1247-1261.

CRETELLA JUNIOR, José. **Direito administrativo do Brasil**: processo administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962.

_____. **Tratado de direito administrativo**: teoria do direito administrativo. Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano Vitoriano. **Hermenêutica e argumentação**: um possível encontro à luz do paradigma ontológico. 2010, 324 fl. Tese (Doutorado em Direito) –

Programa de Pós-graduação em Direito, Pontífica Universidade Católica de Minas Gerais, Minas Gerais, 2010.

- _____. **Segurança jurídica e crise no direito**. 1. ed. Belo horizonte: Arraes Editores, 2011.
- _____. *Técnica, liberdade e direito*. In: **Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito**, Rio de Janeiro, v.4, n.1, p.49-63, abr./set.2011.
- _____. *Fenomenologia e ciências naturais: a origem comum dos pensamentos de Husserl e Heidegger*. In: **Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito**, Rio de Janeiro, v.5, n.2, p.77-96, out.2012/mar.2013.
- _____. *Fenomenologia e ciências naturais: a origem comum dos pensamentos de Husserl e Heidegger*. In: **Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito**, Rio de Janeiro, v.5, n.2, p.77-96, out.2012/mar.2013.
- _____. **Hermenêutica e argumentação no direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014.
- _____. **Ética e decisão judicial: o papel da prudência na concretização do direito**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2015.
- _____. O papel da verdade na fundamentação dos direitos humanos. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 16, n. 1, p. 47-60, jan./jun. 2015.
- DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **Mil platos: capitalismo e esquizofrenia**. V. 1. Tradução de Aurélio Guerra Neto e Célia Pinto Costa. Rio de Janeiro: Editora 34, 2010.
- DELGADO, José Augusto. *A evolução conceitual dos direitos fundamentais e a democracia*. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, vol. 5, p. 11-31, Jan, / 2000, **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, vol. 1, p. 521-42, Ago, 2011.
- DELMAS-MARTY, Mireille. **A imprecisão do direito**. Barueri: Manole Editora, 2005.
- DESCARTES, René. **Discours de la méthode: por bien conduire as raison, et chercher la vérité dans lês sciences**. Collection Librio n. 299. Paris: J'ai lu, 2001.
- DETIENE, Marcel. **Mestres da verdade na Grécia arcaica**. Tradução de Inove C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- DEZAN, Sandro Lúcio. **Administração pública & políticas de meio ambiente: o princípio da precaução ambiental e uma proposta de teoria geral da decisão administrativa**. Curitiba: Juruá, 2014.
- DILTHEY, Wilhelm. **Teoria de las concepciones del mundo**. Textos anotados. Madrid: Revista de Occidente, 1944.
- _____. **Introducción a las ciencias del espíritu** – Prólogo de José Ortega y Gasset. Madrid: Alianza Universidad, 1986.
- _____. **Sistema da ética**. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1994.
- _____. **A construção do mundo histórico nas ciências humanas**. São Paulo: UNESP, 2010.

- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- DORD, Olivier. **Droit de la fonction publique**. 2. ed. Paris: Thémis droit – Puf, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- _____. **Uma questão de princípios**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. **O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- _____. **Justiça para ouriços**. Lisboa: Almedina, 2012.
- ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. Vol. I. 16 ed. Madrid: Civitas, 2013.
- _____. **Curso de derecho administrativo**. Vol. II. 13 ed. Madrid: Civitas, 2013.
- ENTERRÍA, Eduardo García. **Hacia una nueva justicia administrativa**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1992.
- _____. **Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho**. Madrid: Editorial Civitas, 1996.
- ESSER, Josef. **Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgrundlagen richterlicher entscheidungspraxis**. Frankfurt am Main: Athenäum Ficher, 1972.
- _____. **Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto**. Traduzione di Salvatore Patti; Giuseppe Zaccaria. Napoli: Universitas Camerinensis, 1983.
- EVANGELISTA, Fermín Camacho. **Derecho público romano**. Granada: Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 2005.
- FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer**. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1993.
- _____. **El debate filosófico sobre hermenéutica jurídica**. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1995.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: editora Atlas, 2010.
- FICHTE, Johann Gottlieb. **Fundamento do direito natural: segundo os princípios da doutrina da ciência**. Tradução e notas de José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*. **I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia**. Napoli: Liguori, 1986.

- _____. **Constituição:** de la antigüedad a nuestros días. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: editorial Trotta, 2001.
- FONTES, André R. C. *Do empirismo jurídico à fenomenologia do direito*. In: **Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito**, Rio de Janeiro, v.5, n.2, p.1-125, out.2012/mar.2013.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Comentários à reforma administrativa federal**. São Paulo: Saraiva, 1983
- FREITAS, Juarez. Hermenêutica e desvios cognitivos. In: **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 13, p. 277-308, jan./jun. 2013.
- GADAMER, Hans-Georg. **Elogio da teoria**. Lisboa: Edições 70, 1983.
- _____. **Wahrheit und Methode:** Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. 6. ed. Gesammelte Werke, Bd. 1. Tübingen: Mohr Siebeck, 1990.
- _____. **O problema da consciência histórica**. Rio de Janeiro: FGV, 1998.
- _____. **Quem sou eu, quem és tu?** Rio de Janeiro: edUERJ, 2005.
- _____. **A ideia do bem entre Platão e Aristóteles**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- _____. **Hegel, Husserl, Heidegger**. Petrópolis: Vozes, 2012.
- _____. **Hermenêutica em retrospectiva**. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.
- _____. **Verdade e método**. Vol. I. Petrópolis: Vozes, 2014.
- _____. **Verdade e método**. Vol. II. Petrópolis: Vozes, 2014.
- GARCÍA FIGUEROA, A. *El paradigma jurídico del neoconstitucionalismo. Un análisis metateórico y una propuesta de desarrollo*. GARCÍA FIGUEROA, A. (Coord.). In: **Racionalidad y Derecho**. Madrid: CEPC, 2006, p. 265-28.
- GARCÍA, Mariana Chu. *La objetividad de los valores en Husserl y Scheler. Una “disputa fenomenológica”*. In: **Investigaciones Fenomenológicas**, p. 279-293, vol. Monográfico 4/II (2013): Razón y Vida.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao realismo jurídico norte-americano**. 1. ed. Brasília: Edição do Autor, 2013.
- GOYARD-FABRE, Simone. **Filosofia crítica e razão jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- GUASTINI, Ricardo. **Distinguendo:** estudos de teoría y metateoría del derecho. Barcelona: Gedisa, 1999.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Subsídios para uma crítica fenomenológica ao formalismo da ciência dogmático-jurídica*. In: **Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito**, Rio de Janeiro, v.1, n.1, p.43-54, abr./set. 2008.

GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **O tema da consciência na filosofia brasileira**. São Paulo: Convívio, 1982.

_____. *Para uma eidética do direito*. **Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito**, Rio de Janeiro, v.1, n.1, p.1-100, abr./set. 2008.

_____. **Fenomenologia e direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Lições de fenomenologia jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GUIMARÃES, Mariângela Areal. *Husserl, Heidegger e a fenomenologia*. **Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito**, Rio de Janeiro, v.8, n.2, p.1-158, out.2015/mar.2016.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Tradução de Claudio Molz. Introdução à edição brasileira de Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004.

HAARSCHER, Guy. **Filosofia dos direitos do homem**. Tradução Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e moral**. Lisboa: Instituto Piaget, 1992.

_____. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I, Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. II, Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HAURIOU, André. **A utilização em direito administrativo das regras e princípios do direito privado**. Tradução de Paulo da Mata Machado. *Revista de Direito Administrativo*. Fundação Getúlio Vargas – FGV, 1945. f. I. fasc. 2.

HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif et de droit public**. Paris: Recueil Sirey, 1933.

_____. **Précis de droit administratif et droit public**. Paris: Éditions Dalloz, 2002.

_____. **La gestion administrative: etude théorique de droit administratif**. Paris: Éditions Dalloz, 2010.

_____. **Principes de droit public**. Paris: Éditions Dalloz, 2010.

HEIDEGGER, Martin. **Da experiência do pensar**. Porto Alegre: Globo, 1969.

_____. **Vier seminare**. Frankfurt: Vottorio Klostermann, 1977.

_____. **A determinação do ser do ente segundo Leibniz**. Tradução Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

- _____. **A essência do fundamento.** Lisboa: Edições 70, 1988.
- _____. **Carta sobre o humanismo.** São Paulo: Moraes, 1991.
- _____. **El ser y el tiempo.** Traducción José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.
- _____. **O princípio do fundamento.** Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- _____. **Ser e tempo.** 12. ed.. Trad. Márcia de Sá Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 2002.
- _____. **Caminho da linguagem.** 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.
- HEISENBERG, Wener. **Física e filosofia.** 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1987.
- HERÁCLITO. **Fragmentsin: Heraclitus: the cosmic fragments.** Cambridge: Cambridge University Press, 1978.
- HESSEN, Johannes. **Filosofia dos valores.** 3. ed. Coimbra: Armenio Amado Editores, 1967.
- _____. **Tratado de filosofia.** Buenos Aires: Sudamericana, 1970.
- _____. **Filosofia dos valores.** Trad. E Pref. L. Cabral Moncada. Coimbra: Almedina, 2001.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã.** São Paulo: Martin Claret, 2006.
- HUME, David. **Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral.** Tradução de José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: UNESP, 2000.
- HUSSERL, Edmund. **Investigações lógicas: sexta investigação.** Trad. Zeliko Loparic e Andréia. M. A. de C. Loparic. São Paulo: Abril, 1975.
- _____. **Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendente Phänomenologie: Eine Einleitung in die phänomenologische Philosophie.** The Hague: Martinus Nijhoff, 1976.
- _____. **A ideia de fenomenologia.** Tradução Arthur Mourão. Coleção Textos Filosóficos. Lisboa: Edições 70, 2007.
- _____. **A crise da humanidade europeia e a filosofia.** Covilhã: LusoSofia, 2008.
- JASPERS, Karl. **Introdução ao pensamento filosófico.** São Paulo: Ultrix, 1976.
- _____. **Los grandes filósofos: los metafísicos que pensaron desde el origen: Anaximandro, Heráclito, Parménides, Plotino, Anselmo, Spinoza, Lao-tse, Nagarjuna.** Traducción de Elisa Lucena. Madrid: Tecnus, 1998.
- JOÃO 8:32, *in*: BÍBLIA, Português. **A Bíblia Sagrada:** Antigo e Novo Testamento. Tradução de João Ferreira de Almeida. Edição rev. e atualizada no Brasil. Brasília: Sociedade Bíblia do Brasil, 1969.

JOUEN, François; PUIGELIER, Catherine; TIJUS, Charles. **Décision et prise de décision: droit et cognition**. Collection Sciences cognitive & Droit. Paris: Mare & Martin, 2017.

KANT, Immanuel. **Critique de la raison pratique**. Paris: Collection Folio-Essais, Gallimard, 1985.

_____. **Crítica da razão pura**. 8. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2013.

KAUFMANN, Arthur. **Hermenéutica y derecho**. Granada: Comares, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **A justiça e o direito natural**. Tradução de João Batista Machado. Coimbra: Almedina, 2009.

LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. Tradução Hélio Magri Filho. Petrópolis: Vozes, 2007.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **A monadologia**. Tradução de Luís João Baraúna. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 2000.

_____. **Entre nós: ensaios sobre a alteridade**. Tradução de Pergentino Stefano Pivatto (coord.), Evaldo Antônio Kuiava, José Nedel, Luiz Pedro Wagner e Marcelo Luiz Pelizolli. Petrópolis: Vozes, 2009.

LLOBREGAT, José Garberí. **Derecho administrativo sancionador práctico**. Vol. I, Barcelona: Editorial Bosch, 2012.

_____. **Derecho administrativo sancionador práctico**. Vol. II, Barcelona: Editorial Bosch, 2012.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LUCAS 24:5b, *in*: BÍBLIA, Português. **A Bíblia Sagrada: Antigo e Novo Testamento**. Tradução de João Ferreira de Almeida. Edição rev. e atualizada no Brasil. Brasília: Sociedade Bíblia do Brasil, 1969.

LUIZI, Luiz. *Direitos humanos - repercussões penais*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 21, p. 75-79, Jan / 1998.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 2012.

MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Clarendon Press, 1978.

_____. **Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

_____. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Practical reason in law and morality**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

- _____. **Retórica e o estado de direito.** Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MAFFETTONE, Sebastiano; VECA, Salvatore. **A ideia de justiça de Platão a Rawls.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MATEUS 8:22, *in*: BÍBLIA, Português. **A Bíblia Sagrada:** Antigo e Novo Testamento. Tradução de João Ferreira de Almeida. Edição rev. e atualizada no Brasil. Brasília: Sociedade Bíblia do Brasil, 1969.
- MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral.** Tradução de Luiz Afonso Heck. 14. ed. São Paulo: Manole, 2006.
- MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán:** Tomo I. Parte Geral. Tradução de Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. **Grandes temas de direito administrativo.** 1. ed., 2. t. São Paulo Malheiros, 2010.
- MELO, Iago dos Santos Moura; ROCHA, Ricardo Afonso. *Interpretação fenomenológica da noção de valor na teoria tridimensional do direito de Miguel Reale.* *In*: **Revista de Direito da Universidade Federal de Viçosa**, p. 51-94, v. 8, n. 2 (2016).
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição portuguesa anotada.** Tomo III. Coimbra: Coimbra, 2007.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. **A relação jurídica administrativa:** para um novo paradigma de compreensão da atividade, da organização e do contencioso administrativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O Espírito das leis.** São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- MORENTE, Manuel García. **Fundamentos de filosofia 1:** lições preliminares. Tradução e Prólogo de Guillermo de la Cruz Coronado. São Paulo: Mestre Jou, 1980.
- MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo.** Tradução de Eliane Lisboa. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2015.
- MORÓN, Miguel Sánchez. **Derecho de la función pública.** 8. ed. Madrid: Tecnos, 2014.
- NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador.** 5. ed. Madrid: Tecnos, 2012.
- NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Sobre verdade e mentira no sentido extra-moral.* *In* **Obras incompletas.** Tradução Rubens R. Torres Filho. 2. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

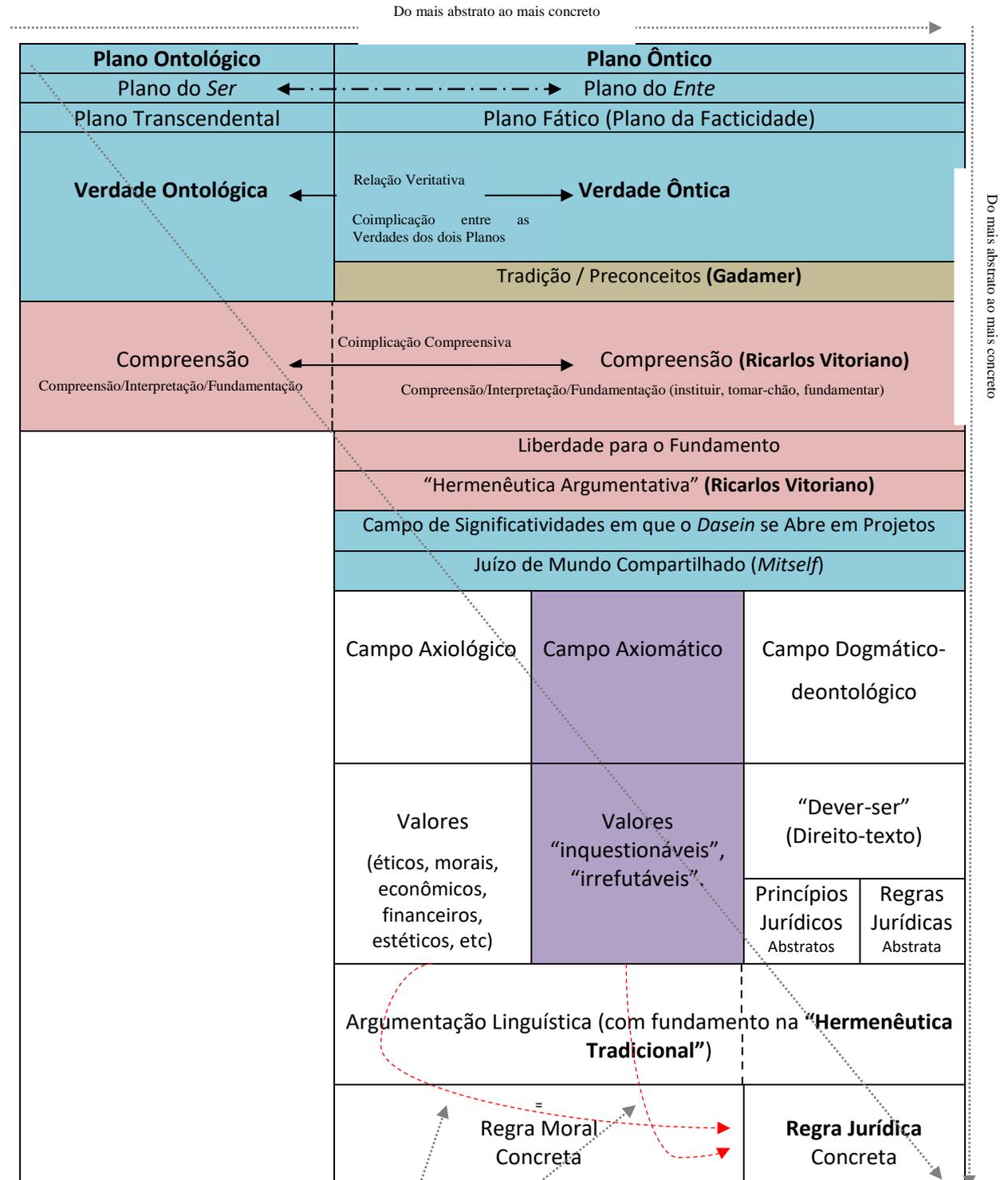
- OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2011.
- PAIVA, Marcio Antônio de; CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. A Constituição sob o fio condutor da ontologia fundamental. ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2008, Salvador, **Anais Hermenêutica e Filosofia do Direito do Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**, p. 3645-3664.
- PARMÊNIDES / PLATÃO. **Texto estabelecido e anotado por John Burnet**. Tradução Maura Iglésia e Fernando Rodrigues. 2. ed. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2005.
- PFERSMANN, Otto at all. **Qui fait la loi?** Le juge et la démocratie. Paris: Puf, 2010.
- PFERSMANN, Otto; TIMSIT, Gérard. **Raisonnement juridique et interprétation**. Paris: Publicatins de la Sorbone, 2001.
- PICARD, Edmond. **Direito puro**. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.
- PLATÃO. **A república**. Tradução J. Guinsburg. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1965.
- _____. **Timeu - Crítias**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2010.
- _____. **A república**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012.
- POPPER, Karl R. **conhecimento objetivo**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1975.
- _____. Na lógica da pesquisa científica São Paulo: CULTRIX, 2002.
- _____. **O mito do contexto**. Lisboa: Edições 70, 2009.
- _____. **Dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento**. São Paulo: UNESP, 2013.
- POPPER, Karl R; ECCLES, John C. **O eu e o cérebro**. Tradução: Sílvio Meneses Garcia, Helena Cristina Fontenelle Arantes e Aurélio Ormas Cardoso de Oliveira. Brasília: Universidade de Brasília, 1991.
- _____. **O cérebro e o pensamento**. Tradução: Sílvio Meneses Garcia, Helena Cristina Fontenelle Arantes e Aurélio Ormas Cardoso de Oliveira. Brasília: Universidade de Brasília, 1992.
- PUERTO, Manuel Jesús Rodríguez. **Interpretación, derecho, ideología**: la aportación de La hermenéutica jurídica. Granada: Comares, 2011.
- QUINTÁS, Afonso López. **O conhecimento dos valores**: introdução metodológica. Tradução Gabriel Perissé. 1. ed. São Paulo: É realizações, 2016.
- RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la ciencia del derecho**. Traducción de Luis Recanes Siches. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1930.
- RAMOS, Elival Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

- RAÚJO, Edmir Netto de. **O ilícito administrativo e seu processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- REALE, Miguel. **Estudos de filosofia e ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1978.
- _____. **Teoria tridimensional do direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- _____. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- RESWEBER, Jean-Paul. **A filosofia dos valores**. Lisboa: Almedina, 2002.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.
- ROUANET, Sergio Pulo. **As razões do iluminismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social : princípios do direito político**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- SANDULLI, Aldo M. **Manuale di diritto amministrativo**. Vol. 1, XV Edizione. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Joveni, 1989.
- _____. **Manuale di diritto amministrativo**. Vol. 2, XV Edizione. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Joveni, 1989.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SCHELEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica: arte e técnica da interpretação**. 10. ed. Tradução Celso Reini Braidá. Petrópolis: Vozes, 2015.
- SCHELER, Max. **Vom Ewigen im Menschen**. Text der 3. Aufl. Berlin: Berlin Der Neue Geist 1933.
- _____. **Visão filosófica de mundo**. São Paulo: Perspectiva, 1986.
- _____. **Da reviravolta dos valores**. Petrópolis, Vozes, 1994.
- _____. **Ética: nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético**. Traducción Hilario Rodríguez Sanz. Madrid: Caparrós, 2001.
- SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *in*: **Revista de Direito Administrativo – RDA (Atlas)**, 130-158, Vol. 248 (2008).
- SEABRA FAGUNDES, Miguel. *Voto relator na apelação cível n.º 1.422*. *In* **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 14. São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 1948.
- SEIJO, Cristina. *Los valores desde las principales teorías axiológicas: cualidades apriorísticas e independientes de las cosas y los actos humanos*. **Economía**, XXXIV, 28 (julio-diciembre, 2009).

- SHERMAN, Chrusden Y. **Administración de personal**. México: Compañía Continental, 1965.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Vol. I. 9. ed. Rio de Janeiro: 1986.
- _____. **Vocabulário jurídico**. Vol. II. 9. ed. Rio de Janeiro: 1986.
- SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 2003.
- SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Regras princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas*. In: **Revista Direito Mackenzie**, v.5, n. 1, p. 203-218, 2001.
- SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de direito penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1947. t. I.
- STEIN, Ernildo. **Instauração do sentido**: Reflexão e interpretação do discurso (literário). Porto Alegre: Movimento, 1977.
- _____. **Racionalidade e existência**: uma introdução à filosofia. São Paulo: L&PM, 1988.
- _____. **Seis estudos sobre “Ser e Tempo” (Martin Heidegger)**. Petrópolis: Vozes, 1988.
- _____. **Exercícios de fenomenologia**. Limites de um paradigma. Ijuí: Unijuí, 2004.
- _____. **Mundo vivido**: das vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.
- STENGERS, Isabelle. **As políticas da razão**: dimensão social e autonomia da ciência. Lisboa: Edições 70, 1993.
- STRAUSS, Leo. **Direito natural e história**. Lisboa: Edições 70, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- _____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização de direitos fundamentais-sociais no Brasil*. **Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 8. N. 2. P. 257-301, maio/ago. 2003.
- _____. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à aplicabilidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- _____. Os Dilemas da Representação Política: O Estado Constitucional entre a Democracia e o Presidencialismo de Coalizão. In **Direito, Estado e Sociedade** n.44 p. 83-101 jan/jun 2014.
- _____. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- TORRINHA, Francisco. **Dicionário latino português**. Porto: Práticas Reunidas Lda., 1942.

- VAROTO, Renato Luiz Mello. **Prescrição no processo administrativo disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- VASAK, Karel, **Las dimensiones internacionales de los derechos humanos**. Vols. I, II e III. Barcelona: Serbal/Unesco, 1984).
- VAZ, Henrique C. de Lima. **Escritos de filosofia V: introdução à filosofia 2**. Belo Horizonte: Loyola, 2000.
- VENTURI, Thaís G. Pascoaloto, A análise consequencialista no processo de tomada das decisões judiciais a partir da obra de Ricardo L. Lorenzetti, *In: RIDB*, p. 4353-4375, Ano 1 (2012), nº 7.
- VICO, Giambattista. **Ciencia nova**. Tradução de José Vaz de Carvalho. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **A justiça administrativa**. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- _____. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. **Escritos jurídicos e filosóficos**. Vol. I, São Paulo: AXIS MVNDI IBEST, 2003.
- _____. **Escritos jurídicos e filosóficos**. Vol. II, São Paulo: AXIS MVNDI IBEST, 2003.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1994.
- _____. **Da certeza**. Introdução de Sérgio Miranda. Lisboa: Edições 70, 2012.
- _____. **Investigações filosóficas**. 6. ed. Tradução e Prefácio M. S. Lourenço. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2015.
- _____. **Tratado lógico-filosófico**. 6. ed. Tradução e Prefácio M. S. Lourenço. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2015.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução aos fundamentos de uma teoria dos “novos direitos”*. **Revista Jurídica**, Curitiba: Unicuritiba, v. 2, n. 31, p. 121-148, 2013.
- WOLZOGEN, Christoph Von. *Nicht Leben oder Welt, sondern Dasein: Heidegger – Alter Frangen, neue Quellen, in Franckfurter Allgemeiner Zeitung*, n. 258.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Teoria del delito**. Buenos Aires: Ediar, 1973.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **La ley y su justicia: tres capítulos de justicia constitucional**. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

ANEXO I – TABELA SOBRE A RELAÇÃO ENTRE OS PLANOS ONTOLÓGICO, ÔNTICO, AXIOLÓGICO, AXIOMÁTICO (A) DECISIONAL LEGISLATIVO; E DOGMÁTICO (B) DECISIONAL JURÍDICO



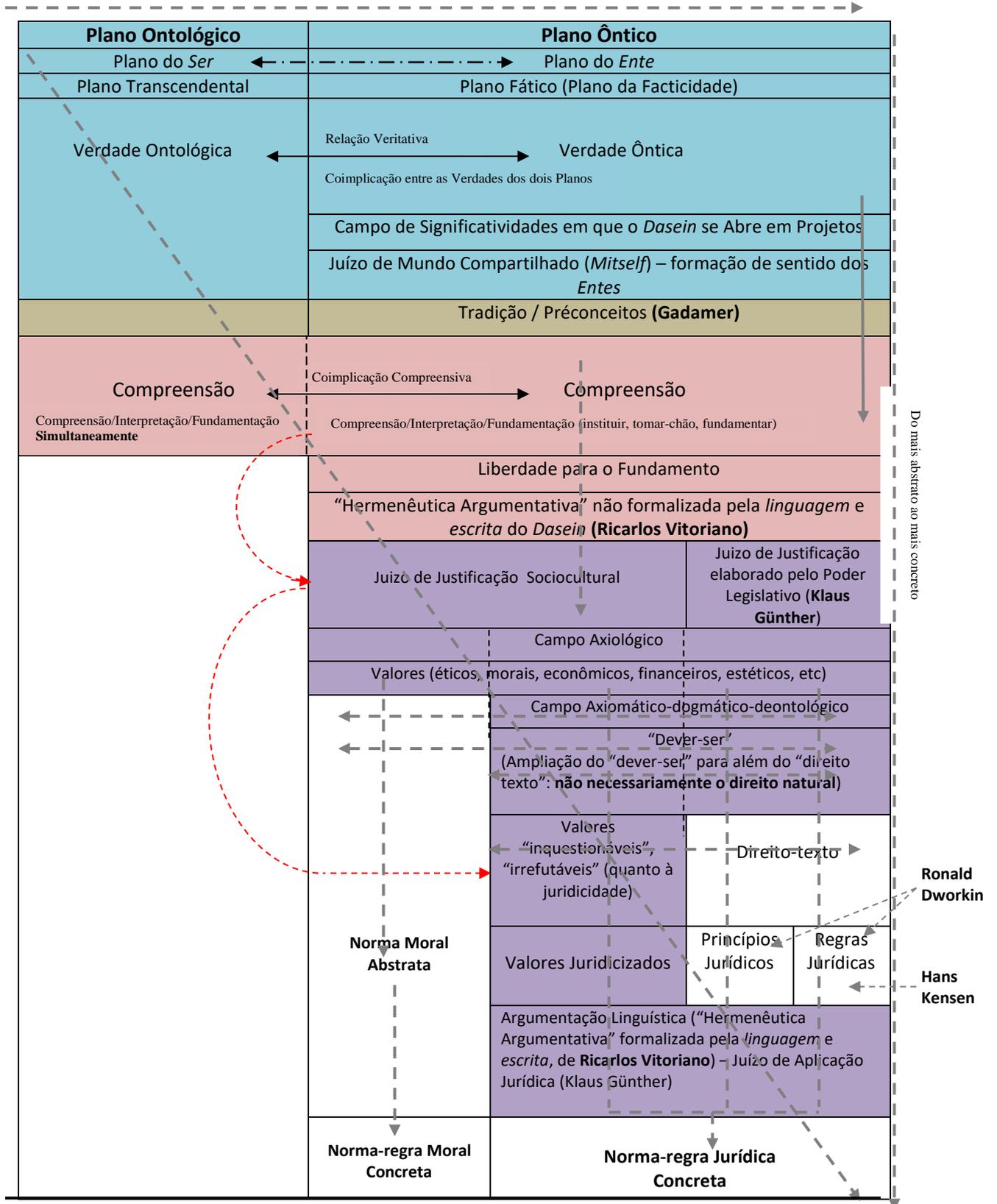
Inserção “consequencialista” de “valores subjetivos” pelos Órgãos Jurisdicionais e dos Tribunais Superiores brasileiros, como razão da decisão judicial (*ratio decidendi*).

Práxis dos Órgãos Jurisdicionais e dos Tribunais Superiores brasileiros

- Martin Heidegger
- Ricarlos Vitoriano
- Hans-Georg Gadamer
- Nossa Tese (uma visão inicial)

ANEXO II – TABELA SOBRE A RELAÇÃO ENTRE OS PLANOS ONTOLÓGICO, ÔNTICO (A) DECISIONAL LEGISLATIVO; E AXIOLÓGICO E “AXIOMÁTICO-DOG MÁTICO” (B) DECISIONAL JURÍDICO

Do mais abstrato ao mais concreto



- Martin Heidegger
- Ricarlos Vitoriano
- Hans-Georg Gadamer
- Nossa Tese