



UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DE DOUTORADO

Wálber Araujo Carneiro

**HERMENÊUTICA JURÍDICA HETERORREFLEXIVA:
Limites e possibilidades de uma filosofia *no* direito**

São Leopoldo
2009

WÁLBER ARAUJO CARNEIRO

**HERMENÊUTICA JURÍDICA HETERORREFLEXIVA:
Limites e possibilidades de uma filosofia *no* direito**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da área Ciências Jurídicas da Universidade
do Vale do Rio dos Sinos, para obtenção do título de
Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

São Leopoldo
2009

Ficha catalográfica

C289h Carneiro, Wálber Araujo
Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: limites e possibilidades de uma filosofia no direito / por Wálber Araujo Carneiro. – 2009.
301 f. : 30cm.

Tese (doutorado) — Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2009.
“Orientação: Prof. Dr. Lenio Luiz Steck”.

1. Direito – Teoria. 2. Hermenêutica jurídica.
3. Hermenêutica – Filosofia. I. Título.

CDU 340.12
34:1

Catálogo na Fonte:
Bibliotecária Vanessa Borges Nunes - CRB 10/1556

A J.J. Calmon de Passos, *em todas as memórias.*

AGRADECIMENTOS

Esta é uma obra de muitos.

Aos meus pais e irmãos pelo incentivo e paciência.

Aos professores Adroaldo Leão, Manoel Jorge e Geraldo Sobral, por proporcionarem meus primeiros passos na vida acadêmica.

À Prof. Marília Muricy, pelas palavras que precisava ouvir no meu primeiro ano de graduação.

À Universidade Salvador - UNIFACS, pela compreensão nesses últimos quatro anos de doutorado.

Ao CNPQ e à CAPES, pelo apoio a esta pesquisa.

Aos meus colegas de doutorado, pela companhia e aprendizado.

A Ronney, pela ajuda e compreensão nestes anos de ausência do escritório.

Aos professores José Luiz Bolzan, Leonel Severo Rocha e Albano Pêpe, pela riqueza dos debates no doutorado.

Aos professores Saulo Casali e Paulo Pimenta, por abrirem um portal hermenêutico que me transportou da Bahia ao Rio Grande do Sul.

Aos amigos Geovane Peixoto e Elmir Duclerc, pelas trocas de ideias e, é claro, pelos livros emprestados.

Aos meus alunos, pela compreensão e por tudo que aprendi com eles.

À professora Cecília, pelo zelo e energia na revisão gramatical deste trabalho.

Aos professores Juan Antonio Garcia Amado e Alfonso de Julios-Campuzano, pelo apoio e acolhida na Espanha.

Ao Instituto Internacional de Sociologia Jurídica de Oñati – IISJ, pelas pesquisas realizadas em seu acervo.

Ao meu co-orientador, Prof. Aroso Linhares, pelos diálogos decisivos a este trabalho e pela recepção em Coimbra.

A Lenio Streck, pelo zelo na orientação e apoio incondicional à pesquisa, e por tudo que aprendi desde o momento em que ele me apresentou à hermenêutica filosófica.

A Lori, pelo amor, incentivo, ajuda, compreensão e paciência, muita paciência.

A Bruno e a Tia Wilna, por esquentarem a fria Porto Alegre.

O meu muito obrigado.

*“Então tá combinado, é quase nada
É tudo somente sexo e amizade
Não tem nenhum engano nem mistério
É tudo só brincadeira e verdade*

*Podemos ver o mundo juntos
Sermos dois e sermos muitos
Nos sabermos sós sem estarmos sós
Abrirmos a cabeça
Para que afinal floresça
O mais que humano em nós*

*Então tá tudo dito e é tão bonito
E eu acredito num claro futuro
de música, ternura e aventura
Pro equilibrista em cima do muro*

*Mas e se o amor pra nós chegar
De nós, de algum lugar
Com todo o seu tenebroso esplendor?*

*Mas e se o amor já está
se há muito tempo que chegou
E só nos enganou?*

*Então não fale nada, apague a estrada
Que seu caminhar já desenhou
Porque toda razão, toda palavra
Vale nada quando chega o amor”*

Tá combinado – Caetano Veloso

RESUMO

A pesquisa obedece ao movimento do método fenomenológico-hermenêutico de Martin Heidegger e busca a edificação de uma teoria hermenêutica voltada para a compreensão do direito. Analisa o modo como o conhecimento era concebido na antiguidade clássica e a relação da filosofia com outras formas de saber. Mostra como a ciência e a filosofia modernas foram sustentadas pela armação da técnica e como a racionalidade abstrata dominou as concepções jusnaturalistas da época. Analisa, por outro lado, a tradição antropológica do direito moderno e as limitações ao direito positivo impostas pelo direito natural. Levando em consideração o projeto de modernidade e o seu desvirtuamento, identifica as causas de consolidação do positivismo primitivo burguês e a redução do direito ao texto. O método silogístico e a redução do direito ao texto são as marcas do esquecimento do sentido do direito na modernidade. Visando a retomada do ser no direito, após concluir pela insipiência da crítica ao positivismo que se desenvolve no séc. XX, propõe uma ruptura epistemológica a partir dos horizontes paradigmáticos da hermenêutica filosófica, descrevendo a ontologia fundamental de Heidegger e a hermenêutica filosófica de Gadamer. Esta reflexão conclui pela existência de um espaço reflexivo na hermenêutica, correspondente ao momento de revisão dos projetos compreensivos na interpretação, e pela possibilidade de abertura dialógica nesse espaço. Valendo-se dessas possibilidades, esta tese propõe uma hermenêutica jurídica heterorreflexiva que se desenvolve em dois tempos. O primeiro relativo à ampliação dos projetos compreensivos em uma abertura contratextual e problemática, e o segundo envolvendo a circularidade do problema com os quatro níveis do sistema, quais sejam: princípios, regras, doutrina e jurisprudência.

Palavras-chave: fenomenologia; hermenêutica filosófica; hermenêutica jurídica; diálogo; resposta correta.

ABSTRACT

The research follows the movement of the phenomenological-hermeneutical method of Martin Heidegger and search the building of a hermeneutical theory concerned with understanding the law. Examines how the knowledge was conceived in classical antiquity and the relationship of philosophy to other forms of knowledge. It shows how modern science and philosophy have been supported by the frame of the technique and how to abstract rationality dominated the natural law conceptions of time. Analyzes, on the other hand, the anthropological tradition of modern law and the limitations imposed by the substantive law of natural right. Taking into consideration the project of modernity and its distortion, identifies the causes of consolidation of the early bourgeois positivism and the reduction of the text. The syllogistic method and the reduction of the text are trademarks of forgetting the meaning of law in modernity. In order to be taken from the right after completing the foolishness of criticism of positivism that develops in the twentieth century, it proposes an epistemological break from the horizons of the paradigmatic philosophical hermeneutics, describing the fundamental ontology of Heidegger and Gadamer's philosophical hermeneutics. This discussion concludes that there is a reflective space in hermeneutics, corresponding to the time of review of the comprehensive project interpretation, and the possibility of opening this dialogic space. Using these possibilities, this thesis proposes a legal hetero-reflexive hermeneutics that develops in two stages. The first on the extension of the projects in a comprehensive opening contratextual and problematic, and the second involving the circularity of the problem with four levels of the system, namely: principles, rules, doctrine and jurisprudence.

Keywords: phenomenology, philosophical hermeneutics, legal hermeneutics, dialogue, correct answer.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 OS DESCAMINHOS DA FILOSOFIA E DA CIÊNCIA	17
1.1 FILOSOFIA E CIÊNCIA NO MUNDO GREGO	17
1.1.1 A contribuição de Platão	18
1.1.2 O modelo de Aristóteles	19
1.1.2.1 Filosofia primeira ou metafísica	20
1.1.2.2 A ciência ou <i>episteme</i>	22
1.1.2.3 A técnica ou arte	23
1.1.2.4 A prudência	24
1.2 A CIÊNCIA MODERNA	27
1.2.1 Contexto de formação	28
1.2.2 A tradução filosófica de Descartes	30
1.3 A TÉCNICA MODERNA	32
1.3.1 A aliança entre ciência e técnica	32
1.3.2 Heidegger e a essência da técnica	34
1.4 A FILOSOFIA MODERNA E SUA RELAÇÃO COM A CIÊNCIA	38
1.4.1 O giro copernicano de Kant	39
1.4.2 O esquecimento da filosofia na modernidade	44
2 O DIREITO E A MODERNIDADE	47
2.1 O PROJETO DE MODERNIDADE	47
2.2 O JUSNATURALISMO MODERNO	49
2.2.1 Os caminhos abertos por Hugo Grócio	51
2.2.2 Os limites do direito positivo em Thomas Hobbes	52
2.2.3 A eticização do jusracionalismo em Samuel Pufendorf	57
2.2.4 Abrangência e limites do direito de propriedade em John Locke	61
2.2.5 A semente da democracia no jusnaturalismo de Rousseau	63
2.2.6 Universalidade e liberdade no jusnaturalismo formal de Kant	65
2.3 A TRADIÇÃO ANTROPOLÓGICA DO DIREITO MODERNO	72
2.4 O DESVIRTUAMENTO DO PROJETO DE MODERNIDADE	73

2.5	A MODERNIDADE BURGUESA E O POSITIVISMO JURÍDICO	78
2.6	A RESISTÊNCIA AO POSITIVISMO JURÍDICO NA MODERNIDADE	84
2.7	OS DESAFIOS DA CONTEMPORANEIDADE NA REAPROXIMAÇÃO DO DIREITO COM A RACIONALIDADE MORAL-PRÁTICA	87
3	HORIZONTES PARADIGMÁTICOS DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA	94
3.1	FILOSOFIA HERMENÊUTICA EM HEIDEGGER	95
3.1.1	O método fenomenológico	95
3.1.2	A analítica existencial	103
3.1.3	Diferença ontológica e circularidade hermenêutica	107
3.1.4	A dupla estrutura da linguagem	111
3.2	A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA EM GADAMER	117
3.2.1	O caminho até <i>Verdade e método</i>	119
3.2.2	O projeto de <i>Verdade e método</i>	119
3.2.3	Modelos estruturais da experiência hermenêutica	125
3.2.3.1	O círculo hermenêutico	126
3.2.3.2	O jogo	131
3.2.3.3	O diálogo	134
3.2.4	Universalidade e crítica	137
3.2.4.1	O debate com Karl-Otto Apel	138
3.2.4.2	O debate com Jürgen Habermas	142
3.2.4.2.1	O diálogo concreto até a década de 1980	143
3.2.4.2.2	Projeção do debate para o entorno de <i>Verdade e justificação</i>	153
3.3	VERDADE E DIÁLOGO NA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA	162
3.3.1	A proposição não é o lugar da verdade	163
3.3.2	Verdade e o acontecimento do ser	168
3.3.3	Verdade e não-verdade	169
3.3.4	Verdade e diálogo	172
4	HERMENÊUTICA JURÍDICA HETERORREFLEXIVA	178
4.1	FILOSOFIA NO DIREITO	179
4.2	O DIREITO COMO PADRÃO REGULATÓRIO	183
4.3	A NORMATIVIDADE DO DIREITO COMO ESPECIFICIDADE DE SUA COMPREENSÃO	188
4.4	LIMITES PARADIGMÁTICOS NA EPISTEMOLOGIA JURÍDICA	193
4.4.1	Metodologia clássica	193
4.4.2	Hermenêutica constitucional	197
4.4.3	Controle analítico da ponderação via <i>máxima da proporcionalidade</i>	201

4.4.4	Argumentação jurídica	204
4.5	POSSIBILIDADES HETERORREFLEXIVAS DA HERMENÊUTICA JURÍDICA DE CARIZ FILOSÓFICO	220
4.6	PARÂMETROS REFLEXIVOS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA	222
4.6.1	O primado metodológico do problema	222
4.6.2	A circularidade entre sistema e problema	228
4.6.2.1	Da abordagem tradicional à descoberta do <i>problema</i>	229
4.6.2.2	As propostas de A. Castanheira Neves e Fernando José Bronze	232
4.6.2.3	Circularidade entre sistema e problema no paradigma hermenêutico	241
4.6.3	A argumentação jurídica como <i>diálogo</i>	247
4.7	DE HÉRCULES A <i>HERMES</i> NA BUSCA DE RESPOSTAS CORRETAS NO DIREITO	255
	CONCLUSÃO	272
	REFERÊNCIAS	287

INTRODUÇÃO

Há um abismo entre as manifestações dogmáticas do direito e os estudos filosóficos sobre os padrões de racionalidade que ele deveria assumir. De um lado, encontramos um rico debate metodológico e uma profunda reflexão sobre a racionalidade e verdade das formas jurídicas. Do outro, um discurso preso ao “senso comum teórico dos juristas” (Warat), que não possui identidade epistemológica e que se utiliza dos estudos filosóficos de modo alegórico, com o intuito único de levar a cabo as pretensões estratégicas dos atores sociais em conflito. Esse desencontro faz com que *qualquer coisa* possa ser sustentada no direito, diluindo-o no discurso político e retirando-lhe sua função regulatória, decisiva em sociedades complexas.

Essa é a realidade a partir da qual esta tese se constrói. A angústia provocada por esse abismo, que se manifesta nas pesquisas *stricto sensu*, nas grades curriculares dos cursos de graduação, na definição das áreas de interesse dos acadêmicos e em todas as esferas onde o direito se manifesta, levanta a questão sobre as condições de possibilidade de uma *ciência* do direito. Ainda estamos diante das velhas indagações kantianas sobre aquilo que podemos fazer e conhecer. Um *déjà vu* que nos remete ao cenário com o qual Kelsen se deparou no início do séc. XX, resultante das tentativas frustradas de salvar o positivismo mitológico do séc. XIX e da fuga sociológica desses mitos. Hoje, encontramos-nos em uma situação semelhante, pois insistimos em consertar as teorias positivistas com “remendos” metodológicos e valorativos, sem refletir o problema de base. A crise que vivemos no direito e que se manifesta em outras áreas é, sobretudo, um problema *epistemológico*. Temos de enfrentá-lo no “olho do furacão”, sob pena de continuarmos correndo atrás do nosso próprio “rabo”.

Esse enfrentamento, por outro lado, também nos angustia, pois os déficits de modernização vividos em sociedades periféricas e semiperiféricas exigem ações concretas do Estado e do Judiciário, na qualidade de um de seus poderes. Imediatamente, somos tentados a pensar em um direito que ultrapasse o tempo da democracia e que se imponha substancialmente diante dos problemas sociais. De fato, não podemos pensar em um direito “feito às secas”, para lembrar o modo como Cossio caracterizou a proposta de Kelsen, mas também não podemos ignorar a necessidade de pensar os limites do direito, fundamentais para a sua própria sobrevivência. A domesticação do direito pela política faz com que ele se confunda com ela e, com isso, deixe de cumprir um papel decisivo na proteção do acesso ao debate público. O nosso desafio é pensar um direito que se equilibre entre o ceticismo descompromissado e o compromisso irresponsável.

Se a crise do direito é a crise da modernidade e se na base está o problema metodológico, temos, então, de “remover o chão” da epistemologia. E é isso que nos propusemos a fazer, valendo-nos do método fenomenológico-hermenêutico inaugurado por Martin Heidegger. O esquecimento do *ser* denunciado por Heidegger e o modo como ele empreendeu sua busca nos levará a uma odisséia pelos calabouços do discurso jurídico, na tentativa de encontrar os elos perdidos e a “causa mesma” do nosso problema. A *fenomenologia hermenêutica* não é, contudo, um método no sentido cartesiano, que edifica verdades a partir de sua aplicação. Ao contrário, é uma forma de fazer filosofia e, como poderemos ver ao longo do texto, isso só é colocando-a em movimento enquanto *filosofar*.

A pesquisa que resultou nesta tese foi conduzida por esse movimento que se pergunta pelo *ser*. Heidegger nos oferece um desmembramento analítico desse movimento quando afirma que o seu método fenomenológico envolve uma *redução*, uma *construção* e uma *destruição*¹. Embora influenciado pelo modelo fenomenológico de Husserl, a *redução fenomenológica* de Heidegger² não busca o *eu transcendental*, mas a nossa condição existencial. *Somos* porque compreendemos e compreendemos porque estamos lançados na *faticidade*. Iremos abordar o problema do método fenomenológico em um item específico, mas é importante advertir que a *redução fenomenológica* em Heidegger desloca o lugar da transcendência de nossa consciência para a *linguagem*. Essa primeira dimensão do “método” heideggeriano reconduz o nosso olhar do ente para o *ser*, reduzindo-nos a oráculos de sua manifestação.

¹ HEIDEGGER, Martin. Los problemas fundamentales de la fenomenología, 2000.

² Idem. Ibidem, p. 47.

A *redução* é um aspecto negativo do “método” que visa a impedir que nos voltemos para o ente. Devemos nos voltar para o *ser mesmo*, para a *coisa mesma*. O *ser*, dirá Heidegger, não está tão facilmente acessível como o ente, exigindo uma projeção antecipada sobre o ente, isto é, uma *construção*³. Esta, por sua vez, está previamente condicionada pela nossa historicidade e faticidade. Desse modo, sempre restará a pergunta se a nossa experiência “ingênua e vulgar” nos proporciona a elaboração de um projeto que garanta o desvelamento do *ser* ou terá nos colocado em meio às aparências e manifestações. Por isso, pertence necessariamente à compreensão do *ser* uma “desconstrução produtiva”, uma *Destruction*, isto é, uma crítica dos conceitos tradicionais⁴. Esses três componentes fundamentais do método fenomenológico se pertencem mutuamente. A construção desse modo de filosofar é, necessariamente, uma *desconstrução* do que nos é transmitido, levada a cabo mediante um regresso à tradição na apropriação positiva de suas possibilidades⁵. Uma filosofia, dirá Stein, “não precisa renunciar ao controle crítico de seu modo de proceder e de seus resultados”⁶.

Também o método fenomenológico heideggeriano terá caráter especulativo e totalizador; conduzido pela questão fundamental da Filosofia: a questão do ser, coincidirá com o próprio movimento dessa questão, tanto ao servir para a explicitação do sentido do ser pela analítica existencial, como para o confronto sistemático-crítico com a história da metafísica ocidental, visando este a superação do pensamento da subjetividade e o desvelamento da história do ser.⁷

A aplicação do método fenomenológico à nossa pesquisa obedecerá a esse movimento. O que se projetou e permitiu o desenvolvimento das investigações foi a ideia de que o direito se perdeu na modernidade. Que nela nos distanciamos ainda mais do sentido do direito, o que já pressupõe uma *redução fenomenológica*. Por isso, regressamos à antiguidade clássica com o intuito de observar o modo como o conhecimento do direito havia sido conduzido e, a partir dali, no momento exato em que começamos a diferenciar direito natural de direito positivo, refazer o caminho que nos leva à modernidade como alguém que busca em sua trilha algo que deixou cair.

Veremos logo no **primeiro capítulo** que o modelo epistêmico de Aristóteles, ainda que guiado pelas qualidades do ente, não concebia a lógica apodictica como método de conhecimento para os objetos mutáveis, concebidos na práxis. A lógica era formal porque o objeto era imutável, cabendo ao homem apenas descrevê-lo. O direito, ao contrário, se constrói diuturnamente na comunidade mediante a interação de seus cidadãos.

³ Idem. Ibidem, p. 47.

⁴ Idem. Ibidem, p. 48.

⁵ Idem. Ibidem, p. 49.

⁶ STEIN, Ernildo. A questão do método na filosofia, 1983, p. 14.

⁷ Idem. Ibidem, p. 21.

Movimentar-se em meio aos outros exige prudência e, mesmo admitindo uma ciência política, a aplicação de seus postulados exige adequações às situações concretas. A prudência nessa adequação só é adquirida no convívio com o outro e exige, portanto, vivência. Ao lado da prudência, observamos que a técnica para os gregos era *arte*. Nela eram mantidas as possibilidades criativas do artesão, estando a técnica à sua disposição e não ele à disposição da técnica.

Na modernidade, constatamos – o que será visto no **segundo capítulo** – que a técnica se desvirtua em uma armação que sustenta a edificação da ciência. Os padrões matemáticos são condição de possibilidade para ver o mundo, inclusive na sua dimensão histórica e cultural. O direito passa a ser visto a partir dessa *composição* e é edificado pelos jusnaturalistas como um constructo racional abstrato. De qualquer sorte, também poderemos constatar que naquele pedaço do caminho apenas alguns seixos se perderam. Fora mantida na aurora da modernidade a ideia de que o direito deveria ser pensado a partir do homem e isso permitia, não obstante a dissimulação metodológica, pensar limites e justificações para o direito positivo. Veremos que o jusnaturalismo moderno constrói o direito a partir de uma antropologia racionalista que, bem ou mal, mantém o homem como o ponto de partida. Mas, as impropriedades metodológicas levariam as concepções jusnaturalistas a resultados discricionários e a um ambiente de divergências. O capitalismo que encontrará suas possibilidades no período pós-revolucionário necessita de um modelo regulatório seguro e o jusnaturalismo será visto como um entrave. Não obstante tenha sido decisivo para o discurso revolucionário, agora era hora de construir bases racionais seguras, tendo a dimensão antropológica justamente a que foi condenada. Neste momento, afastamo-nos ainda mais do *ser* direito, acreditando que o texto seria capaz de conter todas as possibilidades de sua aplicação e que o aplicador do direito poderia assumir uma função operativa.

Ali, estamos no ponto do caminho onde as manifestações dogmáticas encontram o núcleo duro de seu discurso legitimador: fatos como dados objetivos que são descritos por meio de provas; textos que possuem um núcleo de sentido clarividente; métodos que conseguem desvendar eventuais ambiguidades do texto; possibilidade de se movimentar logicamente no sistema, seja ele composto por normas ou por conceitos e institutos. Desde então, forma-se um “sentido comum teórico” que vai incorporando, paulatinamente, alternativas metodológicas de modo acrítico, sem preocupações paradigmáticas e performáticas. Paralelamente, porém distante, caminham a filosofia e a evolução de suas reflexões metodológicas. Rumamos em uma humanização de mundo que constrói alternativas para a captação dos produtos histórico-culturais. Essas possibilidades foram, inclusive,

captadas por diversas propostas epistemológicas ao longo do séc. XX, mas as consequências no outro caminho, bastante difusas. O “senso comum teórico” não assimila como seria possível pensar o direito como conduta e não como norma; admite que há um valor e um fato para além da norma, mas ignora completamente como esses elementos podem interagir em uma complementariedade dialética. As propostas culturalistas ou são adicionadas a uma base inconsistente ou sequer são reconhecidas.

Em tempos de *neoconstitucionalismo* vivemos um problema semelhante. As bases metódicas da jurisprudência de valores alemã é importada como um conjunto unitário de métodos que ganham espaço em uma nova modalidade de saber jurídico, aquele voltado para os concursos públicos. O foco agora são os princípios constitucionais e a sua força normativa, base necessária para um ativismo judicial preocupante. Os princípios que viriam salvar a razão prática são imediatamente tragados para o plano tecnológico e passam a ser manipulados de um modo muito distante até mesmo das teorias que admitem essa manipulação. O resultado é um direito liquefeito em horizontes estratégicos, dominado por interesses de grupo, mas que agora encontra um discurso legitimador. Vivemos em meio à discricionariedade denunciada por Kelsen, só que agora sustentada por um discurso racional encobertador.

Necessitamos reencontrar o sentido do direito. Voltar-nos para o *ser* daquilo que se manifesta como direito. Essa *construção* exige a apresentação do horizonte paradigmático da hermenêutica filosófica, o que faremos no **terceiro capítulo**. Cumpriremos, aqui, o objetivo de apresentar as bases da *ontologia fundamental* de Heidegger e da *hermenêutica filosófica* de Gadamer e, ao mesmo tempo, identificar os limites e possibilidades de uma hermenêutica jurídica. Sustentamos que, não obstante a leitura tradicional de seus trabalhos afaste Heidegger da epistemologia e Gadamer do método, não há uma incompatibilidade entre hermenêutica e metodologias científicas – para usar uma expressão do próprio Gadamer, mas uma incompatibilidade com a estrutura cognitiva sujeito-objeto da epistemologia tradicional e com a ideia de método no sentido de um procedimento que assegura e conquista o objeto do conhecimento, levando-nos à verdade. Daí, então, a tese central desenvolvida neste capítulo é a de que existe um espaço de epistemologização da hermenêutica, identificado com o processo reflexivo da interpretação que, por sua vez, também daria margem a possibilidades dialógicas ou heterorreflexivas. Com Luiz Rohden, encontraremos na *hermenêutica filosófica* de Gadamer modelos estruturais a partir dos quais podemos trabalhar uma epistemologia heterorreflexiva, especialmente o *jogo* e o *diálogo*. A vigilância reflexiva retratada por Gadamer nos coloca alertas e no *jogo* com o ente, e com o

outro somos surpreendidos. Deixar que a coisa venha à fala através do jogo e do diálogo é decisivo para que possamos entrar corretamente no círculo.

Além das possibilidades de epistemologização do espaço reflexivo da hermenêutica, enfrentamos, ainda no **terceiro capítulo**, o problema da dupla estrutura da linguagem e da verdade. A linguagem em Heidegger, consoante o diagnóstico de Stein, possui uma “dobra”, uma estrutura que se subdivide “como” *hermenêutica* e “como” *apofântica*. Quem sustenta as nossas compreensões é a dimensão hermenêutica, mas quem pode apontar para o ente mostrando-o em novas perspectivas e ampliando as possibilidades de alinhamento dos projetos compreensivos (consenso) é o *apofântico*. Dessa dobra, concluímos com Heidegger que a verdade não é uma propriedade do *logos apofântico*. Ao contrário do que imaginam os adeptos das teorias relacionais, o *logos* apenas aponta para aquilo que, de fato, pode ser verdadeiro. A verdade é uma qualidade do ente que, por sua vez, só se mostra em seu *ser*. Se todo “mostrar-se” é também um “esconder-se”, a “essência da verdade” implica, necessariamente, em desvelamento e velamento. Mas, se esse jogo de desvelar e velar pertence à “essência da verdade”, a “verdade da essência” historial do homem nos revela na *Destruição* de Heidegger uma busca pelo desvelamento; uma luta incessante pela vitória do desvelar. Isso nos permite dizer que, se queremos ter pretensões de racionalidade quanto ao direito, temos de buscá-las através do modo mais originário e desvelador.

Somos neste momento lançados no **quarto capítulo**. O objetivo é, à luz dos limites e possibilidades explicitados no capítulo anterior, edificar uma hermenêutica jurídica heterorreflexiva que responda às demandas da nossa sociedade contemporânea e, ao mesmo tempo, viabilize uma relação produtiva e emancipatória com a política. Uma hermenêutica que explore o amálgama agregador da dimensão *hermenêutica* da linguagem e que, ao mesmo tempo, densifique esse plano através de consensos catalizados pela dimensão *apofântica*. Essa hermenêutica, como qualquer outra, não poderá deixar de ser filosófica, pois não podemos contornar o incontornável. Não será, entretanto, uma filosofia do direito, que pressupõe estarmos do lado de fora, como meros expectadores de um objeto previamente dado. Essa hermenêutica será, necessariamente, uma filosofia *no* direito que se apresenta na forma de uma hermenêutica jurídica que se movimenta no espaço reflexivo dessa filosofia e que se vale desse mesmo espaço para *ouvir* e *jogar* com o *outro*. É, portanto, uma hermenêutica *heterorreflexiva* que se movimenta nos limites e possibilidades de uma filosofia *no* direito.

1 OS DESCAMINHOS DA FILOSOFIA E DA CIÊNCIA

A relação entre Filosofia e Ciência não é um problema novo, ainda que a análise do desenvolvimento histórico dessa relação não revele uma linha evolutiva, mas “rupituras epistemológicas”⁸ que sugerem cenários diversificados. Neste capítulo, tentaremos mostrar como a Filosofia e a Ciência se inter-relacionaram, em que momento se percebeu a diferenciação funcional que separa essas duas formas de conhecimento e o modo como a modernidade resumiu a Filosofia a uma “teoria da ciência”. Primeiramente, analisaremos como o modelo epistêmico dos gregos, especialmente o de Aristóteles, enxergava a relação entre as diferentes formas de conhecimento para, em seguida, demonstrar como a revolução científica do séc. XVII rompe com esse modelo pressupondo a superioridade da Ciência e de seu método. Por fim, apontar os caminhos possíveis para a relação entre Filosofia e Ciência, o que ainda será aprofundado no momento em que o modelo hermenêutico for proposto.

1.1 FILOSOFIA E CIÊNCIA NO MUNDO GREGO

A questão do conhecimento sempre foi uma preocupação para o homem, sendo considerado pelos gregos o seu elemento distintivo⁹. Antes limitado a determinados fenômenos naturais, surge na Grécia Antiga um novo modo de ver o conhecimento, uma perspectiva que dá ao conhecimento uma razão de ser em si mesmo, ou seja, o conhecimento dos filósofos ou daqueles que “amam a sabedoria”. Nasce a Filosofia e com ela as bases de uma teoria do conhecimento, primeiramente revelada por Platão e, posteriormente, desenvolvida por Aristóteles em um sistema tão complexo que pode ser

⁸ BACHELARD, Gaston. A filosofia do não, 1974.

⁹ GADAMER, Hans-Georg. A razão na época da ciência, 1983, p. 59.

considerada como uma espécie de “portal epistemológico” para a modernidade. Se “a mais segura caracterização genérica da tradição filosófica europeia é que ela consiste numa série de notas de rodapé a Platão”¹⁰, será Aristóteles o “sábio de Estagira cuja cabeça sustenta ainda hoje o ocidente”. Se for possível considerar que a Modernidade marca um rompimento com a Idade Média e, conseqüentemente, com a Escolástica, o fato de esta levar em conta uma releitura dos clássicos da antiguidade – especialmente Aristóteles – não implica uma total ruptura com o mundo clássico. O caráter antropológico da alvorada do pensamento moderno, do mesmo modo que não rompe de imediato com a ideia de Deus, por outro não consegue se desenvolver ignorando os modelos e categorias da Filosofia clássica. Essa *pseudo* ruptura é, portanto, uma das causas dos desencontros da modernidade, na medida em que tomou como originais construções que, no fundo, eram o resultado de uma tradição grega que poderia ser reencontrada na sua autenticidade e não apenas no modelo “teológico” da Filosofia medieval.

1.1.1 A contribuição de Platão

Platão desenvolve uma teoria do conhecimento de baixa complexidade, partindo do que ele considera os requisitos básicos para um “conhecimento rigoroso do mundo”, identificados como *unidade, identidade, imutabilidade, inteligibilidade e universalidade*¹¹. Como discípulo de Sócrates, Platão herdou a preocupação com o conhecimento vazio – puramente retórico –, fazendo o alerta de que o verdadeiro conhecimento pode ser obscurecido pela simples “sensação do corpo”, impedindo que aconteça na “alma” o “pensamento”¹². São os pensamentos que podem nos levar ao verdadeiro conhecimento e não as sensações que nos levariam tão somente a uma opinião, surgindo, daí, a dicotomia que acompanhará a Filosofia grega: a distinção entre Ciência (*episteme*) e opinião (*doxa*)¹³. A Ciência – que pode ser aqui considerada como um

¹⁰ WHITEHEAD, Alfred North *apud* BOLZANI FILHO, Roberto. Introdução à República, 2006, p. VII.

¹¹ No Crátilo é encontrada a formulação básica das condições do conhecimento em Platão. PLATÃO. Crátilo, 1980, 439d-440b.

¹² “Seria a questão que norteia esses diálogos de juventude propriamente socrática, isto é, o mestre a formulava exatamente nestes termos? Para responder a essa pergunta, seria necessário adentrar no pantanoso terreno da distinção entre Sócrates e Platão nos diálogos (...). Qualquer tenha sido a exata formulação da interrogação socrática, Platão a retoma nos termos acima descritos e será desta forma que o socratismo o influenciará na elaboração dos diálogos maduros” BOLZANI FILHO, Roberto. Introdução à República, 2006, p. XIII.

¹³ “– Então, se o conhecimento se refere ao ser e, necessariamente a ignorância ao não-ser, também se deve procurar, entre a ignorância e a ciência, um meio-termo cujo objeto seja esse meio-termo, se é que existe tal coisa? – Perfeitamente. – Dizemos que a opinião é alguma coisa? – Como não? – É outra capacidade que não é a ciência ou a mesma capacidade? – Outra. – Ah! O objeto da opinião é um e o da ciência é outro, de acordo com a capacidade de cada uma delas. – Sim.” PLATÃO. A República, 2006, 216-217.

conhecimento filosófico¹⁴ – não pode se voltar para o conhecimento do sensível, do mutável, do particular, do dividido, mas tão somente do “imutável” e “eterno”¹⁵. Perguntando-se pelo “belo”, uma resposta somente decorrerá de um conhecimento autêntico se ela se afastar das diversas manifestações do “belo” – da mulher “bela”, do vaso “belo” ou da “bela” pintura – e se ocupar, a partir da alma, exclusivamente do “belo”¹⁶. O “belo”, portanto, ocupa uma categoria denominada por Platão de *ideia*, que pode se manifestar em diversas situações particulares, mas jamais perderá a sua *forma*¹⁷. Ao homem cabe aproximar-se o máximo possível do conhecimento pelo pensamento, não se deixando levar pelas sensações do corpo que só geram *opiniões*. Há de se ofuscar com a luz da caverna voltando-se para os objetos ao invés de permanecer diante das sombras¹⁸. “Platão inventou a Filosofia, desenhando as cartas desse jogo que não conseguimos mais parar de jogar”¹⁹ e, ainda que a palavra *episteme* fosse empregada, Filosofia e Ciência “constituíam uma inseparável unidade”²⁰. Saber de modo verdadeiro era ter efetivamente *ciência* das coisas, uma forma de conhecimento filosófico.

1.1.2 O modelo de Aristóteles

Aristóteles torna a relação entre as formas de conhecimento mais complexa, o que acaba levantando suspeitas sobre o caráter sistemático e orgânico de seus trabalhos ou sobre a existência de fases que se anulariam em uma evolução cronológica²¹. De qualquer sorte, sistematizar o pensamento de Aristóteles ou, pelo menos, sua teoria do conhecimento, implica um reducionismo duvidoso, mas necessário em razão do limitado espectro dessa abordagem. O ponto de partida seria, então, a constatação de que há em Aristóteles “uma seqüência gradual de capacidades epistêmicas” que “parte de um saber simplesmente primeiro, a percepção singular, e tem o ápice num saber simplesmente superior,

¹⁴ “– Ah! Aos que acolhem o próprio ser devemos chamar filósofos e não amigos da opinião? – É bem assim.” PLATÃO. A República, 2006, p. 222.

¹⁵ “Se alguém, olhando para cima, examinar os ornamentos coloridos do teto e apreender algo sobre eles, tu podes bem vir a pensar que ele os contemplou com a inteligência e não com os olhos. Talvez estejas pensando bem e eu esteja sendo ingênuo... É que, de minha parte, não posso pensar que outro aprendizado e não que trata do ser e do invisível faça a alma com a boca aberta ou fechada, tenta conhecer uma das coisas sensíveis, eu afirmo que ele jamais a conhecerá, porque a ciência nada admite que seja sensível. Não é para o alto, mas para baixo que a alma dele olha, ainda que tente aprender quando está nadando de costas, seja em terra ou no mar”. PLATÃO. República, 2006, 288.

¹⁶ PLATÃO. República, 2006, p. 220.

¹⁷ PLATÃO. Fédon, 1980, 78d.

¹⁸ PLATÃO. A República, 2006, p. 269.

¹⁹ BOLZANI FILHO, Roberto. Introdução à República, 2006, p. IX.

²⁰ GADAMER, Hans-Georg. A razão na época da ciência, 1983, p. 9.

²¹ Cf. HÖFFE, Otfried. Aristóteles, 2008, p. 42.

a filosofia, entendida como conhecimento dos primeiros princípios”²². Essa escala estaria dividida em cinco níveis. No primeiro, estaria a *percepção* do singular; no segundo, o registro das percepções na *memória*; no terceiro, o enriquecimento das percepções por meio da experiência das relações de *causa e efeito*; no quarto, a explicação para as relações de *causa e efeito*, alcançando-se o conhecimento de um *universal*, do *conceito* e dos *motivos* de uma coisa; por fim, em um último nível, chega-se ao conhecimento dos *primeiros princípios*²³. Os dois primeiros níveis são comuns a qualquer animal, sendo característicos do homem os demais níveis.

Dentre os diferentes níveis epistêmicos da escala aristotélica, encontraremos no terceiro nível (das *percepções* por experiência) a *phronêsis* ou prudência. O quarto nível congrega a *techné* e a *episteme*²⁴, e o quinto, a *filosofia primeira*, chamada de Metafísica, aquela que possibilita o estudo do *ser*²⁵. Essa estrutura é a quintessência da teoria do conhecimento aristotélico, que se projeta para a modernidade e que, relida à luz de uma “desconstrução produtiva”²⁶, será determinante para a releitura do direito moderno.

1.1.2.1 Filosofia primeira ou metafísica

Aristóteles difere a *filosofia primeira* de outras ciências em razão de ser ela responsável pelo saber das primeiras razões e dos primeiros princípios²⁷, o que não retira a importância das outras ciências e, até mesmo, de outros saberes não científicos (primeiro, segundo e terceiro níveis epistêmicos). Para Höffe, isso demonstra que “ainda que o saber mais elevado dirija-se a algo universal e mostre nisso uma superioridade, resta aos níveis inferiores um valor próprio”, demonstrando que Aristóteles possuía um interesse pela riqueza do singular, pesquisada apenas empiricamente²⁸. A *filosofia primeira* estará, portanto, relacionada a uma atitude meramente teórica e contemplativa, muito embora, essa afirmação

²² HÖFFE, Otfried. Aristóteles, 2008, p. 44-45.

²³ HÖFFE, Otfried. Aristóteles, 2008, p. 45.

²⁴ Referindo-se às diferenças entre a “ciência” política e ciências que lidam com o imutável, afirma Aristóteles que “é igualmente implausível aceitar conclusões meramente prováveis de um matemático e exigir demonstrações rigorosas de um orador”. ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco, 2007, p. 39.

²⁵ Na Ética a Nicômaco, Aristóteles divide suas categorias de conhecimento entre arte (*technê*), ciência (*episteme*), prudência ou sabedoria prática (*phronêsis*), filosofia ou saber filosófico e entendimento. ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco, 2007, p. 180.

²⁶ Heidegger propõe uma releitura do pensamento aristotélico no âmbito da retomada do ser, movimento por ele denominado *destruktion*. Cf. STEIN, Ernildo. Diferença e metafísica, 2000, p. 142-152.

²⁷ “A filosofia primeira na verdade não tem por objeto as realidades que são objeto das ciências particulares, por isso não sabe o que fazer com sua definição. Ela tem por objeto, diz Aristóteles, o ser enquanto ser, isto é o ser em sua totalidade, e é dele, e somente dele, que ela procura os princípios, ou seja, o “que é”, pelo que é ao percebê-los mediante o noûs, isto a constitui, por assim dizer, a partir de dentro, fazendo-a ser não simples ciência, mas verdadeira sabedoria.” BERTI, Enrico. As razões de Aristóteles, 2002, p. 17.

²⁸ HÖFFE, Otfried. Aristóteles, 2008, p. 47.

tenha recebido uma interpretação equivocada, sendo necessário revisar o que se tornou opinião pública no mundo ocidental: “ócio e filosofia coexistem, sendo o primeiro condição de possibilidade da segunda”²⁹. A questão está associada, em verdade, a uma relação entre o saber filosófico e as artes (*techné*), na medida em que o primeiro não está associado a uma utilidade específica³⁰, enquanto que as demais “aliviam as necessidades da vida”³¹. Partindo de quatro passagens da Metafísica, Ernildo Stein contextualiza o problema da origem da Filosofia em Aristóteles em quatro questões: primeiro, ela é uma ciência “que brota de determinadas condições”; segundo, a filosofia se aproxima das outras ciências porque todas elas “tem um modo de proceder, um caminho”³², ou seja, “um método”, sendo que a *filosofia primeira* se dirige “apenas ao conhecimento enquanto tal”; terceiro, esclarece que Aristóteles concebe a “tranquilidade” como condição de surgimento da Filosofia, mas acrescenta que esse estado se dá apenas em “instantes fugazes”; por último e em quarto lugar, põe a Filosofia que brota em breves momentos como um “privilégio de Deus”, muito embora seja uma ciência que convém ao homem³³.

As condições necessárias ao saber filosófico em Aristóteles não estão associadas, portanto, à conotação de “tranquilidade” e “admiração” como “descomprometimento”, mas a um desligar-se da cotidianidade que nos aliena. Com Platão, Stein nos mostra que a “admiração” aristotélica é um *pathos*, que arrebatava o homem espontaneamente, surpreendendo-o de maneira “súbita e avassaladora”³⁴. Isso nos remete a uma rara possibilidade de “brincar de Deus”, na tentativa – sempre frustrada – de romper a nossa finitude. Mas, paradoxalmente, é essa busca momentânea pela infinitude que, ao cessar, coloca-nos diante da nossa irremediável condição finita: “a abertura, a experiência radical de ser-no-mundo, é sempre conquista súbita”³⁵. A Filosofia, portanto, são tentativas frustradas pela busca do infinito, mas que nos leva, necessariamente, ao limite da nossa finitude, tornando-se necessária enquanto “caminho” e fundamental para a busca de uma reflexão

²⁹ STEIN, Ernildo. Uma breve introdução à filosofia, 2002, p. 119.

³⁰ “Aquele que é mais exato e mais capaz de ensinar as causas é mais sábio, em todas as áreas do conhecimento. E quanto às ciências, igualmente, aquilo que é desejável por si mesmo e com vistas apenas ao conhecimento é mais próprio da sabedoria do que aquilo que é desejável com vistas aos seus resultados (...)”. ARISTÓTELES. Metafísica, 2002, livro 1, cap. 2, 982a.10.

³¹ Idem. Ibidem.

³² Neste sentido, Machado Neto afirma que “por isso a resposta à pergunta – ‘que é filosofia?’, tem de ser procurada no próprio curso da história da filosofia, nas sucessivas e, por vezes, aparentemente contraditórias respostas que nos têm dado os inúmeros filósofos de todas as épocas, o que, ao invés de ser uma evasão e um recuo, é um autêntico filosofar como pergunta e busca (...)”. MACHADO NETO, A. L. Filosofia da filosofia, 1958, p. 12.

³³ STEIN, Ernildo. Uma breve introdução à filosofia, 2002, p. 123-125.

³⁴ Idem. Ibidem, p. 128.

³⁵ Idem. Ibidem, p. 131.

bloqueada no cotidiano, onde sempre estamos em meio a instrumentos e alienados na *manualidade*. Por isso é a Filosofia que nos leva ao “ser” e à “verdade”.

E todavia, sem dúvida, é melhor, necessário mesmo, para a salvação do desvelamento (da verdade), afastar até o que nos é familiar; pois, para isso somos filósofos. Ambas as coisas residem em nosso coração – e, contudo, tarefa sagrada é darmos o lugar de honra ao desvelamento, à verdade.³⁶

Contudo, o “olhar para a aproveitabilidade permanece possível”, na medida em que se configura dentro de cada nível “o saber como autofinalidade e o saber ‘a serviço de’”³⁷. Essa diferença se manifesta na dicotomia entre a *ciência pura* ou *episteme*, saber que comporta uma autofinalidade, em contraposição à *technê*, um saber *poiético*, que aliados à *prudência*, formam as três formas de se chegar à verdade³⁸ que serão abordadas a seguir.

1.1.2.2 A ciência ou *episteme*

O termo *episteme* (ἐπιστήμη) surge em Aristóteles em diferentes contextos, podendo designar a *ciência primeira* (*zetouméne episteme*) ou, até mesmo, formas de *technê*³⁹. Tratamos neste momento da *episteme* em sentido estrito, que não possui a primazia da filosofia, nem se refere ao conhecimento poiético da *technê*, mas do conhecimento apodíctico⁴⁰. Assim, mostra-se como *episteme* um conhecimento demonstrativo voltado para a “apreensão da determinação causal” da relação entre objetos “não perecíveis”⁴¹. Ao contrário da *filosofia* ou *ciência primeira*, a *episteme*, na condição de um conhecimento “simples”, está associada, necessariamente, à demonstração⁴² e, com isso, leva em conta o caráter verdadeiro das premissas inferidas⁴³. A demonstração, chamada de *silogismo científico*, “tem lugar quando as premissas são ‘verdadeiras, primeiras, imediatas, mais conhecidas,

³⁶ ARISTÓTELES. Apud STEIN, Ernildo. Uma breve introdução à filosofia, 2002.

³⁷ HÖFFE, Otfried. Aristóteles, 2008, p. 49.

³⁸ ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco, 2007, p. 180.

³⁹ Cf. PEREIRA, Oswaldo Porchat. Ciência e dialética em Aristóteles, 2001, p. 52-53.

⁴⁰ “No caso da apodíctica, (...) o conhecimento da causa e a necessidade são asseguradas pela demonstração (*apódeixis*), por isso chamada por Aristóteles de ‘silogismo científico’”. BERTI, Enrico. As razões de Aristóteles, 2002, p. 5.

⁴¹ Cf. PEREIRA, Oswaldo Porchat. Ciência e dialética em Aristóteles, 2001, p. 36.

⁴² “Nós, contudo, sustentamos que nem todo conhecimento é de natureza deomonstrativa. O conhecimento das premissas imediatas não é demonstrativo. E é evidente que assim se deva ser, já que é necessário conhecer as premissas anteriores com base nas quais a demonstração progride e, se o retrocesso finda com as premissas imediatas, têm estas que ser indemonstráveis. Esta é a nossa doutrina a esse respeito. Na verdade, não só sustentamos ser possível o conhecimento científico, como também que há um específico primeiro princípio do conhecimento graças ao qual reconhecemos as definições”. ARISTÓTELES. Analíticos posteriores, 2005, p. 257.

⁴³ Idem. Ibidem, p. 258.

anteriores e causas da conclusão”⁴⁴ e formam, ao lado do sujeito e do objeto, a estrutura triádica do conhecimento científico⁴⁵, assumida até hoje pela epistemologia tradicional através de seus principais elementos: sujeito, objeto e método.

O conhecimento científico, portanto, é a qualidade mediante a qual demonstramos, acrescentada das qualificações complementares presentes na nossa definição dele dos *Analíticos*, a saber, que um indivíduo humano conhece uma coisa cientificamente quando detém uma convicção a que chegou de uma certa maneira e quando os primeiros princípios em que se apóia essa convicção lhe são conhecidos com certeza, pois a menos que ele esteja mais certo de seus primeiros princípios do que da conclusão deles extraída limitar-se-á a possuir o conhecimento em pauta acidentalmente. Que essa seja nossa definição de conhecimento científico.⁴⁶

Destaca-se como *episteme* a matemática, com a aritmética e a geometria, seguida pela física, óptica, mecânica, harmônica e astronomia⁴⁷. Tal qual a *filosofia primeira* (metafísica), trata-se (a *episteme*) de um saber teórico que se justifica por si mesmo, não estando inserido dentro de um modelo utilitarista como o da ciência moderna. A expressão ‘ciências empíricas’ soaria aos ouvidos de Aristóteles como algo contraditório⁴⁸.

1.1.2.3 A técnica ou arte

O modo como vê a *filosofia primeira* e a *episteme* não nos permite concluir que Aristóteles não tenha concebido uma forma de saber aplicativo, ainda que distante dos parâmetros modernos. Neste sentido, também fora do campo de designação da *philosophia* e da *episteme*, na medida em que já se voltava para a “classe de coisas variáveis”⁴⁹, encontraremos a *techné*, que era um saber voltado para a produção/aplicação, isto é, “saber daquilo sobre cuja base é possível fabricar algo”⁵⁰. A medicina, hoje elevada à condição de ciência especializada, ao lado das atividades do carpinteiro, do ferreiro, do pintor ou do ourives, era considerada uma *técnica* ou *arte*.

(...) uma arte é o mesmo que uma qualidade racional concernente ao criar (fabricar) que envolve um processo verdadeiro de raciocínio. Toda arte se ocupa em trazer alguma coisa à existência, e dedicar-se a uma arte significa estudar como trazer ao

⁴⁴ BERTI, Enrico. As razões de Aristóteles, 2002, p. 5.

⁴⁵ ARISTÓTELES. Analíticos posteriores, 2005, p. 271.

⁴⁶ ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco, 2007, p. 181.

⁴⁷ Cf. HÖFFE, Otfried. Aristóteles, 2008, p. 46. Além de Aristóteles, outros filósofos tiveram preocupações que se aproximavam muito do que hoje se entende por “ciência”. A matemática de Pitágoras e a elaboração de seu teorema colocam a geometria no campo de estudos teóricos, diferente do que ocorria com os egípcios. Pitágoras foi quem primeiro observou a relação entre catetos e a hipotenusa em triângulos retângulos, identificando que “o quadrado da hipotenusa é igual a soma dos quadrados dos catetos”. Na matemática, também se destacaram Tales de Mileto (séc. VI a.C.) e Euclides (séc. III a.C.), de Alexandria. Na mecânica, verifica-se a matriz de uma relação fundamental para o “desenvolvimento” da ciência moderna, tendo sido Arquimedes (séc. III a.C.) quem, ainda na antiguidade, concebe uma ciência voltada para aplicações tecnológicas, fato comprovado a partir de muitos dos seus inventos, como, por exemplo, a “catapulta”.

⁴⁸ GADAMER, Hans-Georg. A razão na época da ciência, 1983, p. 12.

⁴⁹ ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco, 2007, p. 181.

⁵⁰ GADAMER, Hans-Georg. A razão na época da ciência, 1983, p. 12-13.

existir uma coisa que é possível existir ou não, a causa eficiente da qual estando no criador e não na coisa criada, pois a arte não se ocupa com coisas que existem ou passam a existir (vêm a ser) necessariamente ou pela natureza, uma vez que essas coisas possuem suas causas eficientes em si mesmas.

Com isso Aristóteles reafirma a diferença entre fazer e criar, na medida em que a arte é concernente ao “criar” e não ao “fazer”⁵¹. Como afirma Heidegger, a técnica para os gregos não está relacionada, apenas, “a palavra do fazer na habilidade artesanal, mas também do fazer na grande arte e das belas-artes”, o que torna a produção algo *poético*⁵², diferenciando-se significativamente da técnica moderna onde a tônica é o fazer a partir de uma reprodução não criativa.

1.1.2.4 A prudência

Embora em Aristóteles o saber puro estivesse relacionado com uma atividade teórica, ele não ignora a importância da “sabedoria prática”⁵³, *prudência* (*phronêsis*), aqui incluída a chamada *filosofia prática* (ou *ciência política*)⁵⁴. O homem prudente, segundo Aristóteles, tem como característica a capacidade de “bem deliberar sobre o que é bom e proveitoso para si mesmo, não num ramo em particular, mas o que é vantajoso ou útil como recurso para o bem-estar geral”⁵⁵.

(...) a prudência (sabedoria prática) não é o mesmo que conhecimento científico, como tampouco pode ser o mesmo que arte. Não é conhecimento científico porque assuntos relacionados à conduta admitem mutação; e não pode ser arte porque o criar e o fazer são genericamente diferentes, posto que o criar visa a um fim que é distinto do ato de criar, enquanto no fazer o fim não pode ser outro senão o próprio ato, ou seja, fazer bem é em si mesmo o fim. Insiste-se, portanto, que a prudência é uma qualidade racional de consecução da verdade, que concerne à ação relativamente a coisas que são boas e más aos seres humanos.⁵⁶

⁵¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 2007, p. 182.

⁵² HEIDEGGER, Martin. *A questão da técnica*, 2007, p. 17.

⁵³ “Em oposição ao modelo dominante da cobrança epistêmica, segundo o qual o nível de saber inferior a cada vez é ultrapassado ou compreendido (‘inclusão’) pelo nível de saber superior, com frequência até mesmo explicado como relativamente não-verdadeiro (‘superação’), Aristóteles defende um modelo de crescimento epistêmico”. HÖFFE, Otfried. *Aristóteles*, 2008, p. 45.

⁵⁴ Enrico Berti dá nota da distinção entre a filosofia prática ou ciência política e a *phronesis*. A primeira, “não obstante a intenção prática”, seria uma “virtude da razão teórica pelo fato de ser sempre uma ciência”, além de ter “como objeto realidades cujos princípios são, pelo menos, geralmente” válidos. A *phronesis*, ao contrário, é a “mais elevada virtude da parte calculadora da alma racional, isto é, da razão prática”, tendo por objeto realidades “que não são nem ‘sempre’ nem ‘geralmente’”. BERTI, Enrico. *As razões de Aristóteles*, 2002, p. 145-146. Optamos por trabalhar a *phronesis* e a filosofia prática na totalidade do saber prático, em razão do fato de o objetivo deste trabalho não estar voltado para a identificação do objeto de ambas, mas justamente para a vocação prática, além de facilitar a análise cruzada com o modelo de Gadamer. Creemos ter sido uma opção “prudente”. Sobre a distinção e interfaces entre *prudência* e *ciência política*, ver também ENGLEMANN, Wilson. *Direito natural, ética e hermenêutica*, 2007, p. 39-43.

⁵⁵ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 2007, p. 182.

⁵⁶ Idem. *Ibidem*, p. 183.

Embora distintos, a *phronêsis* não afasta a *episteme* ou a *techné*, seja porque possuem funções diferenciadas, seja porque se encontram articuladas. O homem prudente será eficiente na “deliberação em geral”⁵⁷, enquanto que a *episteme* – que se volta apenas para o imutável – e a *techné* são saberes especializados. A opinião de um médico – que hoje seria considerada científica – sobre a possibilidade de cura de uma doença mediante um tratamento de risco não seria suficiente para que o sujeito decida sobre conveniência do tratamento⁵⁸. De igual modo, a decisão política sobre o bem de todos não pode ser determinada pelos saberes especializados, muito embora eles possam integrar essa decisão. Segundo Aristóteles, a deliberação sobre o bem necessita tanto do saber teórico especializado, como do *saber prático*, sendo que, a depender da matéria, um saber se mostra mais determinante que outro⁵⁹. Em sendo assim, essa articulação necessita de uma “faculdade superior controladora”⁶⁰, papel que será reservado à forma de saber que se encontra acima dos saberes especializados e da *prudência*, ou seja, à “filosofia primeira”⁶¹. Essa articulação será fundamental para a reflexão sobre a tecnocracia moderna.

A *prudência* “não se limita a ser uma qualidade racional”⁶², na medida em que ela não se exaure na dimensão reflexiva. O homem diante da necessidade de deliberação, o que corresponderia à pergunta sobre “o que devo fazer”, não está sujeito a “cair no esquecimento, ao passo que a falha da prudência não é meramente um lapso de memória”⁶³. Ainda que essa resposta envolva um *cálculo*⁶⁴, a *prudência* “implica o conhecimento de fatos particulares, o que somente a experiência pode propiciar”⁶⁵ e, em sendo assim, do mesmo modo que esse saber não pode ser adquirido por meio de um ensino sistemático, ela também

⁵⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 2007, p. 182.

⁵⁸ Dirá Gadamer que “não podemos empurrar tudo para a *phronesis* no sentido da racionalidade orientada por fins. A doutrina da *phronesis* encontra-se na *Ética*, a *ética* é a doutrina do *ethos*, o *ethos* é uma *hexis* e *hexis* é a postura que resiste às *pathe*.” GADAMER, Hans-Georg. *Razão e filosofia prática*, 2007, p.64.

⁵⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 2007, p. 188.

⁶⁰ Idem. *Ibidem*, 2007, p. 188.

⁶¹ “Não é apenas o etos que o define – ele também é logos, ou seja: ele também é seu saber e pensar. De acordo com as duas direções – de acordo com a direção das mais elevadas universalidades e com a direção das últimas concreções, Aristóteles deu a última palavra ao nous”. GADAMER, Hans-Georg. *Cidadãos de dois mundos*, 2007, p.35.

⁶² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 2007, p. 184.

⁶³ Idem. *Ibidem*, 2007, p. 184.

⁶⁴ Idem. *Ibidem*, 2007, p. 187. Não é possível confundir a expressão aqui empregada como “cálculo” na tradução consultada com a noção moderna de “cálculo”. A prudência exige “discernimento”, isto é, julgamento; exige “ponderação” ou “consideração”. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 2007, p 193. Enrico Berti chama a atenção para o fato de a filosofia prática em Aristóteles ser tudo “menos ‘neutra’, ‘calculadora’, nas relações com a realidade (humana), mas, ao contrário, julga o valor desta última, avalia o que nela é bom e o que é mau, a fim de melhorá-la. Ao fazê-lo, no entanto, não renuncia a conhecer a verdade, isto é, a ser ciência, a verificar não apenas como estão as coisas, mas também quais são suas causas.” BERTI, Enrico. *As razões de Aristóteles*, 2002, p. 118.

⁶⁵ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 2007, p. 189.

não pode ser “esquecida” na análise sistemática, até porque o “cálculo” prudente não é em nada sistemático. A *práxis* “já pressupõe a educação, isto é, exercício e formação madura dos modos de comportamento”⁶⁶. Com isso, Aristóteles conclui que, “embora os jovens possam ser mestres em geometria, matemática e ramos similares do conhecimento, não há como considerar que um jovem seja prudente” ou, até mesmo, um filósofo, já que tais saberes são “produto dos anos”⁶⁷. Gadamer ressalta que o “conceito aristotélico de *práxis* adquire também um acento específico, na medida em que é aplicado ao ‘status’ do cidadão livre na *polis*. Ali se dá a *práxis* humana no sentido mais eminente da palavra” que é “caracterizada pela *prohairesis* do *bios*”⁶⁸. A *prudência* significa “antecipação e escolha prévia”, assim, ao contrário dos animais que também têm *bios* e que buscam uma “melhor realização da vida” em sua *práxis*, “saber preferir um ao outro e escolher conscientemente entre as possibilidades é a única e especial característica que distingue o homem”⁶⁹.

Desse modo, se na *episteme* encontraremos um silogismo de demonstrações apodícticas, na *prudência* iremos nos deparar com um procedimento diaporético⁷⁰. As premissas, que no silogismo científico assumem uma forma descritiva⁷¹ diante de um objeto não contingente, assumirão na ação prudente a condição de *endoxa*, que não se confunde com a opinião, mas que serve para colocá-las em discussão frente ao objeto contingente ou problemático⁷². Até porque não será necessário levar em conta todas as opiniões sobre um assunto⁷³, mas um conjunto indispensável que será convertido em *endoxa* e representará todo o conjunto. Em Tópicos, Aristóteles chamará esse silogismo de dialético, vendo-o como “aquele no qual se raciocina a partir de opiniões de aceitação geral”⁷⁴.

Um problema dialético é um objeto de estudo que leva ou ao escolher e evitar, ou à verdade e o conhecimento, quer por si mesmo, quer como um auxílio para a solução de algum outro problema desse tipo. Seu assunto é algo sobre o que ou a maioria dos homens não tem opinião num ou noutro sentido, ou defendem uma opinião contrária à dos sábios, ou a destes contraria a da maioria dos homens, ou sobre a qual membros de cada uma destas duas classes discordam entre si.⁷⁵

Desse modo, constatamos que o sentido de *práxis* em Aristóteles não está associado à aliança entre ciência e técnica como ocorre na modernidade. Se, por um lado, a cisão grega entre *teoria* e *práxis* impediu a superioridade de uma determinada forma de

⁶⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Cidadãos de dois mundos*, 2007, p.28.

⁶⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 2007, p. 189.

⁶⁸ GADAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*, 1983, p. 59.

⁶⁹ Idem. *Ibidem*, p. 59.

⁷⁰ BERTI, Enrico. *As razões de Aristóteles*, 2002, p. 128.

⁷¹ ARISTÓTELES. *Analíticos anteriores*, 2005, p. 129.

⁷² Idem. *Ibidem*, p. 135-136.

⁷³ BERTI, Enrico. *As razões de Aristóteles*, 2002, p. 130.

⁷⁴ ARISTÓTELES. *Tópicos*, 2005, p. 348.

⁷⁵ Idem. *Ibidem*, 2005, p. 359.

saber, por outro, não significa ausência de reflexão sobre as questões práticas. Para Gadamer, “na essência da ciência grega (...) reside a proveniência da prática e o desenvolvimento em direção daquilo que também denominamos com uma expressão grega *teoria*”⁷⁶. Desde a cisão platônica “entre a ordem ideal pura e o mundo obscuro e complexo dos sentidos”, que corresponde à “relação entre teoria e práxis no sentido grego”, o “campo conceitual, em que se situam a palavra e o conceito práxis, não está primariamente definido pela oposição à ‘teoria’ e pela aplicação da teoria”⁷⁷. O sentido de aplicação nos gregos está muito além do moderno, na medida em que não é apenas uma teoria que é aplicada “na prática”. Em verdade, para os gregos – ao menos para Aristóteles – há uma teoria interna à *práxis* e uma *práxis* interna à *teoria*⁷⁸, o que implica uma sólida fusão orgânica endógena, acompanhada da articulação externa que a *filosofia primeira* proporciona a todos os saberes (*theoria*, *phronêsis* e *poieses*). As grandes dicotomias da modernidade – que são facilmente percebidas no direito – são um reflexo do dualismo platônico que pode ser superado por uma reconstrução do pensamento aristotélico.

É, portanto, por esse “caminho” que devemos refletir o sentido de *práxis* entre os gregos e compreender as razões que nos levam a afirmar a necessidade de retomar o direito a partir de uma filosofia prática. Esse “caminho” passa pela identificação do lugar onde nos perdemos⁷⁹, razão pela qual trataremos a seguir da ciência moderna. A crise paradigmática da ciência moderna exige essa identificação e qualquer alternativa que pretenda salvar a racionalidade deve investigá-la.

1.2 A CIÊNCIA MODERNA

O modelo epistêmico aristotélico que construía em torno da *filosofia primeira* um esquema orgânico entre *theoria*, *poiesis* e *praxis* é abandonado na modernidade. Ainda que Aristóteles tivesse servido de base para a escolástica e fosse fortemente revisitado no renascimento⁸⁰, a filosofia moderna assume a pretensão apodíctica das demonstrações

⁷⁶ GADAMER, Hans-Georg. Sobre a originalidade da ciência, 2007, p. 15.

⁷⁷ GADAMER, Hans-Georg. A Razão na época da ciência, 1983, p. 59.

⁷⁸ “A teoria é, ela mesma, uma práxis”. GADAMER, Hans-Georg. A Razão na época da ciência, 1983, p. 58.

⁷⁹ “El problema que surge en Hobbes, que los fisiócratas tomaron en consideración, que los escoceses intentaron solucionar; el problema que al final se remonta a la desventaja, anotada por Vico, de los estudios modernos frente a los antiguos: haber adquirido el carácter estricto de la teoría sólo al precio de perder el acceso a la praxis, este problema de una mediación teóricamente satisfactoria entre teoría y praxis, exige evidentemente una revisión de la filosofía social científica desde el punto de vista específico bajo el que la doctrina clásica de la política podía entenderse como la sabia conducción de la praxis.” HABERMAS, Jürgen. Teoría y praxis, 2000, p. 84.

⁸⁰ JAPIASSU, Hilton. Como nasceu a ciência moderna, 2007, p. 15.

matemáticas, os saberes especializados das ciências se isolam de outros e, em seguida, se alia a uma técnica re-produtiva que coloca o homem à sua disposição⁸¹.

Surge na modernidade um “novo conceito de ciência e de método, primeiramente desenvolvido por Galileu, em âmbito parcial, e fundamentado filosoficamente por Descartes”⁸². A ciência moderna nasce com a destruição da ideia de cosmos e universo finito profetizada por Bacon e realizada por Galileu⁸³, tendo ainda Copérnico exercido um papel importante já no séc. XVI⁸⁴. Mas, esse movimento ainda terá que passar pela tradução filosófica de Descartes (1637)⁸⁵ e por um desenvolvimento ulterior que vai até os *Princípios matemáticos de filosofia natural*, de Isaac Newton (1687)⁸⁶.

1.2.1 Contexto de formação

A formação da ciência moderna não é espontânea, tendo sido determinante o contexto e os fatos que antecederam a formação desse movimento. A passagem da Idade Média para a Idade Moderna é marcada pelo humanismo renascentista que, muito embora fosse um movimento que retomasse fundamentos gregos – o que fica notório nas artes – criava um universo para eclosão de uma nova racionalidade, dissociada dos padrões teológicos dominantes na Idade Média. A descoberta do novo mundo não apenas demandava um saber mais produtivo, como também acenava para uma transcendência que, durante muito tempo, tinha sido usurpada do homem e resumida na figura de Deus. O desenvolvimento de centros urbanos, por exemplo, exigia soluções para o controle de pragas, a exemplo da que ocorreu em Londres em 1655 e que matou aproximadamente setenta mil pessoas⁸⁷. “A consciência pública se volta para a ciência com um novo tom de expectativa”⁸⁸ e é nesse contexto que se forma um grupo de cientistas-filósofos, na medida em que eles não

⁸¹ HEIDEGGER, Martin. A questão da técnica, 2007.

⁸² GADAMER, Hans-Georg. A razão na época da ciência, 1983, p. 13.

⁸³ JAPIASSU, Hilton. Como nasceu a ciência moderna, 2007, p. 112.

⁸⁴ Idem. Ibidem, 2007, p. 10.

⁸⁵ DESCARTES, René. Discurso do método, 1996. Antes, já havia escrito em 1628 as Regras para a orientação do espírito, somente publicadas em 1701. DESCARTES, René. Regras para a orientação do espírito, 2007. Contudo, a obra que melhor retrata a tradução filosófica da ciência moderna são as “Meditações metafísicas”, voltada, ao contrário do discurso do método, para um auditório de filósofos. Cf. DESCARTES, René. Meditações metafísicas, 2005.

⁸⁶ Para Boaventura, a nova racionalidade científica é um modelo totalitário de conhecimento porque nega a racionalidade das construções que não obedecem a seus princípios metodológicos, característica percebida na “teoria heliocêntrica do movimento dos planetas de Copérnico, nas leis de Galileu sobre a queda dos corpos, na grande síntese da ordem cósmica de Newton e finalmente na consciência filosófica que lhe conferem Bacon e sobretudo Descartes”. SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as ciências, 2002, p. 11.

⁸⁷ A biografia de Newton, por exemplo, é marcada pela peste de 1655 em Londres, ocasião em que Cambridge teve que ser fechada e em que ele se recolhe na fazenda de sua mãe para um período denominado por seus biógrafos como “os anos admiráveis”. Cf. GLEICK, James. Isaac Newton, 2004.

⁸⁸ GADAMER, Hans-Georg. A razão na época da ciência, 1983.

apenas “experimentavam” e “calculavam” o seu objeto, como também sustentavam o modelo de racionalidade e verdade de seus postulados. Alguns mais cientistas, como Galileu; outros mais filósofos, como Descartes⁸⁹.

A ciência moderna pretende “eliminar, ao final, todos os imprevistos da vida da sociedade, ao submeter todos os âmbitos da vida, ao controle científico”⁹⁰. Segundo Boaventura de Sousa Santos, “quando o desejável era impossível foi entregue a Deus; quando o desejável se tornou possível foi entregue à ciência”⁹¹ e, em razão disso, ela abandona os “cálculos esotéricos dos seus cultores para se transformar no fermento de uma transformação técnica e social sem precedentes na história da humanidade”⁹². A matemática passa a fornecer à ciência moderna não só o instrumento de análise, como também a lógica da investigação, fazendo do rigor científico sinônimo de quantificação e redução de complexidade⁹³. Tais pretensões se convertem nas características que marcam esse movimento, tais como a secularização, a subjetividade do sujeito do conhecimento, a transformação da *práxis* em *teoria aplicada* e a pretensão de neutralidade⁹⁴, que já podem ser percebidas na mecânica de Galileu e na filosofia de Descartes.

Para Gadamer, com a mecânica de Galileu e a difusão de seus processos em todo o campo da experiência, nasceu uma ideia de ciência que se separou dos fundamentos da *filosofia primeira* e de seu substancialismo, encontrando na matemática e na ideia de método a relação entre a abstração e a verificação através do “medir, pesar e contar”⁹⁵. Neste momento, a ciência se converte num “conhecimento de contextos domináveis através da investigação isolada” e, a partir daí, a aplicação prática de seus postulados passa a abarcar a sua própria essência⁹⁶. Galileu, recusando todo argumento de autoridade, “conduz uma luta apaixonada contra todas as formas de dogmatismo”⁹⁷, defende a linguagem matemática como aquela que foi usada por Deus para “escrever” sua grande obra, dando, portanto, “o passo decisivo para a substituição da concepção de Cosmos, unidade fechada de uma ordem hierárquica, pela do Universo, conjunto aberto ligado pela unidade de suas leis”⁹⁸. Na verdade, a Deus é reservado o papel fundamental da criação e ao homem todo o resto, inclusive o de ler

⁸⁹ Sobre o contexto de formação da ciência moderna, vide de Hilton Japiassu “Como nasceu a ciência moderna”, Hilton. Como nasceu a ciência moderna, 2007, p. 15-21.

⁹⁰ GADAMER, Hans-Georg. A razão na época da ciência, 1983, p. 84.

⁹¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. O social e o político na transição pós-moderna, 2003, p. 106.

⁹² SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as ciências, 2002, p. 7.

⁹³ Idem. Ibidem, p. 15.

⁹⁴ JAPIASSU, Hilton. Como nasceu a ciência moderna, 2007, p.13-15.

⁹⁵ GADAMER, Hans-Georg. A razão na época da ciência, 1983, p. 92.

⁹⁶ Idem. Ibidem, p. 42.

⁹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as ciências, 2002, p. 12.

⁹⁸ JAPIASSU, Hilton. Como nasceu a ciência moderna, 2007, p. 19.

seus “escritos” e de provar a sua “existência”, tendo esta última tarefa sido reservada fundamentalmente a Descartes.

1.2.2 A tradução filosófica de Descartes

Descartes é tido como o grande tradutor filosófico dessa nova ciência, muito embora também estivesse preocupado com questões científicas propriamente ditas⁹⁹. Seu objetivo era fundar um modelo de conhecimento científico que partisse de abstrações, superando “as correntes mágicas”, o “campo do senso comum”, “as qualidades sensíveis” e a “experiência imediata”¹⁰⁰. Para tanto, esse francês nascido em La Haye, cidade que hoje leva o seu nome, nega a possibilidade de uma *filosofia primeira* pautada na fé servir de fundamento para o conhecimento científico, muito embora não negue a necessidade de encontrar na filosofia o fundamento para as construções científicas. A filosofia em Descartes deverá proporcionar a segurança quanto aos pontos de partida do conhecimento científico, condição que poderá ser satisfeita com a transformação do conhecimento filosófico em uma espécie de “matemática universal”, isto é, de uma “ciência onde tudo é obtido a partir dos princípios básicos mais simples, por meio de rígidas deduções”¹⁰¹. Descartes promove, portanto, “uma verdadeira secularização da reflexão filosófica”¹⁰² estando o método no centro dessa revolução como o elemento “necessário para a busca da verdade”¹⁰³.

Na busca de seu ponto de partida, Descartes se depara com a necessidade de pensar aquilo que seria inexoravelmente verdade e que fosse traduzido por um postulado em relação ao qual tivéssemos certeza. Essa reflexão já o coloca na situação cognitiva necessária para a articulação de qualquer pensamento, isto é, a *dúvida* como sendo a suspensão provisória do juízo¹⁰⁴. Da *dúvida*, conclui sobre a única certeza possível: o *cogito*.

(...) considerando que todos os pensamentos que temos quando acordados também nos podem ocorrer quando dormimos, sem que nenhum seja então verdadeiro, resolvi fingir que todas as coisas que haviam entrado no meu espírito não eram mais verdadeiras que as ilusões de meus sonhos. Mas logo depois atentei que, enquanto queria pensar assim que tudo era falso, era necessariamente preciso que eu, que o pensava, fosse alguma coisa. E, notando que esta verdade – penso logo existo – era tão firme e tão certa que todas as mais extravagantes suposições dos

⁹⁹ Descartes desenvolve trabalhos científicos em diversas áreas, tendo sido o Discurso do método uma obra voltada para introduzir futuros leitores na sua grande obra científica, o “Mundo”. Por força da condenação de Galileu, retarda a publicação de o “Mundo”, fato que só ocorreria em 1664, quase trinta anos após a publicação do “Discurso”.

¹⁰⁰ JAPIASSU, Hilton. Como nasceu a ciência moderna, 2007, p. 100.

¹⁰¹ STÖRIG, Hans Joachim. História geral da filosofia, 2008, p. 271.

¹⁰² JAPIASSU, Hilton. Como nasceu a ciência moderna, 2007, p. 104.

¹⁰³ DESCARTES, René. Regras para a orientação do espírito, 2007, p. 19.

¹⁰⁴ Idem. O discurso do método, 2003, p. 37.

céticos não eram capazes de abalar, julguei que podia admiti-la sem escrúpulo como o primeiro princípio da filosofia que buscava.¹⁰⁵

Com o *cogito*, Descartes não apenas confere aos homens a condição “ser racional”, possibilitando a todos a “faculdade de produzir raciocínios, vale dizer, encadear ideias e discernir o verdadeiro do falso”¹⁰⁶, como também deduz a existência de Deus¹⁰⁷. Sobre a razão, ele inicia seu *Discurso* declarando que “o bom senso é a coisa mais bem distribuída do mundo, pois cada um pensa estar tão bem provido dele, que mesmo aqueles mais difíceis de se satisfazerem com qualquer outra coisa não costumam desejar mais bom senso do que têm”¹⁰⁸ e conclui que “a diversidade de nossas opiniões não decorre de uns serem mais razoáveis que os outros, mas somente de que conduzimos nossos pensamentos por diversas vias, e não consideramos as mesmas coisas”¹⁰⁹.

Desse modo, seguindo o mesmo caminho e considerando as mesmas coisas, sempre chegaremos ao mesmo lugar. Com isso, Descartes funda o conceito de método que marcará a ciência moderna, um modelo constitutivo¹¹⁰ e que servirá de contraponto para aqueles que irão em seguida negar a possibilidade de aplicação desses métodos constitutivos¹¹¹. Nas “Regras para a orientação do espírito” descreve o método como aquilo que “consiste na ordem e na organização dos objetos sobre os quais se deve fazer incidir a penetração da inteligência para descobrir alguma verdade” e, em o “Discurso”, confessa que nele está contido “tudo o que dá certeza às regras da matemática”¹¹². Desse modo, ser um “cartesiano” não é simplesmente utilizar modelos silogísticos, até porque Aristóteles já havia descrito o modo como opera o raciocínio dedutivo, mas principalmente acreditar que a verdade está diretamente associada a um caminho universal previamente determinado para se chegar a ela.

¹⁰⁵ Idem. *Ibidem*, p. 38.

¹⁰⁶ JAPIASSU, Hilton. *Como nasceu a ciência moderna*, 2007, p. 100.

¹⁰⁷ DESCARTES, René. *O discurso do método*, 2003, p. 39-40. “Por certo, se julguei depois que se podia duvidar dessas coisas, não foi por outra razão senão porque me vinha ao espírito que talvez algum Deus tivesse podido me dar uma natureza tal que eu me enganasse mesmo no tocante às coisas que me parecem mais manifestas”. DESCARTES, René. *Meditações metafísicas*, 2005, p.59.

¹⁰⁸ Idem. *O discurso do método*, 2003, p. 5.

¹⁰⁹ Idem. *Ibidem*, p. 5.

¹¹⁰ Em síntese, Descartes formula quatro regras para a construção do conhecimento verdadeiro: a) só tomar como verdadeiro o que nos aparece como evidente e conduzir nossas ideias com ordem, começando pelas mais simples e fáceis; b) a regra da análise e decomposição dos problemas; c) a da ordem e d) a da enumeração dos problemas. Cf. JAPIASSU, Hilton. *Como nasceu a ciência moderna*, 2007, p. 101. Em *Regras para a orientação do espírito*, Descartes dilui seus postulados em vinte e uma regras. DESCARTES, René. *Regras para a orientação do espírito*, 2007.

¹¹¹ Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2003.

¹¹² DESCARTES, René. *O discurso do método*, 2003, p. 25-26. Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Sobre a originalidade da ciência*, 2007, p.12.

A postura racionalista de Descartes, não obstante tenha sido decisiva para a filosofia moderna, enfrentará problemas na sua caminhada para a afirmação, principalmente por ignorar o papel da experiência, fundamental para o desenvolvimento ulterior da ciência¹¹³. Por outro lado, Machado Neto nos conta que o “caminho encontrado por Bacon para a tão audaciosa aventura de libertar a filosofia da tutela teológica, foi, porém, um caminho que a reduziu à pura experiência empírica, confundindo-a, pois, com a ciência positiva”¹¹⁴. Assim, a aposta de Bacon – que seguia um caminho totalmente oposto ao de Descartes, a ordem das coisas e não da razão – acaba frustrada, na medida em que ele não percebeu que “a experiência não dispensa a teoria prévia, o pensamento dedutivo ou até mesmo a especulação, mas força qualquer deles a não dispensarem, enquanto instância de confirmação última, a observação dos fatos”¹¹⁵. De qualquer modo, o debate entre os seguidores de Descartes e os de Bacon instaura uma cisão no pensamento da modernidade barroca, gerando a clássica divisão entre os racionalistas franceses e os empiristas ingleses, opostos que somente irão se reaproximar com a tentativa conciliadora de Kant.

1.3 A TÉCNICA MODERNA

1.3.1 A aliança entre ciência e técnica

A ciência moderna ingressa em uma “nova aventura, cujo instrumento pedagógico é anunciado por Descartes ao formular o projeto de se instituir escolas profissionais onde ensinariam ‘mestres hábeis em matemática e física’ capazes de responder a todas as questões dos artesãos e de os levarem a novas descobertas”¹¹⁶. A ruptura da ciência com o modelo contemplativo grego impulsiona a ciência para investigações funcionais, deixando de ser a “soma do saber e daquilo que é digno de ser sabido” e passa a ser “um caminho para avançar e penetrar num âmbito não investigado”¹¹⁷, onde a busca do conhecimento estará atrelada a uma aplicação e, conseqüentemente, comprometida com os interesses que giram em torno dos fins propostos. Neste momento, nasce uma nova forma de *práxis*, distante da ação do homem na polis e ligada com o comprometimento da ciência com o domínio e transformação da natureza. Dirá Descartes:

Pois elas [noções gerais sobre física] me mostraram que é possível chegar a conhecimentos muito úteis à vida, e que, ao invés dessa filosofia especulativa

¹¹³ Cf. JAPIASSU, Hilton. Como nasceu a ciência moderna, 2007, p. 103.

¹¹⁴ MACHADO NETO, A. L. Filosofia da filosofia, 1958, p. 33.

¹¹⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as ciências, 2002, p. 13.

¹¹⁶ JAPIASSU, Hilton. Como nasceu a ciência moderna, 2007, p. 122.

¹¹⁷ GADAMER, Hans-Georg. A razão na época da ciência, 1983, p. 41.

ensinada nas escolas, pode-se encontrar uma filosofia prática, mediante a qual, conhecendo a força e as ações do fogo, da água, do ar, dos astros, dos céus e de todos os outros corpos que nos rodeiam, tão distintamente como conhecemos os diversos ofícios de nossos artesãos, poderíamos empregá-las do mesmo modo em todos os usos a que são adequadas e assim nos tornarmos como que senhores e pensadores da natureza.¹¹⁸

A nova *práxis* moderna representa a aliança entre ciência e técnica, ou seja, a decadência da *práxis* grega na técnica moderna¹¹⁹, perdendo a autonomia criativa presente nos gregos e se colocando em oposição a *theoria*¹²⁰. Se para Aristóteles técnica era produção, na modernidade ela não passará de uma re-produção, na medida em que a criatividade foi duplamente solapada, seja na decisão imediatamente anterior ao momento em que a ciência dita o que vai ser reproduzido, seja em uma alienação primária decorrente da própria incapacidade da ciência moderna pensar a criatividade, ficando esta camuflada por uma *pseudo* objetividade decorrente de um método que nasce no *cogito*. Uma vez encoberta sobre o mito da objetividade, a criatividade no mundo moderno acaba se transformando em arbitrariedade.

Quanto à questão da técnica moderna, formam-se duas linhas de análise fundamentais para a sua reflexão, uma mais superficial desenvolvida pela Escola de Frankfurt e outra mais profunda desenvolvida por Heidegger. Na primeira linha, a crítica de Marcuse a Weber denunciada por Habermas demonstra que “*el concepto de razón técnica es quizá él mismo ideología*”, uma vez que na técnica “*se proyecta lo que una sociedad y los intereses en ella dominantes tienen el propósito de hacer con los hombres y con las cosas*”¹²¹. Essa é a condição de possibilidade para que a ciência moderna, aliada com uma técnica não menos moderna, se transformasse em força produtiva. Essa aliança, contudo, ainda que profetizada no séc. XVII, somente será completada ao longo do séc. XIX com a consolidação do sistema capitalista.

La ciencia moderna asume en este contexto una función peculiar. A diferencia de las ciencias filosóficas de viejo cuño, las ciencias experimentales modernas vienen desarrollándose desde los días de Galileo en un marco metodológico de referencia que refleja el punto de vista trascendental de la posible disposición técnica. Las ciencias modernas generan por ello un saber, que por su forma (no por su intención subjetiva) es un saber técnicamente utilizable, si bien, en general, las oportunidades de aplicación sólo se dieron posteriormente. Hasta fines del siglo XIX no se registra una interdependencia de ciencia e técnica. Hasta entonces la ciencia moderna no contribuyó a la aceleración del desarrollo técnico y, por tanto, tampoco a la presión racionalizadora que se ejerce desde abajo. (...) Desde fines

¹¹⁸ DESCARTES, René. O discurso do método, 2003, p. 69.

¹¹⁹ GADAMER, Hans-Georg. A razão na época da ciência, 1983, p. 45.

¹²⁰ Idem. Ibidem, p. 41.

¹²¹ HABERMAS, Jürgen. Ciencia y técnica como “ideología”, 1999, p. 55.

*del siglo XIX se impone cada vez con más fuerza la otra tendencia evolutiva que caracteriza al capitalismo tardío: la de la cientificación de la técnica.*¹²²

Mas a técnica pode ser concebida por uma outra perspectiva, que não a coloca no plano secundário diante da ciência, mas como a “essência” que a determina e que a possibilita. A essa visão corresponde a análise de Heidegger.

1.3.2 Heidegger e a essência da técnica

Na análise feita por Heidegger, a técnica assumirá uma face que está para além de sua condição instrumental. Stein¹²³ aponta que o autor toma a “questão da técnica” por um longo caminho em torno do “mundo”, que se inicia nas reflexões já presentes em *Ser e tempo*¹²⁴ sobre a “instrumentalidade”, seguida daquelas desenvolvidas em “A origem da obra de arte”, sobre a “utensilidade”, e no ensaio “A coisa”¹²⁵, sobre a “coisalidade”. Ao final, Heidegger é levado a se perguntar sobre qual é, verdadeiramente, o “ser” da técnica, o que é feito em “A questão da técnica”¹²⁶. Nesse texto, Heidegger oferece uma análise de sucessivas questões ligadas à técnica, na tentativa de demonstrar que a “essência da técnica não é nada técnico”¹²⁷. No primeiro momento, chama a atenção para as visões que se têm da técnica, seja ela como “meio para um fim”, seja ela como uma “atividade humana”, e conclui que as duas se complementam, razão pela qual é possível falar em uma definição instrumental e antropológica¹²⁸ que seria válida, inclusive, para a técnica moderna¹²⁹. Mas Heidegger insiste que essa resposta não é satisfatória para chegarmos à *essência* da técnica, sendo ainda necessário “procurar o verdadeiro através e por dentro do correto”¹³⁰. Neste momento, busca uma releitura das noções de *causa* em Aristóteles¹³¹, para mostrar que “tudo que a posteridade procurou entre os gregos com a concepção e com o título de

¹²² HABERMAS, Jürgen. *Ciência y técnica como “ideología”*, 1999, p. 79-80 e 86.

¹²³ STEIN, Ernildo. *Introdução ao pensamento de Martin Heidegger*, 2002, p. 157-159.

¹²⁴ Ver no § 15º a análise sobre a instrumentalidade. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, 2005, p. 108-114.

¹²⁵ HEIDEGGER, Martin. *A coisa*, 2007, p. 143-160.

¹²⁶ “Questionar a técnica significa, portanto, perguntar o que ela é”. HEIDEGGER, Martin. *A questão da técnica*, 2007, p. 11.

¹²⁷ HEIDEGGER, Martin. *A questão da técnica*, in *Ensaio e conferências*, 2007, p. 11.

¹²⁸ Idem. *Ibidem*, 2007, p. 12.

¹²⁹ “Permanece, portanto, correto: também a técnica moderna é meio para um fim”. HEIDEGGER, Martin. *A questão da técnica*, 2007, p. 12.

¹³⁰ HEIDEGGER, Martin. *A questão da técnica*, 2007, p. 13.

¹³¹ “A filosofia ensina há séculos que existem quatro causas: 1) a *causa materialis*, o material, a matéria de que se faz um cálice de prata; 2) a *causa formalis*, a forma, a figura em que se insere o material; 3) a *causa finalis*, o fim, por exemplo, o oculto do sacrifício que determina a forma e a matéria do cálice usado; 4) a *causa efficiens*, o ourives que produz o efeito, o cálice realizado, pronto.” HEIDEGGER, Martin. *A questão da técnica*, 2007, p. 13.

‘causalidade’ nada tem a ver com a eficiência e a causa de um fazer”¹³². Valendo-se do exemplo do “cálice de prata” como um “utensílio sacrificial”, Heidegger afirma que suas *causas* material e formal (prata e formato de cálice) não são responsáveis por sua condição como tal, mas, sobretudo, por um terceiro modo. “Trata-se daquilo que o define, de maneira prévia e antecipada, pondo o cálice na esfera do sagrado e da libação”. Dirá Heidegger, porém, que, com este fim, “o utensílio não termina ou deixa de ser, mas começa a ser o que será depois de pronto”¹³³.

Desse modo, Heidegger demonstra que a técnica dos gregos não envolve uma causa, mas como visto anteriormente, uma arte que deve ser cumprida com responsabilidade. A causalidade se insere em uma dimensão criadora e, enquanto tal, é “um trazer para o desvelamento”¹³⁴ pela pro-dução.

A pro-dução conduz do encobrimento para o desencobrimento. Só se dá no sentido próprio de uma pro-dução, enquanto e na medida em que alguma coisa encoberta chega ao des-encobrir-se. Este chegar repousa e oscila no processo que chamamos de desencobrimento. Para tal, os gregos possuíam a palavra *ἀλήθεια*. Os romanos traduziram por *veritas*. Nós dizemos “verdade” e a entendemos geralmente como o correto de uma representação¹³⁵.

Mas, se a técnica dos gregos pode ser vista como uma pro-dução desveladora, o mesmo não se aplica à técnica moderna¹³⁶. Qual seria então a essência da técnica moderna? Para esta pergunta, o filósofo não se contenta apenas com a constatação de que se trata de uma técnica aliada à ciência moderna, indo a fundo e constatando que, diferentemente da técnica grega, a técnica moderna “é uma exploração que impõe à natureza a pretensão de fornecer energia, capaz de, como tal, ser beneficiada e armazenada”¹³⁷. A técnica moderna coloca a natureza à “dis-posição” em um processamento que já vem “pré-dis-posto a promover uma outra coisa, a saber, o máximo de rendimento possível com o mínimo do gasto”¹³⁸. Ao armazenar a energia da natureza, a técnica se coloca em uma situação privilegiada, colocando o próprio homem à sua “dis-posição”¹³⁹, já que a “pro-dução” pode, nestas condições, tornar-se meramente uma re-pro-dução. A essa “força de reunião daquele por que põe, ou seja, que desafia o homem a des-encobrir o real no modo da disposição, como

¹³² HEIDEGGER, Martin. A questão da técnica, in Ensaio e conferências, 2007, p. 14.

¹³³ Idem. Ibidem, p. 14. Heidegger questiona a tradução da palavra grega *τέλος* (telos), já que “responde pelo que, na matéria e no perfil, também responde pelo utensílio sacrificial”.

¹³⁴ STEIN, Ernildo. Introdução ao pensamento de Martin Heidegger, 2002, p.161.

¹³⁵ HEIDEGGER, Martin. A questão da técnica, 2007, p. 16.

¹³⁶ Idem. Ibidem, p. 18.

¹³⁷ Idem. Ibidem, p. 19.

¹³⁸ Idem. Ibidem, p. 19.

¹³⁹ Idem. Ibidem, p. 21-22.

dis-ponibilidade”, Heidegger denominará de “com-posição”¹⁴⁰. A caracterização essencial da técnica moderna reside, portanto, na sua “com-posição” como um “novo princípio de existência, no correlato esquecimento de sua condição humana, na progressiva maquinação dos entes em geral, em um evento radical e misterioso, que termina por prescrever ao existente uma forma de vida ordenada, uniforme, calculável e automática”¹⁴¹.

O homem, uma vez imerso na “com-posição”, ao fazer ciência já está sob os domínios da essência dessa técnica, razão pela qual Heidegger não considera a técnica moderna como uma simples aplicação das ciências naturais¹⁴². Ao optar por uma determinada investigação e, portanto, antes mesmo de construir máquinas para viabilizar a aplicação prática das descobertas sobre a natureza, o homem já está à disposição da técnica, pois essa opção já é consequência direta de sua “dis-posição”. Em razão disso, o surgimento da técnica enquanto manifestação instrumental não coincide cronologicamente com os efeitos da *essência* da técnica.

A técnica moderna precisa utilizar as ciências exatas da natureza porque sua essência repousa na com-posição. Assim, nasce a aparência enganosa de que a técnica moderna se reduz à aplicação das ciências naturais. Esta aparência apenas se deixa manter enquanto não se questionar, de modo suficiente, nem a proveniência da ciência moderna e nem a essência da técnica moderna.¹⁴³

Heidegger, portanto, não nega a relação da ciência com a técnica, nem mesmo a dimensão instrumental que possibilita uma ciência operativa, apenas chama a atenção para as limitações dessa análise, sustentando que essa aliança é resultado de um domínio anterior, da “com-posição” decorrente da “dis-posição”, ou seja, daquilo que é a *essência* da técnica. Ele também não vê a técnica como algo demoníaco, na medida em que o “perigo” não se encontra nas máquinas, mas na “com-posição” e no “mistério de sua essência”¹⁴⁴. Portanto, o homem se encontra exposto ao *perigo* presente no destino que rege a “com-posição”, entre a possibilidade de seguir fora do comando – e “tirar daí todos seus parâmetros e todas as suas medidas” – e a possibilidade de se empenhar “num modo cada vez mais originário, pela essência do que se des-encobre e (pelo) seu desencobrimento, com a finalidade de assumir, como sua própria essência, a pertença ao desencobrimento”¹⁴⁵. Assim, é no perigo e na consciência de sua existência, que nasce a possibilidade de salvação. A

¹⁴⁰ O termo alemão *Gestell* surge normalmente em espanhol como “*armazón*”, sendo encontrado também em traduções para o português como “*armação*”. Cf. RÜDIGER, Franciso. Martin Heidegger e a questão da técnica, 2006, p. 145.

¹⁴¹ RÜDIGER, Franciso. Martin Heidegger e a questão da técnica, 2006, p. 45.

¹⁴² HEIDEGGER, Martin. A questão da técnica, in Ensaios e conferências, 2007, p. 24.

¹⁴³ Idem. Ibidem, p. 26.

¹⁴⁴ Idem. Ibidem, p. 30. O caráter não demoníaco da técnica será determinante para as reflexões que faremos sobre a regra jurídica.

¹⁴⁵ Idem. Ibidem, p. 28-29.

salvação envolve a retomada do domínio e a desmontagem da “com-posição”, cujo primeiro passo é ter em mente o perigo para, em seguida, retomar a técnica em sua matriz originária, onde sua essência coloca as coisas à disposição de um homem que cria com a técnica e, com ela, *produz arte*.

A crise contemporânea da ciência está diretamente relacionada ao destino do homem guiado pela técnica moderna¹⁴⁶. “Se não podemos mais pensar e viver sem ela, talvez dela morreremos”¹⁴⁷, isto porque, ao decidirmos “colher os frutos” das suas conquistas tecnológicas, colocamo-nos à sua “disposição”, sem a possibilidade de uma retomada imediata do comando. O projeto prévio que no mundo grego estava no comando do artesão como um artista e no político como um homem prudente, agora se encontra nas mãos da técnica moderna e não está mais restrito aos esquemas de domínio da natureza, mas alastrado por todos os setores, inclusive na administração pública. Como afirma Gadamer, “só o século XX é determinado através da técnica de uma maneira nova, na medida em que lentamente se processa a passagem do poder técnico do domínio das forças naturais para a vida social”¹⁴⁸. A técnica que colocou o homem à disposição da bomba atômica no final da primeira metade do século é a mesma técnica que coloca os pacientes do Sistema Integrado de Saúde – SUS à disposição do orçamento. É a mesma “lógica”, o mesmo movimento, a mesma “com-posição”¹⁴⁹.

A tecnocracia é o governo da técnica e é, de fato, impessoal. Mas, na verdade, não é o tipo de impessoalidade em que acreditamos, isto é, sinônimo de ausência de interesses particulares e de designação do bem geral, mas sim na impessoalidade como ausência de pessoas no comando. A ética e a política aristotélica, que se moviam na *práxis*, são substituídas por um modelo onde o homem não passa de uma estrutura do sistema, o que nos permite fazer uma associação entre a “essência da técnica moderna” denunciada por Heidegger com o modelo de sistemas autopoieticos descritos por Luhmann¹⁵⁰. Tudo isso “conduz à decadência da *práxis* na técnica e, não por culpa dos especialistas, à decadência na desrazão social”¹⁵¹. Mas, ao contrário de Luhmann – que não se preocupa com a “salvação”

¹⁴⁶ Sobre a crise da ciência moderna, vide: SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as ciências, 2002.

¹⁴⁷ JAPIASSU, Hilton. Como nasceu a ciência moderna, 2007, p. 119. Cf. GADAMER, Hans-Georg. Sobre a originalidade da ciência, 2007, p. 12-13.

¹⁴⁸ GADAMER, Hans-Georg. A razão na época da ciência, 1983, p. 43.

¹⁴⁹ “Os especialistas são realmente uma figura imprescindível para o domínio técnico dos processos. Ocupa o lugar do artesão. Porém este especialista deve substituir também a experiência prática e social. Esta é a expectativa que a sociedade deposita nele e que não pode realizar, com honesta convicção e auto-avaliação sóbria e metódica”. GADAMER, Hans-Georg. A razão na época da ciência, 1983, p. 44.

¹⁵⁰ LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad, 2002.

¹⁵¹ GADAMER, Hans-Georg. A razão na época da ciência, 1983, p. 45.

¹⁵² – com Heidegger, Gadamer e Ortega y Gasset, acreditamos que a técnica há de sucumbir pela sua falta de “fantasia”, ainda que tenhamos que chegar muito próximos ao perigo extremo. Em sendo assim, teremos de verificar o modo como a filosofia se comporta na modernidade diante da ciência, em um caminho que nos levará à fenomenologia de Heidegger e à hermenêutica filosófica de Gadamer.

1.4 A FILOSOFIA MODERNA E SUA RELAÇÃO COM A CIÊNCIA

Os cientistas do séc. XVII eram, em geral, também filósofos e teólogos. Voltavam seus estudos para um saber especializado na tentativa de descobrir ou comprovar as causas de determinados fenômenos, mas também se preocupavam com o modelo de racionalidade desse saber e de sua relação com Deus. Descartes é, certamente, o maior exemplo dessa múltipla função, muito embora, como vimos, sua contribuição tenha sido efetivamente decisiva no campo filosófico. Funda-se com ele um novo modelo de filosofia, que se apresentava a partir de grandes sistemas filosóficos cuja tarefa e caracterização eram “reunir o incócilável, ou seja, ordenar o isolado da investigação do particular, no todo da experiência de mundo”¹⁵³. Ao lado de Descartes nessa empreitada estavam Spinoza e Leibniz, cujos trabalhos possuem traços comuns: “o ideal matemático do conhecimento, a tentativa de encontrar para a filosofia um método do conhecimento universalmente válido e seguro, o predomínio da razão, e, por último, o empenho por criar um sistema filosófico equilibrado, baseado em poucos conceitos básicos seguros”¹⁵⁴. O método passa a ser a preocupação fundamental da filosofia, que não estará pautada na *práxis*, mas no próprio método, gerando uma circularidade viciosa¹⁵⁵. De todo modo, a ideia era cindir definitivamente o problema metafísico do problema do conhecimento, fazendo deste o único

¹⁵² Luhmann propõe uma teoria pós-ontológica, eliminando a possibilidade de pretensões de racionalidade a partir daquilo que é construído no mundo da vida, especialmente em razão da complexidade social. A rigor, Luhmann não elimina o sujeito da sua teoria, apenas nega a sua condição de agente diretor, mas concebendo-o como uma das estruturas do sistema, que é justamente o que acontece quando o sujeito se perde na “essência da técnica moderna” e passa a sua disposição.

¹⁵³ GADAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*, 1983, p. 93.

¹⁵⁴ STÖRIG, Hans Joachim. *História geral da filosofia*, 2008, p. 269.

¹⁵⁵ Sobre a tentativa de provar a existência de Deus, Descartes é questionado: “como provar Deus sem aquela regra da verdade? Alguns viram aí um círculo. O pensamento dirige-se a Deus e demonstra-o, mas para tanto é obrigado a pressupor a validade de uma regra que só seria inteiramente válida após a certeza da existência e bondade de Deus, justo o que se deveria provar”. SANTIAGO, Homero. *Introdução às Meditações metafísicas*, 2005, p. XXII.

problema que interessava. No positivismo científico do séc. XIX esse problema assume um fundamentalismo desmedido¹⁵⁶, mas em Kant “torna-se o problema crítico”¹⁵⁷.

1.4.1 O giro copernicano de Kant

Kant busca uma nova fundamentação para a metafísica, já que ela se vê em meio a diversas concepções dogmáticas, o que acaba gerando tendências céticas em relação à possibilidade de construção de uma *filosofia primeira*. Kant toma os racionalistas como dogmáticos e despóticos porque impõem ao homem determinadas suposições básicas sem análise prévia da razão, a exemplo de teses como a natureza simples e imortal da alma ou de que o mundo possui um começo e de que Deus existe¹⁵⁸. Assim, a fundamentação matemática da metafísica que parte de Descartes, amadurece com Leibniz e atinge em Wolff a perfeição racionalista, acabará encontrando no ceticismo empirista de David Hume um contraponto necessário¹⁵⁹. É, portanto, em meio à tensão entre as mais variadas manifestações de metafísicas dogmáticas, bem como ao consequente ceticismo empirista, que Immanuel Kant se encontra ao conceber a sua *filosofia crítica*¹⁶⁰. Em Kant, *crítica* não significa desconstrução ou desaprovação de um determinado modelo, mas “a solução do problema da possibilidade ou impossibilidade de uma metafísica em geral e a determinação tanto das suas fontes como da sua extensão e limites”, bem como os princípios que asseguram o seu modelo¹⁶¹. *Crítica* em Kant é, portanto, sinônimo de “perscrutação, exame, determinação dos

¹⁵⁶ “A doutrina positivista, cujo fundador foi A. Comte (1798-1857), teve profunda influência na ciência posterior. Ela é constantemente retomada sob novas formas. Pode ser expressa, de um ponto de vista filosófico, pela confiança excessiva que a sociedade industrial depositou na ciência experimental. Embora pretenda negar toda filosofia, ela elabora uma verdadeira filosofia da ciência, cujos princípios poderão ser resumidos nas seguintes afirmações: a) as únicas verdades a que podemos e devemos nos referir são os enunciados das ciências experimentais: trata-se de verdades claras, unívocas e imutáveis; b) todo e qualquer outro tipo de juízo deve ser abandonado como sendo teológico ou filosófico; c) a função das ciências experimentais não é a de *explicar* os fenômenos, mas a de *prevê-los*, e de *prevê-los* para *dominá-los*; o que importa não é saber o “porquê”, mas o “como” das ciências; d) o aparecimento da ciência esboçaria, para a humanidade, um mundo inteiramente novo, possibilitando-o viver na “ordem” e no “progresso”. Portanto, para Comte, o papel da filosofia ficaria reduzido a uma função de síntese vulgarizadora e de pregação moral. Todavia, não tardou a serem mostradas as insuficiências filosóficas do positivismo.” JAPIASSU, Hilton. Introdução ao pensamento epistemológico, 1992. p. 66-67.

¹⁵⁷ STEIN, Ernildo. Uma breve introdução à filosofia, 2002, p. 148.

¹⁵⁸ HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant, 2005, p. 35.

¹⁵⁹ MORUJÃO, Alexandre Fradique. Prefácio da tradução portuguesa da Crítica da Razão Pura, 2001.

¹⁶⁰ Kant chama a atenção para o modo como Locke se coloca nesse contexto: “Modernamente, houve um momento em que parecia irremediavelmente terminar todas essas disputas, graças a uma certa fisiologia do entendimento humano – do célebre Locke – e a ser decidida inteiramente a legitimidade dessas pretensões”. KANT, Immanuel. Crítica da razão pura, 2006, p. 16. Mas foi David Hume o filósofo cujo ceticismo despertou Kant do “sono dogmático”. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant, 2005, p. 17 e 36.

¹⁶¹ KANT, Immanuel. Crítica da razão pura, 2006, p. 17.

limites”¹⁶² do nosso conhecimento; “um convite à razão para de novo empreender a mais difícil das suas tarefas, a do conhecimento de si mesma e da constituição de um tribunal que lhe assegure as pretensões legítimas” e, em contrapartida, “possa condenar-lhe todas as presunções infundadas”, tudo isso, “não por decisão arbitrária, mas em nome das suas leis eternas e imutáveis”¹⁶³.

Mas, como seria possível fugir da arbitrariedade dogmática da metafísica racionalista, que tomava como verdades pontos de partida já decorrentes da experiência e, ao mesmo tempo, não cair no ceticismo empirista? A resposta para essa questão passa por aquilo que ficou eternizado como “revolução copernicana na filosofia”. Kant transfere para o sujeito transcendental o papel regulador do conhecimento, a partir da possibilidade de um conhecimento *a priori* dos objetos¹⁶⁴. Com isso, “os objetos do conhecimento objetivo não aparecem por si mesmos”, devendo ser “trazidos à luz pelo sujeito (transcendental)”¹⁶⁵. O sistema kantiano ainda se encontra estruturado no modelo cognitivo sujeito-objeto e, em razão disso, ao tentar quebrar o que ele chama de metafísica dogmática e despótica¹⁶⁶ acaba inaugurando uma outra forma de metafísica, estabelecida a partir das representações de um sujeito solipsista. Segundo Gadamer, por mais que Kant rejeitasse como “metafísica dogmática” a síntese leibniziana e o ideal de um conhecimento, seu trabalho não deixava de “entender-se a si mesmo dentro do horizonte de questões da metafísica”¹⁶⁷. Com Kant, a filosofia não vai mais começar como uma metafísica que vê na *coisa* um sentido imanente, assumindo uma nova feição que pode ser retratada como uma “metafísica científica”¹⁶⁸.

A “Crítica da razão pura” é, pois, o primeiro passo dessa empreitada¹⁶⁹. Nela, Kant distingue as etapas do processo cognitivo a partir da sensibilidade, entendimento e razão¹⁷⁰. Na primeira, temos o contato imediato com o objeto sensível, já que

¹⁶² STÖRIG, Hans Joachim. História Geral da Filosofia, 2008, p. 339.

¹⁶³ KANT, Immanuel. Crítica da razão pura, 2006, p. 17.

¹⁶⁴ O próprio Kant explica a analogia com Copérnico, na medida em que este “não podendo prosseguir na explicação dos movimentos celestes enquanto admitia que toda a multidão de estrelas se movia em torno do espectador, tentou, objetivando melhor resultado, fazer antes girar o espectador e deixar os astros imóveis”. KANT, Immanuel. Crítica da razão pura, 2006, p. 28-29.

¹⁶⁵ HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant, 2005, p. 45.

¹⁶⁶ KANT, Immanuel. Crítica da razão pura, 2006, p. 16.

¹⁶⁷ GADAMER, Hans-Georg. A razão na época da ciência, 1983, p. 94.

¹⁶⁸ HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant, 2005, p. XX.

¹⁶⁹ A biografia de Kant mostra uma fase anterior à fase crítica, comumente chamada de “fase pré-crítica”, com obras como a dissertação para ingresso na cátedra de lógica e metafísica na Universidade de Königsberg intitulada “Da forma e princípios do mundo sensível e do inteligível” (1770).

¹⁷⁰ “Nosso conhecimento global começa pelos sentidos, passa ao entendimento e termina na razão”. KANT, Immanuel. Crítica da razão pura, 2006, p. 270.

somos dotados da “capacidade de receber representações”¹⁷¹; na segunda, encontramos a “faculdade dos conhecimentos”¹⁷², possibilitada em “funções do juízo”¹⁷³ denominadas de categorias, que são “conceitos *a priori*” de determinados objetos¹⁷⁴; por último, valemo-nos das “ideias transcendentais”, onde “se manifesta determinada coerência e determinada unidade e que, por meio delas, a razão pura constitui em sistema todos os seus conhecimentos”¹⁷⁵. Com isso, Kant constata que os conhecimentos podem ser validados *a posteriori* ou *a priori*, consoante o caráter determinante ou não da experiência¹⁷⁶, sendo que os juízos que deles podemos construir como resultado do conhecimento podem ser *analíticos* ou *sintéticos*¹⁷⁷. Os *juízos analíticos* são tautológicos e, com isso, não dependem de uma validação *a posteriori*. Designam qualidades inerentes ao próprio objeto do conhecimento, tornando a adjetivação um reforço explicativo de uma característica a ele já inerente, a exemplo do juízo “todo corpo é extenso”¹⁷⁸. Os *juízos analíticos* não necessitam ser validados *a posteriori*, na medida em que a experiência, tão somente, reafirmaria o que já teria sido constatado em face do objeto de análise. Os *juízos sintéticos*, por sua vez, são aqueles cuja adjetivação representa uma adição sentido ao objeto, normalmente validados a partir da experiência. Portanto, se é dito que a área de uma determinada praça localizada no centro de Salvador é maior que a área ocupada por um campo de futebol, tal característica somente poderá ser comprovada mediante a verificação empírica da área da praça e da área do campo. Não é possível dizer *a priori* se tal juízo é ou não verdadeiro. Mas, a questão que se coloca e que torna a “Crítica da razão pura” intrigante é aquela que diz respeito aos juízos sintéticos *a priori*¹⁷⁹. Seria possível ir além das qualidades inerentes a um dado objeto e, conseqüentemente, ultrapassar as experiências já vivenciadas com ele para afirmar algo que

¹⁷¹ KANT, Immanuel. Crítica da razão pura, 2006, p. 65.

¹⁷² Idem. Ibidem, p. 127.

¹⁷³ Idem. Ibidem.

¹⁷⁴ Idem. Ibidem, p. 158. Para Kant, “a categoria não tem outro uso para o conhecimento das coisas que não seja sua aplicação aos objetos da experiência”, mas isso não significa que tais categorias decorram da experiência, sendo conceitos *a priori*. KANT, Immanuel. Crítica da razão pura, 2006, p. 136.

¹⁷⁵ KANT, Immanuel. Crítica da razão pura, 2006, p.291-292.

¹⁷⁶ “Ao menos, uma questão há, pois, que carece de estudo mais atento e que não se resolve à primeira vista, senão vejamos: se poderá haver um conhecimento tal, independente da experiência e de todas as impressões dos sentidos. Denomina-se *a priori* esse conhecimento e distingue-se do empírico, cuja origem é *a posteriori*, ou seja, na experiência.” KANT, Immanuel. Crítica da razão pura, 2006, p. 44.

¹⁷⁷ “Em todos os juízos em que for pensada a relação entre um sujeito e um predicado – considerando apenas os juízos afirmativos, porque depois é fácil a aplicação aos negativos –, é possível de dois modos esta relação. Ou o predicado B pertence ao sujeito A como algo que está contido implicitamente nesse conceito A, ou B está totalmente fora do conceito A, conquanto em ligação com ele. Analítico ao juízo, é como chamo no primeiro caso. No segundo, denomino sintético.” KANT, Immanuel. Crítica da razão pura, 2006, p.49.

¹⁷⁸ KANT, Immanuel. Crítica da razão pura, 2006, p. 50.

¹⁷⁹ “Pois que o verdadeiro problema da razão pura está contido na pergunta: como são possíveis os juízos sintéticos *a priori*?” KANT, Immanuel. Crítica da razão pura, 2006, p. 55.

poderia ser validado de modo *a priori*? Na resposta a esta questão se encontra, por um lado, as condições de possibilidade para a transcendência do sujeito e, por outro, a nossa finitude.

A partir da “Crítica da razão pura” será possível a formulação dos *juízos sintéticos a priori* e o primeiro exemplo que ela nos traz provém da matemática, quando seria possível afirmar que $5 + 7 = 12$, sem qualquer experiência prévia¹⁸⁰. Neste caso, não poderíamos admitir, segundo Kant, que no conceito de 12 já estivesse presente a soma destes dois números e que no conceito da soma de $5 + 7$, embora estivesse presente a adição desses dois números, não estaria presente o seu resultado¹⁸¹. Com isso a proposição aritmética é sempre *sintética*¹⁸². A matemática surge para Kant como uma possibilidade de construção de juízos sintéticos *a priori*, devendo a metafísica assumir o mesmo caminho; o caminho seguro das ciências. A partir daí Kant se perguntará sobre a possibilidade de uma metafísica pura, ou seja, de como é possível e quais os limites do estabelecimento de *juízos sintéticos a priori*. Dividida em duas grandes partes, Kant analisará na *estética transcendental* os princípios da sensibilidade ou da intuição *a priori*, enquanto que na *lógica transcendental* abordará o “pensar também para os conteúdos, colocando, assim, ao lado da lógica formal uma lógica material, embora válida *a priori*”¹⁸³.

Mas o projeto kantiano vai muito além da primeira crítica, embora seja essa a principal obra, contendo elementos imprescindíveis à compreensão de todos os seus desdobramentos. Do mesmo modo que ele se deixou levar pela indagação “que posso conhecer?”, Kant conclui que, além do conhecimento, o ser racional se confronta com duas outras indagações, uma sobre os dilemas práticos – “que devo fazer?” – e outra relativa ao problema religioso e histórico – “que me é permitido esperar?”. Para a questão moral-prática, Kant desenvolve sua segunda *crítica*, intitulada “Crítica da razão prática” (1788), enquanto que para a questão histórica não desenvolve um pensamento sistemático. Neste caso, os textos que podem ser considerados mais importantes são “*Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita* (1784), *Presumível início da história humana* (1786) e *Disputa das faculdades* (1798)”¹⁸⁴. A questão da religião também não recebe o tratamento sistemático relativo ao conhecimento e à ação, recebendo abordagens já na Crítica da razão prática e no livro “A religião dentro dos limites da simples razão” (1793).

¹⁸⁰ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*, 2006, p.53.

¹⁸¹ Idem. *Ibidem*, p. 53-54.

¹⁸² Idem. *Ibidem*, p. 53.

¹⁸³ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*, 2005, p. 81.

¹⁸⁴ Idem. *Ibidem*, p. 270-271.

Mas, “quem absolutiza essa tripartição desconsidera a importante tarefa mediadora da Crítica da faculdade do juízo”, voltada para a mediação entre o mundo natural e o mundo moral, concebendo-a “como elo intermediário entre entendimento e a razão”¹⁸⁵. Neste sentido, Stein chama a atenção para uma quarta indagação – “que é o homem?” – que representaria o ponto de partida para a constituição de uma antropologia filosófica como uma filosofia primeira, muito embora advirta que essa filosofia jamais poderia se constituir no sistema kantiano¹⁸⁶. Kant coloca as principais indagações filosóficas que moverão a filosofia contemporânea até então e que, ao mesmo tempo, proporcionarão uma releitura de toda a filosofia pré-kantiana.

O que temos que guardar, com plena lucidez, é o fato de que as transformações da filosofia prepararam o advento da ontologia da finitude, ainda que o próprio pensamento moderno não tenha sido capaz de conscientizar sobre as conseqüências de sua própria postura. Esta consciência abriu-se plenamente no século vinte. Diríamos até que ela constitui a raiz oculta de todo o florescimento da filosofia, em nosso século.

Foi o gênio de Kant que deu o passo decisivo da filosofia moderna. Numa clara explicação do que vinha seminalmente carregado pelos precursores da modernidade, o filósofo descerrou os horizontes para a meditação da questão da finitude. Não apenas o formalismo dos escolásticos de seu tempo, mas os novos desafios da ciência levaram Kant a rever a tradição ontoteológica, abrindo caminho para uma ontologia da finitude.¹⁸⁷

É, portanto, dentro desse horizonte que a relação entre ciência e filosofia assumirá em Kant um modelo verticalizado, onde a filosofia tem o papel de determinar o lugar da ciência e de referendar a racionalidade de seus postulados. Por outro lado, a filosofia que se assume como “julgadora” é justamente aquela que pretende se impor dentro dos limites seguros da ciência. Kant é, paradoxalmente, o ponto onde deságua as pretensões científicas da filosofia e, ao mesmo tempo, o ponto de partida para a retomada de uma filosofia deslocada dessa domesticação. Kant não só radicaliza a compreensão cartesiana da modernidade, como compreende a filosofia para além de uma teoria do conhecimento, na medida em que, partindo do sujeito abre as portas para uma autorreflexão sem precedentes na filosofia¹⁸⁸. Com os gregos, Kant retoma a tradição metafísica, introduz o elemento autorreflexivo e, com isso, vai além da tradição cartesiana de uma filosofia como teoria do

¹⁸⁵ Idem. Ibidem, p. 293. Milovic estrutura as críticas kantianas em quatro, valendo-se do modo como o objeto das mesmas se relacionam entre si: “Se a *Primeira crítica* discutiu a relação entre natureza e liberdade, se a *Segunda crítica* determinou a liberdade em relação ao sujeito mesmo e Terceira crítica colocou a questão da mediação entre liberdade e natureza, então uma possível Quarta crítica – exposta por Kant no livro *Metafísica dos costumes* – tenta responder à questão da possibilidade de determinação da liberdade em relação aos outros – e não apenas em relação ao indivíduo isoladamente”. MILOVIC, Miroslav. Kant. Dicionário de filosofia do direito, 2006, p. 500.

¹⁸⁶ STEIN, Ernildo. Uma breve introdução à filosofia, 2002, p. 151. Essa afirmação também foi feita no seu curso “Um universo singular da Filosofia: um autor examina a sua obra”, oferecido na PUC-RS.

¹⁸⁷ STEIN, Ernildo. Uma breve introdução à filosofia, 2002, p. 149.

¹⁸⁸ Cf. MILOVIC, Miroslav. Kant. Dicionário de filosofia do direito, 2006, p. 498-499.

conhecimento, na medida em que não entende possível pensar tudo a partir da questão teórica, o que resta comprovado em sua doutrina sobre a moral e o direito¹⁸⁹.

O “giro copernicano” de Kant na filosofia traria frutos dos quais, como ainda veremos, decorrem as linhas fundamentais para o caminho que estamos percorrendo, uma fundada por Hegel¹⁹⁰, renovador da dialética platônica e partidário das origens gregas da tradição filosófica e científica, e outra com a fenomenologia de Heidegger¹⁹¹. Kant é um divisor de águas e, a partir dele, estaremos com ele, contra ele, mas jamais sem ele.

1.4.2 O esquecimento da filosofia na modernidade

O debate entre racionalistas e empiristas proporciona a redução da importância da filosofia no cenário do conhecimento. Bacon subordinou a filosofia às ciências positivas, enquanto Descartes fez justamente o contrário, considerando a filosofia como “uma árvore cujas raízes são a metafísica, o tronco é a física e os ramos que saem deste tronco são todas as outras ciências”¹⁹². De qualquer forma, como aponta Machado Neto, “Descartes chegava, assim, por caminhos opostos aos de Bacon, às mesmas consequências baconianas, identificando filosofia e ciência. Apenas o acento recai, aqui, na filosofia, enquanto o empirista Bacon fazia-o incidir sobre a ciência”¹⁹³.

O séc. XVIII, no entanto, assistiria a um movimento que abriria novas possibilidades na relação entre ciência e filosofia, que passa pelo empirismo de Locke – que já concebia a filosofia como análise crítica do entendimento – e pelo ceticismo de Hume que acaba despertando Kant do sono dogmático¹⁹⁴. Mas, a impressão que fica é que o gênio de Kant não poderia ter sido bem compreendido naquela época. Ele morre em 1804, coincidentemente no ano em que o *code civil* napoleônico entrava em vigor e, com ele, a total domesticação de uma racionalidade moral prática. O longo séc. XIX veria o florescer de uma concepção científicista ainda mais radical, que não busca a cientificidade da filosofia, mas a presunçosa “filosoficidade” da ciência. Uma concepção que busca na ciência a sua auto-

¹⁸⁹ Cf MILOVIC, Miroslav. Kant. Dicionário de filosofia do direito, 2006, p. 500.

¹⁹⁰ HEGEL, G.W.F. Fenomenologia do espírito, 2007.

¹⁹¹ “Na obra do filósofo, existem duas clivagens, de certa maneira antagônicas, porém, complementares. Uma delas foi explorada por Hegel e a outra, por Heidegger”. STEIN, Ernildo. Uma breve introdução à filosofia, 2002, p. 163.

¹⁹² DESCARTES, René *apud* SANTIAGO, Homero. Prefácio das Meditações Metafísicas, 2005, p. XIII. O trecho se encontra em uma carta de Descartes a um dos tradutores da obra. Cf. MACHADO NETO, A. L. Filosofia da filosofia, 1958, p. 36.

¹⁹³ MACHADO NETO, A. L. Filosofia da filosofia, 1958, p. 36.

¹⁹⁴ C.f. MACHADO NETO, A. L. Filosofia da filosofia, 1958, p. 36-37.

suficiência e que reduz a filosofia a um glossário semântico comum a todas as áreas especializadas. O positivismo do séc. XIX de Comte e o sociologismo de Durkheim se contrapõem ao idealismo e não apenas sufoca as possibilidades de uma filosofia “ao velho estilo” – ou ao não tão novo estilo kantiano – como eleva a grau máximo a domesticação das ciências humanas pelas ciências naturais, já parcialmente afetadas desde Hobbes e Bacon¹⁹⁵. A epistemologia se transforma, completamente, em um produto autorreflexivo¹⁹⁶ e condena a filosofia a um percurso isolado em busca de sua reafirmação.

Mas, se no perigo extremo é onde estaremos mais perto da salvação, o séc. XIX sorrateiramente apontará outros caminhos. Por um lado, os próprios cientistas começam em seu processo autorreflexivo a indagar sobre as possibilidades de um modelo epistemológico único, questão colocada em pauta por Dilthey¹⁹⁷, “desde a primeiríssima germinação de seus esforços intelectuais, lá por 1860, até suas últimas anotações”, ao colocar “todo o trabalho de sua vida sob o ‘Leitmotiv’ de uma crítica da razão histórica, cuja tarefa seria a de legitimar gnosiologicamente o nível científico das ciências do espírito”¹⁹⁸. Por outro, com Hegel¹⁹⁹, ainda que essa busca esteja diretamente influenciada pela necessária justificação metodológica, contém ingredientes decisivos na retomada de um estatuto autônomo para a filosofia. Há, como aponta Ernildo Stein, um caminho para a “humanização da noção de mundo”, decisivo para alternativas trabalhadas no séc. XX e cada vez mais revisitadas no séc. XXI. Por este caminho da humanização, teremos de ultrapassar Hegel até o movimento fenomenológico inaugurado por Husserl²⁰⁰ e, em seguida, com Heidegger²⁰¹. Teremos de chegar muito próximo ao perigo total, à possibilidade de uma hecatombe nuclear global para perceber que a ciência precisa ser repensada de outro plano.

No direito, as repercussões desse movimento são dispersas e tímidas. O *senso comum teórico* dos juristas denunciado por Luís Alberto Warat domina a cena mantendo o direito no paradigma tecnológico, sedimentando a crença de que tudo pode ser

¹⁹⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as ciências, 2002, p.18. “É do racionalismo científico que irão reclamar os Enciclopedistas. Também é dele que irão reclamar Fourier (em sua análise social), Kant, Hegel, Marx e Engels. Todos tentam extrair das ciências naturais a confiança de que precisam para atacar e resolver os problemas do homem e da sociedade”. JAPIASSU, Hilton. Como nasceu a ciência moderna, 2007, p. 121. De todo modo, adverte Boaventura de Sousa Santos que “ainda com alguns prenúncios no século XVIII, é só no século XIX que [o modelo de racionalidade que preside à ciência moderna a partir da revolução científica do século XVI] se estende para as ciências sociais emergentes”. SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as ciências, 2002, p. 10.

¹⁹⁶ PÊPE, Albano Marcos Bastos. Genealogia da crítica jurídica, 2007, p. 25.

¹⁹⁷ DILTHEY, Wilhelm. Introducción a las Ciencias del Espíritu, 1949.

¹⁹⁸ GRONDIN, Jean. Introdução à hermenêutica filosófica, 2003, p. 146.

¹⁹⁹ HEGEL, G.W.F. Fenomenologia do espírito, 2007.

²⁰⁰ HUSSERL, Edmund. Meditações Cartesianas, 2001. Idem. Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica, 2006.

²⁰¹ HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo, 2005.

pensado isoladamente em um sistema que vai dos princípios constitucionais às normas individuais e concretas. O problema do fundamento do direito ainda é deixado de lado ou, quando abordado, não passa de uma outra camada metafísica que encobre novamente o seu sentido. Mesmo em estudos mais avançados, percebemos a preocupação de cindir filosofia e ciência, como se aquela fosse sinônimo de insegurança e subjetividade, enquanto esta seria a marca da objetividade e da verdade. Desenvolve-se uma dogmática analítica sem que se tenha a menor consciência dos seus limites e acredita-se que poderemos, a partir de conceitos e classificações, dar respostas a questões jurídicas. Pretensões de racionalidade sobre questões jurídicas são opostas sem que se tenha a menor consciência sobre o paradigma que as sustenta ou, até mesmo, sob a crença de que é possível manipular o conhecimento jurídico de modo paradigático. Discursos autodenominados revolucionários assumem um discurso filosófico desencontrado e, quase sempre, caem nas armadilhas da metafísica. Por outro lado, os conservadores recusam a incursão filosófica e acreditam estar efetuando proposições imunes à filosofia. O estudo e abordagens do direito são desde o séc. XIX o resultado de uma evolução isolada, onde o direito passa a ser visto como um mundo que pode ser pensado à parte, não se adaptando, conseqüentemente, às revoluções filosóficas surgidas no séc. XX, especialmente àquela diretamente ligada ao giro linguístico.

Uma vez constatado o esquecimento da filosofia na modernidade, necessitamos analisar, a partir da revolução científica do séc. XVI e de seus desdobramentos imediatos, o comportamento do direito moderno. Esperamos que o foco no problema jurídico, aliado à base filosófica até então trabalhada, permita-nos identificar o momento onde nos perdemos e, a partir de então, abrir espaço para uma reconstrução crítica, seja como desconstrução de um modelo metafísico solipsista, seja no sentido de verificação dos limites de uma epistemologia jurídica heterorreflexiva.

2 O DIREITO E A MODERNIDADE

2.1 O PROJETO DE MODERNIDADE

A modernidade é muito mais que uma era; é muito mais que um período marcado por acontecimentos relevantes, a exemplo da formação dos Estados nacionais ou da expansão proporcionada pelas grandes navegações. É um projeto social, um roteiro de constituição e desenvolvimento de uma sociedade voltada para a emancipação do homem. Neste projeto, é possível encontrar bem delimitados os paradigmas sociais e a base filosófica que os sustentam, estruturas que ditaram ao longo dos últimos séculos os rumos da ciência, do Estado, da política, da ética e, certamente, do direito.

A passagem da Idade Média para a Idade Moderna, a exemplo de qualquer outra transição, não se deu em um momento determinável, nem tampouco foi percebida logo que surgiram as primeiras manifestações dessa nova era. A transição de paradigmas sociais se dá paulatinamente na medida em que os velhos vão se esvaindo e os novos florescendo²⁰². Segundo Habermas²⁰³, “somente no curso do século XVIII o limiar histórico em torno de 1500 foi compreendido retrospectivamente como tal começo”, ou seja, a constatação de que se vivia “tempos modernos” se deu quando eles já eram experimentados há mais de duzentos anos. Essa análise retrospectiva possibilitou, já nos séculos XVIII e XIX, uma reflexão sobre as bases sociais e filosóficas dessa era, o que pode ser percebido nos trabalhos de Kant (1724-1804), Hegel (1770-1831) e Weber (1864-1920).

²⁰² Entre a baixa Idade Média, marcada por modelos teóricos teológicos, e a modernidade antropocêntrica, encontraremos o renascimento, que retornou ao pensamento clássico a partir de Aristóteles, encontrando-se ainda muito influenciada pelo modelo escolástico. Um modelo genuinamente antropocêntrico só será percebido no séc. XVIII, sendo diretamente influenciado pela leitura filosófica da Ciência moderna feita por Descartes, opositor do modelo renascentista e crítico de Aristóteles.

²⁰³ HABERMAS, Jürgen. O discurso filosófico da modernidade, 2002, p. 10.

Boaventura de Souza Santos²⁰⁴ também vê a modernidade como um projeto social, concebido entre os séculos XVI e os anos finais do século XVIII²⁰⁵ e identificado pelo autor a partir de um quadro analítico de sua estrutura. Nele, o projeto se estabelece a partir de dois grandes pilares, o da regulação e o da emancipação. No pilar da regulação, três princípios o informam: a) o princípio do Estado, que “consiste na obrigação política vertical entre cidadãos e Estado”, formulado essencialmente por Hobbes; b) o princípio do mercado, que “consiste na obrigação política horizontal individualista e antagônica entre os parceiros de mercado”, desenvolvido, sobretudo, por Locke e por Adam Smith e c) o princípio da comunidade, que “consiste na obrigação política horizontal solidária entre membros da comunidade e associações”, dominante na teoria social de Rousseau. Quanto ao pilar da emancipação, o sociólogo lusitano se vale das lições de Weber e o define mediante três lógicas de racionalidade: a) a racionalidade estético-expressiva das artes e da literatura; b) a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da tecnologia e c) a racionalidade moral-prática da ética e do direito²⁰⁶.

As instituições modernas são, portanto, projetadas entre os séc. XVI e o séc. XVIII e, ainda que passem por transformações, sua compreensão não está dissociada de uma tradição moderna. Se hoje pensamos nas transformações do Estado moderno²⁰⁷, tomamos como referência aquele que se constitui a partir do séc. XVI e que assume, no final do séc. XVIII, uma configuração básica e não outra forma qualquer de Estado; se falamos de crise de soberania, falamos da crise de soberania no sentido construído nesse mesmo período. Quando, no entanto, nos perguntamos pelo direito moderno, é comum associarmos a ele uma imagem mais recente, que data do séc. XIX e que está relacionada às codificações iluministas. Ao falarmos de crise, também associamos a ela um modelo liberal-individualista de direito; falamos da crise dessas codificações e do modelo de ciência dogmática. Se, por um lado, associamos as visões de Estado moderno a Hobbes; a visão de mercado e de moeda a Locke; a visão de comunidade e democracia a Rousseau, por que associamos a ideia de direito moderno a Puchta e a Bonnetcase ou, até mesmo, a Kelsen e a Hart? O que houve com uma tradição mais remota do direito moderno que, certamente, constitui uma experiência fundamental para a nossa Constituição?

²⁰⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. O social e o político na transição pós-moderna, 2003, p.75-79.

²⁰⁵ Idem. Ibidem, p. 78.

²⁰⁶ Idem. Tudo o que é sólido se desfaz no ar, 2003, p. 47-48.

²⁰⁷ Cf. BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos Direitos Humanos, 2002.

Seja para negá-lo ou para retomá-lo, acreditamos que uma análise sobre a crise do direito moderno deve ser retomada por duas análises complementares. A primeira diz respeito aos próprios equívocos da modernidade, enquanto que a segunda já está relacionada aos desvios sofridos por esse projeto. A primeira análise foi, em parte, verificada no capítulo anterior, cabendo agora entender como o direito moderno se constitui e as razões pelas quais ele foi abandonado, questões que iluminarão muitas das nossas inquietudes.

2.2 O JUSNATURALISMO MODERNO

Conforme aponta Bobbio²⁰⁸, a naturalidade com a qual vimos o direito hoje como sinônimo de direito positivado e codificado resulta de transformações recentes. A rigor, se considerarmos que as especulações acerca do direito datam de alguns séculos antes de Cristo, momento em que passamos a indagar sobre a justiça, constataremos que a redução do direito à sua forma positivada e, mais ainda, codificada, só se mostra hegemônica no séc. XIX, isto sem contar com aquilo que Machado Neto denominou de “o eterno retorno do direito natural”²⁰⁹. O direito que se constrói entre 1600d.C. e 1800d.C assume como “limites de seu sentido” uma concepção jusnaturalista²¹⁰, determinando, de formas variadas, um direito “para além do texto”. O positivismo primitivo que reduz o direito ao texto não é, portanto, sinônimo de direito moderno, mas de um direito burguês pós-revolucionário.

Se o estudo a ser aqui desenvolvido tomasse por conta as concepções jusnaturalistas sobre direito, com base no que já foi dito, teríamos que enfrentar a história de todo o pensamento jurídico, pelo menos dos sofistas na Grécia até os debates contemporâneos sobre direitos humanos, passando pelos pós-socráticos, pela escolástica, pelos contratualistas da modernidade, pela retomada humanista do pós-guerra no séc. XX, dentre outros. Fugiria, portanto, aos limites impostos a este trabalho. Devemos observar que o jusnaturalismo não pode ser considerado uma “escola” do pensamento jurídico, em razão da pluralidade de concepções que abarca, ainda que congregue; por outro lado, uma característica única e que justifica o rótulo, qual seja a constatação de que, ao lado de um direito construído deliberadamente, há um direito previamente dado, que a nós só é possível a revelação. O

²⁰⁸ BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico. 1995, p. 27.

²⁰⁹ Cf. MACHADO NETO, A. L. O eterno retorno do direito natural. 1987, p. 333-355. De modo semelhante, Bobbio também sustenta que não podemos falar no pós-guerra de um “retorno” do direito natural, na medida em que, “diante de uma doutrina que continua a renascer, estaríamos tentados a afirmar que, em realidade, ela nunca chegou a morrer”. BOBBIO, Norberto. Locke e o direito natural, 1998, p. 22.

²¹⁰ WIEACKER, Franz. História do Direito Privado moderno, p. 279.

direito moderno é construído em torno da ideia de que, ao lado do direito legislado, há um direito natural que independe da nossa atuação política e que se impõe como condição de validade para o próprio direito positivo²¹¹.

A comprovação dessa hipótese exige a análise do jusnaturalismo moderno (ou jusracionalismo) a partir de autores imprescindíveis ao pensamento jurídico da modernidade pré-burguesa, escolha que já traduz um reducionismo sempre perigoso e ignora, pelo menos, a influência decisiva da teologia escolástica da baixa Idade Média. Hugo Grócio (1583-1645)²¹², Thomas Hobbes (1588-1679)²¹³, Samuel Pufendorf (1632-1694)²¹⁴, John Locke (1632-1704)²¹⁵, J.-J. Rousseau (1712-1778)²¹⁶ e Immanuel Kant (1724-1804)²¹⁷ são figuras decisivas para concepções sobre o direito genuinamente modernas e que foram, com diferentes níveis de perda, ignoradas pela modernidade que se desenvolve após a tomada do poder político pela burguesia. Embora o jusnaturalismo moderno se desdobre nos autores citados em diversas posições sobre os “direitos naturais”, impedindo que tomemos o jusracionalismo – e o jusnaturalismo ao longo de sua história – como uma “moral”, ele pode ser visto como uma “teoria da moral”²¹⁸ que congrega alguns pontos em comum. Desdobrando-se em cada um desses autores com aproximações e distanciamentos em diferentes propostas, é possível afirmar que todos “sustentaram um determinado fundamento e uma determinada justificativa para a moral, qualquer que tenha sido o seu conteúdo”²¹⁹ e que, de alguma forma, comunicavam essas conclusões ao direito. O modo como esse fundamento e essa justificativa são dados é, inclusive, o que permite estabelecer uma divisão interna ao jusnaturalismo e, com isso, pensar um modelo jusnaturalista tipicamente moderno.

O jusracionalismo profano da época moderna traz em si, desde logo, toda a herança do jusnaturalismo da antiguidade e do agostiniano-tomista; o modo como põe as questões não pode ser compreendido senão a partir desta tradição. Com estes precursores, partilha ele a pretensão de validade universal e intemporal, a antropologia geral e abstracta (o homem como ser dotado de razão, social e carente

²¹¹ Isso fica evidente já na Escolástica, quando Tomás de Aquino afirma na *Suma Teológica* que “qualquer lei estabelecida pelos homens é autêntica na medida em que deriva da lei da natureza; se discordar desta, já não será uma lei, mas corrupção da lei”. AQUINO, Tomas de. *Suma teológica*, 2001. v. 6

²¹² GROCIO, Hugo. *O direito da guerra e da paz*, 2004.

²¹³ Cf. HOBBS, Thomas. *Os elementos da lei natural e política*, 2002. Idem. *O Leviatã*. 2008.

²¹⁴ Cf. PUFENDORF, Samuel. *Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural*, 2007. Idem. *Le droit de la nature et des gens, ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*, 1987.

²¹⁵ Cf. LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*, 2006.

²¹⁶ Cf. ROUSSEAU, J.-J. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, 2005. Idem. *O contrato social*, 2006.

²¹⁷ Cf. KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*, 2008.

²¹⁸ BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*, 1998, p. 58.

²¹⁹ Idem. *Ibidem*, p. 58.

de auxílio: *animale rationale, sociale, imbecillum*) e o racionalismo formal dos seus processos de prova.²²⁰

O fundamento moral do direito, aliado à imposição de limites racionais às deliberações positivas, é, certamente, uma marca do direito moderno que foi esquecida pelo positivismo jurídico que passou a dominar a cena a partir do séc. XIX. O objetivo a seguir é analisar o fundamento e os limites no pensamento de autores centrais ao jusnaturalismo moderno.

2.2.1 Os caminhos abertos por Hugo Grócio

Hugo Grócio é tido como o fundador desse jusnaturalismo moderno²²¹, na medida em que “foi ele quem, de forma consciente, embora ainda hesitante, abriu os caminhos para uma concepção racionalista dos direitos, e para uma concepção normativa das razões e dos embates entre as nações, na guerra e na paz”²²². Não obstante o título de “pai” do jusnaturalismo moderno, o pensamento de Grócio transita entre o testemunho de uma tradição teológica da escolástica tardia – o que corrobora a tese sobre a influência escolástica no jusnaturalismo moderno – humanista e romanística²²³, e interesses tipicamente modernos, como a busca da paz como elemento necessário ao desenvolvimento do comércio entre as nações²²⁴. Se Grócio, por um lado, não funda um sistema especificamente jurracionalista²²⁵, põe o direito natural a serviço da construção de um direito das gentes, pedra fundamental para a colocação do direito internacional público moderno como *ethos* no relacionamento entre os povos, legitimando a defesa e impondo limites à guerra. Trata, ainda, da propriedade, distinguindo a comum da propriedade individual, bem como abordando a sua função social. Também estabelece bases naturais para a “força

²²⁰ WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno, 2004, p. 297-298.

²²¹ Idem. Ibidem, p. 323.

²²² VITA, Caio Druso de Castro Penalva. Hugo Grócio, 2006, p. 389.

²²³ WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno, 2004, p. 325-326.

²²⁴ Grócio era Holandês e vivenciou o que se chamou de “o milagre holandês”, principalmente pelo fato de sua cidade natal (Delft) ter como principal característica o comércio. A Holanda no início do séc. XVII se livra do domínio espanhol e se lança no expansionismo marítimo, fato marcante para o Brasil em razão da dominação holandesa em Pernambuco (1630-1654) e do curto e desconhecido período da invasão holandesa na cidade de Salvador (1624-1625).

²²⁵ WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno, 2004, p. 338. Neste sentido, Barbeyrac afirma que, “quanto a Grotius, deve-se reconhecer que ele é o primeiro a ter sistematizado uma ciência que, antes dele, não passava de confusão e, mais frequentemente, escuridão impenetrável. Com o resultado de que dificilmente esse grande homem poderia ter feito mais, acima de tudo na época em que ele viveu. Pode-se então dizer sua excelente obra, *Droit de la Guerre et de la Paix*, fornecia uma abundância de pontos de partida suficiente para guiar todos os que subsequentemente trabalharam, ou o farão no futuro, para produzir algo mais completo.” BARBEYRAC, Jean. O julgamento de um autor anônimo sobre o Original desta Condensação, 2007, p. 399-400.

vinculativa da promessa como oportunidade para uma discussão geral da declaração de vontade e da perfeição negocial”.²²⁶

Contudo, a partir do próprio Grócio não existia ainda nenhuma via directa para a renovação metodológica da sistemática da ciência jurídica positiva no espírito do jusnaturalismo. As novas intenções do seu direito das gentes já tinham, por certo, estourado com muitas das convenções da teologia moral e da filosofia escolástica. Mas a relação desta nova ética com as disciplinas tradicionais não tinha ainda sido definitiva de novo e os próprios princípios do direito natural não tinham ainda sido ordenados num sistema de premissas e conclusões não contraditórias. Foram estas as duas tarefas realizadas pela segunda fase, matemática e sistemática, do jusracionalismo, baseada no método naturalista e gnosiológico de Galileu e Descartes.²²⁷

É com a fase sistemática que podemos falar, efetivamente, de um jusracionalismo moderno que, embora influenciado pela visão cientificista da modernidade, edifica-se em bases antropológicas.

2.2.2 Os limites do direito positivo em Thomas Hobbes

Hobbes dará início à fase jusnaturalista que Wieacker denomina de “sistemática” construindo um sistema e descrevendo-o filosoficamente, o que comprova a consciência epistemológica acerca dos padrões de racionalidade que justificava seu trabalho. Como um nominalista²²⁸ e integrante da tradição empirista inglesa²²⁹, Hobbes discorda de Descartes quanto à construção do ponto de partida para o conhecimento, aproximando-se nos passos seguintes quando toma da matemática e da geometria os ensinamentos sobre as operações de soma e subtração, transportando-as para a lógica.

Os *Lógicos* ensinam o mesmo com respeito às *Consequências das palavras*: somam dois *Nomes*, para fazer uma *Afirmação*: duas *Afirmações* para criar um *Silogismo* e vários *Silogismos* para fazer uma *Demonstração*. E da *soma*, ou *Conclusão* de um *Silogismo*, subtraem uma *Proposição*, para encontrar outra. Os *Escritores* de assuntos Políticos somam *Pactos* para estabelecer *deveres* humanos e, os Juristas, *Leis e fatos* para determinar o que é *certo* ou *errado* nas ações dos homens. Então, em qualquer matéria onde há lugar para a *soma* ou *subtração*, há também lugar para a *Razão* e, quando aquelas operações não são possíveis, a *Razão* nada pode fazer.²³⁰

Partindo, então, da ideia de que a razão “nada mais é que a *Consideração* (isto é, Adição ou Subtração) das *Consequências* dos nomes gerais ajustados,

²²⁶ WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno, 2004, p. 323-340.

²²⁷ Idem. Ibidem, p. 340.

²²⁸ Cf. STRECK, Lenio. Hermenêutica e(m)crise, 2004, p. 130.

²²⁹ “(...) Hobbes descartava a especulação. Ele definia sobriamente a filosofia como conhecimento dos efeitos a partir das causas e conhecimento das causas a partir dos efeitos observados; o alvo da filosofia era, para ele, prever os efeitos e torná-los úteis à vida humana.” STÖRIG, Hans Joachim. História geral da filosofia, 2008, p. 298.

²³⁰ HOBBS, Thomas. O Leviatã, 2008, p. 40.

para a *caracterização e significação* de nossos pensamentos”²³¹, Hobbes passa a sustentar o absurdo de algumas conclusões filosóficas²³² e propõe um método sistemático que evite tais problemas e que sustente um conhecimento científico e verdadeiro²³³ preocupado com a definição daquilo que se quer explicar²³⁴.

A marca antropológica do justanaturalismo moderno está presente em Hobbes quando ele toma o homem como ponto de partida²³⁵ e o explica tanto na sua dimensão transcendental, como ser dotado de sensações, imaginações, linguagem e razão²³⁶, quanto no seu estado natural, como beligerante em um estado de guerra²³⁷. Tomando tais elementos como pressupostos e desdobrando-os silogisticamente, Hobbes chega ao seu pensamento jurídico, que consiste na existência de um direito natural²³⁸, na necessidade de um direito positivo que garanta a paz²³⁹ e na comunicação entre essas duas formas de direito²⁴⁰. A ambiguidade entre a autonomia pragmática do direito positivo e a sua necessária legitimação pela moral, que marcará as discussões contemporâneas sobre as relações entre esses dois modelos regulatórios, já está presente em Hobbes. Neste sentido, pensar a concepção jusnaturalista de Hobbes é se perguntar se ele é, de fato, um jusnaturalista²⁴¹.

Não há dúvida de que ele trata de direitos naturais e fornece um sistema desses direitos²⁴², mas também é inequívoca a inclinação reducionista de Hobbes ao direito positivo atrelado a um Estado autoritário, fazendo de Hobbes um precursor também do positivismo jurídico²⁴³. Para Bobbio, a explicação para esse aparente paradoxo estaria no fato

²³¹ Idem. Ibidem, p. 40.

²³² Idem. Ibidem, p. 42.

²³³ Idem. Ibidem, p. 43-44.

²³⁴ Idem. Ibidem, p. 42.

²³⁵ Tal fato fica claro em *O Leviatã*, quando Hobbes parte de uma análise transcendental do homem, e em *Os elementos da lei natural e política*, quando inicia sua exposição tratando das “faculdades naturais do homem”.

²³⁶ Idem. Ibidem, p. 19-40.

²³⁷ “Mesmo não tendo existido um tempo em que todos os homens estivessem em guerra, lutando uns contra os outros, sempre existiram Reis ou outras Autoridades Soberanas que para defender sua Independência vivem em eterna rivalidade, mantendo-se como os Gladiadores (...). Tudo isso não é uma Guerra, mas uma postura de Guerra”. Idem, *Os elementos da lei natural e política*, p. 96: “(...) o estado de hostilidade e de guerra, pelo qual a própria natureza é destruída, com os homens matando-se uns aos outros (...)”. HOBBS, Thomas. *O Leviatã*, 2008, p.97.

²³⁸ “A liberdade de cada homem em utilizar seu poder como bem lhe aprouver, para preservar sua própria Natureza, isto é, sua Vida e de, conseqüentemente, fazer tudo aquilo que segundo seu Julgamento e Razão é adequado para atingir esse Fim significa DIREITO DA NATUREZA, que muitos autores chamam de *Jus Naturale*”. HOBBS, Thomas. *O Leviatã*, 2008, p. 99.

²³⁹ Idem. Ibidem, p. 193.

²⁴⁰ Idem. Ibidem, p. 195.

²⁴¹ BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*, 1998, p. 41.

²⁴² Cf. HOBBS, Thomas. *Os elementos da lei natural e política*, 2002.

²⁴³ O nominalismo de Hobbes permite uma aproximação representativa com as matrizes céticas e neopositivistas sobre o direito que surgirão em meio à crise do positivismo sistemático do séc. XIX, em especial com Hans Kelsen. Cf. STRECK, Lenio. *Hermenêutica e(m) crise*, 2004.

de que Hobbes é um “jusnaturalista, ao partir, e um positivista, ao chegar”²⁴⁴, na medida em que “a lei natural põe toda sua força a serviço do direito positivo e, desta forma, morre ao dar à luz o seu filho”²⁴⁵. Em verdade, o pano de fundo para esse aparente paradoxo está no papel que o jusnaturalismo assume no pensamento de Hobbes, qual seja a legitimação do poder em um Estado autoritário. A dimensão funcionalista que o jusnaturalismo assume em Hobbes exige que ele sustente o seu ponto de chegada em algum modelo de racionalidade, na medida em que a justificação teológica não seria suficiente para a sustentação do poder estatal. Uma inclinação teológica a partir da escolástica, por exemplo, implicaria adiante na vulnerabilidade do Estado frente ao poder eclesiástico, enquanto que a utilização da matriz aristotélica, por mais espaço que desse ao direito positivo, não seria capaz de justificar o Leviatã nos moldes desejados por Hobbes.

Ainda assim, ou seja, mesmo tomando o jusnaturalismo como um ponto de partida para a construção do seu sistema e concluindo, ao final, que o direito positivo é a única solução para a manutenção de um estado civil que mantenha a paz e retire o homem de um estado de natureza beligerante, Hobbes se vê obrigado a dar espaço para o direito natural no estado civil, seja estabelecendo algum limite para o poder de legislar, seja pensando o direito natural como um mecanismo corretivo na aplicação da lei civil²⁴⁶. Não há, portanto, uma negação ao direito natural, ainda que todas as fichas sejam depositadas no direito positivo. Para Hobbes, a “Lei de natureza é uma parte da Lei civil em todos os Estado do mundo”, muito embora, reciprocamente, a lei civil faça “parte dos ditames da natureza, porque a justiça, isto é, o cumprimento dos pactos, é dar a cada um o que é seu, é um ditame da Lei de Natureza”²⁴⁷. Essa presença, subjugada pela leitura positivista de Hobbes, pode ser verificada através do que hoje chamaríamos de mecanismos de correção e integração do sistema em face de situações concretas e, não obstante algumas divergências, do estabelecimento de limites ao direito positivo²⁴⁸.

²⁴⁴ BOBBIO, Norberto. Locke e o direito natural, 1998, p. 41.

²⁴⁵ Idem. *Ibidem*, p. 44.

²⁴⁶ “A LEI CIVIL é, para todo Súdito, constituída por aquelas Regras que o Estado lhe impõe, Oralmente ou por Escrito, ou por qualquer outro suficiente Sinal de sua Vontade, usando-as para Distinguir o que é Certo do que é Errado. Isto é, do que é contrário ou não é contrário à Regra.” HOBBS, Thomas. O Leviatã, 2008, p. 193.

²⁴⁷ HOBBS, Thomas. O Leviatã, 2008, p. 195.

²⁴⁸ Na análise que faz de Hobbes, Bobbio coloca o direito à vida como uma exceção ao rol de direitos naturais que são renunciados no ato de criação do estado civil. Em seguida, afirma que “se quisermos ser mais hobbesianos do que o próprio Hobbes, poderemos sustentar, com base nessa passagem [do *De cive* relativa ao papel da lei civil na interpretação da lei da natureza, dando concretude a conceitos indeterminados], que até mesmo o direito à vida, o único inalienável não está protegido”. BOBBIO, Norberto. Locke e o direito natural, 1998, p. 42-43.

Assumindo a lei natural como uma norma de “eficácia limitada em face de sua abstração” ou como um “conceito jurídico indeterminado”, Hobbes sustenta que, nos casos em que a “injúria” (lide) estiver restrita a este tipo de lei, será necessária a presença de “intérpretes capazes”, já que as leis naturais são as mais “obscuras”²⁴⁹, muito embora ao juiz seja suficiente a observância destas²⁵⁰. Neste caso, “a interpretação da Lei de Natureza é a Sentença do Juiz constituído pela Autoridade Soberana, para ouvir e determinar as controvérsias que [delas] dependem, e consiste na aplicação da Lei ao caso em questão”²⁵¹. Ainda que esse direito natural tivesse que passar por uma “interpretação autêntica” para se tornar um direito exigível, há uma significativa diferença entre a proposta positivista hobbesiana e o neopositivismo kelseniano, por exemplo. Em Hobbes, a “interpretação autêntica” está subordinada a um direito prévio e racionalmente justificado, ou seja, estaria no domínio do que hoje chamaríamos de Ciência do Direito. Em Kelsen, a interpretação autêntica pertence a uma dimensão meramente política, constituindo-se em um ato de vontade dissociado da interpretação científica²⁵². Hobbes estaria admitindo também a possibilidade de “aplicação imediata” de “programas naturais”, possibilidade negada por correntes constitucionalistas contemporâneas que, não obstante vejam a norma programática como norma constitucional, não admitem a sua aplicação sem a intervenção do legislador mediante a elaboração de uma norma regulamentadora²⁵³.

Hobbes também admite que o direito natural esteja presente como mecanismo de integração do sistema positivo, na medida em que “a intenção do Legislador é sempre a Equidade” e, em sendo assim, “caso a palavra da Lei não autorize plenamente uma Sentença razoável, ele deve supri-la com a Lei de Natureza ou então, se o caso for difícil, suspender o Julgamento até receber maior autoridade”²⁵⁴. O modelo de integração leva em conta que “o que faz um bom Juiz ou um bom Intérprete da lei é, primeiramente, uma correta compreensão daquela Lei principal de Natureza, chamada Equidade”²⁵⁵.

Se é verdade que Hobbes é dentre os jusracionalistas de seu tempo aquele que dá maior destaque à lei civil, tal constatação não pode ignorar o estabelecimento de alguns limites impostos pelo direito natural ao direito positivo, sob pena de estarmos sendo

²⁴⁹ Idem. Ibidem, p. 200.

²⁵⁰ Idem. Ibidem, p. 199.

²⁵¹ Idem. Ibidem, p. 201.

²⁵² “Através desse ato de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica”. KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, 2000, p. 394.

²⁵³ Cf. SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais programáticas, 2003, p. 135.

²⁵⁴ HOBBS, Thomas. O Leviatã, 2008, p. 203.

²⁵⁵ Idem. Ibidem, p. 204.

“mais hobbesianos que o próprio Hobbes”²⁵⁶. É ele quem irá afirmar que “a soma de todas as Sentenças de todos os Juízes que já existiram são incapazes de originar uma Lei contrária à Equidade Natural” e que “todos os exemplos dos Juízes anteriores não são suficientes para justificar uma Sentença irracional, nem para dispensar um Juiz do esforço de estudar o que é a Equidade (referente ao caso que vai julgar)”²⁵⁷. Os “princípios da razão natural” impedem, por exemplo, que um “inocente seja castigado”, sendo manifesta a condenação de um inocente quando, por exemplo, “um homem, acusado de um crime capital, diante do poder e malícia de algum inimigo da corriqueira corrupção e parcialidade dos Juízes, foge com medo de ser condenado e, posteriormente, apanhado e levado a julgamento legal prova não ser culpado do crime, é absolvido, mas perde parte de seus bens”²⁵⁸. Neste caso, a lei natural estaria sendo contrariada em razão da proibição de produção de provas e, em sendo assim, “qualquer Juiz, seja ele Soberano ou subordinado, se recusar a ouvir as provas estará se recusando a fazer justiça”²⁵⁹. Mas, a prova mais contundente dessas limitações seria ainda o direito à vida, na medida em que ao homem será sempre preservada a sua liberdade natural de romper o pacto para garantir a sua própria vida, um direito inalienável mesmo no modelo contratualista hobbesiano²⁶⁰.

A análise do direito em Hobbes, desde que se distancie da lei civil e da relação desta com a autoridade do soberano, pode revelar facetas que dificilmente seriam atribuídas a este autor. Não podemos, evidentemente, ignorar a força do *Leviatã* no pensamento de Hobbes e as suas possibilidades legisferantes, mas devemos permanecer alertas ao reducionismo que as leituras positivistas fazem desse autor, o que acarreta em uma perda significativa para o jusracionalismo moderno e desvios no positivismo que se edificará a partir das codificações.

²⁵⁶ BOBBIO, Norberto. Locke e o direito natural, 1998, p. 43.

²⁵⁷ HOBBS, Thomas. O Leviatã, 2008, p. 202.

²⁵⁸ Idem. Ibidem, p. 202.

²⁵⁹ Idem. Ibidem, p. 202. É espantoso ouvir tais declarações de um autor do séc. XVII que depositava toda sua criatividade teórica na legitimação de uma monarquia despótica e, ao mesmo tempo, constatar que o Superior Tribunal de Justiça do Brasil (STJ), em acórdão publicado em 13/04/2007 e relatado pelo Min. Arnaldo Esteves Lima (RESP N. 287.601), continua condenando sob o argumento de que a presunção de violência na conjunção carnal com menor de quatorze anos é absoluta, sendo irrelevante a maturidade e o consentimento da vítima. É igualmente espantoso verificar na fundamentação do acórdão do STJ leva em conta apenas ementas, tidas como “precedentes”, sendo uma delas relativa ao estupro de uma menor de cinco anos de idade, bem como o fato de o Supremo Tribunal Federal (STF) continuar dando votos divergentes quanto a matéria, não obstante o precedente contrário aberto pelo Min. Marco Aurélio no Habeas Corpus n.º 73.662 - MG, D.J.U. 20.09.96.

²⁶⁰ HOBBS, Thomas. O Leviatã, 2008, p. 159-159.

2.2.3 A eticização do jusracionalismo em Samuel Pufendorf

Depois de Hobbes e Espinosa, é Samuel Pufendorf²⁶¹ quem tornará “úteis estas descobertas para a teoria do direito”²⁶². Seu método, resultado da influência do mecanicismo de Galileu, do Racionalismo de Descartes e do próprio Hobbes, leva em conta a “ligação entre a dedução e a indução, entre os axiomas e a observação, entre o método sintético e o analítico”, características das ciências naturais desde Galileu²⁶³, e procura, em contraposição ao de Aristóteles²⁶⁴, estabelecer verdades apodicticas em uma ciência moral²⁶⁵. Se o jusnaturalismo de Grócio estava voltado para a justificação de um Direito Internacional Público que regulasse a relação entre os povos na guerra e na paz; se o jusnaturalismo de Hobbes estava diretamente associado à legitimação do poder despótico e do direito decorrente dessa fonte estatal, o jusnaturalismo de Pufendorf, ainda que carregasse essa tradição temática, aproximava-se dos grandes sistemas codificados do séc. XIX, sendo uma influência marcante para o Direito Civil, em especial para o pandectismo alemão²⁶⁶.

Da tese quanto à possibilidade de verdades em matéria de moral e ética, Pufendorf segue para a análise da ação humana, estabelecendo as marcas distintivas dos princípios que comandam a ação moral dos homens, já que está restrita às ações cuja “origem” e “direção” se encontram na “luz do entendimento” e na “escolha da vontade”²⁶⁷. Será, portanto, em torno desses elementos que ele construirá sua teoria moral e nela seu sistema obrigacional, sintetizado em nove conclusões, todas ligadas à limitação da responsabilidade²⁶⁸.

Dentre as conclusões, está a de que “*nenhuma das Ações que são feitas por outro Homem, e nenhuma Operação de outras coisas, sejam quais forem; nem nenhum Acidente pode ser imputável a qualquer Pessoa, mas somente até onde estava em seu Poder, ou até onde ele foi obrigado a executar essa Ação*”; a de que “*nós não somos*

²⁶¹ Cf. PUFENDORF, Samuel. Le droit de la nature et des gens, ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique, 1987. Ver, também, a compilação dessa obra feita pelo próprio Pufendorf. Idem. Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural, 2007.

²⁶² WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno, 2004, p. 341.

²⁶³ Idem. Ibidem, p. 348-349.

²⁶⁴ Não obstante haja diversas aproximações entre Pufendorf e Aristóteles que, no mínimo, comprovaria sua atenção ao pensamento clássico. Neste sentido, vide as noções de justiça e o caráter corretivo da equidade. Cf. PUFENDORF, Samuel. Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural, 2007, p. 86-88 e 246.

²⁶⁵ NASCIMENTO, Milton Meira do. Samuel Pufendorf, 2006, p. 676.

²⁶⁶ WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno, 2004, p. 351.

²⁶⁷ PUFENDORF, Samuel. Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural, 2007, p. 57.

²⁶⁸ “Dessas premissas, deduzimos algumas Proposições particulares, pelas quais determinaremos do que todo Homem deveria dar conta; ou, em outras Palavras, quais são as Ações por cujas conseqüências se pode ser responsabilizado como Autor”. Idem. Ibidem, p. 69.

imputáveis por aquelas Coisas que fazemos devido a Ignorância Insuperável"; a de que a "Ignorância do Dever de um Homem, ou das Leis das quais se origina seu Dever, ou Equívoco com relação a qualquer dos dois não isentam de culpa"; a de que "aquele quem, não por sua própria culpa, falta uma *Oportunidade* de cumprir seu Dever, não será condenável por não o ter feito"; que "tampouco podem ser *imputáveis* aquelas coisas que alguém faz ou sofre por *Compulsão*"; a de que "as Ações daqueles aos quais *falta* o Uso da Razão não são imputáveis; porque eles não distinguem claramente o que fazer, para submetê-los à Regra" e, por fim, a de que "um Homem não é culpável pelo que ele aparentemente faz em seus Sonhos"²⁶⁹.

Uma outra distinção de Pufendorf é de significativa importância para a construção do seu sistema e, portanto, para o seu legado, "quando se refere à estima, à consideração, remetidas sempre ao mundo dos seres morais", o autor "está nos introduzindo no mundo do valor, não só das ações de pessoas morais, mas também das coisas, isto é, dos acréscimos que realizamos nessas coisas, transformando-as em valor de troca"²⁷⁰. Com isso, a análise moral da conduta em Pufendorf assume duas variáveis, uma qualitativa (moral e amoral) e outra quantitativa (mais ou menos amoral), permitindo uma avaliação proporcional das "condutas" em relação ao valor que conferimos às "coisas", sendo neste sentido que falamos hoje da necessária proporcionalidade da pena²⁷¹ ou da alíquota de um tributo. Permite, também, ver a origem da desigualdade humana em decorrência "da combinação entre a qualidade das ações das pessoas e a possibilidade de quantificação, de valoração dessas mesmas ações"²⁷², na medida em que a gradação quantitativa desloca a avaliação moral da conduta – do simples agir – para o "ter mais" ou para o "fazer melhor". A atribuição de valor às coisas também corrobora com a ideia consolidada na teoria do direito de que o "direito das coisas" não é aquele onde as relações jurídicas se dão entre pessoa e coisa, já que estabelecimento com o objeto uma relação valorativa que tem as relações intersubjetivas como condição de possibilidade.

Não obstante a formação de um sistema complexo que poderíamos considerar como um elo fundamental entre os glosadores e a dogmática conceitual contemporânea, com manifestações explícitas tanto no Direito Civil, como em outros ramos,

²⁶⁹ Idem. Ibidem, p. 69-75.

²⁷⁰ NASCIMENTO, Milton Meira do. Samuel Pufendorf, 2006, p. 677.

²⁷¹ "Para avaliar a Gravidade de algum Crime, deve ser considerado, primeiro, o Alvo contra o qual ele foi cometido; isto é quão Nobre e Precioso. Então, os efeitos: que prejuízo, mais ou menos, ele causou à Nação; e, em seguida, o grau de Maldade na Intenção do Autor, o que pode ser inferido de diversos Sinais e Circunstâncias (...)". PUFENDORF, Samuel. Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural, 2007, p. 57.

²⁷² NASCIMENTO, Milton Meira do. Samuel Pufendorf, 2006, p. 678.

como o Direito Penal²⁷³, Pufendorf manifesta certa timidez quando se refere à relação entre o direito natural, seu sistema conceitual e o direito positivo. Em primeiro lugar, mantém a classificação escolástica quanto às espécies de direito, sendo nebulosa a sua posição quanto às relações hierárquicas entre o que ele chamará de *Divindade Moral*, *Direito Natural* e *Direito Civil*²⁷⁴.

Ora, assim como o *Direito Civil* pressupõe o *Direito Natural* como a Ciência mais geral; assim também, se houver alguma coisa contida no *Direito Civil*, sobre a qual o *Direito Natural* cala completamente, não devemos, portanto, concluir que um é de algum modo *incompatível* com o outro. Do mesmo modo, se na *Divindade Moral* algumas coisas são transmitidas, como por Revelação Divina que, pela nossa Razão, não somos capazes de compreender, e que por isso estão fora do Alcance do *Direito Natural*; seria um grande absurdo a partir daí colocar uma contra o outro, ou imaginar que exista alguma real *Inconsistência* entre essas Ciências. Por outro lado, na Doutrina do *Direito Natural*, se algumas coisas têm de ser pressupostas, porque tantas podem ser inferidas pela Razão, não devem ser postas em Oposição àquelas Coisas que as *Sagradas Escrituras*, sobre esse Tema, transmitem com maior Clareza; mas devem ser tomadas apenas em um Sentido abstrato.

As questões levantadas por Pufendorf ao defender o caráter complementar das três ciências não são, de fato, problemas. Quando estiver em jogo uma relação de abstração e concretude, o que surge não é a contradição, mas sim a complementaridade; entretanto, quando o choque não é resolvido por um critério de generalidade e especialidade e, ao mesmo tempo, a lei positiva e a proposição natural estabelecem dados concretos e contraditórios em relação a uma situação concreta, aí sim surge um problema. Esse problema forçaria o autor, dentro da ideia de complementaridade, à análise da relação hierárquica, restando, no conjunto de sua obra, as Sagradas Escrituras como fonte primeira, o Direito Natural como fonte secundária e, por fim, o Direito Civil. Diversas são as passagens em que ele sustenta a impropriedade de leis positivas que ferem os direitos naturais, mas ao fazê-lo sua timidez impede a afirmação categórica, valendo-se do modo condicional. Ao conceituar as “Leis Positivas”, dirá que “são aquelas que não se originam da condição comum da Natureza Humana, mas somente do bel-prazer do Legislador”, acrescentando que “isto, igualmente, deveria ter suas Fundações na Razão, e seu Fim deveria ser alguma Vantagem para os Homens ou a Sociedade para os quais elas são destinadas”²⁷⁵. Se, por um lado, o autor demonstra a necessidade de adequação da lei positiva a uma ordem racional, impondo condições para a sua formação, por outro não deixa claro as consequências do não cumprimento dessas condições.

²⁷³ Refiro-me aqui, em especial, ao conceito analítico de crime, proporcionalidade da pena, excludentes de culpabilidade, necessária análise das possibilidades de conduta diversa para caracterização do crime, legitimidade e proporcionalidade da legítima defesa, dentre outras.

²⁷⁴ PUFENDORF, Samuel. Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural, 2007, p. 41-42.

²⁷⁵ Idem. Ibidem, p. 89.

Quando trata da autopreservação, essa ambiguidade também se manifesta, ainda que o direito natural decorrente do uso da razão se coloque com força muito mais evidente. Para Pufendorf, na medida em que “a Autopreservação é de tanta importância que, se não puder ser alcançada de outro modo, em muitos casos nos isenta de nossa Obediência às Leis Vigentes; e por esse motivo é que se diz que a *Necessidade não tem Lei*”²⁷⁶. Por outro lado, titubeia quando sugere que as leis positivas e as instituições humanas excetuam os Casos de Necessidade, “a não ser que seja *expressamente* ordenado ou que a Natureza do Caso exija, que mesmo isso também deva ser suportado”²⁷⁷.

Não obstante tais ambiguidades, o discurso de Pufendorf não gira em torno de um direito positivo que pode tudo, nem mesmo de um poder político ilimitado²⁷⁸. Ainda que ele fuja de afirmações categóricas sobre a invalidade de um direito positivo que viole o direito natural, todo o seu discurso só se torna compatível com essa possibilidade. Se Pufendorf tivesse contato com as categorias kantianas de que Kelsen se valeu (ser – dever ser) e pensasse na diferenciação entre ciência e política do direito, talvez dissesse que o fato de construções científicas não admitirem tais leis contrárias ao direito natural não impediria que essas leis existissem e, em decorrência da sua presunção de validade e de sua força política, fossem eficazes eventualmente. Ou seja, a existência da lei não retiraria a possibilidade de se afirmar que ela não seria válida, sob pena de sermos obrigados a considerar todo o trabalho de Pufendorf como uma ornamentação bibliográfica. E é justamente essa análise global que permite a verificação de um fato relevante no trabalho de Pufendorf. Ainda que impulsionado por um modelo cartesiano, ele chama a atenção para a aplicação desse modelo na construção de postulados ligados à moral, ao contrário de uma aplicação voltada para um homem fisiológico (natural). Desse modo, “teria mantido aberta a possibilidade de uma eticização do direito positivo através do jusracionalismo”, devendo, por isso, “ser considerado o fundador da autonomia das ciências do espírito, por oposição às ciências da natureza”²⁷⁹. Em outras palavras, o discurso do direito como algo que ultrapassa o direito positivo e, portanto, de um direito natural que é condição de possibilidade para sua validade (ainda que apenas científica), está mantido.

²⁷⁶ Idem. Ibidem, p. 143.

²⁷⁷ Idem. Ibidem, p. 144.

²⁷⁸ No particular, Pufendorf estabelece deveres para os dirigentes, dentre eles o de não elaborar leis que proíbam condutas permitidas à luz da razão. Idem. Ibidem, p. 321.

²⁷⁹ WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno, 2004, p. 350.

2.2.4 Abrangência e limites do direito de propriedade em John Locke

Assim como Hobbes, John Locke tomará como ponto de partida para seus tratados o “estado de natureza” do homem, mas não para considerá-lo um “estado de guerra”, e sim “um estado em que os homens sejam absolutamente livres para decidir suas ações, dispor de seus bens e de suas pessoas como bem entenderem, dentro dos limites do direito natural, sem pedir autorização de nenhum outro homem nem depender de sua vontade”²⁸⁰. Se Hobbes é acusado de construir o seu sistema em pró de uma classe aristocrática politicamente dominante, Locke poderia ser, por sua vez, acusado de construir o seu sistema em favor de uma classe econômica dominante, na medida em que “o resultado prático de seus ensinamentos era uma tendência a restringir [os propósitos dos indivíduos na formação do corpo político] para proteger os direitos de propriedade e os privilégios de uma classe governante”²⁸¹, uma tese corroborada pelo papel central que o direito de propriedade assumirá em seu trabalho²⁸².

Do estado de natureza do homem, Locke constrói um sistema que pretende demonstrar “como os homens podem ter adquirido uma propriedade em porções distintas do que Deus deu à humanidade em comum, mesmo sem o acordo expresso de todos co-proprietários”²⁸³. Para Locke, se o mundo foi posto à disposição de todos os homens para que dele se servissem, sua função somente se concretizará se essa apropriação for, de algum modo, viabilizada²⁸⁴. Ou seja, de algum modo a co-propriedade de todos os homens em relação ao mundo terá que cumprir uma satisfação individual.

Ainda que a terra e todas as criaturas inferiores pertençam em comum a todos os homens, cada um guarda a propriedade de sua própria pessoa; sobre esta ninguém tem qualquer direito, exceto ela. Podemos dizer que o trabalho de seu corpo e a obra produzida por suas mãos são propriedade sua. Sempre que ele tira um objeto do estado em que a natureza o colocou e deixou, mistura nisso o seu trabalho e a isso acrescenta algo que lhe pertence, por isso o tornando sua propriedade. Ao remover este objeto do estado comum em que a natureza o colocou, através do seu trabalho adiciona-lhe algo que excluiu o direito comum dos outros homens. Sendo este trabalho uma propriedade inquestionável do trabalhador, nenhum homem, exceto ele, pode ter o direito ao que o trabalho lhe acrescentou, pelo menos quando o que resta é suficiente aos outros, em quantidade e qualidade.²⁸⁵

²⁸⁰ LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil, 2006, p. 83.

²⁸¹ GOUGH, J. W. Introdução ao segundo tratado sobre o governo civil, 2006, p. 40.

²⁸² As diferenças entre Hobbes e Locke não podem ser resumidas à dimensão ideológica de seus trabalhos, na medida em que Locke dará um passo significativo para a evolução da teoria do conhecimento na modernidade. O contraponto com Descartes não se resume à sua concepção empirista, indo além no questionamento sobre as possibilidades do próprio conhecimento, fundando, segundo Apel, a “esperança de uma superação de toda obscuridade de todos os mal-entendidos na filosofia e na ciência”. APEL, Karl-Otto. Transformação da Filosofia, 2000, p. 387. v 2

²⁸³ LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil, 2006, p. 97.

²⁸⁴ Idem. Ibidem, p. 97-98.

²⁸⁵ Idem. Ibidem, p. 98.

Com isso, funda Locke um sistema que ao mesmo tempo admite a propriedade como um direito natural, mas a condiciona a determinados limites. “Tudo que um homem pode utilizar de maneira a retirar uma vantagem qualquer para sua existência sem desperdício, eis o que seu trabalho pode fixar como propriedade”, já que “tudo o que excede a este limite é mais que a sua parte e pertence aos outros”²⁸⁶. Mas Locke também ressalta que o homem introduziu, por convenção, padrões de referência valorativa que permitem o acúmulo e poupança de bens: a moeda. “Como os diferentes graus de indústria dos homens podiam fazê-los adquirir posses em proporções diferentes, esta intervenção do dinheiro deu-lhes a oportunidade de continuar a aumentá-las”²⁸⁷ e, desse modo, “é evidente que o consentimento dos homens concordou com uma posse desproporcional e desigual da terra”²⁸⁸, proporcionando um uso honesto que excede os limites de sua necessidade individual e que permite uma escala crescente de acumulação. Ainda assim, se a acumulação de dinheiro, que constitui um bem não perecível, o homem burla os limites de propriedade e se “a ideia de um direito natural limitado encontra dificuldades que Locke não parece perceber ou de qualquer maneira não enfrenta”, não é possível “acusá-lo justamente de encorajar a apropriação ilimitada”²⁸⁹.

Se o Locke que fica para a posteridade é um Locke da propriedade ilimitada e do poder político cuja função é a defesa dessa propriedade; se suas reflexões jusracionalistas sobre uma limitação natural do direito de propriedade são deixadas de lado, também o serão quanto a diversos outros aspectos que denotam limitações ao direito positivo, inclusive ao direito de propriedade. Ao tratar do problema das penas e de sua proporcionalidade, Locke sustenta que a constituição das leis civis punitivas deriva em grande parte das leis naturais que, segundo ele, “só são justas na medida em que se baseiam na lei da natureza, pela qual devem ser regulamentadas e interpretadas”²⁹⁰. Mas é certamente o “direito de revolução” o elemento mais desafiador nessa relação entre direito natural e positivo. Como em Locke o povo é detentor do poder supremo, ainda que assumido pelo Legislativo quando da formação do governo civil²⁹¹, essa titularidade é mantida e pode ser restaurada em algumas hipóteses em que a relação de “confiança” for afetada²⁹². A dissolução do governo civil – e não da sociedade – pode se dar, por exemplo, quando o Legislativo “tenta invadir a

²⁸⁶ Idem. Ibidem, p. 100.

²⁸⁷ Idem. Ibidem, p. 110.

²⁸⁸ Idem. Ibidem, p. 111.

²⁸⁹ GOUGH, J. W. Introdução ao segundo tratado sobre o governo civil, 2006, p. 21.

²⁹⁰ LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil, 2006, p. 89.

²⁹¹ Idem. Ibidem, p. 174.

²⁹² Idem. Ibidem, p. 218.

propriedade do súdito e transformar a si, ou qualquer parte da comunidade em senhores que dispõem arbitrariamente da vida, liberdade ou bens do povo”²⁹³, o que nos permite concluir que a propriedade para Locke não envolve apenas bens materiais, mas também a vida e a liberdade. A abertura para uma dissolução legítima do governo põe Locke em uma situação bastante distinta da de Hobbes e, ainda que não tenha tratado especificamente da relação entre direito natural e direito material, deixa claro a supremacia de um direito natural à propriedade de bens, à liberdade e à vida em relação a qualquer medida positiva do Estado.

2.2.5 A semente da democracia no jusnaturalismo de J.-J. Rousseau

Ultrapassando o séc. XVII, chegamos ao jusracionalismo de J.-J. Rousseau. Mantendo a tradição, o seu trabalho não foge ao modelo sistemático fundado por Hobbes²⁹⁴, muito embora a visão panorâmica desse movimento, o enfraquecimento da monarquia e um ambiente mais propício ao desenvolvimento de teorias genuinamente antropocêntricas²⁹⁵, proporcionam ao seu trabalho uma projeção para além de seu tempo²⁹⁶. Ao contrário de Hobbes, Rousseau não vê o estado de natureza do homem como um estado beligerante, acreditando em um homem livre e isolado que pauta suas ações a partir de padrões instintivos onde a alimentação e preservação são determinantes²⁹⁷. No estado de natureza, a desigualdade biológica do homem não é determinante para o desencadeamento de um processo de dominação, ou seja, enquanto os homens se aplicavam apenas a obras que podiam fazer sozinhos e a “artes que não precisam do concurso de várias mãos, viveram tão livres, sadios, bons e felizes quanto o poderiam ser por sua natureza e continuaram a usufruir entre si as doçuras de um relacionamento independente”²⁹⁸. Para Rousseau, a origem da desigualdade não está no estado natural do homem, mas sim em uma determinada etapa de sua evolução.

²⁹³ Idem. *Ibidem*, p.

²⁹⁴ Concluindo o seu trabalho em o *Discurso sobre a origem e a desigualdade dos homens*, dirá Rousseau que o seu esforço foi frutificado “na medida em que essas coisas podem ser deduzidas da natureza do homem pelas simples luzes da razão e independente de dogmas sagrados que conferem à autoridade soberana a sanção do direito divino”. ROUSSEAU, J.-J. *Discurso sobre a origem e a desigualdade dos homens*, 2005, p. 2005.

²⁹⁵ “São somente os ‘filósofos’ franceses do séc. XVIII que começam a fugir à regra [de escrever obras de teologia], embora não estejam isentos, de modo negativo, de preocupações religiosas”. VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, 2005, p. 13.

²⁹⁶ Rousseau pode ser considerado como um “crítico modernista da modernidade”. TOURAINE, Alain. *Crítica da Modernidade*. 2002, p. 28.

²⁹⁷ Sobre o homem no seu estado de natureza dirá Rousseau: “vejo um animal menos forte do que alguns, menos ágil do que outros, mas, afinal, organizado mais vantajosamente do que todos. Vejo-o saciando-se sob um carvalho, matando a sede no primeiro riacho, encontrando seu leito ao pé da mesma árvore que lhe forneceu a refeição e assim satisfeitas suas necessidades”. J.-J. ROUSSEAU, *Discurso sobre a origem e a desigualdade dos homens*, 2005, p. 164.

²⁹⁸ Idem. *Ibidem*, p. 213.

Mas, a partir do instante em que um homem necessitou do auxílio do outro, desde que percebeu que era útil a um só ter provisões para dois, desapareceu a igualdade, introduziu-se a propriedade, o trabalho tornou-se necessário e as vastas florestas se transformaram em campos risonhos que cumpria regar com o suor dos homens e nos quais logo se viu a escravidão e a miséria germinarem e medrarem com as searas.²⁹⁹

O estado civil decorre de um pacto social cujo problema fundamental é “encontrar uma forma de associação que defenda com toda a força a pessoa e o bem de cada associado, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedeça, contudo, a si mesmo e permaneça tão livre quanto antes”³⁰⁰. Com isso, Rousseau introduz uma nova noção de liberdade, pensada no estado civil, onde toda e qualquer restrição deve ser determinada pelo seu próprio destinatário, na medida em que ela é “a obediência à lei que se prescreveu a si mesmo”³⁰¹. Aqui está o “DNA” da democracia moderna, que ultrapassa os séculos e que é retomada com força no pensamento contemporâneo³⁰². “O que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo quanto deseja e pode alcançar. O que ele ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo que possui.”³⁰³

O direito positivo em Rousseau, portanto, estará totalmente condicionado ao *pacto social*, que não se esgota no momento de sua celebração como um contrato de execução imediata. Trata-se de um contrato de execução diferida que mantém vivo o vínculo entre o indivíduo e o corpo político, impedindo que as leis em um estado civil se voltem para a razão de ser de sua formação, qual seja, “permanecer tão livre quanto antes”³⁰⁴. O contrato social se assume, portanto, como uma efetiva “constituição racional”, a partir e para a qual a lei dará “movimento e vontade”³⁰⁵. Esse modelo, portanto, condiciona a validade da lei ao pacto social a partir de um vínculo racional, traduzido não apenas por questões formais (procedimental), mas também substanciais. Assegurar a liberdade e a igualdade é o principal objetivo de qualquer sistema de legislação. Liberdade porque toda a dependência particular corresponde à perda de força do corpo político e igualdade porque, sem ela, “a liberdade não pode subsistir”³⁰⁶. Desse modo, não pode o legislador deixar de atender a esse *mister*, nem o próprio povo abrir mão desse “direito intransponível”. O pacto

²⁹⁹ Idem. Ibidem, p. 213.

³⁰⁰ Idem. O contrato social, 2006, p. 20.

³⁰¹ Idem. Ibidem, p. 26. Em outra passagem, dirá Rousseau que “o povo submetido às leis deve ser o autor delas; somente aos que se associem compete regulamentar as condições da sociedade”. Idem. Ibidem, p. 48.

³⁰² “Pues sin respaldo religioso o metafísico, el derecho coercitivo, cortado a la medida de un comportamiento al que no se exige sino que se ajuste a la ley, sólo puede conservar ya su fuerza de integración social haciendo que los destinatarios de esas normas jurídicas puedan a la vez entenderse en su totalidad como autores racionales de esas normas.” HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez, 2001, p. 95-96.

³⁰³ ROUSSEAU, J.-J. O contrato social, 2006, p. 26.

³⁰⁴ Idem. Ibidem, p. 20-21.

³⁰⁵ Idem. Ibidem, p. 45.

³⁰⁶ Idem. Ibidem, p. 62.

assume, neste momento, o paradoxo hoje acentuado quando falamos da Constituição como condição para a democracia e, ao mesmo tempo, como regra contramajoritária³⁰⁷. Embora não seja possível falar em um “constitucionalismo substancialista” em Rousseau, para ele o que “generaliza a vontade é menos o número de votos que o interesse comum que os une, pois, nessa instituição, cada qual se submete necessariamente às condições que impõem aos demais”³⁰⁸.

O *soberano* em Rousseau se confunde com o *corpo político*, na medida em que o *pacto social* dá a este um poder absoluto sobre todos os seus membros, sendo este poder dirigido pela *vontade geral* e denominado de *soberania*³⁰⁹. Mas esse *poder soberano* possui limites – o que não poderia ser diferente se considerarmos o que já foi dito quanto à inalienabilidade do poder – e, quanto a isso, dirá Rousseau que nenhum soberano poderá “onerar os súditos com nenhuma pena inútil à comunidade”, sendo apenas possível “compromissos mútuos”³¹⁰. Os limites do *poder soberano* não podem ultrapassar, portanto, “os limites das convenções gerais”.

Conclui-se ainda que a desigualdade moral, autorizada unicamente pelo direito positivo, é contrária ao direito natural todas as vezes em que não coexiste, na mesma proporção, com a desigualdade física; distinção que determina suficientemente o que se deve pensar a esse respeito da espécie de desigualdade que reina entre todos os povos policiados, já que é claramente contra a lei da natureza, seja qual for a maneira por que a definamos, uma criança mandar num velho, um imbecil conduzir um homem sábio e um punhado de gente regurgitar superfluidades enquanto a multidão esfaimada carece do necessário.³¹¹

Rousseau inaugura um jusnaturalismo formal que não está diretamente relacionado ao seu conteúdo, mas que obedece a requisitos formais de formação do direito positivo. Esse modelo teria influenciado a visão de direito de Kant, muito embora a justificação racional tenha sido radicalmente modificada em razão do “giro copernicano”.

2.2.6 Universalidade e liberdade no jusnaturalismo formal de Kant

Vimos no capítulo anterior que o projeto kantiano envolvia uma “crítica da razão prática”³¹², onde o seu objetivo era analisar o uso prático da razão³¹³. Não há duas razões, isto é, uma teórica e outra prática, mas uma única razão que é exercitada na síntese de problemas, ora relacionados ao conhecimento, ora relacionados à ação. Na primeira

³⁰⁷ Cf. STRECK, Lenio. Verdade e consenso, 2009.

³⁰⁸ ROUSSEAU, J.-J. O contrato social, 2006, p. 41.

³⁰⁹ Idem. Ibidem, p. 39.

³¹⁰ Idem. Ibidem, p. 39-40.

³¹¹ Idem. Discurso sobre a origem e a desigualdade dos homens, 2005, p. 243.

³¹² KANT, Immanuel. Crítica da razão prática, 2002.

³¹³ HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant, 2005, p. 188.

aplicação da razão, estamos diante do mundo do *ser*, onde o nosso conhecimento está condicionado à imposição da natureza, enquanto que no exercício prático da razão estamos no plano do *dever-ser*, onde o que impera é a nossa liberdade de ação. Neste caso, estamos diante da segunda questão colocada por Kant: “o que devo fazer?”. Kant não é um cético em matéria moral-prática, sustentando que a vontade é algo racional que está diretamente relacionada à ação. Assim, a exemplo de sua análise na “Crítica da razão pura”, constata que há ações empiricamente condicionadas e outras que podem ser pensadas transcendentemente. Com isso, a questão fundamental da crítica da razão prática “é se a razão pura basta por si só para a determinação da vontade ou se somente enquanto razão empiricamente condicionada ela pode ser um fundamento determinante da mesma”³¹⁴.

O ponto de partida de Kant é a análise da ética individual, que se desenvolve no plano da moral e se manifesta através de um exercício auto-legislador. Neste campo, “Kant não quer ‘descobrir’ ou ‘estabelecer’ um princípio moral”, mas examinar o modo de operação de nossa razão prática³¹⁵. Uma ação boa é aquela que deriva de uma vontade boa e que independe de fatores condicionantes, estando relacionada exclusivamente a uma disposição interior. Esse ponto de partida acaba gerando leituras equivocadas, na medida em que se aplica o sistema da moral kantiana ao direito, ignorando a complexa relação entre esses dois âmbitos de verificação da ação³¹⁶. Na moral, a ação boa é aquela que corresponde à vontade do agente, independente de qualquer obstáculo exterior, e não aquela ação condicionada pelo necessário cumprimento do dever decorrente de uma lei ou pela possibilidade de vantagem estratégica decorrente de uma determinada ação. A moralidade kantiana diz respeito a uma relação interna e incondicionada do sujeito, ao contrário da análise externa à luz de normas, que confere ao cumprimento de um dever decorrente de regras heterônomas o caráter de *legalidade*. No âmbito da *moralidade* – e não da *legalidade* – Kant segue em busca do *imperativo categórico* como um critério supremo de ajuizamento, exortando-nos a agir de uma determinada maneira. Em síntese, quer ele dizer: “age moralmente!” Agir moralmente não é agir tecnicamente, nem agir pragmaticamente. Em ambas, a ação está condicionada a *imperativos hipotéticos*, “cuja validade encontra-se

³¹⁴ KANT, Immanuel. Crítica da razão prática, 2002, p. 25.

³¹⁵ STÖRIG, Hans Joachim. História Geral da Filosofia, 2008, p. 354.

³¹⁶ “Conquanto a ideia de *Sittlichkeit* também diga respeito à ordem jurídica e estatal, Kant na fundamentação e na Crítica da razão prática refere-se sobretudo ao lado pessoal. Por essa unilateralidade, ele favorece o equívoco de que a Doutrina do Direito ou é desvinculada da nova fundamentação crítica da Ética, ou porém é considerada a partir da *Sittlichkeit* pessoal, da moralidade. A primeira interpretação recai na Doutrina do Direito pré-crítica, a segunda em uma filosófica ou politicamente discutível moralização do Direito”. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant, 2005, p. 192.

subordinada a um pressuposto limitante: ‘se eu quero x, *então* tenho de fazer y’³¹⁷. Agir categoricamente é agir incondicionalmente, o que pode ser traduzido pelo seguinte enunciado: “age somente de acordo com aquela máxima mediante a qual possas ao mesmo tempo querer que ela se torne uma lei universal”. No imperativo categórico não está presente nenhuma regra, assumindo como critério as *máximas*, ou seja, não leva em conta regras heterônomas, mas tão somente parâmetros decorrentes de uma atividade auto-legislativa. As *máximas* são, portanto, proposições fundamentais subjetivas do agir, devendo ser “considerada pelo sujeito como válida somente para a vontade dele”³¹⁸. Isso faz da ética kantiana uma ética formal, pois a moralidade exige condições ideais, representadas pela ausência de fatores condicionantes, e, ao mesmo tempo, a universalidade, caracterizada pela coerência do sujeito³¹⁹. Não há um conteúdo substancial *a priori* na *máxima*, mas apenas uma estrutura formal que integra o imperativo categórico que deverá guiar a ação.

Em uma ética onde a moralidade corresponde ao agir incondicionado e universal – entendidos com a denotação acima explicitada – a pergunta sobre o que devemos fazer em uma dada situação trará consigo, necessariamente, uma segunda questão: aquilo que entendemos dever fazer, de fato, podemos? Essa questão leva Kant à conclusão de que o agir moral depende, necessariamente, da liberdade³²⁰. “A existência de um tal imperativo em nós só tem sentido se também temos a possibilidade de satisfazê-lo, isto é, se somos livres para segui-lo”³²¹. Desse modo, “poder-se-ia definir a liberdade prática também pela independência da vontade de toda outra lei, com exceção unicamente da lei moral”³²².

Dessa forma, “se um sistema de cognição *a priori* que parte exclusivamente de conceitos é denominado metafísica, uma filosofia prática, que não tem a natureza, mas a liberdade de escolha por seu objeto, pressuporá e requererá uma metafísica dos costumes”³²³, trabalho que Kant irá desenvolver na “Doutrina do direito” e na “Doutrina da Virtude”³²⁴, oportunidades em que analisa a ação sob a perspectiva da *legalidade*. Ao contrário das “leis da natureza”, no campo da moral teremos, portanto, as “leis morais” – encontrando-se aí a distinção entre *ser* e *dever ser*, sendo que estas podem estar relacionadas

³¹⁷ HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant, 2005, p. 201.

³¹⁸ KANT, Immanuel. Crítica da razão prática, 2002, p. 32.

³¹⁹ “A universalidade que se oculta em toda máxima é uma universalidade subjetiva (relativa), não a universalidade objetiva (absoluta ou irrestrita) que tem validade pura e simplesmente para todo ente racional”. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant, 2005, p. 207.

³²⁰ KANT, Immanuel. Crítica da razão prática, 2002, p. 152.

³²¹ STÖRIG, Hans Joachim. História Geral da Filosofia, 2008, p. 354.

³²² KANT, Immanuel. Crítica da razão prática, 2002, p. 152.

³²³ KANT, Immanuel. Metafísica dos costumes, 2008, p. 59.

³²⁴ Idem. Ibidem.

tanto a ações internas quanto a externas³²⁵. “Enquanto dirigidas meramente a ações externas e à sua conformidade à lei, são chamadas de jurídicas; porém, se adicionalmente requerem que elas próprias (as leis) sejam os fundamentos determinantes das ações, são leis éticas”³²⁶, o que permite a Kant diferenciar a mera *legalidade* de uma ação, relacionada exclusivamente com as leis jurídicas, de sua *moralidade*³²⁷. A eticidade de uma ação, portanto, depende tanto do âmbito interno (*moralidade*), como do âmbito externo (*legalidade*). Quem age em desrespeito à legalidade, ainda que aja moralmente (âmbito interno), não está agindo de forma ética. Neste mesmo desvio ético incorre aquele que age conforme a *legalidade*, mas no âmbito interno (*moralidade*) a ação é comandada pelo agir estratégico e não por uma máxima incondicionada e universal.

Por ter tomado o sujeito e a liberdade de agir coerentemente com sua própria consciência como um ponto de partida para a sua crítica prática, Kant enfrentará uma complexa relação entre o direito e a moral, elementos que constituem o todo da ética. Paradoxalmente, “a relação crítica entre o direito e a moral existe nesta sutil ligação que se recusa a separá-los como também confundi-los”, devendo o equilíbrio evitar dois obstáculos: “uma separação entre o direito e a moral, que traz consigo o risco de se atingir uma conceituação cínica da autonomia do direito; e uma confusão do direito e da moral, que acarreta uma dependência do direito com relação à moral e traz o risco do despotismo”³²⁸. Qualquer tentativa de solução para o paradoxo apresentado passa, necessariamente, pela análise daquilo que Kant entende por direito.

“O que é o direito?” Com essa pergunta Kant inicia sua *Doutrina do direito*, chamando atenção para que a resposta não se paute naquilo “que as leis em algum país em alguma época prescrevem”, mas em algo que possa assumir a condição universal³²⁹. Para Kant, “qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo

³²⁵ Idem. Ibidem, p. 63.

³²⁶ Idem. Ibidem, p. 63.

³²⁷ “Os termos eticidade e moralidade em Kant assumem sentidos “flutuantes”. Neste caso, seguindo a tradução para o português que foi utilizada, empregamos o termo *moralidade* para designar a qualidade da ação no cumprimento de leis éticas, muito embora isso já implique uma relação cruzada entre a moralidade subjetiva e o direito, ou seja, entre a liberdade interna e externa. Höffe auxilia a compreensão dessa ambigüidade quando afirma que “o conceito de simplesmente bom, de Kant, que lembra o conceito ontológico do ente sumamente perfeito, não é, de si, limitado a aspectos determinados do agir. A ideia normativa de um ilimitadamente bom [conceito que confere a *Sittlichkeit*, traduzido na edição brasileira pelo termo moralidade] é válida não somente para o lado pessoal, mas também para o lado institucional da práxis humana, particularmente para o Direito e o Estado. Porque na práxis podemos distinguir esses dois pontos de vista, há também duas formas fundamentais de *Sittlichkeit*, de um lado a moralidade como *Sittlichkeit* de uma pessoa, de outro, o conceito racional de Direito, a justiça política como a *Sittlichkeit* na convivência das pessoas”. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant, 2005, p. 191-192. Cf. BILLIER, Jean-Cassien. MARYOLI, Aglaé. História da filosofia do direito, 2005, p. 157.

³²⁸ BILLIER, Jean-Cassien. MARYOLI, Aglaé. História da filosofia do direito, 2005, p. 155-156.

³²⁹ KANT, Immanuel. Metafísica dos costumes, 2008, p. 75-76.

com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal”³³⁰. Não há sentido uma práxis sem liberdade, do mesmo modo que não haveria sentido o conhecimento sem o espaço, ou seja, a liberdade está para o direito e para a moral, assim como o espaço está para o conhecimento: são condições de possibilidade. A ação justa deve, portanto, obedecer ao seguinte imperativo: “age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo uma lei universal”³³¹. Isso não significa que essa lei universal guarde, de algum modo, “a expectativa – e muito menos impõe a exigência – de que eu próprio devesse restringir minha liberdade a essas condições simplesmente em função dessa obrigação”³³², mas tão somente que uma análise racional estabelece que “a liberdade está limitada àquelas condições em conformidade com sua ideia e que ela pode também ser ativamente limitada por outros”³³³. O direito está ligado à liberdade de uma forma bastante ambígua. Por um lado, tem na liberdade – como todo campo da práxis humana – sua condição de possibilidade; por outro, em razão da necessidade de equacionar diversas liberdades, tem a competência de se colocar como um “obstáculo ou resistência à liberdade”³³⁴. Portanto, pelo princípio da contradição, o direito se assume como “uma competência de exercer coerção sobre alguém que o viola”.

Só há, portanto, um único direito natural que é a liberdade, isto é “a independência de ser constrangido pela escolha alheia”³³⁵. Na medida em que permite a coexistência com a liberdade de todos os outros de acordo com uma lei universal, é o “único direito original pertencente a todos os homens em virtude da humanidade destes”³³⁶. Com isso, temos que, assim como em Rousseau, o jusnaturalismo de Kant é um jusnaturalismo formal, na medida em que identifica como universal no direito algo desprovido de um conteúdo empiricamente dado, mas, seguindo a tradição de suas críticas, algo que seja passível de determinação *a priori*. O direito em Kant permite, assim como nas outras formas de jusnaturalismo analisadas – e agora sob um ponto de vista inteiramente novo – pensar nos limites e possibilidades do direito positivo.

No âmbito do direito privado, será uma “pressuposição *a priori* da razão prática considerar e tratar qualquer objeto de minha escolha como algo que pudesse

³³⁰ Idem. Ibidem, p. 76-77.

³³¹ Idem. Ibidem, p. 77.

³³² Idem. Ibidem, p. 77.

³³³ Idem. Ibidem, p. 77.

³³⁴ Idem. Ibidem, p. 77.

³³⁵ Idem. Ibidem, p. 84.

³³⁶ Idem. Ibidem, p. 84.

objetivamente ser meu ou teu”³³⁷. Com isso, nem tudo poderá ser objeto de propriedade, do mesmo modo que somente será objeto de propriedade aquilo que puder ser meu *ou* teu, eliminando por uma imposição da razão prática a possibilidade de uma coisa ser, em tese, apenas minha. Assim, dirá Kant que a pretensão de declarar como sua uma coisa implica também na pretensão de afastar os demais do uso dessa coisa, o que envolve, por imposição da razão, “o reconhecimento de que eu, por minha vez, estou obrigado em relação a todo outro a me abster de usar o que é externamente seu, pois a obrigação aqui surge de uma regra universal que tem a ver com as relações jurídicas externas”³³⁸. Esta regra de reciprocidade, muito embora derive de uma lei universal, depende da garantia de que todos os demais se comportarão segundo o mesmo princípio. Neste caso, “uma vontade unilateral não pode servir como uma lei coercitiva para todos no que toca à posse que é externa e, portanto, contingente, já que isso violaria a liberdade de acordo com leis universais”³³⁹. Em razão disso, para que seja viável o estabelecimento da imposição coercitiva, faz-se necessária a constituição de um estado civil, que é a “condição de estar submetido a uma legislação externa geral”³⁴⁰.

Quando as pessoas vivem sob uma Constituição civil, as leis estatutórias existentes nesta condição não podem violar o direito natural (isto é, o direito deduzível de princípios a favor da Constituição civil); e, assim, o princípio jurídico “quem quer que aja com base numa máxima que impossibilita que eu tenha um objeto de minha escolha como meu me prejudica” permanece em vigor, pois uma Constituição civil é precisamente a condição jurídica pela qual o que pertence a cada um é apenas assegurado, porém não é realmente estabelecido e determinado.³⁴¹

Ademais, “o conjunto das leis que necessitam ser promulgadas, em geral a fim de criar uma condição jurídica, é o direito público”³⁴². O direito público cumprirá, portanto, a função de unir uma “multidão de seres humanos” ou uma “multidão de povos”, sendo que essa “condição dos indivíduos no seio de um povo na sua relação recíproca é chamada de condição civil (*status civilis*)”, enquanto que esse conjunto “em relação aos seus próprios membros é chamado de *Estado (civitas)*”³⁴³. Assim, pressupondo em relação a esse Estado uma associação de membros, ele também será chamado de Estado de nação (*gens*), onde “somos levados a pensar não só no direito de um Estado, como também num direito das gentes (*ius gentium*)”³⁴⁴. Além disso, considerando que a superfície da Terra não é ilimitada, “os conceitos de direito do Estado e de direito das gentes conduzem inevitavelmente à ideia

³³⁷ Idem. Ibidem, p. 92.

³³⁸ Idem. Ibidem, p. 101.

³³⁹ Idem. Ibidem, p. 101.

³⁴⁰ Idem. Ibidem, p. 101.

³⁴¹ Idem. Ibidem, p. 101-102.

³⁴² Idem. Ibidem, p. 153.

³⁴³ Idem. Ibidem, p. 153.

³⁴⁴ Idem. Ibidem, p. 154.

do direito de todas as gentes ou direito cosmopolita (*ius cosmopolitanum*)”³⁴⁵. Assim, completará Kant, “se o princípio de liberdade externa limitada pela lei não estiver presente em qualquer uma dessas três formas possíveis de condição jurídica, a estrutura de todas as outras será inevitavelmente solapada e terá, finalmente, que desmoronar”³⁴⁶.

Mas, a necessidade de verificação de limites a serem impostos pela lei não é uma conclusão decorrente da experiência, que nos levaria à conclusão de uma tendência natural dos seres humanos para a violência³⁴⁷, o que torna a posição de Kant totalmente diferente daquela defendida por Hobbes, por exemplo. O que torna necessária a coerção é o fato de que “antes de uma condição legal pública ser estabelecida, indivíduos humanos, povos e Estados jamais podem estar seguros contra a violência recíproca, uma vez que cada um detém seu próprio direito de fazer o que parece certo e bom para si e não depender da opinião alheia a respeito disso”³⁴⁸. Portanto, o que justifica em Kant um direito coercitivo que limita a liberdade é, justamente, a conclusão *a priori* da liberdade individual dos sujeitos.

Ainda que o direito coercitivo seja justificado e necessário na metafísica dos costumes elaborada por Kant, esse poder não será absoluto. Neste momento, aproximando-se do jusnaturalismo de Rousseau, dirá Kant que o Poder Legislativo “pode pertencer somente à vontade unida do povo, pois uma vez que todo o direito deve dele proceder, a ninguém é capaz de causar injustiça mediante sua lei”³⁴⁹. A liberdade, portanto, só poderá ser cerceada pela união daqueles que serão os destinatários imediatos das leis coercitivas.

Mal compreendido em sua época, Kant se lançará no tempo criando as condições de possibilidade para que seja pensado um direito onde a legitimidade se dá pela legalidade, modelo que ultrapassará as fronteiras de um direito nacional para um direito cosmopolita³⁵⁰ e pregará a tão esperada “paz perpétua”³⁵¹. A liberdade, a universalidade e a coerência kantianas são legados de um filósofo que dividiu a modernidade e que se projetou no séc. XIX com o neokantismo e nos dias atuais com as propostas que buscam um consenso

³⁴⁵ Idem. Ibidem, p. 154.

³⁴⁶ Idem. Ibidem, p. 154.

³⁴⁷ Idem. Ibidem, p. 154.

³⁴⁸ Idem. Ibidem, p. 154.

³⁴⁹ Idem. Ibidem, p. 156.

³⁵⁰ Habermas é o exemplo que mais se aproxima dessa tentativa. Cf. HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro, 2002.

³⁵¹ Para Kant, se a realização de sua metafísica se der “por meio de uma reforma paulatina, fundada em princípios sólidos, poderá conduzir a uma aproximação contínua do mais elevado bem político, da paz perpétua”. KANT, Immanuel. Metafísica dos costumes, 2008, p. 197.

dialógico em bases transcendentais³⁵². Mas, no que diz respeito ao direito, a principal influência de Kant se manifesta no pensamento neopositivista de Hans Kelsen³⁵³, que não trabalha com a perspectiva da práxis, mas de uma crítica do conhecimento científico do direito.

2.3 A TRADIÇÃO ANTROPOLÓGICA DO DIREITO MODERNO

A formação do projeto de modernidade, que se dá entre os séc. XVI e XVIII, forja uma concepção de direito abandonada no decorrer da consecução desse mesmo projeto. O objetivo do estudo apresentado foi o de retomar a tradição autêntica do direito moderno, permitindo, ao mesmo tempo, uma reflexão sobre a possibilidade de retomada dessa tradição. A tese central é a de que o direito que se edificou com a modernidade ultrapassa o direito positivo, estabelecendo seu fundamento, seus limites e suas possibilidades. A pergunta pelo direito moderno não era pelo texto, mas pelo homem, o que faz dele uma resposta antropológica. Com todos os problemas metodológicos que poderíamos apontar, trata-se de um direito que crê em uma racionalidade que não está restrita ao processo cognitivo de textos, mas que se volta para o homem e para tudo aquilo que está diretamente ligado a ele, especialmente “as questões típicas da ética, tais como as noções de justiça, de liberdade, de bem-estar geral, de vontade, onde o Direito e a ética não se excluem mutuamente”³⁵⁴.

Se considerarmos o direito natural como a crença em algo que está para além do direito positivo e que, por sua vez, estabelece seu fundamento e limites, iremos constatar que ele nunca morreu. A passagem do jusracionalismo para o positivismo jurídico no séc. XIX não teve a audácia de eliminar o discurso que, no fundo, sustentou as revoluções burguesas ainda recentes naquele momento. O direito natural, em verdade, foi esquecido e, com ele, a possibilidade de pensar o direito para além do texto positivista. Ainda assim, resistiu à eclipse do séc. XIX e se restabeleceu no séc. XX como uma das vertentes de combate ao positivismo decisionista que, diante do fracasso dos modelos conceituais e silogísticos, reduz-se à “vontade de poder” – ou ao poder de dizer uma vontade – de um modo que nem mesmo o próprio Hobbes admitiria.

Há, desse modo, um elo perdido entre a concepção moderna de direito – jurnaturalista, necessariamente – e a concepção que se infiltra e se consolida no

³⁵² Cf. APEL, Karl-Otto. *Transformação da Filosofia*, 2000. HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*, 1987.

³⁵³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 2000.

³⁵⁴ PÊPE, Albano Marcos Bastos. *O jurnaturalismo e juspositivismo modernos*, 2007, p. 10.

“senso comum teórico dos juristas”, até mesmo dentro da academia, que na maioria das vezes reduz as indagações sobre o fundamento supra-legal do direito aos temas de filosofia de direito, cindindo essa reflexão da operação dogmática e se fechando em uma prática abstrata, conceitual e alienada. Os juristas da modernidade tardia estão para as ciências humanas assim como o “marido traído” está para a cultura popular nordestina: é sempre o último a ficar sabendo. Não estão atentos às discussões histórico-filosóficas que poderiam proporcionar a retomada do *ser* do direito e, ao mesmo tempo, proporcionar a sua revisão.

Neste momento, buscam-se as razões pelas quais o direito moderno sucumbiu frente a um positivismo feito “às secas”, bem como os motivos pelos quais não é possível admitir soluções mágicas – operativas – na retomada da eticidade, tão preconizada no Brasil, especialmente após a Constituição de 1988. Por que o Hobbes que se eterniza é aquele que reduz o direito ao direito positivo e não aquele que pensa em limites para o governante e que, bem ou mal, oferece um sentido teleológico para as ações de Estado? Por que o Pufendorf que fica é aquele que estabelece um sistema conceitual e não aquele que alerta para a necessidade de pensar o direito como uma ciência voltada para um objeto moral e não para uma condição fisiológica de homem? Por que Locke passou a ser aquele da propriedade privada e da liberdade sem preço e não aquele dos limites à propriedade e do “direito à revolução”? Por que o que fica de Rousseau é o mero vínculo procedimental entre o detentor do poder absoluto e aquele que o exerce e não o que sustenta o direito válido é, apenas, aquele que é legítimo? E por que o Kant que se perpetua é aquele que pensa os limites do conhecimento e não o que pensa nas possibilidades de uma práxis voltada para a “paz perpétua”? Como as perguntas já trazem as respostas, cumpre analisar duas variáveis: uma relacionada às falhas no próprio projeto de modernidade, na medida em que a base epistemológica sobre a qual tais matrizes foram construídas serão reconhecidas mais tarde como inadequadas para as ciências do espírito; outra relacionada a um agente externo ao projeto que potencializa as relações entre mercado e ciência, estimulando um modelo estratégico-funcional que depende da racionalidade cognitivo-instrumental e deslocando o estudo do direito de matrizes antropológicas para matrizes tecnológicas.

2.4 O DESVIRTUAMENTO DO PROJETO DE MODERNIDADE

Para Max Weber³⁵⁵, há uma distinção entre o capitalismo moderno e outras manifestações “capitalistas” presentes em diversos lugares, inclusive de períodos que

³⁵⁵ WEBER, Max. A ética protestante e o espírito do capitalismo, 1996, p. 32.

antecederam a era moderna. O capitalismo moderno é marcado por uma dimensão ética própria e movido por uma racionalidade própria.

De fato, o *summum bonum* desta “ética”, a obtenção de mais e mais dinheiro, combinada com o estrito afastamento de todo gozo espontâneo da vida é, acima de tudo, completamente destituída de qualquer caráter eudemonista ou mesmo hedonista, pois é pensado tão puramente como uma finalidade em si, que chega a parecer algo de superior à “felicidade” ou “utilidade” do indivíduo, de qualquer forma algo de totalmente transcendental ou simplesmente irracional. O homem é dominado pela produção de dinheiro, pela aquisição encarada como finalidade última de sua vida. A aquisição econômica não mais está subordinada ao homem como meio de satisfazer suas necessidades materiais. Esta inversão do que poderíamos chamar de relação natural, tão irracional de um ponto de vista ingênuo, é evidentemente um princípio norteador do capitalismo, seguramente quanto ela é estranha a todos os povos fora da influência capitalista³⁵⁶.

Essa “ética” abre espaço para a constituição de um capitalismo racional que se desenvolve sobre estruturas empresariais geridas pelo método da contabilidade do capital³⁵⁷. É nesse sentido que o conceito de capitalismo em Weber pode ser explicado por fatores externos à economia, enquadrando-se na corrente culturalista e contrapondo-se à corrente histórica, da qual Karl Marx é integrante. Touraine³⁵⁸, por sua vez, chama a atenção para a impossibilidade de reduzir o capitalismo à economia de mercado ou à racionalização. Muito embora o considere uma ideologia moderna triunfante no plano econômico, a economia de mercado corresponderia a uma dimensão negativa da modernidade em face do desaparecimento do controle holístico da atividade econômica, que envolvia o poder político ou religioso, enquanto que a racionalização seria inerente à própria modernidade.

O modelo capitalista de modernização se define, ao contrário, por um tipo de ator dirigente, o capitalista. Enquanto Werner Sombart pensava que a modernização econômica resultara da decomposição de controles sociais e políticos, da abertura dos mercados e dos progressos da racionalização, portanto do triunfo do lucro e do mercado, Weber combatia esta visão puramente econômica e definia, em seu ensaio sobre Ética protestante e o espírito do capitalismo e em Economia e sociedade, o capitalista como um tipo social e cultural particular.

Independente da parcela de contribuição da própria modernidade para o desenvolvimento do capitalismo, sua hegemonia está diretamente relacionada com a formação da sociedade industrial e a ascensão da burguesia ao poder político³⁵⁹, colocando-o

³⁵⁶ Idem. Ibidem, p. 33.

³⁵⁷ Idem. Ibidem.

³⁵⁸ TOURAINE, Alain. Crítica da modernidade, 2002, p. 32.

³⁵⁹ Fernando Pedrão concebe o desenvolvimento do capitalismo em onze períodos que marcam a formação e a ruptura de suas formas. O sétimo período corresponde à formação do capitalismo industrial até a reestruturação pós-bonapartista, ocorrida por volta de 1830. O oitavo período corresponde a ascensão da produção industrial, o nono pelo confronto dos interesses capitalistas por mercados internacionais, que se verifica até o período de ruptura e reordenamento da economia mundial, por ele identificado como o décimo período. O capitalismo moderno, portanto, segue a partir do sétimo período que, juntamente com o oitavo e nono, corresponde ao que Boaventura de Souza Santos chamou de primeira fase, já que o décimo representa a ruptura que marca o capitalismo organizado e o redimensionamento do projeto de modernidade. PEDRÃO, Fernando. Raízes do capitalismo contemporâneo, 1996, p. 72-76.

como um “ator dirigente” externo ao projeto social da modernidade. Para Boaventura de Souza Santos, a gênese do projeto de modernidade se deu antes de o modelo de produção capitalista assumir a consecução deste projeto³⁶⁰.

Se concebermos o capitalismo como um sistema de trocas monetárias generalizadas, como faz, por exemplo, I. Wallerstein, a data da emergência do capitalismo terá de recuar alguns séculos, até ao século XVI pelo menos. Não nos parece, porém, que tal concepção seja adequada para os nossos propósitos analíticos, pois a especificidade histórica do capitalismo reside nas relações de produção que instaura entre o capital e o trabalho e são elas que determinam a emergência e generalização de um sistema de trocas caracterizadamente capitalista. Isso só ocorre a partir de finais do século XVIII ou mesmo meados do século XIX e, portanto, depois de estar constituído, enquanto projecto sócio-cultural, o paradigma da modernidade.³⁶¹

O projeto de modernidade não pertence ao capitalismo, nem o capitalismo pertence ao projeto de modernidade. A sua consecução é que foi assumida pelo capitalismo na medida em que ele se agrega ao “princípio do mercado”, passando a estabelecer com as lógicas de racionalidade emancipatórias *cálculos de correspondência* que interessavam ao modelo capitalista e que, sem os quais, ele não sobreviveria. Como um ator social, o capitalismo corresponde a uma forma particular de modernização e não à modernidade, logo, ele se mostra como um vírus que se agrega ao código genético da modernidade, aproveitando-se de processos de institucionalização já instaurados e acentuando um desenvolvimento desarmonizado.

Nesse desenvolvimento, percebe-se a supervalorização do *princípio do mercado* na medida em que o *princípio da comunidade* – que traz consigo a ideia de que o poder pertence ao próprio corpo político e não aos representantes – sucumbe e se vê esmagado ao longo dos séculos XVIII e XIX pela força da dominação burguesa nas sociedades capitalistas. Ao longo do século XX, quando os movimentos de democratização são consolidados³⁶², as concessões da burguesia e, teoricamente, a redução da força regulatória movida pelo *princípio do mercado* são acompanhadas pela ampliação demasiada do papel do Estado, fazendo com que o modelo de regulação distancie o poder do seu detentor – o *corpo político* – e, conseqüentemente, provoque o esmagamento da comunidade³⁶³. Em

³⁶⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da razão indolente, 2002, p. 21.

³⁶¹ Idem, ibidem, p. 78-79.

³⁶² “Embora as ideias de Rousseau tenham exercido grande influência em eventos como a Revolução Francesa, e possibilitando a redescoberta da democracia, esquecida desde os gregos, o fato é que, no ideário liberal, prevaleceu a visão lockeana de direitos humanos identificada como a “liberdade moderna”. [...] Já a democracia, conceito central do pensamento de Rousseau, foi por muito tempo postergada, já que os direitos políticos foram conferidos apenas à burguesia, através da instituição do voto censitário.” SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social, 2003, p. 379.

³⁶³ A hipertrofia do princípio da comunidade se mostra mais evidente ainda na primeira fase do capitalismo – capitalismo liberal – na medida em que o princípio do mercado se colocava como força regulatória imediata, esmagando também o princípio do Estado, conforme demonstra Boaventura de Souza Santos. SANTOS, Boaventura de Sousa. O social e o político na transição pós-moderna, 2003, p. 81.

verdade, o Estado passa a agir conforme a *lógica do mercado*, fato que comprova a presença do capitalismo como o agente que determina os rumos do projeto durante toda a sua consecução.

As implicações do modelo capitalista no projeto de modernidade já se mostram evidentes ao longo de sua primeira fase, denominada de liberal. O desenvolvimento harmonioso entre os princípios regulatórios do *Estado, mercado e comunidade*, que estavam presentes no pensamento liberal do séc. XVIII, é impossibilitado pela hipertrofia do *princípio do mercado* e atrofia dos demais.³⁶⁴

O desequilíbrio e a existência de *cálculos de correspondência* entre o *princípio do mercado* e as três lógicas de racionalidade emancipatória acentuaram o desequilíbrio e contribuíram para a não consecução dos ideais projetados. Os princípios do *Estado* e da *comunidade* foram esmagados e suas imbricações com as lógicas de racionalidade esvaídas. O *princípio da comunidade* se reduz a um composto de dois elementos abstratos: a) a *sociedade civil*, que passa a ser concebida como uma agregação competitiva de interesses particulares e b) o próprio *indivíduo*, componente da *sociedade civil* e visto como um sujeito livre e igual nas suas relações intersubjetivas³⁶⁵. A esfera privada restará dissociada da esfera pública, momento em que se perde de vista a relação interna entre essas esferas³⁶⁶ e em que se associa a cidadania à detenção de direitos do indivíduo oponíveis ao Estado e aos demais integrantes da sociedade civil³⁶⁷.

O *princípio do Estado*, por sua vez, coloca-se em função de uma *sociedade civil* competitiva e livre – porém já condicionada pelo *mercado* – e, conseqüentemente, assume a figura do Estado mínimo, tendo como função residual a segurança pública. O dualismo sociedade civil *versus* Estado passa a ser o elemento que isola mutuamente as possibilidades regulatórias dos princípios a eles correlatos e confere espaço para a concretização do *laissez-faire*. Desse modo, é visível a manipulação do capitalismo ao estabelecer as bases de uma sociedade civil que, por si mesma, preconiza um Estado mínimo e, ao mesmo tempo, enxerga na liberdade e igualdade falaciosas as possibilidades emancipatórias. Tais princípios, muito embora se mostrassem como o fim da opressão, possibilitavam uma outra forma de dominação: a dominação econômica do capitalismo moderno.

³⁶⁴ Idem. Ibidem, p. 80-81.

³⁶⁵ Idem. Ibidem, p. 81.

³⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro, 2004, p. 192.

³⁶⁷ Idem. Ibidem, p. 279.

Essa dominação ultrapassa o dirigismo mercadológico na medida em que os *cálculos de correspondência* estabelecem uma implicação necessária entre o *princípio de mercado* e as *lógicas emancipatórias*. A supremacia do mercado significará a hegemonia de uma racionalidade adequada ao modelo capitalista e que, muito embora já estivesse presente na modernidade, até então não tinha sido reduzida à condição de *força produtiva*³⁶⁸, o que somente foi viabilizado a partir de uma aliança com a técnica. A ciência, pautada na racionalidade cognitiva, alia-se a modelos tecnológicos; a ciência – já dominada pela essência da técnica – domina a natureza, e a tecnologia reproduz essa dominação a partir de esquemas operacionais acessíveis, transformando-os, conseqüentemente, em “produtos”. Esses produtos surgem tanto na condição de máquinas que vão produzir novos produtos ou na condição de bens de consumo.

Se compararmos o jusnaturalismo moderno com o modelo clássico grego, é possível perceber uma diferença significativa. O “direito natural racional, com a intenção de produzir uma teoria que cumpra uma função precípua de organizar racionalmente as instituições responsáveis pelos novos problemas que se colocam diante dos homens”³⁶⁹, assume uma função tecnológica. Essa observação trazida por Albano Pêpe chama a atenção para a busca no direito clássico de uma unidade entre *nomói* e *ethos*, enquanto que o direito moderno toma a lei a partir da sua instrumentalidade. Contudo, o que acentuamos nessa passagem não é o caráter instrumental da lei, mas a admissão da revisão dessa técnica no momento de sua aplicação, em nome justamente do *ethos* a partir da equidade. Na alvorada da modernidade estávamos, de algum modo, mais atentos aos problemas oriundos da técnica – embora não percebêssemos que a ciência que estava sendo proposta já era dominada pela essência da técnica – e, em razão disso, construíamos alguns limites. A modernidade burguesa perde essa dimensão e provoca uma cisão entre o *ethos* e a lei, reflexo de uma técnica que cada vez mais se distanciava de seu caráter instrumental e que muito rapidamente nos colocaria diante do perigo extremo. A introdução do capitalismo como “ator dirigente” na consecução do “projeto de modernidade” eliminará, por sua vez, uma tradição jusnaturalista, cindindo o conhecimento da aplicação do direito e usurpando o seu caráter moral-prático. Neste momento, passamos a falar em codificações e em sistemas abstratos que se constroem em torno do *texto* e não em torno do *homem*. O direito deixa de ser uma antropologia para ser uma tecnologia, e o jusracionalismo – com todos os seus equívocos metodológicos – é

³⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. *Ciência y técnica como “ideología”*, 1999.

³⁶⁹ PÊPE, Albano Marcos Bastos. *O jusnaturalismo e o juspositivismo modernos*, 2007, p. 15.

deixado de lado sob o argumento de que a aplicação do direito agora prescinde do “pensar” (o homem), bastando tão somente a comparação silogística entre o *fato* e o *texto*.

Era necessário, portanto, que se instaurasse uma dominação preponderantemente legal, onde inexistisse a possibilidade de crítica (viabilizada por um direito prévio) ao direito positivo.

O parentesco sociológico da dominação legal com o moderno domínio estatal manifestar-se-á ainda mais claramente ao se examinarem os seus fundamentos econômicos. A vigência do “contrato” com base na empresa capitalista impõe-lhe o timbre de um tipo eminente de relação de dominação “legal”.³⁷⁰

Com isso, “os ‘direitos do cidadão’ passaram, então, a servir de meios de proteção aos ‘direitos do homem’ e a vida política tornou-se mero instrumento de conservação da sociedade civil, sob a dominação da classe proprietária”³⁷¹ e o direito passou a se reproduzir em torno de si mesmo. Tal como ocorreu com a revolução científica do séc. XVII, a técnica deixava de ser para o direito “um simples meio”, passando a ser “em si mesma”. Mais uma vez, podemos comprovar de que “não há nada de técnico na essência da técnica”³⁷².

2.5 A MODERNIDADE BURGUESA E O POSITIVISMO JURÍDICO

As revoluções burguesas são postas em prática sob a “trilha sonora” do jusracionalismo³⁷³. O iluminismo francês³⁷⁴ e o discurso revolucionário americano³⁷⁵ se valem abertamente da ideologia jusracionalista – e de seu potencial crítico já descoberto pelos sofistas alguns séculos antes de Cristo³⁷⁶ – e dirigem toda sua força contra o *ancien regime* e a dominação inglesa. Seria paradoxal, portanto, que fosse exatamente o novo regime implementado após as revoluções burguesas o responsável pela superação do jusracionalismo, na medida em que neste momento se dá a passagem para as concepções positivistas de direito, representadas na França pela *Escola de Exegese*³⁷⁷ e na Alemanha pela *Jurisprudência de Conceitos*³⁷⁸. Como poderíamos conceber a queda da Bastilha em 1789 ao som da Marselhesa e do “direito à revolução” de Locke e, apenas quinze anos depois, termos o *Código de*

³⁷⁰ WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima, 1997, p. 130.

³⁷¹ COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos, 2004, p. 142-143.

³⁷² HEIDEGGER, Martin. A questão da técnica, 2007, p. 37.

³⁷³ Cf. BOBBIO, Norberto. A era dos direitos, 1992, p. 28.

³⁷⁴ “Esta perspectiva encontrou na crítica jusnaturalista do direito histórico “irracional” e na teoria jusnaturalista dos deveres a justificação espiritual das suas reformas políticas autoritárias e da sua cultura moral”. WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno, 2004, p. 355.

³⁷⁵ Cf. BOBBIO, Norberto. Locke e o direito natural, 1998.

³⁷⁶ Cf. MACHADO NETO, A. L. O eterno retorno do direito natural, 1987, p. 336.

³⁷⁷ Cf. BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico, 1995, p. 63-89.

³⁷⁸ Cf. LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito, 1997, p. 21-44.

Napoleão como a “única nota” do direito francês? A resposta a essa pergunta é a chave para o esquecimento do jusracionalismo e, ao mesmo tempo, do *ser* do direito moderno.

A aliança do jusracionalismo com o iluminismo promoveu o impulso pela codificação³⁷⁹, fato que pode ser percebido tanto na Alemanha como na França. Na Alemanha, em razão de suas condições geopolíticas, o movimento pela codificação não se desenvolve em meio à burguesia, mas embalado pelo despotismo esclarecido de Frederico II na Prússia e pelo acentuado caráter sistemático do jusracionalismo Christian Wolff (1679-1754), tão decisivo que pode ser considerado o “verdadeiro pai daquela ‘jurisprudência de conceitos’”³⁸⁰. Neste contexto já se encontra o *ALR (Preußisches Allgemeines Landrecht*, de 1792) e, mais tarde, com o domínio napoleônico no território alemão no séc. XIX e a vigência do *code civil* nos territórios ocupados, o movimento por um código geral ganha força, pano de fundo para o debate entre Thibaut e Savigny³⁸¹. Na França, onde o iluminismo se confundia com a própria cultura e unidade nacional, a codificação, enquanto a quintessência do racionalismo, encontraria um solo mais fértil, muito embora as leis revolucionárias inspiradas nas ideias de Voltaire e Montesquieu³⁸² oferecessem resistência a um direito derivado tão somente da razão³⁸³. Com Napoleão na condição de primeiro Cônsul, são postos em prática os planos da codificação e entre os anos de 1800 e 1804 o projeto sai do papel e é editado.

Muito embora seja hoje em dia lugar comum a negação da concepção *exegética e conceitual* de direito³⁸⁴, sendo tomadas como retrógradas e inapropriadas para o direito, o *pós-positivista* contemporâneo fala menos no fundamento e nos limites do direito

³⁷⁹ As novas codificações não pretendem ordenar leis antigas, mas implementar uma ordem sistemática e inovadora, tanto na sua estrutura, quanto no conteúdo.

³⁸⁰ WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno, 2004, p. 363. Embora Karl Larenz estabeleça como ponto de partida para a formação da “Jurisprudência de Conceitos” as obras iniciais de Savigny, reconhece também a influência do racionalismo de Wolff no processo lógico-dedutivo de Puchta. Cf. LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito, 1997, p. 27.

³⁸¹ Cf. SAVIGNY, Friedrich Karl von. De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho, 1946. THIBAUT, A. F. La codificación, 1970.

³⁸² “É ainda uma outra lei fundamental da democracia que seja exclusivamente o povo a fazer as leis”. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. Do espírito das leis, 2004, p. 56.

³⁸³ Em torno dessas “leis revolucionárias” se desenvolveram algumas concepções metodológicas bastante radicais, a exemplo do non liquet. Tanto é que o *code civil* de 1804 já trazia dispositivos voltados para a reparação e viabilidade de um modelo muito radical, a exemplo do art. 4º que proibia o juiz de se eximir do julgamento. Ali já se percebia que o mito da supremacia do legislador e da total independência funcional não era viável. Lenio Streck associa o art. 4º do *code civil* e a possibilidade de decidir fora do sistema ao caráter decisionista do positivismo jurídico. STRECK, Lenio. Verdade e consenso, 2009, p. 470.

³⁸⁴ A constitucionalização do Direito Civil é um exemplo desse modelo, muito embora os manuais de Direito Civil ainda não tenham incorporado um modelo não conceitual. Continuam, portanto, dentro de uma estrutura clássica onde o ponto de partida é sempre o conceito. A constitucionalização do Direito Civil, portanto, tem sua implementação resumida à reformulação de conceitos, onde a “eticização” e a “socialidade” são introduzidos no velho modelo abstrato e ficam dependentes de uma concretização judicial que, dado à crise paradigmática, fica sujeita à discricionariedade do juiz. Cf. CARNEIRO, Wálber Araujo. O Novo Código Civil e as Políticas Públicas, 2008.

positivo do que o positivista do séc. XIX. O jurista da *Exegese* jamais negaria a existência do *direito natural*, enquanto que o *pós-positivista* de hoje não apenas nega a sua existência, como dificilmente enfrenta possíveis alternativas ao problema do fundamento do direito³⁸⁵, limitando-se, no mais das vezes, a referências valorativas que já estão, por sua vez, positivadas sob o manto de princípios. Esse reducionismo do problema do fundamento do direito na questão deontológica dos princípios constitucionais – que passou a ser o continente axiológico do direito – ignora a pergunta sobre o fundamento desses princípios e mantém um modelo operativo para a sua aplicação³⁸⁶. Essa constatação é um dos elementos que pode explicar a passagem do jusnaturalismo para as concepções positivistas, pelo simples fato de não ter sido essa passagem tão brusca como podemos hoje, com o distanciamento histórico, imaginar.

O projeto do código civil francês previa em seu artigo I que “existe um direito universal e imutável, fonte de todas as leis positivas: não é outro senão a razão natural, visto esta governar todos os homens”. O projeto do código civil da Prússia, encomendado por Frederico II, também “exprimiu a ideia de que o novo direito prussiano devia se fundar ‘na razão’ e constituir um *jus certum et universale*”³⁸⁷. O movimento pela codificação do direito no início do séc. XIX não girava em torno da negação ao direito natural, mas de sua “positivação”. “O movimento pela codificação representa, assim, o desenvolvimento extremo do racionalismo, que estava na base do pensamento jusnaturalista”. Em razão disso, a crítica dirigida ao processo de positivação do direito não vinha de correntes jurracionaisistas, mas sim de um modelo histórico que iniciava seu desenvolvimento na Alemanha sob a inspiração filosófica do romantismo alemão do séc. XIX³⁸⁸.

O debate em torno das codificações era, no fundo, entre a universalidade da razão e a subordinação de um determinado povo – o alemão, especificamente. Enquanto Savigny defendia a historicidade do direito e a primazia da fonte consuetudinária, Thibaut defendia o seu caráter racional e universal, passível de

³⁸⁵ A pobreza quanto ao fundamento do direito é inaugurada por Kelsen, quando substitui uma fundamentação jurracional ou ontológica pela fundamentação transcendental da norma fundamental. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 2000, p. 224.

³⁸⁶ A atual teoria dos princípios que preconiza um modelo ponderativo em contraposição ao subsuntivo das regras, que encontramos em um texto isolado de Dworkin – e que não representa o estado da arte de seu modelo de integridade – e nas propostas de Alexy. A ponderação não questiona o fundamento do direito, apenas propõe um modelo operativo para princípios, normas que traduzem valores “positivados” no sistema. Cf. OLIVEIRA, Rafael Thomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio*, 2008, p. 190-223.

³⁸⁷ Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*, 1995, p. 55.

³⁸⁸ A figura mais expressiva desse movimento é, sem dúvida, Savigny. Aqui vale a ressalva de Larenz sobre as obras de sua juventude, marcadas por uma inclinação lógico-conceitual. Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 1997, p. 9.

sistematização por meio de um código³⁸⁹. Para a Escola Histórica do Direito de Savigny, o “direito, longe de ser uma arbitrária criação da vontade estatal era o produto do ‘Volksgeist’, do qual o costume é a manifestação mais autêntica, livre e direta”³⁹⁰. Esse modelo, muito embora deva ser considerado o precursor de uma concepção culturalista de direito e, conforme aponta Machado Neto, o ponto de partida para a “ontologização” do direito positivo³⁹¹, ainda não possuía bases metodológicas sólidas para competir com o domínio paradigmático do racionalismo cartesiano.

Nesse contexto, enquanto o debate era travado entre racionalismo e historicismo, o fenômeno da positivação se materializava sem uma base epistemológica sólida, sendo essa carência um fator determinante para a reaproximação da lei com a “vontade de poder”. A evolução desse processo histórico nos mostra o esquecimento do direito natural, condição para a codificação, bem como a inanição do historicismo jurídico, que não conseguia estabelecer uma ciência prática que estabelecesse um vínculo pragmático entre o “espírito do povo” e a “lei”³⁹². Enquanto isso, “estes códigos pagam caro a simpatia dos legisladores absolutistas por soluções que restringissem o desenvolvimento científico do direito e que vinculassem a interpretação a comissões ministeriais (Prússia) ou a comissões legislativas (França)”³⁹³. Sucumbirá, portanto, tanto a jurisprudência conceitual na Alemanha que confiava à doutrina e a suas operações racionais a construção do sistema jurídico, que em Puchta terá como fundamento primeiro a ética jusnaturalista kantiana, quanto à *Escola Histórica*, que buscava na identidade cultural de um povo o fundamento do direito. Na França, uma vez cristalizado o direito natural no código, a simplicidade e a ingenuidade exegeta não dará conta de operações complexas, selando o destino do direito moderno: o da *política*. Nela o direito passa a ser um meio pelo qual o poder poderá dizer a sua vontade. Demoraremos a perceber isso, acreditando que o positivismo primitivo do séc. XIX, por trazer consigo a ideologia da segurança e da objetividade, consegue de fato garantir, pelo menos nos casos em que há previsão legal, a domesticação da política. O modelo metodológico do positivismo primitivo é um mito, não sendo capaz de garantir a segurança e as bases racionais que o próprio capitalismo pretendia alcançar com esse modelo. Acreditava-se que a insegurança do jusnaturalismo moderno estava na sua base antropológica, o que exigiria um

³⁸⁹ Cf. THIBAUT, A. F. La codificación, 1970. É importante ressaltar que tanto o pandectismo alemão, quanto a Escola Histórica de Savigny, derivam do historicismo alemão em um sentido *lato*, isto porque antes da sistematização há um trabalho de revisão das fontes históricas do Direito Romano. Cf. LOSANO, Mario G. Sistema e estrutura no direito, 2008, p. 310. v. 1

³⁹⁰ MACHADO NETO, A. L. Ciência do Direito, 1988, p. 27.

³⁹¹ Idem. Ibidem, p. 28.

³⁹² Cf. LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito, 1997, p. 15.

³⁹³ WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno, 2004, p. 397.

deslocamento para o texto, quando o problema estava justamente naquilo que permaneceu inalterado na passagem do jusnaturalismo para o positivismo, isto é, no método racional abstrato. A ciência positiva do direito estava fadada ao mesmo fracasso do jusnaturalismo pois ambas estavam sustentadas pela armação da técnica.

Kelsen irá, no início do séc. XX, redefinir os moldes do positivismo normativista³⁹⁴. Mas, ao contrário dos antecedentes primitivos, como a *Escola de Exegese* e a *Jurisprudência de Conceitos*, não buscará o “direito puro”, ou seja, o direito descoberto pela *razão*, e sim uma “ciência pura” que recorte a complexidade do fenômeno jurídico e opere dentro dos limites possíveis da lógica³⁹⁵. No fundo, a condição política do direito que Kelsen denuncia sempre esteve presente, na medida em que nenhuma teoria moderna, seja ela antropológico-racionalista ou positivista, conseguiu “purificar” o fenômeno jurídico³⁹⁶. Para Kelsen, essa purificação passa pela redução das pretensões da ciência do direito, o que implica a redução das suas funções, especialmente no momento da aplicação legislativa (elaboração de leis) ou judicial do direito. Neste aspecto, ele tem uma grande vantagem em relação a todas as formas de positivismo: o seu ceticismo o torna transparente. E é esse ceticismo realista que torna Kelsen um divisor de águas na teoria do direito, na medida em que, a partir daí, é possível fazer uma leitura retrospectiva das teorias modernas sobre o direito, constatar suas impropriedades e, ao mesmo tempo, concebê-lo como o principal referencial dialético para futuras discussões. Com isso, a partir de Kelsen, a Teoria Geral do Direito ganha uma gramática e uma divisão topológica que passam a ser adotada até mesmo pelos seus adversários³⁹⁷.

No contexto da codificação, o constitucionalismo moderno³⁹⁸ é um capítulo à parte na teoria do direito. Isto porque não foi ele que demandou o pensamento teórico, nem muito menos foi ele o resultado desta produção. Se hoje enxergamos as Constituições como conexões entre a política e o direito³⁹⁹, as primeiras são

³⁹⁴ A primeira edição da Teoria Pura do Direito de Kelsen foi publicada em 1934. Cf. KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, 2000.

³⁹⁵ Cf. KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, 2000.

³⁹⁶ O próprio Kelsen pode ser considerado um crítico do positivismo primitivo, especialmente no que toca à proposta hermenêutica das por ele chamadas “teorias tradicionais”. KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, 2000, p. 391.

³⁹⁷ “Sin exageración puede decirse que el paisaje intelectual jurídico está dividido hoy en dos grandes sectores contrapuestos: kelsenianos y antikelsenianos”. SICHES, Luis Recaséns. Direcciones contemporaneas del pensamiento jurídico, 1974, p. 47.

³⁹⁸ Segundo Canotilho, o constitucionalismo moderno é “o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político.” CANOTILHO, J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 1999, p. 48.

³⁹⁹ Cf. LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad, 2002.

fundamentalmente cartas políticas, desprovidas de juridicidade. A grande questão para o direito era o problema das *lacunas* e da *indeterminação* do texto, que demandavam uma resposta que não envolvesse uma atividade política⁴⁰⁰, o que tornava a teoria positivista primitiva um dos sustentáculos da teoria política de separação de poderes⁴⁰¹. Os princípios constitucionais, ainda que restritos à dimensão individual, não eram considerados normas jurídicas, o que deslocava o problema para a lei e, conseqüentemente, para os sistemas codificados. As regras constitucionais, por sua vez, estavam relacionadas à organização de uma burocracia estatal⁴⁰² e, portanto, pertenciam à esfera pública, um âmbito pertencente à política e distante do direito que se voltava para o indivíduo e suas relações. A história do positivismo jurídico se confunde com a história do direito privado até o período do segundo pós guerra, quando as Constituições inseridas no paradigma social proporcionarão aos Estados democráticos uma alternativa neoconstitucionalista⁴⁰³ para o combate de leis nazistas e facistas, razão pela qual uma teoria constitucional do direito se desenvolverá com força na Itália⁴⁰⁴ e na Alemanha⁴⁰⁵. Ainda assim, o modelo de regras permanecerá dominante, criando muitos entraves ao enrijecimento da força normativa das Constituições⁴⁰⁶. Só podemos falar em constitucionalização quando podemos falar em controle de constitucionalidade, tendo sido, para isto, mais decisiva a experiência alemã do segundo pós guerra, do que o próprio constitucionalismo americano, que inaugura essa possibilidade com o caso *Marbury v. Madison*.

⁴⁰⁰ Tércio Sampaio Jr. considera que algumas estruturas metodológicas marcaram época, a exemplo do pensamento sistemático; ausência de lacunas no sistema; fechamento do sistema e o dogma da subsunção FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*, 1980, p. 33-35. Acrescentaríamos a esse núcleo metodológico dominante a hermenêutica metódica.

⁴⁰¹ Cf. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do espírito das leis*, 2004.

⁴⁰² Para Canotilho, o constitucionalismo liberal é marcado por três elementos impositivos-conformadores: a) ordenação jurídico-política plasmada em documento escrito; b) declaração de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de garantia; e c) organização de um poder político limitado e moderado. CANOTILHO, J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 1999, p. 48.

⁴⁰³ “Como teoría, el neo constitucionalismo representa por tanto una alternativa respecto a la teoría iuspositivista tradicional: las transformaciones sufridas por el objeto de investigación hacen que ésta no refleje más la situación real de los sistemas jurídicos contemporáneos. En particular, el estatilismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo, tres de las características destacadas del iuspositivismo teórico de matriz decimonónica, hoy no parecen sostenibles.” COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo*, 2005, p. 83.

⁴⁰⁴ Cf. CRISAFULLI, Vezio. *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, 1985.

⁴⁰⁵ Cf. HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*, 1991. Ainda no modelo tridimensionalista, importa destacar o papel de Gustav Radbruch. Cf. RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal*, 1962.

⁴⁰⁶ Cf. SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*, 2003.

2.6 A RESISTÊNCIA AO POSITIVISMO JURÍDICO NA MODERNIDADE

Mas a resposta ao ceticismo só vem a ser fortemente abalada com a presença de regimes totalitários no entre-guerras e com a perplexidade mundial em relação ao holocausto. Neste cenário, percebemos não só a retomada do jusnaturalismo⁴⁰⁷, como também a formação de concepções culturalistas⁴⁰⁸. O historicismo alemão, que no início do séc. XIX já tinha ensaiado uma resposta ao positivismo primitivo com Savigny, vê-se nesta ocasião fortalecido com a dialética hegeliana⁴⁰⁹, a hermenêutica de Dilthey⁴¹⁰ e a fenomenologia de Husserl⁴¹¹, abrindo uma gama de possibilidades epistemológicas para se pensar as “ciências do espírito” e, conseqüentemente, o direito na sua complexa tridimensionalidade. Aqui teremos o jusnaturalismo de Stammler⁴¹² e Del Vecchio⁴¹³; a nova fórmula de Gustav Radbruch⁴¹⁴; o tridimensionalismo de Lask e Reale⁴¹⁵; a lógica do razoável de Recasens Siches⁴¹⁶; o ressurgimento do modelo aristotélico pela tópica de Theodor Viehweg⁴¹⁷ e pela nova retórica de Perelman⁴¹⁸ e o especialíssimo Egologismo de Carlos Cósio⁴¹⁹.

Soma-se a essas novas concepções teóricas, já fruto de uma crise da racionalidade moderna – ou da racionalidade que foi parar na modernidade – um movimento complexo, que não possui uma unidade teórica, mas um compromisso ideológico que agrupa uma série de propostas epistemológicas: o neoconstitucionalismo⁴²⁰. Impulsionado, preponderantemente, pela atuação das Cortes Constitucionais dos ex-Estados totalitários – especialmente a Alemanha – inicia-se um movimento pela juridicização dos modelos constitucionais sociais que já estavam presentes no plano político-ideológico desde as Constituições do México em 1917, de Weimar em 1919 e, talvez, da França de 1848. Dentro desse movimento, começamos a perceber resultados concretos da Jurisdição Constitucional,

⁴⁰⁷ Cf. STAMMLER, Rudolf. Tratado de Filosofía del Derecho, 1930. DEL VECCHIO, Giorgio. Lezioni di Filosofia del Diritto, 1948.

⁴⁰⁸ Neste contexto estão as obras de Radbruch, Emil Lask, Miguel Reale e Carlos Cósio. Cf. REALE, Miguel. Filosofia do Direito, 1994. CÓSIO, Carlos. La teoría egologica del derecho, 1964.

⁴⁰⁹ Cf. HEGEL, G. W. F. Princípios da filosofia do direito, 2003.

⁴¹⁰ Cf. DILTHEY, Wilhelm. Introducción a las Ciencias del Espíritu, 1949.

⁴¹¹ Cf. HUSSERL, Edmund. Ideas para una fenomenología pura, 2006.

⁴¹² Cf. STAMMLER, Rudolf. Tratado de Filosofía del Derecho, 1930.

⁴¹³ Cf. DEL VECCHIO, Giorgio. Lezioni di Filosofia del Diritto, 1948.

⁴¹⁴ O nazismo e o fato de Radbruch ter sido exonerado de sua cátedra pelo regime faz com que ele questione o positivismo jurídico e passe, a partir de então, a demonstrar como uma concepção semântico-normativa de direito pode auxiliar a sustentação de regimes totalitários. Cf. RADBRUCH, Gustav. Arbitrariedad Legal y Derecho Suprlegal, 1962.

⁴¹⁵ Cf. REALE, Miguel. Filosofia do Direito, 1994.

⁴¹⁶ Cf. SICHES, Recaséns. Vida humana, sociedad y derecho, 1952.

⁴¹⁷ Cf. VIEHWEG, Theodor. Tópica e jurisprudência, 1979.

⁴¹⁸ Cf. PERELMAN, Chaïm. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado da argumentação, 2005.

⁴¹⁹ Cf. CÓSIO, Carlos. La teoría egologica del derecho, 1964.

⁴²⁰ Cf. CARBONEL, Miguel. Nuevos tiempos para el constitucionalismo, 2005.

fórmula aplicada contigencialmente no constitucionalismo norte americano a partir do já referido caso *Marbury v. Madison*⁴²¹.

Mas, aqui, é necessário separar o “joio do trigo”. Se, por um lado, não podemos olvidar o avanço das teorias jurídicas em relação ao positivismo primitivo, bem como ao neopositivismo kelseniano e suas variável hartiana⁴²², por outro, devemos nos perguntar sobre as implicações efetivas dessas ideias no “senso comum teórico dos juristas”. Salvo no plano do controle de constitucionalidade – onde há avanços mais expressivos após a Segunda Guerra – não é possível dizer que os sujeitos processuais, professores de graduação e autores de manuais assumiram em suas pretensões de racionalidade jurídica tais matrizes epistemológicas, ainda que, por vezes, as enunciassem⁴²³. As matrizes teóricas que surgem em contraposição ao positivismo jurídico primitivo, bem como aquelas que surgem como contraponto ao neopositivismo kelseniano, possuem uma complexidade epistemológica que, no fundo, nunca foi compreendida no cotidiano da práxis jurídica. Nem mesmo Kelsen foi entendido, na medida em que é confundido inúmeras vezes como um autor que purifica o fenômeno jurídico. Com as matrizes culturalistas, a influência da dialética hegeliana e a da fenomenologia de Husserl nunca foram compreendidas. Todos aqueles que labutam com o direito no seu cotidiano nunca compreenderam que a ruptura com o positivismo primitivo envolvia, pelo menos, a estrutura binária da epistemologia tradicional, isto é, tanto o método quanto o objeto. De Kelsen, ficou o método lógico-dedutivo⁴²⁴, mas se ignorou o drástico recorte metodológico que reduziu o direito à dimensão normativa, o que já o afasta daquele silogismo que pretende domesticar a aplicação do direito⁴²⁵; de Miguel Reale, ficou a celebre frase de que o direito é “fato, valor e norma”, ignorando-se a “dialética da complementariedade”⁴²⁶; de Cóssio, só se sabe que o direito não é norma e sim “conduta humana em sua interferência intersubjetiva”⁴²⁷, esquecendo-se de que esse giro implica a

⁴²¹ Cf. STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, 2004.

⁴²² HART, Hebert. *O conceito de direito*, 2007.

⁴²³ Tércio Sampaio Ferraz Jr. aponta a influência do modelo sistemático assumido pelo positivismo do séc. XIX nos manuais de direito privado. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*, 1980, p. 36. Lenio Streck, por sua vez, aponta para a manutenção do paradigma hermenêutico metódico ainda presente nos nossos manuais. STRECK, Lenio. *Hermenêutica e(m) crise*, 2004, p. 97.

⁴²⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 1998.

⁴²⁵ Idem. *Ibidem*, p. 393.

⁴²⁶ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*, 1994.

⁴²⁷ “*La verdad es que el conocimiento jurídico no es un conocimiento histórico, ni físico, ni matemático, sino un conocimiento normativo. Pero esto no quiere decir, para la teoría egológica, que el objeto del conocimiento jurídico sean normas, sino que mediante la conceptualización normativa se conoce el objeto de la Ciencia jurídica, que es la conducta humana en su interferencia intersubjetiva*”. COSSIO, Carlos. *Teoria Ecológica del Derecho*, 1964, p. 213.

utilização de um modelo metodológico “empírico dialético”⁴²⁸. Desse modo, tais matrizes acabam servindo como instrumentos retóricos que auxiliavam soluções heterodoxas, algumas vezes coincidentes com aquelas a ser encontradas com a correta utilização do novo paradigma, outras a serviço dos interesses estratégicos das partes e dos juízes. Quando a norma não interessava, o direito era fato; quando o fato não interessava, o direito era a “pureza” normativa kelseniana e, com isso, o direito se transformou em um mar de “decisionismos”⁴²⁹.

Em verdade, tais matrizes, que propõem um enfoque científico mais amplo, abrangendo toda a complexidade do fenômeno jurídico, sempre tiveram a pretensão de estabelecer um “fechamento hermenêutico” da prática aplicativa ou, valendo-se do contraponto kelseniano, uma redução da “moldura normativa” e da “indeterminação do direito”⁴³⁰. No entanto, a falta do domínio teórico já destacado fez com que essas teorias servissem para a legitimação de uma aplicação do direito que ampliou ainda mais o campo de indeterminação. A chegada dos princípios como elemento normativo, que se dá por meio da jurisprudência de valores⁴³¹ desenvolvida na Alemanha do pós-guerra, também contribuiu para essa abertura, na medida em que o fechamento hermenêutico decorrente desse novo elemento normativo, após superar algumas aberrações do modelo nazi-facista, acabou provocando uma nova possibilidade de abertura. A partir de então, as decisões poderiam ser proferidas mediante a consideração de regras *ou* de princípios, quando, na verdade, a ideia era que todas o fossem a partir de regras *e* de princípios⁴³². Mas, a falta de percepção da organicidade do sistema jurídico e a manutenção tosca de sua caracterização lógico-conceitual-dedutiva impediram que um modelo “ontologizado” fosse corretamente pensado.

A análise da evolução das teorias pós-positivistas não revela impactos satisfatórios. A ruptura com modelos nazi-facistas se dá muito mais como resultado de imperativos sistêmicos do que de uma “filosofia transformadora”. Os julgamentos em Nuremberg dão nota de uma racionalidade jurídica tão arbitrária quanto aquela que se funda em concepções naturais e se movimenta na discricionariedade política, o que nos leva a crer que a aparente humanização do direito se deve, de fato, ao reflexo das modificações do sistema político no sistema jurídico. Esse distanciamento é um dado de fundamental importância para a justificação da matriz teórica sobre a qual este trabalho se desenvolve.

⁴²⁸ Idem. Ibidem, p. 455.

⁴²⁹ Cf. STRECK, Lenio, Verdade e consenso, 2009.

⁴³⁰ Idem. Ibidem.

⁴³¹ Cf. ESSER, Josef. Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado, 1961.

⁴³² STRECK, Lenio. Verdade e consenso, 2009, p. 493.

2.7 OS DESAFIOS DA CONTEMPORANEIDADE NA REAPROXIMAÇÃO DO DIREITO COM A RACIONALIDADE MORAL-PRÁTICA

A contemporaneidade é um momento de crise e, em meio a ela, está a crise do direito e as suas inúmeras manifestações. O modelo *standard* para essa discussão é o inesgotável debate sobre a pós-modernidade, a superação do projeto de modernidade e a compatibilidade dos modelos pós-modernos com sociedades periféricas de modernização tardia. Se, por um lado, o debate entre modernidade e pós-modernidade traduz a crise da contemporaneidade; por outro, leva-nos a uma infinidade de perspectivas e confusões semânticas que exigem perigosos reducionismos na tentativa de sistematização dessa crise.

A crise da modernidade não é um tema recente. Em uma análise mais ampla, perceberemos com Touraine que Rousseau foi, em verdade, o primeiro a construir uma crítica modernista da modernidade⁴³³, sendo possível perceber, já no séc. XIX, uma crítica pós-modernista no anúncio da morte de Deus com Nietzsche e no fim da História com Hegel⁴³⁴. O breve séc. XX foi, no entanto, a era da fragmentação ou, como dirá Hobsbawm, a “era dos extremos”⁴³⁵. A história desse curto século é imprensada entre o prolongamento do séc. XIX até o início da Primeira Guerra em 1914 e a antecipação do séc. XX com o colapso da URSS em 1991⁴³⁶, quando a polarização capitalismo-comunismo se desfaz, transportando-nos da tensão dialética entre os sistemas econômicos a um imenso vazio. Nesse breve séc. XX as transformações foram mais rápidas e intensas, proporcionando maior dificuldade ao analista social na análise das modificações estruturais da sociedade e ao filósofo na tradução de nossas angústias existenciais. A perda da voz do filósofo faz com que a tradução semântica do momento seja tradutora de si mesma e, diante da crise e da afonia, o que não era mais modernidade passou a ser, tão somente, pós-modernidade.

Perry Anderson analisa a evolução do pensamento pós-moderno e, ao fazê-lo, demonstra a complexidade do tema tendo em vista as “diversas fontes nos respectivos cenários espaciais, políticos, e intelectuais”⁴³⁷. Limitado à tradição estética, o pós-modernismo surge no mundo hispânico, na década de 1930, muito antes do seu aparecimento na Inglaterra ou nos Estados Unidos, pelas mãos de Federico de Onís, tendo usado o termo – *postmodernismo* – “para descrever um refluxo conservador dentro do próprio modernismo”, mas é com Arnold Toynbee que a expressão ganha nova configuração, já designando uma

⁴³³ TOURAINE, Alain. *Crítica da Modernidade*. 2002, p. 28.

⁴³⁴ Cf. BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na pós-modernidade*, 2005, p. 91.

⁴³⁵ HOBBSAWM, Eric. *A era dos extremos*, 1995.

⁴³⁶ Idem. *Ibidem*, p. 15.

⁴³⁷ ANDERSON, Perry. *As origens da pós-modernidade*, 1999, p. 7.

“categoria de época”⁴³⁸ e, a partir da década de 1970, ganha destaque e adquire um conteúdo próprio, principalmente nas artes. Foi, contudo, *A condição pós-moderna* de Jean-François Lyotard, publicada em 1979, a primeira obra filosófica a assumir a noção de pós-modernidade⁴³⁹. Segundo Lyotard, seu estudo tinha por objeto “a posição do saber nas sociedades mais desenvolvidas”, sendo a pós-modernidade “o estado da cultura após as transformações que afetaram as regras dos jogos da ciência, da literatura e das artes a partir do final do século XIX”⁴⁴⁰.

A partir de então, a pós-modernidade assume um sentido filosófico que congrega matrizes teóricas e pensamentos voltados para a crítica da racionalidade moderna e, a partir disso, para a fragmentação das estruturas e sistemas sociais pautados nessa racionalidade. É evidente que o direito será atingido em cheio por essa crítica, na medida em que todo o sistema está pautado desde o início da modernidade na razão e no sujeito solipsista. Neste sentido, as críticas dirigidas aos metarrelatos da ciência moderna antes mesmo de o pensamento *pós-moderno* assumir essa identidade é categorizada como *pós-moderna*, a exemplo das críticas de Nietzsche, da Escola de Frankfurt, de Wittgenstein, de Heidegger e do estruturalismo francês de Derridá, Foucault e Sartre. Em primeiro plano, passa a ser *pós-moderno* tudo aquilo que nega a racionalidade dedutiva; que não crê no conhecimento livre de interferências subjetivas e denuncia a relação entre interesse e conhecimento; que se distancia de uma concepção de verdade como correspondência e de filosofia como cópia da realidade; que denuncia a domesticação da modernidade pela técnica e que nega o sujeito transcendental do conhecimento moderno. *A pós-modernidade* filosófica agrega, em síntese, diversas formas de combate à metafísica, muito embora o rótulo tenha se consolidado em torno de concepções irracionistas⁴⁴¹, a exemplo do existencialismo francês.

⁴³⁸. “No oitavo volume, publicado em 1954, chamou a época iniciada com a guerra franco-prussiana de ‘idade pós-moderna’. Mas sua definição continuava essencialmente negativa. [...] Mas sem dúvida, a idade pós-moderna era marcada por duas evoluções: a ascensão de uma classe operária industrial no Ocidente e o convite de sucessivas *intelligentsias* fora do Ocidente a dominar os segredos da modernidade e voltá-los contra o mundo ocidental”. Idem. *Ibidem*, p. 10-11.

⁴³⁹ Idem. *Ibidem*, p. 31.

⁴⁴⁰ Simplificando ao extremo, considera-se “pós-moderna” a incredulidade em relação aos metarrelatos. É, sem dúvida, um efeito progresso das ciências; mas este progresso, por sua vez, a supõe. Ao desuso do dispositivo metanarrativo de legitimação corresponde sobretudo a crise da filosofia metafísica e a da instituição universitária que dela dependia. [...] Assim, nasce uma sociedade que se baseia menos numa antropologia newtoniana (como o estruturalismo ou a teoria dos sistemas) e mais numa pragmática das partículas da linguagem. Existem muitos jogos de linguagem diferentes; trata-se da heterogeneidade dos elementos. Somente darão origem à instituição através de placas; é o determinismo local. [...] A condição pós-moderna é, todavia, tão estranha ao desencanto como à positividade cega da deslegitimação. [...] O saber pós-moderno não é somente o instrumento dos poderes. Ele aguça nossa sensibilidade para as diferenças e reforça nossa capacidade de suportar o incomensurável. Ele mesmo não encontra sua razão de ser na homologia dos *experts*, mas na paralogia dos inventores. LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*, 2004, p. XV-XVII.

⁴⁴¹ STRECK, Lenio. *Hermenêutica e(m) crise*, 2004, p. 235.

A reação à obra de Lyotard veio com Habermas e a sua visão de modernidade como um “projeto inacabado”⁴⁴², constituindo-se como um “pólo negativo” ao pensamento pós-moderno e proporcionando “uma tensão produtiva”⁴⁴³ que transitava pela reflexão sobre a relação entre a pós-modernidade estética e outras duas dimensões de racionalidade: a ética e a ciência. Para Habermas, desde Kant é necessário estar atento à autonomia dessas três dimensões, antes sob a égide da religião unificadora⁴⁴⁴.

O projeto iluminista da modernidade tinha duas vertentes. Uma era a diferenciação pela primeira vez entre ciência, moralidade e arte, não mais fundidas numa religião revelada mas como esferas de valor autônomas, cada uma governada por suas próprias normas: verdade, justiça e beleza. A outra era a soltura desses domínios recém-liberados no fluxo subjetivo da vida cotidiana, interagindo para enriquecê-la. Foi este programa que perdeu o rumo. Porque, em vez de penetrar os recursos comuns da comunicação diária, cada esfera rendeu a desenvolver-se em uma especialidade esotérica, fechada ao mundo dos significados ordinários.⁴⁴⁵

Em verdade, um dos problemas da modernidade está na não percepção das três dimensões de mundo, o que provocou a domesticação da ética e da estética pela racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da técnica, enquanto que a pós-modernidade, paradoxalmente, repetia o mesmo erro a partir da hipertrofia de um modelo estético. Esse é, certamente, um dentre muitos outros méritos de Habermas, que tem, no particular, inspiração direta da “epistemologia genética” e da “análise descentrada de mundo” de Piaget⁴⁴⁶. O projeto de modernidade, portanto, deveria ser completado e, para tanto, a racionalidade moderna deveria ser reinventada, caminho que Habermas leva para a sua proposta epistemológica em sua *Teoria da Ação Comunicativa*⁴⁴⁷.

O debate produtivo que Habermas instaura pode ser percebido na obra de Fredric Jameson⁴⁴⁸, *Postmodernism or The cultural logic of late capitalism*, que, além de conferir um tratamento global ao tema (cultura, ideologia, vídeo, arquitetura, cinema, epistemologia e economia), levanta a questão que passaria a ser o foco das discussões sobre a transição: a relação entre a pós-modernidade e o capitalismo.

A concepção de pós-modernismo aqui esboçada é uma concepção histórica e não meramente estilística. É preciso insistir na diferença radical entre uma visão do pós-modernismo como um estilo (opcional) entre muitos outros disponíveis e uma visão que procura apreendê-lo como a dominante cultural do capitalismo tardio. Essas duas abordagens, na verdade, acabam gerando duas maneiras muito diferentes de conceituar o fenômeno como um todo: por um lado, julgamento moral (não importa

⁴⁴² HABERMAS, Jürgen. Modernidade: um projeto inacabado, 1992.

⁴⁴³ ANDERSON, Perry. As origens da pós-modernidade, 1999, p. 44.

⁴⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. Modernidade: um projeto inacabado, 1992.

⁴⁴⁵ ANDERSON, Perry. As origens da pós-modernidade, 1999, p. 45.

⁴⁴⁶ Cf. HABERMAS, Jürgen. Consciência moral e agir comunicativo, 2003.

⁴⁴⁷ Idem. Teoría de la acción comunicativa, 1987.

⁴⁴⁸ JAMESON, Fredric. Pós-modernismo, 2004.

se positivo e negativo) e, por outro, a tentativa genuinamente dialética de se pensar nosso tempo presente na história.⁴⁴⁹

A análise de Jameson deixa latente a “ligação historicamente contingente entre o capitalismo e modernidade”⁴⁵⁰, que, para Boaventura de Sousa Santos, assume quatro possíveis interpretações⁴⁵¹. De acordo com a primeira interpretação, “o capitalismo e o liberalismo triunfaram e esse triunfo constitui a maior realização possível da modernidade (o fim da história à Fukuyama; a democracia social centrada)”⁴⁵²; pela segunda interpretação “a modernidade é, ainda hoje, um projecto inacabado, com capacidade intelectual e política para conceber e pôr em prática um futuro não-capitalista (Habermas, eventualmente Jameson, o marxismo convencional do Ocidente, uma democracia social de esquerda)”⁴⁵³; na terceira, “a modernidade soçobrou aos pés do capitalismo, cuja expansão e reprodução cultural irá, daqui para a frente assumir uma forma pós-moderna (pós-modernismo conservador, Daniel Bell, Lyotard, Baudrillard, Vattimo, Lipovetsky)”, restando uma quarta, assumida pelo sociólogo lusitano como aquela que, segundo ele, “melhor capta as perspectivas progressistas de transformação social”, uma vez que “a modernidade entrou em colapso como projecto epistemológico e cultural, o que vem abrir um vasto leque de possibilidades futuras para a sociedade, sendo uma delas um futuro não-capitalista e eco-socialista”⁴⁵².

Ainda que a matriz teórica assumida neste trabalho não corresponda à *Teoria da ação comunicativa* de Habermas – não obstante o constante diálogo com sua concepção pós-metafísica –, a visão que aqui se assume é a de que há um projeto de modernidade inacabado, diretamente relacionado a bases materiais necessárias, inclusive, a um de processo emancipação individual. Não é possível, especialmente em sociedades periféricas ou semiperiféricas, falar no esgotamento do projeto, nem tampouco na fragmentação de racionalidades enquanto houver fome, doenças e exclusão social⁴⁵³. “No

⁴⁴⁹ Idem. Ibidem, 2004, p. 72.

⁴⁵⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da razão indolente, 2002, p. 154.

⁴⁵¹ Idem. Ibidem, p. 154-155.

⁴⁵² Idem. Ibidem, p.155.

⁴⁵³ “Fugindo ao misonheísmo, cumpre reconhecer que de fato existe uma crise na Modernidade, gerada, sobretudo pela tendência alienante da razão instrumental. Mas parece-nos que, ao invés de abandonar o ideário da modernidade, deve-se aprofundá-lo, sobre tudo nas sociedades periféricas – pré-modernas sob certos aspectos – que enfrentam carências já relativamente equacionadas no Primeiro Mundo. É preciso, neste sentido, adotar um conceito mais alargado de razão, que se proponha a discutir criticamente também os fins da ação humana, o que a razão instrumental positivista se negava a fazer. E, a partir de uma perspectiva racional, cumpre insistirem mais e mais, na luta pela implementação dos grandes valores do Iluminismo, de liberdade, igualdade, democracia e solidariedade. SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social, 2003, p. 412.

Brasil, a modernidade é tardia e arcaica”⁴⁵⁴. Mas, é necessário não ignorar a crise e zelar para não incorrer nos mesmos erros, sejam aqueles decorrentes de um equívoco originário do projeto; sejam naqueles decorrentes da domesticação da racionalidade moderna por uma forma peculiar de modernização: a capitalista. A modernidade deve ser repensada em sua dupla contingência, ou seja, deve ser repensada por dentro de seu projeto – fato que nos levará à tradição de um direito muito diferente daquele que se consolida na modernidade burguesa – e externamente, já que o que foi edificado restava deturpado por um modelo de produção que capturou boa parte de seu potencial emancipatório. A crise da modernidade é uma crise antes de tudo epistemológica⁴⁵⁵ e, portanto, qualquer revisão deve passar por este campo. Isso implica se perguntar acerca do paradigma responsável pela sustentação das nossas pretensões de racionalidade, na medida em que, mesmo diante da crise, continuamos tendo tais pretensões – incluindo aqueles que se dizem *pós-modernos*.

A relação com o capitalismo também não poderá passar ao largo. Se foram o capitalismo e a aceleração da correspondência entre a regulação de *mercado* e a racionalidade cognitivo-instrumental de uma ciência condicionada pela técnica e aliada com tecnologias os responsáveis por boa parte dos desvirtuamentos do projeto e, conseqüentemente, dos *déficits* que tornam o projeto inacabado, qualquer tentativa de resgate do projeto passará a ter no modelo econômico um fator impeditivo. O retorno às bases da crise – à epistemologia, portanto – permite identificar que o capitalismo extremado necessita que o pano de fundo para as ações seja, justamente, a racionalidade estratégica proporcionada por uma ciência condicionada e aliada à técnica. A desmontagem desse modelo afetará muito mais o sistema do que qualquer tentativa revolucionária que procure impor um novo modelo. Além disso, é possível perceber que a fragmentação e a diluição de sentidos – especialmente no plano estético – não tem afetado o capitalismo, apenas exigido do sistema uma adaptação ao estilo darwiniano. A crise do modelo fordista⁴⁵⁶, que marca o capitalismo organizado do séc. XX, não representou a morte do capitalismo, mas sua adaptação a partir das

⁴⁵⁴ STRECK, Lenio. Hermenêutica e(m) crise, 2004, p. 25.

⁴⁵⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. O social e o político na transição pós-moderna, 2003.

⁴⁵⁶ “Em retrospecto, parece que havia indícios de problemas sérios no fordismo já em meados dos anos 60. Na época, a recuperação da Europa Ocidental e do Japão tinha se completado, seu mercado interno estava saturado e o impulso para criar mercado de exportação para os seus excedentes tinha de começar. E isso ocorreu no momento em que o sucesso da racionalização fordista significava o relativo deslocamento de um número cada vez maior de trabalhadores da manufatura. O conseqüente enfraquecimento da demanda efetiva foi compensado nos Estados Unidos pela guerra à pobreza e pela guerra do Vietnã. Mas a queda da produtividade e da lucratividade corporativas depois de 1966 marcou o começo de um problema fiscal nos Estados Unidos que só seria sanado às custas de uma aceleração da inflação, o que começou a solapar o papel do dólar como moeda-reserva internacional estável. [...] De modo mais geral, o período de 1965 a 1973 tornou cada vez mais evidente a incapacidade do fordismo e do keynesianismo de conter as contradições inerentes ao capitalismo. HARVEY, David. Condição pós-moderna, 2004, p. 135.

possibilidades estratégicas que a sociedade lhe proporciona. A substituição, portanto, de um modelo de acumulação rígido por um modelo de acumulação flexível⁴⁵⁷ representa uma dupla adaptação. Primeiro, a adaptação do modelo de produção/regulação fordista face às modificações paradigmáticas e, ao mesmo tempo, a modificação do keynesianismo pelo neoliberalismo, face da incapacidade do Estado proporcionar o bem-estar social. Essa dupla adaptação e a necessária convivência pacífica de ambos passam pela construção da ideia de que o neoliberalismo é a pós-modernidade e, indo mais além, que ambos se confundem com o capitalismo. Com isso, mesmo se levássemos em conta a pós-modernidade como uma nova era, onde o sujeito se liberta das amarras da modernidade e onde a fluidez dos padrões estéticos se apropria do esmagamento moral-prático decorrente da regulação estatal, teríamos que concluir que o capitalismo, darwinianamente, já se adaptou a essa realidade⁴⁵⁸.

Por tudo isso, a reconstrução paradigmática do direito enfrenta alguns desafios, muitos deles decorrentes das denúncias que a fragmentação pós-moderna revelou. O novo modelo deverá, em síntese, estar atento para recompor o sujeito da modernidade em uma estrutura cognitiva não solipsista, ou seja, deverá romper com o modelo sujeito-objeto e, capitaneado pelo giro linguístico, assumir-se na relação sujeito-sujeito⁴⁵⁹. Deverá, ainda, responder à complexidade da sociedade contemporânea, questão que ganha relevo quando essa resposta assume uma feição racionalista⁴⁶⁰. Não será possível, de igual modo, ignorar a fragmentação de sentidos decorrente de uma diluição ontológica que atinge o direito por diversos ângulos, seja na domesticação que uma legislação centralizada pode provocar, seja nas dificuldades hermenêuticas geradas no momento de aplicação a situações concretas. Para estas, terá que responder à inexorável diferença ontológica entre texto e norma⁴⁶¹, bem como

⁴⁵⁷ “A profunda recessão de 1973, exacerbada pelo choque do petróleo, evidentemente retirou o mundo capitalista do sufocante torpor da “estagflação” (estagnação da produção de bens e alta inflação de preços) e pôs em movimento um conjunto de processos que solaparam o compromisso fordista. [...] A acumulação flexível, como vou chamá-la, é marcada por um confronto direto com a rigidez do fordismo. Ela se apóia na flexibilidade dos processos de trabalho, dos mercados de trabalho, dos produtos e padrões de consumo. Caracteriza-se pelo surgimento de setores de produção inteiramente novos, novas maneiras de fornecimento de serviços financeiros, novos mercados e, sobretudo, taxas altamente intensificadas de inovação comercial, tecnológica e organizacional. HARVEY, David. *Condição pós-moderna*, 2004, p. 140.

⁴⁵⁸ Será que se pode ficar apenas nas conclusões a que chega A era do vazio e considerar a segunda fase do consumo a fase terminal, correlata à pós-modernidade? Será que, desde os anos 80, estamos sempre submetidos ao mesmo modelo de individualismo narcisista? Vários sinais fazem pensar que entramos na era do hiper, a qual se caracteriza pelo hiperconsumo, essa terceira fase da modernidade; pela hipermodernidade, que se segue à pós-modernidade; e pelo hipernarcisismo. LIPOVETSKY, Giles. *Os tempos hipermodernos*, 2004, p. 25.

⁴⁵⁹ Cf. STRECK, Lenio. *Hermenêutica e(m) crise*, 2004, p. 62.

⁴⁶⁰ O próprio Habermas não ignora esse fato, tendo sido este um aspecto determinante para a modificação de seu pensamento sobre o direito se considerarmos a transição entre a Teoria da ação comunicativa e Direito e democracia. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa II*, 1987, p. 516. Idem. *Ibidem*. *Facticidad y validez*, 2001, p. 87. Cf. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, 2002.

⁴⁶¹ STRECK, Lenio. *Hermenêutica e(m) crise*, 2004, p. 218.

à caracterização da compreensão da norma como aplicação/concretização⁴⁶², sem ultrapassar os limites de legitimação democrática do Judiciário⁴⁶³. Terá, também, que buscar a autonomia do direito em um mundo dominado por estruturas de mercado consolidadas em um capitalismo hegemônico e por um sistema político corrompido, o que implica fortalecer sua autonomia face às tentativas de corrupção sistêmica⁴⁶⁴.

O ceticismo seria, certamente, a saída mais fácil. Mas, talvez haja, perdidas na modernidade e no pensamento clássico, alternativas que nos projetem para a retomada emancipatória desse projeto. O direito que se consolida na modernidade não representa sequer o direito da modernidade. A busca por esses “elos perdidos” nos remete, de pronto, à retomada do direito a partir de uma racionalidade moral-prática, tendo esta como condição de possibilidade uma antropologia que se desenvolve sob as vestes de uma filosofia da linguagem. Isso implica repensar a ciência do direito e rever a sua relação com a filosofia.

⁴⁶² GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método I, p. 406. Com Gadamer, por todos, MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional, 2005.

⁴⁶³ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito, 2005.

⁴⁶⁴ “Mais do que sustentáculo do Estado Democrático de Direito, a preservação do acentuado grau de autonomia conquistado pelo direito é a sua própria condição de possibilidade e por isso é erigido, aqui, à condição de princípio basilar, unindo, conteudisticamente, a visão interna e a visão externa do direito. Trata-se, também, de uma “garantia contra o poder contra-majoritário” (segundo Guastini, as denominadas “garantias contra o Poder Judiciário”), abarcando o princípio de legalidade na jurisdição (que, no Estado Democrático de Direito, passa a ser o princípio da constitucionalidade)”. STRECK, Lenio. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional no estado democrático de direito, 2008. Cf. NEVES, Castanheira. Metodologia jurídica, 1993.

3 HORIZONTES PARADIGMÁTICOS DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

Vimos que o direito moderno se perde em duas sucessivas rupturas com a tradição filosófica. A primeira, ainda na origem da modernidade, quando a cientificidade traduzida por Descartes condiciona a construção do saber jurídico, estruturando-o a partir da armação da técnica moderna. A segunda, em decorrência das revoluções burguesas e do capitalismo liberal, quando o diagnóstico sobre a falta de segurança no direito atribui ao modelo jusnaturalista antropológico a inexistência de certezas. Neste momento, o direito, que ainda era pensado a partir do homem, passa a ser pensado a partir do texto. Surgia o positivismo jurídico que deveria garantir as bases racionais para o desenvolvimento do modelo capitalista e, com isso, a consecução da modernidade projetada.

Detectamos, a partir do que foi dito nos capítulos anteriores, que os problemas do direito moderno não estavam no fato de ser ele um jusnaturalismo e, conseqüentemente, impor ao direito positivo e aos agentes políticos incumbidos de produzi-lo limites racionais, mas sim no código genético de uma epistemologia que se perde no domínio da técnica. A ruptura proporcionada pelo positivismo jurídico no séc. XIX só acentuou o problema, uma vez que a objetivação no texto apenas mascarou a insegurança decorrente de um método inadequado, afastando ainda mais o direito do homem, colocando-o, em contrapartida, à sua *disposição*.

Também constatamos que a resistência ao positivismo jurídico no séc. XX não foi assimilada pelo *sensu comum teórico* dos juristas. O que observamos é a incorporação irreflexiva de jargões trazidos por teorias mal compreendidas e estudadas superficialmente. No fundo, a base silogística e a cisão entre as questões de fato e de direito são, com todas as suas conseqüências, mantidas no modelo de direito que se ensina e que se reproduz. Uma das causas para essa má assimilação se deve ao fato de a ruptura

paradigmática não ter sido promovida por completo, na medida em que as propostas teóricas permaneceram ancoradas na filosofia da consciência e na estrutura cognitiva sujeito-objeto.

Em sendo assim, o objetivo deste capítulo é estabelecer a base paradigmática do direito, caminhando em direção ao giro linguístico e a um modelo dialógico adequado aos desafios da contemporaneidade, especialmente em sociedades periféricas. Neste sentido, apresentaremos a partir de então a *fenomenologia hermenêutica* a partir de sua matriz heideggeriana e de seus desdobramentos no pensamento de Gadamer, com o fito de, ao final, termos traçado as bases para a edificação de uma hermenêutica jurídica atenta aos limites e possibilidades de uma epistemologia.

3.1 FILOSOFIA HERMENÊUTICA EM HEIDEGGER

3.1.1 O método fenomenológico

O caminho da fenomenologia até Heidegger não corresponde à totalidade do caminho de Heidegger até a fenomenologia⁴⁶⁵. Um dos filósofos mais importantes do séc. XX, a complexidade e inovação de suas propostas resultam da convergência e tensão com diversas matrizes e pensadores, ainda que tenha sido significativo o papel da fenomenologia de Edmund Husserl.

Para Stein, “a germinação da pergunta” heideggeriana se dá em um clima espiritual “marcado, de um lado, pelo despertar do neokantismo e, de outro, pelo surto do pensamento neo-aristotélico e da neo-escolástica”, muito embora o que lentamente tomaria vulto fosse “a corrente subterrânea” radicada em Kierkegaard e em Nietzsche, que suscitaram movimentos defensivos⁴⁶⁶. Heidegger, ainda na sua juventude, teve na obra *Do significado múltiplo do ente segundo Aristóteles*, de Franz Brentano, o primeiro grande impacto causado pela abordagem aristotélica quanto ao problema do *ser*. A kierkegaard, deve-se o uso da palavra *faticidade* no sentido enfático do conceito de existência⁴⁶⁷; a Nietzsche, a noção de

⁴⁶⁵ No *curriculum vitae* apresentado na ocasião do seu doutorado, fez a seguinte apresentação: “Nasci eu, Martin Heidegger, em Messkirch (Baden) a 26 de setembro de 1889, como filho do sacristão e taneiro Friedrich Heidegger e sua esposa Johanna, nascida Kempf, ambos de confissão católica. Freqüentei a escola primária municipal de minha terra natal: de 1903 a 1906, o ginásio de Constança; desde a segunda superior, o Bertholdsgymnasium em Freiburg im Breisgau. Depois de alcançado o estado de madureza (1909), estudei em Freiburg im Breisgau até o exame do doutorado. Nos primeiros semestres assisti as aulas de teologia e filosofia, desde 1911 sobretudo filosofia, matemática e ciências naturais, no último semestre também história.” *Apud* STEIN, Ernildo. Introdução ao pensamento de Martin Heidegger, 2002, p. 9.

⁴⁶⁶ Idem. *Ibidem*, p. 19.

⁴⁶⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Los caminos de Heidegger*, 2003, p. 257.

vida; a Brentano, o seu primeiro grande impacto com o pensamento do *ser* em Aristóteles⁴⁶⁸ e, ainda, a Wilhelm Dilthey o problema da *historicidade*⁴⁶⁹.

*Por otro lado, Husserl representaba sin duda un desafío para Heidegger. Como discípulo del famoso matemático Weierstrass, Husserl había partido de la filosofía de la aritmética, y a causa de la crítica a la que Frege había sometido este enfoque, se había convertido en lógico y crítico del “psicologismo”.*⁴⁷⁰

Ainda que não seja possível reduzir o pensamento de Heidegger à tradição fenomenológica, ele próprio considera a *fenomenologia* o método de sua filosofia, o que torna o pensamento de Husserl uma “equação” para a qual Heidegger trará novos sinais, incógnitas e variáveis. Considerando essas transformações é que se pode dizer que “o fator determinante de seu pensamento foi o seu encontro com a fenomenologia”,⁴⁷¹

Foi a descoberta da fenomenologia que desencadeou os novos recursos que o conduziram às regiões distantes de um pensamento que se afirmava em confronto com toda a tradição filosófica ocidental. (...) Analisar sua posição dentro do movimento fenomenológico é, portanto, destacá-lo como um pensador que ultrapassou a situação concreta da corrente fenomenológica que o recebera.⁴⁷²

Husserl, com quem Heidegger estudou em Freiburg por quase uma década, é tido como o “pai” da fenomenologia. Não foi ele o primeiro a se valer das expressões *fenômeno* e *fenomenologia*, mas sim o primeiro a chamar atenção para a possibilidade e necessidade de constituição de uma “ciência dos fenômenos”. Diversas ciências se ocupam com *fenômenos*, mas isso não faz delas uma *fenomenologia*, já que esta se volta para o fenômeno na sua forma *pura*⁴⁷³. Com a *fenomenologia*, Husserl inaugura uma nova forma de orientação cognitiva que, diferentemente da orientação natural das ciências empíricas, será por ele chamada de *orientação fenomenológica*⁴⁷⁴. Essa nova forma de orientação será viabilizada através de um conceito central no pensamento de Husserl, denominado de *redução fenomenológica*, que poderemos considerar como sendo o seu método por excelência.

Desenvolveremos então um método de “reduções fenomenológicas”, em conformidade com o qual poderemos remover as barreiras cognitivas inerentes à essência de todo modo natural de investigação, diversificando a direção unilateral própria ao olhar até obtermos o livre horizonte dos fenômenos “transcendentalmente” purificados e, com ele, o campo da fenomenologia em nosso sentido próprio.⁴⁷⁵

⁴⁶⁸ STEIN, Ernildo. Introdução ao pensamento de Martin Heidegger, 2002, p. 20.

⁴⁶⁹ Idem. Ibidem, p. 21.

⁴⁷⁰ GADAMER, Hans-Georg. Los caminos de Heidegger, 2003, p. 256.

⁴⁷¹ STEIN, Ernildo. Compreensão e finitude, 2001, p. 135.

⁴⁷² Idem. Ibidem, p. 135.

⁴⁷³ HUSSERL, Edmund. Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica, 2006.

⁴⁷⁴ Idem. Ibidem, p. 27.

⁴⁷⁵ Idem. Ibidem, p. 27.

Husserl pretendia fugir das armadilhas proporcionadas pelo ceticismo das ciências empíricas⁴⁷⁶ e pelas obscuridades idealistas⁴⁷⁷. Considerando a possibilidade de pensar o *fenômeno* como processos mentais independentes, o concebeu como um objeto próprio de estudo. Essa possibilidade só foi possível porque Husserl via tais processos como *intencionais*, permitindo à consciência uma *projeção fenomenológica* que não assumiria correspondência necessária com a realidade que estava diante do sujeito. A essa característica ele denominou de *intencionalidade da consciência*, isto é, “uma peculiaridade da essência da esfera de vividos em geral”⁴⁷⁸.

A *redução fenomenológica* ou *epoche* (εποχη) *fenomenológica* exige a suspensão do juízo sobre a existência espaço-temporal, onde “colocamos fora de ação a tese geral inerente à essência da orientação natural, colocamos entre parênteses tudo o que é por ela abrangido no aspecto ôntico: isto é, todo este mundo natural que está constantemente ‘para nós aí’”⁴⁷⁹. Em face desta suspensão, restará a consciência como o *resíduo fenomenológico*⁴⁸⁰, uma região própria que se tornará o campo de investigação dessa ciência chamada *fenomenologia*. Assim, somente por meio da *redução fenomenológica* será possível ter acesso à consciência *pura* e, conseqüentemente, fazer uma *fenomenologia pura*. Mas é preciso notar que, embora tenham sido estes os elementos centrais da construção fenomenológica de Husserl que desembocaram nas demais vertentes fenomenológicas, Gadamer chama atenção para um Husserl tardio resultante da confrontação de *Ser e tempo*, o que explicaria o desenvolvimento do conceito de *mundo da vida*, importante elemento na construção de *Verdade e método*⁴⁸¹.

A partir de Husserl, a *fenomenologia* segue diversas vertentes. Conforme aponta Ernildo Stein⁴⁸², são cinco as principais correntes do pensamento fenomenológico que se desenvolvem a partir dele: a *fenomenologia descritiva*; a *fenomenologia transcendental*; a *fenomenologia psicológico-descritiva*; a *fenomenologia dos*

⁴⁷⁶ “Basta perguntar ao empirista qual é a fonte de validade de suas teses gerais, para que ele se enrede em notório contra-senso”. Idem. *Ibidem*, p. 63.

⁴⁷⁷ “A falta de clareza também reina, sem dúvida, no lado oposto. Aceita-se, é verdade, um pensar puro, um ‘pensar apriorista’ e, com isso, rejeita-se a tese empirista, mas não se chega reflexivamente à consciência clara de que há algo como uma intuição pura, enquanto espécie de doação na qual as essências são dadas como objetos (...)”. Idem. *Ibidem*, p. 65.

⁴⁷⁸ Idem. *Ibidem*, p. 189.

⁴⁷⁹ Idem. *Ibidem*, p. 81.

⁴⁸⁰ Idem. *Ibidem*, p. 84.

⁴⁸¹ Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2003, p. 326-341. Esse Husserl tardio pode ser percebido em seu último escrito, *A crise das ciências européias e a fenomenologia transcendental*, redigido entre os anos de 1935 e 1936.

⁴⁸² STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude*, 2001, p. 140.

valores; e, finalmente, a *fenomenologia hermenêutica*, onde estariam situados o pensamento e obra de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer.

Dirá Heidegger que “a expressão ‘fenomenologia’ diz, antes de tudo, um conceito de método”⁴⁸³. Em *Ser e tempo* ele se volta para a descrição desse *método*, iniciando pelo aspecto etimológico, caminho pertencente ao processo de “destruição” do problema do *ser*. Dirá, então, que *fenomenologia* representa a união entre os termos *fenômeno* e *logos*⁴⁸⁴, que passam a ser objeto de sua análise. “A expressão grega φαίνομενον, a que remonta o termo *fenômeno*, deriva do verbo φαίνεσθαι. φαίνεσθαι significa: mostrar-se e, por isso, φαίνομενον diz o que se mostra, o que se revela. (...) Deve-se *manter*, portanto, como significado da expressão ‘fenômeno’ o que se revela, *o que se mostra em si mesmo*.”⁴⁸⁵. Na verdade, a dimensão semântica da expressão *fenomenologia* acabou servindo como um ponto em comum entre as diversas correntes fenomenológicas, razão pela qual Stein irá afirmar que “as tendências, concepções, especializações, que formam diversos grupos, se uniam sob a palavra de ordem do movimento fenomenológico: ‘As coisas em si mesmas’”⁴⁸⁶.

Heidegger passa, então, a distinguir *fenômeno* de algumas formas similares visando a evitar imprecisões terminológicas e conservar o sentido positivo e originário de fenômeno. Nesse sentido, “distinguímos fenômeno de aparecer, parecer e aparência, entendidos como uma modificação privativa de fenômeno”⁴⁸⁷. O *parecer* é uma maneira de se mostrar como aquilo que ele não é, que, por sua vez, difere de *manifestação*. Esta, por sua vez, “enquanto manifestação de alguma coisa não diz um mostrar-se a si mesmo, mas um anunciar-se de algo que não se mostra. *Manifestar-se é um não mostrar-se*.”⁴⁸⁸

Portanto, o “não” da “aparência” a retira da cadeia de ocultamento formada pelo *fenômeno* e pela *manifestação*. Nessa cadeia, é importante esclarecer que “fenômenos nunca são manifestações, toda manifestação é que depende de um fenômeno”⁴⁸⁹.

⁴⁸³ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, 2005, p. 57. Idem. *Los problemas fundamentales de la fenomenología*, 2000, p. 27.

⁴⁸⁴ Idem. *Ser e tempo*, 2005, p. 57.

⁴⁸⁵ Idem. *Ibidem*, p. 58.

⁴⁸⁶ STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude*, 2001, p. 138.

⁴⁸⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, 2005, p. 58-59.

⁴⁸⁸ “No entanto, este “não” de forma alguma pode ser confundido com o não privativo, que determina a estrutura do aparecer, parecer e aparência. O que não se mostra desta maneira, como o que se manifesta, também nunca poderá aparecer e parecer. Todas as indicações, apresentações, sintomas e símbolos possuem a estrutura formal básica da manifestação, embora sejam diferentes entre si. Apesar de “manifestação” não ser nunca um mostrar-se no sentido de fenômeno, qualquer manifestação só é possível *com base no mostrar-se* de alguma coisa. Mas este mostrar-se que também torna possível a manifestação não é a própria manifestação. Pois manifestar-se é anunciar-se mediante algo que se mostra. Assim, quando se diz que com a palavra “manifestação” indicamos algo em que alguma coisa se manifesta sem que seja em si mesmo uma manifestação, o conceito de fenômeno não definido, mas pressuposto.” Idem. *Ibidem*, p. 59.

⁴⁸⁹ Idem. *Ibidem*, p. 59.

Por isso o alerta: “essa multiplicidade confusa dos ‘fenômenos’ que se apresenta nas palavras fenômeno, aparência, aparecer, parecer, manifestação, mera manifestação, só pode deixar de nos confundir quando se tiver compreendido, desde o princípio, o conceito de fenômeno: o que se mostra em si mesmo”⁴⁹⁰.

Mas Heidegger ainda chama atenção para um segundo uso do sentido de fenômeno. Se em seu conceito, enquanto aquilo que “se mostra em si mesmo”, fica indeterminado qual o ente que é tido como *fenômeno* e se não se decide se o que se mostra é um ente ou o seu caráter ontológico, então temos conquistado o sentido puramente formal de conceito de *fenômeno*. Esse conceito formal pode ser aplicado e, então, surge o conceito *vulgar* e o conceito *fenomenológico* de fenômeno⁴⁹¹. Desse modo, temos, em síntese: o *fenômeno*, na sua acepção vulgar e em seu sentido fenomenológico, as aparências e as manifestações (ou fenômenos índice)⁴⁹².

Uma vez esclarecido o conceito de fenômeno, Heidegger se dirige ao de *logos*. Neste ponto se vale novamente de sua força destrutiva para questionar a utilização da palavra *logos* pela filosofia, identificando seu uso como discurso, termo que também tem o seu significado encoberto. Isso faz com que *logos* seja traduzido, indiscriminadamente, como *razão, juízo, conceito, definição, fundamento, relação e proporção*⁴⁹³. Em seguida, tangencia a reformulação teórica sobre verdade que trabalhará no § 44 de *Ser e tempo*, acusando que *logos* enquanto discurso dá margem a uma concepção de verdade como “concordância” com a realidade⁴⁹⁴. A colocação da verdade no *logos*, ou seja, no *juízo*, teria como pano de fundo uma leitura equivocada do pensamento aristotélico e a deturpação do sentido grego de verdade⁴⁹⁵.

Depurados, destruídos e reconstruídos os conceitos de *fenômeno* e *logos*, Heidegger passa ao seu conceito de fenomenologia: “deixar e fazer ver por si mesmo aquilo que se mostra, tal como se mostra a partir de si mesmo”⁴⁹⁶. Esclarece também que fenomenologia “nem evoca o objeto de suas pesquisas, nem caracteriza o seu conteúdo quidditivo”, referindo-se, exclusivamente, “ao modo como se de-monstra e se trata o que

⁴⁹⁰ Idem. Ibidem, p. 61.

⁴⁹¹ Idem. Ibidem, p. 61. A tradução brasileira de *Ser e tempo* deste parágrafo da página 61 é relativamente confusa. Esta explicação pode ser melhor extraída a partir da tradução de Stein. STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude*, 2001, p. 165.

⁴⁹² A expressão fenômeno índice é utilizada por Ernildo Stein para retratar as manifestações. Idem. Ibidem, p. 164.

⁴⁹³ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, 2005, p. 62.

⁴⁹⁴ Idem. Ibidem, p. 63.

⁴⁹⁵ Idem. Ibidem, p.64. Ao final deste capítulo, retornaremos ao problema da verdade.

⁴⁹⁶ Idem. Ibidem, p. 65.

nesta ciência deve ser tratado”⁴⁹⁷. A ciência dos *fenômenos* significa “apreender os objetos de tal maneira que se deve tratar de tudo que está em discussão, numa de-monstração e procedimentos diretos”⁴⁹⁸, ou seja, em torno da *coisa mesma*. Desse modo, a fenomenologia se mostra como um *método* que exige a confrontação com a *coisas mesma*, obrigando o sujeito a discernir o *fenômeno* de suas aparências e manifestações. O sentido de *logos* deve ser estabelecido a partir da “própria coisa’ que deve ser descrita, ou seja, só poderá ser determinado cientificamente segundo o modo em que os fenômenos vêm ao encontro”⁴⁹⁹. Nossa opção pelo *método fenomenológico* e, conseqüentemente, pela busca do direito na *coisa mesma* trará repercussões decisivas no papel do texto e do problema concreto a ser analisado.

Heidegger concluirá dizendo que a ontologia só é possível como *fenomenologia*, já que esta é a via de acesso e o modo de verificação para se determinar o que deve constituir o objeto daquela⁵⁰⁰.

O conceito fenomenológico de fenômeno propõe, como o que se mostra, o ser dos entes, o seu sentido, suas modificações e derivados. Pois, o mostrar-se não é um mostrar-se qualquer e, muito menos, uma manifestação. O ser dos entes nunca pode ser uma coisa “atrás” da qual esteja outra coisa “que não se manifesta”. “Atrás” dos fenômenos da fenomenologia não há absolutamente nada, o que acontece é que aquilo que deve tornar-se fenômeno pode-se velar. A fenomenologia é necessária justamente porque, de início e na maioria das vezes, os fenômenos não se dão. O conceito oposto de “fenômeno” é o conceito de encobrimento.⁵⁰¹

São diversos os modos de encobrimento dos fenômenos, já que ele pode nunca ter sido descoberto; pode estar *entulhado* (esquecido); pode estar parcialmente encoberto, estando “de fora” apenas a *aparência*⁵⁰². A *fenomenologia* é o mecanismo “formal” para que o *fenômeno* no sentido *fenomenológico* se dê, ainda que, para isso, é necessário que o *fenômeno* no sentido vulgar se mostre. Na verdade, o sentido fenomenológico de *fenômeno* está relacionado ao *ser*, enquanto o sentido vulgar se relaciona com o ente. Já que não há *ser* sem ente, não haverá *fenômeno* no sentido *fenomenológico* sem *fenômeno* no sentido *vulgar*. Daqui pode se extrair um dos principais teoremas do pensamento heideggeriano: a diferença ontológica entre *ser* e ente⁵⁰³.

⁴⁹⁷ Idem. Ibidem, p.65.

⁴⁹⁸ Idem. Ibidem, p. 65.

⁴⁹⁹ Idem. Ibidem, p. 65.

⁵⁰⁰ Idem. Ibidem, p. 66.

⁵⁰¹ Idem. Ibidem, p. 66.

⁵⁰² Idem. Ibidem, p. 67.

⁵⁰³ Cf. STEIN, Ernildo. Diferença e metafísica, 2000, p. 101.

Não obstante a influência de Husserl, é possível perceber diferenças significativas entre as formas de *fenomenologia*⁵⁰⁴. Referindo-se à ultrapassagem do pensamento de Heidegger em relação ao de Husserl, Stein identifica como um elemento central a essa ruptura o paradoxo presente na tentativa de “conciliação entre as intenções descritivas das *Investigações* e as intenções transcendentais das ideias”⁵⁰⁵.

O núcleo da diferença entre Husserl e Heidegger consiste naquilo que perpassa Ser e Tempo, como objeção latente contra Husserl, quando Heidegger, repetida vezes, se refere, rejeitando, ao “observador imparcial”, ao puro ver teórico, a partir do qual, segundo Husserl, se revelariam as estruturas da subjetividade, que possibilitam a posse do mundo e a experiência, e se revelaria o próprio sentido do ser. Para Heidegger, não é o observador imparcial, mas a realização, o exercício da própria existência concreta que já sempre revela o mundo e as possibilidades da experiência e o próprio ser.”⁵⁰⁶

A redução fenomenológica que Husserl propõe não nos leva ao *ser*, mas a uma ideia transcendental que mantém o sujeito nas trilhas da filosofia da consciência. Heidegger irá em busca do *ser*, de um *ser* esquecido no ente, voltando a fenomenologia para a vida concreta. De fato, a *intencionalidade da consciência* de Husserl permite a Heidegger pensar na possibilidade da projeção do sujeito diante e para além da coisa, mas ele assume essa projeção como um acontecer possibilitado e limitado pela nossa condição de *ser-no-mundo*, um mundo compartilhado intersubjetivamente. Conquanto, em Husserl esse lançar-se ora assume a forma decorrente dessa vivência – onde o desligamento com o objeto (ente, no sentido heideggeriano) não se dá por completo, na medida em que ainda nos encontramos sob uma orientação natural⁵⁰⁷ – ora a forma pura, onde a *redução fenomenológica* permite que se chegue à *coisa mesma*, totalmente dissociada dos objetos e constituída como “essência pura”⁵⁰⁸.

Em Heidegger, a *suspensão do juízo* não será possível, pois sempre estaremos em um pensar “enraizado na lógica do círculo hermenêutico e da diferença”⁵⁰⁹. Suspender o juízo para chegar à *ideia* de uma coisa não será algo possível para o *Dasein*, que é, necessariamente, resultado de sua historicidade. A *ideia* em Husserl – que assume a condição de *resíduo fenomenológico* e se alça à condição de *essência* – é o *ser* em Heidegger, sendo este, necessariamente, o *ser* de um ente. Não há em Heidegger *ser* sem ente, nem tampouco ente sem *ser*. Portanto, esse *lançar-se* ou *projetar-se* é em Heidegger o resultado de

⁵⁰⁴ Cf. GUNTER, Figal. Martin Heidegger, 2005. AZÚA, Javier Bengoa Ruiz de. De Heidegger a Habermas, 1997.

⁵⁰⁵ STEIN, Ernildo. Compreensão e finitude, 2001, p. 137.

⁵⁰⁶ Idem. Introdução ao pensamento de Martin Heidegger, 2002, p. 53-54.

⁵⁰⁷ HUSSERL, Edmund. Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia..., 2006, p. 74.

⁵⁰⁸ Idem. Ibidem, p. 89.

⁵⁰⁹ STEIN, Ernildo. Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico, 2002, p. 52-53.

uma antecipação de sentido da compreensão do *Dasein* diante de uma parte do fenômeno⁵¹⁰. Husserl já dizia que os objetos se colocam diante de nós por determinadas perspectivas e nós, intencionalmente, reconstruímos a totalidade desse objeto em forma de fenômeno. Em Heidegger, essa reconstrução não é *intencional* no sentido de “deliberadamente buscada”, e sim uma antecipação de sentido provocada pela *faticidade* do *ser-no-mundo*. Uma inevitável e inexorável antecipação que produz a circularidade na diferença, como será visto logo a seguir.

Mas, se não é a *intencionalidade* no sentido forte o que possibilitará esse “projetar-se”, a resposta em Heidegger para esse fenômeno assume uma explicação e revela outra diferença significativa. O que se antecipa não está no sujeito – na consciência – mas sim na linguagem à qual o sujeito tem acesso; uma linguagem que é a “morada do ser” e, como tal, condição de possibilidade para a compreensão. A *fenomenologia* em Heidegger é um método que busca o “acesso” a essa linguagem que se projeta como o “*ser mesmo*”, muito embora ele saiba que esse acesso só pode ocorrer na diferença ontológica, ou seja, no jogo entre a manifestação do ente e o desvelamento fenomenológico do *ser*. O *ser* é incontornável e, ao mesmo tempo, inacessível⁵¹¹, isto é, por estarmos sempre nele, não podemos contorná-lo, nem tampouco acessar aonde já nos encontramos. Com o método *fenomenológico*, Heidegger pretende eliminar dois grandes erros da metafísica: a entificação do *ser*, isto é, a colocação do ser no ente e, ao mesmo tempo, o erro decorrente das aparências e manifestações. Essa busca o mantém na tradição fenomenológica da busca pela *coisa mesma*.

Heidegger dirá que a *fenomenologia* é, “como método, apenas uma sucessão de passos em direção ao ser como tal e a elaboração de suas estruturas”⁵¹². Mas, isso não representa um retorno ao modo de pensar da *filosofia da consciência*, ainda que o situe dentre aqueles que pensam em um método para a filosofia. É justamente o direcionamento ao sentido do *ser* que faz da *fenomenologia* heideggeriana uma *fenomenologia hermenêutica*. A *fenomenologia* não constrói sentidos para o ente, apenas potencializa o acontecer daquilo que já pode se mostrar. Essa constatação exige que nos voltemos para esse ente privilegiado que compreende o *ser* e que, por isso, deve ser o primeiro a ser analisado. Essa autocompreensão é a analítica da nossa existência, que comporta o *método fenomenológico* no “desvelamento das

⁵¹⁰ “Por ser dada en la existencia, la premanifestidad es eyectada-proyectante (*geworfen-entwerfend*). (...) Si no se tiene en cuenta lo expuesto, se reduce el pensamiento de Heidegger a una nueva forma de filosofía del sujeto y se pierde de vista que en ella se plantea cuestión totalmente distinta ala de la auto-conciencia.” AZÚA, Javier Bengoa Ruiz de. De Heidegger a Habermas, 1997, p. 46.

⁵¹¹ “Guardar o incontornável como o inacessível, esta é a experiência da essencial limitação das ciências. Reconhecer o limite enquanto limite, está é a autêntica limitação”. STEIN, Ernildo. Diferença e metafísica, 2000, p. 92.

⁵¹² HEIDEGGER, Martin *apud* STEIN, Ernildo. Seis estudos sobre “Ser e tempo”, 2005, p. 48.

estruturas existenciais do que se opõem e se distinguem das estruturas categoriais das coisas intramundanas”⁵¹³.

3.1.2 A analítica existencial

A analítica existencial é fenomenologia hermenêutica. Ela é a autocompreensão que desvela o *ser* desse ente privilegiado que todos nós somos, caracterizado por essa capacidade de compreender o *ser* dos demais entes. Esse acesso privilegiado ao *ser* não é um atributo de um sujeito individualizado, mas do *Dasein*, o que afasta essa inclinação antropológica de qualquer leitura autoritária. Os postulados construídos a partir dessa autocompreensão também não são juízos analíticos no sentido kantiano, pois estes decorrem de uma percepção direta da coisa, enquanto que em Heidegger a analítica já está previamente determinada pela temporalidade. “O questionamento do *ser* já nos deve estar, de alguma maneira, disponível”⁵¹⁴, ainda que de maneira vaga e condicionada por teorias tradicionais e opiniões sobre o *ser* que se mostrem como dominantes⁵¹⁵.

Para Heidegger, o *ser* dos entes não é, em si mesmo, um outro ente⁵¹⁶. Desse modo, “enquanto questionado, o *ser* exige, portanto, um modo próprio de demonstração que se distingue essencialmente da descoberta de um ente”⁵¹⁷. Esse modo demonstração “exige a explicação da maneira de visualizar o *ser*, de compreender e apreender conceitualmente o sentido, a preparação da possibilidade de uma escolha correta do ente exemplar, elaboração do modo genuíno de acesso a esse ente”⁵¹⁸ e, como todas essas ações são modos de *ser* de um determinado ente, este passa a ser o ponto de partida para a abordagem da questão, levando a cabo a intuição kantiana de que a pergunta pelo homem seria prévia a todas as outras questões das “críticas”.

O outro esclarecimento inicial diz respeito aos primados do *ser*. Heidegger está preocupado não apenas em demonstrar que a questão do *ser* deve ser vista a partir do *Dasein*, mas também que é uma questão primordial⁵¹⁹. Essa primordialidade decorre de três fatores: um *ontológico*, um *ôntico* e um *ôntico-ontológico*. O *primado ontológico* diz respeito ao problema do fundamento que, na tradição positivista, é resolvido com o estabelecimento de pontos de partida como solução ao trilema de Münchhausen. O

⁵¹³ STEIN, Ernildo. Introdução ao pensamento de Martin Heidegger, 2002, p. 60.

⁵¹⁴ HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo, 2005, p. 31.

⁵¹⁵ Idem. Ibidem, p. 31.

⁵¹⁶ Idem. Ibidem, p.32.

⁵¹⁷ Idem. Ibidem, 2005, p. 32.

⁵¹⁸ Idem. Ibidem, p. 33.

⁵¹⁹ Cf. HEIDEGGER, Martin. Los problemas fundamentales de la fenomenología, 2000, p. 33.

“questionamento ontológico é mais originário do que as pesquisas ônticas das ciências positivas”⁵²⁰, fazendo com que a correta investigação ontológica confira à questão do *ser* uma primazia. Como dirá Stein, “a pergunta pelo ser determina a condição apriorica da possibilidade das ciências e todas as ontologias que precedem as ciências ônticas e as fundam”⁵²¹ o que, de certo modo, aproximará Heidegger da tradição crítica fundada por Kant. Antes de compreender, é necessário se perguntar como compreendemos, uma pergunta que nos levará à nossa autocompreensão.

A questão do *ser* não se resume, contudo, ao problema científico. O *Dasein*, muito embora tenha na ciência uma de suas formas de ser, vai muito além e distante dela. Desse modo, a questão do *ser* assume uma acepção ainda mais originária, que está relacionada à necessidade de se enfrentar a questão a partir do ente privilegiado que compreende, conforme já demonstrado. Além disso, até mesmo as investigações que não envolvam o *Dasein* como *questionado*, se fundam e motivam em sua própria estrutura ôntica⁵²². Por isso, o *Dasein* é um “ente determinado em seu ser pela sua existência”; “é condição ôntica do ser-aí compreender o ser”, fazendo que sua condição ôntica seja ontológica, o que caracteriza o primado ôntico (do *Dasein*) face à questão do *ser*.

O terceiro primado da questão do ser está relacionado à condição de possibilidade de qualquer ontologia: o primado *ôntico-ontológico*. Isto porque “pertence à presença, de maneira igualmente originária, e enquanto constitutivo da compreensão da existência, uma compreensão do ser de todos os entes que não possuem o modo de ser da presença”. Assim, não é possível efetuar qualquer interrogação que envolva o problema ontológico – e todas as interrogações irão envolvê-lo – que não se preocupe com tais elementos primordiais da questão do *ser*. Em outras palavras, nenhum tipo de especulação ontológica pode passar a largo da *analítica existencial*, sob pena de se constituir artificialmente sobre pontos de partida dogmáticos. Os primados exigem, portanto, que qualquer método ou que qualquer investigação ontológica atenda às condições de possibilidade de um ente que tem no compreender sua forma de ser, sem o qual nada acontece e é conhecido.

Por força dos primados apresentados, uma analítica do *Dasein* constitui o primeiro desafio no questionamento da questão do *ser*⁵²³. Esse desafio deve ser enfrentado, segundo Heidegger, com preocupações positivas e negativas. Negativamente, não

⁵²⁰ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, 2005, p. 37.

⁵²¹ STEIN, Ernildo. *Introdução ao pensamento de Martin Heidegger*, 2002, p. 63.

⁵²² HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, 2005, p. 40.

⁵²³ Idem. *Ibidem*, p. 44.

deve ser aplicada à analítica qualquer ideia de *ser*, por mais óbvia que pareça, nem se devem impor categorias delineadas por tais ideias⁵²⁴. Ao contrário, as modalidades de acesso e interpretação devem ser escolhidas de modo que esse ente possa mostrar-se em si mesmo e por si mesmo. Elas têm de mostrar o *Dasein* em sua cotidianidade mediana, tal como ela é antes de tudo e na maioria das vezes. Da *cotidianidade* não se devem extrair estruturas ocasionais e acidentais, mas sim estruturas essenciais⁵²⁵.

A analítica do *Dasein*, caso se desloque do modo de ser cotidiano desse ente que todos nós somos, deixará de ser uma analítica existencial e representará a supressão de uma etapa primordial. Ou seja, estaria se recaído em uma artificialidade dogmática típica das ciências que não dialogam com sua base paradigmática e que se edificam sobre fundamentos metafísicos. Analisar o *Dasein* na sua cotidianidade é condição para o enfrentamento da questão do *ser* a partir de suas estruturas primordiais. Neste ponto, Heidegger esclarece que essa analítica não pretende fundar uma ontologia completa do *Dasein*, mas “uma ontologia que se deverá edificar caso uma antropologia ‘filosófica’ se deva apoiar em bases filosóficas suficientes”⁵²⁶. O aceno de Heidegger para uma antropologia filosófica teve proveitosos desdobramentos, a exemplo da antropologia filosófica proposta por Ernildo Stein⁵²⁷ e da ensaiada por Ernst Tugendhat⁵²⁸.

A *analítica existencial* do *Dasein* visa, portanto, “ao desvelamento das estruturas do ser-aí, estruturas existenciais que se opõem e distinguem das estruturas categoriais intramundanas”⁵²⁹. O primeiro passo concreto dessa analítica é revelar que o “horizonte para uma interpretação de sentido do ser em geral mostra que o sentido do ser do ente, denominado ser-aí, é a temporalidade”⁵³⁰. A temporalidade será, portanto, o fio condutor da *analítica existencial* heideggeriana, na medida em que é ela o sentido do *Dasein*⁵³¹. “O tempo é o ponto de partida do qual a pre-sença sempre compreende e interpreta

⁵²⁴ Idem. Ibidem, p. 44.

⁵²⁵ Idem. Ibidem, p. 44.

⁵²⁶ Idem. Ibidem, p. 44.

⁵²⁷ STEIN, Ernildo. Exercícios de fenomenologia, 2204, p 217-233. “É claro que a Filosofia da existência não possui nem a pretensão nem o tipo de amplitude da Antropologia Filosófica. Ela constitui um recorte novo na problematização do conhecimento. Uma outra questão é perguntarmos se desde aí podemos desenhar uma nova visão da Antropologia Filosófica, um novo horizonte, um novo ponto de partida, pois não é uma contribuição tão grande trazer para a Antropologia um conjunto de características que se aproximam das constantes antropológicas e que poderiam ser ampliadas na direção de um verdadeiro campo novo da Antropologia.” STEIN, Ernildo. Antropologia Filosófica, 2009, p. 91.

⁵²⁸ Tugendhat fez em 2006 uma série de exposições no Brasil intituladas “Antropologia como filosofia primeira”, inclusive na PUC-RS e na Universidade Federal da Bahia – UFBA.

⁵²⁹ STEIN, Ernildo. Introdução ao pensamento de Martin Heidegger, 2002, p. 60.

⁵³⁰ Idem. Ibidem, p. 63.

⁵³¹ HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo, 2005, p. 45.

implicitamente o ser”⁵³². Logo, “ser é tempo”. Mas Heidegger não trabalhará com a noção clássica de tempo, afinal, sua “destruição” exigirá uma reformulação que passa por uma “*explicação originária do tempo enquanto horizonte da compreensão do ser a partir da temporalidade, como ser da pre-sença, que se perfaz no movimento de compreensão do ser*”⁵³³.

A temporalidade é o sentido da trílice estrutura denominada por Heidegger como *cuidado* (*Sorge*). Somos, neste sentido, uma síntese de passado, presente e futuro. No passado somos a *faticidade* de um ente que está aí desde já e sempre *em um mundo*⁵³⁴ que nos abriga. Mas aqui vale o alerta de Heidegger quanto à impossibilidade de pensarmos esse “em” como algo que denota o estar “dentro de...”⁵³⁵. Estar *em um mundo* quer dizer estar *num mundo*; manter com esse mundo uma relação recíproca com os outros que estão dentro desse mesmo espaço⁵³⁶. Embora a reflexão sobre a linguagem em *Ser e tempo* ainda esteja encoberta, é possível dizer que estar em um mundo é estar *em um mundo* de linguagem, que é construído pela interação recíproca com o outro nesse diálogo que nós desde já e sempre somos.

No presente, somos a *decaída* em um *mundo dos entes*. Estamos em meio às coisas, aos utensílios que utilizamos cotidianamente. O significado desses instrumentos é a referência de sentido de que nos valem no cotidiano. Não nos perguntamos pelo *ser* desses entes em sua totalidade, mas apenas sobre essa forma especial de ser que é a instrumentalidade. Vivemos alienados em nossas atividades do dia-a-dia e não refletimos sobre as mudanças no *mundo*. Na *mundanidade* do mundo dos entes deixamos de perceber que o *tempo* já passou e que o sentido das coisas já é outro.

O falatório, a curiosidade e a ambiguidade caracterizam o modo em que a pre-sença realiza cotidianamente o seu “pré”, a abertura do ser-no-mundo. Como determinações existenciais, essas características não são algo simplesmente dado na pre-sença, constituindo também o seu ser. Nelas e em sua conexão ontológica, desentranha-se um modo fundamental de ser da cotidianidade que denominamos com o termo de-cadência da presença.⁵³⁷

No futuro, somos *existência* e nos colocamos diante de nós mesmos. Perceber a minha *existência* implica perceber a *existência* do outro. Essa abertura nos retira da alienação da cotidianidade e nos lança em projeto. O projeto é o que se antecipa na compreensão e o que nos limita. Somos, portanto, limitados por um futuro que já somos.

⁵³² Idem. Ibidem, p. 45.

⁵³³ Idem. Ibidem, p. 45.

⁵³⁴ Idem. Ibidem, p. 90.

⁵³⁵ Idem. Ibidem, p. 91.

⁵³⁶ Idem. Ibidem, p. 91.

⁵³⁷ Idem. Ibidem, p. 236.

“Estas três dimensões são reveladas no sentimento de situação (faticidade), na compreensão (existência) e no discurso (articulação). Esta tríplice estrutura se desvela no ‘humor’, como tonalidade existencial, um estado de ânimo de sentido ontológico”⁵³⁸. No presente nos angustiamos com um futuro que já se deu. Na compreensão somos necessariamente levados a esse futuro que já *existe* e que só pôde se projetar porque estamos desde e sempre inseridos em um mundo de sentido. O futuro projetado é articulado em discursos que caem no mundo dos utensílios e nos aliena no presente. A nossa forma de ser-no-mundo é, portanto, marcada pelo entrelaçamento da estrutura triádica da temporalidade, que marca a nossa finitude no “caminho inevitável para a morte”.

3.1.3 Diferença ontológica e circularidade hermenêutica

A diferença ontológica e o círculo hermenêutico são os teoremas da finitude que “sustentam a teoria heideggeriana da realidade e do conhecimento, isto é a teoria da fundamentação do conhecimento”⁵³⁹. Para Stein, “temos, nestes dois pilares da filosofia hermenêutica, um novo modo de fundação e um novo modo de dar-se de todo ente. A diferença ontológica constitui o *como* (*wie*) tudo é acessível, vem ao encontro, mas ela mesma é inacessível ao pensamento objetificador”⁵⁴⁰. A diferença não pode ser entificada, sob pena de se estar negando a própria diferença, já que a transformação do *ser* em objeto o transforma em um ente. O encobrimento do ser pela tradição metafísica decorre, em última análise, da entificação do ser, ou seja, da não percepção da diferença ontológica.

Falar da diferença ontológica é falar da diferença entre ente e *ser*. A tradição metafísica abordava esses dois níveis de maneira entificada, ou seja, como “objetos a serem conhecidos”. “Quando Heidegger introduz um ente privilegiado, o *Dasein*, aparece um novo nível de problematização do ser. O ser não se dá isolado como objeto a ser conhecido; mas ele faz parte da condição essencial do ser humano”⁵⁴¹. Isso não significa que Heidegger tenha criado um “terceiro” nível, mas que o ser foi colocado no seu devido lugar, ou seja, retirado da condição de objeto e alçado à condição de linguagem que se dá no *Dasein*. “O ser é, pela compreensão, a possibilidade de acesso ao ente: sem compreensão não há ente”⁵⁴². A concepção heideggeriana, com isso, rompe com a tradicional entificação do ser, que o mantinha como objeto e, portanto, encoberto.

⁵³⁸ STEIN, Ernildo. Introdução ao pensamento de Martin Heidegger, 2002, p. 68.

⁵³⁹ Idem. Diferença e metafísica, 2000, p. 104.

⁵⁴⁰ Idem. Ibidem, p. 101.

⁵⁴¹ Idem. Ibidem, p. 103.

⁵⁴² Idem. Ibidem, p. 103.

A diferença ontológica cria dois pontos com diferentes eixos que vão se articular fenomenologicamente, possibilitando a formação de um círculo. A ideia de círculo hermenêutico não surge no pensamento heideggeriano, já que “a regra hermenêutica, segundo a qual devemos compreender o todo a partir do singular e o singular a partir do todo, provém da retórica antiga e foi transferido pela hermenêutica moderna da arte de falar para a arte de compreender”⁵⁴³. Na hermenêutica romântica, a exploração da ideia da circularidade na interpretação se deve, especialmente, a Friedrich Schleiermacher, diretamente influenciado por Friedrich Ast e Friedrich Schlegel⁵⁴⁴.

A ideia do “Círculo Hermenêutico”, como ela será chamada mais tarde, obtém talvez sua primeira e ao mesmo tempo universal característica: “A lei básica de toda compreensão e conhecimento é a de encontrar, no particular, o espírito do todo e entender o particular através do todo.” Nesta “lei básica”, a hermenêutica posterior irá encontrar antes um problema universal, questionado, de que modo o todo pode ser obtido a partir do particular e se o pressentimento de um todo não irá antes prejudicar a concepção do particular.⁵⁴⁵

Contudo, em Heidegger a circularidade hermenêutica não apenas congrega a relação entre particular e todo, como acaba justificando essa relação. “Compreender é o ser existencial do próprio poder-ser da presença de tal maneira que, em si mesmo, esse ser abre e mostra a quantas anda seu próprio ser”⁵⁴⁶. A compreensão é para Heidegger, portanto, um *existencial* e, como tal, ocupa lugar de destaque em sua analítica. A compreensão é o modo de *ser* do *Dasein* que, ao compreender, compreende a si mesmo. Mas, quais as implicações da circularidade hermenêutica em Heidegger? Dizer apenas que o modo de ser do *Dasein* se dá em uma relação circular não é suficiente, já que o método fenomenológico exige muito mais que isso.

“Já no início de *Ser e tempo* Heidegger nota a presença de um círculo no ponto de partida”⁵⁴⁷. Como é possível que a busca pelo sentido do ser deva ser precedida por uma explicitação de um modo especial de ser (*Dasein*)? Heidegger responderá que o “ente pode vir a ser determinado em seu ser sem que, para isso, seja necessário dispor de um conceito explícito sobre o sentido do ser. Não fosse assim, não poderia ter havido até hoje nenhum conhecimento ontológico, cujo fato não pode ser negado”⁵⁴⁸. Essa conclusão confere à compreensão um caráter *existencial*, ou seja, sempre compreendemos; estamos condenados à compreensão. Desse modo, a estrutura analítica desse modelo compreensivo não é capaz de

⁵⁴³ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método, 2002, p. 72. v. 2

⁵⁴⁴ Idem. Ibidem, p. 72-73.

⁵⁴⁵ GRONDIN, Jean. Introdução à hermenêutica filosófica, 1999, p. 120.

⁵⁴⁶ HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo, 2005, p. 200.

⁵⁴⁷ STEIN, Ernildo. Compreensão e finitude, 2001, p. 245.

⁵⁴⁸ HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo, 2005, p.33.

constituir sentido, mas, apenas, demonstrar como ele se dá, quais as suas possibilidades e seus desvios. Somente aqui, na diferença e na percepção da circularidade, é que podemos perceber que o método fenomenológico-hermenêutico não pode ser comparado aos métodos da filosofia da consciência de tradição cartesiana, na medida em que estes propõem fora da circularidade “regras de orientação do espírito”⁵⁴⁹ que constituam um determinado sentido. O nosso modo de ser-no-mundo é a compreensão, cabendo a analítica mostrar como ela ocorre e à fenomenologia potencializá-la, ou seja, permitir que ela possa se dar em sua plenitude, não se deixando levar por aparências e por encobrimentos.

A circularidade nos impõe a conclusão de que, ao nos depararmos com o ente, já possuímos a compreensão desse ente, ou seja, a compreensão que ele proporciona é aquela que já carregamos. “O sentido faz parte da própria estrutura prévia da compreensão, portanto, da estrutura do ser-aí, enquanto aquela é seu existencial”⁵⁵⁰. Isso quer dizer que só compreendemos porque já temos a compreensão, logo, a compreensão que se dá como fenômeno no sentido fenomenológico e a sua condição *existencial* formam um círculo: o círculo hermenêutico. Neste sentido, a analítica heideggeriana explica as razões pelas quais a relação entre particular e todo já percebida pela hermenêutica se dá. Só compreendemos a parte porque já a pressupomos em um projeto de todo. Contudo, a relação entre parte e todo não se dá entre o objeto e o sujeito, em uma relação dialética, mas, pressupondo a diferença ontológica, entre um ser que se projeta como todo e um novo ser que acontece com uma parte que se mostra posteriormente, viabilizando novos projetos. A circularidade da hermenêutica romântica representa um fragmento cotidiano da nossa forma de ser-no-mundo, analisada por Heidegger em uma dimensão ontológica e, por isso, muito mais profunda.

Na circularidade, Heidegger fará a distinção entre compreensão e interpretação.

Na compreensão, a pre-sença projeta seu ser para possibilidades. Esse ser para possibilidades, constitutivo da compreensão, é um poder-ser que repercute sobre a pre-sença as possibilidades enquanto aberturas. O projetar da compreensão possui a possibilidade própria de se elaborar em formas. Chamamos de interpretação essa elaboração. Nela, a compreensão se apropria do que compreende. Na interpretação a compreensão se torna ela mesma e não outra coisa. A interpretação se funda existencialmente na compreensão e não vice-versa. Interpretar não é tomar conhecimento do que compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas na compreensão.⁵⁵¹

⁵⁴⁹ Cf. DESCARTES, René. Regras para a orientação do espírito, 2007.

⁵⁵⁰ STEIN, Ernildo. Compreensão e finitude, 2001, p. 247.

⁵⁵¹ HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo, 2005, p. 204.

A compreensão é concebida por Heidegger como uma antecipação, ou seja, um projeto de todo. A interpretação, por sua vez, representa a verificação das partes desse projeto que já estavam pressupostas. Esse projeto de todo, na medida em que é um antecipar-se, pode se mostrar falho diante de um novo elemento fenomenal que se mostre. É nesse sentido que Gadamer sustenta a possibilidade de revisão do projeto compreensivo.

Quem quiser compreender um texto deverá sempre realizar um projeto. Ele projeta de antemão um sentido do todo, tão logo se mostre um primeiro sentido no texto. Esse primeiro sentido somente se mostra porque lemos o texto já sempre com certas expectativas, na perspectiva de um determinado sentido. A compreensão daquilo que está no texto consiste na elaboração desse projeto prévio, que sofre uma constante revisão à medida que aprofunda e amplia o sentido do texto.⁵⁵²

E completa, resumindo o pensamento heideggeriano sobre o tema:

(...) o processo descrito por Heidegger de que cada revisão do projeto prévio pode lançar-se um outro projeto de sentido; que projetos conflitantes podem posicionar-se lado a lado na elaboração, até que se confirme de modo mais unívoco a unidade de sentido; que a interpretação começa por conceitos prévios substituídos depois por conceitos mais adequados. Em suma, esse constante projetar de novo é o que perfaz o movimento semântico de compreender e interpretar.⁵⁵³

Diante da interação dos círculos, é possível constatar que o fenômeno enquanto aquilo que se mostra só é compreendido porque o *Dasein* se antecipa na compreensão de seu todo e, partindo da interpretação de elementos particulares que se mostram posteriormente, pode reformular o projeto até o ponto culminante da compreensão. Os novos projetos não são viabilizados pela revisão pura e simplesmente, mas por novos desvelamentos que nela podem surgir. Esse movimento, para Heidegger, se dá como um movimento fenomenológico. Muito embora o círculo existencial conceba internamente esse ir/vir ao fenômeno, a compreensão, ainda que provisória, sempre estará presente como compreensão. Não há espaços entre a interpretação e a compreensão, na medida em que se constituem lados de uma mesma moeda. Logo, interpretamos porque já compreendemos e não o contrário⁵⁵⁴. Quando projetos são reformulados e, conseqüentemente, abre-se outra possibilidade de compreensão, a anterior permanecerá no *Desain* como recordação, sendo, entretanto, sucedida. Tudo isso fez Gadamer afirmar que a *subtilitas intelligendi* (compreensão), a *subtilitas explicandi* (interpretação) e a *subtilitas applicandi* (aplicação) “perfazem o modo de realização da compreensão”⁵⁵⁵. Assim, não se interpreta se não for para verificar uma compreensão já antecipada. Não se compreende sem que essa compreensão

⁵⁵² GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método II, 2002, p. 75.

⁵⁵³ Idem. Ibidem, p. 75.

⁵⁵⁴ STRECK, Lenio. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos?, 2003.

⁵⁵⁵ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método I, 2003, p. 406.

encontre na situação particular do intérprete uma aplicação. A interpretação, por sua vez, cessa quando a compreensão não mais oferece novas indagações e, com isso, estabiliza-se.

3.1.4 A dupla estrutura da linguagem

A diferença ontológica já exposta revoluciona diversos aspectos de uma filosofia, sendo a linguagem, certamente, um dos elementos que mais sofrem com essa descoberta. Já foi dito que o giro linguístico é marcado pela quebra da estrutura cognitiva sujeito-objeto e sua substituição pela estrutura cognitiva sujeito-sujeito. Heidegger é um dos responsáveis por essa quebra e, em seu pensamento, ela é viabilizada pela colocação do *ser* em um plano não objetificante. O *ser*, perdendo a condição de objeto, é transformado em “sentido de um ente”, o que o faz dele linguagem.

As transformações na linguagem operadas por Heidegger e Wittgenstein deram à filosofia da linguagem um *status* de relevo, a ponto de se sustentar que filosofia hoje é sinônimo de filosofia da linguagem. Sem a pretensão de estabelecer aqui um tratado sobre a linguagem⁵⁵⁶, é possível dizer que a linguagem como temática filosófica nasce ainda com os gregos, mais especificamente com Platão em “O Crátilo”. Neste diálogo, Platão põe em discussão as duas teses para a explicação da linguagem, uma defendida por Hermógenes, tese de base sofista onde a linguagem estabelece com o objeto descrito uma relação *convencional*; e outra, defendida por Platão, de cunho naturalista, onde a ligação entre a coisa e a palavra é determinada pela *physis*⁵⁵⁷. Aqui se põe a equação que conduzirá as discussões posteriores sobre a linguagem⁵⁵⁸, uma dicotomia que não abarca toda a complexidade da questão e que, por isso, associa aspectos que não deveriam ser confundidos. Em todo o caso, seja por uma concepção natural ou por uma convencional, o problema que põe Platão gira em torno da ausência de arbítrio na relação – ainda semântica – entre palavras e coisas. Não é possível associar o pensamento convencionalista com uma concepção cética e arbitrária sobre a linguagem. “O modo de ser da linguagem que chamamos ‘uso geral de linguagem’ limita ambas teorias. O limite do *convencionalismo* é o seguinte: não se pode

⁵⁵⁶ Se fosse esta a opção, acabaria por repetir tudo aquilo que já foi dito por Lenio Streck em *Hermenêutica e(m) crise*, onde o autor analisa o desenvolvimento da filosofia da linguagem desde Platão até Heidegger e Gadamer, demonstrando a superação da filosofia da consciência através do “giro linguístico”. STRECK, Lenio. *Hermenêutica e(m) crise*, 2004, p. 115-174.

⁵⁵⁷ PLATÃO. *O Crátilo*, 1980.

⁵⁵⁸ “O Crátilo de Platão, o escrito básico do pensamento grego sobre a linguagem, que contém todo o universo dos problemas, de tal modo que a discussão grega posterior, que conhecemos apenas fragmentariamente, quase não acrescenta nada de essencial”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2003, p. 525.

alterar arbitrariamente o que as palavras significam, se deve haver *linguagem*”⁵⁵⁹. Ainda assim, como adverte Lenio Streck, Platão ainda não põe a linguagem como condição de possibilidade para o conhecimento, na medida em que seria “possível conhecer as coisas sem os nomes”, o que torna a linguagem um instrumento, isto é, uma terceira (e secundária) coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto⁵⁶⁰.

Aristóteles, ainda inserido na tradição socrático-platônica de combate ao ceticismo sofista, desenvolve neste contexto uma releitura da visão de Platão sobre a linguagem⁵⁶¹, mas, como não poderia deixar de ser, estabelece uma nova questão que refletirá, de forma decisiva, nos novos horizontes da filosofia da linguagem⁵⁶². “Como discípulo de Platão, Aristóteles, no plano explícito de sua reflexão, parte do rompimento da ligação imediata entre palavra e coisa (*logos* e *ón*) e tenta elaborar uma teoria da significação em que, por um lado, afirma-se a distância entre linguagem e *ser* e, por outro, tematiza-se a relação entre ambos”⁵⁶³. Estava posta, portanto, a germinação da pergunta pelo *ser* na linguagem, determinante para a *desconstrução* heideggeriana. Para Aristóteles, a linguagem “não é imagem, reprodução do real, mas seu símbolo”; ela “não manifesta o real, mas o significa”⁵⁶⁴. Com isso, Aristóteles rompe com a possibilidade sustentada por Platão de acesso ao ser das coisas sem a linguagem, impondo a mediação como necessidade. Mas essa relação ficará esquecida na ambiguidade da abordagem aristotélica, sendo retomada fortemente por Heidegger.

Mas, até a retomada do *ser* por Heidegger, ainda atravessaríamos o pensamento de Santo Agostinho e São Thomaz de Aquino, bem como o nominalismo que marcará o pensamento de Guilherme de Ockham⁵⁶⁵ e, logo em seguida, Thomas Hobbes⁵⁶⁶. No nominalismo, a relação fundada por Aristóteles entre palavra e o *ser* se perde em uma concepção antimetafísica, mas, por outro lado, dá à linguagem maior relevância. Quebrando-

⁵⁵⁹ Idem. Ibidem, p. 525.

⁵⁶⁰ STRECK, Lenio. Hermenêutica e(m) crise, 2004, p. 118.

⁵⁶¹ Cf. STRECK, Lenio. Hermenêutica e(m) crise, 2004, p. 122.

⁵⁶² OLIVEIRA, Manfredo Araújo. Reviravolta lingüístico-pragmática, 2001, p. 26.

⁵⁶³ Idem. Ibidem, p. 27.

⁵⁶⁴ Idem. Ibidem, p. 29.

⁵⁶⁵ “Estou convencido de que poucos estudos são mais necessários para a história da filosofia do direito que o do nominalismo confrontado pelo seu oposto, o realismo de São Tomás. A querela dos universais pode, hoje, parecer arcaica, talvez ultrapassada, ou, de preferência, fora de moda – embora seja eterna. Mas, perder-se-á menos tempo com ela que com velhas cartas ou velhas coletâneas de costumes, se nosso propósito for aprender o contraste e a transição do direito antigo para o direito moderno. Aí se situa a linha divisória entre o direito natural clássico, inseparável do realismo de Aristóteles e São Tomás, e o positivismo jurídico. Aí se encontra a chave do problema fundamental (ainda hoje, digam o que quiserem) da filosofia do direito.” VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno, 2005, p. 226.

⁵⁶⁶ STRECK, Lenio. Hermenêutica e(m) crise, 2004, p. 128-129

se o modelo metafísico, onde a linguagem é colocada em um plano secundário, o nominalismo parte de um “estado de natureza hermenêutico”⁵⁶⁷ para fundar o mundo. Ignora-se, aqui, as propostas gregas que, de uma forma ou de outra, estavam pautadas em uma tradição ou em um convencionalismo tradicional, e abre-se a possibilidade de fundação de um “novo mundo”, onde o acordo – ou o contrato social – funda *ex nihil* o Estado e passa a ser o elemento de legitimação do poder político. No nominalismo, portanto, as palavras não exprimem as coisas, mas as ideias, o que gera uma relação arbitrária entre palavra e coisa e, ao mesmo tempo, denuncia uma relação de subordinação da palavra em relação à ideia. Para Hobbes, o “uso comum da Linguagem consiste em transformar nosso Discurso Mental em Verbal; ou a Série de Pensamento em Série de Palavras”⁵⁶⁸. Com isso, a linguagem assumiria duas funções: uma relativa aos registros das consequências de nossos pensamentos; outra relativa ao uso por várias pessoas de palavras idênticas para traduzir o que pensam sobre determinada matéria⁵⁶⁹.

A visão de Heidegger sobre a linguagem é, por um lado, revolucionária, por outro, decorrente de alguns ensaios que a história da filosofia da linguagem já nos ofertava, mas que permaneciam esquecidos. Do mundo grego temos a relação que Aristóteles impõe entre linguagem e *ser*, colocando aquela como condição de possibilidade para acesso para este; do nominalismo moderno, uma relação entre pensamento e registro, colocando a linguagem como um fenômeno decorrente de outro, as ideias. A linguagem em Heidegger assumirá, portanto, uma relação direta com o *ser*, bem como uma “dupla estrutura” onde o plano apofântico – do *logos*, da palavra – consiste na síntese precária de um fenômeno mais originário que se dá no plano hermenêutico, isto é, na compreensão. A linguagem passa agora a determinar o sentido do ente; aquele sentido que já está desde sempre em nós e que se antecipa no momento em que o *Dasein* se depara como fenômeno (em sentido vulgar). A linguagem, portanto, não apenas deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e objeto, transformando-se em um *medium*, um meio ambiente no qual estamos desde sempre inseridos.

Gadamer, por sua vez, impulsiona a partir da década de 1960 o interesse pela linguagem, sendo que, segundo Grondin, até os anos de 1950 eram muito poucos aqueles que tinham lido Wittgenstein. Em *Verdade e método*, Gadamer retomará o fio condutor dos debates em torno da linguagem e projetará, mesmo sem referências expressas, a

⁵⁶⁷ STRECK, Lenio. Verdade e consenso, 2009.

⁵⁶⁸ HOBBS, Thomas. O Leviatã, 2008, p. 33.

⁵⁶⁹ Idem. Ibidem, p. 33.

visão que Heidegger trabalhara desde 1935⁵⁷⁰. De fato, os diferentes enfoques presentes nos pensamentos de Heidegger (ontológico) e Gadamer (hermenêutico-epistemológico) proporcionarão abordagens diferenciadas sobre o problema da linguagem e farão com que este último acentue a sua preocupação com a linguagem manifestada através dos registros textuais. “*Gadamer estudia la linguisticidad en el marco de una filosofía marcadamente hermenéutica, que el giro de Heidegger parecía haber abandonado cuando se dedicó al mysterium del lenguaje*”⁵⁷¹. De qualquer sorte, a linguagem assumirá também em Gadamer a condição de um meio ambiente por nós habitado (*Mitte*)⁵⁷², determinando a condição filosófica de sua hermenêutica na medida em que ele assume que no dito haverá sempre um não-dito⁵⁷³.

Mas, é justamente por existir um dito e pelo fato de o *ser* não poder ser entificado é que se pergunta: como fica toda a tradição hermenêutica que se voltava para os textos? Os textos, isto é, todo o tipo de sinal que promove comunicação, não seriam entes? A linguagem que utilizamos para nos comunicar, para expressar o sentido das coisas, não são entificações? O enfrentamento dessas questões e suas respostas vão representar a pedra de toque para a diferenciação das correntes que se desenvolvem a partir do giro linguístico. A diferença entre *analíticos* e *continentais* não pode ser vista superficialmente, já que ambos poderão concordar que a linguagem é um *medium*. Deverá se colocar diante da existência ou não de uma “dupla estrutura da linguagem”, representada pelos dois níveis estruturais denunciados por Heidegger: o *hermenêutico* e o *apofântico*⁵⁷⁴.

A dupla estrutura da linguagem, relacionada aqui com os planos *hermenêutico* e *apofântico*, faz com que haja em Heidegger duas formas de linguagem, muito embora, em *Ser e tempo*, ele a associe ao *discurso* e, portanto, ao *logos*. Essa associação faz com que a expressão “linguagem” assuma em *Ser e tempo* uma dimensão semântica que a relaciona com o plano apofântico.

Do ponto de vista existencial, o discurso é igualmente originário à disposição e à compreensão. A compreensibilidade já está sempre articulada, antes mesmo de qualquer interpretação apropriadora. O discurso é a articulação dessa compreensibilidade. (...) A compreensibilidade do ser-no-mundo, trabalha por uma disposição, se pronuncia como discurso. A totalidade significativa da

⁵⁷⁰ GRONDIN, Jean. Introducción a Gadamer, 2003, p. 191.

⁵⁷¹ Idem. Ibidem, p. 192.

⁵⁷² “Nossas reflexões se orientaram pela ideia de que a linguagem é um meio (*Mitte*) em que se reúnem o eu e o mundo, ou melhor, em que ambos aparecem em sua unidade originária”. GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método I, 2003, p. 612.

⁵⁷³ GADAMER, Hans-Georg. Retrospectiva dialógica à obra reunida e sua história de efetuação, 2000, p. 211.

⁵⁷⁴ STEIN, Ernildo. Nas raízes da controvérsia, 2006, p. XV.

compreensibilidade vem à palavra. Das significações brotam palavras. As palavras, porém, não são coisas dotadas de significados. A linguagem é o pronunciamento do discurso. Como um ente intramundano, essa totalidade de palavras em que e como tal o discurso possui o seu próprio ser “mundano”, pode ser encontrada à maneira de um manual.⁵⁷⁵

Com isso, Heidegger demonstra que o plano apofântico é resultado de uma compreensibilidade prévia. Primeiro compreendemos as coisas para depois dizê-las. A compreensão se dá como desvelamento do *ser*, logo, como sentido. Esse sentido pode até ser descrito apofanticamente, mas ele não será o sentido. Ao dizer, necessitamos do *logos*, o que faz deste uma construção artificial do sentido. A linguagem no plano apofântico não representa um *medium*, na medida em que o sentido das coisas se dá no plano hermenêutico; compreendemos no plano hermenêutico; emocionamo-nos no plano hermenêutico; valoramos no plano hermenêutico. No apofântico, apenas tentamos registrar os nossos processos vitais em uma tentativa de compartilhamento. Isso não significa que o plano apofântico, por ser subordinado ao hermenêutico, não tenha funções importantes, a exemplo de sua função integrativa. Quer dizer, ele representa uma síntese – necessária e imprescindível – do mundo em que vivemos, mas não é o mundo em que vivemos. A fenomenologia hermenêutica ao exigir a ida às coisas mesmas nos desloca para o plano hermenêutico, fazendo do plano apofântico apenas um fenômeno índice que possibilita desvelamentos, mas que vela o que está “na dobra da linguagem”⁵⁷⁶.

A dupla estrutura da linguagem – hermenêutica e apofântica – aliada à postura fenomenológica descrita, irá denunciar a precariedade dos textos, ao tempo em que irá demonstrar que os textos não passam de uma entificação de um mundo que vivemos. Ao compreendermos um texto, compreendemos o *ser* de um ente que constitui uma síntese precária da realidade. Temos a ilusão de que a compreensão de um texto se dá contrafaticamente, mas, em verdade, ao compreender o texto somos lançados à faticidade e ao nosso mundo vivido. Isso quer dizer que, se o ponto de lançamento é um texto e se este é uma síntese – ou, em termos sistêmicos, uma redução de complexidade – o lugar para o qual seremos lançados não corresponderá, necessariamente, ao lugar a partir do qual a redução se deu. Este é o grande problema do texto, muito embora isso não reduza a sua importância, mas apenas limita as nossas pretensões frente a ele e exige que o pensemos como “eventos”⁵⁷⁷. As teorias que ignoram o plano hermenêutico ou que resumem seu espaço de epistemologização

⁵⁷⁵ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, 2005, p. 219.

⁵⁷⁶ Lenio Streck demonstra em *Verdade e consenso* diversos reflexos da “dobra da linguagem” no pensamento jurídico, a exemplo da distinção entre casos fáceis e casos difíceis.

⁵⁷⁷ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*, 2009.

no plano apofântico produzem resultados artificiais que podem não corresponder ao plano hermenêutico em que nos movemos. Como afirma Rohden, “a linguagem de cunho lógico-analítico prende-se ao nível apofântico, ao passo que a linguagem da hermenêutica filosófica amplia os horizontes da linguagem, não excluindo outras formas de linguagem, como a ética, a arte, a política, a metafísica”⁵⁷⁸. A dupla estrutura da linguagem e a colocação do plano apofântico como uma síntese precária do plano hermenêutico faz com que Heidegger abra uma nova possibilidade para a teoria da verdade, uma vez que ela não cabe no *logos*⁵⁷⁹.

O caráter derivado do *logos* também retira dele a função transcendental. A transcendência também assume em Heidegger uma nova feição, que não apenas o afasta de Kant⁵⁸⁰, mas também o retira de um transcendentalismo dialogal. O cuidado, que é o ser do *Dasein* tem como determinante a temporalidade, que é o sentido do ser-aí. *Dasein* é, portanto, passado, presente e futuro. A compreensão se dá no presente em relação ao futuro porque somos passado desde e sempre. A finitude do pensamento heideggeriano não está presa ao passado, apenas não admite um futuro que já não esteja diante de nós e que, portanto, não se manifeste em nossas compreensões. Se pensarmos em transcendência como mudança, transformação, e a analisarmos a partir da finitude heideggeriana, concluiremos que toda a mudança, enquanto crítica do presente, só é possível porque já somos futuro⁵⁸¹. Neste sentido, não é possível uma crítica que nos leve a um lugar onde ainda não estamos. Toda a crítica está limitada à temporalidade e, conseqüentemente, ao sentido do *ser* de que ela se utiliza. A transcendência em Heidegger, portanto, se dá no plano hermenêutico, onde o próprio futuro se manifesta, impedindo que a dimensão apofântica sintetize algo novo, algo inovador em relação ao plano hermenêutico. O *logos*, portanto, não transcende, no máximo traduz algo que já transcendeu. A nova palavra não traz o novo, apenas é o resultado de algo que já se colocou no plano hermenêutico como novo, fazendo dos filósofos e poetas, como disse Heidegger, os porteiros dessa casa chamada linguagem e exigindo dos cientistas uma inflexão filosófica e artística.

Essa novidade no plano hermenêutico, aliada com a inexistência de descrição apofântica, causa no *Dasein* a *angústia*.

⁵⁷⁸ ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica*, 2003, p. 242.

⁵⁷⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, 2005. O tema será melhor abordado na parte final deste capítulo.

⁵⁸⁰ STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica*, 2000, p. 109.

⁵⁸¹ A crítica que Habermas dirige à hermenêutica, relacionada à sua incapacidade crítica, não faz sentido justamente pelo fato de a crítica não ser transcendente. Sobre o caráter crítico da hermenêutica. Cf. STRECK, Lenio. *Hermenêutica e(m) crise*, 2004.

Só na angústia subsiste a possibilidade de uma abertura privilegiada na medida em que ela singulariza. Essa singularização retira a pre-sença de sua de-cadência e lhe revela a propriedade e impropriedade como possibilidades do seu ser. Na angústia, essas possibilidades fundamentais da presença, que é sempre minha, mostram-se como elas são em si mesmas, sem se deixar desfigurar pelo ente intramundano a que, de início, e na maior parte das vezes, a pre-sença se atém.⁵⁸²

A crítica apofântica só é proporcionada por um estranhamento hermenêutico. Não possui, portanto, o condão de nos levar ao futuro, pois essa projeção originária decorre desse modo privilegiado de abertura, que nos retira do processo de alienação decorrente da impessoalidade da interpretação pública. Em resumo, a crítica se dá no *presente* (decaída), em razão de já termos *passado* (faticidade) e limitada pelo *futuro* (angústia) que já somos. Em razão disso, ela não é um motor transcendente, nem pode partir de um “grau zero”. A hermenêutica, por sua vez, se mostra enquanto crítica na medida em que “nos impulsiona a questionar se não haveria algo errôneo em nossa conduta dentro do mundo”⁵⁸³, mas sem a pretensão de assumir um lugar de fala “transcendental”.

3.2 A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA EM GADAMER

3.2.1 O caminho até *Verdade e método*

O séc. XX estava prestes a chegar quando Gadamer nasceu em Marburg, Alemanha, em 11 de fevereiro de 1900, em uma família de classe média. Seu pai, Johannes Gadamer, era cientista na Universidade de Marburg, mudando-se dois anos após o nascimento de Gadamer para a região de Breslau – hoje Wroclow, na Polônia – onde Johannes assumiria o posto de professor⁵⁸⁴. Com uma infância conturbada, enfrentando a morte precoce de sua irmã e, logo em seguida, a de sua mãe, teve uma educação primária e secundária dentro dos padrões da época, matriculando-se em 1918 num curso de introdução ampla às ciências humanas, para o total descontentamento de seu pai⁵⁸⁵. Em sua auto-apresentação concluída em 1975, afirmou que seu pai tentou despertar seu interesse pelas ciências naturais, tendo ficado muito decepcionado com o fracasso já que, desde o começo, sabia que o filho simpatizava mesmo com os “professores charlatães”⁵⁸⁶. Com apenas vinte e dois anos Gadamer conclui sua tese de doutoramento intitulada *Das Wesen der Lust nach den*

⁵⁸² HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo, 2005, p. 255.

⁵⁸³ ROHDEN, Luiz. Hermenêutica filosófica, 2003, p. 249.

⁵⁸⁴ LAWN, Chris. Compreender Gadamer, 2006, p. 32.

⁵⁸⁵ Idem. Ibidem, p. 32.

⁵⁸⁶ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método II, 2002, p. 545.

platonischen Dialogen (A essência do prazer segundo os diálogos platônicos⁵⁸⁷), sob a orientação do neokantiano Paul Natorp, mas neste mesmo ano, acometido de poliomielite, teve que ser mantido em isolamento por muitos meses, usando este tempo para leituras filosóficas, dentre elas as *Investigações filosóficas* de Husserl – com quem se encontraria um ano mais tarde⁵⁸⁸. Mas, não obstante ter permanecido em um ambiente de discussões epistemológicas – contexto em que também frequentou as lições de Nicolai Hartmann – Gadamer sempre se sentiu fortemente atraído pelas artes, especialmente pela literatura e poesia⁵⁸⁹, tendo ele consciência de que “a experiência da arte afetava de certo modo a filosofia”⁵⁹⁰.

Em 1923, Gadamer se muda para Freiburg, onde iniciará seus estudos com Heidegger e, por obra do destino, as primeiras lições versarão, justamente, sobre hermenêutica e Aristóteles⁵⁹¹. Aqui se fecha um ciclo para a catálize do pensamento gadameriano. A recusa simbólica de seu pai mediante o estudo e preocupação com as ciências do espírito; o ambiente epistemológico neokantiano; a afinidade com o método dialógico de Platão; o contato com a fenomenologia de Husserl e com a hermenêutica de Heidegger; o amor pelas artes e o fascínio pelo modo como Heidegger reconstruía a práxis aristotélica formam a mente desse homem cuja vida se confunde com o pensamento crítico de seu século⁵⁹². Mas a síntese dessas fontes inspiradoras tardará a sair. Embora tenha assumido a carreira docente desde muito jovem, alcança reputação internacional somente com a publicação de sua obra prima em 1960, *Verdade e método*. Aposentado desde 1968, a partir de 1975 seu trabalho foi traduzido para a língua inglesa, influenciando a academia americana e, já nos anos 90, *Verdade e método* passa a ser reconhecido por muitos como um dos textos filosóficos mais importantes do séc. XX, especialmente pela sua importância nos debates com os principais intelectuais da segunda metade desse século, a exemplo de Habermas e Derridá. Lúcido e saudável até o final de sua vida, Gadamer morre em 2002, aos 102 anos, pouco tempo depois de ter testemunhado o atentado ao *World Trade Center* e afirmado que o mundo teria se transformado em algo muito estranho para ele.

⁵⁸⁷ O título em português toma como parâmetro a referência em espanhol feita por Constantino Ruiz-Garrido na tradução da obra *Einführung zu Gadamer* para esta língua. Cf. GRONDIN, Jean. *Introducción a Gadamer*, 2003, p. 21.

⁵⁸⁸ LAWN, Chris. *Compreender Gadamer*, 2006, p. 33.

⁵⁸⁹ GRONDIN, Jean. *Introducción a Gadamer*, 2003, p. 22.

⁵⁹⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*, 2002, p. 548.

⁵⁹¹ GRONDIN, Jean. *Introducción a Gadamer*, 2003, p. 24-25.

⁵⁹² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*, 2002, p. 545-580.

3.2.2 O projeto de *Verdade e método*

Segundo o próprio Gadamer, o ponto de partida de *Verdade e método* leva em conta “uma crítica da consciência estética, a fim de defender a experiência da verdade que nos é comunicada pela obra de arte contra a teoria estética, que se deixa limitar pelo conceito de verdade da ciência”⁵⁹³. Mas a crítica estética não era o objetivo final de Gadamer, e sim o de, através dela, atingir a relação necessária entre verdade e método, já que, para ele, “a experiência da arte é a mais clara advertência para que a consciência científica reconheça seus limites”⁵⁹⁴. Essa estratégia denuncia a utilização da *Destruktion* de Heidegger como o método de abordagem do trabalho, já que seria necessário desconstruir as evidências que obstaculizam o entendimento de sua nova perspectiva⁵⁹⁵. Segundo Grondin⁵⁹⁶, a arte para Gadamer poderia libertar o conceito de verdade da camisa de força imposta pela metodologia científica; contrapor-se à redução das ciências humanas e da filosofia a um assunto puramente estético, isto é, arbitrário e subjetivo e, por último, verificar em que consiste de fato a verdade da compreensão. Com isso, Gadamer analisa a experiência da obra de arte em diversas de suas manifestações até chegar à literatura, onde encontrará não só o desafio de sustentar a sua tese em face de uma experiência não performática – diferentemente do teatro, por exemplo⁵⁹⁷ – mas, também, o ponto de encontro com a ciência, concluindo pela natureza hermenêutica desse contato.

Em todo caso, não é por acaso que o fenômeno da literatura representa o ponto onde confluem a arte e a ciência. O modo de ser da literatura tem algo de peculiar e incomparável; ela impõe uma tarefa específica para o transformar-se em compreensão. Não há nada tão estranho e tão exigente para a compreensão como a escrita.⁵⁹⁸

Logo em seguida, completa:

A disciplina clássica que se ocupa da arte de compreender textos é a hermenêutica. Mas, se nossas reflexões estão corretas, o verdadeiro problema da hermenêutica deve ser posto de uma maneira totalmente diferente da habitual. Deverá apontar para a mesma direção que a nossa crítica à consciência estética havia deslocado o problema da estética. A hermenêutica deveria então ser compreendida de um modo tão abrangente a ponto de incluir em si toda esfera da arte e sua problemática. (...) Com isso a consciência hermenêutica adquire uma extensão tão abrangente que ultrapassa a nossa consciência estética. A estética deve subordinar-se à hermenêutica. E este enunciado não se refere apenas ao aspecto formal do problema, mas aplica-se antes de tudo ao conteúdo. A hermenêutica, ao contrário, deve

⁵⁹³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2003, p. 31.

⁵⁹⁴ Idem. *Ibidem*, p. 31.

⁵⁹⁵ GRONDIN, Jean. *Introducción a Gadamer*, 2003, p. 45.

⁵⁹⁶ Idem. *Ibidem*, p. 46.

⁵⁹⁷ Gadamer analisa as artes performáticas e as artes estatutárias. Para as primeiras, a exemplo das obras dramáticas e musicais, admite-se facilmente que a sua representação se dê de modo diferente em cada ocasião que forem interpretadas. Para as demais, embora essa característica não seja tão óbvia, Gadamer sustentará que essa “diferença” também será percebida. Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2003, p. 210.

⁵⁹⁸ Idem. *Ibidem*, p. 229.

determinar-se em seu conjunto, de maneira a fazer justiça à experiência da arte. A compreensão deve ser entendida como parte do acontecimento semântico, no qual se forma e se realiza o sentido de todo enunciado, tanto os enunciados da arte quanto os de qualquer outra tradição.⁵⁹⁹

Com isso, após desconstruir uma concepção subjetiva e arbitrária da estética e nos revelar uma experiência de verdade com (em meio) a obra de arte, Gadamer abre caminho para a construção de sua concepção filosófica de compreensão. Mas antes, será necessário retomar os trilhos da experiência hermenêutica a partir de novas perspectivas⁶⁰⁰, assumindo Schleiermacher e Dilthey como os responsáveis pelos dois grandes ciclos evolutivos da hermenêutica romântica.

Em Schleiermacher, embora o considere o polo extremo à proposta hegeliana que submete a hermenêutica à filosofia⁶⁰¹, Gadamer enxerga a síntese de inúmeras contribuições da pré-história da hermenêutica romântica desenvolvida por dois caminhos distintos: a hermenêutica teológica, “a partir de sua defesa reformista da Bíblia contra o ataque dos teólogos tridentinos e seu apelo ao caráter indispensável da tradição”, e a hermenêutica filológica, surgida como um “instrumental para as tentativas humanísticas de redescobrir a literatura clássica”⁶⁰². Schleiermacher confere à hermenêutica um caráter universal, fundamentando teoricamente “o procedimento comum a teólogos e filólogos, remontando, para além da intenção de ambos, a uma relação mais originária da compreensão do pensamento”, na medida em que a *estranheza* (*Fremdheit*) e a “possibilidade do mal-entendido” são comuns a toda e qualquer experiência hermenêutica⁶⁰³. Se evitar o mal-entendido constitui em Schleiermacher o objetivo dessa *arte*, o traço essencial da experiência hermenêutica universal consiste no fato de que “o sentido do peculiar só pode resultar do contexto e, em última análise, do todo”, postulado que o coloca nas trilhas de Friedrich Ast e de toda a tradição retórica⁶⁰⁴, mantendo viva a ideia de círculo hermenêutico. Desse modo, Schleiermacher confere à hermenêutica um método autônomo e desvinculado de seu conteúdo, o que implica deslocar a ênfase que girava em torno do objeto, tanto na tradição teológica,

⁵⁹⁹ Idem. Ibidem, p. 231.

⁶⁰⁰ “Se reconhecemos, então, como tarefa, seguir mais a Hegel do que a Schleiermacher, devemos acentuar a história da hermenêutica de um modo totalmente novo. Sua realização já não se dá liberando a compreensão histórica de todos os pressupostos dogmáticos, nem se poderá considerar a gênese da hermenêutica sob o aspecto em que a apresentou Dilthey, seguindo os passos de Schleiermacher. Antes, nossa tarefa será retomar o caminho aberto por Dilthey, atendendo a objetivos diferentes dos que ele tinha em mente com sua autoconsciência histórica.” GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método I, 2003, p. 241.

⁶⁰¹ É nesse sentido que Gadamer fala em uma transformação essencial da hermenêutica entre a *Aufklärung* e o Romantismo. GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método I, 2003, p. 232-237 e 241.

⁶⁰² GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método I, 2003, p. 241.

⁶⁰³ Idem. Ibidem, p. 247 e 260-261.

⁶⁰⁴ Idem. Ibidem, p. 261.

quanto na filológica – e, por que não dizer, jurídica – para o intérprete⁶⁰⁵. Mas esse deslocamento para o intérprete não implica Schleiermacher uma visão arbitrária, na medida em que sua proposta hermenêutica não assume uma feição *nominalista*, mas a equiparação entre o autor do texto e o intérprete numa concepção *psicologista*. Segundo Gadamer, o que deve ser compreendido não é a literalidade das palavras e seu sentido objetivo, mas a individualidade de quem fala ou do autor, na medida em que, para Schleiermacher, “os pensamentos só podem ser compreendidos adequadamente retrocedendo até sua gênese”⁶⁰⁶. Em razão disso é que ele separa a chamada interpretação gramatical da interpretação psicológica (ou *técnica*), na qual o objetivo é a compreensão de um *espírito* que vem à tona como linguagem da alma⁶⁰⁷. Para Gadamer, a colocação da interpretação gramatical ao lado da psicológica é a sua contribuição mais genuína, o que há de mais próprio em Schleiermacher⁶⁰⁸. Desse modo, compreender um texto era compreender o seu autor, mais ainda, “compreender o autor melhor do que ele próprio se compreendeu”, o que traduz um “acréscimo de conhecimento”⁶⁰⁹ e uma inclinação para as possibilidades criativas da hermenêutica. Não é possível, contudo, confundir essa criatividade com arbitrariedade, mas com uma compreensão ampliada qualitativamente (melhor) na medida em que o intérprete identifica “recursos de que o autor lançou mão sem se dar conta, porque mora nessa língua e em suas mediações técnicas”⁶¹⁰.

Mas a compreensão em Schleiermacher está, de qualquer forma, limitada a textos de “autoridade estabelecida”⁶¹¹, e isto, embora compatível com suas motivações teológicas, distanciava-se das preocupações do historiador. Neste ponto, Gadamer nos chama a atenção para as conexões entre a escola histórica e a hermenêutica romântica, que encontrará em Dilthey o seu principal articulador⁶¹². Essa ligação está diretamente relacionada ao postulado da circularidade hermenêutica revigorado por Schleiermacher, na medida em que “o esquema básico sob qual a escola histórica pensa a metodologia da história

⁶⁰⁵ Idem. Ibidem, p. 267. A rigor, a hermenêutica jurídica só transfere a ênfase do objeto para o intérprete quando reconhece a impossibilidade de descobrir no texto um sentido unívoco e, com isso, se abre para as possibilidades político-decisionistas do intérprete, o que pode ser constatado pela dicotomia kelseniana entre interpretação cognitiva e interpretação como um ato de vontade (poder).

⁶⁰⁶ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método I, 2003, p. 256.

⁶⁰⁷ GRONDIN, Jean. Introdução à hermenêutica filosófica, 1999, p. 26.

⁶⁰⁸ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método I, 2003, p. 256-257.

⁶⁰⁹ Idem. Ibidem, p. 264.

⁶¹⁰ Idem. Ibidem, p. 264.

⁶¹¹ Idem. Ibidem, p. 269.

⁶¹² “Uma reflexão clara e metodológica sobre isso não se encontra expressa obviamente em Ranke, nem no arguto metodológico de Droysen, mas somente em Dilthey, que toma conscientemente a hermenêutica romântica e a amplia transformando-a numa historiografia e mesmo numa teoria do conhecimento das ciências do espírito.” GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método I, 2003, p. 271.

universal não é nada mais do que o que vale para qualquer texto”, ou seja, “é o esquema do todo e da parte”⁶¹³. Assim como um texto deveria ser visto no contexto de vida do seu autor, pode constituir uma fonte que é parte de um contexto histórico. A hermenêutica pode, portanto, ser transferida para a historiografia, constituindo-se a sua base metodológica⁶¹⁴.

Gadamer vê na base do pensamento de Dilthey uma encruzilhada, reconhecendo, por um lado, o “problema epistemológico que implica a concepção histórica do mundo face ao idealismo”⁶¹⁵ e, por outro, ciente da debilidade da escola histórica que “residia na inconseqüência de suas reflexões”⁶¹⁶.

Dilthey se movimenta no horizonte de problemas do idealismo alemão, mas como aluno de Ranke e da nova filosofia experimental de seu século, encontra-se ao mesmo tempo num solo tão diferente que já não pode aceitar a validade da filosofia da identidade estético-panteísta de Schleiermacher, nem da metafísica hegeliana integrada a uma filosofia da história. (...) nele já não se trata de uma mera continuação do espírito clássico-romântico dentro de uma reflexão de investigação empírica, mas essa tradição continuada é superada por uma retomada consciente dos pensamentos primeiro de Schleiermacher e depois de Hegel.⁶¹⁷

Segundo Gadamer, a raiz da discrepância que se apresenta em Dilthey situa-se na posição da escola histórica, “a meio caminho entre filosofia e experiência”⁶¹⁸. O idealismo especulativo de Hegel, que havia incorporado o mundo da história à autoexplicação da razão, seria uma alternativa, mas, aos olhos de Dilthey e da escola histórica, ela “representava um dogmatismo tão crasso como havia sido a metafísica racional”⁶¹⁹. Por outro lado, não era possível estabelecer um mero retorno a Kant, na medida em que este seria um caminho viável para as ciências naturais. Seria necessário, portanto, reinventar Kant e construir para a experiência uma crítica que estabelecesse as condições de possibilidade desse conhecimento⁶²⁰. A hermenêutica de Schleiermacher seria um ponto de partida, mas Dilthey teria de ultrapassar o obstáculo que essa matriz impunha à sua concepção epistemológica. Em torno desse obstáculo, Gadamer desenvolve o principal questionamento ao intento de Dilthey, o de como elevar a experiência do indivíduo e seu conhecimento à experiência histórica⁶²¹.

O passo decisivo que Dilthey terá de dar com sua fundamentação epistemológica das ciências do espírito consiste em encontrar uma passagem que leve da construção do nexa na experiência vital do indivíduo para o *nexo histórico que já não é vivido nem experimentado por indivíduo algum*. Apesar de toda a crítica à

⁶¹³ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método I, 2003, p. 271.

⁶¹⁴ Idem. Ibidem, p. 272.

⁶¹⁵ Idem. Ibidem, p. 296.

⁶¹⁶ Idem. Ibidem, p. 297.

⁶¹⁷ Idem. Ibidem, p. 296.

⁶¹⁸ Idem. Ibidem, p. 296-297.

⁶¹⁹ Idem. Ibidem, p. 297-298.

⁶²⁰ Idem. Ibidem, p. 299.

⁶²¹ Idem. Ibidem, p. 301.

especulação, aqui é preciso colocar “sujeitos lógicos” em lugar de sujeitos reais. Dilthey vê claramente a essa aporia. Mas responde a si mesmo que isso não pode ser inadmissível em si, uma vez que a pertença mútua dos indivíduos – por exemplo, na unidade de uma geração ou de uma nação – representa uma realidade espiritual que deveria ser reconhecida como tal precisamente porque não se pode transcendê-la em suas explicações.⁶²²

Aqui, o ponto decisivo é “o problema da transição de uma fundamentação psicológica para uma fundamentação hermenêutica das ciências do espírito”, uma questão que permanecerá em aberto, pois Dilthey não teria ultrapassado o estágio de “simples esboços”⁶²³. De todo modo, esses esboços giravam em torno da compreensão e do significado, na medida em que estes não são conceitos lógicos, mas expressões da vida⁶²⁴. A questão, portanto, continuava sendo a de “saber se a partir dessa base Dilthey consegue realmente fazer a passagem do ponto de vista psicológico para o hermenêutico ou se permanece enredado no conjunto de problemas que o levam sem querer e sem saber a uma proximidade com respeito ao idealismo”⁶²⁵.

Gadamer identifica a questão epistemológica a ser resolvida por Dilthey inserida na problemática da finitude, ou seja, de como seria possível tal “compreensão infinita para a natureza humana limitada”⁶²⁶ ou de como seria possível ao sujeito histórico finito – limitado à sua própria experiência histórica – alçar ao conhecimento da história universal. Se para o modelo hermenêutico heideggeriano – que radicaliza a finitude – isso é um problema insolúvel, para Dilthey, a consciência da finitude não significava uma finalização da consciência nem uma limitação, mas, ao contrário, testemunhava “a capacidade da vida de elevar-se com sua energia e atividade para além de toda barreira”⁶²⁷. As limitações cognitivas eram, portanto, de natureza subjetiva e poderiam ser ultrapassadas por aquilo que ele considerava a condição para o conhecimento: a “simpatia”, que se refere ao “ideal da consciência histórica consumada que supera fundamentalmente os limites impostos à compreensão pela causalidade subjetiva das preferências e das afinidades com respeito a algum objeto”⁶²⁸.

A tentativa de superação dos limites subjetivos e a busca pelo conhecimento objetivo representam, para Gadamer, uma questão sem resposta⁶²⁹ e a falta de

⁶²² Idem. Ibidem, p. 302.

⁶²³ Idem. Ibidem, p. 303.

⁶²⁴ Idem. Ibidem, p. 305.

⁶²⁵ Idem. Ibidem, p. 307.

⁶²⁶ Idem. Ibidem, p. 312.

⁶²⁷ Idem. Ibidem, p. 313.

⁶²⁸ Idem. Ibidem, p. 314-315.

⁶²⁹ Idem. Ibidem, p. 316.

unidade interna de seu pensamento⁶³⁰, ambiguidade resultante do resíduo cartesiano de suas pretensões⁶³¹. Dilthey não teria diferenciado a dúvida metódica artificial da dúvida espontânea que aparece “por si mesma”, conseqüentemente, a certeza das ciências significava a consumação da certeza da vida⁶³². Para Gadamer, Dilthey “esperava alcançar a vitória sobre a incerteza e insegurança da vida muito mais através da ciência do que através da estabilização proporcionada pela inserção na sociedade e a experiência de vida”⁶³³, já que a forma cartesiana de se alcançar a certeza através da dúvida possui evidência imediata. Isso faz de Dilthey um “filho do *Aufklärung*”⁶³⁴.

Embora Dilthey acredite ter realizado a tarefa de justificar epistemologicamente as ciências do espírito “pensando o mundo histórico com um texto que se deve decifrar”, Gadamer considera suas construções insuficientes, já que “a experiência histórica, tal como ele fundamentalmente entende, não é um procedimento e não possui a anonimidade de um método”⁶³⁵.

Frente a essa situação é preciso admitir que o conhecimento das ciências do espírito não possui objetividade e deve ser adquirido de uma maneira totalmente diversa. A fundamentação diltheyana das ciências do espírito na filosofia da vida e sua crítica a todo dogmatismo, inclusive ao dogmatismo dos empiristas, procuram tornar válido exatamente isso. Mas o cartesianismo epistemológico que o fascina acabou sendo mais forte, de modo que, para Dilthey, a historicidade da experiência histórica não chegou a se tornar verdadeiramente determinante. (...)

A discrepância que domina seus esforços deixa claro o grau de coação que precede do pensamento metodológico da ciência moderna, e que o que importa é descrever mais adequadamente a experiência operada nas ciências do espírito e a objetividade que se pode alcançar nelas.⁶³⁶

É diante do fracasso de Dilthey que Gadamer se abre à tradição fenomenológica. Nessa trilha, retoma o conceito de *mundo da vida* elaborado pelo Husserl tardio e as contribuições do Conde de York que, segundo ele, “*estende a ponte que sempre fez falta entre a ‘Fenomenologia do espírito’ de Hegel e a Fenomenologia da subjetividade transcendental de Husserl*”⁶³⁷. Mas, segundo o autor de *Verdade e método*, somente Heidegger “tornou consciente a radical exigência que se coloca ao pensamento em virtude da inadequação do conceito de substância para o ser e para o conhecimento histórico”⁶³⁸. Com

⁶³⁰ Idem. Ibidem, p. 319.

⁶³¹ Idem. Ibidem, p. 319.

⁶³² Idem. Ibidem, p. 321-322.

⁶³³ Idem. Ibidem, p. 322.

⁶³⁴ Idem. Ibidem, p. 322.

⁶³⁵ Idem. Ibidem, p. 325.

⁶³⁶ Idem. Ibidem, p. 325.

⁶³⁷ Idem. Ibidem, p. 341.

⁶³⁸ Idem. Ibidem, p. 326. “Heidegger deixou, simultaneamente, de lado o problema do historicismo e, com ele, o da metodologia das ciências do espírito. Porém, quando Gadamer retoma o diálogo com as ciências humanas, não o faz para desenvolver uma metodologia, como o título ‘hermenêutica’, no seguimento de Dilthey, poderia sugerir, mas para realçar, a exemplo dessas ciências da compreensão, a insustentabilidade da ideia de um

Heidegger, constata-se o primado do *Dasein* e no seu horizonte se encontra, ao mesmo tempo, os limites e as possibilidades de seu projetar. Essa estrutura existencial, dirá Gadamer, precisa encontrar sua formulação também na tradição histórica, sendo este o principal motivo que o fará seguir a Heidegger em primeiro lugar⁶³⁹.

3.2.3 Modelos estruturais da experiência hermenêutica

Valendo-nos da expressão de Luiz Rohden, podemos constatar que Gadamer, embora ancore sua obra na relação entre verdade e método, concebe modelos estruturais que não apenas descreve o movimento da experiência hermenêutica, como também estabelece exigências cognitivas ao intérprete.

Consideramos o jogo e o círculo como modelos estruturais da hermenêutica filosófica porque neles encontramos uma lógica em aberto, mas próxima do entítema que do silogismo apodíctico. Porque são modelos, [são] indicadores e não padrões rígidos e absolutos a serem aplicados ao conhecimento. Nesse sentido são princípios metodológicos abertos, que não conduzem a uma síntese única e absoluta, mas possibilitam diferentes conclusões. Alongamos, desse modo – por meio do jogo e do círculo – a noção de método, identificado muitas vezes com o científico.⁶⁴⁰

Quando se diz, portanto, que *Verdade e método* pode ser lido como Verdade *sem* método, a noção de método aqui empregada é aquela construída em torno da ciência moderna e dos desígnios da dúvida cartesiana. A compreensão em Gadamer não é sinônimo de ausência de preocupações cognitivas nem, muito menos, de arbitrariedade hermenêutica⁶⁴¹. Não é outra a opinião de Jean Grondin, ao afirmar que:

(...) *sería un malentendido el ver en la hermenéutica de Gadamer un alegato “contra el método” (como sucede, por ejemplo, con Paul Feyerabend, en su obra Against Method). Hay que seguir métodos, si se quiere construir una puente, resolver un problema matemático, hallar un remedio contra el Sida o publicar una edición crítica. Esto es obvio para Gadamer, ya a él no se le ocurrió nunca discutirlo. Gadamer mismo aprendió mucho de las metodologías – muy apreciadas por él – de las ciencias. Para él se trata de evidencias. Por consiguiente, lo que censura no es la ciencia metódica como tal (lo cual sería necio), sino la fascinación que dimana de ella y que nos seduce a entender de manera puramente instrumental el entender, y a errar así en cuanto a entenderlo.*⁶⁴²

A refutação metodológica de Gadamer deve ser compreendida, portanto, em um contexto onde a domesticação da ciência moderna pela técnica – e a contaminação das ciências do espírito por esse fenômeno – se faz tão marcante e com

conhecimento universalmente válido e, dessa forma, também o questionamento do historicismo.” GRONDIN, Jean. Introdução à hermenêutica filosófica, 1999, p. 180-181.

⁶³⁹ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método I, 2003, p. 353.

⁶⁴⁰ ROHDEN, Luiz. Hermenêutica filosófica, 2003, p. 112.

⁶⁴¹ Destaque-se, neste particular, o insistente alerta de Lenio Streck para o caráter não relativista da hermenêutica filosófica gadameriana. Cf. STRECK, Hermenêutica e(m) crise, 2009.

⁶⁴² GRONDIN, Jean. Introducción a Gadamer, 2003, p. 41.

consequências tão nefastas que é muito mais importante denunciar os problemas decorrentes dessa alienação, do que elaborar novos esquemas. O que se refuta é a pretensão constitutiva (construtiva) de um modelo que parte da dúvida e, conseqüentemente, do caráter pejorativo da pré-compreensão. No modelo cartesiano de ciência moderna, a dúvida não implica a necessária reflexão acerca da autenticidade dos pré-juízos, mas, ao contrário, na necessidade de eliminação desse ver-prévio, postura cognitiva incompatível com aquele que assume a posição prévia do *Dasein* heideggeriano. Dirá Gadamer que “a tarefa primordial da interpretação continua sendo não permitir que a posição prévia, a visão prévia e a concepção prévia lhe sejam impostas por intuições ou noções populares”⁶⁴³, mas, ao contrário da tradição cartesiana, o enfrentamento desse problema não se dá mediante a anulação dos pré-conceitos para a livre construção metodológica da verdade científica, mas a partir do enfrentamento da autenticidade de tais pré-conceitos.

3.2.3.1 O círculo hermenêutico

Gadamer assume o teorema heideggeriano da circularidade, embora a sua utilização seja concebida em um contexto diferenciado. Heidegger só se preocupa com a problemática da hermenêutica histórica com fins ontológicos, enquanto que Gadamer, segundo ele próprio afirma, “tendo liberado a ciência das inibições ontológicas do conceito de objetividade, busca compreender como a hermenêutica pode fazer jus à historicidade da compreensão”⁶⁴⁴. Traz, desse modo, a problemática da finitude para a mesa de debates em torno da questão metodológica das ciências do espírito.

Assim, estará atento ao fato de que não é possível contornar os nossos pré-juízos e buscar mecanismos que nos lance em projetos transcendentais, isto é, que ultrapasse as nossas experiências. Mas, assumirá a lição de Heidegger quanto às possibilidades positivas desse círculo, na medida em que “toda interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar para ‘as coisas mesmas’”. Chama a atenção de que, para os filólogos, as “coisas mesmas” são textos com “sentido” que tratam, por sua vez, de coisas, o que nos remete a Lenio Streck quando este afirma que, para Gadamer, textos são eventos⁶⁴⁵.

Se não é possível, como disse Heidegger, sair do círculo, será necessário entrar corretamente nele. Esse caráter virtuoso ou positivo da circularidade

⁶⁴³ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método I, 2003, p. 355.

⁶⁴⁴ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método I, 2003, p. 354.

⁶⁴⁵ STRECK, Lenio. Verdade e consenso, 2009.

assumirá em Gadamer uma importância vital, pois aqui estamos tratando da cientificidade da compreensão e não, apenas, do problema ontológico. A entrada correta no círculo não decorre da disponibilidade dos nossos pré-juízos, mas da necessidade de revisar o projeto prévio compreensivo. “A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração de sentido”⁶⁴⁶. A revisão do projeto não exclui o erro, mas indica que nos aproximamos cada vez mais da correta compreensão (ou entrada no círculo), na medida em que intensificamos o movimento de revisão do projeto compreensivo. Trata-se, portanto, de uma “consciência metodológica” que, nas palavras do próprio Gadamer, “procurará não simplesmente realizar suas antecipações, mas, antes, torná-las conscientes para poder controlá-las e ganhar assim uma compreensão correta a partir das próprias coisas”⁶⁴⁷. Isso é condição necessária para que, segundo Heidegger, se “‘assegure’ o tema científico na elaboração da posição prévia, visão prévia e concepção prévia, a partir das coisas, elas mesmas”⁶⁴⁸.

Se a compreensão de um texto é sempre antecipação de sentido do todo de um texto que se refere a fatos (eventos), a revisão do projeto, por sua vez, se realiza com novas antecipações de sentido desse mesmo texto que continua fazendo referência a fatos. Tudo isso fez Gadamer afirmar que a *subtilitas intelligendi* (compreensão), a *subtilitas explicandi* (interpretação) e a *subtilitas applicandi* (aplicação) “perfazem o modo de realização da compreensão”⁶⁴⁹. Logo, interpretamos porque compreendemos e não o contrário⁶⁵⁰. Não construímos o sentido passo a passo, explicitando esse caminho (fundamentando) para, ao final, chegarmos à decisão. Decidimos, depois buscamos explicitar o que ocorreu. Mas essa explicação não pode ser feita nos moldes cartesianos, sob pena de não explicarmos o que aconteceu e, na verdade, estarmos arrumando uma desculpa para as nossas compreensões.

Mas, se a nossa compreensão estará sempre condicionada às nossas pré-compreensões, mesmo quando nos colocamos vigilantes na constante revisão do projeto antecipado, como seria possível falar em “cientificidade”? Não seria mais coerente falarmos em subjetividade e arbítrio? Não. Aqui encontramos um dos grandes “nós” do correto entendimento da matriz hermenêutica e que, muitas vezes, leva críticos apressados a condená-

⁶⁴⁶ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método I, 2003, p. 356.

⁶⁴⁷ Idem. Ibidem, p. 359.

⁶⁴⁸ Idem. Ibidem, p. 359.

⁶⁴⁹ Idem. Ibidem, p. 406.

⁶⁵⁰ Cf. STRECK, Lenio. Compreendemos por que interpretamos ou interpretamos por que compreendemos? 2003.

la ao rol das visões subjetivistas. Não podemos esquecer que Heidegger, embora tenha o sujeito como imprescindível, este não é mais o sujeito solipsista da modernidade. E Gadamer estará atento a esse fato quando afirma que “não é a história que nos pertence mas como nós que pertencemos a ela”. Desse modo, a “auto-reflexão do indivíduo não passa de uma luz tênue na corrente cerrada da vida histórica. *Por isso, os preconceitos de um indivíduo, muito mais do que seus juízos, constituem a realidade histórica do seu ser*”⁶⁵¹.

Desse modo, para o autor de *Verdade e método*, o problema que gira em torno de uma razão crítica não está na necessária ruptura com a tradição, mas na legitimidade dos pré-conceitos condicionantes da compreensão. Se não é possível superar os pré-conceitos, sob pena de anularmos a nossa condição humana, faz-se necessário distinguir pré-conceitos autênticos daqueles que devem ser refutados, os inautênticos, tornando-se esta a questão epistemológica fundamental de uma hermenêutica verdadeiramente histórica⁶⁵². A necessidade de distinção entre os prejuízos autênticos e inautênticos e o fato de Gadamer não ter situado esta resposta no âmbito metodológico fez com que diversos questionamentos fossem levantados, ora sobre as limitações críticas da hermenêutica⁶⁵³, ora sobre uma recaída epistemológica do pensamento hermenêutico⁶⁵⁴.

A resposta de Gadamer perpassa, inicialmente, a constatação de que nem a razão nem a autoridade são capazes de suprimir o problema hermenêutico. Se a pretensão da *Aufklärung* em apostar no “uso metodológico e disciplinado da razão” e, com isso, tornar a autoridade culpada por não fazermos uso da própria razão, coloca-nos em uma “posição excludente entre autoridade e razão”⁶⁵⁵, a posição de uma hermenêutica construída sobre as bases da historicidade deverá buscar na tradição o elemento mediador para o enfrentamento da distinção⁶⁵⁶. Para Gadamer, “entre a razão e a tradição não existe nenhuma oposição que seja assim tão incondicional”, na medida em que ela “sempre é um momento da liberdade e da própria história”⁶⁵⁷. Na radicalização da finitude inaugurada por Heidegger e seguida por Gadamer, não há crítica para além da nossa historicidade; logo, toda crítica já pertencerá a uma tradição, tendo sido este o motivo que leva Lenio Streck a afirmar que o

⁶⁵¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2003, p. 368.

⁶⁵² Idem. *Ibidem*, p. 368.

⁶⁵³ Cf. HABERMAS, Jürgen. *La pretension de universalidad de la hermenéutica*, 2007.

⁶⁵⁴ “¿como es posible diferenciar entre prejuicios legítimos e ilegítimos? Diferenciarlos, naturalmente, tiene sentido, más aún, es preceptivo. Pero surge la cuestión de si la búsqueda de una nota diferenciadora que exista, por lo menos, en perspectiva, no perpetuará el epistemologismo, en el cual Gadamer reconoce, por lo demás, un malentendido instrumental del entender.” GRONDIN, Jean. *Introducción a Gadamer*, 2003, p. 143.

⁶⁵⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2003, p. 368.

⁶⁵⁶ Idem. *Ibidem*, p. 372-373.

⁶⁵⁷ Idem. *Ibidem*, p. 373.

debate entre crítica e hermenêutica se torna uma “questão secundária” quando se leva em conta a posição de Gadamer quanto à impossibilidade de transcender ao diálogo que somos⁶⁵⁸.

A distinção entre os preconceitos autênticos e inautênticos deve ser buscada a partir da própria historicidade, tomando-a como incontornável. Considerando que tais preconceitos não estão à disposição do intérprete – sendo, neste sentido, inacessíveis como um objeto dado – a distinção deve ocorrer no próprio movimento compreensivo, o que exigiria “elevar a primeiro plano aquilo que na hermenêutica tradicional ficava à margem: a distância temporal e o seu significado para a compreensão”⁶⁵⁹. Aqui o nosso autor se vale novamente de Heidegger, especificamente do novo sentido conferido ao tempo. O tempo não será, dirá Gadamer, “um abismo a ser transposto porque separa a distância”, sendo, na verdade, “o fundamento que sustenta o acontecer, onde a atualidade finca suas raízes”. A historicidade não é algo a ser superado, ao contrário, é condição de possibilidade para a compreensão, o que faz da distância temporal “uma possibilidade positiva e produtiva do compreender”⁶⁶⁰, permitindo a distinção dos verdadeiros preconceitos, sob os quais compreendemos corretamente, dos falsos, que produzem mal-entendidos.

Contudo, a distância do tempo ainda não responderia, segundo Grondin, dois outros problemas: a necessidade de distinção entre os preconceitos autênticos e inautênticos em face de questões contemporâneas e o encobrimento que o tempo pode proporcionar diante de interpretações inautênticas consolidadas⁶⁶¹. Em verdade, trata-se de um problema único: o de como lidar com o “novo”. Gadamer não ignora a questão do “novo” e nos traz o exemplo da arte contemporânea para afirmar a incontornabilidade dos preconceitos que condicionam o nosso julgamento da estética inovadora. Antes de nos perguntarmos sobre o modo de lidar com o “novo”, devemos nos perguntar sobre as possibilidades de lidar com esse problema. Desse modo, devemos desde já considerar que não será possível sair da tradição para olhar o “novo”, na medida em que sempre estaremos de algum lugar falando do “novo” – isto é, se o “novo” ainda for, de fato, “novo”. Assumir o paradigma hermenêutico implica conceber que o “novo” estará sempre em movimento e, tal qual o movimento de um avião, o que está acelerado somente será bem percebido quando nos distanciarmos. Isso não significa um apego à tradição, mas apenas a assunção de sua incontornabilidade. Gadamer não é um “tradicional” no sentido romântico do termo, apenas alguém que tem consciência dos limites do humano. O crítico mais atual, se de fato tem a

⁶⁵⁸ STRECK, Lenio. *Hermenêutica e(m) crise*, 2009, p. 226-227.

⁶⁵⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2003, p. 391.

⁶⁶⁰ Idem. *Ibidem*, p. 393.

⁶⁶¹ GRONDIN, Jean. *Introducción a Gadamer*, 2003, p. 144.

pretensão de criticar, estará, necessariamente, falando de algum lugar e sob os efeitos da história.

Em face de tais questões, as imposições da circularidade e da antecipação de sentido que a gera devem estar acompanhados de modelos estruturais que acelerem o distanciamento temporal, intensificando o processo de consolidação de sentido e, conseqüentemente, de entendimento. O primeiro passo para que a compreensão se dê diante da “coisa mesma” – o que implica não ignorar nem o “novo”, nem o “velho”, mas se manter constantemente nessa tensão – é a vigilância do intérprete.

O projeto de um horizonte histórico é, portanto, só uma fase ou um momento na realização da compreensão, e não se prende na auto-alienação de uma consciência passada, mas se recupera no próprio horizonte compreensivo do presente. Na realização da compreensão dá-se uma verdadeira fusão de horizontes que, com o projeto do horizonte histórico, leva a cabo simultaneamente sua suspensão. Nós caracterizamos a realização controlada dessa fusão como a vigília da consciência histórico-efeitual.⁶⁶²

A fusão de horizontes é, justamente, essa unidade entre presente e passado. O horizonte do presente está em constante movimento na medida em que estamos constantemente pondo-o à prova. “Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nós mesmo procedemos. O horizonte do presente não se forma à margem do passado. Não existe um horizonte presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem conquistados”⁶⁶³. Essa unidade leva Gadamer a questionar a razão pela qual ele próprio fala em “fusão”, quando há, na verdade, um horizonte único⁶⁶⁴. Conceber essa unidade como uma “fusão”, de fato, leva em conta um movimento cujo devir pressupõe a cisão desses horizontes, ou seja, a distinção entre presente e passado, entre o “novo” e o “velho”. Segundo ele, “colocar essa questão implica admitir a peculiaridade da situação na qual a compreensão se converte em tarefa científica e admitir que é necessário uma vez elaborar esta situação como situação hermenêutica”⁶⁶⁵. Em outras palavras, a construção dessa “situação hermenêutica”, onde se leva em conta a tensão entre presente e passado, não tem o objetivo de distinguir ambos fora do movimento compreensivo, mas apenas tornar o intérprete consciente dessa tensão. Diferenciar o passado e o presente exigiria, a rigor, sair do movimento compreensivo e contemplar os horizontes distintos da “situação hermenêutica fundamental”, pretensão inviável para o paradigma hermenêutico. Exigiria, também, a suspensão dos preconceitos, o que também seria inviável. Mas, a figura da “fusão”, ao nos alertar da tensão existente na unidade compreensiva, coloca o intérprete em

⁶⁶² GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método I, 2003, p. 405.

⁶⁶³ Idem. Ibidem, p. 404.

⁶⁶⁴ Idem. Ibidem, p. 405.

⁶⁶⁵ Idem. Ibidem, p. 405.

uma situação hermenêutica de abertura, tanto para o que se diz “novo”, quanto para o que se diz “velho”. Essa abertura permite a realização “controlada” dessa “unidade”, tarefa denominada por Gadamer como “vigília da consciência histórico-efeitual”⁶⁶⁶. É necessário que o intérprete esteja consciente e atento ao fato de estar submetido, inexoravelmente, aos efeitos da história.

A consciência histórica é, portanto, autorreflexiva, pondo o intérprete vigilante e aberto para o diferente⁶⁶⁷. Mais uma vez, a radicalização da finitude imposta pelo paradigma heideggeriano nos impõe a humilde tarefa da vigilância e exige o esforço hercúleo de buscar sempre a entrada correta na circularidade. Essa abertura e a busca por novas entradas no círculo se processam mediante os outros modelos estruturais que passaremos a analisar: o jogo e o diálogo.

3.2.3.2 O jogo

O acontecer da verdade fora dos moldes metodológicos de matrizes cartesianas é demonstrado por Gadamer a partir da experiência da arte. Como vimos, a superação de uma noção kantiana de estética nos leva à possibilidade de falar em uma visão compartilhada sobre a obra de arte. O modelo estrutural em torno do qual Gadamer descreve essa experiência é a metáfora do *jogo*. O emprego metafórico do jogo em Gadamer difere daquele empregado por Wittgenstein ao tratar dos “jogos de linguagem”, na medida em que para Gadamer o *jogo* não constitui um objeto passível de identificação, mas apenas algo a ser “jogado”⁶⁶⁸.

Gadamer inicia sua abordagem sobre o *jogo* esclarecendo que ele não se refere “ao comportamento, nem ao estado de ânimo daquele que cria ou daquele que desfruta do jogo e muito menos à liberdade de uma subjetividade que atua no jogo, mas ao modo de ser da própria obra de arte”⁶⁶⁹. O *jogo* não é visto por Gadamer a partir da perspectiva do jogador, mas de dentro do próprio *jogo*, onde o jogador é uma de suas peças. O *jogo* em Gadamer corresponde a um comportamento lúdico, embora isso não implique na falta de seriedade do *jogo*, sendo necessário “entrar no jogo” para estar, de fato, jogando.

⁶⁶⁶ Idem. Ibidem, p. 405.

⁶⁶⁷ GRONDIN, Jean. Introducción a Gadamer, 2003, p. 150.

⁶⁶⁸ “Gadamer e Wittgenstein, que se propuseram a repensar os caminhos da filosofia contemporânea, usaram a noção de jogo, embora concebam-no diferentemente e com propósitos próprios. (...) A mudança do 1º Wittgenstein ao 2º é motivada pela experiência de não se dever nem se poder delimitar o sentido da linguagem. Em Gadamer, o jogo assinala uma experiência que mostra a impossibilidade de fazer da linguagem um mero objeto de análise delimitável num conceito.” ROHDEN, Luiz. Hermenêutica filosófica, 2003, p. 113.

⁶⁶⁹ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método I, 2003, p. 154.

Como dirá Gadamer, aquele que não leva o *jogo* a sério é um “desmancha-prazeres”⁶⁷⁰ e, mesmo que o *jogo* envolva uma competição, o caráter lúdico faz com que os jogadores exijam dos outros que levem o *jogo* a sério. Isto porque o sujeito do *jogo* não são os jogadores; não há sujeitos no *jogo*, mas apenas um *jogo* a ser jogado.

A metáfora do *jogo* acentua a imersão no processo compreensivo e, com isso, a quebra de uma relação sujeito-objeto que pressupõe o distanciamento do sujeito frente ao seu objeto. No *jogo*, tudo se mistura, e o que nele acontece é o resultado inesperado e decorrente do simples fato de estar jogando. O *jogo* não é um lugar para o qual se olha, mas o próprio movimento do “olhar”.

O movimento que é o jogo não possui nenhum alvo em que termine, mas renova-se em constante repetição. O movimento de vaivém é obviamente tão central para a determinação da essência do jogo que chega a ser indiferente quem ou o que executa esse movimento. O movimento do jogo como tal também é desprovido de substrato. É o jogo que é jogado ou que se desenrola como jogo; não há um sujeito fixo que esteja jogando ali. O jogo é a realização do movimento como tal.⁶⁷¹

A dinâmica é, portanto, inerente à forma de ser do *jogo* e, nesse dinamismo, aquilo que está em jogo está sempre em aberto. A historicidade à qual pertencemos está em *jogo* e a autenticidade da tradição pressupõe a condição de jogador do intérprete. O acontecer da tradição, portanto, sempre estará em *jogo* e a consciência da finitude põe o intérprete vigilante, isto é, permanecendo no *jogo*. Nele, temos acesso ao que transcendeu porque estamos abertos à transcendência, sendo uma ilusão pensar que a perspectiva racionalista do sujeito o leve da dúvida às respostas que ultrapassam sua própria historicidade. “Quando jogamos, abandonamo-nos a um universo de sentido que nos revela um novo mundo, ampliando e/ou retificando o nosso.”⁶⁷²

O *jogo* é, portanto, o movimento que o nosso ver-prévio assume e, ao mesmo tempo, a possibilidade de nos defrontarmos com o “novo”. Por isso, no *jogo* não há finalidades previamente contornadas. “Faz parte do jogo o fato de que o movimento não somente não tem finalidade nem intenção, mas também que não exige esforço. Ele vai como que por si mesmo.”⁶⁷³ A ausência de esforço é do *jogo* e não do jogador que terá que se esforçar, isto é, mostrar-se vigilante para permanecer no *jogo* e, com isso, defrontar-se com o inesperado. A metáfora gadameriana do *jogo* confronta-se com a “institucionalização prévia do espaço de jogo”, característica da época da técnica moderna onde a racionalidade de meios antecipadamente determinados é analisada com vista a fins também já definidos. Essa

⁶⁷⁰ Idem. Ibidem, p. 155.

⁶⁷¹ Idem. Ibidem, p. 156.

⁶⁷² ROHDEN, Luiz. Hermenêutica filosófica, 2003, p. 147.

⁶⁷³ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método I, 2003, p. 158.

racionalidade com respeito a fins, traduzida por Weber como a racionalidade moderna, pressupõe um olhar isento, de lugar algum, que previamente determina o espaço de jogo e as possibilidades de resposta. Aqui encontraremos, como já foi visto, a alienação da técnica moderna e a “disposição” do sujeito. No jogo gadameriano, encontramos a abertura e o inesperado que a vigília do jogador proporciona.

O espaço lúdico em que se desenrola o jogo é mensurado a partir de dentro do próprio jogo e limita-se muito mais pela disposição que determina o movimento do jogo do que por aquilo contra o que se choca, isto é, os limites do espaço livre que restringem o movimento a partir de fora.⁶⁷⁴

Segundo Gadamer, “para que haja jogo não é absolutamente indispensável que outro participe efetivamente do jogo, mas é preciso que ali sempre haja um outro elemento com o qual o jogador jogue e que, de si mesmo, responda com um contralance ao lance do jogador.”⁶⁷⁵ Quando Gadamer afirma em outras passagens sobre a necessidade de “deixar o texto vir a fala”, isto é, “deixar que o texto lhe diga algo”, está querendo dizer que é necessário jogar com o texto, ainda que o seu autor não esteja presente. Trata-se de um movimento semelhante ao paredão onde um tenista “joga” com uma parede. Ali há *jogo*, pois há um retorno inesperado da bola, isto é, há um elemento para se jogar, tal qual um texto que traz consigo o inesperado. O caráter lúdico do *jogo* desperta, portanto, nossas possibilidades reflexivas na medida em que, mesmo sós, nos colocamos em movimento. Se não é possível entrar no *jogo* – pois isso pressuporia estar fora, mirando-o – é possível pô-lo em movimento, ainda que seja mediante um esforço autorreflexivo, deixando, por exemplo, que o texto lhe diga algo.

Embora Gadamer tenha relacionado a metáfora do *jogo* à experiência da arte, com Luiz Rohden⁶⁷⁶, sustentamos que “o jogo é modelo estrutural que explicita e possibilita, apropriadamente, a efetuação do princípio da experiência – não se restringindo ao campo da estética.” Assim, do mesmo modo que Heidegger afirmou não ser possível introduzir alguém na filosofia, pois já estamos sempre e necessariamente nela, é possível dizer que sempre estamos no *jogo*. Mas, do mesmo modo que Heidegger “salva” a introdução à filosofia como aquela que põe o filosofar em curso⁶⁷⁷, uma teoria hermenêutica preocupada

⁶⁷⁴ Idem. Ibidem, p. 161.

⁶⁷⁵ Idem. Ibidem, p. 159.

⁶⁷⁶ ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica*, 2003, p. 137. Rohden sustenta ainda que “em VMI Gadamer restringe-se a estabelecer, fundamentalmente, um paralelismo entre diálogo e tradução, sem pretender descrever mais extensamente o primeiro como espaço privilegiado de a hermenêutica filosófica ocorrer. Apresentou-o em função da compreensão dos textos – tradução –, o que atesta ainda sua dependência ao *Sein zum Text*.” ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica*, 2003, p. 191.

⁶⁷⁷ “(...) introduzir significa muito mais: pôr o filosofar em curso, deixar a filosofia acontecer em nós. Introdução à filosofia significa: introduzir (pôr em curso) o filosofar.” HEIDEGGER, Martin. *Introdução à*

com a historicidade também assume a função de pôr o intérprete *em jogo*. Se o estar *em jogo* já seria viável mediante um esforço autorreflexivo, o estar *em jogo* com o outro seria ainda mais produtivo e surpreendente. Visando tornar o *jogo* ainda mais interessante, Gadamer nos traz a importância do diálogo.

3.2.3.3 O diálogo

O diálogo como um modo de ser da hermenêutica filosófica não é colocado de forma explícita em *Verdade e método* I. “Gadamer apenas indicou isso ao final de *VMI*, sem aprofundar, tanto que, nas últimas páginas dessa obra, volta a falar do jogo e não do diálogo”⁶⁷⁸. Mas isso não significa que ele tenha ignorado o problema, nem muito menos que suas reflexões sobre o diálogo já não estivessem contidas em sua obra originária. Essa conclusão é reforçada, principalmente, quando considerarmos a relação direta existente entre este tema e os problemas da alteridade, da reflexividade hermenêutica e da dialética. Sendo assim, cremos que a compreensão do modelo dialógico gadameriano pode ser buscada, ainda no *Verdade e método I*, a partir do que ele chamou de “primazia hermenêutica da pergunta”⁶⁷⁹.

Partindo do modelo dialético platônico, Gadamer se vale do personagem criado em torno de Sócrates para demonstrar a estrutura lógica do movimento dialético, representado pelo jogo entre pergunta e resposta. Nesse jogo, identificará a primazia da pergunta em face da resposta e concluirá relação imediata entre o “perguntar” e o “saber”.

Uma conversa que queria chegar a explicar alguma coisa precisa romper essa coisa através da pergunta.

Essa é a razão por que a dialética se concretiza na forma de perguntas e respostas, ou seja, todo saber acaba passando pela pergunta. Perguntar quer dizer colocar no aberto. A abertura daquilo sobre o que se pergunta consiste no fato de não possuir uma resposta fixa. Aquilo que se interroga deve permanecer em suspenso na espera da sentença que fixa e decide. O sentido do perguntar consiste em colocar em aberto aquilo sobre o que se pergunta, em sua questionabilidade. Ele tem de ser colocado em suspenso de maneira que se equilibrem o pró e o contra. Toda verdadeira pergunta requer essa abertura, e quando essa falta, ela é, no fundo, uma pergunta aparente que não tem o sentido autêntico da pergunta.⁶⁸⁰

A primazia da pergunta e a necessária abertura para que ela ocorra serão, portanto, os elementos em torno dos quais Gadamer construirá a sua “lógica” da pergunta e da resposta. O primeiro grande desafio é explicar como é possível a “primazia da pergunta”, quando, na verdade, a antecipação de sentido já traria consigo a resposta a essa

filosofia, 2008, p. 5. Sobre a “dignidade filosófica do jogo”, Cf. ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica*, 2003, p. 126-131.

⁶⁷⁸ Idem. *Ibidem*, p. 181.

⁶⁷⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*, 2003, p. 473.

⁶⁸⁰ Idem. *Ibidem*, p. 474.

pergunta. Em outras palavras, explicar como é possível perguntar sem que já se tenha uma resposta. A pergunta para Gadamer estará, necessariamente, dentro dos limites da finitude, não sendo possível a partir dela “transcender”. A pergunta estará se movimentando sempre e, necessariamente, dentro de respostas possíveis, o que permite concluir que, de fato, ela já trará sempre uma resposta ou, melhor dizendo, repostas opostas: a do sim e a do não ou a do assim ou do assim e do diverso⁶⁸¹. Se não há métodos que determinem a pergunta correta, a primazia da pergunta impõe, portanto, apenas o saber primeiro: o saber de que nada sabe. Conceber uma relação direta entre saber e perguntar permite concluir que o princípio da primazia da pergunta está diretamente associado à abertura, isto é, saber algo significa “sempre e concomitantemente ir ao encontro dos opostos”⁶⁸²; questionar e “pôr em aberto” as respostas para essa pergunta⁶⁸³.

A essência real desse tipo de ideia talvez não consista tanto em algo como solução de um enigma mas mais como uma pergunta que nos empurra para o aberto e com isso torna possível a resposta. Toda ideia que nos vem à mente tem a estrutura de pergunta. No entanto, essa ideia que nos ocorre como pergunta já é a irrupção na extensão niveladora da opinião corrente. Dizemos, portanto, que também as próprias perguntas nos ocorrem, surgem ou se impõem, e não somos nós que as levantamos e as colocamos.⁶⁸⁴

Aqui percebemos não apenas a coerência de Gadamer com a marca paradigmática da finitude imposta pela matriz heideggeriana, mas, também, a presença do próprio Heidegger quando este afirmava que o problema não está em sair do círculo, mas em entrar corretamente nele. Essa entrada correta, diríamos com Gadamer, exige a primazia da pergunta em face da resposta e, conseqüentemente, abertura e diálogo. Essa abertura é para o “outro”, mesmo quando se trate de um diálogo com a tradição, já que sua construção pressupõe o “outro”. De fato, Gadamer concordará que “um texto não nos fala como faria um tu”, sendo nós mesmos os responsáveis por trazê-lo à fala, mas também nos chama a atenção ao fato de não ser essa tarefa uma intervenção arbitrária, mas uma resposta daquele que se

⁶⁸¹ Idem. Ibidem, p. 477.

⁶⁸² Idem. Ibidem, p. 476.

⁶⁸³ “Perguntar permite sempre ver as possibilidades que ficam em suspenso. Por isso, se é possível compreender uma opinião à margem do próprio opinar, não é possível compreender a questionabilidade desligando-nos de um verdadeiro questionar. Compreender a questionabilidade de algo já é sempre perguntar. Para perguntar não pode haver um comportamento potencial, servindo apenas como teste comprobatório, isso porque perguntar não é pôr mas experimentar possibilidades. Aqui, a partir dessa essência do perguntar torna-se claro o que o diálogo platônico demonstra na sua realização fática. Quem quiser pensar deve perguntar. Quando alguém diz: ‘aqui caberia uma pergunta’, isto já é uma verdadeira pergunta, disfarçada pela prudência ou cortesia.” GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I, 2003, p. 489.

⁶⁸⁴ Idem. Ibidem, p. 478.

sente interpelado pela própria tradição⁶⁸⁵. O diálogo, portanto, “só existe enquanto vivência, não enquanto abstração” e, por isso, “é irreduzível à epistemologia ou à lógica apofântica”⁶⁸⁶.

A abertura para o outro também não significa estar submisso, mas o reconhecimento de que devemos estar dispostos a deixar valer algo contra nós, mesmo quando não haja o outro⁶⁸⁷.

Quando se ouve alguém ou quando se empreende uma leitura, não é necessário que se esqueçam todas as opiniões prévias sobre seu conteúdo e todas as opiniões próprias. O que se exige é simplesmente a abertura para a opinião do outro ou para a opinião do texto. Mas essa abertura implica sempre colocar a opinião do outro em alguma relação com o conjunto das opiniões próprias, ou que a gente se ponha em certa relação com elas.⁶⁸⁸

Esse aspecto será acentuado em um texto escrito na década de setenta, *A incapacidade para o diálogo*, e inserido no vol. II de *Verdade e método*. Nele, Gadamer indaga se a “arte do diálogo está desaparecendo” e, considerando que o diálogo é um “atributo natural do homem”⁶⁸⁹, conclui que a incapacidade do diálogo se deve, antes, aos obstáculos que a civilização moderna tem criado à “possibilidade de alguém abrir-se para o outro e encontrar nesse outro uma abertura para que o fio da conversa possa fluir livremente”⁶⁹⁰. Neste texto, Gadamer nos apresenta um modelo dialógico para além do problema da interpretação de textos⁶⁹¹ (tradução) e enfrenta de modo direto à pergunta sobre o que vem a ser o diálogo.

O diálogo não é, para nós, aquilo que deixou uma marca. O que perfaz um verdadeiro diálogo não é termos experimentado algo de novo, mas termos encontrado no outro algo que ainda não havíamos encontrado em nossa própria experiência de mundo. Aquilo que movia os filósofos a criticar o pensamento monológico é o mesmo que experimenta o indivíduo em si mesmo. O diálogo possui uma força transformadora. Onde um diálogo teve êxito ficou algo para nós e em nós que nos transformou. O diálogo possui, assim, uma grande proximidade com a amizade. É só no diálogo (e no rir juntos, que funciona como um entendimento tácito transbordante) que os amigos podem encontrar-se e construir aquela espécie de comunhão onde cada qual continua sendo o mesmo para o outro porque ambos encontram o outro e encontram a si mesmos no outro.⁶⁹²

Nos casos em que os interesses do outro se contrapõem aos interesses próprios, as possibilidades de convergência dependem que esses interesses sejam corretamente percebidos. A tradição fenomenológica na qual Gadamer está inserido exige que,

⁶⁸⁵ Idem. Ibidem, p. 492.

⁶⁸⁶ ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica*, 2003, p. 199.

⁶⁸⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*, 2003, p. 472.

⁶⁸⁸ Idem. Ibidem, p. 358.

⁶⁸⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*, 2002, p. 243.

⁶⁹⁰ Idem. Ibidem, p. 244.

⁶⁹¹ Cf. ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica*, 2003, p. 193-194.

⁶⁹² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*, 2002, p. 247.

no diálogo, se discuta a *coisa mesma*, sob pena de não se chegar a acordo algum⁶⁹³. A incapacidade para o diálogo não se deve ao fato de serem as pessoas diferentes ou, até mesmo, de não falarem a mesma língua. Para Gadamer, o que obsta o diálogo é a ausência de abertura ao outro. Por maior que seja a diferença entre aqueles que dialogam, sempre haverá um ponto de contato, sob pena de sequer aferir o distanciamento. A diferença, portanto, já pressupõe um acordo; um acordo que se dá na linguagem⁶⁹⁴ e que eleva os atores de um diálogo à sua *humanidade*.

O diálogo gadameriano se desenvolve, portanto, dentro das imposições da circularidade, isto é, de um sentido prévio que se antecipa estabelecendo nossas possibilidades dentro da finitude. Mas, ao mesmo tempo, complementa o jogo quando amplia as possibilidades de surgimento do “surpreendente”⁶⁹⁵. Se a vigilância nos abre para um movimento autorreflexivo, a abertura ao diálogo nos proporciona uma heterorreflexividade.

3.2.4 Universalidade e crítica

A hermenêutica filosófica de Gadamer, edificada sobre as bases paradigmáticas da *fenomenologia hermenêutica* heideggeriana, abre novos horizontes para a ciência, especialmente no que diz respeito à articulação entre compreensão e orientação das ações⁶⁹⁶, criando possibilidades para a retomada da racionalidade moral prática em sociedades de alta complexidade. Mas, a síntese gadameriana também abre inúmeros questionamentos que se desdobram em um ciclo produtivo de debates, especialmente no que diz respeito à objetividade de uma hermenêutica “sem métodos” e à sua pretensão de universalidade. A primeira teve como principal adversário o jurista italiano Emilio Betti, autor de a *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*⁶⁹⁷, que, não obstante o reconhecimento da

⁶⁹³ “Meu próprio esforço hermenêutico, segundo seu objetivo filosófico básico, não diverge muito da convicção de que somente no diálogo chegamos às coisas. Somente quando nos expomos à possível concepção oposta, temos chances de ultrapassar a estreiteza de nossos próprios pré-conceitos”. GADAMER, Hans-Georg *apud* ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica*, 2003, p. 201.

⁶⁹⁴ “Se o jogo e o círculo hermenêutico são estruturas com caráter ainda epistemológico, embora possuam traços ontológicos, o diálogo é ontológico porque nele se constitui e aparece de forma mais patente o modo de ser da hermenêutica, em que esta, enquanto filosofia, implica e exige a *passio* de quem filosofa. Além do mais, a dimensão da relação com a alteridade aparece implicada e justificada filosoficamente.” ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica*, 2003, p. 181

⁶⁹⁵ “O diálogo autêntico não pode ser conduzido voluntariamente segundo interesses particulares dos parceiros, assim como se conduzem cavalos com rédeas. Embora haja uma direcionabilidade na condução do diálogo, aqueles que dialogam são mais dirigidos que condutores do espírito dialógico. Não podemos antecipar teleologicamente o que acontecerá e produzirá um diálogo.” ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica*, 2003, p. 198.

⁶⁹⁶ Cf. HABERMAS, Jürgen. *La lógica de las ciencias sociales*, 2007, p. 247.

⁶⁹⁷ BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

criatividade do intérprete, defendia a necessidade de cânones para a atividade do intérprete⁶⁹⁸. O segundo tema, em torno do qual iremos focar a nossa análise, traz como debatedores Karl-Otto Apel⁶⁹⁹ e Jürgen Habermas⁷⁰⁰.

Qual a relação entre a pretensão de universalidade da hermenêutica e a crítica? Por que a busca de um saber crítico fez com que Apel e Habermas se voltassem contra essa pretensão de universalidade? A universalidade pregada por Gadamer é, no fundo, resultado da universalidade da linguagem. Desse modo, estando a linguagem presente em todo o fenômeno compreensivo, este fenômeno se torna universal e, conseqüentemente, a hermenêutica que também explica esse fenômeno.

O ser que pode ser compreendido é linguagem. De certo modo, o fenômeno hermenêutico desenvolve aqui a sua própria universalidade à constituição ontológica do compreendido, na medida em que determina, num sentido universal, como *linguagem*, e determina sua própria referência ao ente como interpretação. Por isso, não falamos somente de uma linguagem da arte, mas também de uma linguagem da natureza, e inclusive de uma linguagem que as coisas exercem.⁷⁰¹

Para Apel e Habermas, a linguagem ordinária que apreendemos pela tradição não seria capaz de nos colocar diante de eventuais obstáculos ao processo de entendimento e, com isso, poderia nos levar a uma comunicação perturbada. Essa comunicação perturbada permitiria a manutenção de sentidos distorcidos, corroborando com a manutenção de um *stablishment*. Seria necessário, portanto, uma metalinguagem que ultrapassasse os limites da tradição e que permitisse a verificação de validade do consenso decorrente da interação comunicativa. Nas visões de Apel e Habermas, a crítica à ideologia que distorce essa comunicação implicaria na quebra da pretensão de universalidade da hermenêutica. A abordagem desse tema, diante da relevância do problema da crítica, exige a reconstrução dos debates e a identificação dos elementos que possam ter levado ambos a crer que a universalidade hermenêutica retira o seu potencial crítico.

3.2.4.1 O debate com Karl-Otto Apel

Apel vê a filosofia não apenas como crítica, mas se preocupando também com os parâmetros sobre os quais a crítica se edifica, isto é, de suas “condições de

⁶⁹⁸ Sobre o debate Gadamer *versus* Betti, ver PALMER, Richard. *Hermenêutica*, 2006, p. 55-73.

⁶⁹⁹ APEL, Karl-Otto. *Transformações da filosofia I*, 2000. Embora a síntese amadurecida da crítica de Apel esteja presente na obra citada, a crítica de Apel já é registrada por Gadamer no prefácio da segunda edição de *Verdade e método*, em razão de um texto publicado em 1963. Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*, 2003, p. 13 (nota de rodapé n. 1).

⁷⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. *La lógica de las ciencias sociales*, 2007.

⁷⁰¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*, 2003, p. 612.

possibilidade e verdade”⁷⁰². Neste sentido, encontra nos trabalhos de Heidegger e Gadamer uma crítica aguda aos modelos mecanicistas da ciência e da técnica que corroboram com a dominação do homem, concebendo como um dos principais méritos da *fenomenologia hermenêutica* ter promovido, nessa oposição, “resistência ao processo de atrofia que sofrem a teoria e a crítica do conhecimento de origem kantiana”. Para Apel, além de tornar novamente visíveis os pressupostos transcendentais da lógica científica, a *fenomenologia hermenêutica* “descobriu, por meio da radicalização do interesse em apropriar-se do ‘compreender’, estruturas *semitranscendentais* que simplesmente não podem ser concebidas de acordo com o esquema sujeito-objeto cartesiano-kantiano”⁷⁰³. Entretanto, ainda que a estrutura prévia da compreensão descoberta por Heidegger – e assumida corretamente por Gadamer – deva ser levada em consideração por qualquer proposta epistemológica, seria insuficiente, pois não ofereceria critérios suficientes para validar a compreensão, mas apenas para explicá-la⁷⁰⁴. Para Apel, a descoberta de Heidegger não reside em um novo conceito de verdade, mas apenas no “desvendamento da ‘pré-estrutura’ dessa problemática”⁷⁰⁵. Gadamer, por sua vez, não teria tido êxito na sua tentativa de estabelecer sobre essa estrutura um critério válido para a o estabelecimento da verdade.

As críticas de Apel dirigidas a Gadamer não residem, portanto, na crítica ao método cartesiano, mas no fato de ter ele se limitado à construção de uma hermenêutica descritiva. A partir disso, constrói a sua crítica em torno de três teses.

Uma crítica da argumentação gadameriana, feita sob a perspectiva do problema de uma transformação da filosofia que seja determinativa nos dias de hoje, pode partir, a meu ver, das três teses a seguir: 1. Gadamer se refere-se erroneamente a Kant e à ideia da filosofia transcendental; 2. Gadamer refere-se de maneira historicamente correta ao conceito heideggeriano de “Compreender”, bem como à ideia aí implícita de “verdade” como “abertura” do ser-aí; 3. Heidegger trouxe consigo uma contribuição inédita para o problema transcendental-hermenêutico da *constituição* de sentido; por outro lado, porém – como ele mesmo reconhece –, falhou quanto ao problema da verdade (e, com isso, quanto à sua *validação* para nós!); portanto, a filosofia deve retornar mais uma vez a Kant – evidentemente sob a forma de uma *transformação da filosofia transcendental*, que contemple, entre outras coisas, a ampliação transcendental-hermenêutica de horizontes trazida por Heidegger – e por Gadamer.⁷⁰⁶

⁷⁰² APEL, Karl-Otto. Transformações da filosofia I, 2000, p. 22.

⁷⁰³ APEL, Karl-Otto. Transformações da filosofia I, 2000, p. 28-29.

⁷⁰⁴ “As respostas dadas pelo primeiro Heidegger e por Gadamer acerca ‘do que sempre acontece’ quando se entende algo – fixadas em uma ‘denúncia formal’ da estrutura existencial – não passam a estar erradas, mas revelam-se a partir daí como insuficientes face à pergunta prática implícita desde e sempre em nossa orientação cognitiva no mundo em sentido amplo, a saber: ‘Como devemos proceder em nossa orientação no mundo?’ Ou seja: Com que critérios, e no sentido de que expectativas de progresso, devemos avaliar a validação de uma interpretação do mundo presente já ‘desde e sempre’ e à qual damos prosseguimento?’”. APEL, Karl-Otto. Transformações da filosofia I, 2000, p. 83.

⁷⁰⁵ Idem. Ibidem, p. 50.

⁷⁰⁶ Idem. Ibidem, p. 41.

A primeira tese contra Gadamer pode ser resumida à seguinte questão: “o empreendimento da ‘crítica’ normativamente relevante não pode corretamente ocorrer em prol da simples descrição do que é; não se pode recorrer à Crítica da razão pura sem que se queira propor e responder por meio da pergunta acerca das condições de possibilidade da ciência, também a pergunta acerca das condições de validade”⁷⁰⁷. Para Apel, a crítica no sentido kantiano implica se perguntar não apenas pelo que é, mas também pelo que deveria ser. Antes mesmo de enfrentarmos a resposta de Gadamer a essa questão, podemos levantar uma outra: até que ponto devemos estar com Kant ou contra Kant? O próprio Apel, ao assumir o modelo crítico kantiano, não teria também que restringir a aplicação de seu modelo ao problema do conhecimento, o que implicaria deixar de fora os problemas práticos? Cremos que a coerência da hermenêutica filosófica não poderia ser medida mediante essa relação causal, já que todos, ao assumirem Kant, não o fazem na sua integralidade. Mas, independentemente da coerência ou não com a inspiração kantiana, há, ainda assim, uma pergunta prévia: teria Gadamer ignorado o problema das condições de validade? A leitura que propomos a Gadamer, diferentemente daquela feita por Apel, é a de uma teoria “normativa, no sentido de que busca substituir uma má filosofia por outra melhor”⁷⁰⁸. Talvez compreendendo Gadamer melhor do que ele compreendeu a si próprio – o que não constitui nenhum problema para um trabalho hermenêutico sobre hermenêutica – o caráter normativo da teoria hermenêutica não se reduz ao problema da substituição paradigmática, mas também ao próprio compreender. Neste sentido, a crítica kantiana das condições de possibilidade vem sim acompanhada das condições de validade da compreensão, estando estas, no entanto, limitadas pela própria condição de possibilidade. Quando Gadamer sustenta a necessidade do distanciamento histórico e quando enxergamos no diálogo a necessidade de abertura, encontramos aí condições (possíveis) de validade para o acontecer da verdade.

A terceira tese nos remete ao problema da “filosofia transcendental”. Gadamer afirma ter ficado surpreso com o fato de Apel, Habermas e Giegel exigirem que a reflexão hermenêutica se eleve a uma “transparência idealista de sentido, pela luz brilhante de uma ciência explicativa”. Essa surpresa deriva do fato de que todos esses críticos admitem a impossibilidade de se encontrar um “lugar de fala transcendental”, o que tornaria ideológica qualquer crítica à ideologia. Tanto Apel como Habermas admitem essa impossibilidade e, no entanto, apostam em metalinguagens que ultrapassariam a tradição e possibilitariam uma crítica mediada da compreensão, a exemplo da psicanálise. Enquanto Apel admite a

⁷⁰⁷ Idem. Ibidem, p. 42.

⁷⁰⁸ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método II, 2002, p. 303.

inexorabilidade da antecipação de sentido descrita por Heidegger e a impossibilidade de se partir do pressuposto de que a crítica possa avançar em direção a uma análise objetiva das relações sociais⁷⁰⁹, Habermas também dá razão à hermenêutica quando esta afirma que uma compreensão (*Verstehen*), por mais controlada que seja, não pode desviar dos plexos de tradição onde o intérprete está inserido⁷¹⁰.

De qualquer sorte, sustentando que Gadamer se contenta com o *como* da compreensão, ignorando a relevância metodológica da pergunta sobre a validade do compreender, Apel afirma a necessidade de estabelecer critérios que diferencie a compreensão adequada do “compreender mal”. Em verdade, a compreensão inadequada para Gadamer é aquela condicionada por prejuízos inautênticos. De fato, como já tivemos oportunidade de comentar, Gadamer não se rende a critérios mágicos para a identificação da autenticidade ou não da compreensão, justamente por estar comprometido com os limites de uma teoria hermenêutica que se constrói sob a radicalização da finitude. No entanto, mesmo diante da impossibilidade de suspensão dos preconceitos, Gadamer chama atenção para a vigilância e para o distanciamento histórico como necessários a uma compreensão autêntica. Estes podem não ser critérios adequados para Apel – talvez por não sair do próprio *jogo* compreensivo –, mas isso não referenda a opinião de que Gadamer não estaria preocupado com a autenticidade, e por que não dizer, com a verdade da compreensão.

Apel, por sua vez, segue rumo a critérios transcendentais. Assumindo a historicidade da compreensão enfatizada por Gadamer, entende necessário “apontar no Compreender um *critério de progresso possível*”⁷¹¹, afastando o intérprete da crença dogmática. Entende que admitir a possibilidade de compreensões verdadeiras não é apenas possível, mas também necessária e, para isso, defende o “*paradigma do co-entendimento humano* não mais em um jogo de linguagem mediado de maneira tradicional e ligado determinadas instituições e formas de vida [Lebensformen], mas sim no *jogo de linguagem transcendental da comunidade de comunicação ideal*”⁷¹². Quanto mais próxima desse pressuposto, mais correta será a compreensão. Para Gadamer, ele tem razão em reivindicar para isso a ideia de uma “comunidade de interpretação ilimitada e completa”, pois, “sem dúvida, só essa é capaz de legitimar a pretensão de verdade nos esforços de entendimento”⁷¹³. Embora Gadamer questione se seria possível conjugar tal legitimação com a ideia de

⁷⁰⁹ Idem. Ibidem, p. 56.

⁷¹⁰ HABERMAS, Jürgen. La lógica de las ciencias sociales, 2007, p. 253.

⁷¹¹ APEL, Karl-Otto. Transformações da filosofia I, 2000, p. 52.

⁷¹² Idem. Ibidem, p. 74.

⁷¹³ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método II, 2002, p. 305.

progresso, poderíamos também perguntar até que ponto esse ideal de liberdade é, de fato, transcendental, isto é, até que ponto estamos falando fora da tradição; fora da incontornável e inacessível morada do ser. Essa questão será retomada logo a seguir quando tratarmos do debate com Habermas e talvez lá fique mais evidente o elo perdido que explicaria o (aparente?) distanciamento entre esses mestres da filosofia.

3.2.4.2 O debate com Jürgen Habermas

O debate entre Habermas e Gadamer se deu na forma de um diálogo filosófico, que inclui crítica, réplica e tréplica⁷¹⁴. A publicação de *Verdade e método* (1960) por Gadamer é seguida da publicação de *A lógica das ciências sociais*⁷¹⁵ por Habermas em 1967, onde ele “apresenta as pretensões do método crítico dialético e examina exaustivamente a filosofia hermenêutica de Gadamer”. Gadamer, que já tinha publicado um ensaio sobre a *Universalidade do problema hermenêutico* (1966), responde as críticas de Habermas em *Retórica, hermenêutica e crítica da ideologia*⁷¹⁶ (1967) e, em 1970, este faz o “primeiro balanço crítico do debate entre o pensamento dialético e hermenêutico com o ensaio ‘A pretensão de universalidade hermenêutica’”⁷¹⁷. Gadamer, por sua vez, publica o seu balanço crítico com *Réplica à hermenêutica e crítica da ideologia*⁷¹⁸ (1971). Habermas ainda retoma a síntese dessas questões dez anos depois na sua principal obra, a *Teoria da ação comunicativa*⁷¹⁹, mas o debate já vinha perdendo força face a outras questões que se colocavam na ordem do dia, a exemplo das discussões em torno de uma teoria social adequada à modernidade travada com Niklas Luhmann e com o pragmatismo de Richard Rorty. Mas, o enfrentamento direto que Habermas confere ao direito na década de 90 e as repercussões de sua teoria jurídica procedimental reprimaram o debate entre a hermenêutica e a teoria discursiva, especialmente no âmbito da Teoria da Constituição, quando substancialistas buscam fundamentos filosóficos em éticas realistas, e “procedimentalistas” se contrapõem ao modelo substancial apostando em uma ética discursiva⁷²⁰. Neste momento, o debate necessita não apenas ser retomado, mas também projetado para as mutações no pensamento habermasiano, com atenção especial ao giro que se dá na década de 90 com a

⁷¹⁴ Cf. VALLS, Álvaro L. M. Jürgen Habermas – dialética e hermenêutica: para a crítica da hermenêutica de Gadamer, 1987, p. 7.

⁷¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *La lógica de las ciencias sociales*, 2007.

⁷¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Retórica, hermenêutica e crítica à ideologia*, 2002, p. 270-292.

⁷¹⁷ STEIN, Ernildo. *Dialética e hermenêutica: uma controvérsia sobre método em filosofia*, 1987, p. 110.

⁷¹⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Réplica à Hermenêutica e crítica da ideologia*, 2002.

⁷¹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa I*, 1987, p. 182-196.

⁷²⁰ Cf. STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, 2004, p. 147.

publicação de *Verdade e justificação*, onde, ao retomar o problema da verdade, o consenso perde espaço para um misto de concepções transcendentais e pragmáticas.

3.2.4.2.1 O diálogo concreto até a década de 1980

O ponto central – e de partida – do debate entre Habermas e Gadamer diz respeito à pretensão de universalidade da hermenêutica *versus* a possibilidade de uma crítica dissociada da tradição⁷²¹. Além da marca da universalidade hermenêutica, que consiste no fato de que “o ser que pode ser compreendido é linguagem”, Ernildo Stein⁷²² seleciona mais quatro argumentos que sustentariam, na obra de Gadamer, a pretensão de universalidade hermenêutica. Na estética, na história e na coleta científica de dados, “a questão da significação dos fenômenos ali incluídos deixa de ser considerada sob o ponto de vista da relação que possui para mim e para a sociedade”⁷²³ e, desse modo, não há para Gadamer proposição que não possa ser compreendida como resposta a uma pergunta. A universalidade hermenêutica se revela, ainda, na experiência do tradutor, já que sua experiência “tem sua razão fundamental na universalidade das linguagens ordinárias”⁷²⁴. Uma quarta demonstração da universalidade hermenêutica estaria na relação entre retórica e hermenêutica e na utilização daquela nos diversos domínios do conhecimento⁷²⁵, enquanto que o quinto argumento, associado à acusação de impotência da hermenêutica em face da comunicação distorcida e da crítica à ideologia, volta-se contra a mediação de um psicanalista que já estaria limitado na sua análise pela própria linguagem⁷²⁶.

O ponto de partida para a crítica de Habermas à hermenêutica reside no fato de que Gadamer, embora tenha estabelecido uma acertada crítica à autocompreensão objetivista, não deveria opô-la abstratamente à experiência hermenêutica e ao conhecimento metódico em seu conjunto, uma vez que a compreensão reflexiva se distingue da experiência comunicativa cotidiana⁷²⁷. Mesmo admitindo a impossibilidade de superação da tradição mediante uma compreensão (*Verstehen*) controlada⁷²⁸, Habermas entende que Gadamer não teria se dado conta da “força da reflexão”.

⁷²¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*, 2002, p. 297.

⁷²² STEIN, Ernildo. *Dialética e hermenêutica: uma controvérsia sobre método em filosofia*, 1987, p. 117-119.

⁷²³ Idem. *Ibidem*, p. 118.

⁷²⁴ Idem. *Ibidem*, p. 118.

⁷²⁵ Idem. *Ibidem*, p. 119.

⁷²⁶ Idem. *Ibidem*, p. 120. Esta seria, também, a condição de possibilidade para a crítica à ideologia, já que esta pressupõe “a validade da tradição e da autoridade como fontes possíveis de mais liberdade e mais verdade”.

⁷²⁷ HABERMAS, Jürgen. *La lógica de las ciencias sociales*, 2007, p. 252.

⁷²⁸ Idem. *Ibidem*, p. 253.

(...) de la pertenencia estructural del Verstehen a tradiciones que ese Verstehen también prosigue al apropiárselas, no se sigue que el medio de la tradición no se vea profundamente transformado por la reflexión científica. Ni siquiera en una tradición que opere sin censuras, obra una autoridad desgajada de toda intelección, que pudiera imponerse ciegamente; toda tradición tiene que estar tejida con mallas suficientemente holgadas como para permitir la aplicación, es decir, una inteligente traducción que tenga en cuenta los cambios de situaciones. Sólo que el desarrollo metódico de esta prudencia en las ciencias hermenéuticas desplaza los acentos entre autoridad y razón. Gadamer no se percata de la fuerza de la reflexión que se desarrolla en el Verstehen. Esa fuerza ya no se ve aquí engegueda por la apariencia de desarrollo hacia un absoluto que pudiera dar razón de sí mismo por la vía de autofundamentación, ni tampoco se desliga del suelo de lo contingente donde tiene su origen. Pero al penetrar la génesis de la tradición en que la reflexión se origina y sobre la que la reflexión se vuelve, queda sacudido el dogmatismo de la práctica de la vida.⁷²⁹

Gadamer responde enaltecendo as possibilidades reflexivas da hermenêutica e, assim como fez no prefácio da segunda edição de *Verdade e método*, afirma que jamais considerou “como excludente a contraposição implícita em seu título”⁷³⁰. O trabalho de Gadamer é filosófico, tendo sido esta a razão de ter dito em sua resposta a Betti que “procura demonstrar aquilo que é comum a todas as maneiras de compreender e mostrar que a compreensão jamais é um comportamento subjetivo frente a um objeto dado”. Com isso, não procura com *Verdade e método* “negar o caráter imprescindível do trabalho metodológico dentro das assim chamadas ciências do espírito”⁷³¹, sendo categórico ao afirmar que sua “verdadeira intenção, porém, foi e continua sendo uma intenção filosófica: o que está em questão não é o que fazemos, o que deveríamos fazer, mas o que nos acontece além do nosso querer e fazer”⁷³².

Embora afirme que o seu trabalho é filosófico e que confere importância à metodologia das ciências, é evidente que *Verdade e método* possui implicações metodológicas. Do mesmo modo que Kant “não tinha a intenção de prescrever à ciência moderna da natureza como ela devia se comportar para ser aprovada diante do tribunal da razão”⁷³³, o trabalho de Gadamer coloca uma questão filosófica que “precede a todo comportamento compreensivo da subjetividade e também ao comportamento metodológico das ciências da compreensão, a suas normas e regras”⁷³⁴. Dito de outro modo, o trabalho de Gadamer assume um modelo de crítica no sentido kantiano, estabelecendo as condições de possibilidade para a compreensão. Se não é sua intenção impedir as pretensões metodológicas das ciências do espírito, as bases filosóficas da hermenêutica gadameriana estabelecem os

⁷²⁹ Idem. Ibidem, p. 253-254.

⁷³⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*, 2002, p. 278.

⁷³¹ Idem. *Verdade e Método I*, 2003, p. 15.

⁷³² Idem. Ibidem, p. 14.

⁷³³ Idem. Ibidem, p. 15.

⁷³⁴ Idem. Ibidem, p. 16.

limites e possibilidades de tais pretensões. Aceitar o caráter não excludente entre verdade e método não implica admitir qualquer pretensão metodológica, estando tais possibilidades limitadas por “aquilo que acontece além do nosso querer e fazer”. Neste sentido, se a reflexividade não é, por um lado, incompatível com a hermenêutica, por outro, ela não poderá assumir uma artificialidade metodológica que rompa com os limites das bases filosóficas descritas pela “crítica” da compreensão gadameriana.

“O sujeito que reflete, mesmo nas ciências da compreensão, não consegue evadir-se do contexto histórico-efetual de sua situação hermenêutica, visto que sua compreensão sempre estará implicada neste acontecer”⁷³⁵. Esse postulado gadameriano deveria ter sido aceito por Habermas, já que ele próprio admite que “*tiene razón la hermenéutica cuando dice que un Verstehen [compreensão], por controlado que sea, no puede saltarse simplemente los plexos de tradición a que pertenece el intérprete*”. Mas, parece-nos que a explicação para essa suposta contradição se encontra no ponto crucial das divergências entre ambos: o problema da universalidade. Para Habermas, a hermenêutica desenvolve as noções de estrutura das linguagens naturais que podem ser adquiridas a partir de um uso reflexivo da competência comunicativa, mas se distingue visivelmente do uso disciplinado da compreensão e do discurso⁷³⁶. Assim, a autoreflexão hermenêutica, embora clarifique experiências de que o sujeito falante se vale no uso de sua competência comunicativa, não poderia explicar essa competência. Haveria, portanto, algo para além da linguagem natural.

*La hermenéutica tendría ahora que ir más allá de la conciencia hermenéutica que se formó en el ejercicio reflexivo de aquel arte, para clarificar las condiciones que, por así decirlo, posibilitan salir de la estructura dialógica del lenguaje cotidiano y emplear monológicamente el lenguaje para el desarrollo de teorías en sentido estricto y para la organización de la acción racional con arreglo a fines.*⁷³⁷

Para Habermas, a linguagem natural e, conseqüentemente, a pretensão de universalidade da hermenêutica encontrariam seus limites nos sistemas de linguagem da ciência e nas teorias que versam sobre a decisão racional. Essa ultrapassagem da linguagem natural teria para Habermas, naquele momento, dois caminhos: a *psicanálise* e a *crítica da ideologia*, tendo escolhido a primeira para o desenvolvimento da crítica.

Habermas vê na psicanálise um bom exemplo da necessidade de ultrapassar os limites da tradição, na medida em que a comunicação ininteligível não pode ser superada mediante o exercício da competência adquirida naturalmente, por mais refinada que

⁷³⁵ Idem. Ibidem, p. 280.

⁷³⁶ HABERMAS, Jürgen. La pretensión de universalidad de la hermenéutica, 2007, p. 281.

⁷³⁷ Idem. Ibidem, p. 284.

seja o empenho autorreflexivo⁷³⁸. Em sendo assim, seria necessária aos casos de comunicação distorcida a presença de um mediador que, de fora da interação entre os agentes da comunicação, percebesse o fato de um estar compreendendo mal o outro⁷³⁹. O movimento autorreflexivo dos agentes não seria capaz de superar o papel de participante, na medida em que não teriam à sua disposição um critério geral que permitissem a eles constatar quando estariam prisioneiros da falsa consciência decorrente de uma comunicação distorcida⁷⁴⁰. A psicanálise teria um papel determinante na mediação da comunicação distorcida, pois teria a função de traduzir para a comunicação pública o conteúdo simbólico distorcido, o que seria feito mediante uma “tradução re-simbolizadora”⁷⁴¹. Em resumo:

Los presupuestos teóricos que tácitamente subyacen a este análisis del lenguaje en términos de hermenéutica profunda, pueden desarrollarse bajo tres puntos de vista. El psicoanalista tiene un preconceito de la estructura de la comunicación lingüística no distorsionada (1); hace derivar la distorsión sistemática de la comunicación de una confusión entre dos etapas genéticamente separadas de organización prelingüística y lingüística de los símbolos (2); explica el nacimiento de la deformación con la ayuda de una teoría acerca de procesos de formación desviantes, que se extiende a la relación entre los patrones de interacción de la primera infancia y la formación de las estructuras de la personalidad (3).⁷⁴²

Assim, como explicará o próprio Habermas, o primeiro conjunto de pressupostos teóricos se refere às condições estruturais que devem ser cumpridas para que a comunicação se dê na normalidade. A comunicação linguística normal se atém a regras intersubjetivamente vigentes, pois é pública. Na comunicação não distorcida, os agentes estão conscientes da distinção entre sujeito e objeto, diferenciando a fala externa da interna e separando o mundo privado do mundo público. Forma-se e se conserva a intersubjetividade da relação entre os indivíduos que se reconhecem entre si e, assim, garantem suas identidades. Finalmente, a fala normal se caracterizaria face ao fato de o sentido das categorias de substância e causalidade, espaço e tempo, se diferenciarem de acordo com o modo com que estas categorias são aplicadas aos objetos no mundo ou ao mundo constituído linguisticamente pelos próprios falantes⁷⁴³.

O segundo conjunto de pressupostos teóricos se refere à conexão de duas etapas geneticamente consecutivas na organização humana dos símbolos. A organização mais antiga dos símbolos somente poderá ser inferida a partir dos dados da patologia da linguagem e mediante a análise material proporcionada pelos sonhos. Essa organização

⁷³⁸ Idem. Ibidem, p. 286.

⁷³⁹ Idem. Ibidem, p. 287.

⁷⁴⁰ Idem. Ibidem, p. 287.

⁷⁴¹ Idem. Ibidem, p. 290.

⁷⁴² Idem. Ibidem, p. 291.

⁷⁴³ Idem. Ibidem, p. 291-293.

simbólica, que geneticamente antecederia à linguagem, é uma construção teórica, tendo sua decodificação psicanalítica de pressupor tal primado já que a hermenêutica profunda concebe as perturbações da fala normal ou como uma regressão forçada a etapas anteriores da comunicação ou como uma invasão nessa forma anterior da linguagem do paciente⁷⁴⁴. O terceiro grupo, por sua vez, ultrapassaria as pretensões do modelo de tradução trazidas pela hermenêutica gadameriana, pois esse novo modelo de “tradução controlada” eliminaria confusões que já não seriam produzidas dentro da linguagem, mas que as afetaria⁷⁴⁵.

Com o exemplo da psicanálise, Habermas busca negar a universalidade hermenêutica. Para ele, esse problema não seria colocado em pauta se o sujeito cognoscente, que sempre se servirá de sua competência linguística previamente adquirida – e Habermas reconhece essa inexorabilidade – pudesse, sozinho, assegurar-se dessa competência no caminho de uma reconstrução teórica. Contudo, o conhecimento implícito das condições da comunicação sistematicamente distorcida – que é, de fato, pressuposto no uso hermenêutico profundo – bastaria para pôr em questão a autocompreensão ontológica da hermenêutica que Gadamer desenvolve seguindo os passos de Heidegger⁷⁴⁶. Na opinião de Habermas, Gadamer vê o esclarecimento hermenêutico de manifestações vitais incompreensíveis ou mal compreendidas como algo que sempre deve se remeter a um consenso previamente ensaiado pela tradição convergente. Para Habermas, esse consenso depende do confronto com pretensões de verdade estabelecidas contrafaticamente⁷⁴⁷. Mesmo admitindo a plausibilidade do primado ontológico de que goza a tradição linguística sobre a crítica, já que só podemos criticar esta ou aquela tradição se pertencemos nós mesmos ao plexo global da tradição de uma linguagem, o consenso ainda assim dependeria de critérios para distinguir quando ele foi instaurado de forma racional ou quando é resultado de comunicações distorcidas⁷⁴⁸. Citando Albrecht Wellmer, conclui que *“la pretensión de universalidad del enfoque hermenéutico solo puede mantenerse si se parte de que la tradición como lugar de verdad posible y de acuerdo fáctico es también el lugar de la no-verdad fáctica y de la perpetuación del poder”*⁷⁴⁹. A verdade para Habermas, tal qual para Apel, perpassa a obediência de critérios reguladores necessários para se chegar a um entendimento universal e, em razão disso, temos de antecipar uma estrutura de comunicação isenta de coação, pois *“la verdad consiste en la peculiar*

⁷⁴⁴ Idem. Ibidem, p. 293-297.

⁷⁴⁵ Idem. Ibidem, p. 297-299.

⁷⁴⁶ Idem. Ibidem, p. 300.

⁷⁴⁷ Idem. Ibidem, p. 300.

⁷⁴⁸ Idem. Ibidem, p. 301.

⁷⁴⁹ Idem. Ibidem, p. 301.

coacción que nos fuerza a un reconocimiento universal y sin coacciones”⁷⁵⁰. Este reconhecimento estará ligado à verificação de uma situação ideal de fala que possibilite o entendimento universal e sem coações, condições que Habermas viria a desenvolver amiúde em sua obra prima *Theorie des kommunikativen Handelns* (1981)⁷⁵¹.

Gadamer, por sua vez, insistirá na universalidade hermenêutica e reafirmará através de sua frase emblemática que “o ser que pode ser compreendido é a linguagem”. A linguagem, na condição de “jogo em que todos participamos”, nos envolve mesmo quando “vislumbramos preconceitos e desmascaramos subterfúgios que desfiguram a realidade”⁷⁵². Segundo Gadamer, Habermas somente acredita na compreensão quando atingimos este estágio, na medida em que somente neste caso o poder da reflexão se mostraria⁷⁵³. Mas, para Gadamer “a questão a ser debatida é simplesmente se a reflexão sempre dissolve as relações substanciais ou se pode também assumi-las na consciência”⁷⁵⁴.

É estranho que Habermas conceba de modo unilateral o processo de aprendizagem e educação que emprego (na perspectiva da ética de Aristóteles). A afirmação de que a tradição deveria ser e continuar sendo a única base para justificar preconceitos, como me atribui Habermas, contradiz minha tese de que a autoridade repousa no reconhecimento. Quem alcançou a maioria pode – mas não é obrigado a – acatar, pelo saber, o que aceitava pela obediência. A tradição não representa nenhuma garantia, não, pelo menos, onde a reflexão exige uma garantia. Mas essa é a questão: Onde é que o exige? Em tudo? A isso contraponho a finitude da existência humana e o particularismo essencial da reflexão.⁷⁵⁵

Com isso, Gadamer reafirma a radicalidade da finitude heideggeriana e a impossibilidade de refletir para além da linguagem. Chama, entretanto, atenção para a necessária distinção entre a “reflexão efetiva”, que acontece no desenvolvimento da linguagem, e a “reflexão expressa e temática”, “formada na história do pensamento ocidental, ao converter tudo em objeto temático, quando a ciência criou os pressupostos da civilização do futuro”⁷⁵⁶. Nesta última, ainda que se negue uma relação tecnicamente condicionada entre investigador e ciência, ninguém negaria que “a aplicação prática da ciência moderna modifica

⁷⁵⁰ Idem. Ibidem, p. 302.

⁷⁵¹ Stein aponta que em 1979, na *laudatio* a Gadamer, quando este recebia o Prêmio Hegel, Habermas cita Gadamer do posfácio de Verdade e Método: “Na verdade, tradição que não é a defesa do passado, mas o desenvolvimento da figura da vida social como tal, reside na conscientização que recebe com liberdade”. E Habermas continua: “Aliás, tradições recebemos somente então em liberdade, quando podemos dizer a elas sim e não. Penso que justamente não se deve excluir o iluminismo, o século XVIII universalista, da tradição humanista. Mas com este adendo não quer ter a última palavra. Gadamer é o primeiro a acentuar a abertura do diálogo. Dele todos nós podemos aprender a sabedoria hermenêutica fundamental de que é uma ilusão pensar que seja possível ter a última palavra. STEIN, Ernildo. Dialética e hermenêutica: uma controvérsia sobre método em filosofia, 1987, p. 128.

⁷⁵² GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método II, 2002, p. 283.

⁷⁵³ Idem. Ibidem, p. 283.

⁷⁵⁴ Idem. Ibidem, p. 285.

⁷⁵⁵ Idem. Ibidem, p. 285.

⁷⁵⁶ Idem. Ibidem, p. 286.

profundamente nosso mundo e com ele também nossa linguagem”⁷⁵⁷. Ao dizer “também nossa linguagem”, Gadamer não está dizendo que a consciência articulada com a linguagem “determina o ser material da práxis vital, mas apenas que não existe nenhuma realidade social com todas as suas pressões reais que não se expresse numa consciência articulada pela linguagem”. A crítica a uma ideologia não pode, portanto, ser feita de fora da linguagem, sendo ilusórias as pretensões de fuga dessa articulação com a tradição.

Quem leva a sério a finitude da existência humana e não constrói “nenhuma consciência” geral, um *intellectus archetypus* ou um ego transcendental que esteja obrigado a estabelecer todo o âmbito do que é válido, não pode deixar de se perguntar como seu próprio pensamento, enquanto transcendental, pode ainda ser empírico.⁷⁵⁸

Por que Habermas e Apel apostam na liberdade do homem e não na submissão deste à força de uma divindade, por exemplo? Por que o diálogo e não a força? Por que o consenso e não a glória da vitória que poderia estar a serviço de um ou de outro? Essas respostas não estão fora da tradição, muito pelo contrário, resultam de uma articulação da linguagem que condiciona o nosso pensar. Habermas não está errado em exigir uma situação ideal de fala para o consenso válido, apenas não pode acreditar que esse desejo se dê transcendentalmente, isto é, fora da linguagem. Consequentemente, também não pode achar que o diálogo se dê a partir de um “grau zero”. Aliás, se considerarmos o horizonte desse debate e ignorarmos os reflexos em suas obras mais recentes, não cremos que seja esta uma conclusão válida sobre o pensamento de Habermas. A reflexão hermenêutica nos leva, portanto, o mais fundo possível, mas não nos leva ao fundo. Não há fundo. Há um sem fundo que nos sustenta e onde a compreensão cessa. Aqui encontramos o ponto culminante da tensão entre passado e presente que marca a nossa compreensão, não sendo outra a razão pela qual devemos estar sempre vigilantes. “A reflexão de uma determinada compreensão prévia coloca diante de mim algo que antes se dava às minhas costas. Algo, não tudo”⁷⁵⁹.

Gadamer também refutará as pretensões emancipatórias que Habermas confere à psicanálise, ressaltando, inclusive, o papel fundamental da hermenêutica para essa ciência⁷⁶⁰, especialmente constatada no trabalho de Jacques Lacan. Embora não negue a importância do marco metodológico da psicanálise freudiana e do método de Lorenzer, bem como reconheça que o analista não pode deixar de lado sua experiência

⁷⁵⁷ Idem. Ibidem, p. 286.

⁷⁵⁸ Idem. Ibidem, p. 287.

⁷⁵⁹ Idem. Ibidem, p. 288.

⁷⁶⁰ Idem. Ibidem, p. 290. Sobre as implicações da fenomenologia hermenêutica no universo conceitual da psicanálise de Freud, vide STEIN, Ernildo. Diferença e metafísica, 2000, p. 153-231

analítica e seu saber quando exerce seu papel como “comparsa social”⁷⁶¹, não aceita a tese de que esta possa fugir à reflexão hermenêutica. O questionamento que ultrapassa as interpretações superficiais, que revela as autoconcepções mascaradas e que desmascarara a função repressiva de tabus sociais, pertence, reconhece Gadamer, à reflexão emancipatória mediada pelo psicanalista, “mas se ele aplica essa reflexão onde não está legitimado como médico, onde ele próprio é um comparsa no jogo da sociedade, estará se colocando fora da de sua função social”⁷⁶².

Quem “põe a descoberto” seu comparsa de jogo, à luz de algo que se situa fora do jogo, isto é, que não leva sério o que está jogando, é um perdedor que se deve evitar. A força emancipatória da reflexão reivindicada pelo psicanalista deve encontrar seu limite na consciência social, na qual tanto o analista quanto seu paciente se entendem com todos os outros. A reflexão hermenêutica ensina-nos que, em todas as tensões e perturbações, a comunidade social remete-nos sempre de novo a um acordo social, em virtude do qual ela subsiste.⁷⁶³

A psicanálise, portanto, deverá ter consciência de seus limites e, ao mesmo tempo, não ignorar o fato de que médico e paciente estarão imersos na linguagem que é condição de possibilidade para o acordo sobre tais limites. “Não pertence à legitimação social do médico (ou do analista leigo) ultrapassar seu âmbito terapêutico e a partir da reflexão emancipatória ‘tratar’ a consciência social dos outros como ‘doentia’”⁷⁶⁴. Se não é possível construir esquemas analíticos que delimitem a divisa entre o paciente e a “parceria social” que ultrapassa a legitimação psicanalítica, por outro lado, também não parecerá a Gadamer que consciência emancipatória tenha, inevitavelmente, a tarefa de dissolver toda e qualquer coerção dominadora, “o que significaria que sua imagem paradigmática última deveria ser a utopia anárquica”⁷⁶⁵.

Antes de projetarmos o debate para o giro habermasiano de *Verdade e justificação*, considerando inúmeros pontos de convergência destacados no debate entre Gadamer e Habermas, cabe tentar responder à seguinte pergunta: qual é, de fato, o “motivo mesmo” da divergência entre estes dois autores?

Para Stein, o que está na base das discordâncias entre Habermas e Gadamer é a própria concepção de filosofia, já que Gadamer trabalha na linguagem filosófica com a dupla estrutura designada por Heidegger de “enquanto hermenêutico” e “enquanto apofântico”⁷⁶⁶. Enquanto Gadamer retoma o problema da linguagem a partir de uma

⁷⁶¹ Idem. Ibidem, p. 301.

⁷⁶² Idem. Ibidem, p. 291.

⁷⁶³ Idem. Ibidem, p. 291.

⁷⁶⁴ Idem. Ibidem, p. 301.

⁷⁶⁵ Idem. Ibidem, p. 292.

⁷⁶⁶ STEIN, Ernildo. Nas raízes da controvérsia, 2009, p. XIX.

desconstrução histórica que se inicia com Platão, atravessa a teologia do medievo pelo fenômeno da “encarnação” e deságua no horizonte da ontologia hermenêutica heideggeriana, Habermas cumpre um caminho mais curto e com influências analíticas decisivas, na medida em que atravessa a teoria dos jogos de linguagem de Wittgenstein; os atos de fala de Austin e Searle; a semiótica tridimensional de Peirce e Morris; a pragmática de K. O. Appel e a gramática generativa de Chomsky⁷⁶⁷. Ainda que Habermas tenha tentado conectar sua pragmática à noção de “mundo da vida” do Husserl tardio, influência marcante também em Gadamer, encontramos nas noções de linguagem utilizada por cada um deles uma conflito paradigmático entre matrizes analíticas e hermenêutico-fenomenológicas que foi ignorado nos debates entre ambos⁷⁶⁸. A preocupação pragmática de Habermas não supre o problema da “dupla estrutura da linguagem”⁷⁶⁹ denunciada por Heidegger e assumida por Gadamer, ainda que de modo semanticamente ambíguo – e isso é necessário reconhecer. Embora o pensamento gadameriano pressupusesse a “dobra da linguagem”, o que pode ser comprovado no fato que confere um caráter filosófico à hermenêutica, isto é, no fato de que no dito haverá sempre um não-dito, Gadamer não diferencia semanticamente a dupla dimensão da linguagem⁷⁷⁰. Isso fez com que ambos falassem em “linguagem natural”, “*medium*”, “competência comunicativa” ignorando um dado central ao debate.

Assim, a questão central aqui volta a ser a conclusão heideggeriana de que a verdade não cabe no logos. Quem assume uma matriz heideggeriana – a exemplo de Gadamer – não apenas tem consciência de tal fato, como deve levar em consideração todas as suas consequências, inclusive o ônus das nossas limitações epistemológicas. Quando Gadamer, portanto, afirma a universalidade da hermenêutica na medida em que “o ser que

⁷⁶⁷ Cf. ARROYO, Juan Carlos Velasco. La teoría discursiva del derecho, 2000, p. 45-51.

⁷⁶⁸ Conforme aponta D’Agostini, “hoje a diferença entre analíticos e continentais parece menos vistosa, muitos analíticos adotaram soluções, estilos argumentativos, referências típicas da tradição continental; de outra parte, pensadores continentais, como Habermas e os seus discípulos ou Apel, dialogam sobretudo com os analíticos”. D’AGOSTINI, Franca. Analíticos e continentais, 2002, p. 91. Cremos que há algo de inacabado no diálogo habermasiano com os analíticos, especialmente na conexão entre as opções simultâneas pela pragmática e pelo “mundo da vida”.

⁷⁶⁹ Vide acima sobre a dupla estrutura da linguagem e o lugar da transcendência.

⁷⁷⁰ Jean Grondin aponta uma passagem em Verdade e método onde Gadamer acentua a diferença entre as expressões que denotam as duas formas de linguagem, traduzidas na edição espanhola pelas expressões “*lenguaje*” e “*lingüisticidad*” e ignorada na tradução brasileira. “*Por lingüisticidad entiende el únicamente el esfuerzo de nuestra finitud encaminado al lenguaje, es decir, a una comprensión: un esfuerzo que conoce muy bien los límites de los correspondientes enunciados*”. GRONDIN, Jean. Introducción a Gadamer, 2003, p. 195-196. Na edição brasileira, a passagem que retrata essa questão foi assim traduzida: “Frente à presença avassaladora de obras de arte, a tarefa de resumir em palavras o que elas nos dizem parece uma empresa infunda e de uma distância desesperadora. Nesse sentido, o fato de que o nosso querer e poder compreender nos levem a ultrapassar sempre a sentença que se consegue pronunciar poderia muito bem motivar uma crítica da linguagem. Só que isso não muda nada na primazia básica da linguagem”. GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método I, 2002, p. 519.

pode ser compreendido é linguagem”, está se referindo à universalidade de uma dimensão pré-reflexiva, antecipadora e estruturante equivalente ao “como hermenêutico” de Heidegger. Essa dimensão da linguagem – a qual pertencemos, e não o contrário – é o que proporciona as nossas possibilidades no mundo. A outra dimensão, equivalente ao “enquanto apofântico”, é secundária e admite o neologismo artificial dos sistemas científicos. O *medium* em que vivemos não é o apofântico, mas sim o hermenêutico. Não precisamos nos comunicar “apofanticamente” para compreender o mundo, isto porque já somos “comunicação”. Ao dizermos algo, já compreendemos e, portanto, estaremos necessariamente na tradição. Este é o grande impasse entre Gadamer e Habermas. Enquanto este vê a linguagem como um mecanismo que viabiliza a comunicação, aquele – que não ignora as possibilidades artificiais do apofântico – vê como inexorável o fato de estarmos sempre implicados no plano hermenêutico. Não há – e aqui concordamos com Habermas – uma universalidade da linguagem apofântica, razão pela qual a artificialidade da ciência pode ultrapassar os limites de uma tradição do “dito” tradicional. A universalidade reside no “como hermenêutico”, local onde se encontra tanto a verdade como a não verdade; tanto a emancipação como a submissão; tanto a autenticidade da tradição como a sua inautenticidade. Quando Habermas afirma com Albrecht Wellmer que “*la pretensión de universalidad del enfoque hermenéutico solo puede mantenerse si se parte de que la tradición como lugar de verdad posible y de acuerdo fáctico es también el lugar de la no-verdad fáctica y de la perpetuación del poder*” ele tem total razão⁷⁷¹. Mas, esse lugar onde o ser se vela e des-vela é o hermenêutico e isso não impede que, nas nossas construções artificiais e temporárias, possamos nos valer de instrumentos que consigam superar a tendência para o encobrimento⁷⁷². Por isso que Gadamer afirma a todo o momento que não há uma contraposição implícita e necessária em seu título *Verdade e método*, embora qualquer tentativa metodológica deva atender aos limites daquilo que de fato acontece, sendo este alerta a grande contribuição da hermenêutica gadameriana. O grande desafio da epistemologia é criar mecanismos artificiais que nos permita ver pela frente o que antes víamos pelas costas, sem, contudo, ter a pretensão de fugir do incontornável. O primeiro passo para que isso ocorra consiste em, justamente, fugir do enunciado (linguagem apofântica), um lugar precário e privilegiado para o encobrimento.

⁷⁷¹ Cf. STEIN, Ernildo. Sobre a verdade, 2006, p. 135-147 e 167-82.

⁷⁷² Idem. Ibidem, p. 146.

3.2.4.2.2 Projeção do debate para o entorno de *Verdade e justificação*

O trabalho de Habermas desde a publicação da *Teoria da Ação Comunicativa* se afasta, como ele próprio admite, das discussões no terreno de uma filosofia teórica, o que implica o afastamento das questões de natureza ontológica e epistemológicas⁷⁷³. Entretanto, em uma série de textos escritos entre os anos de 1996 e 1998, Habermas retoma a pergunta pelo *ser* e pela *verdade*, trabalho que se encontra compilado em seu livro *Verdade e justificação*⁷⁷⁴. Essa obra marca aquilo que Evaristo Prieto Navarro chamou de “*el extraño giro de 1996*”⁷⁷⁵ e reabre uma série de perguntas e possibilidades no debate entre a hermenêutica e a teoria discursiva, aí incluída aquela que questionaria a existência de uma aproximação ou de um distanciamento do pensamento de Habermas em relação à hermenêutica de cariz filosófico. As questões aqui colocadas indagam se a projeção desse debate para o estado atual da visão habermasiana sobre o problema da verdade irá nos levar a uma aproximação ou a um distanciamento entre as matrizes que ora destacamos.

Retomando o caminho que vai da hermenêutica à pragmática formal e debates mais atuais, Habermas conclui que seu conceito discursivo de verdade foi movido por uma “generalização excessiva do caso especial da validade de normas e juízos morais”, o que exigiria uma “diferenciação mais precisa entre ‘verdade’ e ‘correção’⁷⁷⁶. É em torno dessa questão que Habermas promoverá um giro no seu pensamento, por ele mesmo reconhecido como a passagem de uma teoria da verdade assentada em um modelo discursivo – onde estariam inclusos, além dele, Peirce, Apel e Putnam – para uma concepção “que relaciona o conceito discursivo *mantido* de aceitabilidade racional a um conceito de verdade pragmático, não epistêmico, sem com isso assimilar a ‘verdade’ à ‘assertibilidade ideal’⁷⁷⁷. Habermas não só assume a necessidade do giro, como o relaciona com uma crítica ao modelo discursivo-epistêmico pautado, em seu caso, na “situação ideal de fala”. Segundo ele, “uma leitura coerentemente epistêmica da explicação dada pela teoria do discurso fracassa já pelo fato de nem todas as propriedades processuais mencionadas assegurarem uma ‘ligação com as

⁷⁷³ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*. 2004, p. 7. “(...) *Conhecimento e interesse* também se viu determinado pelo primado dos questionamentos da teoria do conhecimento. Por isso ainda estavam presentes nele os temas que passaram para segundo plano no caminho para a *Teoria do agir comunicativo*. *Conhecimento e interesse* respondeu às questões básicas da filosofia teórica no sentido de um naturalismo fraco e de um realismo cognitivo calcado sobre a pragmática transcendental. Mas esses temas perderam o vigor, desde que o desiderato de uma justificação epistemológica da teoria crítica da sociedade tornou em virtude da tentativa de uma fundamentação direta pela pragmática lingüística.” HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*. 2004, p. 13.

⁷⁷⁴ Idem. *Ibidem*.

⁷⁷⁵ NAVARRO, Evaristo Prieto. Jürgen Habermas: acción comunicativa e identidad política, 2003, p. 71-79.

⁷⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*, 2004, p. 15.

⁷⁷⁷ Idem. *Ibidem*, p. 46-48.

capacidades humanas”⁷⁷⁸, ou seja, trata-se de pretensões transcendentais que ultrapassam as qualidades naturais do homem e, com isso, perdem sustentação. O consenso que resultasse de tais condições ideais – inclusão geral, participação com direitos iguais para todos, ausência de repressão e orientação pelo entendimento mútuo – ainda que se aproximasse da verdade no momento presente, não poderia ser transportada para o futuro, isto é, não estariam imunes a um “pôr-a-prova futuro”⁷⁷⁹. Para o Habermas de *Verdade e justificação* “as teorias epistêmicas da verdade padecem em geral do fato de procurar a verdade dos enunciados no jogo de linguagem da argumentação, ou seja, onde as pretensões de verdade tornadas problemáticas são explicitamente tematizadas”⁷⁸⁰. Finalmente, acaba reconhecendo que a equivalência entre verdade e o consenso decorrente de uma situação ideal de fala dependeria da verificação de tais condições⁷⁸¹, o que sugere o abandono dos argumentos que até então vinha adotando na resposta aos críticos⁷⁸² que condenavam sua teoria epistêmica ao plano utópico.

É no diálogo com Richard Rorty que Habermas buscará a sua concepção pragmática de verdade. Embora a verdade de um enunciado não possa ser mais compreendida como correspondência com algo no mundo – pois isso implicaria, nas palavras do próprio Habermas, “sair da linguagem” – seria, entretanto, possível pensar essa correspondência não mais entre palavra e coisa, mas entre a assertiva e a sua justificação.

O uso “acautelador” do predicado verdade mostra que associamos à verdade dos enunciados uma pretensão incondicional, que ultrapassa todas as evidências disponíveis; por outro lado, as evidências que fazemos valer em nosso contexto de justificação devem bastar para nos autorizar a levantar pretensões de verdade. Embora a verdade não possa ser reduzida à coerência e à assertibilidade justificada, deve haver uma relação interna entre verdade e justificação⁷⁸³.

Para Habermas, “a suposição ontológica de um primado genético da natureza obriga também à suposição, própria do realismo cognitivo, de um mundo objetivo, independente do espírito”⁷⁸⁴. Todavia, completa que “no interior do paradigma lingüístico, é insustentável a forma clássica de um realismo que se apóia no modelo representativo do conhecimento e na correspondência entre proposições e fatos”⁷⁸⁵. A relação entre verdade e justificação não seria, portanto, epistemológica, mas sim derivada da existência de um mundo referencial, objetivo e comum a todos, que sustenta as nossas pretensões de verdade, o que

⁷⁷⁸ Idem. Ibidem, p. 255.

⁷⁷⁹ Idem. Ibidem, p. 255.

⁷⁸⁰ Idem. Ibidem, p. 285.

⁷⁸¹ Idem. Ibidem, p. 284.

⁷⁸² Cf. TUGENDHAT, Ernst. Lições sobre ética, 2003.

⁷⁸³ HABERMAS, Jürgen. Verdade e justificação, 2004, p. 243.

⁷⁸⁴ Idem. Ibidem, p. 17.

⁷⁸⁵ Idem. Ibidem, p. 17.

corresponde, segundo Habermas, à constatação há muito obtida por Husserl de que “estamos desde sempre em contato com as coisas”⁷⁸⁶.

Assim, pelo fato de o “dito verdadeiro” se relacionar a um mundo objetivo que se impõe diante de nós e pelo fato de esse mundo ser, necessariamente, comum a todos nós, a verdade não dependeria de processos argumentativos para ser construída. Um dizer equivocado sobre o mundo objetivo – ainda que legitimado pelas condições ideais do discurso – não tornaria verdadeiro o que já não era, sendo que, “quando eles falham, o mundo não mais joga junto da maneira esperada”⁷⁸⁷. A rigor, a simples referência de mundo já é suficiente para que tenhamos pretensões de dizer a verdade. Contudo, Habermas reconhece que o acesso a esse mundo não pode ser imediato, mas dependerá sempre da linguagem; reconhece também que o enunciado, embora relacionado ao mundo objetivo, dirige-se ao mundo intersubjetivo. Tais constatações exigem que, admitida transcendentemente, a verdade possível ainda deve ser concebida por uma perspectiva pragmática. É neste contexto complementar e pragmático – e não constitutivo da verdade – que mantém a validade de sua teoria discursiva no âmbito da verdade. Ainda que nada garanta que os discursos atuais se tornem obsoletos com novas formas de aprendizagem, “temos de nos contentar com a aceitabilidade racional nas condições ideais possíveis como uma prova suficiente de verdade”⁷⁸⁸. Isso nos coloca diante de um paradoxo: “embora empregemos o predicado de verdade num sentido absoluto”, só possuímos razões justificadoras para nos convencer de que a encontramos⁷⁸⁹.

Mas as investigações de Habermas se desenvolvem dentro de um modelo teórico de análise descentrada de mundo e, em sendo assim, as conclusões sobre a verdade não podem ser, necessariamente, transportadas para a *correção*, que se relaciona com os problemas do mundo ético. Embora com pontos de aproximação, sua concepção pragmática torna ainda mais evidente a impossibilidade de uma compreensão moral por assimilação à verdade⁷⁹⁰.

A intuição que me guia pode se caracterizar da seguinte maneira. De um lado, a correção de juízos morais se estabelece da mesma forma que a verdade de enunciados descritivos – pela argumentação. Não temos um acesso direto, não filtrado por razões, às condições de verdade, assim como não temos semelhante acesso às condições sob as quais as normas morais merecem reconhecimento universal. Em ambos os casos, portanto, a validade dos enunciados não pode resistir à prova senão passando discursivamente pelo médium de razões disponíveis. De

⁷⁸⁶ Idem. Ibidem, p. 245.

⁷⁸⁷ Idem. Ibidem, p. 288.

⁷⁸⁸ Idem. Ibidem, p. 284.

⁷⁸⁹ Idem. Ibidem, p. 282.

⁷⁹⁰ Idem. Ibidem, p. 288-289.

outro lado, falta às pretensões de validade moral a referência ao mundo, característica das pretensões de verdade. A “verdade” é um conceito que transcende toda justificação também não pode ser identificado com o conceito de assertibilidade idealmente justificada. Ele aponta antes para condições que de certo modo devem ser preenchidas pela própria realidade. Em contrapartida, o sentido de “correção” reduz-se a uma aceitabilidade idealmente justificada. Pois, ao construir um mundo de relações interpessoais bem ordenadas, contribuimos, nós mesmos, para preencher as condições de validade dos juízos e normas morais. No entanto, essa construção está sujeita a limitações que não estão a nosso dispor; do contrário não se poderia falar de discernimento moral. A ausência de conotações ontológicas não pode prejudicar a pretensão de validade universal ou incondicional. Essa pretensão se mede por condições sociais e relações de conhecimento recíproco, que merecem ser aceitas como justas por todos os envolvidos.⁷⁹¹

Embora Habermas negue a existência de um mundo de referência, não assume uma concepção cética diante do universo moral e das pretensões de correção. No lugar desse mundo que transcende à ideia de justificação, “entra a orientação por uma ampliação das fronteiras da comunidade social e de seu consenso axiológico”⁷⁹², o que permitiria aos envolvidos a pretensão de uma “única resposta correta”⁷⁹³. Se o mundo objetivo que se oferece como referência universal para as pretensões de verdade não pode estar presente nos discursos de moralidade, o “projeto de um mundo de relações interpessoais bem-ordenadas e totalmente inclusivo”⁷⁹⁴ sustentaria os discursos que envolvem a validade corretiva.

Desse modo, diferentemente da pretensão de verdade – que ultrapassa a justificação – a assertibilidade idealmente justificada de uma norma dependerá, necessariamente, do discurso de fundamentação. Com isso, para que uma norma moral seja válida é necessário que a sua construção se dê em condições ideais de justificação, o que faz da correção um “conceito epistêmico”⁷⁹⁵ e mantém como verdadeira a máxima de que a validade normativa – correção – é igual a consenso⁷⁹⁶. Se para a verdade o conceito de Habermas assume uma versão transcendental-pragmática, para a correção só lhe resta o pragmatismo. O naturalismo fraco de Habermas – em contraposição ao naturalismo forte de Apel – perde ainda mais a sua força diante de sua perspectiva pragmática. O mundo da vida, que exercia um papel decisivo para a institucionalização da moral em trabalhos como a *Teoria da ação comunicativa*, não mais será visto como algo capaz de cumprir essa função, o que já é

⁷⁹¹ Idem. Ibidem, p. 279-280.

⁷⁹² Idem. Ibidem, p. 290.

⁷⁹³ Idem. Ibidem, p. 289.

⁷⁹⁴ Idem. Ibidem, p. 294.

⁷⁹⁵ Idem. Ibidem, p. 291.

⁷⁹⁶ Não é por outra razão que Lenio Streck mantém o seu debate com Habermas, mesmo após o giro de Verdade e justificação, em torno da polaridade entre “verdade” e “consenso”. STRECK, Lenio. Verdade e consenso, 2009.

percebido desde *Direito e democracia*⁷⁹⁷. Em *Verdade e justificação*, ainda que Habermas não negue o primado epistêmico do mundo da vida⁷⁹⁸, sua pluralidade impede qualquer tentativa de torná-lo um mundo de referência substancial, embora ele permita a descoberta de “aspectos transcendentais *universalmente difundidos* que caracterizem as estruturas das formas de vida socioculturais *em geral*”⁷⁹⁹. Assim, “o *medium* estruturante do mundo da vida representa [apenas⁸⁰⁰] uma forma empiricamente universal de comunicação, para a qual não há alternativa em nenhuma das formas de vida conhecidas”⁸⁰¹.

O cenário do pluralismo de visões de mundo e da desintegração do *ethos* comunitário deve nos fazer lembrar por que os membros de sociedades modernas tomam consciência de que, mesmo para além de padrões axiológicos fundamentais, pode haver uma dissensão racional e por que são confrontados com a tarefa de fazer esforços pessoais para acordar em conjunto sobre as normas de uma convivência justa. O universo moral perde a aparência ontológica de algo dado e é visto como algo construído.⁸⁰²

A redução do *mundo da vida* a um material empírico do qual se extrai a universalidade de um padrão formal de comunicação, exigiu, como referido por Habermas, a construção de um mundo de referência para a solução de conflitos. Esse mundo é produzido artificialmente por estruturas contrafáticas e, para tanto, deve obedecer, necessariamente, “dois níveis” epistemológicos: um responsável pela construção dos “discursos de fundamentação” e outro relacionado ao momento da ação propriamente dita, onde a justificação se dá por “discursos de aplicação”⁸⁰³.

O acordo realizado “em dois níveis” nos discursos morais de fundamentação e aplicação está até mesmo sob uma dupla reserva falibilista. Retrospectivamente, podemos nos dar conta tanto de que nos enganamos a respeito dos pressupostos da argumentação como de que não prevemos certas circunstâncias relevantes.⁸⁰⁴

Nota-se que, diferentemente da validade sobre o mundo objetivo que se impõe e pode ser considerado como um ponto de referência constante, a correção encontra-se, ainda, totalmente dependente das condições epistêmicas. Neste sentido, a dúvida sobre as potencialidades transformadoras dessa teoria pragmática continuam presentes: como garantir a “situação ideal de fala” e, com isso, chegar a um consenso válido em torno de questões

⁷⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Fatigued and validity*, 2001.

⁷⁹⁸ Idem. *Verdade e justificação*, 2004, p. 39.

⁷⁹⁹ Idem. *Ibidem*, p. 28.

⁸⁰⁰ Embora seja esse o significado do *mundo da vida* para o novo pragmatismo de Habermas, ele faz referência à existência de núcleos de valores fundamentais evidentes por si mesmos e com uma ligação antropológica forte, tais como integridade física, saúde, liberdade para ir e vir, proteção contra a fraude, ofensa e abandono. Entretanto, afirma também que “temos de compreender as questões morais como questões epistêmicas, mesmo quando o estoque de convicções éticas fundamentais, do qual dispõe o mundo da vida, está esgotado.” HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*, 2004, p. 303 e 307.

⁸⁰¹ Idem. *Ibidem*, p. 28.

⁸⁰² Idem. *Ibidem*, p. 297.

⁸⁰³ Idem. *Ibidem*, p. 292.

⁸⁰⁴ Idem. *Ibidem*, p. 292.

morais? Habermas mantém a ideia de que a situação ideal de fala não obedece ao código binário presente-ausente e a vê como “um design a exigir dos participantes da argumentação uma atitude autocrítica e a troca empática das perspectivas de interpretação”⁸⁰⁵, mas para isso aposta em um modelo “obrigacional”, já que a solução de um conflito que envolve questões morais “exige que cada participante seja sincero mesmo com relação a si próprio, e que também não tome partido em relação às interpretações que os outros dão de si próprios e da situação”. Estaríamos diante de uma “ética da obrigação”? Até que ponto a aposta na “obrigação” como condição de possibilidade para a realização da prática comunicativa “libertadora” não aproximaria Habermas do naturalismo forte em torno do qual Apel sustenta sua “ética da responsabilidade”?

Para além de tais questionamentos, ainda necessitamos projetar as novas conclusões de Habermas para o debate com a hermenêutica filosófica. *Verdade e justificação* apresenta, em muitos pontos, uma aproximação com o pensamento hermenêutico, revelando um consenso permitido pelo distanciamento histórico. Por outro lado, não apenas acentua velhas diferenças, como nega alguns consensos que antes existiam entre ambas. Há, portanto, uma aproximação ambígua que merece ser não só analisada, como também diagnosticada face às razões dessa ambiguidade.

O ponto de aproximação mais notório é, certamente, a consolidação da ideia de que a linguagem é incontornável mesmo quando estamos diante de processos cognitivos voltados para o mundo objetivo. São diversas as passagens em *Verdade e justificação* onde Habermas assume tal constatação, a exemplo daquela em que ele afirma que “a realidade com a qual confrontamos nossas proposições não é uma realidade ‘nua’, mas já, ela própria, impregnada pela linguagem”⁸⁰⁶. Habermas também admite, sem as ressalvas presentes no *Discurso filosófico da modernidade*, que, juntamente com Wittgenstein, uma das frentes do giro linguístico se dá com Heidegger⁸⁰⁷, destacando a relação entre a linguagem e a abertura de mundo, embora mantenha a ideia de que Heidegger conferiu ao *Dasein* um acesso privilegiado ao ser⁸⁰⁸, cabendo a Gadamer o giro pragmático da “busca de entendimento mútuo entre autor e intérprete”⁸⁰⁹. Protagonistas das transformações da filosofia no séc. XX,

⁸⁰⁵ Idem. Ibidem, p. 304-305.

⁸⁰⁶ Idem. Ibidem, p.45. Ver também as páginas 128, 233-235, 242, 244 e 306.

⁸⁰⁷ Idem. Ibidem, p. 63.

⁸⁰⁸ Idem. Ibidem, p. 34.

⁸⁰⁹ Idem. Ibidem, p. 86.

ele constata em um balanço final que “a filosofia hermenêutica e a analítica formam tradições menos concorrentes do que complementares”⁸¹⁰.

No que diz respeito à noção de verdade – isto é, pretensões de validade face ao mundo objetivo – o transcendentalismo de Habermas o aproxima do pensamento heideggeriano. A forte conotação ontológica dessa nova concepção – não obstante a solução pragmática – faz com que a diferença entre um mundo dos entes e o seu acesso linguístico seja verificada de modo semelhante à diferença ontológica de Heidegger. Para este, o real e o existente se diferem na medida em que o real, embora só seja percebido enquanto existente, pode estar presente no mundo incógnito. O reconhecimento de que a verdade no sentido transcendental não depende do consenso não deixa de ser, portanto, uma aproximação entre Habermas e a hermenêutica. A ideia de que a verdade, embora transcendental, não pode ser acessada diretamente e, com isso, depende da linguagem⁸¹¹ e do diálogo, impõe também uma “consciência falibilista”⁸¹² que constitui o pressuposto que leva Gadamer a propor a *vigilância* como um elemento necessário ao acontecer da verdade. A manifestação pragmática da verdade, isto é, a “assertibilidade racionalmente justificada”, portanto, poderá ou não corresponder ao verdadeiro. Enquanto o mundo estiver “jogando” conosco e estiver cessada a interpretação, elas serão presumidas como dados correspondentes. Contudo, o aprimoramento dos processos de aprendizagem impulsionado pela nossa “consciência falibilista” poderá modificar as nossas convicções, destronando a racionalidade de outrora e constituindo outra tão falível quanto⁸¹³. Esse paradoxo há muito já havia sido descrito por Heidegger quando afirmava que o *ser* que se desvela também encobre, ou seja, sempre estaremos na verdade e na não-verdade⁸¹⁴.

Entretanto, no que toca à correção, Habermas abre mão de um mundo referencial e, conseqüentemente, de uma concepção transcendental de validade moral, acentuando sua perspectiva pragmática e o afastando ainda mais, ao menos nesse particular, do paradigma hermenêutico. A diluição de sentidos e de capacidade de institucionalização prévia de valores morais, marca do pluralismo da sociedade moderna, não retira as possibilidades de se identificar pontos de referência para a correção moral-prática na hermenêutica. Primeiro, porque a hermenêutica não concebe a discussão dos juízos morais no plano apofântico da ética discursiva e, com isso, não tem a pretensão de construir discursos de

⁸¹⁰ Idem. Ibidem, p. 64.

⁸¹¹ “Não podemos confrontar o nossas proposições diretamente com uma realidade que já não seja, ela mesma, impregnada pela linguagem”. HABERMAS, Jürgen. Verdade e justificação, 2004, p. 281.

⁸¹² Idem. Ibidem, p. 257.

⁸¹³ Idem. Ibidem, p. 52.

⁸¹⁴ Cf. STEIN, Ernildo. Sobre a verdade, 2006, p. 25.

fundamentação prévios e universais. A hermenêutica congrega a compreensão e aplicação – ponto que o Habermas da década de 60 destacava como uma virtude por associar idealismo e práxis – mantendo, portanto, uma faticidade de referência. Segundo, porque a moral não surge de uma discussão contrafática, mas de um ente que revela o seu *ethos*. Além disso, o sentido que se desvela se sustenta em um nível hermenêutico que, não obstante a diluição de sentidos decorrente do pluralismo, conecta em algum ponto aqueles que divergem. Esse ponto de contato não será a constatação empírica, como defende Habermas, da presença universal de uma estrutura padrão de comunicação, mas um sentido de mundo – por menor que seja – que exerce uma força comunitária atrativa.

Mas, por que à hermenêutica é possibilitada a manutenção de um mundo referencial e ao novo modelo de Habermas não? Aqui retornamos ao mesmo ponto, diagnosticado acima como as razões do desencontro entre essas duas matrizes: a visão de linguagem. Em *Verdade e justificação*, como vimos, Habermas é impulsionado para a construção de um modelo transcendental de validade e o constrói no que se refere ao mundo natural, mas o abandona no que toca à correção moral-prática. Esse impulso é provocado pelo arrefecimento das possibilidades do consenso e pela admissão de dificuldades práticas de implementação das condições epistemológicas necessárias à validade do acordo. Tudo isso é possibilitado por um mundo transcendental, que ultrapassa as nossas possibilidades, mas que em Habermas está limitado ao mundo objetivo. A hermenêutica, por sua vez, resolve a diferença entre o objetivo e o comunicativo na diferença ontológica e admite a possibilidade de um mundo transcendental universal, tendo como condição de possibilidade para essa construção a existência de um “como” hermenêutico, ou seja, de uma linguagem à qual pertencemos e em que estamos imersos desde-já-e-sempre.

Embora Habermas admita a incontornabilidade da linguagem, ainda se refere ao nível apofântico. Assume que a filosofia analítica, identificada em figuras que são influências decisivas em seu pensamento, tais como Frege, Quine e Davidson, atém-se ao primado da proposição enunciativa⁸¹⁵, mas ainda assim mantém firme a sua visão “enunciativa” de linguagem. O “sucesso mundial de Quine”, segundo o próprio Habermas, estaria associado a um modelo filosófico que encontra como único recurso a “análise conceitual”⁸¹⁶. A pergunta pela verdade, quando sustentada por essa tradição apofântica de linguagem, manteve Habermas em uma herança do modelo representacionista, na medida em que ele próprio continua reconhecendo a verdade “como uma propriedade inalienável dos

⁸¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*, 2004, p. 9.

⁸¹⁶ Idem. *Ibidem*, p. 32.

enunciados”⁸¹⁷. Até mesmo no que toca à verdade no sentido estrito – validade face ao mundo objetivo – embora avance em direção a uma dimensão transcendental, constrói na dimensão pragmática da “assertibilidade racional” possibilidades restritas ao plano apofântico. Mesmo quando trata da incontornabilidade da linguagem, sempre fica claro que se trata de uma verdade das *opiniões*, *sentenças*⁸¹⁸ e *enunciados*⁸¹⁹. Até mesmo o que é real, que em Habermas estaria relacionado ao existente, “é tudo o que é o caso e que pode ser representado em enunciados verdadeiros”⁸²⁰.

Já dissemos que esse desencontro entre a dialética habermasiana e a hermenêutica é, em parte, acentuada pela ausência de recursos semânticos no trato da linguagem, tanto por Heidegger, quanto por Gadamer. Habermas, entretanto, diferentemente do que ocorreu nos debates com Gadamer entre os anos de 1960 e 1980, demonstra perceber a existência de uma “dobra” da linguagem na concepção hermenêutica, embora não veja nela um mundo pré-reflexivo com potencialidades racionais.

A primazia do “como hermenêutico” sobre o “como predicativo” fundamenta a diferença fundamental em relação à concepção semântica de verdade. Também segundo esta tese, o sentido das expressões lingüísticas determina as possibilidades de verdade de uma proposição construída com o auxílio delas. Mas isso não significa que, no nível semântico, está *pré-decidido de maneira irrevogável* quais propriedades se atribuem duradouramente a qual categoria de objetos.

Para Habermas, o “como hermenêutico” seria a prova de que “a hermenêutica filosófica desconhece o direito autônomo da função cognitiva da linguagem e o sentido próprio da estrutura proposicional do enunciado” e, com isso, excluiria uma “influência recíproca entre o saber lingüístico e o do mundo”⁸²¹. Mas, embora não se reconheça o direito autônomo da função cognitiva da dimensão apofântica da linguagem – justamente pelo fato de ser ela sempre derivada – nem Heidegger, nem muito menos Gadamer, elimina a participação da linguagem proposicional nos processos de aprendizagem. Apenas, não vê nessa dimensão o “lugar” da transcendência, na medida em que sempre haverá o precedente compreensivo do “como hermenêutico”. Gadamer, ao acentuar o diálogo como necessário ao acontecer da verdade – fato reconhecido e condecorado pelo próprio Habermas – não está fazendo outra coisa senão preconizar a participação do “como apofântico” nos processos de aprendizagem. Como Habermas pode afirmar que a linguagem apofântica é incontornável e confiar a ela processos de aprendizagem que resultam em um neologismo científico? O neologismo científico viria de onde? Daquilo que ela própria contornou, sendo

⁸¹⁷ Idem. Ibidem, p. 243.

⁸¹⁸ Idem. Ibidem, p. 242.

⁸¹⁹ Idem. Ibidem, p. 282.

⁸²⁰ Idem. Ibidem, p. 35.

⁸²¹ Idem. Ibidem, p. 81.

que não poderia fazê-lo? Somente a hermenêutica filosófica explica o neologismo científico e o compatibiliza com a incontornabilidade da linguagem, na medida em que ciência é uma forma poética de ser. A verdade não cabe nos enunciados científicos. Estes apenas querem dizer aquilo que já compreendemos na incontornabilidade do “como hermenêutico”. Por isso podemos, como poetas, dizer aquilo que nunca foi dito. Como já afirmamos acima, o plano apofântico não é universal e as linguagens artificiais da ciência podem ser reinventadas e, dialogicamente, interferir nos processos de aprendizagem, que não passam de processos de desvelamentos daquilo que já se deu. Antes que Newton afirmasse que a força gravitacional é igual ao produto da massa e aceleração de um corpo, ele compreendeu a queda da maçã.

3.3 VERDADE E DIÁLOGO NA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

A pergunta sobre a verdade é uma constante no pensamento de Heidegger e, como podemos observar com Stein, a análise dessa temática exige a observância de três aspectos fundamentais. Em primeiro lugar, “o famoso §44 de *Ser e tempo*, dentro da própria obra; em segundo lugar, a questão situada no contexto dos anos 20 e, em terceiro lugar, o que representa o problema da verdade no conjunto de sua obra até hoje publicada”⁸²². Para além de *Ser e tempo*, mas ainda sobre o seu influxo, o tema continuará sendo recorrente, a exemplo dos seminários oferecidos em Freiburg no semestre de inverno de 1928-1929⁸²³, onde a questão surge a despeito da relação entre filosofia e ciência. Nos trabalhos após 1930, quando a “viravolta” leva Heidegger a desenvolver uma “Filosofia da História da Filosofia”⁸²⁴, a pergunta sobre a verdade continuará em pauta, mas agora marcada pela troca de sinais decorrentes da perspectiva do “retorno”, quando a questão da “essência da verdade” é substituída pela “verdade da essência”, já que “não se trata simplesmente de uma definição metafísica essencialista da verdade, mas de tomar a verdade na medida em que ela é a manifestação fenomenológica da questão do ser”⁸²⁵. Essa “virada” não representa o abandono do método fenomenológico⁸²⁶, mas uma nova perspectiva que se abre para o acesso à história do ser, uma história “que nos determina com o nosso projeto de compreensão do ser e que nos

⁸²² STEIN, Ernildo. Sobre a verdade, 2006, p. 18.

⁸²³ Cf. HEIDEGGER, Martin. Introdução à filosofia, 2008.

⁸²⁴ STEIN, Ernildo. Sobre a verdade, 2006, p. 29. Cf. HEIDEGGER, Martin. Sobre a essência da verdade, 2005, p. 149-170. HEIDEGGER, Martin. Ser e verdade, 2007.

⁸²⁵ STEIN, Ernildo. Sobre a verdade, 2006, p. 29.

⁸²⁶ Idem. Ibidem, p. 29.

limita”⁸²⁷, visão que será determinante para a construção por Gadamer de *Verdade e método*⁸²⁸ e, conseqüentemente, para as nossas investigações.

3.3.1 A proposição não é o lugar da verdade

A pré-história de seus estudos sobre a verdade pode hoje ser facilmente percebida com a publicação de suas obras completas e impõe a conclusão de que o § 44 já deve ser considerado como a síntese de uma preocupação corrente no pensamento de Heidegger, principalmente quando nos deparamos com os seminários do semestre de inverno entre 1925 e 1926, onde a pergunta pela verdade ainda girava em torno do problema da *lógica*⁸²⁹. Ali analisará, preliminarmente, o contexto da discussão em torno da verdade, partindo da crítica que Husserl levanta contra o psicologismo⁸³⁰ e pondo como núcleo do problema a radicalização das diferentes abordagens da época, isto é, a separação em princípio tão evidente entre o *real* e o *ideal*⁸³¹. Nestes prolegômenos, mostra como a figura da intencionalidade de Husserl representa um avanço em relação ao psicologismo, na medida em que o seu conceito de intencionalidade mostrava que a manifestação psíquica é, necessariamente, um dirigir-se a algo.

*El pensamiento es pensamiento de lo pensado, precisamente porque el pensamiento en tanto que algo psíquico tiene ya necesariamente la estructura del dirigirse-a-algo. El pensamiento, en tanto que algo psíquico, en aquello que está referido ya de entrada a algo. No es primeramente algo sólo real que de alguna manera esté dentro de la consciencia y que luego, mediante algún tipo de mecanismo, se refiera posteriormente a algo externo. (...) lo psíquico se da primero y únicamente como este mismo dirigirse: en calidad de tal es “real”.*⁸³²

Com isso Husserl indica um caminho que sugere a conexão entre o *ideal* e o *real*, na medida em que o pensamento é pensamento de algo, ainda que deixe em aberto o sentido claro da crítica ao psicologismo, na medida em que o foco de suas investigações fenomenológicas ainda conferisse primazia à concreta estrutura intencional⁸³³. Limitando-se à busca do que há de positivo nas investigações fenomenológicas para explicitação do fenômeno da verdade, Heidegger perceberá um deslocamento da pergunta.

Hasta ahora hemos encontrado la verdad como una determinación de la proposición, como su “constitución”. La proposición verdadera, la proposición a la que corresponde la verdad, vale: es una verdad. Esta característica pertenece al

⁸²⁷ Idem. Ibidem, p. 29.

⁸²⁸ Idem. Ibidem, p. 30.

⁸²⁹ Cf. HEIDEGGER, Martin. *Lógica: la pregunta por la verdad*, 2004.

⁸³⁰ Cf. STEIN, Ernildo. *Sobre a verdade*, 2006, p. 26-27.

⁸³¹ HEIDEGGER, Martin. *Lógica: la pregunta por la verdad*, 2004, p. 80.

⁸³² Idem. Ibidem, p. 84.

⁸³³ Idem. Ibidem, p. 86.

*campo de lo válido, del ser ideal. Pero ahora la pregunta es más bien por la relación entre lo real y lo ideal, y, mas exactamente, por el fenómeno en el que la relación ha de ser posible. En las consideraciones anteriores, la verdad estaba orientada a la proposición, al enunciado, al λόγος en un determinado significado reducido; en lo sucesivo, brevemente: “λόγος-verdad”.*⁸³⁴

Esse deslocamento marcará as investigações de Heidegger e se tornará o fio condutor de sua concepção de verdade. A tese de que a proposição não é o lugar da verdade e de que a verdade é mais originária constituirá o pivô de inúmeras abordagens com diferentes perspectivas. Nos seminários de inverno de 1925-1926 seguirá desconstruindo a interpretação corrente de λόγος nos gregos, especialmente em Aristóteles e suas implicações na fenomenologia.

Em *Ser e tempo*, abandona a abordagem metacrítica da intencionalidade de Husserl e parte de sua própria analítica (existencial), para estabelecer a relação da verdade com *Dasein*⁸³⁵, constatando então que, por estar sempre ligada ao *ser* por um nexos originário, “o fenômeno da verdade remete ao âmbito da problemática ontológica fundamental”⁸³⁶. A partir daí, sua abordagem fenomenológica parte para a análise do conceito tradicional de verdade, que permitirá uma desconstrução do caráter originário da proposição, levando-o, ao mesmo tempo, ao esclarecimento sobre o sentido ontológico da verdade.

Para Heidegger, o conceito tradicional de verdade está pautado em três teses que caracterizam a apreensão da essência da verdade. A primeira diz respeito ao fato de se considerar a proposição o *lugar* da verdade; a segunda, ao fato de que a “essência da verdade” reside na concordância entre o juízo proposicional e seu objeto; a terceira, ao fato de ser atribuído a Aristóteles não apenas o surgimento da lógica, como também a concepção de verdade como concordância⁸³⁷. A desconstrução do conceito tradicional de verdade passa, portanto, pela revisão dessas três teses centrais, na medida em que, segundo ele, “*ni Aristóteles expuso las dos primeras tesis que hemos citado ni él enseña de hecho ni indirectamente lo que ellas afirman*”⁸³⁸.

A nova interpretação empreendida por Heidegger o leva a crer que Aristóteles em nenhum momento define a verdade como um fenômeno que remonta à proposição, sendo que, ao relacionar λόγος (proposição) com verdade, o faz de modo que a proposição é que é definida mediante a verdade e não a verdade mediante a proposição. A

⁸³⁴ Idem. *Ibidem*, p. 86-87.

⁸³⁵ STEIN, Ernildo. *Sobre a verdade*, 2006, p. 22.

⁸³⁶ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, 2005, p. 281.

⁸³⁷ Idem. *Ibidem*, p. 282. As três teses já estavam expostas desde 1925 nos seminários sobre Lógica. Cf.

HEIDEGGER, Martin. *Lógica: la pregunta por la verdad*, 2004, p. 108.

⁸³⁸ HEIDEGGER, Martin. *Lógica: la pregunta por la verdad*, 2004, p. 108.

proposição se volta para aquilo que “pode ser verdadeiro”, definindo-a (proposição enunciativa) como o discurso que pode ser verdadeiro ou falso⁸³⁹. “*La proposición está definida en referencia a la verdad, y no al revés, que la verdad procede de la proposición*”⁸⁴⁰. Desse modo, além de inverter os sinais e colocar a proposição a serviço da verdade, o faz mediante a possibilidade de ser tanto verdadeira como falsa. Para Aristóteles, “*a la proposición le corresponde esta alternativa de verdadero-falso*”, isto é, “*la proposición no es en absoluto aquello que tiene que haber para que la verdad pueda ser lo que es*”⁸⁴¹. O fato de uma proposição poder ser falsa é a prova inequívoca de que a verdade não está na proposição. O pano de fundo desse desvio está, segundo Heidegger, na tradução das passagens em que Aristóteles se refere ao problema da verdade. A expressão que os gregos se utilizavam para “ser verdadeiro” significa literalmente ἀληθεύειν, isto é, o mesmo que descobrir no sentido de desvelar, retirar do ocultamento⁸⁴². O antônimo dessa expressão não será, tampouco, a expressão “falso”, já que aquilo que não está desvelado está velado. É curioso notar que, na análise sobre a questão da verdade, esta assume o polo negativo no antagonismo com a não verdade que, por sua vez, será retratada em grego com o sentido positivo. Assim, ἀλήθεια (*aletheia*) é o que hoje traduzimos pela expressão “verdade”, quando em grego vem precedida pelo prefixo “ἀ”, que indica a negatividade. Já o sentido contrário de ἀλήθεια é ψεῦδος, expressão que denota um sentido positivo⁸⁴³. Essa desconstrução do tratamento etimológico da verdade nos gregos remete Heidegger às raízes veladas da questão da verdade e mostra o seu sentido mais originário, que é o de des-velamento. Desse modo, a proposição enquanto λόγος não é aquilo que carrega a verdade, mas, por uma perspectiva mais originária, aquilo que serve para des-velar. A proposição não carrega a verdade, não é o lugar da verdade, mas aquilo que se volta para o que deve ser des-velado, isto é, para aquilo que está velado. A essência da proposição, dirá Heidegger, é ἀποφαίνεσθαι, ou seja, “fazer ver um ente”, descobri-lo, desocultá-lo. Fazer com que ele seja visto a partir dele mesmo, trazê-lo para a visão, mostrá-lo.

A revelação do sentido originário da proposição repercute diretamente no conceito tradicional de verdade tida por Heidegger como “concordância”, no mais das vezes retratada por outros autores como “correspondência”⁸⁴⁴. Admitindo que não se trata de uma análise completa, mas da identificação de um “esquema básico” dessa concepção

⁸³⁹ Idem. Ibidem, p. 108.

⁸⁴⁰ Idem. Ibidem, p. 109.

⁸⁴¹ Idem. Ibidem, p. 109.

⁸⁴² Idem. Ibidem, p. 110.

⁸⁴³ HEIDEGGER, Martin. Da essência da verdade, 2007, p. 234.

⁸⁴⁴ Cf. KIRKHAM, Richard L. Teorias da verdade, 2003, p. 173-174.

de verdade, Heidegger a compreende como uma teoria que concebe o verdadeiro como “aquilo que está de acordo, que concorda”⁸⁴⁵. Esse esquema pode se manifestar de duas maneiras: a) a conformidade entre uma coisa e o que dela previamente se presume ou b) a conformidade entre o que é significado pela enunciação e a coisa⁸⁴⁶, embora resuma seu esquema básico à “concordância entre a sentença e a coisa”⁸⁴⁷. Com isso, abre-se a possibilidade do reverso, isto é, da não-concordância entre a enunciação e a coisa, o que caracterizaria a não-verdade, o não estar de acordo⁸⁴⁸. Mas, por que falamos em “concordância” ou “correspondência”? Qual a sua (aparente) condição de possibilidade? Heidegger lança tais questões e segue em busca das razões pelas quais nos deixamos levar pela aparente “concordância” entre enunciação e coisa. Em primeiro lugar, para que houvesse uma relação entre uma enunciação sob a forma proposicional e uma coisa, ambos deveriam ter existência substancial independente. Deveria, para tanto, ser possível olhar o enunciado e compreendê-lo; em seguida, olhar a coisa, compreendê-la e, em um terceiro momento, identificar o acordo entre ambas. Mas o que Heidegger chama atenção é para o fato de o enunciado só fazer sentido diante do ente, sendo o sentido do enunciado, no fundo, o sentido daquele ente que o enunciado faz ver. Como seria, então, possível comparar a coisa consigo mesma? A partir do momento em que deslocamos a verdade para fora do enunciado (da proposição), perdemos um dos polos da comparação e somos, conseqüentemente, forçados a ir ao encontro do ente e deixar que ele venha à fala.

A realização da enunciação representativa com a coisa é a realização desta referência; esta se realiza originariamente e cada vez, como o desencadear de um comportamento. Todo comportamento, porém, se caracteriza pelo fato de, estabelecido no seio do aberto, se manter referido àquilo que é manifesto enquanto tal. Somente isto que, assim, no sentido estrito da palavra, está manifesto foi experimentado precocemente pelo pensamento ocidental como “aquilo que está presente” e já, desde há muito tempo, é chamado “ente”.

(...) Todo trabalho e toda realização, toda ação e toda previsão, se mantêm na abertura de um âmbito aberto no seio do qual o ente se põe propriamente e se torna suscetível de ser expresso naquilo que é e como é. Isto somente acontece quando o ente mesmo se pro-põe, na enunciação que o apresenta, de tal maneira que a esta enunciação se submete a ordem de exprimir o ente assim como é. (...)

Assim, cai por terra a atribuição tradicional e exclusiva da verdade à enunciação, tida como o único lugar essencial da verdade. A verdade originária não tem sua morada original na proposição. Mas, surge simultaneamente a seguinte questão: qual é o fundamento da possibilidade intrínseca da abertura que matem o comportamento e que se dá antecipadamente uma medida? É somente desta possibilidade intrínseca da abertura do comportamento que a conformidade da proposição recebe a aparência de realizar a essência da verdade.⁸⁴⁹

⁸⁴⁵ HEIDEGGER, Martin. Sobre a essência da verdade, 2005, p. 155.

⁸⁴⁶ Idem. Ibidem, p. 155-156.

⁸⁴⁷ Idem. Ibidem, p. 132

⁸⁴⁸ Idem. Ibidem, p. 157.

⁸⁴⁹ Idem. Ibidem, p. 158-159.

Com isso, concluímos com Heidegger que a realização da essência da verdade na proposição decorre, no fundo, da compreensão do ente de que a proposição ilumina, faz ver, e que, por sua vez, é possibilitada por uma antecipação de um sentido prévio do ente sobre o qual já falamos alhures.

A terceira e última tese esboçada sobre as concepções clássicas – a de que Aristóteles seria o “pai” da ideia de proposição como o lugar da verdade – é derrubada naturalmente pela desconstrução das outras duas. Não apenas Aristóteles, mas os gregos, de um modo geral, não viam a proposição como o lugar privilegiado da verdade, entendendo o *logos* como algo que ilumina o ente e que faz com que ele seja visto. Esse caráter derivado da proposição, do fazer-ver-o-ente, atribui ao ente o espaço onde caberá a verdade, equiparando-a ao acontecer do próprio ente em uma justaposição e impedindo qualquer tipo de correspondência. Mas, se essa conclusão é, por um lado, necessária para descortinar a visão tradicional de verdade, é, por outro, perigosa, na medida em que pode encobrir o modo como verdadeiramente essa verdade se dá, isto é, encobrir o *ser* com a sua entificação, um alerta que atravessa toda a obra de Heidegger quando vê na história da filosofia uma estória de encobrimento do ser, de querer ver o ser no ente.

A colocação da proposição como algo que pode “fazer ver” a verdade a coloca em um plano secundário, concebendo o lugar da verdade como algo mais originário⁸⁵⁰. Mas esse lugar originário não pode ser confundido com o ente, sob pena de estarmos ocultando o *ser* das coisas com o ente. O que vem à fala no ente não é ele em sentido objetivo, mas algo que acontece a partir dele como um fenômeno no sentido fenomenológico. Aqui, retornamos àquilo que já abordamos anteriormente quando tratamos da diferença ontológica. Ir ao encontro do ente não é buscar nele a verdade que se esconde em suas entranhas objetivas, mas se abrir para o acontecer de uma verdade que se dá sob a forma do *ser*. Com isso, Heidegger demonstra a relação imanente e necessária que existe entre uma teoria da verdade e uma ontologia fundamental e revoluciona as possibilidades de ambas. Essa relação permite que identifiquemos, com mais clareza, o modo “como” a verdade se dá, identificado por uma estrutura “dobrada”, sendo a mais originária denominada de “como” hermenêutico e a derivada de “como” apofântico. A proposição e sua estrutura apofântica se

⁸⁵⁰ “O *logos* não é o lugar primordial da verdade porque é um método determinado de fazer ver. Ainda que se determine que a verdade pertence ao juízo, certo é que, para os gregos, o verdadeiro reside na *aistheses* mais originalmente, enquanto apreensão sensível de alguma coisa. É nela no *noein*, incapaz de encobrir, que se dá o verdadeiro desvelamento. A síntese já explica e faz ver um ente mediante outro ente e, assim, mais facilmente pode ocultar. Por isso a verdade do juízo é, de muitas maneiras, derivada.” STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude*, 2001, p. 166-167.

fundam na estrutura hermenêutica da compreensão⁸⁵¹. Com isso, o problema da verdade é compatibilizado com a diferença ontológica, um de seus postulados fundamentais.

3.3.2 Verdade e o acontecimento do ser

Aqui já podemos afirmar que a verdade não está na proposição, sendo ela algo que faz ver o ente, mas também não está “dentro” do ente como uma característica objetiva de sua estrutura, mas no acontecer fenomenológico do ser que se dá a partir da abertura. Para Heidegger, “a verdade não pertence, em hipótese alguma, à consistência essencial do ente por si subsistente”⁸⁵². Verdade será tida, portanto, como um movimento, um acontecer, um desvelamento. Esse movimento não é iniciado pela intencionalidade de uma consciência prévia, ao contrário, essa “consciência” já é resultado do acontecer da verdade, que tem como condição de possibilidade a abertura ao ente.

Deixar-ser significa o entregar-se ao ente. Isto, todavia, não deve ser compreendido apenas como simples ocupação, proteção, cuidado ou planejamento de cada ente que se encontra ou que se procurou. Deixar-ser o ente – a saber, o ente como ele é – significa entregar-se ao aberto e à sua abertura, na qual todo ente entra e permanece, e que cada ente traz, por assim dizer, consigo. Este aberto foi concebido pelo pensamento ocidental, desde o seu começo, como *ta aléthea*, o desvelado. (...) O entregar-se ao caráter de ser desvelado não quer dizer perder-se nele, mas se desdobra num recuo diante do ente a fim de que este se manifeste naquilo que é e como é, de tal maneira que a adequação apresentativa dele receba a medida.⁸⁵³

O que acontece é, portanto, o *ser* do ente. Mas, caberia ainda a seguinte pergunta: quem ou o que garantiria que o *ser* que acontece é um ser verdadeiro? A resposta a essa pergunta é uma das “pedras de toque” do pensamento de Heidegger sobre a verdade e que podem levar seus intérpretes a pontos diametralmente opostos. A rigor, nada e ninguém garantem que o *ser* que acontece é um *ser* verdadeiro, pois o lugar da verdade é também o da não verdade. “Se o ser-aí existe, ele é como tal na verdade, no desvelamento; necessariamente, ele é na verdade e na não-verdade ao mesmo tempo. Ele sempre se movimenta faticamente em uma livre opção entre duas coisas”⁸⁵⁴. Essa constatação pode receber da fenomenologia heideggeriana uma explicação mais esclarecedora. É que o ente nunca se mostra sozinho, isolado. Ele está sempre em meio ao contexto onde ele, embora se mostre, nunca se mostra por inteiro. Essas são variáveis que nos leva, necessariamente, a um ver parcial do ente, seja por que nunca o veremos como um todo, nem nunca o veremos na completude do seu contexto. Assim, quando o ente vem ao nosso encontro, abertura que

⁸⁵¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, 2005, p. 292.

⁸⁵² Idem. *Introdução à filosofia*, 2008, p. 159.

⁸⁵³ Idem. *Sobre a essência da verdade*, In. *Conferências e escritos filosóficos*, 2005, p. 161.

⁸⁵⁴ Idem. *Introdução à filosofia*, 2008, p. 163.

provoca o acontecer fenomenológico do *ser*, o que se dá não é o absoluto. Isso não é um defeito da verdade, mas uma imposição das nossas limitações compreensivas, ou seja, uma limitação decorrente da nossa finitude. Para Heidegger, a verdade não pode significar “tudo que há no verdadeiro, a totalidade do verdadeiro”⁸⁵⁵. Com isso, podemos perceber melhor o que significa a afirmação de que o *Dasein* estará sempre na verdade, bem como na não verdade. É que o acontecer da verdade é sempre um vir-a-ser de um ente que se mostra parcialmente, o que nos leva a crer que sempre haverá algo mais a ser visto e que se encontra encoberto. Ver um quadro na parede é sempre uma forma de não ver a parede, do mesmo modo que o ver a parede é sempre uma forma de não ver o quadro. Ademais, ainda que o nosso projeto compreensivo projete um todo que vá para além da perspectiva de um primeiro olhar, essa abertura também não será o todo, pois a nossa finitude impedirá a abertura para a totalidade.

Ainda assim, mesmo deixando de lado a pretensão de uma abertura à totalidade, ainda caberia uma outra pergunta. O que se vê, por não ser uma característica objetiva do ente, faria do acontecer da verdade uma subjetividade arbitrária? Neste ponto, encontramos o epicentro de leituras que fazem crer que a filosofia hermenêutica é relativista. Devido ao fato de o acontecer da verdade se dar na diferença ontológica e, portanto, não ser “objetivo”, poderíamos crer que esse acontecer seria “subjetivo” e, portanto, arbitrário. Mas, não podemos esquecer que o paradigma heideggeriano aposta em uma terceira possibilidade. O que acontece não é o ente objetivamente, embora seja ele quem está sendo desvelado em seu *ser*. Também não é um sentido subjetivo no sentido de arbitrário, ou seja, à “disposição” do sujeito que compreende. O que acontece é um *ser* que não nos pertence, na medida em que nós é que pertecemos a ele. Esse *ser* acontece *como* hermenêutico, em um projeto que não dominamos e que se antecipa independente das nossas possibilidades, o que nos permite concluir que todo acontecer antecipado é, necessariamente, um acontecer verdadeiro. Mas, como jamais será um acontecer da totalidade, implicará, também, no velamento, isto é, na não-verdade.

Toda verdade é relativa ao ser da presença na medida em que seu modo de ser possui essencialmente o caráter de pre-sença. Será que essa relatividade significa que toda verdade é “subjetiva”? Caso se interprete “subjetivo” como o que “está no arbítrio do sujeito, certamente não.”⁸⁵⁶

O fato de o acontecer do *ser* na compreensão depender do sujeito não torna a compreensão “subjetiva” no sentido de “arbitrária”. Isto porque a

⁸⁵⁵ Idem. Ibidem, p. 162.

⁸⁵⁶ Idem. Ser e tempo, 2005, p. 296.

destranscendentalização promovida por Heidegger o retira dos trilhos solipsistas da filosofia moderna, iniciados por Descartes e aprimorados por Kant, embora não elimine o sujeito⁸⁵⁷, mantendo uma função determinante para os desígnios de seu próprio *ser* e de toda humanidade. Certamente, haverá algo de subjetivo na compreensão – afinal, o que acontece depende de uma “visão de mundo” e a história de vida do sujeito será determinante para tanto – mas isso não significa que esse acontecer seja um arbítrio, pois ele sequer terá tempo para optar por um projeto compreensivo determinado ou para pensar em métodos constitutivos desse projeto. Tudo chegará tarde. No acontecer originário sempre haverá a verdade, porque sempre haverá um desvelamento que trará à tona um sentido do ente que fora construído intersubjetivamente e no qual o *Dasein* estará imerso. Só faz sentido falar em verdade porque o *eu* está aí com os *outros*. Se estivéssemos sozinhos e se esse *estar sozinho* significasse ausência total do *outro*, o *eu sozinho* seria algo equivalente a *Deus*. E para *Deus* não faz sentido falar em verdade e em conhecimento, tampouco em diferença ontológica entre ente e *ser*. Só falamos em verdade e em conhecimento porque há um mundo de sentido que não construímos sozinhos, e que já pressupõe o *estar com o outro*. A tese de um relativismo só faria sentido se acompanhada de um total ceticismo, que, mesmo assim, iria pressupor uma certeza: a de que não existem verdades⁸⁵⁸. Portanto, se sozinho – no sentido absoluto – não faz sentido falar em verdade ou conhecimento e se com o *outro*, mesmo quando sou um cético, já assumo a pretensão de estar com a verdade, significa que a verdade é uma forma de *ser* desse ente que todos nós somos.

3.3.3 Verdade e não-verdade

O acontecer da verdade trará sempre consigo a não-verdade e o *Dasein*, que pode estar na verdade, também sempre estará na não-verdade⁸⁵⁹. As nossas angústias em relação à verdade não estão na correspondência entre proposição e a coisa, mas na relação “interna” entre verdade e não-verdade, isto é, entre o velado e o des-velado, entre o que se mostrou e o que ainda se encontra encoberto. A não-verdade pertence à essência da

⁸⁵⁷ “No sentido tradicional, o sujeito é um eu inicialmente encapsulado em si e cindido de todos os outros entes, um eu que se comporta de maneira bastante auto-efervescente no interior de sua cápsula. Denominamos essa concepção de mero sujeito a *má subjetividade*; má porque ela não toca absolutamente a essência do sujeito. Designamos terminologicamente o sujeito com a palavra ‘ser-aí’. Portanto, a essência da subjetividade não é justamente algo ‘subjetivo’ no mau sentido”. HEIDEGGER, Martin. Introdução à filosofia, 2008, p. 120.

⁸⁵⁸ É essa recaída em uma contradição performática que Dworkin se utiliza para derrubar os argumentos dos críticos céticos quanto à existência de respostas corretas em direito. Cf. DWORKIN, Ronald. O império do direito, 1999.

⁸⁵⁹ STEIN, Ernildo. Sobre a verdade, 2006, p. 25.

verdade⁸⁶⁰. A não-verdade não equivale à falsidade, mas àquilo que não foi desvelado, que se encontra oculto. Em seu modo mais originário, a não-verdade se apresenta sob a forma da dissimulação, que nos remete ao fenômeno do “mistério”, isto é, ao ente velado na sua totalidade⁸⁶¹. “Não se trata absolutamente de um mistério particular referente a isto ou àquilo, mas deste fato único que o mistério (a dissimulação do que está velado) como tal domina o ser-aí do homem”⁸⁶². A não-essência originária da verdade é, portanto, o mistério. Mas o homem passa a se relacionar de alguma forma com o ente, embora se limite, habitualmente, “a este ou àquele ente em seu caráter revelado”, a uma “realidade corrente e passível de ser dominada”⁸⁶³. Neste ambiente, o que está velado (a não-verdade) acaba sendo “tolerado sob a forma de um limite que acidentalmente se anuncia” e a dissimulação como acontecimento fundamental cai no esquecimento⁸⁶⁴. Tal qual demonstrado em *Ser e tempo* quando tratava da alienação do homem em meio aos entes da manualidade, o homem tende a se dirigir ao que é corrente e, com isso, se afastar do “mistério”⁸⁶⁵. “Esse vaivém do homem no qual ele se afasta do mistério e se dirige para a realidade corrente, corre de um objeto da vida cotidiana para outro, desviando-se do mistério, é o *errar*”⁸⁶⁶.

O homem erra. O homem não cai na errância num momento dado. Ele somente se move dentro da errância porque in-siste ek-sistindo e já se encontra, desta maneira, sempre na errância. A errância em cujo seio o homem se movimenta não é algo semelhante a um abismo ao longo do qual o homem caminha e no qual cai de vez em quando. Pelo contrário, a errância participa da constituição íntima do ser-aí à qual o homem historial está abandonado. A errância é o espaço de jogo deste vaivém no qual a ek-sistência insistente se movimenta constantemente, se esquece e se engana sempre novamente. A dissimulação do ente em sua totalidade, ela mesma velada, se afirma no desvelamento do ente particular que, como esquecimento da dissimulação, constitui a errância. A errância é a antiessência fundamental que se opõe à essência da verdade.⁸⁶⁷

Encontramo-nos agora no “olho” da viravolta. É que, para Heidegger, o deixar-ser do ente como tal e em sua totalidade acontece, autenticamente, apenas quando, de tempos em tempos, ele “é assumido em sua essência originária”⁸⁶⁸, revelando o “fundamento da imbricação da essência da verdade com a verdade da essência”⁸⁶⁹. A essência historial do homem encontrou na filosofia a postura que se pergunta pelo ente do modo mais originário⁸⁷⁰,

⁸⁶⁰ Idem. Sobre a essência da verdade, p. 165.

⁸⁶¹ Idem. Ibidem, p. 165

⁸⁶² Idem. Ibidem, p. 165.

⁸⁶³ Idem. Ibidem, p. 165.

⁸⁶⁴ Idem. Ibidem, p. 166.

⁸⁶⁵ Idem. Ibidem, p. 166.

⁸⁶⁶ Idem. Ibidem, p. 166-167

⁸⁶⁷ Idem. Ibidem, p. 167.

⁸⁶⁸ Idem. Ibidem, p. 168.

⁸⁶⁹ Idem. Ibidem, p. 168.

⁸⁷⁰ Idem. Ibidem, p. 168.

mas também encontrou, neste mesmo momento, a dominação expressa pelo senso comum mediante a sofística⁸⁷¹. A modernidade leu os gregos a partir de uma situação hermenêutica dominada pela técnica, que busca as respostas que já podem ser encontradas e mantém a dissimulação no esquecimento. Quando Galileu, Descartes e Kant buscam na matemática o fundamento filosófico das ciências, esquece aquilo que está para além da matemática. A *verdade sobre a essência* se revela como historial e determinante para a *essência da verdade* que, na modernidade, se revela como científica. Se o nosso caminho em busca da *essência da verdade* foi determinado por uma história de verdades encobertas, encontramos-nos, agora, em um momento de luta pela verdade, o que deve ser entendido como uma luta pelo desvelamento do ser. “A *essência da verdade é a luta com a não-verdade*, em que *não-verdade se põe junto no processo que possibilita a essência da verdade*”⁸⁷². Como a verdade é sempre a verdade para *nós*, resta-nos (re)conquistá-la. “Temos que conquistar a verdade, é a decisão de nossa missão. Somente com a decisão desta luta abre-se para nós a possibilidade de um *destino*”⁸⁷³. Essa luta é a razão pela qual nos perguntamos pelo diálogo.

3.3.4 Verdade e diálogo

Aqui temos de retomar à nossa questão central que é o diálogo. Como esse “modelo estrutural” se encaixa em um contexto onde a verdade já se deu? Qual o seu fundamento? Por que o diálogo e não a guerra? Por que o diálogo democrático e não o despotismo esclarecido? Essas perguntas nos remetem a dois problemas cruciais à nossa tese, um relacionado ao lugar (função) que o diálogo assumirá em uma matriz hermenêutica que denuncia nossas limitações diante de uma linguagem que já se deu; outro relacionado ao fundamento filosófico da nossa aposta no diálogo. Uma coisa é a sua serventia, seus limites e possibilidades em um paradigma hermenêutico; outra é o fundamento de sua proposição como algo necessário. O primeiro se encontra no plano descritivo e existencial, enquanto que o segundo já se encontra no plano normativo e prescritivo. Antecipadamente, podemos anunciar que tais questões estão diretamente relacionadas à dupla dimensão de nossa finitude, pois a primeira diz respeito aos nossos limites cognitivos e a segunda aos nossos limites históricos, o que, no fundo, nos permitiu ler a hermenêutica filosófica a partir de *Ser e tempo* e avançar com *Verdade e método*, sempre na tentativa de acompanhar o movimento da interrogação heideggeriana.

⁸⁷¹ Idem. Ibidem, p. 168.

⁸⁷² Idem. Da essência da verdade, 2007, p. 270.

⁸⁷³ Idem. Ibidem, p. 271.

Sob um ponto de vista analítico-existencial, o diálogo se situa no plano secundário do *logos*. Dialogar é, antes de tudo, dizer algo ao outro, e uma análise estática desse jogo revela sua estrutura básica, que é a proposicional. Enquanto proposição, o diálogo, portanto, não é o lugar da verdade e, conseqüentemente, o consenso a que chegamos através dele – se chegarmos – não poderá ser equiparado à verdade. Essa limitação faz com que não possamos depositar todas as nossas fichas no diálogo ou, ao menos, exige uma reflexão mais profunda sobre o seu “lugar” no paradigma hermenêutico. Mas, se o diálogo não poderá trazer consigo a verdade, poderá, na medida em que é proposição, assumir a sua função originária de fazer ver o ente, de mostrá-lo, aplicando-se ao diálogo tudo aquilo que tratamos pouco acima sobre a relação entre verdade e proposição. Rigorosamente falando, o diálogo não constrói sentido, mas ilumina o ente a partir de novas perspectivas. É o próprio ente que, ao ser visto em uma nova perspectiva, revelar-se-á em seu ser. Com isso, também podemos concluir que a argumentação só produzirá efeitos se o ente iluminado for visto naquela perspectiva pelo outro – o que já depende de uma antecipação de sentido do *auditório* – sob pena de estarmos “falando para as paredes”. Por mais estranho que pareça, o diálogo em uma perspectiva hermenêutica apenas revela o ente que já pode ser visto, razão pela qual não será possível concebê-lo a partir de um “grau zero”, nem ir além daquilo que já é possível antes mesmo de sua instauração. Para que haja diálogo é necessário que haja algo a ser mostrado, sendo esse *deixar ser visto* um acontecer fenomenológico de um ente que já pode ser.

Diante de tantas limitações, por que falar em diálogo em uma perspectiva analítico-existencial? Qual a sua função no processo compreensivo, já que este é uma antecipação de sentido? Embora as conclusões a que chegamos possam parecer pessimistas quanto a uma possível função relevante para o diálogo, de fato, o são apenas na aparência. Embora o lugar da verdade não seja a proposição e embora só mostremos aquilo que já vimos, iluminar o ente para que o *outro* veja é de fundamental importância para a função integrativa. De certo, o outro só verá aquilo que já pode ver, mas aquilo que o outro pode ver é muito mais do que ele via antes do diálogo, isto é, antes de ter o ente iluminado pela articulação dinâmica das proposições no diálogo. Ainda que quem mostre esteja limitado, quem tem o ente mostrado pode ter a oportunidade de deixá-lo ser e, com isso, desalienar-se diante do acontecer da verdade. O consenso que daí surge não constrói verdades, mas alinha projetos compreensivos ou, em outras palavras, equipara perspectivas face ao ente que se mostra em seu *ser* verdadeiro. Na luta da verdade com a não-verdade, o diálogo reduz o espaço do ocultamento, desvelando o ente que se mostra em seu ser, ainda que traga consigo a

pecha inexorável do ocultamento provocado por toda e qualquer proposição. Entretanto, o diálogo reduz os efeitos desse ocultamento na medida em que dinamiza o *jogo* pondo o ente a girar e a mostrar seu lado oculto a todo momento. O dinamismo do diálogo está a serviço do desvelamento e, portanto, da verdade em contraposição à não-verdade.

A viravolta heideggeriana não negou o modelo fenomenológico descrito em *Ser e tempo* e, conseqüentemente, não abandonou a ideia de que a nossa compreensão está limitada ao horizonte da abertura, mas impôs uma segunda limitação: a histórica. “Heidegger afirma que *Ser e tempo* é o caminho necessário, mas não suficiente” para o enfrentamento da história do ser⁸⁷⁴. Como vimos, no que diz respeito às nossas limitações cognitivas, o diálogo é um “fazer-ver”⁸⁷⁵ pois ele vira e revira o ente para mostrá-lo em seu ser. Apostamos no diálogo, em primeiro lugar, porque queremos fugir da dissimulação, sendo ele a principal arma na luta pela verdade, pelo desvelar do que não foi visto. Mas essa aposta está limitada e condicionada pela variável histórica. Os efeitos da história que ecoarão no diálogo são os mesmos que fazem com que nós o busquemos. Ainda que haja uma relação interna transcendental entre diálogo e verdade que proporcione a este modelo estrutural um lugar na analítica existencial, a opção pelo diálogo, pelo consenso e pela democracia em contraposição à guerra, imposição e autocracia não é transcendental, nem possui com sua posição analítica uma relação de causalidade. A aposta no diálogo não está ligada à *essência da verdade*, mas à *verdade da essência* historial do homem. Está ligada à autenticidade da tradição democrática, da igualdade e da alteridade. Encontra um fundamento existencial que não tem fundo e que se sustenta justamente pelo fato de a opção por um modelo estrutural voltado para a alteridade cessar a compreensão. A opção pelo diálogo e a necessária relação entre ele e a resposta correta em direito – que apresentaremos no próximo capítulo – não é uma determinação a priori para o conhecimento válido, mas uma marca da história que nos atropela na contramão de um movimento que se inicia como uma tentativa de ultrapassar os nossos limites.

Até aqui constatamos que há um espaço para o diálogo no paradigma hermenêutico e que o desenrolar histórico impõe que o busquemos. Mas, ainda cabe uma terceira pergunta: como colocaremos o diálogo em curso? Como viabilizaremos a implementação desse modelo estrutural? Esse foi um dos grandes problemas enfrentados por Habermas, na medida em que a situação ideal de fala como condição de possibilidade para o

⁸⁷⁴ STEIN, Ernildo. Sobre a verdade, 2006, p. 308.

⁸⁷⁵ Heidegger já afirmara antes mesmo de *Ser e tempo* que o falar é um “fazer ver o ente”. HEIDEGGER, Martin. *Lógica: la pregunta por la verdad*, 2004, p. 135.

agir comunicativo (dialógico), embora passível de ser concebida no plano ideal, mostrava-se utópica no plano concreto⁸⁷⁶. Como vimos, em *Verdade e justificação* ele abre mão de estabelecer uma correlação direta entre verdade e consenso, e um dos motivos dessa mudança foi, justamente, a dificuldade de realização de seu modelo ideal em situações concretas. A questão, portanto, continua em aberto. Pôr o diálogo em curso dependerá de uma ética da responsabilidade? De uma teologia? Da amizade⁸⁷⁷ ou do amor⁸⁷⁸ que nos abre para o outro? Continuará sendo um modelo ideal que servirá para aferir o grau de racionalidade dos juízos sobre o mundo prático?

A posição assumida neste trabalho não depende de uma ética da responsabilidade construída a partir de um transcendentalismo forte, como faz Appel, tampouco por uma ética da obrigação, como propõe Habermas. Também não buscará na virtude da amizade ou do amor as condições de possibilidade para a abertura ao outro, embora não seja incompatível com essa abertura. A energia necessária para pôr o diálogo em curso reside, basicamente, na expansão do espaço consensual presente em todo o dissenso mediante um constrangimento ontológico permitido pelo acontecer de uma verdade que imuniza o diálogo frente aos discursos metafísicos.

Sabemos que acreditar na verdade não é o mesmo que ter a certeza de tê-la atingido. A “mesmidade” do ente, como disse Heidegger, não implica uma mesma visão sobre ele. O dualismo entre verdade e não-verdade, justamente por impedir a afirmação categórica sobre verdades, produz uma força que nos move em direção ao diálogo justamente pelo fato de o dissenso servir como contraprova da distância que nos separa do ente desvelado. Essa força decorre e, ao mesmo tempo, marca uma zona consensual presente em todo e qualquer dissenso, que não vem sendo explorada porque artifícios dogmático-metafísicos a escondem e permitem que os sujeitos sustentem pontos de vista arbitrários, esquivando-se do constrangimento ao qual se submeteriam se estivessem diante do acontecer do ente em seu *ser*. Assumir a existência da verdade permite tomá-la como um “motor imóvel” que nos leve ao alinhamento de nossas perspectivas. E sempre haverá algo a mais em comum, algo para além da própria pressuposição da verdade, caso contrário sequer teríamos consciência de onde começa e onde termina o dissenso. Concluir que estamos no dissenso já é, portanto, um pano de fundo significativo para edificarmos o consenso.

⁸⁷⁶ Cf. TUGENDHAT, Ernst. Lições sobre ética, 2003, p. 161-176.

⁸⁷⁷ Cf. ROHDEN, Luiz. Hermenêutica filosófica – uma configuração entre a amizade aristotélica e a dialética dialógica, 2008.

⁸⁷⁸ Cf. WARAT, Luis Alberto. Mediación, derecho, ciudadanía, ética y autonomía en el humanismo de la alteridad, 2004.

Esse caminho para o alinhamento de perspectivas (ou de projetos compreensivos) exige que nos afastemos dos mitos metafísicos que obstaculizam o acontecer da verdade. A metafísica coloca barreiras ao constrangimento ontológico dos sujeitos e impede que o *ser* do ente se manifeste. Nesse ambiente imunizado, criam-se as condições de possibilidade para que o *jogo* e o *diálogo* permitam que o ente se mostre em seu *ser*, “venha à fala”. Esse movimento constante nos levará à ampliação paulatina do espaço consensual e à redução diretamente proporcional do espaço de dissenso.

Podemos pressupor que essa ação reflexiva poderá não garantir um consenso imediato, tendo em vista que o constrangimento ontológico pode perder força diante da fragmentação de tradições, cuja autenticidade dependeria de um distanciamento histórico. Ainda que o diálogo acelere o *tempo* ontológico, a limitação do tempo cronológico impediria a diluição do dissenso. Mas, de qualquer sorte, a ação dialógica heterorreflexiva nos colocaria diante do verdadeiro motivo do dissenso e exigiria, pelo simples fato de nenhum dos lados possuírem a prerrogativa de invocar a verdade, um consenso. Neste caso, não estaríamos diante de um consenso pura e simplesmente pragmático, pois essa alternativa seria mediada pela *coisa mesma* e não admitiria qualquer resposta, mas a melhor resposta a ser atingida naquelas condições. A verdade sobre questões paralelas à discussão central continuaria sendo, portanto, o vetor a partir do qual o consenso seria viabilizado.

Por outro lado, ainda que cheguemos a um consenso que alinhe projetos compreensivos sobre a questão central do debate, jamais poderemos ter a certeza de que estaremos na verdade e, portanto, não poderíamos acreditar que a estabilização ontológica conquistada permaneceria imune aos efeitos da história que estaria por vir. Assim, qualquer que seja o nível de estabilidade ontológica que conquistemos, deveremos permanecer *vigilantes* para a ocorrência de novas questões. De uma forma ou de outra, sempre iremos conviver com o fantasma do tempo e dos efeitos da história, principalmente quando essa estabilização ontológica assume a condição jurídica que a entifica sob a forma de princípios e regras. Em um primeiro momento poderíamos imaginar que o problema estaria resolvido, mas a leitura do próximo capítulo rapidamente revelaria que ele está apenas começando.

De qualquer sorte, resta afirmado que a condição de possibilidade para colocar o diálogo em curso não se encontra do lado de fora, em uma opção pragmática por uma ética da alteridade, mas do lado de dentro, naquilo que o diálogo ao mostrar se manifesta. Está no desvelamento do *ser* do ente e no constrangimento que as zonas consensuais necessariamente existentes na nossa forma de *ser com o outro* nos proporciona. Fugimos delas em razão da artificialidade metafísica, que mascara e nos torna *persona*. Há

muito sabemos que o Rei é mais bonito *nu*, o que também pode ser dito em relação ao intérprete.

4 HERMENÊUTICA JURÍDICA HETERORREFLEXIVA

4.1 FILOSOFIA NO DIREITO

Vimos que a filosofia moderna foi domesticada pela ciência. Seja pelas preocupações metodológicas de cunho transcendental, seja pelo fato de a investigação sobre os limites da ciência ter sido a sua principal tarefa⁸⁷⁹. Também observamos como o direito moderno se desenvolveu neste ambiente dominado por modelos abstratos, sistemáticos e positivistas. Esse cenário trouxe para o direito a cisão existente entre ciência e filosofia, criando dois campos de investigação que não se comunicavam. Tínhamos (temos), portanto, uma ciência dogmática do direito em contraposição a uma filosofia crítica do direito. Isso traz como pressuposto a existência de um direito *dado*, que pode ser operado dogmático-cientificamente ou ser criticado filosoficamente. A ciência jurídica seria, portanto, responsável pela edificação dogmática do direito em suas manifestações aplicativas (criação de normas jurídicas ou aplicação das mesmas em casos concretos), enquanto que à filosofia do direito caberia uma reflexão crítica sob os fundamentos axiológicos do ordenamento, ou seja, de uma forma ou de outra nos deparamos com um direito “posto” para edificações ou para críticas. Essa cisão se reflete nas grades curriculares dos cursos de graduação – não obstante projetos pedagógicos que proclamam a reflexão crítica –, nas áreas de pesquisa dos professores, nas publicações e em todos os campos do mundo jurídico, criando uma tensão que sequer provoca resultados dialéticos. Essa cisão, contudo, é absolutamente inviável. Se, por um lado, não possuímos um direito clarividente e, com isso, não podemos cindir a atividade dogmático-científica das reflexões crítico-filosóficas, também não podemos acreditar que essas reflexões, desde que tenham o objetivo de dizer o direito a ser aplicado,

⁸⁷⁹ Cf. GADAMER, Hans-Georg. A razão na época da ciência, 1983.

possam ignorar opções políticas que foram positivadas. O resultado provocado por esse cenário é, de um lado, o decisionismo positivista mascarado pelo mito da objetividade e, por outro, a legitimação jurídica de toda e qualquer luta política. Em ambos, temos o enfraquecimento do direito. No decisionismo, temos o arbítrio antidemocrático que se impõe de qualquer forma, enquanto que, no alternativismo crítico, temos um discurso estratégico que se defende de qualquer maneira. Em ambos, tudo pode ser direito. E se tudo é direito, nada é direito.

O caminho para a superação desse dualismo e, conseqüentemente, delimitação do direito, exige a superação paradigmática que foi proposta no capítulo anterior e o avanço para a adoção de um modelo circular entre filosofia e ciência. Exige também o abandono da ilusão em torno da “objetividade objetiva” do direito para assumi-lo na diferença ontológica. A circularidade e a diferença implicam na impossibilidade de uma *Ciência do Direito*, caso a entendamos como algo desacoplado da filosofia, bem como de uma *Filosofia do Direito* que pretende dizer o direito – o que não afasta uma reflexão filosófica autônoma que verse sobre a eticidade, a justiça, valores morais etc. A ciência pressupõe a filosofia, e a filosofia pressupõe já estar no *lugar* do qual se está falando. Essas são, em síntese, as razões pelas quais concebemos a *ciência do direito* como uma *filosofia hermenêutica no direito*⁸⁸⁰.

Mas, se foi dito que uma visão de ciência pressupõe uma concepção de filosofia, impõe-se a pergunta: que é filosofia? Para Ernildo Stein há três formas de filosofia⁸⁸¹. A primeira, ele denomina de *filosofia ornamental*, ou seja, aquela que é utilizada em diversos tipos de discurso, de maneira aleatória e desconectada do contexto em que foi produzida. Trata-se da utilização da filosofia como mera retórica, fato presente constantemente nos discursos dogmáticos do direito, quando se busca na filosofia uma frase de efeito para sustentar uma determinada pretensão de racionalidade. A segunda espécie de filosofia é a de *orientação*. Nelas encontraremos um esforço histórico de recompor áreas temáticas da filosofia, a exemplo da *ética*, da *estética*, da *política*, da *metafísica*, da *lógica*, da *linguagem* e de todas as outras áreas temáticas que visam a sistematização do estudo da filosofia. Não obstante a importância desses estudos, percebe-se que nenhuma dessas áreas temáticas sobrevive sozinha, uma vez que elas dependem da sustentação de outras áreas, além de trabalharem perspectivas de diversos sistemas filosóficos. Esse tipo de filosofia acaba

⁸⁸⁰ A expressão filosofia “no” direito, em contraposição à filosofia “do” direito já tem sido utilizada por Ernildo Stein e Lenio Streck. Cf. *Verdade e consenso*, 2009.

⁸⁸¹ Essa classificação foi apresentada por Ernildo Stein em seu curso “Um universo singular da Filosofia: um autor examina a sua obra”, oferecido na PUC-RS. A transcrição das aulas está sendo preparada para futura publicação.

sendo uma boa fonte para a utilização da filosofia como *ornamental*, muito embora não seja esse o objetivo desses estudos. Eles já pressupõem, portanto, uma terceira forma de filosofia que é a *paradigmática*. Nela há um compromisso com a formulação de outros saberes, especialmente os saberes científicos. As filosofias paradigmáticas envolvem “um estilo de pensar, onde existe um *modelo teórico*, um *método*, uma *teoria da verdade*, uma *teoria da racionalidade*”⁸⁸².

A preocupação de se estabelecer um paradigma filosófico possui diversas justificativas. A principal delas – e a mais problemática para os fins buscados neste trabalho – está ligada à iluminação do pensamento científico, ou seja, a posição paradigmática da filosofia está, no fundo, voltada para que a ciência seja melhor compreendida. O pensamento científico para ser considerado racional depende de um paradigma; caso contrário, o padrão de racionalidade ficará solto em afirmações dogmáticas e, necessariamente, metafísico-despóticas. A racionalidade científica será, portanto, relativa ao paradigma adotado. Como falar em racionalidade científica se não for estabelecido um padrão para essa racionalidade? Como falar em conhecimento, sem uma teoria do conhecimento? Como falar em verdades, sem pressupor uma teoria da verdade? E todas essas questões não podem ser respondidas pela própria ciência, sob pena de não passarem de uma tautologia perversa que se põe estrategicamente a serviço do mascaramento dos verdadeiros fatores que condicionam seus postulados⁸⁸³.

Além disso, todas essas questões não podem ser respondidas de modo desconectado. Um padrão de racionalidade, por exemplo, não pode estar desconectado de uma teoria da verdade, sendo que ambas devem estar sujeitas aos limites e possibilidades impostos pela teoria do conhecimento inscrita no paradigma. Somente assim será possível compreender a ciência, do mesmo modo em que esta, a partir de suas construções empíricas, podem retroalimentar o paradigma.

Aqui não está sendo sustentada a superioridade do discurso filosófico em relação ao discurso científico. Habermas⁸⁸⁴, partindo da crítica de Rorty, questiona o papel da filosofia como juiz e indicador de lugar da ciência, funções proporcionadas pela teoria do

⁸⁸² STEIN, Ernildo. Epistemologia e crítica da modernidade, 2001, p. 43.

⁸⁸³ A ideologia não precisa ser vista como sinônimo de mascaramento da realidade social (Marx). Ela só assumirá essa função se acreditarmos que é possível estar fora dela e, conseqüentemente, negar aquilo que é inexorável. O desenvolvimento dos estudos crítico-ideológicos pós frankfurtianos mostra, a exemplo do que vimos no debate Gadamer-Habermas, que não é possível crítica fora da ideologia. O problema, portanto, está no seu mascaramento. Cf. RICOEUR, Paul. Ideologia e utopia, 1991.

⁸⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. Consciência moral e agir comunicativo, 2003, p.17-34.

conhecimento inaugurada por Kant⁸⁸⁵. A proposta paradigmática aqui apresentada, ainda que contemple uma *teoria do conhecimento*, não tem a pretensão de julgar a ciência, nem a de indicar o lugar de um saber científico subalterno. Assim, essa proposta se coaduna com a proposta habermasiana de uma filosofia como “intérprete” e “guardadora de lugar” da ciência⁸⁸⁶. A filosofia paradigmática, neste sentido, não julga a ciência, mas possibilita a sua compreensão a partir de um outro lugar de observação; desnuda concepções despóticas da metafísica; permite que as construções dogmáticas da ciência dialoguem com outras alternativas de racionalidade. A filosofia como “guardadora de lugar” não deixa lacunas entre o pensamento científico e o filosófico, ao tempo em que mantém com a ciência uma dialética produtiva. O próprio Habermas vai admitir que o *pragmatismo* e a *filosofia hermenêutica* “situam, de fato, a dúvida quanto às pretensões de fundamentação e autofundamentação do pensamento filosófico a nível mais profundo do que os críticos que se colocam na linhagem de Kant e de Hegel”, justamente pelo fato de abandonarem o “modelo do conhecimento baseado na percepção e na representação de objetos”⁸⁸⁷.

Mas, a relação circular entre ciência e filosofia a partir de uma concepção paradigmática de filosofia pressupõe, de fato, um primado da filosofia. Tal primado se deve ao fato de a filosofia não poder ser científica. A tentativa moderna de fundamentar a filosofia na matemática pressupõe uma opção que carece de fundamento. Se a filosofia fosse científica, a ciência teria de ser capaz de fundamentar os seus próprios fundamentos. “A matemática não pode ser concebida matematicamente, e nenhum filólogo pode iluminar a essência da filosofia com métodos filológicos”⁸⁸⁸. Estaríamos, caso isso fosse possível, promovendo um conhecimento metafísico, vicioso e autoritário.

Entretanto, esse primado da filosofia nos coloca diante de outra pergunta: se não é a ciência quem fundamenta a filosofia, quem a fundamenta? O modelo paradigmático fundado por Heidegger, diferentemente de outros modelos que se sustentam metafisicamente, põe o fundamento como algo “sem fundo”⁸⁸⁹. O fundamento da filosofia

⁸⁸⁵ Kant propõe que a ciência construída sobre as bases de uma metafísica despótica seja colocada no “tribunal da razão”. KANT. *Crítica da razão pura*, 2001, p. 5. “A filosofia teria com a ciência uma relação puramente *interesseira*, explorando-a para seus próprios fins. Isto se torna manifesto nas três funções clássicas atribuídas à filosofia das ciências: 1. Situar o *lugar* do conhecimento científico dentro do saber (...). 2. Estabelecer os limites do conhecimento científico (...). 3. Buscar a natureza da ciência (...)”. JAPIASSU, Hilton. *Introdução ao pensamento epistemológico*, 1992, p. 25-26.

⁸⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*, 2003, p. 30 e 33.

⁸⁸⁷ Idem. *Ibidem*, p. 24.

⁸⁸⁸ HEIDEGGER, Martin. *Introdução à filosofia*, 2008, p. 41.

⁸⁸⁹ Os reflexos desse modo de conceber a fundamentação é condição de possibilidade para rompermos com o velho modo de ver a Constituição como um ato *ex nihilo*. Cf. STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, 2004, p. 224-235.

está na própria filosofia na medida em que ela não é outra coisa senão o próprio *filosofar*⁸⁹⁰. “Se a equação filosofia = filosofar procede, então isso significa que a filosofia precisa ser determinada a partir de si mesma”⁸⁹¹. Mas isso não quer dizer, acentua Heidegger, que a filosofia possa ser condenada pela sua falta de cientificidade, na medida em que a ausência de cientificidade em algo que não pode ser científico não constitui uma “falta grave”⁸⁹². Filosofia não é *acientífica* justamente porque ela não é ciência; ela não pertence ao gênero do qual a ciência é espécie. A filosofia é mais do que ciência; “é mais originária do que toda ciência porque toda ciência está enraizada na filosofia e é dela que primeiramente emerge”⁸⁹³. Essa visão não reduz a importância da ciência, apenas impõe limites a partir de bases existenciais. Como afirma Gadamer, aqui se vê “a tarefa de uma autêntica integração: vincular unitariamente a ciência e o saber do homem, em relação a si mesmo, a fim de conseguir uma nova autocompreensão da humanidade”⁸⁹⁴.

O problema, portanto, não está no caráter paradigmático da filosofia. Não é o seu caráter necessariamente paradigmático que a põe como autoritária diante da ciência, mas a característica do seu filosofar. A acusação de Habermas contra a filosofia paradigmática não pode ser uma crítica a esta condição, mas ao modo como esse paradigma se mostra. Nem mesmo Habermas conseguiu fundar uma filosofia que não fosse paradigmática, tendo se aproximado de Heidegger na medida em que ambos consideram que “não é mais a subjetividade, o eu, que vai dar o lugar do fundamento último”⁸⁹⁵. A questão gira em torno, portanto, do fundamento último e não do caráter paradigmático da matriz. Retornamos ao problema kantiano que não foi resolvido a contento por Kant e que esses dois filósofos contemporâneos vão retomar por caminhos diferentes.

Habermas crê no progresso da razão. Heidegger pensa que a razão chegou ao seu limite e que não é simplesmente pela crença da multiplicação das conquistas da razão que conseguiremos resolver o problema da filosofia e da finitude.

É neste sentido que temos que perguntar a Habermas de onde ele tira o otimismo cognitivo ou o otimismo epistemológico. Temos que perguntar a Heidegger *porque* para ele a epistemologia é, na expressão dele mesmo, uma exacerbação da subjetividade. Quer dizer, Habermas verá na epistemologia um movimento de progresso e Heidegger vê na epistemologia uma exacerbação da subjetividade.⁸⁹⁶

No fundo, o que tentamos demonstrar no capítulo anterior é que é possível uma epistemologia na finitude heideggeriana e que o diálogo encontra seu lugar

⁸⁹⁰ Idem. Ibidem, p. 17.

⁸⁹¹ Idem. Ibidem, p. 17.

⁸⁹² Idem. Ibidem, p. 17.

⁸⁹³ Idem. Ibidem, p. 19.

⁸⁹⁴ GADAMER, Hans-Georg. A razão na época da ciência, 1983, p. 86.

⁸⁹⁵ STEIN, Ernildo. Epistemologia e crítica da modernidade, 2001, p. 43.

⁸⁹⁶ Idem. Ibidem, p. 41.

nesse espaço reflexivo. É possível, portanto, falar em “construções dialógicas”, desde que limitadas à finitude hermenêutica. Ainda que adoção pelo paradigma hermenêutico represente uma opção paradigmática, não é possível ignorar que a busca pelo espaço epistemológico neste paradigma não se deva a uma forte influência de Habermas⁸⁹⁷, o que não significa *mixagem* metodológica.

Portanto, a hermenêutica filosófica se apresenta como o paradigma sobre o qual a *ciência do direito* irá se edificar e com ela se movimentar circularmente. Sendo este um paradigma que põe o filosofar a partir de um fundamento sem fundo, será aqui que as proposições científicas sobre o direito encontrarão fundamento, o que difere bastante da tentativa de uma autofundamentação dogmática, seja da ciência ou da filosofia. Mas, para avançarmos, necessitamos indagar sobre o que é isso que vamos conhecer. A ciência estará, por um lado, limitada pelas possibilidades paradigmáticas que desenvolve circularmente com a filosofia, bem como pela especificidade de seu “objeto” – expressão que deve ser compreendida no contexto paradigmático apresentado.

4.2 O DIREITO COMO PADRÃO REGULATÓRIO

Uma vez delineado o nosso paradigma (cap. III) e demonstrada a sua relação com a ciência, faz-se necessário transportar as bases paradigmáticas para o estudo daquilo que é “direito”. Se a ciência é uma forma de ser do *Dasein*, ela não pode estar dissociada das condições, limites e possibilidades impostas pelo modo de ser mais originário, mas também deverá se adequar àquilo que pretende compreender.

Com Heidegger e Castanheira Neves⁸⁹⁸ podemos fazer o seguinte questionamento: por que o direito e não antes o nada? Castanheira Neves se vale do questionamento fenomenológico sobre o *ser* para buscar a resposta mais originária possível para o problema do direito. Segundo o mestre lusitano, as análises teóricas sobre essa questão confundem a universalidade do *problema* do direito com uma suposta universalidade do *direito* propriamente dito, isto é, confunde a universalidade do problema com a não necessária universalidade da resposta⁸⁹⁹. Anota que a perspectiva a-histórica que se desenvolve sobre bases jusnaturalistas não põe, de forma autêntica, o *problema* do direito, na medida em que o

⁸⁹⁷ Assim, quando falamos do conceito de paradigma na filosofia, temos que ter cuidado porque em filosofia também há paradigmas co-existentes e em filosofia também existem conflitos de racionalidade. A realidade não é contraditória, contraditórios são os nossos conceitos sobre a realidade, nossas teorias sobre a realidade. Assim também os paradigmas são uma espécie de produto desse processo. STEIN, Ernildo. Epistemologia e crítica da modernidade, 2001, p. 45.

⁸⁹⁸ NEVES, A. Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito, 2002, p. 838.

⁸⁹⁹ Idem. Ibidem 02, p. 839.

considera como uma “necessidade ontológico-antropológica evidente”. Na verdade, enquanto se movimenta, já estão em meio à *solução* de um *problema*⁹⁰⁰. Neste caso, não apenas pressupõe o direito, como constrói aprioristicamente seu conteúdo, já que se trata de uma perspectiva a-histórica. A perspectiva histórica – que busca, de diferentes maneiras, superar o jusnaturalismo atemporal – por sua vez, corrige em parte esse equívoco, na medida em que abre mão da identificação *a priori* das manifestações normativo-objetivas do direito, quebrando a pretensão de respostas com conteúdo universal, mas insistindo na confusão entre o problema do *direito* e o direito como uma *solução* para esse problema⁹⁰¹. Para Castanheira Neves, “o direito é só uma resposta possível, para um problema necessário”⁹⁰² e, com isso, leva-nos à conclusão de que há um fenômeno mais originário, que nos coloca um problema fundamental: “a unicidade pluralmente participada de mundo” e a necessária “*intersubjectividade*”⁹⁰³ faz da “co-existência” a condição ontológica para o direito⁹⁰⁴.

Com isso, podemos concluir que o direito se coloca como um elemento de caráter normativo produzido artificialmente, ainda que busque seu fundamento no plano existencial. Ele não se constitui, por si só, como uma resposta universal. O problema da intersubjetividade é, de fato, universal, posto que não há alternativa para aqueles que co-habitam um único mundo. A solução, entretanto, a exemplo do que havia em sociedades primitivas, não atravessa a construção de uma normatividade jurídica autônoma. O que se constrói existencialmente é um sentido ético da conduta, que pode ser concebido como uma *moral*. Aqui, a ideia de *moral* se afasta da concepção kantiana, que a concebe como um fenômeno individualizado de autolegislação, e assume o sentido de uma normatividade gerada existencialmente na convivência humana, de um *ethos*. Se a evolução da sociedade nos levou a uma diferenciação entre moral e direito⁹⁰⁵, isso não faz do direito um fenômeno existencial. Ao contrário, exige uma postura crítica sobre a conveniência de sua manutenção como padrão regulatório e demanda pesquisas que reflitam sobre problemas de um “direito” cosmopolita fundado em novos parâmetros, ainda que em uma perspectiva de “projeto-promessa”⁹⁰⁶.

⁹⁰⁰ Idem. Ibidem, p. 840.

⁹⁰¹ Idem. Ibidem, p. 841.

⁹⁰² Idem. Ibidem, p. 839.

⁹⁰³ Idem. Ibidem, p. 842.

⁹⁰⁴ Idem. Ibidem, p. 844.

⁹⁰⁵ Cf. LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito I, 1983

⁹⁰⁶ “De discutir a *universalidade* do direito perguntando se a vinculação do seu percurso a uma ‘experiência’ civilizacional (greco-romana, judaico-cristã, e européia) determina também um compromisso insuperável com as possibilidades de um certo humanismo (e com o ciclo ou ciclos prático-culturais que historicamente o assumiram). Perguntando também se tais vínculos – seguramente a uma civilização, eventualmente a um ciclo ou ciclos de afirmação desta – podem (ou devem) hoje compreender-se (decifrar-se) como obstáculos à universalidade ou à universalização do direito, ou mais directamente, como obstáculos à participação lograda

De qualquer sorte, desde que conscientes do fato de não ser o direito um fenômeno originário, podemos ainda apostar em sua manutenção como um padrão regulatório para os conflitos intersubjetivos. Trata-se de uma opção condicionada por um momento histórico e que está, como alerta Lenio Streck, diretamente relacionada com a democracia⁹⁰⁷. Necessitamos do direito como um subsistema social funcionalmente diferenciado⁹⁰⁸ porque em uma sociedade complexa essa diferenciação é necessária para assegurar que as decisões políticas sejam legitimadas pelo direito – a exemplo do que propõe Habermas – e, ao mesmo tempo, sirvam como proteção contramajoritária, impedindo que os processos democráticos se transformem na ditadura de uma maioria quantitativa. Para Lenio Streck, a autonomia do direito é “o grande ponto de contato – poderíamos dizer transteorético – que une as propostas de Canotilho, de Farrajoli, da Hermenêutica, de Dworkin e de Habermas”, podendo acrescentar a essa lista a matriz sistêmica luhmanniana que vê na autonomia do direito a condição de possibilidade para a própria observação do sistema⁹⁰⁹.

Desse modo, se não nos encontramos em condições de adotar um modelo de regulação que não esteja pautado na ideia de autonomia e limitação da responsabilidade e se ainda necessitamos de um Estado nos moldes do Estado Moderno para direcionar a redução dos déficits de um projeto inacabado e necessário à fraternidade universal, podemos concluir pela necessidade de um direito ainda pautado na “bilateralidade *atributiva*”⁹¹⁰, desde que concebido e aplicado democraticamente. Isso impõe um desafio: garantir a autonomia do direito em relação à moral. Trata-se de um desafio porque a opção pelo direito não nos retira da nossa condição existencial e, conseqüentemente, não imuniza a nossa compreensão de antecipações de sentido de ordem moral. A opção por uma estrutura sistêmica artificial não nos coloca isolados na artificialidade. Além disso, como se não bastasse essa confusão existencial entre direito e moral, o direito – por se constituir como uma construção sistêmica – não é autosuficiente. Isso quer dizer que, mesmo se conseguíssemos por uma vigilância reflexiva imunizar os nossos pré-juízos de moralidade, não

deste direito num projecto-promessa de hospitalidade universal”. LINHARES, José Manuel Aroso. *Jus cosmopoliticum e civilização de direito: as alternativas da tolerância procedimental e da hospitalidade ética*, 2006, p. 152. Sobre o “direito” cosmopolita, ver também SALDANHA, Jania Maria Lopes. *A Mentalidade Alargada' da Justiça (Têmis) para Compreender a Transnacionalização do Direito (Marco Pólo) no Esforço de Construir o Cosmopolitismo (Barão nas Árvores)*. In: João Carlos Loureiro. (Org.). *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, v. LXXXII, p. 347-382.

⁹⁰⁷ Cf. STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, 2004.

⁹⁰⁸ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, 2002, p. 52.

⁹⁰⁹ Idem. *Ibidem*, p. 97.

⁹¹⁰ Castanheira Neves põe como marca desse direito moderno as categorias de direito e de dever, de responsabilidade e obrigação. NEVES, A. Castanheira. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito*, 2002, p. 844.

conseguiríamos nos movimentar exclusivamente no direito, já que a artificialidade de sua sistematicidade não nos conferiria resposta a todos os problemas. Haverá sempre um não-dito no direito. O desafio consiste, portanto, em diferenciar direito e moral⁹¹¹ não sendo possível imunizar o sujeito de sua existencialidade e, ao mesmo tempo, dependendo da moral para complementar a dimensão apofântica e assegurar o caráter democrático da carga criativa que se encontra para além das informações previamente dadas.

Para essa empreitada, não é possível adotar soluções incompatíveis com a nossa forma de ser no mundo. Não é possível, por exemplo, assumir a moral como corretiva quando o direito se mostra lacunoso, como propõe Robert Alexy⁹¹². A moral não pode ser corretiva por duas razões: primeiro porque o direito sempre chega tarde, antecipando-se no fenômeno compreensivo um projeto de sentido moral-prático que não distingue o que é moral e direito; segundo, porque o direito não é lacunoso apenas pelo fato de não dar respostas a todos os problemas, mas também pelo fato de não dar respostas completas a nenhum dos problemas para quais imaginamos haver uma resposta dada. Isto porque sabemos que o nível apofântico é uma síntese precária que apenas faz ver o ente, sendo o acontecer fenomenológico completo, ainda quando alienado. Se há sempre um não-dito no dito, haverá sempre uma porosidade na dimensão sistêmico-apofântica do direito. Mesmo diante daquilo que entendemos como casos fáceis, essa conclusão não se deve a uma suficiência ôntica das regras⁹¹³, mas a uma densificação ontológica do caso. Um caso só é fácil depois que o compreendemos. Não podemos dizer que um caso é fácil, apenas que ele *foi* fácil e, ainda assim, devemos permanecer atentos ao fato de podermos estar equivocados.

A análise sobre o *logos* e a dupla estrutura da linguagem demonstra que a forma de acesso originária dos entes não pode ser feita pela produção apofântica, logo, ainda que o direito se manifeste por descrições textuais, a necessária busca das *coisas mesmas* nos retira dessa linha. O direito não é texto. O texto é uma construção que tenta descrever o direito e facilitar o seu acesso, sendo que essa descrição, na condição de fenômeno índice, nos remete àquilo que o texto descreve: condutas humanas. Prestemos atenção às palavras de Carlos Cossio que ocoaram em Machado Neto e ainda permanecem vivas em Marília Muricy⁹¹⁴.

⁹¹¹ STRECK, Lenio. Verdade e consenso, 2009, p. 174.

⁹¹² ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica, 2005, p. 227.

⁹¹³ Cf. STRECK, Lenio. Verdade e consenso, 2009, p. 259 e 248.

⁹¹⁴ Marília Muricy dá nota para a contemporaneidade do pensamento de Machado Neto, já que “é possível encontrar importantes convergências entre o seu pensamento e o de alguns autores postos em evidência nas últimas décadas, por suas contribuições à teoria do raciocínio jurídico, quer sob a perspectiva de uma de uma ‘interpretação reconstrutiva’ (Dworkin) quer como aspecto da razão prática (Perelman, Habermas, Alexy,

No se interpreta la ley; aquí se trata de interpretar la conducta humana por medio de o mediante la ley. Esto es lo que está realmente en juego cuando se habla de la interpretación de la ley. Desde nuestro punto de vista, si el objeto do conocimiento es la conducta humana en su interferencia intersubjetiva, no puede sorprender lo que acabamos de enunciar, a saber: que no se interpreta la ley, sino la conducta humana mediante la ley.⁹¹⁵

Mas a busca por esse ente só é possível porque já trazemos o sentido desse ente conosco. A conduta humana que já traz o sentido do direito não é uma conduta humana qualquer. Trata-se de uma conduta humana que traz consigo um sentido especial; um sentido que a distingue de outras formas de conduta humana. O traço que diferencia o sentido jurídico de uma conduta humana é o seu significado *intersubjetivo*. A intersubjetividade não é desvelada a partir de qualquer tipo de conduta (ente), sendo que, na maioria das vezes, as condutas não proporcionam o desvelamento do *ser* intersubjetividade. Agimos quando respiramos, quando andamos, quando piscamos o olho, quando cruzamos os braços e, inclusive, quando ficamos parados. Porém, algumas de nossas ações, em determinados contextos, geram uma interferência intersubjetiva. Até mesmo essas condutas banais podem, dependendo do contexto, desencadear um significado intersubjetivo. Se respirarmos um gás letal, se andarmos entre duas pessoas que estão conversando, se cruzarmos os braços em pleno horário de trabalho ou se ficarmos parados diante de alguém que necessita de ajuda, tais condutas assumirão o sentido da intersubjetividade.

Entretanto, se o significado jurídico é sempre desvelado por uma conduta que também possui um significado *intersubjetivo*, a recíproca, por sua vez, não é verdadeira. A maior parte das condutas que possuem um significado intersubjetivo não é considerada jurídica. O que significa dizer que o direito é originariamente desvelado por condutas que provocam interferência intersubjetiva e, ao mesmo tempo, por apenas algumas dessas condutas? Significa que o direito é uma artificialidade política que seleciona condutas de significado intersubjetivo; logo, a distinção entre *direito* e *moral* não é existencial. Direito e moral não são co-originários se pensarmos em uma perspectiva histórica, já que o direito decorre de variáveis que promovem a adaptação de um modelo regulatório adequado a sociedades complexas, ou seja, o direito decorre de uma diferenciação sistêmica e, neste sentido, ele é secundário. Mas, sob a perspectiva do fenômeno compreensivo, o direito se

MacCormick)”. Dentre os pontos de convergência por ela destacados, chamamos atenção para a busca de uma “satisfatória fundamentação da razão jurídica”, tal qual Habermas; a afirmação da “verdade jurídica como verdade de conduta”, tal qual Cossio (e Heidegger, acrescentaríamos); e a “natureza circular do pensamento jurídico que se afirma mediante uma pré-compreensão do objeto”, tal qual Heidegger e Gadamer. Discursos que hoje se reproduzem com sotaque germânico, há muito são “coisas” de Machado; “coisas” de Marília. Cf. MURICY, Marília. O pensamento filosófico de A. L. Machado Neto e a nova hermenêutica jurídica, 1999, p. 70.
⁹¹⁵ COSSIO, Carlos. El derecho en el derecho judicial, 2002, p. 115.

acopla à moral, complementando-a. A cisão entre ambos resta inviabilizada na antecipação de sentido moral-prático, o que os torna hermeneuticamente co-originários. Direito e moral são hermeneuticamente co-originários, cindindo-se artificialmente no plano apofântico.

Isso quer dizer que, existencialmente, construímos através da eticidade um padrão normativo que não corresponde, necessariamente, ao direito. Desse modo, a dimensão hermenêutica da linguagem que se antecipa e que permite compreendermos o mundo a nossa volta não constitui, originalmente, um “como” jurídico. Antecipa-se um sentido moral-prático que nos permite valorar a conduta e considerá-la reprovável ou não; justa ou injusta; adequada ou inadequada e assim por diante. Não é possível cindir direito e moral no momento da compreensão, na medida em que ambos são “filhos” do *ethos*, são expressões de uma racionalidade moral-prática que acontece fenomenologicamente, sem que haja tempo para atitudes reflexivas capazes de efetuar essa distinção. A co-originariade do direito e da moral se deve, portanto, a esse modo de sermos no mundo: compreensão. Se quisermos, portanto, pensar na ciência de um direito (autônomo) viável nas condições paradigmáticas expostas, temos de pensar as condições de possibilidade para a autonomia entre *moral e direito*.

Qualquer distinção, entretanto, só será alcançada em um plano reflexivo, onde se abre espaço para a busca explícita de uma compreensão *jurídica*. Esta é, necessariamente, uma compreensão normativa, isto é, uma compreensão que deve levar em consideração opções políticas de uma determinada sociedade, considerar as condições em que essa posição se deu e seu pano de fundo legitimador. Uma concepção hermenêutica sobre o direito é, necessariamente, uma terceira via entre o positivismo e jusnaturalismo, correntes que dominaram a modernidade. Não é positivismo, pois cria as condições de possibilidade para a eliminação de um autoritarismo discricionário na produção do direito; não é jusnaturalismo, pois seu fundamento primeiro não é universal, nem o seu método é sistemático-racional.

4.3 A NORMATIVIDADE DO DIREITO COMO ESPECIFICIDADE DE SUA COMPREENSÃO

Mesmo aqueles que se valeram do modelo hermenêutico para investigar o modo como compreendemos, concluíram pela necessária validade jurídica da compreensão, pois numa perspectiva hermenêutica ela é condição *sine qua non* para a autonomia do direito. Não podemos confundir, entretanto, validade jurídica da compreensão – que está relacionada com o plano sistêmico-apofântico do direito – com o direcionamento

normativo-metodológico do compreender, que estaria relacionada com a metodologia constitutiva de cariz cartesiano, ainda que a busca da primeira seja um argumento tentador para a construção da segunda. Cientes dessa questão, temos, de fato, de levar a sério a crítica de Garcia Amado ao afirmar que a preocupação com a normatividade da compreensão jurídica faz com que os esquemas da “*hermenéutica filosófica sean usados para describir un proceso interpretativo y aplicativo en derecho que, sin embargo, es negado en el paso siguiente, desde el momento en que se quiere construir también, para la interpretación jurídica, un modelo normativo de racionalidad y objetividad que no parece fácilmente compatible con las tesis gadamerianas*”⁹¹⁶.

Castanheira Neves, por exemplo, se vale da descrição gadameriana do fenômeno compreensivo em diversos momentos⁹¹⁷, embora não veja a hermenêutica filosófica como uma matriz normativa. A hermenêutica filosófica estaria limitada à análise descritiva da *quaestio facti* e, portanto, não resolveria a *quaestio iuris* da compreensão⁹¹⁸. Isso faz com que Castanheira Neves lance críticas à “matriz analógica” de Fernando Pinto Bronze e à proposta hermenêutica de Kaufmann⁹¹⁹. A preocupação de Castanheira Neves está voltada para o problema da validade jurídica da compreensão e, portanto, da juridicidade da compreensão. No que toca ao direito, a compreensão de um problema não deve ser apenas compreensão, mas compreensão *jurídica* desse problema⁹²⁰, o que torna imprescindível a análise da relação sistema-problema para uma teoria da validade da compreensão do direito.

De modo semelhante, Karl Larenz assume a descrição do fenômeno compreensivo proposto pela hermenêutica filosófica, identificando a interpretação como um espaço reflexivo⁹²¹ e a circularidade hermenêutica como uma especificidade de todo compreender⁹²². Assume a pré-compreensão como uma “conjectura de sentido” da qual o intérprete está necessariamente dotado e admite, com Gadamer, que ela é condição de possibilidade para a compreensão e constitui o pano de fundo de toda e qualquer interpretação jurídica, “quer ela proceda ‘historicamente’, quer sistemática ou teleologicamente”⁹²³. Larenz também alerta para o fato de o *pré-juízo*, em seu sentido negativo de barreira ao conhecimento,

⁹¹⁶ AMADO, Juan Antonio García. *Filosofía Hermenéutica y derecho*, 2009.

⁹¹⁷ NEVES, Castanheira A. *Metodologia jurídica*, 1993, p. 111, 117, 125 e 130.

⁹¹⁸ Idem. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*, 2003, p. 64.

⁹¹⁹ Idem. *Ibidem*, p. 64-65.

⁹²⁰ “Problema jurídico, porque o seu perguntar tem uma pressuposição de juridicidade, i. é, porque o sentido por que pergunta ao objecto perguntado é um *sentido de direito*”. NEVES, Castanheira A. *Metodologia jurídica*, 1993, p. 160.

⁹²¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, 1997, p. 282.

⁹²² Idem. *Ibidem*, p. 286.

⁹²³ Idem. *Ibidem*, p. 289-291.

não poder ser confundido com a *pré-compreensão* no sentido hermenêutico, que a coloca como uma “condição (positiva) da possibilidade de compreender a questão de que se trata”⁹²⁴. Entretanto, minimiza a necessária conexão entre compreender e aplicar, afirmando que uma norma estatuída estará “mais ou menos’ determinada no seu conteúdo”, aguardando a concretização no processo que estabelecerá sua aplicação⁹²⁵. Ao final, em sua metódica, revelará sua preocupação com a arbitrariedade do intérprete, entendendo como necessário adotar determinados critérios para que a interpretação se dê de modo seguro e comprovável⁹²⁶.

Friedrich Müller entende que “a peculiaridade da interpretação jurídica possui um caráter exemplar para a tentativa de uma hermenêutica filosófica geral”⁹²⁷, uma referência expressa a posição de Gadamer que dela se vale para demonstrar a relação necessária entre compreender e aplicar⁹²⁸. Müller também encara com naturalidade o fato de o intérprete carregar consigo pré-compreensões que ultrapassam os limites do direito e, com isso, nega as pretensões de uma objetividade jurídica que queira se defrontar “com o texto da norma sem ‘pressupostos’, que já estão dados com a referência à linguagem, que inclui tanto as normas como os intérpretes”⁹²⁹. A pré-compreensão jurídica, segundo ele, “seleciona necessariamente apenas elementos juridicamente construíveis da pré-compreensão geral para a sua tarefa, sem com isso poder eliminar essa pré-compreensão na sua eficácia geral”⁹³⁰. O desafio, portanto, residiria na necessidade de “inserção metodicamente controlada dos teores materiais envolvidos na concretização de prescrições jurídicas”⁹³¹ para, com isso, garantir o caráter normativo da ciência jurídica⁹³². A proposta de Müller, que “não segue recomendações de eliminar procedimentos metódicos da aplicação do direito, e.g., em benefício de uma interpretação existencial”⁹³³, pretende “elaborar a especificidade da ciência jurídica a partir da estrutura da norma jurídica” e, com isso, “tornar mais operacional para a concretização do direito a vinculação de questões práticas com questões de princípio e colocar simultaneamente os ‘métodos’ relativos, as perspectivas metodológicas auxiliares a serviço da racionalidade especificamente jurídica e da sua objetividade limitada”⁹³⁴. A proposta de Müller acaba sendo, portanto, metódica – ainda que deixe clara suas limitações quando propõe uma “racionalidade

⁹²⁴ Idem. Ibidem, p. 293.

⁹²⁵ Idem. Ibidem, p. 296.

⁹²⁶ Idem. Ibidem, p. 450.

⁹²⁷ MÜLLER, Friedrich. Teoria estruturante do direito I, 2008, p. 55-56.

⁹²⁸ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método I, 2003, p. 426.

⁹²⁹ MÜLLER, Friedrich. Teoria estruturante do direito I, 2008, p. 93.

⁹³⁰ Idem. Ibidem, p. 66.

⁹³¹ Idem. Ibidem, p. 90.

⁹³² Idem. Ibidem, p. 62, 82 e 90.

⁹³³ Idem. Ibidem, p. 83.

⁹³⁴ Idem. Ibidem, p. 94.

máxima” face à impossibilidade de uma “racionalidade integral”. Sua perspectiva, como acentua Castanheira Neves⁹³⁵, ainda eleva a norma jurídica ao *prius* metodológico.

Lenio Streck, principal responsável pela difusão da matriz hermenêutico-filosófica no direito brasileiro, ainda que por outros meios, também está preocupado com a *juridicidade* da compreensão. Quando defende a autonomia do direito em relação à moral, não obstante a sua co-originariedade hermenêutica⁹³⁶, e quando sustenta a impossibilidade de se “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”⁹³⁷ no direito, fica clara a sua preocupação com o decisionismo positivista. Entretanto, ao contrário das experiências europeias quanto à recepção de Gadamer no direito, Streck aposta no caráter não relativista da hermenêutica filosófica⁹³⁸ e, conseqüentemente, abre novas possibilidades para a hermenêutica jurídica.

Face à normatividade do direito como uma especificidade que deve ser enfrentada pelas propostas de modelos compreensivos, Juan Antonio Garcia Amado afirma que “*la filosofía hermenéutica de Gadamer no se presenta directamente como teoría de la decisión valorativa racional, sino como indagación de la dimensión ontológica del comprender*”⁹³⁹. Essa perspectiva tornaria a hermenêutica impotente frente ao desejo de salvar a interpretação jurídica da arbitrariedade e do subjetivismo. Cumprindo a promessa de levar a sério a advertência de Garcia Amado, somos conduzidos a uma reflexão que envolve os limites e a abrangência do discurso filosófico no pensamento gadameriano. Vimos, no capítulo anterior, que o trabalho de Gadamer é filosófico, tendo sido esta a razão de ter, em sua resposta a Betti, afirmado que “procura demonstrar aquilo que é comum a todas as maneiras de compreender e mostrar que a compreensão jamais é um comportamento subjetivo frente a um objeto dado”. Com isso, não procura com *Verdade e método* “negar o caráter imprescindível do trabalho metodológico dentro das assim chamadas ciências do espírito”⁹⁴⁰, sendo categórico ao afirmar que sua “verdadeira intenção, porém, foi e continua sendo uma intenção filosófica: o que está em questão não é o que fazemos, o que deveríamos fazer, mas o que nos acontece além do nosso querer e fazer”⁹⁴¹.

De um modo geral, esperou-se de Gadamer e de sua hermenêutica filosófica muito mais do que aquilo que ele pretendia nos dizer. O fato de Gadamer ter tratado

⁹³⁵ CASTANHEIRA NEVES, Metodologia juridical, 1993, p. 144.

⁹³⁶ STRECK, Lenio. Verdade e consenso, 2009, p.174

⁹³⁷ Idem. Ibidem, p. 286.

⁹³⁸ Idem. Ibidem, p. 161.

⁹³⁹ AMADO, Juan Antonio Garcia. Filosofía hermenéutica y derecho, 2009.

⁹⁴⁰ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I, 2003, p. 15.

⁹⁴¹ Idem. Ibidem, p. 14.

da hermenêutica jurídica como um exemplo paradigmático da compreensão como um fenômeno aplicativo fez com que muitos acreditassem ser *Verdade e método* uma proposta metodológica para a ciência jurídica. Diante das dificuldades que essa aplicação imediata traria, muitas críticas sustentaram um abandono do modelo hermenêutico-filosófico, fazendo com que essa matriz perdesse sua potencialidade. Os óbices enfrentados na metodologia do direito concebida “como” hermenêutica filosófica, uma vez desvelados, encobriu possibilidades epistemológicas que estavam ali descritas. Temos de dar a Gadamer o que é de Gadamer e encontrar na hermenêutica filosófica aquilo que ela pode nos dar, mas, em contrapartida, esgotar as potencialidades dessa matriz.

O principal problema a ser enfrentado quando buscamos uma concepção de direito edificada numa perspectiva hermenêutica está, certamente, na especificidade da compreensão jurídica. A rigor, a hermenêutica filosófica descreve o fenômeno compreensivo sem a preocupação de identificar as diretrizes metodológicas que devem ser levadas em consideração em face de questões específicas, como, por exemplo, a compreensão do direito. Isso não quer dizer, no entanto, que essa descrição não denuncie – e isso ocorreu com grandes repercussões – impossibilidades epistemológicas, como aquelas propostas hermenêuticas edificadas em modelos constitutivos técnico-normativos, ainda sob o forte influxo da matriz cartesiana. Poderíamos dizer que a hermenêutica filosófica descreve a nossa forma de *ser-no-mundo* como sujeitos que compreendem e, ao mesmo tempo, limita as nossas pretensões cognitivistas. Não é possível, portanto, pretender que o jurista compreenda de uma forma distinta daquela que a hermenêutica filosófica descreve, sendo esse o principal ônus que a matriz impõe àquele que pretende enfrentar o problema do direito a partir dela. Contudo, dentro dos limites paradigmáticos que ela nos confere, é possível conceber *cânones* normativos para a compreensão do direito. Isso só é possível porque o direito é uma artificialidade, ou seja, é uma opção regulatória que se constitui de forma autêntica na tradição moderna. Tratando-se de uma contingência, e não de uma condição existencial, não só é possível estabelecer determinados *cânones* compatíveis, como eles se tornam necessários para que o direito cumpra o papel ao qual foi concebido. Uma epistemologização do fenômeno compreensivo do direito não pode – convém reiterar – estar desconectado dos limites que a hermenêutica filosófica nos impõe. Por outro lado, pode explorar suas possibilidades não relativistas quanto ao universo moral-prático e abrir caminhos de fundamental importância para a sociedade contemporânea.

Arthur Kaufmann, por exemplo, propõe a abordagem hermenêutico-filosófica como uma alternativa entre o jusnaturalismo e o positivismo e, no entanto, rechaça

o subjetivismo judicial, insistindo no fato de não haver nenhuma correção do direito fora do processo de concretização da decisão⁹⁴². Entretanto, ainda que esse cenário dificulte a tarefa de dizer o direito, admite que surja neste mesmo processo de concreção uma atitude de reflexão e argumentação, mediante a intersubjetividade e consenso dos participantes⁹⁴³. Considerando a de Garcia Amado, a visão não-relativista de Lenio Streck e a profecia de Kaufmann, seguimos em busca desse modelo reflexivo.

4.4 LIMITES PARADIGMÁTICOS NA EPISTEMOLOGIA JURÍDICA

Mas, antes de demonstrar como podemos compreender o direito em sua normatividade mediante uma conexão circular e reflexiva com a filosofia hermenêutica, analisaremos algumas propostas que fogem aos limites impostos pelo paradigma hermenêutico. Não se trata de uma análise que considera determinadas propostas inadequadas a uma sociedade plural e complexa, por exemplo, mas que expõe as impossibilidades paradigmático-existenciais impostas pela nossa forma de *ser-no-mundo* a determinadas metodologias. E, neste quesito, o que mais existe na epistemologia jurídica – e especialmente na teoria hermenêutica clássica – são propostas inviáveis.

4.4.1 Metodologia clássica

Em primeiro lugar, não é possível adotar um modelo constitutivo de compreensão inspirado nas edificações metodológicas cartesianas. A dúvida sobre aquilo que se vê e que se diz pode, como propõe Descartes, até deve ser tomada em consideração. Até poderíamos estabelecer uma correlação entre a *dúvida* cartesiana e a *vigilância* gadameriana. Contudo, não é possível imaginar que a partir da *dúvida* poderemos nos colocar na certeza do *cogito* e construir, a partir de um “grau zero” e com apoio de regras que orientam o nosso espírito, uma imagem racional e verdadeira de mundo. Essa suspensão de mundo é inviável, na medida em que é a nossa carga pré-compreensiva a condição de possibilidade para que nós possamos compreender o que nos cerca. Descartes edifica sua proposta de ciência sobre bases inacessíveis ao homem e, portanto, nunca será aplicado. A rigor, a ciência nos moldes cartesianos nunca existiu, pois ninguém foi capaz de suspender sua carga pré-compreensiva. A desconfiança no que se vê, que pode ser entendida como uma *vigilância* sobre a inautenticidade de pré-conceitos, é que foi, de fato, decisiva para a quebra de imposições

⁹⁴² KAUFFMANN, Arthur. *Hermenêutica y derecho*, 2007, p. 73.

⁹⁴³ Idem. *Ibidem*, p. 73.

dogmático-religiosas e, conseqüentemente, impulsionou decisivamente a ciência moderna. Ainda que a ausência de uma analítica existencial tenha deixado encobertos a impossibilidade de transcendência do sujeito a partir da sua consciência e os padrões matemáticos da armação tecnológica que sustentou essa nova ciência. A maior parte das propostas epistemológicas para o direito ainda está sob o influxo do paradigma cartesiano, na medida em que ainda acredita na possibilidade de um modelo metodológico *constitutivo*, ou seja, que podem suspender suas concepções morais-práticas e edificar suas decisões através de um método. Não se dão conta que essa decisão já se deu e que esses métodos apenas encobrem o *ser* do direito que se vela diante das *aparências*.

O silogismo apodíctico aristotélico foi desvirtuado pela ciência moderna do direito. Vimos (cap. I) que, para o sábio de Estagira, o silogismo apodíctico era uma forma de demonstrar aquilo que já se colocara imutável na natureza. O saber moral-prático obedecia a um modelo que envolvia – se considerarmos o contexto global da obra aristotélica – a *prudência*, a *tópica* e a *retórica*. A ciência moderna do direito assumiu o silogismo a partir de uma tradição cartesiana e, portanto, constitutiva. A ideia era construir um sistema que fosse capaz de construir – com aquilo que na origem só fazia descrever – o padrão regulatório ideal, independente do modo como a práxis se mostrava. Vimos como isso se deu no jusnaturalismo moderno e como a moderna ciência do direito incorporou esse método, adaptando-o ao direito escrito. Na *Escola de Exegese* ele se mostra, em um primeiro momento, como um modelo que constrói o sistema indutivamente e proporciona, ainda sob o influxo jusnaturalista, a codificação napoleônica; em um segundo momento, como um modelo *dedutivo* que descreve a aplicação do fato à norma. O *Pandectismo* alemão, por sua vez, parte da filtragem histórica das fontes romanísticas e edifica, a partir dessas fontes, um modelo sistemático-doutrinário sob o influxo silogístico *indutivo*. Nada disso ocorreu. Se observarmos os limites paradigmáticos impostos pela hermenêutica filosófica, nunca foi possível uma operação silogística no direito, na medida em que a compreensão sempre se antecipou ao enlace lógico, seja ele *dedutivo* ou *indutivo*. Quando um exegeta dizia estar diante de um fato dado, antes mesmo de ele buscar no sistema uma resposta para esse fato, já o havia compreendido. Antes mesmo de analisar o sentido literal de um texto normativo, já havia compreendido a norma jurídica. Antes, portanto, de subsumir o fato à norma, já havia decidido⁹⁴⁴. Para Gadamer, “a ideia de uma dogmática jurídica perfeita, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença como um simples ato de subsunção, não tem sustentação”⁹⁴⁵.

⁹⁴⁴ Assim como não se procede subsuntivamente quando se interpreta e, portanto, quando se aplica, um texto normativo em relação a uma situação fática, também quando se interpreta um texto com base na Constituição,

A subsunção pressupõe o acoplamento de dois elementos e, portanto, a cisão entre as *questões de fato* e *de direito*. A moderna ciência do direito assumiu como uma marca de seu modelo epistemológico a distinção entre as *questões de fato* e as *questões de direito*. As *questões de fato* prescindiriam de compreensão já que os dados objetivos são passíveis de uma atividade descritiva imediata, que no direito ficou a cargo da *prova* a ser colhida na instrução processual. Já as *questões de direito*, uma vez reduzidas ao texto, caso este não fosse “claro”, deveria ser interpretado. O fato era, portanto, uma questão de *prova*, enquanto o texto era uma questão de *interpretação*. A questão que se coloca aqui é a seguinte: o que é um fato? Ele surge isoladamente, como se estivesse disposto diante de um fundo verde, tal qual o utilizado para montagens cinematográficas? O fato surge em meio a um fenômeno (no sentido vulgar) e percebê-lo na sua juridicidade envolve a elaboração do recorte fenomenológico, o que já pressupõe uma compreensão. Fatos são compreendidos e só importarão para o direito aqueles que forem compreendidos como jurídicos⁹⁴⁶. Já os textos, por sua vez, são necessariamente o resultado de sua compreensão. Quando se dizia que o texto claro não necessitaria de interpretação – constatação que caiu por terra ainda sob o influxo da ciência oitocentista – a compreensão já estava dada. No fundo, é uma compreensão-aplicação que promove a aparente “suficiência ôptica” de um texto e o torna claro. Aquilo que faria o jurista prescindir da interpretação já era, no fundo, um fenômeno hermenêutico. Alie-se a isso o fato de a compreensão textual ser um *evento*⁹⁴⁷, isto é, o acontecer fenomenológico de uma situação de fato. Se a moderna ciência do direito acreditava que fatos não são compreendidos, a hermenêutica filosófica, ao contrário, irá demonstrar que somente fatos são compreendidos, inclusive quando o são a partir de textos. Como, então, cindir as questões de fato das questões de direito? Essa diferenciação faz ainda algum sentido? Ainda iremos retomar essa questão quando tratarmos da relação sistema-problema.

A aposta no texto trouxe os sintomas de sua precariedade e as questões de direito demandavam a redução de sua ambiguidade. A hermenêutica jurídica clássica se desenvolve, portanto, em torno da necessidade de interpretação dos textos normativos. O seu pressuposto é a existência de um texto que traz consigo um sentido previamente dado, inicialmente correlata à vontade do legislador e, em seguida, à entidade

não ocorre esse processo subsuntivo/dedutivo. O sentido do texto se dá a partir do modo de ser-no-mundo no qual está inserido o intérprete. Não se percebe o texto primeiramente enquanto “ser-objeto”. Há um mundo circundante onde acontece essa manifestação. Ao vislumbrar o texto, já há um ter-prévio, um ver-prévio e um pré-conceito acerca da Constituição. STRECK, Lenio. *Hermenêutica (jurídica)*, 2003, p. 234.

⁹⁴⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2003, p.433.

⁹⁴⁶ CARNEIRO, Wálber Araujo. *O fato compreendido como jurídico*, 2005.

⁹⁴⁷ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*, 2009, p. 79 e 164.

abstrata da vontade da lei. Era evidente que os textos não se mostrariam claros, nem mesmo seriam capazes de abarcar todas as possibilidades de sua aplicação, o que fez da hermenêutica jurídica metódica uma *tecnologia* necessária para a manutenção do mito da completude do sistema. Suprindo não apenas o problema da ambiguidade de sentido dos textos normativos, bem como deficiências no âmbito de abrangência normativa, os métodos de interpretação seriam capazes de ver no texto aquilo que, embora estivesse presente, não se mostrava de modo evidente. Inspirados em uma hermenêutica técnico-normativa já desenvolvida na teologia protestante, a Teoria do Direito incorpora a solução metódica com o intuito de “domesticar” a criatividade do intérprete. Um olhar atento concluirá que a primeira metade do séc. XIX já buscava soluções nos três níveis semióticos da linguagem apofântica. Para os problemas detectados no nível semântico, propuseram o método *literal*, que tinha como escopo o esclarecimento do sentido objetivo do texto; para o nível sintático, propuseram o método *gramatical* para o esclarecimento do sentido dos textos através da relação interna entre eles. Neste caso, poderiam ser também chamados de *lógico* ou *sistemático*. Embora distante do giro linguístico, os problemas pragmáticos já se apresentavam, embora mascarados pela incipiência das matrizes teóricas. As situações teratológicas de aplicação dos textos surgiam e, para justificar uma resposta compatível com o modelo da época, eram propostos métodos que equacionavam os desvios de ordem prática, travestidos de uma suposta incoerência *lógica* ou *histórica*. Essas três dimensões podem ser facilmente percebidas nos métodos clássicos propostos por Savigny. Para ele, “o intérprete deve se localizar no ponto de vista do legislador e, assim, produzir artificialmente seu pensamento”, devendo essa tarefa possuir uma constituição complexa⁹⁴⁸, que em seu *System* envolverá “os elementos ‘gramatical’, ‘lógico’, ‘histórico’ e ‘sistemático’ da interpretação”⁹⁴⁹. As rápidas transformações que o séc. XIX iria enfrentar ainda proporcionariam o método *teleológico* proposto por Jhering, que rapidamente passa a incorporar o rol dos métodos da chamada *hermenêutica jurídica clássica*. O fato é que a Teoria do Direito passou a tratar todos esses métodos como um conjunto metodológico unitário, sem se dar conta que todos eles surgem em contextos específicos e inseridos em concepções paradigmáticas antagônicas. O resultado

⁹⁴⁸ SAVIGNY, Friedrich Karl von. Metodologia jurídica, 2001, p. 9. Neste escrito, Savigny fala de três elementos, apenas: lógico, gramatical e histórico. Já em seu *System*, aponta Castanheira Neves, embora Savigny tenha ultrapassado o estrito positivismo exegético deste curso de Metodologia Jurídica assumindo uma visão “orgânico-institucionalmente histórica, “não é menos verdade que à interpretação continuava a prescrever o objectivo apenas de ‘reconstrução do pensamento contido na lei’, através dos conhecidos ‘quatro elementos’ (gramatical, lógico, histórico e sistemático) e, portanto, com exclusão do próprio ‘fundamento’ (*Grund*) da lei (o ‘motivo’ ou o ‘fim’)”. NEVES, Castanheira A. Metodologia jurídica, 1993, p. 96.

⁹⁴⁹ SAVIGNY, Friedrich Karl Von. Metodologia jurídica, 2001, p. 9-10.

é o emaranhado de métodos que receberia de Hans Kelsen uma crítica desconcertante, mas pelo visto insuficiente para deslocar a ciência do direito desse caminho.

Kelsen dirá que “não há absolutamente qualquer método segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como ‘correta’”⁹⁵⁰. Para ele todos os métodos de interpretação até então elaborados “conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto”⁹⁵¹. A *hermenêutica filosófica*, por sua vez, impõe restrições ainda mais radicais aos métodos. Considerando a antecipação de sentido inerente a toda e qualquer compreensão, esse *projetar-se* impede, inclusive, que o método nos leve a algum lugar. Não se trata, portanto, de uma impropriedade decorrente da ausência de metacritérios que solucionariam os conflitos entre o resultado de diversos métodos, mas a total impossibilidade de algum desses métodos constituírem um sentido que já não tenha sido projetado⁹⁵². O método sempre chegará tarde.

4.4.2 Hermenêutica constitucional

A hermenêutica constitucional é uma aparato metodológico inserido no contexto do *neoconstitucionalismo*⁹⁵³ e do pós-positivismo⁹⁵⁴. Quando o texto constitucional passou a ser visto, definitivamente, como norma jurídica veio à tona o problema de sua insuficiência ôntica, isto é, da constante ausência de densidade semântica de suas disposições. O Estado Constitucional inaugurado pelo segundo pós-guerra teria que resolver o problema da indeterminação das normas constitucionais e, por muito tempo, o fez mediante a proposta inaugurada por Vezio Crisafulli⁹⁵⁵ e transportada para o Brasil por José Afonso da Silva⁹⁵⁶, que deslocava o problema de indeterminação semântica para o plano da eficácia jurídica da norma. Sendo assim, aqueles dispositivos constitucionais que não designassem objetivamente o âmbito de sua aplicação eram vistos como “normas de eficácia limitada” – a exemplo dos princípios e das normas programáticas – que exigiam a ulterior

⁹⁵⁰ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, 2000, p. 391.

⁹⁵¹ Idem. Ibidem, p. 392.

⁹⁵² Por essa razão, Karl Larenz propõe uma leitura fraca desses métodos. “Se a interpretação não deve ser deixada ao arbítrio do intérprete, mas decorrer de modo seguro e comprovável, então é preciso ter determinados critérios de interpretação em conformidade com os quais o intérprete se possa guiar”. LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito, 1997, p. 449-450.

⁹⁵³ CARBONELL, Miguel. Novos tiempos para el constitucionalismo, 2005.

⁹⁵⁴ “Se podría afirmar que es postpositivista toda aquella teoría que ataca las dos tesis más importante del positivismo conceptual: la tesis de las fuentes sociales del derecho y la no conexión necesaria entre el derecho y la moral. En un cierto sentido la teoría jurídica actual se puede denominar postpositivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas y hoy todos en un cierto sentido somos positivistas.” CALSAMIGLIA, Alberto. Postpositivismo, 2008.

⁹⁵⁵ CRISAFULLI, Vezio. La Costituzione e le sue disposizioni di principio, 1952.

⁹⁵⁶ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais, 2003.

intervenção do legislador infraconstitucional para determinação de seu sentido⁹⁵⁷. No fundo, o problema hermenêutico era resolvido mediante a participação do legislador na condição de um “intérprete autêntico” (Kelsen) que conferia concretude ao dispositivo constitucional que regulava. Entretanto, a constante inércia do legislador e o déficit de concretização dos princípios e das normas programáticas impulsionaram a doutrina a conceber mecanismos de interpretação colocados à disposição do Judiciário para que este aplicasse de imediato as normas constitucionais, inclusive aquelas que careciam de concretude semântica. A chamada “nova hermenêutica constitucional” traz os aparatos metodológicos que se mostram como condição de possibilidade para esse movimento.

Com Canotilho, podemos dizer que a hermenêutica constitucional consiste em um “conjunto de métodos, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas (filosóficas, metodológicas, epistemológicas) diferentes mas, em geral, reciprocamente complementares”⁹⁵⁸. Embora se parta da ideia de especificidade da interpretação constitucional⁹⁵⁹, essa “hermenêutica” incorpora sem grandes polêmicas o conjunto de métodos clássicos sistematizados por Savigny (*gramatical, lógico, sistemático e histórico*), com o posterior acréscimo do método *teleológico*. Mas, justamente pela sua especificidade, a Constituição deveria ser interpretada a partir de outros métodos e princípios⁹⁶⁰, tais como os métodos *tópico-problemático, hermenêutico-concretizador, científico-espiritual e normativo-estruturante*, encontrados na enumeração proposta por Canotilho⁹⁶¹, e os princípios da *supremacia da Constituição, presunção de constitucionalidade das leis, interpretação conforme, unidade da Constituição, efetividade, razoabilidade e proporcionalidade*⁹⁶². É inegável que a “nova hermenêutica constitucional” difundida no Brasil por autores como Inocêncio Mártires Coelho⁹⁶³, Luís Roberto Barroso⁹⁶⁴,

⁹⁵⁷ Idem. Ibidem, p. 135.

⁹⁵⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional, 1999, p. 1136.

⁹⁵⁹ “Embora seja uma lei, e como tal deva ser interpretada, a Constituição merece uma apreciação destacada dentro do sistema, à vista do conjunto de peculiaridades que singularizam suas normas. Quatro delas merecem referência expressa: a) a superioridade hierárquica; b) a natureza da linguagem; c) o conteúdo específico; d) o caráter político”. BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição, 2003, p. 107.

⁹⁶⁰ “Os princípios de interpretação constitucional a que a doutrina brasileira, de forma praticamente uniforme faz referência são aqueles referidos por Konrad Hesse em seu manual de direito constitucional. No caso dos métodos a referência baseia-se no famoso artigo de Ernst-Wolfgang Böckenförde sobre métodos de interpretação constitucional.” SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico, p. 117.

⁹⁶¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional, 1999, p. 1137-1139.

⁹⁶² BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição, 2003, p. 161-246. Konrad Hesse propõe cinco princípios de interpretação constitucional, quais sejam a “unidade da constituição”, “concordância prática”, “conformidade funcional”, “efeito integrador” e “força normativa da constituição”. HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, 1998.

⁹⁶³ COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional, 2007.

⁹⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição, 2003.

Manoel Jorge e Silva Neto⁹⁶⁵, dentre outros, foi responsável pelos primeiros sinais de efetividade e supremacia constitucional, ainda que, observando as decisões do Supremo Tribunal Federal – STF, não seja possível afirmar, categoricamente, a superação dos limites eficazes impostos aos princípios e “normas programáticas”. Contudo, sérios efeitos colaterais devem ser levados em consideração, especialmente no tocante ao ativismo decisionista do Poder Judiciário.

A primeira grande crítica lançada contra a “nova hermenêutica constitucional” é, no fundo, uma repetição da crítica lançada à hermenêutica jurídica clássica⁹⁶⁶, seja na versão kelseniana, para quem os métodos nos levariam a lugares distintos e seriam incapazes de domesticar atos de vontade; seja em uma versão hermenêutico-filosófica, quando os métodos sequer teriam o condão de nos levar a algum lugar⁹⁶⁷. Em segundo lugar, os novos métodos de interpretação constitucional seriam uma síntese de diversas matrizes teóricas que foram, por sua vez, concebidas originalmente de modo unitário⁹⁶⁸. Conforme aponta Virgílio Afonso da Silva, os métodos e princípios da hermenêutica constitucional têm sido recebidos no Brasil como se na Alemanha fossem “moeda corrente”, quando não passam da sistematização das ideias de Konrad Hesse e Böckenförde⁹⁶⁹. Desse modo, ao invés de “levar” o intérprete constitucional à resposta correta sobre a aplicação de uma norma constitucional a um caso concreto, camuflará o arbítrio da decisão com um *pseudo* controle da criatividade do intérprete. Em uma perspectiva hermenêutico-filosófica, a crítica à nova hermenêutica constitucional não representa uma censura à sua inclinação *neoconstitucionalista* de soberania constitucional, muito menos ao esforço pela *máxima efetividade* da Constituição. O conteúdo de diversos métodos de interpretação constitucional são postulados válidos, tendo sido, muitos deles, construídos sob a iluminação da própria hermenêutica gadameriana, a exemplo do *normativo-estruturante* de Müller⁹⁷⁰ e do

⁹⁶⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge e. O Princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional, 1999.

⁹⁶⁶ “Até hoje não se compreende sob “métodos” do direito constitucional os modos efetivos de trabalho da concretização da norma constitucional no sentido abrangente, mas apenas as regras técnicas da metódica da interpretação de textos de normas, transmitidas pela tradição. A metódica é tida por metódica da interpretação de textos de linguagem. Mas como a norma é mais do que um enunciado de linguagem que está no papel, a sua “aplicação” não pode esgotar-se somente na interpretação, na interpretação de um texto. Muito pelo contrário, trata-se da concretização, referida ao caso, dos dados fornecidos pelo programa da norma, pelo âmbito da norma e pelas peculiaridades do conjunto de fatos”. MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional, 2005, p. 26.

⁹⁶⁷ Cf. STRECK, Lenio. Hermenêutica e(m) crise, 2004.

⁹⁶⁸ “O sincretismo metodológico, característico do atual estágio da discussão, impede que se avance na discussão acerca da tarefa da interpretação constitucional”. SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico, 2005, p. 135.

⁹⁶⁹ Idem. Ibidem, p. 118 e 134.

⁹⁷⁰ MÜLLER, Friedrich. Teoria estruturante do direito I, 2008.

hermenêutico-concretizador de Konrad Hesse⁹⁷¹. O que está em jogo é a pretensão de uni-los em um modelo paradigmático e de transformá-los em métodos constitutivos. Os métodos de interpretação constitucional são, em verdade, matrizes metodológicas, cuja complexidade está para além da visão instrumental que assumem na doutrina brasileira e cuja aplicação deve levar em conta o ponto de partida dessas teorias. Os princípios, por sua vez, são postulados construídos no âmbito de determinadas concepções teóricas acerca da Constituição. Devem ser analisados no contexto das respectivas Teorias da Constituição e utilizados como princípios doutrinários e não como técnicas que levam ao sentido da norma constitucional.

A existência de uma *hermenêutica constitucional* também pressupõe que o fenômeno constitucional seja concebido isoladamente, o que não deixa de ser um resquício da visão escalonada de ordenamento jurídico. Falar em especificidades da interpretação constitucional implica cindir a interpretação da Constituição, de outras voltadas para textos normativos infraconstitucionais, ainda que se defenda a junção em um segundo momento. Mesmo que parte dos chamados métodos de interpretação constitucional sejam retirados de matrizes concretizadoras, que concebem a interpretação jurídica como o “momento da concreta e problemático-decisória realização do direito”⁹⁷², o deslocamento de suas propostas metodológicas para um “compêndio de métodos” intensifica a possibilidade da interpretação textual *prima facie*, ainda que seja como uma etapa do processo compreensivo. Essa perspectiva produz efeitos significativos, principalmente quando se trata do fenômeno da *constitucionalização* dos demais ramos do direito⁹⁷³, que acaba sendo concebida como uma reformulação de conceitos infraconstitucionais à luz dos novos e reinterpretados conceitos constitucionais, uma marca da *jurisprudência conceitual* do séc. XIX. Sob o ponto de vista hermenêutico-filosófico, não é possível falar em *uma* hermenêutica constitucional, embora a hermenêutica jurídica edificada sobre suas bases paradigmáticas deva ser, no contexto atual, necessariamente constitucional⁹⁷⁴. A noção de um “sistema” hermenêutico assumiria uma

⁹⁷¹ HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha, 1998.

⁹⁷² NEVES, Castanheira A. Metodologia jurídica, 1993, p. 142.

⁹⁷³ “Pode afirmar-se que a constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional. (...) O conteúdo conceptual, a natureza, as finalidades dos institutos básicos do direito civil, nomeadamente a família, a propriedade e o contrato, não são mais os mesmos que vieram do individualismo jurídico e da ideologia liberal oitocentista, cujos traços marcantes persistem na legislação civil. As funções do Código esmaeceram-se, tornando-o obstáculo à compreensão do direito civil atual e de seu real destinatário; sai de cena o indivíduo proprietário para revelar, em todas suas vicissitudes, a pessoa humana. Despontam a afetividade, como valor essencial da família; a função social, como conteúdo e não penas como limite, da propriedade, nas dimensões variadas; o princípio da equivalência material e a tutela do contratante mais fraco, no contrato.” LOBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil, 2009.

⁹⁷⁴ Cf. STRECK, Lenio. *Hermenêutica e(m) crise*, 2004

estrutura circular-reflexiva, aproximando-se mais da proposta sistêmica luhmanniana⁹⁷⁵ do que da proposta piramidal, seja a conceitual de Puchta ou a normativa de Kelsen.

Assim, um olhar hermenêutico-filosófico para a chamada “nova hermenêutica constitucional” deve, para que ela se torne produtiva, desconstruir as pretensões epistemológicas atualmente sustentadas. Há, por traz desses métodos, construções teóricas riquíssimas e desveladoras do sentido que uma Constituição assume nesta quadra da história – e não que uma dada norma constitucional assumira em face de um determinado caso concreto.

4.4.3 Controle analítico da ponderação via *máxima* da proporcionalidade

A força normativa dos princípios trouxe, aliada à sua indeterminação semântica, o antigo problema da ponderação. Embora a questão surja com ares de ineditismo, a ponderação constitui um recurso presente na metodologia jurídica desde a segunda metade do séc. XIX. De fato, não possuía como objeto os valores traduzidos por princípios constitucionais, mas *interesses* que determinavam a regulamentação de institutos jurídicos de direito privado e que, mediante uma compreensão utilitária, viabilizariam a supressão de lacunas⁹⁷⁶. Trata-se, portanto, da velha “ponderação de bens e interesses” já criticada por Kelsen no capítulo oitavo da Teoria Pura do Direito⁹⁷⁷. Além de servir como “fator causal” para a criação da lei, os interesses também serviam como “critérios de valoração”, parâmetros encontrados no próprio sistema para a formulação dos “juízos de ponderação”⁹⁷⁸. É importante reconhecer que, “*ao exortar o juiz a aplicar os juízos de valor contidos na lei com vista ao caso julgando, a Jurisprudência dos interesses – embora não quebrasse verdadeiramente os limites do positivismo – teve uma actuação libertadora e fecunda sobre uma geração de juristas educada num pensamento formalista e no estrito positivismo legalista*”⁹⁷⁹. Essa libertação tem como principal expressão a quebra do monismo metodológico da subsunção e a introdução da distinção entre *regras* e *princípios*, dualidade

⁹⁷⁵ “(...) a hierarquia constitucional kelseniana não mais responde aos anseios de uma sociedade de risco e de indeterminação. A circularidade decisional adapta-se e transforma a Constituição a partir de seus próprios elementos jurídicos e com base numa nova lógica, mas apta a responder às influências comunicacionais dos demais subsistemas sociais.” SCHWARTZ, Germano. A Constituição numa visão autopoietica, 2005, p. 22.

⁹⁷⁶ LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito, 1997, p. 63-70.

⁹⁷⁷ “Também o princípio da chamada apreciação dos interesses é tão-só uma formulação, e não qualquer solução, do problema que aqui nos ocupa. Não fornece a medida ou o critério objetivo segundo o qual os interesses contrapostos possam ser entre si comparados e de acordo com o qual possam ser dirimidos os conflitos de interesses. Especialmente, tal critério não pode ser retirado da norma interpretanda, da lei que a contém ou da ordem jurídica global, como pretende a teoria chamada da ponderação dos interesses.” KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, 2000, p. 392.

⁹⁷⁸ LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito, 1997, p. 69 e 77.

⁹⁷⁹ Idem. *Ibidem*, p. 69.

que abriu espaço para o método da *ponderação*. Assim, com a admissão da força normativa dos princípios, incorpora-se ao “senso comum teórico dos juristas” a máxima de uma *Jurisprudência de Valores*, onde regras são *subsumidas* aos fatos, enquanto princípios são *ponderados* diante da situação concreta.

A ponderação se torna mais complexa quando se percebe que há uma relação circular entre os critérios de valoração e os próprios valores a ser ponderados, o que acarreta, conseqüentemente, a total indeterminação dos resultados da aplicação do método. Quem controlará a ponderação?⁹⁸⁰ Para essa questão entra em cena uma proposta bastante representativa no cenário pós-positivista, defendida por Robert Alexy⁹⁸¹ e, inclusive, logo incorporada ao rol de princípios da hermenêutica constitucional, não obstante seu perfil analítico⁹⁸². Trata-se da “máxima da proporcionalidade”, amplamente difundida no Brasil por Humberto Ávila⁹⁸³. Ainda que o modelo de sopesamento de Alexy ultrapasse a estrutura analítica desse postulado⁹⁸⁴, há, segundo ele, uma conexão recíproca e necessária entre a Teoria dos Princípios e a “máxima da proporcionalidade”⁹⁸⁵. Sua estrutura analítica é composta por três elementos: a *proporcionalidade em sentido estrito*; a *adequação* e a *necessidade*. “A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face de possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas”.⁹⁸⁶

Como afirma Lenio Streck, os princípios foram resgatados no pós-guerra numa tentativa de salvar a razão prática⁹⁸⁷. Ela, que vigorava no mundo clássico como determinante para as questões éticas, tinha sido colonizada pelo agir estratégico da modernidade burguesa, tendo sido esse deslocamento a causa para a derrocada do positivismo jurídico. Os princípios, entretanto, trouxeram o problema da indeterminação semântica e, com ela, a superposição de seus âmbitos normativos, acarretando a necessidade de ponderação.

⁹⁸⁰ “Contra a ideia de sopesamento é muitas vezes levantada a objeção de que ela não é um modelo aberto a um controle racional”. ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, 2008, p. 163.

⁹⁸¹ Idem. Ibidem.

⁹⁸² “(...) não parece ser fácil defender, ao mesmo tempo, as teorias de Müller e Alexy; simplesmente porque ambas partem de concepções irreconciliáveis acerca da definição dos deveres *prima facie* e definitivos de cada direito fundamental.” SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico, p. 139.

⁹⁸³ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios, 2006.

⁹⁸⁴ “Ainda que o *sopesamento em si* não estabeleça um parâmetro com o auxílio do qual os casos possam ser decididos de forma definitiva, o *modelo de sopesamento como um todo* oferece um critério, ao associar a lei de colisão à teoria da argumentação jurídica racional”. ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, 2008, p. 173-174.

⁹⁸⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, 2008, p. 116.

⁹⁸⁶ Idem. Ibidem, p. 118.

⁹⁸⁷ STRECK, Lenio. Verdade e consenso, 2009, p. 254.

Entretanto, para resolver o problema causado por aquilo que representa o resgate da razão prática, retornamos, paradoxalmente, ao agir estratégico, insistindo na manutenção da causa do nosso problema. A *proporcionalidade* e a sua estrutura analítica não é outra coisa senão aquilo que Max Weber denominou uma ação racional orientada a fins.

A ação racional é da espécie orientada a fins quando envolve a devida consideração de fins, meios e efeitos secundários; tal ação também deve considerar atentamente as escolhas alternadas, bem como as relações dos fins com os outros usos possíveis do meio e, finalmente, a importância relativa a diferentes fins possíveis. Assim, a classificação da ação em termos afetivos ou tradicionais é incompatível com este tipo. A decisão entre fins e resultados competitivos e conflitantes pode, por sua vez, ser determinada por uma consideração de valores absolutos: neste caso tal conduta é orientada a fins apenas no que diz respeito à escolha dos meios. Ou a pessoa envolvida em tal conduta pode, ao invés de dividir entre fins conflitantes ou competitivos em termos de orientação relativa a valores, apenas tomá-las como necessidades subjetivas dadas e ordená-las numa escala de prioridades. Pode, então, orientar a sua ação de acordo com esta escala de tal maneira que esteja conforme, até onde seja possível, à ordem de prioridades prescrita pelo princípio da “utilidade marginal”.⁹⁸⁸

A aposta na *proporcionalidade*, portanto, constitui um refluxo do modelo de racionalidade estratégica que, em última análise, foi a responsável direta pela consolidação da crise que todas as matrizes teóricas contemporâneas tentam solucionar. Isso não quer dizer que as decisões no direito não devam ser proporcionais, preocupação que também estava presente em Aristóteles quando ele afirmava que a virtude não é compatível com os extremos. De uma análise hermenêutico-filosófica da “máxima da proporcionalidade” resultam duas fortes implicações. A primeira diz respeito à “institucionalização prévia do espaço de jogo”, da qual Heidegger falava na “questão da técnica”; e a segunda, inerente a toda e qualquer tentativa de proposta metodológica constitutiva, impossibilitando à máxima da proporcionalidade servir como um veículo que nos transporte a uma proporcionalidade que já não tenha se antecipado na compreensão.

A “institucionalização prévia do espaço de jogo” impõe que a análise da proporcionalidade da ação fique restrita aos meios previamente eleitos e ao fim previamente determinado, isto é, a uma armação que pré-condiciona o calabouço da racionalidade e nos coloca à sua disposição. A *proporcionalidade em sentido estrito*, a *adequação* e a *necessidade* são analisadas em um cenário previamente dado, não sendo elas capazes de discutir se há outros meios, se o fim é, de fato, aquele que se pretende atingir e, tampouco, a dimensão ética da ação e de sua finalidade. De fato, depois de institucionalizado o espaço de jogo, entificado o conteúdo moral-prático dos princípios e veladas todas as outras possibilidades de solução da questão, a verificação do problema à luz da proporcionalidade

⁹⁸⁸ WEBER, Max. Conceitos básicos de sociologia, 1987, p. 43.

confere uma aparente racionalidade à solução encontrada, embora ainda esconda o acontecer alienado do *ser* que se antecipa nas escolhas pelo fim e pelos meios *adequados, necessários e proporcionais*. A afirmação de que as ações devem ser proporcionais e, conseqüentemente, de que as decisões sobre tais ações devem refletir essa preocupação não é o mesmo que acreditar que a *proporcionalidade* nos conduzirá ao resultado esperado. Quando observamos o modo como as decisões são tomadas, concluímos que a “máxima da proporcionalidade” acaba servindo como um manto que encobre outras possíveis decisões, na medida em que o espaço de jogo é previamente estabelecido na fundamentação e, em um modelo constitutivo do sentido dessa decisão, as possibilidades são analisadas a partir dessas premissas. O problema é que um juiz ou tribunal não foram levados a decidir de uma determinada forma por terem considerado a *proporcionalidade*, mas sim por força de uma antecipação de sentido de uma determinada “proporcionalidade”, que provavelmente estará alienada ante ao solipsismo dos julgadores. A verdade de uma decisão não cabe na estrutura analítica da proporcionalidade e, embora esta possa mostrar algo do ente, deixará de mostrar diversos outros aspectos desse mesmo ente. O caminho para se estudar as condições de possibilidade de decisões proporcionais passa muito mais pela prudência aristotélica, não obstante as suas insuficiências, do que pelo agir estratégico moderno⁹⁸⁹.

4.4.4 Argumentação jurídica

Inúmeras matrizes contemporâneas depositam na argumentação suas possibilidades metodológicas⁹⁹⁰. Embora o nosso objetivo não seja tratar das diferentes propostas – opção que nos leva a cometer injustiças na crítica – temos, primeiramente, que diferenciar os modelos argumentativos voltados para o *convencimento*, de modelos dialógicos voltados para o *consenso* inspirado na ética do discurso⁹⁹¹.

⁹⁸⁹ Sobre a relação entre *phrónesis* aristotélica e a hermenêutica, Cf. ENGELMANN, Wilson. Direito natural, ética e hermenêutica, 2007.

⁹⁹⁰ Cf. AARNIO, Aulis. Lo racional como razonable, 1991. ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica, 2002. ALEXEY, Robert. Teoria da argumentação jurídica, 2005. AMADO, Juan Antonio Garcia. Del método jurídico a las teorías de la argumentación, 1986. ATIENZA, Manuel. El derecho como argumentación, 2007. CATTONI, Marcelo. Direito processual constitucional, 2001. DUARTE, Écio Oto Ramos. Teoria do discurso e correção normativa do direito, 2004. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Direito, retórica e comunicação, 1997. GESTA LEAL, Rogério. O Estado-Juiz na democracia contemporânea, 2007. GUNTHER, Teoria da Argumentação no direito e na moral, 2004. HABERMAS, Jürgen. Faticidad y validez, 2001. MACCORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito, 2008. PERELMAN, Chaim. Lógica jurídica, 2004. SOUZA CRUZ, Álvaro. Habermas e o direito brasileiro, 2008.

⁹⁹¹ Buscando na argumentação o convencimento, estão os seguidores de Chaim Perelman, enquanto que os modelos consensuais se inspiram na ética discursiva defendida por Jürgen Habermas, normalmente inclinados pelas variáveis introduzidas por Klaus Günther e Robert Alexy.

No primeiro grupo, enfrentamos um problema mais profundo, pois a busca pelo convencimento acaba transformando a teoria da argumentação em técnicas retóricas que enaltecem o ponto de vista de quem argumenta e aquilo que deveria (ou poderia) ser um diálogo se transforma em um monólogo estratégico. A pacificação e a aceitação de uma decisão jurídica não é um fim em si mesmo, devendo ser vista como o resultado de uma descoberta mais profunda que envolve uma *resposta correta*. É dela que devemos estar convencidos, ainda que ela, como veremos, pressuponha algo que vai muito além do simples convencimento. As regras argumentativas representam, tão somente, um mecanismo estratégico para que se obtenha um fim desejado, entretanto, uma teoria jurídica não pode ser sinônima de técnicas argumentativas, devendo assumir um compromisso com a *verdade* – e já sabemos como devemos encará-la no paradigma hermenêutico.

As matrizes argumentativas que trabalham com a perspectiva de consenso válido não recaem nesse problema, grife-se a preocupação de Habermas em imunizar o agir estratégico via uma racionalidade comunicativa e seu compromisso ético com a verdade (procedimental). O problema, aqui, não é o consenso válido em si, pois esse é um desiderato totalmente compatível com uma perspectiva hermenêutica, mas as possibilidades epistemológicas desse consenso⁹⁹². Retomamos, portanto, as discussões do capítulo anterior, quando tratamos do debate entre Gadamer e Habermas. Ali concluímos não ser possível contornar a linguagem no nível hermenêutico, o que inviabiliza um grau zero compreensivo que nos colocasse imunes aos efeitos de tradições ideologicamente viciadas e permitisse uma revelação crítica do sentido das nossas ações. Também concluímos que a estrutura epistemológica *contrafática* da *situação ideal de fala*, ainda que seja encarada apenas como um modelo ideal a ser buscado, é pragmaticamente impotente diante da inclinação individualista e estratégica que as situações de dissenso provocam em seus agentes, especialmente quando se trata do direito.

É inegável a necessidade de quebra do solipsismo na identificação do sentido jurídico de nossas condutas, seja na sua juridicização (legislativo em sentido *lato*), seja na aplicação jurídica que leva em conta essas decisões políticas (concretização). Se o sistema jurídico decorre de uma decisão política que se legitima substancialmente na intersubjetividade moral-prática e, por que não, nos procedimentos de abertura dialógico-democrática, o desvelamento desse sentido em situações concretas deve ser potencializado

⁹⁹² Recordemos a análise feita no capítulo anterior sobre o giro que Habermas propõe em Verdade e justificação e a conclusão de que, embora quanto à verdade (sobre o mundo objetivo) não seja mais possível equipará-la ao consenso, no que toca à correção (sobre o agir do homens) a solução é exclusivamente pragmática e consensual.

pela quebra do solipsismo também no plano apofântico, preocupação que tomamos das matrizes discursivas como sendo necessária. Se o sentido moral-prático é constituído existencialmente e se essa construção já é, necessariamente, dialógica, o mesmo não se pode dizer do plano discursivo. Neste plano, onde a ciência se desenvolve, é possível e necessário propor estruturas epistemológicas voltadas para retroalimentar o desvelamento do sentido hermenêutico. Neste caso, as propostas discursivas de Habermas, Apel, Günther e, em parte, do próprio Alexy, convergem para uma zona de preocupação compatível e coincidente com a matriz hermenêutica. Contudo, extrapolam em alguns pontos os limites existenciais impostos pela nossa forma de *ser-no-mundo*.

A teoria de Habermas sobre o direito deve ser compreendida em “dois tempos”. Edificada sobre a racionalidade comunicativa, concebe no “primeiro tempo” a produção das normas jurídicas. Seu modelo, voltado para sociedades pós-convencionais, visa à legitimidade via legalidade⁹⁹³, diferenciando o direito da moral mediante o atendimento ao princípio democrático (princípio “D”)⁹⁹⁴.

*Para obtener criterios claros en lo tocante a la distinción entre principio democrático y principio moral, parto de la circunstancia de que la finalidad del principio democrático es fijar un procedimiento de producción legítima de normas jurídicas. Pues lo único que dice es que sólo pueden pretender validez legítima las normas jurídicas, articulado a su vez jurídicamente, puedan encontrar el asentimiento de todos los miembros de la comunidad jurídica. Con otras palabras, el principio democrático explica el sentido realizativo de la práctica de la autodeterminación de los miembros de una comunidad jurídica que reconocen unos a otros como miembros libres e iguales de una asociación en la que han entrado voluntariamente. De ahí que el principio democrático radique y se mueva en un nivel distinto que el principio moral.*⁹⁹⁵

A aposta no princípio da democracia (D) como um requisito para a autonomia do direito face à moral não afasta, contudo, o necessário atendimento ao princípio do discurso moral (U), regra geral para o consenso válido em qualquer forma de argumentação prática. Segundo Habermas, o princípio do discurso se converte na forma jurídica do princípio democrático⁹⁹⁶, o que demonstra a complementariedade entre a sua ética discursiva e o direito. “O princípio (U) rege os discursos práticos e, como tal, é condição de validação de toda e qualquer norma, enquanto que o princípio (D) impele os indivíduos a uma efetiva participação nesses discursos”⁹⁹⁷, o que significa dizer que o princípio do discurso

⁹⁹³ HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez, 2001, p. 148.

⁹⁹⁴ “D: Válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discurso racionales.” HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez, 2001, p. 172.

⁹⁹⁵ Idem. Ibidem, p. 175.

⁹⁹⁶ Idem. Ibidem, p. 193.

⁹⁹⁷ ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. Religião e modernidade em Habermas, 1996, p. 98.

relativo à moral opera no plano *interno*, enquanto que o jurídico no plano *externo*⁹⁹⁸. Com esse modelo co-origenário e complementar, Habermas busca um direito autônomo que promova a redução da tensão entre a *faticidade* da imposição do direito por parte do estado e a *validade* legitimadora do procedimento de produção do direito⁹⁹⁹, formando um universo de *discursos de fundamentação* para ações futuras. Habermas busca a legitimidade de um ordenamento jurídico mediante sua validade procedimental¹⁰⁰⁰, que transcende as noções formais de procedimento e adentra nas condições de validade epistemológica, enaltecendo a democracia e reencontrando uma função para os debates no “espaço público”¹⁰⁰¹. Esse modelo permitiria um diálogo entre *sistema* e *mundo da vida*, na medida em que a formação do primeiro sob as condições procedimentais garantiria um modelo consensual que não iria colonizar o segundo e ainda permitiria, pragmaticamente, a pacificação do convívio em sociedades complexas marcadas pela contingência das ações de seus membros¹⁰⁰².

Mas este conjunto de normas válidas paira à espera de sua aplicação, exigindo um “segundo tempo” que Habermas enfrenta como um problema de “administração da justiça”. Cremos que este “momento” nunca foi a primeira preocupação de Habermas, cuja tradição sociológica sempre o levou a preocupações no plano macro-social. Em contrapartida, esta é a principal perspectiva dos juristas que, na modernidade burguesa, ignoraram (ou puseram em segundo plano) o problema da legitimação do direito – o que faz da obra de Habermas uma “pergunta” fundamental para essa quadra da história. Não podendo abrir mão do ganho de legitimidade que o sistema jurídico encontrou em sua teoria, a aplicação do direito em situações concretas deverá manter íntegro o conteúdo das normas concebidas no discurso democrático. Entretanto, Habermas tem consciência de que as normas jurídicas, não obstante a validade procedimental, não conseguem prever todas as possibilidades de sua aplicação, sendo necessário pensar um modelo aplicativo que reduza a tensão entre a “segurança jurídica”, que direciona a decisão para a repetição do que está já estabelecido, e a “resposta correta”, que exige a análise das circunstâncias do caso concreto¹⁰⁰³.

Dentre as opções paradigmáticas à disposição dos juristas estão, na visão de Habermas, a hermenêutica jurídica (já considerando as influências da hermenêutica filosófica, a exemplo do trabalho de Joseph Esser) e o positivismo jurídico. Embora reconheça

⁹⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, 2001, p. 176.

⁹⁹⁹ Idem. *Ibidem*, p.84 e 90.

¹⁰⁰⁰ Idem. *Ibidem*, p. 148.

¹⁰⁰¹ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*, 2002, p. 289-292.

¹⁰⁰² HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, 2001, p. 145-146.

¹⁰⁰³ “*La tensión inmanente al derecho entre facticidad y validez se manifiesta dentro de la administración de justicia como tensión entre el principio de seguridad jurídica y la pretensión de estar dictando decisiones correctas.*” HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, 2001, p. 266.

que a hermenêutica filosófica teve o mérito de romper com o modelo subsuntivo¹⁰⁰⁴, Habermas acredita que seu condicionamento às pré-compreensões determinará como parâmetro de legitimação das decisões a “história efetual”, que estaria ligada ao contingenciamento de vida do juiz e não aos padrões consensuais decorrentes do diálogo democrático necessário às sociedades complexas¹⁰⁰⁵. Já o positivismo jurídico leva em consideração uma perspectiva realista das decisões que vê na indeterminação das mesmas um sintoma da polissemia da linguagem, o que tornaria sem sentido o estágio anterior onde os discursos de fundamentação foram construídos e legitimados¹⁰⁰⁶. Entre uma racionalidade determinada pelas variáveis de vida do julgador e a ausência de racionalidade decorrente da ambiguidade de sentido dos textos normativos, tomará Habermas o modelo de direito de Dworkin como uma inspiração para o problema da tensão entre *coerência e integridade*.

Para Habermas, Dworkin, ao contrário do positivismo, aposta na racionalidade das decisões e, ao contrário de Gadamer, teria substituído a história efetual pela história institucional do direito¹⁰⁰⁷. Com isso, une-se a busca pela aceitabilidade racional das decisões com a substituição do fundamento moral por um fundamento deontológico (próprio do direito)¹⁰⁰⁸. Na adequação dos discursos de fundamentação resultantes do consenso democrático em situações concretas, Dworkin recorre, por sua vez, a um procedimento de interpretação construtiva que permitiria ao juiz chegar, em todos os casos, a uma decisão idealmente válida que compensasse a indeterminação do direito. Como essa tarefa estaria reservada a um modelo ideal de juiz, cujas faculdades intelectuais seriam análogas à força física de Hércules, Habermas entende que a proposta hermenêutico-institucional de Dworkin falha ao conceber o modelo de juiz mediante uma forte idealização¹⁰⁰⁹, o que levaria, segundo a crítica levantada pela *Critical Legal Studies Movement*, a reconstruções racionais manipuladas¹⁰¹⁰. Habermas entende que a tarefa de Hércules é um programa impraticável¹⁰¹¹ e conclui que a resposta de Dworkin ao problema da adequação de discursos de fundamentação em situações concretas – embora reservem o mérito de pretender assegurar, ao mesmo tempo, a integridade deontológica do direito e a segurança jurídica – suscita dúvidas quanto às suas

¹⁰⁰⁴ Idem. Ibidem, p. 268.

¹⁰⁰⁵ Idem. Ibidem, p. 269.

¹⁰⁰⁶ Idem. Ibidem, p. 272.

¹⁰⁰⁷ Idem. Ibidem, p. 272-273.

¹⁰⁰⁸ “Sin embargo, ha menester de alguna explicación, porque los contenidos morales, cuando son traducidos al código jurídico, experimentan un sistemático cambio en su significado, que les viene impuesto por la forma jurídica”. HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez, 2001, p. 274.

¹⁰⁰⁹ Idem. Ibidem, p. 283.

¹⁰¹⁰ Idem. Ibidem, p. 284.

¹⁰¹¹ Idem. Ibidem, p. 286.

bases monológicas¹⁰¹². Dworkin oscilaria entre a perspectiva dos cidadãos e a de um juiz que convoca para si um acesso privilegiado ao conhecimento¹⁰¹³, calcado em esforços solipsistas e distantes do diálogo¹⁰¹⁴. Para Habermas, as exigências ideais devem se acoplar a uma teoria do direito compatível com o ideal político de uma “sociedade aberta de intérpretes da constituição”, em referência expressa a Peter Häberle¹⁰¹⁵.

A tese proposta neste trabalho corrobora com a tese de Habermas quanto a essa especificidade, embora levante dúvidas quanto ao caráter monológico do juiz Hércules ou, ao menos, de sua incompatibilidade com um paradigma dialógico. De qualquer sorte, como ainda não chegamos ao ponto onde iremos esboçar as possibilidades dialógicas do modelo hermenêutico, cabe ressaltar que a busca de Habermas por um paradigma metodológico para a aplicação do direito – ou, porque não dizer, por uma teoria da decisão jurídica – se distancia de Dworkin tão somente pelo caráter monológico-solipsista da tarefa hercúlea do juiz, exigindo em substituição um paradigma procedimentalista dialógico, embora reconheça que a parcialidade dar partes mantenha em relevo a perspectiva do juiz¹⁰¹⁶. Habermas não chega a elaborar esse modelo dialógico voltado para a aplicação de normas jurídicas em situações concretas, fazendo referência, com restrições, a duas possibilidades fortemente influenciadas pela sua teoria da ação comunicativa: as propostas discursivas de Robert Alexy e a de Klaus Günther¹⁰¹⁷.

Para Alexy, o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral¹⁰¹⁸, diferenciando-se pela necessária vinculação ao direito vigente¹⁰¹⁹. No discurso jurídico, trata-se da justificação de um caso especial de proposições normativas, isto é, das decisões jurídicas que, por sua vez, devem ser justificadas sob um aspecto *interno* e outro *externo*¹⁰²⁰. “Na justificação interna verifica-se se a decisão se segue logicamente das premissas que se expõem como fundamentação”, enquanto que na justificação externa o que

¹⁰¹² Idem. Ibidem, p. 293.

¹⁰¹³ Idem. Ibidem, p. 293.

¹⁰¹⁴ Idem. Ibidem, p. 295 e 297

¹⁰¹⁵ Idem. Ibidem, p. 294.

¹⁰¹⁶ Idem. Ibidem, p. 303.

¹⁰¹⁷ Idem. Ibidem, p. 301-309. “*Cuando Dworkin se comparte una comprensión deontológica del derecho y se siguen las consideraciones de autores como Aarnio, Alexy y Günther relativas a teoría de la argumentación, no hay más remedio que asentir a dos tesis. Por un lado, el discurso jurídico no puede moverse autárquicamente en un universo herméticamente cerrado del derecho vigente, sino que ha de mantenerse abierto a argumentos de otra procedencia, en particular a las razones pragmáticas, éticas y morales hechas valer en el proceso de producción de normas y, por ende, agavilladas en la pretensión de legitimidad de las normas jurídicas. Por otro, la corrección o rectitud de las decisiones jurídicas se mide en última instancia por el cumplimiento de condiciones comunicativas de la argumentación, que posibilitan la imparcialidad en la formación de un juicio.*” HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez, 2001, p. 302.

¹⁰¹⁸ ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica, 2005, p. 209.

¹⁰¹⁹ HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez, 2001, p. 210.

¹⁰²⁰ ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica, 2005, p. 217.

está em jogo é a “correção destas premissas”¹⁰²¹. Os problemas discutidos na justificação *interna* são, como o próprio Alexy admite, questões que envolvem o “silogismo jurídico”¹⁰²². Opera-se silogisticamente nos limites e possibilidades desse método, o que impede a sua utilização em casos complicados, a exemplo daqueles que envolvem normas com “expressões que admitem diversas interpretações”¹⁰²³. A justificação *interna* trabalha com premissas extraídas diretamente do direito positivo, restando à justificação *externa* a fundamentação de premissas não extraídas diretamente¹⁰²⁴. “O objeto da justificação externa é a fundamentação das premissas usadas na justificação interna”, encontrando-se, dentre elas, a regra de direito positivo, enunciados empíricos e premissas que não são enunciados empíricos nem regras de direito positivo¹⁰²⁵. Aos diferentes tipos de premissa correspondem diferentes tipos de métodos de fundamentação¹⁰²⁶, cabendo à argumentação jurídica a fundamentação das premissas que não são nem enunciados nem regras de direito positivo¹⁰²⁷. Neste âmbito, encontram-se, segundo Alexy, seis grupos de regras e formas de justificação, sendo elas as regras e formas a) de interpretação; b) da argumentação da ciência do direito; c) do uso dos precedentes; d) da argumentação empírica; e) das chamadas formas especiais de argumentos jurídicos e f) da argumentação prática geral¹⁰²⁸. Esta última, por sua vez, não pode ser totalmente descartada da argumentação jurídica, embora seja o discurso jurídico um caso especial que se diferencia, justamente, do discurso prático geral¹⁰²⁹. Por fim, Alexy ainda reservará à justificação *externa* a interconexão das diversas formas de argumentação a ser utilizadas em um determinado caso¹⁰³⁰.

Contra a proposta de Alexy, Habermas questiona, em primeiro lugar, o fato de o discurso jurídico ser tido como um “caso especial do discurso moral”¹⁰³¹. Para Habermas, a primazia heurística do discurso moral-prático não autoriza concluir que os discursos jurídicos devam ser entendidos como um subconjunto das argumentações morais¹⁰³². Segundo Habermas, Alexy teria que combater as críticas quanto à indeterminação que o seu procedimento discursivo geraria, sustentando que as regras e formas de argumentação não

¹⁰²¹ Idem. Ibidem, p. 217-218.

¹⁰²² Idem. Ibidem, p. 218.

¹⁰²³ Idem. Ibidem, p. 220.

¹⁰²⁴ Idem. Ibidem, p. 224.

¹⁰²⁵ Idem. Ibidem, p. 226.

¹⁰²⁶ Idem. Ibidem, p. 226.

¹⁰²⁷ Idem. Ibidem, p. 226.

¹⁰²⁸ Idem. Ibidem, p. 227.

¹⁰²⁹ Idem. Ibidem, p. 274-276.

¹⁰³⁰ Idem. Ibidem, p. 228.

¹⁰³¹ HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez, 2001, p. 302.

¹⁰³² Idem. Ibidem, p. 302.

fazem mais que especificar as condições procedimentais do discurso prático no tocante ao direito vigente, não sendo suficiente uma breve referência às semelhanças estruturais dessas regras e formas em cada uma das formas de discurso¹⁰³³. A consonância entre direito e moral proposta por Alexy teria também a “desagradável consequência” não só de relativizar a correção da decisão jurídica, como também de colocá-la em questão¹⁰³⁴. Segundo Habermas, para evitar esse problema, Alexy deveria pôr em prática com Dworkin a tarefa de reconstruir racionalmente o direito vigente, mediante a necessária verificação da coerência de uma decisão jurídica frente ao sistema¹⁰³⁵. Habermas não descarta a possibilidade de analisar discursos jurídicos a partir do modelo dos discursos morais de aplicação, já que em ambos os casos se trata da aplicação de normas, mas deixa claro que a validade das normas jurídicas envolve questões muito mais complexas, proibindo a assimilação da correção de normas jurídicas com a validade dos discursos morais e, conseqüentemente, a colocação do discurso jurídico como um caso especial de discursos morais¹⁰³⁶.

O pano de fundo da crítica que Habermas dirige a Alexy funda-se na necessária autonomia do direito em relação à moral¹⁰³⁷, que não é incompatível com a complementariedade (ou co-originariade). A proposta deontológica de Dworkin é bem recebida por Habermas justamente porque ela enaltece a autonomia do direito e mantém viva a legitimidade do consenso que resultou na formação dos discursos de fundamentação. Alexy, por sua vez, mais do que pensar o direito como um caso especial do discurso moral-prático – o que poderia ser admitido caso a relação não fosse de gênero e espécie e, portanto, tudo que importa ao discurso jurídico não estivesse que estar contido na moral – concebe a moral como um elemento corretivo do discurso jurídico quando admite a argumentação prática no fechamento operativo que levará à decisão. Mais do que a autonomia, o que está em jogo aqui é a própria democracia.

A proposta de Günther parte da necessária distinção entre discursos de fundamentação e aplicação. O seu *Teoria da argumentação no direito e na moral* é um manifesto não apenas sobre a possibilidade dessa distinção, mas também sobre a necessidade de se construir discursos de aplicação adequados às características do caso concreto.

Sob condições de um princípio moral universal, do tipo do princípio de universalização (U), a ideia de imparcialidade se subdivide em um discurso de

¹⁰³³ Idem. Ibidem, p. 303-304.

¹⁰³⁴ Idem. Ibidem, p. 304.

¹⁰³⁵ Idem. Ibidem, p. 304.

¹⁰³⁶ Idem. Ibidem, p. 305.

¹⁰³⁷ Idem. Ibidem, p. 306.

fundamentação situacionalmente dependente e um discurso de aplicação que examina todos os sinais característicos de uma situação.¹⁰³⁸

Essa adequação é comandada por uma lógica de argumentação que pode ser mensurada “na sucessiva consideração ampliada de sinais característicos situacionais e na colisão, sistematicamente produzida por meio disso, de diversas normas aplicáveis”¹⁰³⁹. Mostra quais os meios argumentativos que devem ser utilizados para ampliar a descrição da situação e resolver as colisões dali oriundas¹⁰⁴⁰. Valendo-se de uma síntese dos modelos de argumentação propostos por autores como Baier, Searle, Alexy, Hare e Tugendhat, propõe um modelo concebido em dois estágios¹⁰⁴¹. No primeiro estágio, identifica como sendo comum a todos os autores a seleção dos fatos relevantes e a produção de uma descrição situacional hipotética¹⁰⁴². O recorte situacional é, por sua vez, “determinado por aquelas normas *prima facie* aplicadas sob circunstâncias inalteradas”¹⁰⁴³. Esse primeiro estágio pressupõe, portanto, a interpretação *prima facie* de uma norma e a construção de uma imagem (hipotética) de referência para a avaliação dos sinais característicos do caso concreto. Trata-se, portanto, de um modelo analógico que confronta a imagem proporcionada por um discurso de fundamentação com a análise do caso concreto sobre o qual serão edificados os discursos de aplicação.

O segundo estágio proposto por Günther “se aplica à resolução daqueles problemas de colisão que são sistematicamente criados por meio de um cumprimento argumentativo da pressuposição de integridade”¹⁰⁴⁴. Aqui não está em jogo, alerta Günther, um embate de “pleitos de validade”, uma vez que as “normas em colisão ou as variantes de significado concorrente somente se correlacionam em uma situação concreta”¹⁰⁴⁵. Günther integra às teorias da argumentação moral o que há muito já se sustenta nas teorias jurídicas pós-positivistas, isto é, a necessidade do caso concreto para ponderar a colisão de normas em razão do fato de não ser possível prever as possibilidades de colisão e de significados de uma norma *prima facie*. Isso ocorre, segundo o próprio Günther, porque “não conhecemos todas as situações de aplicação, tampouco todas as possíveis constelações de sinais característicos em situações”. Desse modo, “o critério de coerência tanto se distingue das teorias da eticidade, nas quais a validade sempre está incluída na adequação, quanto das

¹⁰³⁸ GÜNTHER, Klaus. Teoria da argumentação no direito e na moral, 2004, p. 301.

¹⁰³⁹ Idem. Ibidem, p. 335.

¹⁰⁴⁰ Idem. Ibidem, p. 335.

¹⁰⁴¹ Idem. Ibidem, p. 335-336.

¹⁰⁴² Idem. Ibidem, p. 336.

¹⁰⁴³ Idem. Ibidem, p. 336.

¹⁰⁴⁴ Idem. Ibidem, p. 349.

¹⁰⁴⁵ Idem. Ibidem, p. 350.

teorias de coerência moral no sentido mais estrito”. Distancia-se, por um lado, de concepções éticas que se aproximam da *phronesis* aristotélica e, por outro, de teorias como a de John Rawls, cuja análise de coerência depende, justamente, da “ignorância” sobre as situações concretas.

Mas, ainda, caberá a Günther deslocar esse modelo para o problema do direito. Neste ponto, a análise parte da distinção entre a moral e a “razão institucionalizada” do direito¹⁰⁴⁶, onde se concluirá que, nos casos de indeterminação e de colisão de normas jurídicas, a adequação também dependerá da “consideração imparcial de todos os sinais característicos situacionais”¹⁰⁴⁷. Günther retoma a análise dos estágios de consciência moral (Piaget e Kohlberg) para estabelecer hipoteticamente que um terceiro estágio é marcado pela impossibilidade de previsão do comportamento do outro, risco que exige a formação de um sistema jurídico como “expectativas normativas de comportamento, generalizadas de modo congruente”¹⁰⁴⁸, tal como destacou Niklas Luhmann. Ultrapassando a primeira fase do pensamento luhmanniano, demonstra como a nova visão autopoietica do direito¹⁰⁴⁹ já necessita atribuir um alto valor a argumentos de adequação, na medida em que, “entre código e programa, há uma zona argumentativa que não mais será possível reconstruir integralmente com os recursos da observação sociológica”¹⁰⁵⁰. Para Günther, Luhmann, antes, não levava em consideração a concretude situacional como uma alternativa “desfuncional”, passando, em seguida, a tratá-la como “problemas de interpretação”¹⁰⁵¹. A mesma conclusão chegará com a vertente sistêmica inaugurada por Teubner, na medida em que aí as “argumentações de adequação consistem na elaboração de uma dogmática reflexiva”¹⁰⁵². Com isso, Günther pretende demonstrar que até mesmo a teoria dos sistemas “dá ao Direito positivo a designação de sistema social que possibilita segurança de expectativas e, assim, comunicação em situações de dupla contingência”, o que importa, evidentemente, em destacar o papel das “argumentações de adequação”¹⁰⁵³.

¹⁰⁴⁶ Idem. Ibidem, p. 365-369.

¹⁰⁴⁷ Idem. Ibidem, p. 368.

¹⁰⁴⁸ Idem. Ibidem, p. 379.

¹⁰⁴⁹ Sobre o conceito de direito na primeira fase, vide LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, 1983. Sobre a segunda fase, vide LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, 2002. Sobre as diferenças e aproximações entre ambas, Cf. ROCHA, Leonel Severo. SCHWARTZ, Germano. CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito*, 2005.

¹⁰⁵⁰ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral*, 2004, p. 387.

¹⁰⁵¹ Idem. Ibidem, p. 387-388.

¹⁰⁵² Idem. Ibidem, p. 390. Sobre o modelo reflexivo, Cf. TEUBNER, Günter. *O direito como sistema autopoietico*, 1989.

¹⁰⁵³ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral*, 2004, p. 391. Günther esclarece que esse destaque se aplica em Luhmann apenas quando se trata de valores, já que para as regras os problemas de adequação teriam sido transferidos para o legislador. Idem. Ibidem, p. 393-395.

Na tentativa de descobrir como argumentações de adequação condicionadas a essa dupla contingência podem se tornar possíveis, Günther se volta para o problema da distinção entre regras e princípios¹⁰⁵⁴, já que, a depender do modo como essa distinção for enfrentada, esse espaço pode ser anulado. Se as regras forem vistas como normas jurídicas que estabelecem previamente os sinais relevantes de uma situação, ficando restritos ao legislador os argumentos de aplicação, o espaço para a adequação só ocorrerá na hipótese de aplicação de princípios¹⁰⁵⁵. Mas, se nos deparamos com a total impossibilidade de prever em uma regra todas as possibilidades de sua aplicação e, conseqüentemente, os sinais característicos que devem ser levados em conta no momento da aplicação, é natural que a atribuição do legislador seja alterada e que recaia sobre a jurisprudência a tarefa de aplicar corretamente uma norma jurídica¹⁰⁵⁶.

Como “candidatos para descreverem argumentações adequadas no Direito”, Günther demonstra como as ideias de Engisch, Esser e Kriele levam em consideração a existência de um juiz que “examina, em cada caso isolado, todas as normas aplicáveis e as variantes de significado em um contexto coerente de justificação para corresponder a uma descrição integral da situação”¹⁰⁵⁷ e busca no modelo de integridade de Dworkin as bases de sua conclusão. Para Günther, a vantagem da proposta de Dworkin consiste em “explicar a ideia de uma consideração imparcial de todos os sinais característicos relevantes em uma situação”¹⁰⁵⁸. Propondo “tomar decisões a respeito de normas jurídicas em concordância com uma teoria política completamente coerente”¹⁰⁵⁹, Dworkin apresenta o princípio de *integridade* que não está voltado, apenas, para o plano legislativo, mas que abrange sobretudo a “complexa rede de ‘pequenos’ direitos que estão vinculados a casos concretos, mas que desenvolvem os seus efeitos em determinados âmbitos dogmáticos”, já que podem ser contemplados em cada novo caso semelhante mediante a atuação do juiz Hércules¹⁰⁶⁰. A desvantagem dessa proposta é que Dworkin restringe os princípios a ser considerados no contexto de uma determinada comunidade política, o que exigiria, apoiado em Habermas, uma releitura procedimental da teoria do direito como *integridade*¹⁰⁶¹.

Feito esse breve mapeamento das propostas discursivas, ficou claro que o posicionamento de Habermas não enfrenta, diretamente, o problema da aplicação do

¹⁰⁵⁴ Idem. Ibidem, p. 391.

¹⁰⁵⁵ Idem. Ibidem, p. 392-393.

¹⁰⁵⁶ Idem. Ibidem, p. 395.

¹⁰⁵⁷ Idem. Ibidem, p. 404.

¹⁰⁵⁸ Idem. Ibidem, p. 405.

¹⁰⁵⁹ Idem. Ibidem, p. 407.

¹⁰⁶⁰ Idem. Ibidem, p. 410-411.

¹⁰⁶¹ Idem. Ibidem, p. 412.

discurso jurídico produzido sob as condições ideais de fala, fato que nos remeteu a análise de duas possibilidades inspiradas em seu modelo. Em Alexy, constatamos a resistência do próprio Habermas face à colocação do discurso jurídico como um caso especial do discurso prático, o que afeta a autonomia do direito e implica admitir a moral como mecanismo de correção em *hard cases*. Quanto a Günther, constatamos o apoio de Habermas quanto à preservação dos discursos de fundamentação – e, conseqüentemente, da validade desses discursos – mas verificamos, também, críticas à colocação da argumentação jurídica como um caso especial do discurso moral de aplicação, tendo em vista a necessária manutenção do caráter deontológico do discurso jurídico. Vimos que Habermas coloca o problema da aplicação do direito em casos concretos como algo a ser analisado na perspectiva do juiz – e apoia Alexy neste sentido – na medida em que as partes não se encontrariam em condições de aderir ao modelo ideal que garantiria um consenso pragmaticamente válido. Essa perspectiva é buscada por Alexy, não se podendo negar que, não obstante as críticas de Habermas e aquelas que podem ser feitas a partir da hermenêutica, o problema de como se aplicar o direito em situações concretas é enfrentado. Em Günther, no entanto, o problema retorna, circularmente, ao ponto em que Habermas o deixou. Habermas assume a necessária distinção entre os discursos de fundamentação e de aplicação proposta por Günther e demanda pela procedimentalização do modelo deontológico de Dworkin. Günther, por sua vez, parte de Habermas para sustentar a necessária preservação dos discursos de fundamentação, conclama a necessária adequação destes em situações concretas como um caso especial da aplicação moral – o que é rechaçado por Habermas – e, ao final, propõe a procedimentalização do modelo de Dworkin. Com isso, entendemos que a perspectiva discursiva – salvo a rechaçada proposta de Alexy por aquele que estabelece os fundamentos de sua teoria – não apresenta um modelo de aplicação para o direito na perspectiva do juiz, ou seja, não constrói uma “teoria da decisão válida”.

Mas, ainda, resta-nos analisar as condições de possibilidade de tais propostas à luz dos limites paradigmáticos impostos pela hermenêutica filosófica. Tomando a teoria da ação comunicativa de Habermas como base, podemos reiterar a crítica feita no capítulo anterior sobre as bases procedimentais do diálogo. Sinteticamente, trata-se da impossibilidade de sustentar um diálogo voltado para o consenso a partir de um grau zero compreensivo e as conseqüências do modelo transcendental contrafático proposto por Habermas. A esse conjunto de críticas, que se volta contra todas as concepções que se edificam sobre a teoria habermasiana, junta-se a impossibilidade de cindir os discursos de fundamentação, relacionados à legislação (*lato sensu*), dos discursos de aplicação em

situações concretas. Essa crítica, central às teses de Lenio Streck em *Verdade e consenso*¹⁰⁶², pressupõe que não é possível dizer algo sobre o mundo sem levar em consideração um mundo “dado”, ou seja, sem “aplicar”. Ainda que “aplicação no sentido hermenêutico (*applicatio*) não [seja] apenas a aplicação a uma situação concreta em termos judiciais”, isso não quer dizer que seja possível enunciar o *ser* de um ente inexistente¹⁰⁶³. Aliás, se não pensarmos assim, sequer poderíamos falar – como propõe Günther – em análise de sinais característicos de uma situação, pois não teríamos uma imagem análoga cuja comparação seria condição de possibilidade para a aplicação, a exemplo da proposta metodonomológica de Fernando Bronze¹⁰⁶⁴. Neste sentido, não poderia Günther ter assumido a versão forte do princípio da universalidade (U).

Se analisado a partir da hermenêutica filosófica, Alexy, igualmente a Habermas, pauta sua teoria discursiva em uma visão de linguagem que, embora se dê como um *medium*, ignora a dupla estrutura, ou seja, a existência de um plano hermenêutico precedente ao plano apofântico. Isso faz com que a sua teoria da verdade corretiva se dê, exclusivamente, no plano apofântico e, por isso, seja contaminada pela artificialidade desse plano. Essa visão de linguagem restrita à dimensão apofântica pode ser verificada em Alexy quando ele afirma que o “objeto imediato do discurso prático são as proposições normativas singulares”¹⁰⁶⁵. A visão pragmática da linguagem apofântica seria, em tese, uma tentativa de superar essa debilidade, mas Alexy não dá relevo à dimensão do contexto e coloca alguns óbices a determinadas adequações pragmáticas, a exemplo do ônus argumentativo de quem ataca uma proposição que não é objeto de discussão¹⁰⁶⁶ e do peso de argumentos decididos *prima facie*.

Independente das possibilidades de rompimento da metafísica por teorias discursivas, e até mesmo da possibilidade de total superação de todo e qualquer tipo de ontologia por epistemologias contemporâneas, a proposta de Alexy, principalmente quando focada no tipo especial de argumentação jurídica, encontra-se, ao contrário de suas pretensões, completamente deslocada das linhas de pensamento pós-metafísico, inclusive de Habermas. A construção de um discurso prático geral que se tornasse imune às críticas já dirigidas a Habermas trouxeram ao seu “procedimento” inúmeras “regras” que acabam retomando o pensamento metafísico, propondo, no fundo, uma teoria procedimentalista que pressupõe um

¹⁰⁶² STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*, 2009, p. 48 e 66.

¹⁰⁶³ Idem. *Ibidem*, p. 63.

¹⁰⁶⁴ Cf. BRONZE, Fernando José. *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença*, 1994.

¹⁰⁶⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 199.

¹⁰⁶⁶ Idem. *Ibidem*, p. 198.

substancialismo preso ao modelo da *filosofia da consciência*. A tentativa de construção de uma teoria da argumentação jurídica a partir do discurso prático geral se frustra quando as estruturas procedimentais não são transpostas e a teoria da argumentação jurídica acaba sendo, por não ter tido o ímpeto da ruptura habermasiana, uma revisão da clássica teoria do direito. Habermas enfrenta o problema hermenêutico, por exemplo, com uma noção de interpretação coerente com o seu espaço de epistemológico do dissenso, que se dá a partir de um grau zero. Alexy, ao contrário, não coloca o direito como um mediador do discurso a partir de um dissenso, mas como o depositário de um sentido previamente dado e que deve ser “procedimentalmente” descoberto. Essa é uma atitude tipicamente substancialista e que só se coaduna com uma visão pós-metafísica se o problema do fundamento for enfrentado a partir das estruturas existenciais, caso contrário se cairá na armadilha metafísica. Os sinais de presença da *filosofia da consciência* no procedimentalismo de Alexy são muitos. O mais evidente é, sem dúvida, a insistência em um modelo lógico subsuntivo para casos fáceis¹⁰⁶⁷ e a utilização de uma versão renovada dos cânones de interpretação. O modelo subsuntivo pressupõe um sentido previamente dado da premissa maior e uma visão meramente descritiva da premissa menor, sob pena de inviabilizar o silogismo. A alternativa para fugir desse modelo só é hermenêutica quando se supera a dicotomia entre *questões de fato* e *questões de direito*, e se coloca o texto como evento e a norma como o resultado da compreensão do texto-evento a partir da diferença ontológica. A manutenção da subsunção, por pressupor um dado previamente dado é, portanto, metafísica.

De igual modo, a utilização dos cânones de interpretação também demonstra essa prisão metafísica. É verdade que Alexy tenta retomar os cânones por outro ângulo, na medida em que eles não seriam mais regras de interpretação, mas tão somente “formas de argumentos”, conforme assinala Perelman¹⁰⁶⁸. Mas, no fundo, não é isso que acontece, já que o modelo de fundamentação metafísica logo se mostra quando se é obrigado a dar às “formas de argumentos” uma função constitutiva e diretiva, na medida em que, para ele, “formas distintas (de argumentos) podem levar, no contexto da discussão de um problema, a soluções completamente diferentes”¹⁰⁶⁹. Esse problema é típico da hermenêutica técnico-normativa e o obriga a lançar mão de um meta-critério que confere a determinados

¹⁰⁶⁷ Idem. Ibidem, p. 218.

¹⁰⁶⁸ Idem. Ibidem, p. 240.

¹⁰⁶⁹ Idem. Ibidem, p. 241.

argumentos um maior peso *prima facie*¹⁰⁷⁰. Novamente, o trilema de Münchhausen surge, e a impossibilidade de retrocesso infinito impõe uma solução dogmática.

Uma crítica hermenêutica de Günther trará, por sua vez, algumas surpresas. Günther reconhece a importância da circularidade hermenêutica para as argumentações de adequação, admitindo o seu caráter paradigmático¹⁰⁷¹. Por outro lado, analisando a concepção gadameriana nas trilhas deixadas pela *phronesis* aristotélica, entende com Bernstein que a aceitação compartilhada e a estabilidade de princípios e leis universais estão ameaçadas ou, talvez, sequer ainda existam¹⁰⁷². Essa desconfiança – que entendemos procedente, entretanto compatível com um modelo hermenêutico heterorreflexivo – faz com que os discursos de fundamentação tenham que ser construídos previamente. Contudo, Günther tem consciência de que esses discursos devem ser adequados à situação concreta, o que exige, como vimos, a verificação dos sinais característicos. Günther somente poderá sustentar a verificação dos sinais característicos de uma situação concreta se também admitir a existência na compreensão dos discursos de fundamentação de uma “imagem” (evento) a ser comparada analogamente à situação presente na aplicação; caso contrário, perder-se-iam os referenciais de caracterização. Para que isso seja viável, é também necessário considerar que o discurso de fundamentação possua um determinado grau de densidade semântica, sob pena de não ser possível – no modelo em que se promove a cisão dos níveis de fundamentação e de aplicação – a analogia, o que nos leva a concluir que os discursos de fundamentação só podem ser concebidos enquanto regra, jamais enquanto um princípio. Isso traz consequências significativas para os sistemas jurídicos que assumem direitos fundamentais substanciais sob a forma de princípios, bem como ao próprio modelo dworkiniano no qual aposta.

Quanto à regra jurídica, Günther também reconhece sua indeterminação e a impossibilidade de prever todas as possibilidades de sua futura aplicação e, em razão dessa constatação, entende como obrigatória a abertura do direito para os argumentos de adequação¹⁰⁷³. No particular, entende que sua concepção de adequação encontra nos modelos hermenêuticos uma concepção análoga, quando estes “localizam o contexto de consideração de especificidade situacional entre os pontos de vista normativos relevantes em uma situação, naturalmente com a ‘concepção prévia’ do aplicador da norma”. Günther entende que entre a regra enquanto um discurso de fundamentação situacionalmente dependente e o seu descobrimento situacionalmente dependente, existiria ainda o que ele

¹⁰⁷⁰ Idem. Ibidem, p. 242.

¹⁰⁷¹ GÜNTHER, Klaus. Teoria da argumentação no direito e na moral, 2004, p. 283.

¹⁰⁷² Idem. Ibidem, p. 295

¹⁰⁷³ Idem. Ibidem, p. 395.

chama de “estágio particularmente autônomo da justificação de sua adequação situacional”¹⁰⁷⁴, o que evitaria o perigo de adotar junto com a hermenêutica gadameriana sua ética aristotélica. A esta justificação o aplicador do direito estaria desonerado? Entendemos que esse terceiro espaço admitido por Günther constitui uma fundamentação da qual o aplicador não está desonerado, o que reforçaria a tese defendida por Streck quanto à impossibilidade de cisão entre justificação e aplicação. Na concepção proposta neste trabalho, o problema da “justificação da adequação” é o verdadeiro problema da *fundamentação*, embora concebido na relação entre problema e sistema. O primado metodológico do problema, entretanto, demandará de imediato aquilo que Günther chamou de “estágio particularmente autônomo da justificação de sua adequação situacional”, não sobrando espaço para a cisão.

Não são poucas, portanto, as inclinações hermenêuticas de Günther, embora a sua opção paradigmática impeça uma total correspondência com o paradigma aqui proposto. A diferença fundamental não está na constatação de que a *phrónesis* da ética aristotélica não pode ser mais considerada como pontos de partida clarividentes, uma vez que admitimos a complexidade e pluralidade das sociedades contemporâneas, mas na tentativa de resolver esse problema a partir da construção de discursos de fundamentação prévios sustentados por um princípio moral, seja na versão forte de Appel ou na fraca de Habermas. A diferença fundamental está, portanto, no enfrentamento direto das questões de aplicação, por entendermos impossível cindir compreensão de aplicação. Se bem analisarmos a proposta de Günther, trata-se de uma tentativa de justificar a inexorável necessidade de adequação dos discursos de fundamentação, já que não é possível – ao contrário do que pensa Alexy – aplicá-los sem adequá-los. Se for assim, então surge a seguinte pergunta: se todas as vezes que vamos nos valer dos discursos de fundamentação somos obrigados a adequá-los, ação que exige atenção ao “estágio particularmente autônomo da justificação de sua adequação situacional”, qual a razão de cindirmos os discursos de fundamentação? Não faz sentido. Sequer a desoneração político-democrática do aplicador iremos obter, já que ainda restará o “estágio particularmente autônomo da justificação de sua adequação situacional”. A redução de complexidade voltada para a estabilização de expectativas congruentes também não seria uma justificativa, seja porque as únicas pessoas que são tomadas a pensar em um direito *prima facie* são os alunos de graduação quando submetidos a respostas abstratas, seja porque toda norma terá de ser, inexoravelmente, adequada. Por essa razão, a proposta hermenêutica heterorreflexiva inverte a polaridade *sistema-fato* para *fato-sistema*, colocando a passagem

¹⁰⁷⁴ Idem. Ibidem, p. 400.

pelo sistema (fundamentação) apenas quando já estivermos diante do problema e, conseqüentemente, quando já estivermos falando de aplicação.

4.5 POSSIBILIDADES HETERORREFLEXIVAS DA HERMENÊUTICA JURÍDICA DE CARIZ FILOSÓFICO

O paradigma hermenêutico impõe limites existenciais para as artificialidades epistemológicas. O direito, por sua vez, impõe uma compreensão pautada em sua especificidade normativa. A pretensão de propor caminhos necessários para uma compreensão jurídica válida só é possível no paradigma hermenêutico porque o direito é um produto contingente que se manifesta apofanticamente, o que torna não apenas possível, mas também necessário, adaptar esse resultado a um modelo cognitivo compatível com as intenções que nortearam a sua criação. Não se trata de uma epistemologia transcendental que visa condicionar fora do tempo e do espaço as condições de validade da compreensão humana, mas de uma epistemologia demandada por um projeto histórico, condicionado e que deve manter coerência com as pretensões do projeto no qual ele está inserido. Essa proposta epistemológica deve, portanto, atender a dois vetores. Primeiro, deve transitar em um espaço existencial, isto é, deve obedecer aos limites e possibilidades da nossa compreensão, razão pela qual a propomos em um espaço reflexivo. Segundo, deve ser compatível com o projeto regulatório e, para tanto, proporcionar a normatividade da compreensão jurídica. Quanto a este segundo vetor, não fazemos aqui referência a uma compreensão controlada por métodos, mas a uma compreensão que esteja voltada para uma resposta correta *conforme* ao direito, caso contrário não compatibilizaremos sua aplicação ao projeto democrático.

Os fundamentos dos postulados que garantirão a compatibilidade da compreensão jurídica com o projeto democrático não são transcendentais, mas fruto dos efeitos da história. Isso implica dizer que uma epistemologia jurídica se fundamenta na tradição. Estamos diante, mais uma vez, de um movimento que marcou a viravolta heideggeriana. A pergunta pelo homem e a verificação transcendental do seu modo de ser nos leva a “essência da verdade” e, logo em seguida, justamente pelo fato de termos percorrido esse caminho, deparamo-nos com a “verdade da essência” historial do homem. A totalidade do fundamento filosófico do modelo aqui apresentado não se dá por um modelo estático de filosofia, mas por um modelo dinâmico e circular entre a “essência da verdade” e a “verdade da essência”, entre nossas pretensões transcendentais e os efeitos da história. A busca pela compreensão desse ente que todos nós somos nos leva à identificação de nossos limites compreensivos e, ao mesmo, abre caminho para as possibilidades epistemológicas legitimadas

pela história. A construção desses modelos se legitima, primeiramente, por sua compatibilidade com a nossa condição existencial que se projetou como uma autocompreensão e, em segundo plano, pela história de um homem que se autocompreendeu. Por isso falamos, ao mesmo tempo, em compreensão como antecipação de sentido e em direito aplicado democraticamente.

Essa articulação entre as possibilidades reflexivas e a coerência normativa encontra-se, contudo, em uma zona de grande turbulência. Como vimos, o resultado dessa artificialidade trata de questões de ordem moral-prática – nela se legitimando – e a sua compreensão implica a co-originariedade hermenêutica de ambos. A cisão entre direito e moral, portanto, deve ser buscada reflexivamente, através de cuidados especiais a ser verificados na compreensão. Mas, como a compreensão sempre se antecipa, a pergunta que se impõe é: como ter “cuidado” se ela sempre chegará tarde? Ou, em outras palavras, como garantir uma compreensão jurídica válida e compatível com seus padrões normativos se a compreensão é um fenômeno que se antecipa e traz consigo a moral? A resposta não nega essa possibilidade, ao contrário. Assumindo-a, busca a autonomia da compreensão jurídica – e do direito – em um momento reflexivo, onde aquele que compreende se pergunta sobre o que compreendeu¹⁰⁷⁵. Esse espaço reflexivo não tem um *modus operandi* diverso da compreensão, mas, por estar marcada pela *vigilância reflexiva*, é vista como *interpretação*. A interpretação jurídica é compreensão impulsionada por um esforço reflexivo daquilo que já foi compreendido.

Toda *interpretação* é, consoante o que foi apresentado no capítulo anterior, *compreensão*. E toda *compreensão*, por sua vez, é *aplicação*. Mas, nem toda *compreensão* vem acompanhada de um processo reflexivo, muito pelo contrário. Assim, embora toda interpretação (necessariamente reflexiva) seja uma *compreensão*, nem toda compreensão pode ser tomada como uma *interpretação*. Com isso não se nega as afirmações que Gadamer faz em relação às *subtilitatae*, na medida em que a interpretação continua sendo considerada uma compreensão, o que significa dizer que todo processo reflexivo está limitado por uma nova compreensão que se antecipa e se impõe, ao mesmo tempo, como

¹⁰⁷⁵ Segundo Marília Muricy, “a aproximação entre a Teoria Ecológica e as concepções do autor de Verdade e Método não vai, entretanto, além do ponto em que as duas teorias reconhecem a relevância da pré-compreensão e trabalham com um conceito processual de objetividade, segundo o qual o raciocínio não é objetivamente válido por suas intrínsecas qualidades lógicas, mas sim como resultado da sua confirmação histórico social. Pois, enquanto que em Gadamer não se observa maior preocupação com questões de natureza metodológica, o empenho no sentido da fundamentação da ciência do direito foi sempre decisivo na obra de Cossio.”. MURICY, Marília. O pensamento filosófico de A. L. Machado Neto e a nova hermenêutica jurídica, 1999, p. 82. O olhar que dirigimos ao trabalho de Gadamer vai, justamente, em busca dessas possibilidades metodológicas e a aproximação com Cossio, Machado e Marília Muricy não é mera coincidência.

transcendência e finitude. A *interpretação* é, portanto, o espaço reflexivo da hermenêutica e o local onde poderemos construir uma *epistemologia jurídica reflexiva*. Dito isto, considerando o modelo aqui proposto, a autenticidade da compreensão já pressupõe um processo reflexivo. A seguir, tentaremos descrever quais são estes parâmetros que caracterizarão uma compreensão jurídica válida.

4.6 PARÂMETROS REFLEXIVOS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Vale lembrar que aqui temos de estar cientes da aproximação e distanciamento que os fenômenos da compreensão e da interpretação assumem no paradigma hermenêutico. Toda interpretação é uma compreensão, mas nem toda compreensão é interpretação, pois esta é marcada pela “vigilância reflexiva”. Quando falamos, portanto, em “parâmetros reflexivos da interpretação jurídica”, não estamos falando de um método que *constituirá* a nossa compreensão e que nos impulsionará transcendentalmente. O paradigma hermenêutico-filosófico radicaliza a nossa finitude e não admite qualquer tentativa de cognição constitutiva cujo resultado transcenda às possibilidades da linguagem.

Esses parâmetros, por serem compatíveis com o modo de compreendermos o mundo, são, em verdade, a *normatização* de possibilidades presentes e descritas nos modelos estruturais apresentados no capítulo anterior. A partir de tais modelos estruturais e dentro de seus limites é que poderemos propor uma *hermenêutica jurídica*. Na *circularidade* e da diferença ontológica, por exemplo, podemos concluir pela diferença entre texto e norma; a impossibilidade de cisão entre *questões de fato e de direito*; e o problema do fundamento do direito na diferença entre *regras e princípios*. No *jogo*, podemos refletir sobre a necessária busca pelo fenômeno jurídico originário e pela intensificação de seu desvelamento. No *diálogo*, a otimização do *jogo* e, conseqüentemente, o desvelamento do sentido do ente a partir de novas perspectivas apresentadas pelo *outro*, condição para atender à alteridade em uma sociedade complexa e democrática.

4.6.1 O primado metodológico do problema

Castanheira Neves chama atenção para a necessária mudança de perspectiva da hermenêutica jurídica, o que implica a colocação do caso concreto (problema) como o *prius* metodológico para a compreensão do fenômeno jurídico¹⁰⁷⁶. Nesse sentido, o objeto da interpretação não seria para o mestre lusitano o texto das normas jurídicas, “mas a

¹⁰⁷⁶ NEVES, A. Castanheira. Metodologia jurídica, 1993, p. 142.

normatividade que essas normas, como critérios jurídicos, constituem e possam oferecer”¹⁰⁷⁷. Para Castanheira Neves, a norma é “um factor (factor-critério) da dialéctica judicativo-decisória do caso concreto” que reconhece o *continuum* entre o que se dizia *interpretação*, *aplicação* e *integração*, modo como verdadeiramente se consuma a interpretação jurídica¹⁰⁷⁸. Carlos Cósio e Machado Neto¹⁰⁷⁹, também inspirados pela matriz fenomenológica de Husserl, ao sustentarem que o direito não era a norma jurídica, mas sim “conduta humana em sua interferência intersubjetiva”, viam essa norma como um “esquema de interpretação da conduta”, ideia que se aproxima daquilo que Castanheira Neves chamou de fator-critério da normatividade.

*La verdad es que el conocimiento jurídico no es un conocimiento histórico, ni físico, ni matemático, sino un conocimiento normativo. Pero esto no quiere decir, para la teoría egológica, que el objeto del conocimiento jurídico sean normas, sino que mediante la concepción normativa se conoce el objeto de la Ciencia jurídica, que es la conducta humana en su interferencia intersubjetiva.*¹⁰⁸⁰

No fundo, a preocupação com a *conduta humana* ou com o que vem sendo chamado de *problema* ou *caso concreto* é o reflexo da adoção de uma perspectiva *fenomenológica*. A busca pela *coisa mesma* que marca a *fenomenologia* leva seus adeptos a essa reflexão, isto é, à busca pelo modo mais originário de compreender o direito. Sob o ponto de vista hermenêutico, vimos que o lugar da verdade não é o texto, ainda que ele ilumine aquilo que, de fato, pode ser verdadeiro. O texto, portanto, não é o “objeto” da nossa compreensão. Devemos nos voltar para aquilo que manifesta o *ser* da juridicidade de modo originário, sem o qual não estaríamos falando em direito. Neste sentido, estamos falando da *conduta*, do *caso concreto* ou, se preferirmos, do *problema*. Mas, dessa afirmação resultam dois importantes questionamentos: por que o texto desperta o sentido jurídico, ainda que não seja ele um fenômeno originário? Não sendo ele o “objeto” da nossa compreensão, como ficaria a questão da segurança jurídica modernamente confiada ao texto? Uma abordagem hermenêutico-filosófica do tema não pode ignorar essas duas questões.

Quanto à primeira questão, estamos, no fundo, diante da relação entre o *texto* e a *verdade* já trabalhada no capítulo anterior. O texto, de fato, não pode ser verdadeiro, sendo essa uma qualidade do ente, daquilo para o qual o texto aponta. O texto mostra aquilo que pode ser verdadeiro; ilumina aquilo que, ao se revelar, desvela o *ser*. Quando lemos um texto, estamos nos abrindo ao acontecer do ente que ele ilumina, ainda que tenhamos a impressão de estarmos vendo nele a verdade sobre o ente. Por essa razão,

¹⁰⁷⁷ Idem. Ibidem, p. 143.

¹⁰⁷⁸ Idem. Ibidem, p. 154.

¹⁰⁷⁹ MACHADO NETO, A. L. Teoria da Ciência Jurídica, 1975, p. 148.

¹⁰⁸⁰ COSSIO, Carlos. La teoría egológica del derecho, 1964, p. 213.

Gadamer dizia que compreender um texto é deixá-lo “vir à fala”, o que significa dizer que compreendê-lo é deixar com que ele ilumine o ente que se revelará em seu *ser*. Essa iluminação é o “dito”, aquilo que o texto diz “como” apofântico. Em razão disso podemos afirmar que a compreensão é sempre *aplicação*, porque será sempre o acontecer de um ente que está sendo iluminado. Dizer algo é o mesmo que apontar para a coisa. Ignoramos isso porque entificamos o *ser* e a primazia da dimensão hermenêutica da linguagem, diferentemente do que ocorre na fictícia Macondo de Gabriel García Márquez, onde “o mundo era tão recente que muitas coisas careciam de nome e para mencioná-las se precisava apontar com o dedo”¹⁰⁸¹.

Ao lermos um texto normativo – um dispositivo de lei ou um contrato, por exemplo – estamos, no fundo, compreendendo um ente que se revela em seu *ser* e, mesmo sem querer, estamos aplicando esse texto. Esse ente se revela a partir de uma imagem análoga¹⁰⁸² àquela em que costumamos ver esses mesmos entes. Por essa razão, Lenio Streck afirma que “textos são eventos”¹⁰⁸³, isto é, são *fatos*. Por isso, é natural que acreditemos que o direito esteja nos textos normativos, embora essa impressão seja causada apenas pelo fato de os textos iluminarem o ente que se revela *enquanto* direito. A verdade sobre o direito não está nos textos, mas naquilo que eles iluminam, isto é, nos problemas que se (im)põem diante de nós. Isso explica, por exemplo, a razão pela qual um texto anacrônico deixa de ser utilizado na solução de determinados problemas e, não obstante, pode passar a ser utilizado em outros casos a partir de novas “leituras”. Sendo assim, colocar o *problema* como o ponto de partida para a compreensão jurídica é, de certa forma, uma atitude tautológica, posto que ele será sempre o “alvo” de qualquer compreensão. Enaltecer essa perspectiva é necessário porque nos coloca *vigilantes* diante do fato de que o ente visto mediante o índice do texto se mostra muito mais encoberto que quando ele se mostra à luz do dia e do texto, ainda que a nossa finitude impeça uma visão totalizante. Uma resposta correta em direito pressupõe um *problema*; pressupõe a análise direta desse *problema*, sendo precária a análise mediada pelo texto. Deixemos que o *problema* venha à fala, o que não significa que o texto deixará de ter uma função privilegiada na compreensão jurídica de um fenômeno, especialmente quando falamos de sociedades complexas.

Essa função privilegiada do texto está diretamente associada à segunda questão proposta, isto é, o da segurança jurídica em face do primado metodológico

¹⁰⁸¹ MÁRQUEZ, Gabriel García. Cem anos de solidão, 2009.

¹⁰⁸² Cf. BRONZE, Fernando José. A metonimologia entre a semelhança e a diferença, 1994.

¹⁰⁸³ STRECK, Lenio. Verdade e consenso, 2009, p. 79 e 164.

do *problema*. Tomar o *problema* como um ponto de partida para a compreensão jurídica não traz nenhuma insegurança, muito pelo contrário. Quando se fala em segurança, tradicionalmente se associa a ela uma objetividade hermenêutica *prima facie*, isto é, a possibilidade de saber o que um texto normativo estabelece como conduta *lícita e ilícita*, bem como as repercussões decorrentes dessas duas possibilidades, antes mesmo da ocorrência do *problema* que desencadeará a aplicação da norma. Estar seguro seria, portanto, poder prever as consequências jurídicas de uma determinada conduta antes que ela ocorra e, para isto, seria necessária uma objetividade hermenêutica na compreensão do sistema jurídico. A segurança nessa perspectiva é, contudo, um mito. A compreensão que se tem de um texto normativo, a partir do qual se constata a norma jurídica, envolve, necessariamente, uma aplicação idealizada desse texto e, conseqüentemente, aquilo que seria o seu sentido *prima facie* não passa de uma de muitas possibilidades aplicativas. A segurança a que tradicionalmente visamos é, no fundo, a resposta a uma situação concreta idealizada, embora os elementos centrais dessa situação problemática fiquem obscurecidos pela sensação ilusória de um sentido fundamental do texto normativo, que seria resultado da interpretação *prima facie*. As expectativas de cada intérprete diante de uma norma jurídica compreendida *contrafaticamente* variam consideravelmente na medida em que tais compreensões jamais serão *contrafáticas*.

Sendo assim, a busca pela segurança mediante o estreitamento da contingência deve se dar mediante o enfrentamento desse fato, sendo muito mais positiva uma redução de complexidade que leve em conta uma determinada situação concreta, uma vez que saberemos para qual situação – ainda que idealizada – a norma jurídica foi construída. Se não poderemos analisar *contrafaticamente* todos os possíveis fatos que envolveriam a aplicação da norma, a redução de complexidade não pode se dar por uma perspectiva conceitual, mas sim problemática, uma vez que esta já implica uma redução de complexidade. Problematicamente é possível esgotar as possibilidades do caso justamente por ser este “um” caso e, quanto aos outros, restará o aprendizado decorrente do caráter paradigmático daquela compreensão. Somente através dessa equação é possível falar na tensão dialética proposta por Dworkin entre a *coerência* e a *integridade*, já que em ambos se exige a análise de detalhes concretos de cada caso. A *coerência* implica compreender da mesma forma problemas semelhantes e, ao mesmo tempo, compreender de modo diferente problemas diferentes, o que torna os problemas condição de possibilidade para a coerência. A *integridade*, por sua vez, implica “quebrar” a coerência em nome de uma necessária mudança no *status quo* das decisões, o que exige diferenciá-la das hipóteses em que o *dispositivo* da decisão muda em nome da própria *coerência*, bem como identificar no problema qual o elemento que demanda um novo sentido.

Embora essa concepção nos aproxime metodologicamente do *common law*, isso não significa que deveremos inverter a primazia das fontes, abrindo mão de um constitucionalismo dirigente substancialista.

A segurança em uma perspectiva hermenêutica exige, portanto, o enfrentamento da questão dentro das nossas possibilidades existenciais e afasta artificialidades inviáveis. A segurança está no enfrentamento das impossibilidades e na abertura para o fenômeno originário, não no desvio das questões problemáticas em nome de uma razão “descontaminada”, típica do paradigma cartesiano. Desse modo, conferir ao problema um *primado metodológico* e, ao mesmo tempo, afastar o mito da compreensão *contrafática* do sistema, não implica ignorar o texto, tampouco gera a insegurança.

Afastados tais impedimentos, podemos então afirmar que o problema deve ser compreendido no *jogo*. Compreender o direito é o mesmo que compreender um problema que envolve um conflito intersubjetivo. O problema, antes mesmo de ser jurídico, é *intersubjetivo*. Nem toda intersubjetividade será direito; nem toda solução para a inexorável intersubjetividade decorrente do nosso “estar com os outros” será resolvida mediante um modelo regulatório como o direito, mas todo direito é intersubjetivo, seja porque um projeto democrático exige a liberdade na ausência de conflitos intersubjetivos, seja porque a apreensão hermenêutica do sentido intersubjetivo do problema nos remete à moral co-originária. O problema que envolve o sentido intersubjetivo da conduta é, portanto, o nosso ente, mas, como todo e qualquer ente, não se mostrará sozinho, mas em meio a outros entes em uma realidade complexa que acontece fenomenologicamente. Nenhum olhar sobre esse fenômeno (no sentido vulgar) será totalizador. Nenhum olhar conseguirá ver o ente ao mesmo tempo em todas as perspectivas possíveis, sendo estas determinantes para o desvelamento do *ser* desse ente. O primado metodológico do problema como *jogo* implica o reconhecimento de que esse ente deverá ser analisado pelo maior número de perspectivas possíveis. Significa que o intérprete deve estar *vigilante* para o fato de que sua compreensão está limitada por uma dada perspectiva e, vigilante quanto à existência de outras, deverá se abrir para o ente, deixar com que ele “venha à fala”.

Compreender o direito levando em conta o *primado metodológico* do problema como *jogo* é, antes de tudo, estar aberto ao acontecer do ente. É estar aberto para o inesperado, para um ângulo novo que despertará novas projeções compreensivas e, conseqüentemente, novas possibilidades de respostas. Nessa abertura cognitiva, ainda que reflexiva – e, portanto, condicionada à finitude do *projeto* –, dá-se o momento para que o ente venha à tona em sua máxima possibilidade, trazendo consigo todas as questões que possam

interferir no juízo moral-prático sobre a conduta. É o momento de se levantar questões de ordem econômica, como, por exemplo, a escassez de recursos do Estado. Mas, é também o momento de se questionar as razões dessa escassez, o paradigma mediante o qual consideramos recursos escassos e as possibilidades econômicas e políticas para a realização de uma ação humana. É o momento de se verificar as circunstâncias de uma morte, a crueldade daquele que retirou a vida de outrem, mas também é o momento de se verificar as razões pelas quais tal ação se deu, incluindo não apenas as razões psicológicas, mas também as econômicas e sociológicas. É, portanto, o momento de abertura compreensiva. Quando um juiz pergunta algo a uma testemunha que, após uma resposta negativa ou positiva, lança mão de uma “adversidade”, a atitude mais frequente é a interrupção da oitiva e a sua reprimenda. Quando pergunta, por exemplo, se a testemunha estava presente em um determinado local em uma determinada hora, busca uma resposta positiva ou negativa previamente articulada com os projetos compreensivos que já se anteciparam no julgador. Quando, então, a testemunha responde, afirmando ou negando, e imediatamente tenta dizer algo que ultrapasse a resposta previamente pensada pelo julgador, dificilmente conseguirá dizer algo que vá além do “mas”, uma vez que será impedida pela ordem: “limite-se a responder apenas aquilo que lhe foi perguntado”. Como afirma Luiz Rohden, aqui não há *diálogo*¹⁰⁸⁴, nem haverá *jogo*, já que não há abertura para novas possibilidades. Alguém poderia levantar a tese de que não faria sentido ouvir a adversidade que seria apresentada pela testemunha, pois a informação estaria, necessariamente, para além dos limites objetivos da lide. Entretanto, ainda que consideremos a existência de limites de índole processual, o conteúdo da adversidade poderia facilmente integrá-lo. O que ela não integra são os limites do projeto alienado do julgador. Ademais, considerando que os limites implicam na demarcação de uma realidade complexa, ainda nos restaria perguntar sobre como construímos esses limites. A ideia de que existem limites *objetivos* em uma lide é um reflexo no processo da cisão entre questões de fato e de direito. Os limites não são objetivos no sentido de clarividentes, mas hermenêuticos.

No *jogo* com o *problema* discutiremos o que deve ser discutido. A maior parte dos debates jurídicos é vazia e em vão. Discute-se, por exemplo, a “natureza jurídica” de um determinado “fato jurídico” para se saber a “consequência jurídica” a ser imputada, mas não se discute o problema desse processo. Em primeiro lugar, ignora-se o fato de que a admissão de uma “natureza jurídica” implica a adoção de um paradigma que nasceu no jusracionalismo moderno do séc. XVII e que, teoricamente, sobreviveu até o séc. XIX. Em

¹⁰⁸⁴ ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica*, 2002, p. 185.

segundo lugar, o *fato* cuja natureza se pretende identificar não é, em verdade, um *fato*, mas uma *disposição jurídica* que necessita ser enquadrada em algum *instituto*, em um típico movimento lógico-conceitual pandectista¹⁰⁸⁵. Com isso, o problema não é discutido e, conseqüentemente, qualquer resposta que saia deste processo será uma resposta errada, já que não se sabe para qual *problema* ela foi dada. As respostas ficam restritas a um falso “jogo” entre palavras e arranjos lógicos que parecem “pairar no ar”. É necessário pôr o problema em *jogo* e *jogar* com o *problema* para que o ente se mostre na perspectiva efetivamente problemática e para que saibamos o que, de fato, estamos discutindo. Se a discussão perpassa a caracterização contratual de um fato, é necessário saber qual perspectiva de visão do problema possibilita essa conclusão. O que normalmente fica encoberto pelo discurso lógico-formal-conceitual do direito é justamente aquilo que deveria ser desvelado no *jogo*. Além disso, esse arranjo lógico não é aquilo que leva o julgador à decisão. Ela é sempre o resultado de uma antecipação de sentido que carrega um sentido moral-prático, mas que, na ausência do jogo, mostra-se alienada e encoberta pela justificativa lógico-formal.

É evidente que esse dinamismo ao qual o ente é exposto acontece na diferença ontológica, do mesmo modo que os novos desvelamentos que esse *jogo* proporciona já estarão adstritos à finitude que projeta e limita. Portanto, a otimização da totalidade de perspectivas depende de um *jogo* que contemple uma vigilante *abertura dialógica*. Jogar no caso concreto é permitir que ele nos surpreenda e essa possibilidade é ampliada se o outro estiver presente no *jogo* e puder, através dos recursos apofânticos, mostrar o ente em novas perspectivas. Se não podemos sair do círculo, devemos apostar em uma entrada correta no círculo e, para tanto, o *diálogo* com o *outro* no *jogo* é fundamental. Voltaremos a essa questão logo a seguir quando tratarmos da circularidade entre *sistema* e *problema*.

4.6.2 A circularidade entre sistema e problema

O *jogo* traz abertura na compreensão do ente. Já a compreensão jurídica implica um fechamento, na medida em que terá que se diferenciar da moral, afastando determinadas perspectivas. Por outro lado, boa parte dessas perspectivas será viabilizada,

¹⁰⁸⁵ Um recurso ordinário (01604-2008-221-04-00-4) remetido ao Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região deveria discutir a manutenção do plano de saúde oferecido pela empregadora aos seus trabalhadores para uma empregada que se encontrava aposentada por invalidez. O relator, após narrar superficialmente os fatos, afirma categoricamente que “o cerne da controvérsia diz respeito aos *efeitos da suspensão do contrato de trabalho*, para fins de manutenção das obrigações acessórias ajustadas”. Seria se estivéssemos no séc. XIX sob a égide da *Jurisprudência de Conceitos* de Puchta. Ignora-se o problema e os elementos que revelariam um sentido moral-prático, como, por exemplo, a existência de culpa *lato sensu* no acidente ou doença ocupacional; o porte da organização que deverá manter o plano de saúde; a participação dos empregados no custeio do plano, etc.

justamente, pela iluminação do texto normativo, que pode apontar o caráter problemático de determinado caso. Portanto, percebemos que esse *jogo* envolve um movimento dialético de abertura e fechamento que traduz a complexa relação entre *sistema* e *problema*.

4.6.2.1 Da abordagem tradicional à descoberta do *problema*

A abordagem tradicional para a relação entre *sistema* e *problema* pressupõe a clássica distinção entre *questões de fato* e *de direito*. A norma recortaria o fato, e o problema a ser analisado estaria limitado a este recorte normativo, cabendo à interpretação metódica a identificação da descrição fática presente no texto, e à operação silogística a conexão entre *fato* e *direito*. O fato passa, então, a ser uma questão de prova a ser descrita e acoplada ao direito através de um instrumento chamado *processo*¹⁰⁸⁶. A questão é que qualquer tentativa de conferir à norma a função de recortar a realidade complexa em meio à qual o ente se dá implica também conferir a ela o primado metodológico e, com isso, assumir todos os vícios que resultam da tentativa de ver no texto o ponto de partida para a análise do problema. Implica admitir o texto como uma cópia da realidade e, com isso, ver nele um problema (fato) completo e bem delimitado, ainda que essa tarefa exija a aplicação de métodos de interpretação que “desvendem” o sentido do texto. A essa altura, não seria necessário afirmar que se trata de uma proposta ingênua que não encontraria solo em nenhum paradigma filosófico concebido a partir de Wittgenstein e Heidegger.

Embora essa concepção ainda esteja enraizada no “senso comum teórico dos juristas” – basta ver o que dizem os manuais de Direito Civil sobre o fato jurídico – há muito a teoria do direito vem buscando alternativas mais adequadas para a relação entre o *sistema* e o *problema*. Perceberemos em um primeiro momento a crítica ao modelo sistemático através do retorno da tópica aristotélica pelas mãos de Viehweg¹⁰⁸⁷. Para ele, a tópica abandonaria as longas cadeias dedutivas das construções sistêmicas propondo curtos enlaces entre o problema e os *topoi*, estes eleitos a partir daquele¹⁰⁸⁸. Entretanto, a ambiguidade do texto de Viehweg abre uma fecunda discussão sobre até que ponto ele teria

¹⁰⁸⁶ A visão instrumental de processo recebe fortes críticas de J.J. Calmon de Passos: “Sem o processo, não há produto e só enquanto há processo há produto. A excelência do processo é algo que diz, necessariamente, com a excelência do produto e o produto só adquire entificação enquanto é processo, um querer dirigido para o criar o produto e *mantê-lo* sendo. Destarte, se o Direito é apenas depois de produzido, o *produzir* tem caráter integrativo, antes que instrumental e se faz tão substancial quanto o próprio *dizer* o Direito, pois que o produto é, aqui, indissociável do processo de sua produção, que sobre ele influi em termos de resultado. *O produto também é processo, um permanente fazer, nunca um definitivamente feito*. PASSOS, J.J. Calmon de. Direito, poder, justiça e processo, 2003, p. 24.

¹⁰⁸⁷ VIEHWEG, Theodor. Tópica e jurisprudência, 1979.

¹⁰⁸⁸ Idem. Ibidem.

situado o pensamento tópico-problemático como algo incompatível com o modelo sistemático. A evolução de tais debates é retratada por Garcia Amado¹⁰⁸⁹, que sintetiza o posicionamento de diversos autores, a exemplo de Ballweg, Coing, Canaris, Diederichsen, Kriele, Otto, Esser, Müller, Castanheira Neves, dentre outros. Para o catedrático de Leon, entretanto, os debates carecem de rigor lógico, conceitual e metodológico, na medida em que negligenciam questões relacionadas à *finalidade* do sistema, aos seus *elementos* constitutivos e à sua *estrutura*¹⁰⁹⁰. Uma das finalidades práticas deveria ficar excluída do sistema, na medida em que ele não serve de modo imediato à decisão, o que não excluiria outros fins práticos, tais como a vantagem didática na transmissão de visões de mundo, a axiomatização de matérias burocráticas e a sistematização de conjuntos tópicos com o objetivo de facilitar o recurso argumentativo dos mesmos¹⁰⁹¹. No que toca aos elementos do sistema, são escassas as delimitações expressas, variando entre sistemas de enunciados ou de conceitos, quando Viehweg se referia a “elementos”, “princípios”, etc., sem especificar qual seria o conteúdo objetivo do sistema¹⁰⁹². Por último, fala-se em “sistema tópico” quando este sequer mereceria ser tratado como sistema, já que seus elementos não estão integrados mediante uma relação específica que permitiria identificá-lo¹⁰⁹³. De qualquer sorte, Garcia Amado subdivide o posicionamento dos autores em três grandes grupos: os que veem entre os modelos problemáticos e sistemáticos uma relação *excludente*, *tensa* ou *compatível*¹⁰⁹⁴. Neste último grupo, Garcia Amado ainda diferencia aqueles que concebem a relação de compatibilidade em pé de igualdade com a preeminência do problemático ou com a preeminência do sistemático¹⁰⁹⁵.

Não assumimos a pretensão de discutir neste tópico o impacto da obra de Viehweg, nem muito menos tentar compreender seu posicionamento diante da complexa relação entre os modelos tópico-problemático e sistemático, mas situar a matriz hermenêutica no contexto dessa discussão, o que exige, para não recair nos mesmos equívocos apontados acima, alguns esclarecimentos iniciais quanto ao objeto da discussão e uma aproximação da nossa proposta mediante a análise do posicionamento de alguns autores. Em primeiro lugar, não estamos discutindo a compatibilidade entre “método sistemático” e “método problemático”, mas o inter-relacionamento entre sistema e problema na perspectiva

¹⁰⁸⁹ AMADO, Juan Antonio Garcia. Teorias de la topica juridica, 1988, p. 155-173.

¹⁰⁹⁰ Idem. Ibidem, p. 170.

¹⁰⁹¹ Idem. Ibidem, p. 170-171.

¹⁰⁹² Idem. Ibidem, p. 171-172.

¹⁰⁹³ Idem. Ibidem, p. 172.

¹⁰⁹⁴ Idem. Ibidem, p. 159.

¹⁰⁹⁵ Idem. Ibidem, p. 159.

hermenêutico-filosófica¹⁰⁹⁶. Neste particular, não poderíamos conceber a viabilidade de um método que tentasse, de modo abstrato, partir de axiomas e construir soluções que seriam, em um segundo momento, impostas à realidade. Acreditamos, inclusive, que essa seria a principal razão das discordâncias entre os autores que vêm debatendo o tema aberto por Viehweg, na medida em que compatibilizar sistema e problema não é a mesma coisa que compatibilizar um “pensar sistemático” com um “pensar problemático”. Além disso, não assumimos a tópica de Aristóteles ou a de Viehweg, embora constatemos com Castanheira Neves¹⁰⁹⁷ e Antonio Nedel¹⁰⁹⁸ as aproximações desse modelo com a hermenêutica filosófica. Assumimos, sim, um modelo problemático diante do desafio de garantir a normatividade da compreensão jurídica – que pressupõe uma preocupação com o “sistema” e não com o pensamento “axiomático-sistemático” – dentro dos limites e possibilidades impostas pela matriz hermenêutica. A noção de sistema que empregamos não está associada ao resultado de operações lógicas a partir de elementos conceituais ou normativos, embora a ideia de organização seja inerente à *circularidade hermenêutica* que sempre esteve relacionada ao resultado compreensivo decorrente da unidade entre o todo e a parte. No fundo, a utilização da expressão “sistema” se deve à tradição em que o tema vem sendo debatido e não ao nosso posicionamento (hermenêutico), o que equivale dizer que não estamos preocupados com o “sistema”, mas com normas jurídicas que devem ser consideradas em sua unidade para que o fenômeno compreensivo seja marcado pela juridicidade e, desse modo, o direito seja diferenciado da moral. O que o “senso comum teórico” trata como sistema jurídico, seja nas versões *interna* ou *externa*¹⁰⁹⁹, é um mito. Se quiséssemos falar de “sistema jurídico”, teríamos que concebê-lo em sua estrutura orgânica – em contraposição à estrutura lógica –, analisá-lo na perspectiva dos *sujeitos em sociedade* marcados pela linguagem e tê-lo como o resultado de uma unidade

¹⁰⁹⁶ “Por tudo o que, se não confundirmos o sistema com o sistema axiomático (ou, mesmo para além desse estrito tipo de sistema, se não identificarmos o sistemático com uma sua definição *a priori*) e reconhecermos que uma ordem é sempre um sistema (unitária e congruente pluralidade) – posto que manifesta uma qualquer forma de racionalidade, que exclui o arbítrio, e logra um qualquer todo, susceptível de realizar uma consistente integração –, teremos, na verdade, de dizer com MARCIC que ordem e sistematicidade são “transcendentais” do direito; tal qual o arbítrio e a desintegração (com a conseqüente anomia), quer intencionalmente quer no plano da realização são o contrário de direito.” NEVES, A. Castanheira. A unidade do sistema jurídico, 1995, p. 115-116.

¹⁰⁹⁷ “Os *topoi* vão implicados por um problema e, correlativamente, especificam-no, só que o problema surge em função das exigências de um contexto significativo, aquele mesmo contexto de que os *topoi*, na sua precompreensão, se alimentam e vão se precipitando nos seus critérios. Por isso que a tópica foi historicamente associada à hermenêutica e a hermenêutica só adequadamente no *modus* tópico”. NEVES, A. Castanheira. A unidade do sistema jurídico, 1995, p. 114.

¹⁰⁹⁸ “Sintonizada com a essência dialético-histórica do direito, nossa concepção tópico-jurídica, voltada exclusivamente para a resolução do problema jurídico concreto, tem consciência de que cada caso é um caso (...).” NEDEL, Antonio. Uma tópica jurídica, 2006, p. 280.

¹⁰⁹⁹ O conjunto organizado de normas jurídicas é visto como um “sistema interno”, enquanto que o sistema formado por uma dogmática conceitual estruturada logicamente é chamado de “sistema externo”. Cf. LOSANO, Mario G. Sistema e estrutura no direito I, 2008.

compreensiva problemática (Hermenêutica Filosófica de Gadamer). Ou então na perspectiva de uma *sociedade com sujeitos* marcada pela comunicação, concebendo-o como um subsistema funcionalmente diferenciado (Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann)¹¹⁰⁰. Seguindo em nossa perspectiva, a abordagem merece atenção a dois autores que situam esse debate em perspectivas semelhantes. São eles os professores coimbrenses Castanheira Neves e Fernando José Bronze.

4.6.2.2 As propostas de A. Castanheira Neves e Fernando José Bronze

Para Castanheira Neves, desde que não se confunda o sistema com a sua versão axiomática, devemos reconhecer que sistematicidade é uma qualidade necessária ao ordenamento jurídico, o que restringe a discussão ao tipo de “sistematicidade” pretendida¹¹⁰¹. Essa sistematicidade não seria garantida apenas por uma *unidade*, mas exigiria também a *estabilidade* e a *continuidade* como dimensões do sistema que se sustentam mutuamente¹¹⁰². *Estabilidade* como uma “dimensão estrutural de institucionalização” que visa a superar a insociabilidade humana e garantir a paz; *continuidade* como uma “dimensão intencional que impõe uma constância à mudança e ao movimento” com o fito de racionalizar a contingência da dinâmica histórica para, em última instância, garantir segurança¹¹⁰³. A *unidade* não seria apenas uma exigência lógica de não contradição, mas uma exigência normativa postulada pelo *princípio da igualdade* e, portanto, ligada à ideia de *justiça*¹¹⁰⁴.

Pois a exigência de unidade que temos estado a referir poderia pensar-se cumprida sem mais ao nível da normatividade abstracta, pela simples não-contradição das normas ou dos princípios jurídicos. Quando é certo que não é já aceitável que o próprio princípio da igualdade esgote o seu cumprimento no nível abstracto (em termos de igualdade-generalidade formal), antes se exige uma sua continuação até ao nível das circunstâncias socialmente reais e concretas (a igualdade material); e se sabe, por outro lado, quanto a aplicação do direito deixou já de poder conceber-se como uma mera dedução (dedução sistemático-conceitual) para se revelar cada vez mais como uma concreta realização normativamente constitutiva.¹¹⁰⁵

Castanheira Neves desloca, portanto, o problema da unidade da ordem jurídica para o momento de realização do direito, o que exigira uma fenomenologia dessa realização¹¹⁰⁶. Essa análise impõe considerar a realização do direito não como uma simples “*determinação* concretizadora do normativo pressuposto, mas de uma específica

¹¹⁰⁰ LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad, 2002.

¹¹⁰¹ NEVES, A. Castanheira. A unidade do pensamento jurídico, 1995, p. 115-116.

¹¹⁰² Idem. Ibidem, p. 117.

¹¹⁰³ Idem. Ibidem, p. 117.

¹¹⁰⁴ Idem. Ibidem, p. 119-120.

¹¹⁰⁵ Idem. Ibidem, p. 121.

¹¹⁰⁶ Idem. Ibidem, p. 124.

constituição de normatividade”¹¹⁰⁷ que deve ser analisada em seus três aspectos fundamentais. Em primeiro lugar, considerar que a interpretação jurídica será decidida em função da concepção assumida pelo intérprete quanto ao pensamento jurídico, “posto que só em referência aos valores e às intenções fundamentais que informem essa concepção se poderá pôr fim às dúvidas, às determinações e mesmo à pluralidade de soluções que qualquer método interpretativo sempre admitirá”, além da dependência face ao “problema jurídico concreto decidendo”¹¹⁰⁸. A conjugação de todos estes pontos irrecusáveis leva o autor a concluir que “perante uma irreduzível autonomia constitutiva do acto normativamente interpretativo, a orientar-se para além do sistema formal do direito positivo, é o que tem de considerar-se, na verdade, como manifesto”¹¹⁰⁹. Em segundo lugar, “há, com efeito, que atender à indivisível solidariedade, verdadeiramente unidade metodológica, entre ‘interpretação’ e ‘aplicação’”, já que a interpretação não é uma “determinação *a priori*, seja exegética ou analítica, de uma normatividade subsistente em abstracto ou em si, sendo pelo contrário constituída pela relação hermenêutico-normativa entre a norma e o caso concreto”¹¹¹⁰. Em terceiro lugar, resultando dos dois pontos anteriores, reconhecer um *continuum* entre a interpretação e a integração, que se “alarga para além do domínio estrito das lacunas para abranger ainda a autônoma constituição normativa transistemática”¹¹¹¹, já que, por um lado, a realidade histórico-social para a qual deve se dirigir a perspectiva jurídico-normativa é mais extensa do que aquela que os dados formais do sistema podem abranger intencionalmente; por outro lado, ao direito também corresponde a assimilação do dinamismo histórico incorporado problemáticamente pelo pensamento jurídico¹¹¹².

Uma vez identificado o “problema” da unidade sistemática do direito, Castanheira Neves expõe os pressupostos sobre os quais edificará sua proposta, fazendo mediante a apresentação de quatro coordenadas. A primeira envolve o que ele chama de “*dimensão axiológica*”, como sendo a “dimensão capital, fundamentante e mesmo significante, da normatividade”¹¹¹³. A dimensão axiológica dá sentido à normatividade e, assumi-la como o elemento que constitui o direito, implica resistir aos modelos teleológicos, domesticados pelo funcionalismo e por aquela racionalidade teconológico-causal de esquema

¹¹⁰⁷ Idem. Ibidem, p. 125.

¹¹⁰⁸ Idem. Ibidem, p. 126.

¹¹⁰⁹ Idem. Ibidem, p. 128.

¹¹¹⁰ Idem. Ibidem, p. 129.

¹¹¹¹ Idem. Ibidem, p. 130.

¹¹¹² Idem. Ibidem, p. 131.

¹¹¹³ Idem. Ibidem, p. 134.

meio-fim descrita por Weber¹¹¹⁴. Implica, também, criar as condições de possibilidade para invocar em termos críticos a “validade de direito perante o político”, o que atinge tanto a discricionariedade positivista, como o realismo sociológico de teorias críticas¹¹¹⁵. Para Castanheira Neves, a função crítica do direito está na prioridade do fundamento axiológico sobre o efeito da ação, isto é, na validade sobre a eficácia¹¹¹⁶. A segunda coordenada o coloca diante da “*dimensão dogmática*”, referindo-se “à normatividade de validade enquanto tal”, na medida em que pertence à essência do jurídico a existência de critérios consistentemente postulados¹¹¹⁷. A dimensão dogmática não se confunde com autoritarismo, mas com pressupostos que sejam susceptíveis de “assumir e de objectivar em critérios normativos o regulativo de uma axiologia fundamentante”, gerando um elo entre a fundamentação do valorativo e a objetivação do normativo, tarefa que é assumida pelos princípios¹¹¹⁸. Essa relação dialéctica entre as dimensões axiológica e dogmática nos coloca diante da terceira coordenada que leva em conta a “*dimensão problemático-dialéctica*” do jurídico¹¹¹⁹. Aqui, a historicidade da realização do direito exige uma abertura constitutiva que não pode deixar de ser conduzida de modo problemático-dialéctico, seja em uma “perspectiva intencional”, na medida em que o direito é a resposta-solução a certos tipos de *problemas* de uma comunidade; seja em uma perspectiva constitutiva propriamente dita, já que “a solução dos problemas jurídicos se consegue através de uma específica dialéctica normativa em que obtêm reposta aqueles tipos de problemas”¹¹²⁰. O carácter problemático do fenómeno jurídico ainda implica uma quarta coordenada, marcada pela “*dimensão praxística*”, uma vez que o que está em jogo não é apenas uma “doutrina do válido compreender” de problemas mediante seu enlace dialéctico com uma dimensão normativa que se sustenta axiologicamente, mas também uma “doutrina de um válido agir”¹¹²¹. Assim, “a dimensão agora considerada sintetiza as anteriores e as implica: porque de dimensão praxística, tem o direito fundamento axiológico, exprime-se dogmaticamente e constitui-se de um modo dialéctico”¹¹²².

Numa conclusão que sem amais refira ao problema do sistema jurídico as quatro dimensões consideradas, diremos que aquele não poderá ser um sistema simplesmente funcional e antes há-de manifestar um conteúdo axiológico, que não haverá de ser um sistema tão-só social ou de perspectiva sociológica e sim de índole dogmático-normativa, no entanto, problematizada dialecticamente e não de

¹¹¹⁴ Idem. Ibidem, p. 136-137.

¹¹¹⁵ Idem. Ibidem, p. 138-139.

¹¹¹⁶ Idem. Ibidem, p. 140.

¹¹¹⁷ Idem. Ibidem, p. 140-141.

¹¹¹⁸ Idem. Ibidem, p. 143-144.

¹¹¹⁹ Idem. Ibidem, p. 145.

¹¹²⁰ Idem. Ibidem, p. 145-146.

¹¹²¹ Idem. Ibidem, p. 154-155.

¹¹²² Idem. Ibidem, p. 155.

plenitude e auto-suficiência objectiva e que, por último, não poderá ser assimilado por um pensamento jurídico apenas cognitivo (analítico ou hermenêutico), já que o sistema se terá de pensar unitariamente o juízo-decisão prática concretamente constitutiva.¹¹²³

Diante do cenário problematizado e dos pressupostos apresentados, a solução proposta por Castanheira Neves passa antes pela análise de alguns modelos já propostos. Primeiramente, rechaça as formas de sistema que buscam sua unidade através de uma “coerência lógico-dedutiva” que pretende se apresentar de modo consistente (sem contradições), pleno (sem lacunas) e fechado (auto-suficiente)¹¹²⁴. Sistemas como esse, que se sustentam em uma “*unidade de identidade*” lógico-abstrata, estática e a priori não atendem às coordenadas que demandam uma fundamentação axiológica do sistema, nem atendem ao carácter “problemático-dialéctico de realização praxística do direito”¹¹²⁵. Rechaça os modelos propostos tanto pela Teoria Pura do Direito de Kelsen, quanto pela teoria sistêmica de Luhmann, marcados, cada um a seu modo, por uma “*unidade por redução*”¹¹²⁶. A unidade normativo-sistemática do modelo kelseniano (e seus afins, referindo-se a Bobbio e a Hart) também imputa à ordem jurídica uma “unidade lógica *a priori*”, embora não mais relacionada a um conteúdo conceitual estático, mas à institucionalização dinâmica de aplicação-produção do direito¹¹²⁷. A unidade desses modelos não seria garantida pela coerência totalizante do sistema, mas reduzida a um único elemento, tal qual a norma fundamental de Kelsen ou a norma de reconhecimento de Hart¹¹²⁸. Também não atenderia às coordenadas traçadas, pois, não obstante as discussões sobre a natureza lógica ou não da norma fundamental, não estaria ligada a um fundamento axiológico¹¹²⁹. Quanto à teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, que busca a análise do direito como um subsistema social e não apenas como um sistema normativo, lança dúvidas quanto ao carácter seu normativo-prescritivo (em contraposição aos limites descritivos)¹¹³⁰ e entende que a ideia de justiça como “adequada complexidade do sistema jurídico” não pretende ser “nem norma de ação, nem regra de justificação ou crítica de normas particulares”, afastando-a das coordenadas traçadas¹¹³¹.

Para Castanheira Neves, a orientação hoje predominante no pensamento jurídico pode ser identificada como uma “jurisprudência de valoração”, o que a

¹¹²³ Idem. Ibidem, p. 155.

¹¹²⁴ Idem. Ibidem, p. 156.

¹¹²⁵ Idem. Ibidem, p. 157.

¹¹²⁶ Idem. Ibidem, p. 157.

¹¹²⁷ Idem. Ibidem, p. 157.

¹¹²⁸ Idem. Ibidem, p. 158-159 e 161.

¹¹²⁹ Idem. Ibidem, p. 160.

¹¹³⁰ Idem. Ibidem, p. 165.

¹¹³¹ Idem. Ibidem, p. 163-164.

aproxima de uma dimensão axiológica na medida em que “o sistema e sua unidade deixam de referir-se directa e exclusivamente às normas jurídicas, para se reportarem antes às opções axiológicas, aos postulados normativos e princípios jurídicos constituintes do sistema”¹¹³². Entretanto, esse modelo, que se apresenta geralmente em duas modalidades, também apresenta problemas. Na primeira modalidade, marca do pensamento de Canaris, esses valores e princípios normativos se apresentam previamente postulados e sua “unidade normativa continuará sendo a priori e o sistema jurídico tenderá a ser (ou não deixará de ser ainda) um sistema redutível aos seus fundamentos e de implícita plenitude”¹¹³³. A segunda modalidade já não pretende garantir a unidade normativo-material de modo *a priori*, mas já admite, suscitada por uma problemática histórica, uma dialética problemática que implica abertura e reconstrução *a posteriori* do sistema¹¹³⁴. Embora esse modelo esteja flagrantemente próximo de atender às suas coordenadas, a possibilidade dialética entre sistema e problema pode significar, ainda, uma participação privilegiada do sistema, pré-determinando o sentido do problema e, conseqüentemente, ocultando-o. Neste grupo estariam aqueles que, mesmo considerando a interpretação como concretização de uma norma, definem previamente o quadro de possibilidades normativas da realização do direito¹¹³⁵. Castanheira Neves identifica neste contexto o pensamento de Fridrich Müller, uma vez que este “pensa o concreto *judicium* jurídico como o resultado de um constitutivo processo normativo de concretização, que mobiliza estruturalmente (num processo ou ‘método estruturante’) um conjunto de factores ou elementos metódico-jurídicos (‘elementos de concretização’), a mais do texto normativo ou dos elementos hermenêuticos”¹¹³⁶.

Um outro grupo – também adepto ao modelo dialético-problemático *a posteriori* – já admitiria que a indeterminação do âmbito de aplicação de uma determinada norma jurídica seria superada, justamente, em função do problema normativo-jurídico proposto pelo caso concreto a ser decidido, “imputando à norma o sentido jurídico que essa concreta resolução problemática lhe permite conhecer”¹¹³⁷. Seguindo esta orientação, estaria todo o pensamento jurídico tópico-argumentativo de Viehweg, Perelman e Wieacker, bem como a teoria da “decisão racional-argumentativa e justa de M. Kriele” e o “pensamento hermenêutico-prático de um Esser”. Em Kriele, “deverá o julgador começar por formular uma ‘hipótese de norma’ como seu critério, que satisfaça essa específica exigência de justiça, e

¹¹³² Idem. Ibidem, p. 166.

¹¹³³ Idem. Ibidem, p. 167.

¹¹³⁴ Idem. Ibidem, p. 167-168.

¹¹³⁵ Idem. Metodologia jurídica, 1993, p. 145.

¹¹³⁶ Idem. Ibidem, p. 145.

¹¹³⁷ Idem. Ibidem, p. 146.

confrontar depois essa norma hipotética com as normas de direito positivo” e caso não a encontre, nem mesmo em meio aos precedentes jurisprudenciais, deverá se orientar “autonomamente pelos princípios ético-práticos e discursivo-argumentativos da ‘razão prática’”¹¹³⁸. Segundo Esser, fortemente influenciado pela matriz hermenêutico-filosófica de Gadamer, o julgador primeiro decidirá por razões político-jurídicas, para, em seguida, optar pelo “método” ou “fator de interpretação que possa justificar a decisão já encontrada, afim de que possa, assim, se submeter ao “*controle do direito positivo*”. Essas propostas, embora reconhecidamente consideradas como mais adequadas às suas coordenadas, desperta em Castanheira Neves uma preocupação quanto ao casuísmo das decisões resultantes de sua utilização¹¹³⁹ e que, para evitar esse equívoco, devem observar que o “problema concreto não deixa de convocar o sistema de normatividade que pressupõe e que vai, aliás, desde logo intencionado pela mediação da norma”¹¹⁴⁰.

Reencontrando o seu problema fundamental – o modo como deve assumir a unidade dialética entre sistema e problema – Castanheira Neves defende que a unidade não deve ser vista como “algo que se parta ou se pré-defina como um axioma, mas algo que se postula como intenção e a que em grande medida se procurará chegar, constituindo-a”¹¹⁴¹. Como uma “tarefa”, deverá “assimilar a nova experiência problemática e assumir numa totalização congruente as novas intenções normativas de que, através dessa experiência, o direito se vai enriquecendo”¹¹⁴². Trata-se, pois, de uma “*unidade de dialéctica totalização e a posteriori*”¹¹⁴³.

Numa palavra de síntese: do sistema de que se parte chega-se a um novo sistema, como resultado da mediação do problema – mais exactamente, pela mediação da experiência problemática que entretanto superou o primeiro sentido do sistema e exige a reconstrução-elaboração de um outro sentido sistemático que assimile regressivamente essa experiência.¹¹⁴⁴

Deve-se, ainda, apontar que o sistema se apresenta neste movimento dialético como uma *unidade de totalização normativa* que se analisa em quatro elementos constitutivos de sua normatividade, organizados em quatro estratos distintos e entre si relacionados num todo integrante¹¹⁴⁵. O primeiro estrato é formado pelos princípios, sejam

¹¹³⁸ Idem. Ibidem, p. 147.

¹¹³⁹ Idem. Ibidem, p. 147.

¹¹⁴⁰ Idem. Ibidem, p. 147.

¹¹⁴¹ Idem. A unidade do pensamento jurídico, 1995, p. 170.

¹¹⁴² Idem. Ibidem, p. 170.

¹¹⁴³ Idem. Ibidem, p. 171.

¹¹⁴⁴ Idem. Ibidem, p. 171.

¹¹⁴⁵ Idem. Ibidem, p. 155. Em “A unidade do pensamento jurídico”, Castanheira Neves propõe um modelo estrutural formado por três elementos estratificados hierarquicamente em uma “espiral de integração constituinte”¹¹⁴⁵. O primeiro é formado por princípios e manifestam o momento ontológico do sistema; o

eles normativo-jurídicos positivos, transpositivos (como as “cláusulas gerais”) e suprapositivos, todos representando o momento ontológico do sistema¹¹⁴⁶. O segundo estrato é ocupado pelas “normas prescritas numa opção político-estratégica e de um vinculante valor normativo”¹¹⁴⁷. O terceiro estrato é expressão da jurisprudência, “momento de objectivação e estabilização de uma já experimentada realização problemático-concreta do direito, com o valor normativo que resulta de uma presunção de justeza dessa realização e que assim só poderá ser posta em causa, por posições diferentes ou contrárias, através de um infirmante ‘ónus de contra-argumentação’”¹¹⁴⁸. O quarto e último estrato é ainda ocupado pela “dogmática (ou doutrina jurídica), enquanto resultado de uma elaboração “livre” (Gény) e de uma normatividade que apenas se sustenta na sua própria racionalidade fundamentada”¹¹⁴⁹.

Fernando José Bronze, por sua vez, propõe em sua “metodonomologia”¹¹⁵⁰ uma reorientação decisiva para o modelo hermenêutico. Sustentando a “impertinência da *dialéctica* hegeliana para explicitar aquilo que só resultará inteligível pela mediação de um discurso dialógico”¹¹⁵¹ e assumindo um modelo hermenêutico-fenomenológico¹¹⁵², constata que “as questões jurídicas concretas emergem no quadro de um horizonte hermenêutico (o pré-compreendido e constituendo sistema da juridicidade) que é pressuposto da respectiva posição com sentido”¹¹⁵³.

Por outro lado, o percurso exigido pela resolução juridicamente adequada daquelas questões é dialógico, porque também ele se põe no contexto do mesmo horizonte hermenêutico – que assim serve de *tertium* ao encontro dos dois “termos de comparação”: os concretos casos decididos e os critérios normativos, constituídos ou constituendos, por que se orientará a justa decisão daqueles. O que viabiliza o diálogo entre um caso e os critérios da sua normativamente adequada resolução é a emergência daquele e a constituição destes num horizonte hermenêutico cunhado pela juridicidade. (...) É, com efeito, no histórico-concreto horizonte da juridicidade, que possibilita a emergência, com sentido, de cada novo problema, que há que discernir, num problematizante e dialógico “ir e vir” entre o solicitado pelo caso (já pré-compreendido como juridicamente relevante) e as respostas que

segundo estrato é ocupado pelas normas prescritas e pelas estruturas dogmáticas propostas pela doutrina; o terceiro é a “realidade jurídica em que o direito se cumpre e os problemas se suscitam”. Esses três momentos – referidos em alusão ao tridimensionalismo de Miguel Reale – permitem com que o jurídico vá dos princípios (valores) à realidade com o fito de realização, mas também venha da realidade aos princípios (valores) em um refluxo de intencional constituição, o que marca a dialética em espiral. NEVES, A. Castanheira. A unidade do pensamento jurídico, 1995, p. 172-173. Utilizamos o modelo proposto no texto mais recente.

¹¹⁴⁶ NEVES, A. Castanheira. Metodologia jurídica, 1993, p. 155.

¹¹⁴⁷ Idem. Ibidem, p. 155.

¹¹⁴⁸ Idem. Ibidem, p. 156.

¹¹⁴⁹ Idem. Ibidem, p. 157.

¹¹⁵⁰ BRONZE, Fernando José. A metodonomologia entre a semelhança e a diferença, 1994.

¹¹⁵¹ Idem. Ibidem, p. 247.

¹¹⁵² Idem. Ibidem, p. 477.

¹¹⁵³ Idem. Ibidem, p. 104.

para ele se podem encontrar ou constituir no quadro objectivado ou intencionado pelo sistema, aquela que “*in concreto*”, se lhe adequa normativamente.¹¹⁵⁴

A relação entre sistema e problema edificada por Fernando Bronze em sua metodonomia, embora fortemente influenciada pela posição de Castanheira Neves, é concebida a partir da mediação do horizonte hermenêutico e, por conseguinte, a análise dos elementos do problema se dá a partir de um sistema que é tido como “pré-compreensão das exigências da juridicidade”¹¹⁵⁵. Esse modelo permitiu que a relação entre sistema e problema fosse concebida em “termos de comparação”¹¹⁵⁶, ou seja, através de “imagens análogas”. Problema e sistema interagem dialogicamente mediados por um horizonte hermenêutico que permite, ao mesmo tempo, a verificação da juridicidade mediante a comparação analógica e a comunicação com os critérios de justiça, assumindo a forma uma “dialética tripolarizada”¹¹⁵⁷.

A proposta de Bronze encontra no pensamento de Castanheira Neves a crítica que este dirige à hermenêutica filosófica, que consiste, sinteticamente, no déficit crítico – constatação inspirada nos debates de Habermas e Gadamer – e no distanciamento com a necessária juridicidade decorrente da *intencionalidade* do sistema¹¹⁵⁸. Segundo Castanheira Neves, a “matriz analógica” proposta por Bronze se distanciaria do reconhecimento de uma “ética racional” que se impusesse contra a plena aceitação de um *ethos* institucionalizado na polis, bem como da *intencionalidade* prático-normativa necessária à juridicidade da decisão¹¹⁵⁹. O modelo de Bronze estaria previamente condicionado pelo horizonte hermenêutico e impediria que o sistema marcasse essa compreensão com a sua juridicidade. Entretanto, o próprio Castanheira Neves desenvolve, como vimos, uma crítica aos modelos que não enfrentam o caráter problemático do direito e, mais ainda, afirma “que o *prius* metodológico não é a norma-prescrição fechada na sua significação e subsistente na sua identidade, mas pelo contrário o caso concreto decidendo, na sua autônoma e específica problematidade jurídica”¹¹⁶⁰. Com Fikentscher, afirma categoricamente: “o ponto de partida é o caso particular decidendo”¹¹⁶¹. As normas jurídicas são interrogadas em função do problema, razão pela qual Castanheira Neves afirma ser a interpretação jurídica uma resposta

¹¹⁵⁴ Idem. Ibidem, p. 105-106. A conclusão proposta por Bronze é a de que “a reflexão metodológica se processa num espaço bipolar e dialecticamente entretido pelos casos singulares e pela normatividade que, por sua mediação, se vai objectivando sob a forma de respostas sincronicamente adequadas às solicitações da juridicamente relevante realidade concreta e diacronicamente desveladoras da sua radical historicidade.” Idem. Ibidem, p. 593.

¹¹⁵⁵ Idem. Ibidem, p.110-111.

¹¹⁵⁶ Idem. Ibidem, p. 105.

¹¹⁵⁷ Idem. Ibidem, p. 110.

¹¹⁵⁸ NEVES, A. Castanheira. A crise da filosofia do direito, 2003, p. 61.

¹¹⁵⁹ Idem. Ibidem, p. 65.

¹¹⁶⁰ Idem. Metodologia jurídica, 1993, p. 129.

¹¹⁶¹ Idem. Ibidem, p. 129.

à pergunta à intencionalidade problemática do caso concreto, reconhecendo-a na “fusão de horizontes” e na “*applicatio*” de Gadamer¹¹⁶², embora reafirme aqui a insuficiência normativa da hermenêutica filosófica.

Assim, se pode aceitar-se que o sistema jurídico começa sempre por delimitar e pré-determinar o campo e o tipo dos problemas no começo de uma experiência problemática – posto que, obedecendo a problemática, pelo menos neste domínio, ao esquema pergunta-resposta, os problemas possíveis começam, de um lado, por ser aqueles que a intencionalidade pressuposta no sistema (com as possibilidades interrogativas dos seus princípios) admita, e os modos de os pôr serão, de outro lado, aqueles que sejam correlativos das soluções (respostas) que o sistema também ofereça –, já não é lícita a unilateral sobrevalorização do sistema que se traduza no axioma de que os problemas a emergir dessa experiência serão unicamente os que o sistema suscite e no modo apenas por que os aceite. Isso porque a experiência problemática, enquanto também experiência histórica, vem sempre a alargar-se e a aprofundar-se, em termos de exigir novas perguntas (problemas) e outro sentido para as respostas (implicadas em novas intenções que entretanto, e através dos novos problemas, se vão assumindo). E perante ela a normatividade sistematicamente prévia traduz apenas a assimilação intencional (em termos de respostas constituídas) de uma certa experiência feita e é correlativamente limitada por essa experiência.¹¹⁶³

Constata-se, portanto, que Castanheira Neves reconhece que a intencionalidade do sistema não fechará a normatividade do problema – e nem poderá fazê-lo, sob pena de não atender ao primado metodológico deste. Quando afirma que os problemas não são apenas aqueles suscitados pelo sistema, reconhece a abertura a um horizonte histórico e, neste momento, não vemos como afastar o pano de fundo do horizonte hermenêutico suscitado por Fernando Bronze. Além disso, a intencionalidade pressuposta do sistema, que (pré)condiciona perguntas e respostas com as possibilidades interrogativas de seus princípios, não pode se encontrar fora de um horizonte hermenêutico, posto que a condição de possibilidade para pensá-las é estar pensando em “algo”, ou seja, em uma imagem “análoga” – seja no modelo fenomenológico husserliano, que concebe essa possibilidade a partir da “intencionalidade da consciência”, seja no modelo hermenêutico.

Desse modo, considerando uma leitura aproximativa de Castanheira Neves e Fernando Bronze, acreditamos que o modelo proposto pelo primeiro só se torna viável ao que ele se propõe – primado metodológico do problema – se for concebido no horizonte hermenêutico, onde, de fato, acreditamos que ele esteja, não obstante a sua resistência à hermenêutica filosófica de Gadamer. O que Castanheira Neves entende como “intencionalidade” do sistema, que marca de juridicidade a compreensão do fenômeno jurídico, não pode ser outra coisa se não uma imagem análoga a um problema e só pode ser pensado no “horizonte hermenêutico”, posto não ser possível contornar a diferença ontológica

¹¹⁶² Idem. Ibidem, p. 130. Embora, neste momento, reitere a insuficiência normativa da hermenêutica filosófica.

¹¹⁶³ Idem. Ibidem, p. 157-158.

e conceber o sistema como uma unidade autônoma passível de ser compreendida de modo abstrato. Se estamos diante da incontornabilidade do horizonte hermenêutico, a verificação da juridicidade da compreensão de um problema deve ser concebida dentro dos limites paradigmáticos impostos pelo modo em que nos movimentamos nesse horizonte.

4.6.2.3 Circularidade entre sistema e problema no paradigma hermenêutico

O desafio na busca pela correta juridicidade da compreensão está em ter que compatibilizar a relação entre sistema e problema sem incorrer na alienação “intencional” do sistema, nem na perda de autonomia normativa da compreensão jurídica que a antecipação de sentido obtida a partir do problema poderia proporcionar. A dialética entre *sistema* e *problema* deve ser pensada na diferença ontológica, impedindo que a circularidade hermenêutica seja verificada mediante pólos *entificados*, o que significaria uma recaída na metafísica. É que os pólos dialéticos não são, a rigor, o *problema* e o *sistema*. Como vimos no capítulo anterior, assumir a diferença ontológica implica reconhecer a impossibilidade de acesso imediato ao ente na medida em que ele se manifestará sempre no seu *ser*. Com isso, a circularidade hermenêutica não pode ser concebida a partir dos pólos dialéticos sistema e problema, uma vez que a diferença ontológica impede que haja a formação de um círculo entre eles. Por esse mesmo motivo, também não podemos falar em um círculo hermenêutico entre *fato* (problema) e *norma* (sistema). A circularidade hermenêutica, embora seja um legado da antiga retórica grega retomada pela hermenêutica romântica, deve ser concebida a partir de Heidegger como uma relação entre o *ser projetado* e o *ser interpretado*. Este, por sua vez, permite a entrada em uma nova circularidade e, conseqüentemente, um novo esforço reflexivo, um novo projeto e assim sucessivamente. Sendo assim, se não é possível romper com o círculo e transcendê-lo a partir da construção de *juízos sintéticos a priori*, a virtuosidade da compreensão estará, como já abordado, no modo em que entramos no círculo. Entrar corretamente no círculo é, portanto, fundamental. E o que é entrar corretamente na circularidade? Entrar corretamente é entrar com os horizontes de sentido ampliados ao máximo. Na luta entre o *ser* desvelado e o *ser* velado, que marca a “essência da verdade”, fomos levados pela “verdade da essência” historial do homem a apostar no desvelamento do *ser*, um destino assumido desde a fundação da filosofia. Entrar corretamente na circularidade entre sistema e problema é, portanto, entrar de modo que o *ser* seja desvelado o quanto for possível. Neste momento, temos de retomar o tema abordado há pouco sobre o *jogo* e lembrar

que a entrada correta nessa circularidade impõe que, primeiro, nos voltemos para o *problema*, pois o caráter precário do texto limitará o acontecer da racionalidade moral-prática.

Valendo-nos da força produtiva que o debate coimbrense nos proporciona, e dos limites existenciais identificados pela *fenomenologia hermenêutica*, a nossa proposta perpassa um modelo reflexivo que deve ser conduzido em “dois tempos”. No primeiro, exige-se uma *abertura cognitiva* a partir do *problema*, na tentativa de ampliar o horizonte moral-prático que se desvela. No segundo, uma filtragem sistêmica que garanta a manutenção da autonomia normativa do direito em face da moral e garanta a juridicidade da compreensão.

Neste *primeiro tempo*, a realidade complexa em meio à qual a conduta se dá deve ser enfrentada direta e *contratextualmente*. O objetivo é promover uma abertura compreensiva do caso concreto que não obstaculize o acontecer da razão moral-prática que emergirá fenomenologicamente. Essa perspectiva poderia, por parte daqueles que defendem a necessidade de redução de complexidade em sociedades complexas, atrair a crítica quanto à sua inviabilidade. De fato, não podemos ignorar a complexidade e a liquefação de sentidos que a modernização provocou, nem tampouco acreditar que iremos mapear esse universo plural mediante uma reflexão abstrata. Porém, a sustentação dessa abordagem problemática *contratextual* está pautada no ente. Dito de outro modo, o *problema* é o nosso redutor de complexidades; é *nele* que *jogamos* e *nele* que compreendemos. Assim, só se trabalha com as variáveis que o caso apresenta, isto é, com as demandas que o *problema* demanda. Novas demandas já pressupõem novos *problemas*. Isso, entretanto, não significa que a redução de complexidade feita a partir de um determinado *problema* não seja importante para novos *problemas*, pois trará parâmetros significativos para a comparação através da diferença.

Nesse *jogo* em que nos abrimos ao *problema*, também nos abrimos ao *outro*. O problema da alteridade não é ignorado pela concepção hermenêutica, muito pelo contrário. O *jogo* só pode ser jogado com o *outro*. Primeiro, porque o diálogo que todos nós somos *desde já e sempre* permite que joguemos com o *outro* a partir do próprio ente, já que o *ser* desvelado jamais será intersubjetivo. Segundo, porque podemos potencializar esse diálogo através da dupla estrutura da linguagem, jogando com o *outro* em um “*diálogo* apofântico” que, embora sustentado no “como” hermenêutico, faz com que o ente seja mostrado em novas perspectivas. Neste momento, o diálogo é com a comunidade, através dos atores que representam os novos movimentos sociais e seus outros segmentos, além de poder se valer de textos não normativos, especialmente oriundos da literatura, da sociologia, da criminologia,

da filosofia, e de outras ciências críticas. O modelo problemático situado reflexivamente em dois tempos é condição de possibilidade para pensarmos a interdisciplinaridade e a crítica sem prejudicarmos a autonomia do direito.

O *jogo no problema* e com o *outro* visa, pelo menos em um primeiro momento, a identificação dos verdadeiros motivos do dissenso. Essa identificação exige que o diálogo esteja imunizado de artifícios metafísicos que permitiriam aos sujeitos não manifestarem os verdadeiros vetores de racionalidade de suas pretensões. Os argumentos despóticos da metafísica vestem os sujeitos e impedem que eles se responsabilizem pelas reais motivações do seu discurso. É necessário que os sujeitos se mostrem *nus*, despidos dos utensílios encobertadores da técnica, para que o dissenso seja revelado sem dissimulações. Como vimos no capítulo anterior, o correto mapeamento da zona dissensual não nos levará, necessariamente, a um consenso – especialmente pela ausência do distanciamento histórico necessário à autenticidade da tradição –, embora amplie significativamente as possibilidades do mediador que assume esse desiderato. De qualquer sorte, permite ainda a densificação do pano de fundo ontológico que permeia os conflitos sociais, desonera o direito de sua função regulatória complementar e, com ele, toda estrutura institucional voltada para a solução de conflitos. É aqui que enxergamos a solução para a crise do Judiciário, uma vez que as emendas procedimentais até então verificadas só afastam o direito da *coisa mesma* e, conseqüentemente, estimulam o litígio como aposta em um resultado favorável. Do *jogo no problema* ao “jogo de azar”, transformando o Poder Judiciário em cassinos, as mesas de *poker* e os juízes em *croupiers*¹¹⁶⁴.

A abertura permitida pelo *jogo e diálogo contratextuais* amplia o horizonte de sentido, densifica as referências ontológicas que permitem consensos e, ao mesmo tempo, delimita a zona de conflito. Essa é a forma adequada de entrar na circularidade entre o sentido do *problema* e o sentido do *sistema*, tornando-a virtuosa. Somente agora podemos iniciar o *segundo tempo* do nosso processo reflexivo, quando a dimensão apofântica poderá ser compreendida a partir de um horizonte hermenêutico amplificado e densificado. Esse horizonte, de modo semelhante ao que Castanheira Neves denomina de estratificação do sistema, se reverá em um *primeiro nível* apofântico como o conteúdo substancial dos *princípios jurídicos*; em um *segundo nível*, como o conteúdo semântico das *regras jurídicas*, opções tecnológicas do sistema; em um *terceiro nível* com a *doutrina* e em um *quarto nível* com a *jurisprudência*.

¹¹⁶⁴ CARNEIRO, Wálber Araujo. O direito e o jogo, 2007.

O modo como o pós-positivismo¹¹⁶⁵ vem tratando os princípios não representa a ruptura com o modelo de racionalidade que eles deveriam promover. Busca-se nos princípios um conteúdo semântico que eles não possuem; querem que os princípios digam aquilo que eles não podem dizer. Os princípios não se comprometem com uma determinada solução tecnológica, ao contrário do que faz a regra. Se os princípios dissessem algo para além de uma mínima e necessária entificação¹¹⁶⁶ voltada à institucionalização de razões práticas deixariam de cumprir o seu papel. Ao não dizerem nada sobre uma determinada solução tecnológica, os princípios dizem tudo sobre a institucionalização da razão moral-prática. O conteúdo valorativo e substancial dos princípios jamais será enxergado no texto, sendo ele ontologizado¹¹⁶⁷ pela nossa faticidade, o que os coloca, como afirma Lenio Streck, na condição de *existenciais*. A sua juridicidade deriva, portando, de um processo histórico de institucionalização da razão moral-prática que deve, como afirmamos acima, ser precedido de um processo dialógico, conectando seu conteúdo valorativo existencial à sua carga deontológica, conferindo-lhe legitimidade. O pós-positivismo olha os princípios como tecnologias; buscam a partir do seu texto um sentido clarividente e justificam esse sentido a partir de modelos metodológicos inapropriados, como vimos na crítica à “nova hermenêutica constitucional”. Princípios não podem ser aplicados no sentido exegeta de aplicação do direito. Ao contrário, os princípios é que possibilitam a aplicação do direito, que se manifesta, derradeira e impreterivelmente, no nível das *regras*¹¹⁶⁸.

As regras, por sua vez, são pura técnica, soluções *standards*. Desde que estejamos conscientes do que ela representa – ou seja, dos “perigos da técnica” – cumpre uma função determinante para o direito. Ao contrário dos princípios, dizem muito pouco sobre a racionalidade moral prática e bastante sobre soluções específicas para determinados casos¹¹⁶⁹. As regras são programas e protagonizam no sistema função de estabilização de

¹¹⁶⁵ “Se podría afirmar que es postpositivista toda aquella teoría que ataca las dos tesis más importante del positivismo conceptual: la tesis de las fuentes sociales del derecho y la no conexión necesaria entre el derecho y la moral. En un cierto sentido la teoría jurídica actual se puede denominar postpositivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas y hoy todos en un cierto sentido somos positivistas.” CALSAMIGLIA, Alberto. Postpositivismo, 2008.

¹¹⁶⁶ STRECK, Lenio. Verdade e consenso, 2009, p. 321

¹¹⁶⁷ “Como no conceito de direito, o lógico se ‘ontologiza’ nas mãos de Cossio”. MACHADO NETO, A. L. Compêndio de introdução à Ciência do Direito, 1988, p. 53.

¹¹⁶⁸ Embora a visão de aplicação dos princípios se diferencie da que Robert Alexy propõe, concordamos que a normatividade dos princípios não prescinde das regras. Por isso Alexy irá chamar os princípios de “mandados de otimização”. De fato, a aplicação do direito sempre resulta em uma regra, ainda que para a sua construção a intervenção judicial e a sustentação existencial-institucional dos princípios tenham sido decisivas. O dispositivo de uma sentença, o comando de um agente de trânsito ou a ordem de um gestor público têm de dizer o que temos de fazer. Essa instrumentalização marca o caráter de regra.

¹¹⁶⁹ Neste aspecto, concordamos com Humberto Ávila quando ele afirma que as regras são normas “imediatamente descritivas” e “abrangentes”. ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios, 2006, p. 78.

expectativas congruentes, além de servirem de apoio para decisões em caso de conflito¹¹⁷⁰. A contingência da conduta e complexidade social¹¹⁷¹ demandam reduções de complexidade que são levadas a cabo através das regras. Entretanto, a estruturação dessa complexidade só traz resultados eficazes se as regras apontarem o problema para o qual ela é adequada; caso contrário, ela, ao reduzir a complexidade social, ampliará de tal modo a complexidade do sistema que não saberemos sequer o que ela quer nos dizer. Por isso é que entendemos que as regras só cumprirão o seu papel se o pano de fundo hermenêutico que determinar a sua dimensão semântica tiver sido previamente ampliado e densificado. Caso contrário, estaremos sujeitos à dissimulação da técnica e à *disposição* do direito. O que observamos hoje no direito é que as expectativas não se tornam congruentes, uma vez que os sujeitos envolvidos em um dado conflito dão à regra sentidos divergentes. A convergência a ser garantida pela regra pressupõe uma redução de complexidade *contratextual* de expectativas congruentes através do problema, em contraposição à redução *contrafática* via sistema.

O terceiro nível aqui trabalhado não corresponde ao terceiro nível de estratificação proposto por Castanheira Neves, uma vez que no lugar da Jurisprudência propusemos a doutrina e suas estruturas analítico-conceituais. São dois os motivos que nos levam a essa inversão. O primeiro diz respeito à circularidade concêntrica que o segundo tempo reflexivo exige, isto é, uma reflexão que parte do mais abstrato para o mais concreto e que busca reencontrar o problema no fechamento do círculo¹¹⁷². O processo reflexivo deve promover a passagem da razão-moral prática ontologicamente densificada – *primeiro tempo* – para a carga deontológica construída institucionalmente em torno dos princípios, evoluir para as soluções tecnológicas propostas pelo sistema – concebidas como tal e legitimadas pelos princípios – e, em seguida, analisar os ajustes dogmáticos promovidos pela doutrina. A doutrina – especialmente na tradição romano-germânica – desenvolve seus postulados sem fazer referência aos problemas concretos que demandaram determinada classificação ou conceito, muito embora uma determinada situação concreta tenha sido idealizada como resultado da inexorável *applicatio*. De qualquer sorte, terá um grau mais abstrato que a jurisprudência e mais concreto que o texto normativo, colocando-se entre eles.

¹¹⁷⁰ Cf. LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito I, 1983, p. 57e 103.

¹¹⁷¹ “Complexidade deve ser entendida (...) como a totalidade das possibilidades de experiências ou ações, cuja ativação permita o estabelecimento de uma relação de sentido – no caso do direito isso significa considerar não apenas o legalmente permitido, mas também as ações legalmente proibidas, sempre que relacionadas ao direito de forma sensível, como, por exemplo, ao se ocultarem.” LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito I, 1983, p. 12-13.

¹¹⁷² Dworkin, ao descrever a análise de Hércules em um *hard case*, também propõe círculos concêntricos na análise de casos paradigmáticos, que vão de similitudes mais genéricas a questões mais específicas. DWORKIN, Ronald. O império do direito, 1999, p. 300.

O segundo motivo está ligado à legitimação do sistema, pois enxergamos a doutrina como o produto de pesquisas universitárias conectadas com a comunidade (extensão) e, conseqüentemente, mais próxima do corpo político. De fato, são poucos os doutrinadores que cumprem esse papel – sendo os únicos que consideramos doutrinadores. A maioria daqueles que poderiam cumprir esse papel dispensam o seu tempo na reprodução sistematizada de um suposto sentido das normas e jurisprudências dominantes, de modo a disponibilizar instrumentos para a preparação de candidatos aos concursos públicos. O modelo acéfalo dos concursos e, por conseguinte, da reprodução do “saber” que gira em torno da preparação estratégica para essas provas, necessária e legítima por parte daqueles que lutam por sua dignidade, retira a doutrina da sua condição essencial: doutrinara¹¹⁷³. A doutrina deve ditar os rumos da jurisprudência, pois nela os erros históricos não provocam danos, enquanto os acertos podem acenar para a quebra da coerência do sistema em nome da integridade do direito, garantindo a legitimidade dessa ruptura no diálogo que a doutrina exercita diuturnamente. A busca pela integridade do direito depende, preponderantemente, das decisões concretas que, reiteradas, formarão a jurisprudência. Desse modo, colocar a reificação dessas práticas acima da doutrina produz uma circularidade viciosa e impede a estabilização do sistema, uma vez que na jurisprudência não é permitido ensaiar decisões. Se essas tentativas forem assumidas pela primeira instância sem a legitimação da doutrina – e hoje isso ocorre com frequência, seja pelo solipsismo do julgamento, seja pela omissão da doutrina – iremos sobrecarregar demasiadamente as instâncias superiores e “travar” o sistema.

A jurisprudência, por sua vez, não apenas resulta da reiteração de sentidos jurídicos conferidos ao problema, mas está sempre diante dele¹¹⁷⁴. Embora o modo como o processo brasileiro lida com os precedentes e, mais ainda, o modo como incorporamos o *stare decisis* do direito norte-americano¹¹⁷⁵, não esteja compatível com essa dimensão problemática, o nível reflexivo da jurisprudência é, sem dúvida, aquele – pelo menos potencialmente – em que podemos retornar à concretude do problema, fechando as duas pontas do círculo sentido do *problema*/sentido do *sistema*. Para que isso seja possível, devemos estar atentos ao modo como devemos utilizar a jurisprudência, inclusive aquelas que

¹¹⁷³ “E a doutrina deve voltar a doutrinara e não se quedar submissa e caudatária da ‘jurisprudência’”. Súmulas, vaguezas e ambigüidades, 2009.

¹¹⁷⁴ Excetua-se aqui as ações de controle abstrato de constitucionalidade e, até mesmo, os incidentes abertos no controle difuso que, a rigor, não é feito à luz do caso concreto, embora receba esse nome. De todo modo, entendemos essas práticas como resqüícios de uma visão estratificada de sistema que assume uma dinâmica de derivação e fundamentação puramente normativa. Temos que ultrapassar esse modelo de ordenamento jurídico em direção a uma concepção orgânica e circular que assuma sua unidade a partir do problema.

¹¹⁷⁵ CARNEIRO, Wálber Araujo. Súmulas vinculantes, 2006, p. 289-303.

assumem uma força vinculante – a exemplo das súmulas e de decisões com efeito *erga omnes*. Jamais poderemos enxergar a jurisprudência como um ponto de partida. Ela já é o resultado de uma circularidade e, portanto, exige uma reconstrução dos elementos que sustentam o seu sentido, o que inclui o problema – preponderantemente –, os princípios, as regras e as visões doutrinárias. O que vemos na prática jurisdicional, tanto na perspectiva do julgador, quanto na perspectiva do demandante, é que a jurisprudência – muitas vezes resumida a um acórdão ou, pior, à sua ementa – constitui um ato *ex nihilo*. Lembremos que sequer as Constituições são atos tirados do nada.

A dimensão sistêmica, portanto, uma vez ontologizada por sentidos desvelados no *jogo* e no *diálogo*, mostra o ente em novas perspectivas e pode, mesmo em face da zona dissensual, buscar soluções pragmáticas para a pacificação dos conflitos que assumam uma dinâmica de convergência, compatibilizando segurança e legitimidade. Ainda que os sujeitos envolvidos e a força da tradição não sejam suficientes para garantir o consenso diante de fatos novos que, tal qual a estética da arte contemporânea, provocam dúvidas quanto à sua eticidade, a impossibilidade de manutenção do dissenso será a força *catalizadora* de uma solução pragmática a partir do direito. A complexidade do sistema e sua história institucional serão fatores determinantes para que possamos pensar em uma resposta correta, mesmo quando os problemas apontados acima a caracterizem como pragmática.

4.6.3 A argumentação jurídica como diálogo

Como vimos no capítulo anterior, o modelo dialógico que propomos não equivale à tentativa de construir, pragmaticamente, consensos sustentados em balizas procedimentais, distanciando a fundamentação dos discursos de uma ontologia substancialista supostamente diluída na complexidade contemporânea e sem força integrativa. Vimos que esse modelo, não obstante levantar questões de fundamental importância na contemporaneidade – tais como o problema da democracia em sociedades complexas – opera no nível apofântico da linguagem e busca nos discursos de fundamentação uma validade *prima facie*, o que não os isenta da necessária adequação a situações concretas. O diálogo aqui proposto se sustenta e, ao mesmo tempo, é impulsionado por um pano de fundo de sentido que estabelece, necessariamente, uma zona consensual a partir da qual se é possível, através do constrangimento ontológico decorrente da imunidade metafísica, identificar a verdadeira causa do dissenso, permitindo a abertura ao *outro*. No diálogo estão as condições de possibilidade para o trato da alteridade em sociedades complexas e plurais. O conflito entre

membros de uma comunidade ou até mesmo entre culturas trará consigo, necessariamente, uma zona consensual capaz de constranger os sujeitos envolvidos e impulsioná-los ao consenso, o que pressupõe a discussão em torno da *coisa mesma* e a eliminação dos artifícios metafísicos, tais como a imposição despótica de “naturezas” ou a identificação de sentidos por intermédio de *métodos constitutivos*, ambos ainda entranhados no discurso jurídico. A incapacidade para o diálogo denunciada por Gadamer, retratada no capítulo anterior, é, antes de tudo, uma fuga, um “esconder-se” possibilitado por mecanismos derivados das diferentes formas de metafísica. Não viramos a cara para o *outro* sem antes dar uma “desculpa esfarrapada”, ora possibilitada pela suposta clarividência da natureza de um determinado objeto ou instituto jurídico (metafísica objetificante); ora pautada em esquemas metodológicos solipsistas (metafísica subjetificante); ora pautada na impossibilidade técnica (assujeitamento do sujeito ao sistema) e ora pautada na imposição autoritária como única alternativa para o funcionamento do sistema (vontade de poder). Todas essas formas esvaziam as possibilidades dialógicas porque retiram do sujeito a responsabilidade de sua atuação. Trazendo esse debate para a nossa proposta hermenêutica heterorreflexiva, devemos, de antemão, ressaltar as funções que o diálogo assume neste modelo, alinhadas imediatamente com a *vigilância* e com a *alteridade*.

É possível constatar que dialogar consigo mesmo é necessário, pois representa uma atitude reflexiva sobre nossas possibilidades compreensivas. Esse momento autorreflexivo exige a pressuposição de que há algo no ente que ainda não observamos; que há algo encoberto e que, por isso, devemos continuar procurando sem nos deixar levar pelas primeiras impressões. Significa que devemos girar o ente e deixar com que ele nos surpreenda, o que equivale dizer que devemos deixar que o ente “venha à fala”. Não veremos o ente desvelado naquilo que ainda não podemos desvelar, mas entre a antecipação de sentido que se dá diante de uma primeira perspectiva e a sua máxima otimização decorrente de uma *vigilância* reflexiva há uma diferença significativa. Sabemos que o nosso ente é uma determinada situação concreta e, portanto, devemos estar *vigilantes* para a possibilidade – bastante provável – de que esse ente sempre tenha algo mais a nos dizer. Devemos buscar novas perspectivas aleatórias, primeiro em um movimento *contratextual* e, em seguida, na circularidade com entre *problema* e *sistema*, como acabamos de ver. Trata-se, portanto, de deixar o caso concreto vir à fala na tentativa de esgotar as possibilidades de uma razão moral-prática e, em segundo momento, iluminar o ente com o sistema na tentativa de filtrar projetos

inviáveis à luz dessa dimensão deontológica que construímos a partir das zonas consensuais e da história institucional.

O mesmo espaço reflexivo que viabiliza uma atitude vigilante do intérprete face à sua finitude, também permite a interceptação de um processo reflexivo aberto à alteridade. Deixamos a primeira dimensão (autoreflexiva) e assumimos uma segunda possibilidade heterorreflexiva. Devemos partir do pressuposto que, por mais vigilantes que estejamos, a busca aleatória de perspectivas não cobrirá todas as possíveis perspectivas, razão pela qual a presença do *outro* se faz necessária. Assumir essa possibilidade não significa acreditar que a nossa compreensão – nos moldes delineados pela analítica existencial – é solipsista, uma vez que a condição de possibilidade para a compreensão é o estar com o *outro* nessa casa chamada linguagem. Aquilo que se projeta na compreensão já é um sentido construído intersubjetivamente, razão pela qual não podemos falar em compreensões arbitrárias, conforme já comentamos alhures. Mas, o fato de a compreensão se pautar em uma dimensão hermenêutica intersubjetiva não significa que não seja possível e, principalmente quanto ao direito, necessário quebrar o solipsismo também no plano apofântico, retroalimentando a dimensão hermenêutica. O diálogo faz com que aquele que compreende atinja projetos cada vez mais atualizados existencialmente e, por conseguinte, reduza o máximo possível o encobrimento do sentido do ente. No acontecer fenomenológico de uma verdade que também é, essencialmente, não verdade, a “essência da verdade” historial exige um processo de abertura dialógico que amplie as nossas possibilidades desveladoras e, no que diz respeito ao direito, legitime o processo compreensivo.

A questão do diálogo no direito pode ainda ser analisada levando-se em conta o tipo de intérprete envolvido. Sendo a hermenêutica uma matriz que promove o giro linguístico sem abrir mão do sujeito¹¹⁷⁶, por essa perspectiva podemos analisar o diálogo sob a ótica do aplicador institucionalizado ou sob a ótica das partes diretamente envolvidas. Em ambas, o que deve estar em jogo é o sentido comunitário-institucional construído nos

¹¹⁷⁶ Conforme aponta Lenio Streck, essa tem sido uma questão mal compreendida. Embora a matriz hermenêutica sustentada por Heidegger e Gadamer assumam uma perspectiva analítica que envolve diretamente o sujeito, isso não quer dizer que ela seja solipsista. O sujeito é seu ponto de partida, pois considera a pergunta pelo homem como sendo a mais originária, condição de possibilidade para pensar o conhecimento – afinal, somos nós, os homens, os sujeitos desse conhecimento. Mas, devemos sempre levar em conta que a analítica existencial denuncia a nossa temporalidade e, com ela, desvela um terceiro elemento decisivo para qualquer estudo gnosiológico ou epistemológico, isto é, a linguagem. É nela que está a transcendência, e nós é que pertencemos a ela. A compreensão que acontece do sujeito não é uma construção da sua subjetividade, no sentido de um arbítrio justificado falaciosamente. Ao contrário, é um projeto que não dominamos. É o acontecer do ser que fora construído na linguagem, com o *outro*. A hermenêutica filosófica parte do sujeito para desvelar a intersubjetividade. Cf. STRECK, Lenio. *Hermenêutica e(m) crise*, 2009, p. 367 (nota n. 594)

“dois tempos” já descritos, o que nos remete a um diálogo com as instituições e com a sociedade, viabilizando aquilo que já fora proposto por Häberle¹¹⁷⁷. Essa divisão não deve ser vista, portanto, nos moldes propostos por Kelsen, onde se atribui uma autenticidade à interpretação levada a cabo pela autoridade institucionalizada em detrimento das demais interpretações tidas como inautênticas. A distinção, portanto, não se justifica face à autenticidade política do sujeito, mas aos diferentes níveis de imunização estratégica, fato que levou Habermas a admitir que a perspectiva do juiz buscada por Dworkin é, de fato, a mais adequada para discutir o problema da aplicação¹¹⁷⁸. O comprometimento do juiz é com a democracia, enquanto que as partes são levadas a pautar o seu discurso de acordo com as ações estratégicas que os beneficiariam. Mas, não obstante os diferentes graus de dificuldade que enfrentamos, o que está em jogo no diálogo, seja ele analisado sob a perspectiva das partes ou do juiz, é uma única coisa: o sentido constitucionalmente adequado de uma determinada situação concreta. Não podemos assumir a argumentação jurídica como um mecanismo de convencimento voltado para a “solução” do conflito pura e simplesmente. A pacificação como finalidade social do processo só se concretiza se ela estiver associada a uma resposta correta.

Feitas as devidas ressalvas, a ênfase que o diálogo na perspectiva dos intérpretes institucionalizados revela está no problema da legitimidade democrática de suas decisões, especialmente quando tratamos de *jurisdição* e, mais ainda, quando tratamos de *jurisdição constitucional*. Esse problema gera para os órgãos do Estado que aplicam o direito, especialmente para o Poder Judiciário, um ônus de legitimação historicamente aliviado por paradigmas epistemológicos inviáveis. A legitimação do Judiciário se edifica na modernidade burguesa sob o mito da aplicação mecânica do direito, embora desde o Code Civil de Napoleão, como bem lembra Lenio Streck¹¹⁷⁹, a possibilidade de o juiz não encontrar respostas previamente concebidas no sistema não só era admitida como também solucionada com a discricionariedade política típica do positivismo jurídico. O juiz – ou qualquer outra autoridade competente para aplicar o direito – deve estar aberto ao diálogo, sob pena de não se legitimar democraticamente, uma vez que o sentido a ser atribuído a um determinado caso concreto não está encapsulado no texto normativo, nem tampouco poderá ser atribuído discricionariamente. O modelo de legitimação *a posteriori* viabilizado pela imposição de fundamentação das decisões deve ser colocado sob suspeita, seja pelo fato de a

¹¹⁷⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos Intérpretes da Constituição*, 1997.

¹¹⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, 2001, p. 303.

¹¹⁷⁹ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*, 2009, p. 5.

fundamentação ser posta como uma tentativa de escusa da responsabilidade de atribuir sentido – o que é facilmente percebido quando modelos constitutivos de sentido são utilizados –, seja porque a fundamentação não pode ser vista como um *grand finale*, mas como um processo dialógico de constituição de sentido que não está à disposição do juiz. Ouvir e dialogar com as partes não é sequer suficiente, já que a principal conexão entre o julgador e a comunidade de intérpretes é, no *primeiro tempo*, a filosofia, a literatura, as ciências afins, e, no *segundo tempo*, a doutrina, momento em que a circularidade se dá com o sentido do sistema. Uma decisão não apenas deve analisar todos os argumentos das partes – ainda que muitos desses argumentos não se sustentem no paradigma aqui apresentado – como também deve iluminar a situação concreta com todas as posições doutrinárias possíveis no afã de sustentar a sua legitimidade. Dialogar com a comunidade acadêmica não é citar conceitos, mas enfrentar os elementos do caso concreto na perspectiva doutrinária.

Ao lado da abertura à comunidade de intérpretes, o fechamento institucional com a jurisprudência também deve ser levado em conta. O diálogo com a doutrina e o diálogo com a jurisprudência se entrelaçam em um movimento de abertura e fechamento que correspondem à tensão retratada por Dworkin entre integridade e coerência¹¹⁸⁰. Em sendo assim, a coerência institucional de uma decisão não deve significar, necessariamente, submissão à jurisprudência dominante. Primeiro, porque é necessário se perguntar sobre as situações em torno das quais a jurisprudência se consolidou e a similitude destas com o caso analisado; segundo, porque a abertura dialógica à comunidade de intérpretes – que deve contar com especial mediação da comunidade acadêmica – pode legitimar a quebra da coerência mesmo naqueles casos em que se admitiria a aplicação da jurisprudência consolidada aos casos concretos. Um juiz não está obrigado a julgar conforme a jurisprudência, mas a ruptura na coerência do sistema só se legitima quando estiver respaldada em uma necessária adaptação do sistema já sustentada pela comunidade jurídica, razão pela qual colocamos a jurisprudência como o quarto nível reflexivo. Colocar a doutrina em um nível anterior à jurisprudência e considerá-la como fonte reflexiva na circularidade com o problema não torna uma posição doutrinária isolada fonte do direito, considerando aqui o seu sentido tradicional. O julgador não está obrigado a seguir um doutrinador determinado, mas está obrigado a enfrentar (dialogar) a doutrina, aqui entendida em um conjunto que destaca determinadas correntes, ainda que não sejam dominantes. A doutrina enquanto

¹¹⁸⁰ DWORKIN, Ronald. O império do direito, 1999, p. 287.

mediadora do diálogo entre sociedade e Estado ocupará um lugar de destaque em uma teoria das fontes reformulada.

Ainda sob a perspectiva do intérprete institucionalizado, o diálogo com as partes deve ser franco. Na atual estruturação dogmática do processo não há diálogo com as partes, mas uma inquisição. Além de o juiz não estar obrigado a enfrentar todas as questões levantadas pelas partes – ainda que a maioria dessas questões não passe de justificativas estratégicas amparadas em um discurso metafísico – a instrução processual, um momento central para o contato do juiz com as partes e com a situação concreta, acontece mediante um total distanciamento dos sujeitos processuais e, paradoxalmente, do próprio caso concreto. Em primeiro lugar, considera-se que o juiz não deve “pré-julgar” o caso, o que poderia acarretar inclusive a sua suspeição. Ocorre que é impossível que o julgador não seja levado a um pré-julgamento, pois ele não poderá suspender os seus projetos compreensivos e eliminar justamente aquilo que permite a ele conduzir uma instrução. Com isso, o que ocorre é a ruptura de um diálogo que poderia ser extremamente profícuo para a explicitação final da decisão, já que questões até então veladas para o juiz poderiam vir à tona.

A reserva no enfrentamento do problema faz com que a tentativa de acordo entre as partes acabe se resumindo a um verdadeiro leilão, transformando o juiz em um leiloeiro: “quem dá mais?”. O que deve ser discutido neste momento é o sentido jurídico do caso apresentado, o que importa em expor os projetos compreensivos que ocorrem no julgador, tornando possível um constrangimento ontológico nas partes que sustentam suas pretensões em discursos metafísicos, não obstante diversas variáveis fiquem suspensas face à necessidade de instrução. As soluções que têm sido propostas para acelerar o tempo de tramitação dos processos seguem na direção contrária à discussão da “coisa mesma” (sentido do caso concreto), quando seria o seu enfrentamento em um ambiente de constrangimento ontológico a alternativa para obtermos melhores resultados. Contudo, ainda aposta na *tabula rasa* como um mecanismo de distanciamento e imparcialidade do juiz. Esse modelo, ao encobrir a impossibilidade de distanciamento, acaba legitimando uma coleta de provas tendenciosa a um determinado projeto necessariamente existente, conduzindo as partes de modo cego à instrução de uma causa para a qual a sentença já foi dada.

No mesmo sentido, deve haver diálogo na oitiva das partes e das testemunhas. Entretanto, o que há é inquirição¹¹⁸¹. Quando o juiz impede que a testemunha diga algo além do que lhe foi perguntado, impede-se, subliminarmente, que a testemunha diga

¹¹⁸¹ ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica*, 2002, p. 185.

algo que mude o projeto compreensivo da decisão já antecipada pelo julgador. O argumento de que essa manifestação poderia ser cerceada face aos “limites objetivos da lide” é, no fundo, a prova de que há, não apenas uma lide previamente dada, mas uma decisão sobre a lide, isto porque os “limites objetivos da lide” não são objetivos – no sentido de dados em si mesmo – mas compreensivos. Não é possível traçar os “limites objetivos da lide” sem que um caso concreto seja compreendido. O problema é que esse caso concreto compreendido pode não corresponder ao caso concreto que está sendo julgado e, portanto, é necessário deixar a testemunha falar. Em alguns procedimentos, como aqueles atinentes ao processo do trabalho, não se permite que o advogado formule perguntas para a parte que ele representa, impedindo-o de esclarecer através de uma eventual resposta, fato crucial para a compreensão do caso em julgamento. É evidente que a proposta não é tornar a audiência uma balbúrdia, mas estabelecer possibilidades dialógicas para a discussão do caso concreto e, para tanto, é necessário ouvir, ser ouvido e discutir o *problema* em questão.

Como já foi dito, o julgador deve enfrentar todos os aspectos levantados pelas partes, ao contrário do que se consolidou na dogmática processual¹¹⁸². A justificativa para essa escusa está pautada em um paradigma epistemológico inviável, que atribui aos enlaces lógicos a construção da resposta. Se isso não corresponde à realidade, faz-se necessário que o debate se dê em outra perspectiva e que se considere a decisão como um projeto a ser fundamentado e não como uma fundamentação que constitui uma decisão.

Vale também dizer que a responsabilidade para a reformulação desse modelo não está restrito ao julgador – não obstante o papel central que conferimos ao juiz no processo de legitimação democrática de suas decisões – cabendo aos advogados e demais representantes que postulam no processo um papel decisivo. Cabe a eles – e somente a eles – a consolidação de um novo paradigma poderia impor um constrangimento eficaz – postular a partir da situação concreta trazida aos autos, pois isso é que será julgado, e não um conceito doutrinário ou a inconstitucionalidade de uma lei. Se analisarmos como a argumentação se desenvolve no direito contemporâneo, perceberemos que a forma retórica de demonstrações lógico-dedutivas ainda é dominante. Nas petições iniciais, veremos que o fato é estabelecido

¹¹⁸² "SENTENÇA - NÃO APRECIÇÃO DE TODOS OS FUNDAMENTOS EXPENDIDOS PELAS PARTES - POSSIBILIDADE. A sentença é um ato de vontade do juiz como órgão do Estado. Decorre de um prévio ato de inteligência com o objetivo de solucionar todos os pedidos, analisando as causas de pedir, se mais de uma houver. Existindo vários fundamentos (raciocínio lógico para chegar-se a uma conclusão), o juiz não está obrigado a refutar todos eles. A sentença não é um diálogo entre o magistrado e as partes. Adotado um fundamento lógico que solucione o binômio 'causa de pedir/pedido', inexistente omissão." TST – 1ª Turma – EDRR 6443/89 – Ac. 2418/90 – Rel. Min. Fernando Damasceno – DJU 15.02.91

de modo meramente descritivo, o que já permite constatar o primeiro desvio hermenêutico, na medida em que se delimita descritivamente um fenômeno que não subsiste e que tem sua delimitação a partir do seu sentido, ou seja, daquilo que nas iniciais vão ser tratadas como *questões de direito*. Nelas, a argumentação se dá como adaptação do sentido aos fatos – sem se ter noção de que esse sentido já se deu – a partir de justificações metódicas, como se esses métodos fossem constitutivos de algum sentido. Portanto, se tecemos críticas à concepção decisionista assumida por boa parte do Judiciário, não podemos esquecer de dizer que os advogados fazem o mesmo quando postulam, já que respaldados pelo inoperante impeditivo ético de advogar contra “literal dispositivo de lei”. Se essa pretensão oitocentista de ver no texto um sentido previamente dado não existe, diante de quais limites se encontram os advogados? O problema dos limites para a postulação e, conseqüentemente, o espaço ético para o agir estratégico no processo deve ser revisto em um contexto pós-metafísico, onde, por um lado, não mais se reconhece a “textitude” do texto, mas, por outro, não se admite que se possa dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, tal qual afirma Lenio Streck¹¹⁸³.

Sob a perspectiva das partes, mesmo diante da compreensível inclinação estratégica que volta suas ações (e discursos) para um resultado útil do processo, é também possível falar de diálogo. Seria muita ingenuidade, entretanto, acreditar que esse diálogo seria atingido através de um compromisso ético das partes. A difícil abertura dialógica das partes só é viável em um ambiente de imunização metafísica, uma vez que o constrangimento ontológico impediria a sustentação de determinados padrões discursivos – que sustentam dogmas a partir dos quais se constroem sistemas dedutivos que levam qualquer um a qualquer lugar – e daria azo à discussão em torno do *problema mesmo*. A mediação do juiz é fundamental para garantir a coerência epistemológica dos discursos e, conseqüentemente, deixar as partes nuas, uma diante da outra. É a nudez e a fragilidade, diante dos sentidos que esgotam a interpretação, os pressupostos necessários para que o agir estratégico seja isolado e para que a alternativa dialógica surja como a única possível, já que não seria razoável sair correndo, ficar calado ou partir para as “vias de fato”, sem, ao menos, sofrer as conseqüências processuais que essas ações acarretariam.

Desse modo, substitui-se, na perspectiva das partes, o agir estratégico preconizado por teorias da argumentação focadas no convencimento do auditório (juiz e demais partes, por exemplo) por uma perspectiva dialógica, onde a abertura ao *outro* não é uma alternativa. Ainda não se trata da abertura ao *outro* na perspectiva da amizade aristotélica

¹¹⁸³ STRECK, Lenio. Verdade e consenso, 2009, p. 286.

ou do *amor* waratiano, mas uma abertura provocada pelo constrangimento decorrente do desvelamento do sentido do ente, acompanhado e potencializado pelo fechamento paulatino dos espaços dissensuais provocados pela ação heterorreflexiva.

4.7 DE HÉRCULES A HERMES NA BUSCA DE RESPOSTAS CORRETAS NO DIREITO

A crítica mais óbvia que poderia ser lançada a um modelo que exige o esgotamento do diálogo e que desvela o sentido do direito no reencontro com a razão moral-prática diz respeito à sua viabilidade. Como um juiz poderia em situações concretas se preocupar com tantas questões e, ao mesmo tempo, dar conta dos inúmeros processos que abarrotam os tribunais? Antes mesmo de esclarecer o nosso posicionamento sobre a viabilidade prática das propostas aqui lançadas e de sua relação direta com a *resposta correta*, devemos assumir os trilhos que atravessam o debate que Dworkin inaugura com o positivismo de Herbert Hart¹¹⁸⁴. É que o embate entre ambos representa a essência do confronto entre o decisionismo positivista – seja versão primitiva, mascarado pelo mito da semântica; seja na versão neo-positivista, que denuncia o arbítrio político e dele se afasta para não “sujar” o conhecimento – e a retomada da racionalidade moral-prática proposta pelo pós-positivismo, ainda que a maioria dos seus desdobramentos tenham se perdido ante a sedução da técnica.

Dworkin acusa o modelo positivista de Hart – crítica que pode ser estendida a Kelsen, embora este deixe mais evidente a discricionariedade judicial – de fazer uma falsa descrição do processo judicial e daquilo que os tribunais fazem nos *hard cases*. Embora os modelos teóricos (neo)positivistas assumam a discricionariedade no julgamento de casos que não recebem solução expressa no ordenamento, os juízes não deixam isso claro ao julgar, camuflando a criação judicial. Hart, por sua vez, afirma que os juízes fazem, justamente, aquilo que Dworkin preconiza, isto é, se valem de princípios e neles fundamentam suas decisões¹¹⁸⁵. Para Dworkin, entretanto, “levar os direitos a sério” e julgar de modo não discricionário não se esgota na mera fundamentação da decisão neste ou naquele princípio, uma prática, aliás, muito comum no Brasil¹¹⁸⁶. A fundamentação em princípios como uma possibilidade contra a discricionariedade do direito judicial deve ser vista em

¹¹⁸⁴ Vide o apêndice de *Levando os direitos a sério*, de Ronald Dworkin, e o pós-escrito de O conceito de direito, de Hart. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 447. HART, Hebert. *O conceito de direito*, 2007, p. 335.

¹¹⁸⁵ HART, Hebert. *O conceito de direito*, 2007, p. 338.

¹¹⁸⁶ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*, 2009, p. 493.

Dworkin no contexto de sua tese sobre a *integridade*, que demanda uma tarefa hercúlea do julgador na busca da “resposta correta”¹¹⁸⁷.

A busca pela *integridade* do direito em Dworkin não representa um espaço discricionário em que o julgador deverá encontrar uma justificativa pessoal para decidir um caso que não possui resposta no sistema, uma vez que o princípio que deve ser buscado para fundamentar uma decisão não está, como pensou Hart, à disposição do intérprete¹¹⁸⁸. A *integridade* também não está exclusivamente relacionada ao espaço de abertura deixado pelo sistema (lacuna, no sentido tradicional), sendo muitas vezes ela mesma responsável pelo rompimento com o modelo institucionalizado em nome da coerência com a moral comunitária¹¹⁸⁹. A *integridade*, portanto, também serve como um veículo para a “transformação orgânica” do conjunto de normas públicas presentes no sistema a partir do reconhecimento da importância dos princípios¹¹⁹⁰. Segundo Dworkin, “uma sociedade política que aceita a integridade como uma virtude política se transforma em uma forma especial de comunidade”, uma vez que “promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar o monopólio da força coercitiva”¹¹⁹¹. Essa comunidade, entretanto, não é incompatível com o pluralismo, nem pretende subjugar concepções minoritárias que alguns indivíduos defendam.

A integridade, pelo contrário, insiste em que cada cidadão deve aceitar as exigências que são feitas e pode fazer exigências aos outros, que compartilham e ampliam a dimensão moral de quaisquer decisões políticas explícitas. A integridade, portanto, promove a união da vida moral e política dos cidadãos: pede ao bom cidadão, ao tratar seu vizinho quando os interesses de ambos entram em conflito, que interprete a organização comum da justiça à qual estão comprometidos em virtude da cidadania.¹¹⁹²

Desse modo, a *integridade* exige que o conteúdo moral de um princípio não seja considerado a partir de uma concepção individualizada, mas considerada a partir do fato de vivermos com o *outro*. Neste sentido, Dworkin defende que a defesa da *integridade* deve ser buscada nas imediações de uma *fraternidade*. Rechaça as construções artificiais da filosofia política – a exemplo de teorias contratuais – buscando a legitimidade política no terreno fértil de uma formação comunitária orgânica, que constrói relações obrigacionais do mesmo modo que a família, a amizade e outras formas de manifestações locais e mais íntimas¹¹⁹³. O direito como integridade não está focado nem exclusivamente no passado, nem exclusivamente no futuro, mas “insiste que as afirmações jurídicas são opiniões

¹¹⁸⁷ DWORKIN, Ronald. O império do direito, 1999, p. 271-331.

¹¹⁸⁸ Idem. Ibidem, p. 217.

¹¹⁸⁹ Idem. Ibidem, p. 213.

¹¹⁹⁰ Idem. Ibidem, p. 229.

¹¹⁹¹ Idem. Ibidem, p. 228.

¹¹⁹² Idem. Ibidem, p. 230.

¹¹⁹³ Idem. Ibidem, p. 250.

interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado como para o futuro”¹¹⁹⁴, já que considera a prática jurídica contemporânea como uma política em constante processo de desenvolvimento.

A correta compreensão da força normativa dos princípios em Dworkin passa, portanto, pela compreensão do direito como *integridade*. A partir dela é que se pode falar em um modelo comunitário de princípios, que atende às nossas condições em uma sociedade plural e torna específicas as responsabilidades de cidadania, fazendo com que “cada cidadão respeite os princípios de equidade e de justiça da organização política vigentes em sua comunidade particular”.¹¹⁹⁵ Uma comunidade de princípios, dirá Dworkin, aceita a *integridade* e “condena as leis conciliatórias e as violações menos clamorosas desse ideal como uma violação da natureza associativa de sua profunda organização”¹¹⁹⁶. Nisso reside o compromisso de que o direito será escolhido, alterado, desenvolvido e interpretado a partir de princípios¹¹⁹⁷, algo muito diferente da leitura superficial de Hart, que descreve a atuação de juízes que fundamentam suas decisões em princípios como uma representação do modelo de Dworkin. Para Hart, decidir com base em princípios exige que o juiz não decida de forma arbitrária, já que ele deve “ter certas razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores”¹¹⁹⁸. É justamente por abominar a possibilidade de o juiz decidir com base em “suas” próprias crenças e valores que Dworkin propõe, na tentativa de garantir a *integridade* do direito, um modelo de juiz retratado pela figura mitológica de Hércules.

Há muitas teses sobre a “natureza” de Hércules. Rodolfo Arango, a partir das críticas sobre Dworkin, aponta duas versões para a figura do juiz Hércules. A primeira vê Hércules como a descrição feita por Dworkin da prática judicial anglo-americana¹¹⁹⁹, enquanto que outras acreditam que Dworkin propõe a partir de Hércules um modelo regulativo da atividade judicial¹²⁰⁰. Lenio Streck, por sua vez, importa para sua construção hermenêutica a figura de Hércules como uma metáfora, isto é, como um modelo necessário que, a rigor, nunca será atingido, mas que serve de modelo regulativo para a prática judicial¹²⁰¹. E, de fato, acreditamos ser esta a visão mais razoável dessa alegoria, uma

¹¹⁹⁴ Idem. Ibidem, p. 271.

¹¹⁹⁵ Idem. Ibidem, p. 257.

¹¹⁹⁶ Idem. Ibidem, p. 258.

¹¹⁹⁷ Idem. Ibidem, p. 258.

¹¹⁹⁸ HART, Herbert. O conceito de direito, 2007, p. 336.

¹¹⁹⁹ ARANGO, Rodolfo. ¿Hay respuestas correctas en el derecho?, 1999, p. 109.

¹²⁰⁰ ARANGO, Rodolfo. ¿Hay respuestas correctas en el derecho?, 1999, p. 114.

¹²⁰¹ STRECK, Lenio. Verdade e consenso, 2009, p. 341.

vez que o próprio Dworkin afirma que “um juiz verdadeiro só pode imitar Hércules até certo ponto”, chegando até “onde as perspectivas lhe pareçam mais promissoras”¹²⁰².

O que Dworkin propõe com a metáfora de Hércules corresponde a uma prática ideal que o julgador deve ao máximo se aproximar para que sua resposta seja a mais correta possível. Hércules é um “juiz imaginário de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade”¹²⁰³. Aceitar o direito como *integridade* exige, antes de tudo, uma abordagem questionadora mais focada em perguntas do que em respostas, questionamento que poderá colocar em xeque a resposta do próprio Hércules e, ao fazê-lo, não estará negando, mas reafirmando o direito como *integridade*¹²⁰⁴.

Hércules, afirma Dworkin, é um juiz criterioso e metódico¹²⁰⁵. Em primeiro lugar, “começa por selecionar diversas hipóteses para corresponderem à melhor interpretação dos casos precedentes, mesmo antes de tê-los lido”¹²⁰⁶. Conforme a aponta Arango, constrói um esquema de princípios abstratos e concretos que ofereça uma justificação coerente para todos os precedentes e estipulações constitucionais e legais, não levando em conta os limites explícitos do sistema, uma vez que estes já decorrem da história jurídica e tradição da comunidade¹²⁰⁷. Em seguida, “começa a verificar cada hipótese dessa breve lista perguntando-se se uma pessoa poderia ter dado os vereditos dos casos precedentes se estivesse, coerente e conscientemente, aplicando os princípios subjacentes a cada interpretação”¹²⁰⁸. Em uma etapa seguinte, levando em consideração aquelas decisões que se mostram coerentes com os princípios subjacentes, deve se perguntar se alguma delas deveria “ser excluída por incompatibilidade com a totalidade da prática jurídica de um ponto de vista mais geral”¹²⁰⁹. A partir de então, Hércules deve ir fechando sua análise, do ponto de vista mais geral ao mais específico, dando cada vez mais prioridade a aspectos peculiares do caso analisado, em círculos concêntricos¹²¹⁰.

A tarefa do juiz é hercúlea não apenas pela limitação temporal que a prática jurisdicional não idealizada lhe impõe, mas pelo fato de o juiz ter que colocar a sua “concepção funcional individualizada” em xeque. Para Dworkin, o juiz “deve considerar provisórios quaisquer princípios ou métodos empíricos gerais que tenha seguido no passado,

¹²⁰² DWORKIN, Ronald. O império do direito, 1999, p. 294.

¹²⁰³ DWORKIN, Ronald. O império do direito, 1999, p. 287.

¹²⁰⁴ DWORKIN, Ronald. O império do direito, 1999, p. 287.

¹²⁰⁵ DWORKIN, Ronald. O império do direito, 1999, p. 288.

¹²⁰⁶ DWORKIN, Ronald. O império do direito, 1999, p. 288.

¹²⁰⁷ ARANGO, Rodolfo. ¿Hay respuestas correctas en el derecho?, 1999, p. 61-63.

¹²⁰⁸ DWORKIN, Ronald. O império do direito, 1999, p. 290.

¹²⁰⁹ Idem. Ibidem, p. 293.

¹²¹⁰ Idem. Ibidem, p. 300.

mostrando-se disposto a abandoná-los em favor de uma análise mais sofisticada e profunda quando a ocasião assim exigir”¹²¹¹. Neste sentido, para Lenio Streck, o juiz deve ser um Hércules não porque a ele tudo é possível – o que seria uma leitura decisionista incompatível com o pensamento de Dworkin – mas justamente pelo fato de, ao arrepio da sua posição pessoal, ter que decidir a partir de uma tradição institucional conectada e legitimada com a moral comunitária, garantindo a integridade do direito. Em Hércules reside o paradoxo de, ao mesmo tempo, conciliar o papel decisivo do sujeito no processo compreensivo com a tradição institucional¹²¹². É, portanto, a necessária conexão entre a tradição institucional com a moral comunitária, acompanhada do rechaço da moral pessoal, o ponto de maior aproximação entre os modelos hermenêuticos de Streck e de Dworkin.

*Los criterios de corrección señalados por Dworkin involucran juicios políticos y morales en el razonamiento judicial. Esto no supone, sin embargo, dejar el derecho “al garete” de las convicciones personales del juez. Con la distinción entre moralidad personal, comunitaria e institucional, Dworkin busca encauzar el raciocinio judicial según conceptos y juicios morales, de forma que las convicciones personales, lejos de introducir la arbitrariedad, se conviertan en la guía más confiable para acceder a la moralidad institucional.*¹²¹³

Rodolfo Arango também suscita a relação entre Dworkin e o modelo hermenêutico gadameriano, chamando atenção para a ausência de um procedimento científico que pudesse levar os juízes à verdade sobre as proposições normativas, eliminando a influência da situação hermenêutica do intérprete sobre sua compreensão¹²¹⁴. Essa constatação não é afetada pelo fato de Dworkin considerar Hércules um juiz metódico – característica também admitida por Arango. Os “métodos” de Hércules não possuem as características dos modelos constitutivos de sentido rechaçados por Gadamer, representando preocupações cognitivas necessárias à revelação do direito como *integridade*. Tanto é que, de modo semelhante à Gadamer, o primado da pergunta no rompimento de velhas concepções de mundo – estudado no capítulo anterior – é também detectado por Arango¹²¹⁵ como um elemento comum a ambos. Podemos ainda acrescentar a preocupação de Dworkin com a *vigilância* do intérprete quanto às suas certezas.

Ainda que suscitado por Rodolfo Arango¹²¹⁶, é Lenio Streck quem afirmará de modo categórico as possibilidades de respostas corretas em direito a partir da hermenêutica filosófica, fato até então rechaçado por aqueles que recepcionaram Gadamer na

¹²¹¹ Idem. Ibidem, p.308.

¹²¹² STRECK, Lenio. Verdade e consenso, 2009, p. 447.

¹²¹³ ARANGO, Rodolfo. ¿Hay respuestas correctas en el derecho?, 1999, p. 97-98.

¹²¹⁴ Idem. Ibidem, p. 91.

¹²¹⁵ Idem. Ibidem, p. 96.

¹²¹⁶ Idem. Ibidem, p. 99.

teoria do direito européia, a exemplo de Joseph Esser. Para Streck, a *resposta correta* não é “uma” resposta, mas “a” resposta constitucionalmente adequada para uma determinada situação concreta¹²¹⁷. O ponto de partida para a possibilidade de pensar *respostas corretas* em uma matriz hermenêutico-filosófica está relacionado à leitura não relativista que Streck faz da hermenêutica e à concepção de verdade nela presente¹²¹⁸.

Daí a aproximação das teses aqui expostas com Dworkin, quando este diz que é possível distinguir boas e más decisões e que, quaisquer que sejam seus pontos de vista sobre a justiça e a equidade, os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da integridade, nas decisões que tomam. Importa acrescentar que Dworkin, ao combinar princípios jurídicos com objetivos políticos, coloca à disposição dos juristas/intérpretes um manancial de possibilidades para a construção/elaboração de respostas coerentes com o direito positivo – o que confere uma blindagem contra discricionariedades (se se quiser, pode-se chamar isso de “segurança jurídica”) – e com a grande preocupação contemporânea do direito: a pretensão de legitimidade.¹²¹⁹

Tanto para a leitura hermenêutica proposta por Lenio Streck, quanto para a de Dworkin, há algo para além do plano apofântico e das possibilidades semântico-sintáticas que esse nível pode proporcionar. Há um nível pré-reflexivo que pode ser encontrado em ambos, o que permite Streck a equiparar a *autenticidade da tradição* de Gadamer com a *integridade* da qual fala Dworkin¹²²⁰. Com isso, o direito como *integridade* é aquele que se dá na abertura de mundo, em um movimento que nos projeta existencialmente¹²²¹.

De nossa parte, independente da existência ou não de uma influência gadameriana no pensamento de Dworkin, o que importa é, inspirado em tais aproximações, refletir sobre as possibilidades de *respostas corretas* no modelo aqui proposto. Neste sentido, a leitura não relativista da hermenêutica não poderia assumir no plano jurídico uma versão decisionista, o que implica, sob pena de uma contradição performática, defender a tese da possibilidade de *respostas corretas*. Essa possibilidade, contudo, deve ser vista nas trilhas do debate com o positivismo jurídico e dentro da proposta paradigmática defendida neste trabalho, o que impede a equiparação do problema da *resposta correta* com a existência de uma única interpretação possível para um determinado dispositivo jurídico.

Quando falamos em *respostas corretas* e, mais ainda, quando sustentamos algumas atitudes que devem ser consideradas pelo julgador no intuito de atingi-las, não significa crer que o cumprimento dessas pautas garanta a correção da resposta, afinal,

¹²¹⁷ STRECK, Lenio. Verdade e consenso, 2009, p. 296.

¹²¹⁸ Idem. Ibidem, p. 302.

¹²¹⁹ Idem. Ibidem, p. 303.

¹²²⁰ Idem. Ibidem, p. 304.

¹²²¹ Idem. Ibidem, p. 304.

não estamos falando de métodos no sentido constitutivo. Isso quer dizer que, ao fazermos tais exigências, não possuímos a ilusão de que vários julgadores que as cumpram cheguem, necessariamente, ao mesmo resultado no julgamento de um determinado caso. Juízes de um mesmo colegiado, por exemplo, ainda que assumissem a proposta que iremos apresentar – ou até mesmo a que Dworkin nos apresenta – podem e muito provavelmente chegarão a respostas diferentes a depender da complexidade do caso. Essa afirmação, contudo, não afeta a tese da *resposta correta* concebida nos contornos paradigmáticos da hermenêutica filosófica, a exemplo da proposta por Lenio Streck, tampouco aquela defendida por Dworkin. Afirmar que há uma *resposta correta* é, antes de tudo, dizer que, não obstante a ambiguidade das entificações que tentam delimitar o sistema, há uma dimensão moral-prática acessível a partir da imersão linguística que deve servir de referencial para legitimar as decisões. Não se está dizendo com isso que a complexidade da sociedade contemporânea não imponha obstáculos ao desvelamento do sentido moral-prático que determinados fatos promovem, nem muito menos que estamos exonerados de dialogar em torno dessas questões. Por isso a *resposta correta* é uma metáfora, isto é, um motor imóvel que nos empurra para o acerto. Acertar é possível, embora jamais possamos garantir categoricamente que estejamos certos.

O modelo proposto por Dworkin é fruto de sua experiência no modelo de *common law*, embora se discuta a possibilidade de universalização para todos os sistemas jurídicos complexos¹²²², o que acreditamos ser possível. Contudo, precisamos oferecer um modelo que esteja totalmente integrado aos sistemas de tradição romano-germânicos, comumente chamados de *civil law*, mas que atualmente possuem como marca a supremacia de uma Constituição que resgata através de princípios a razão moral-prática esquecida pela modernidade tecnológica. Além disso, embora Hércules, ao colocar em prática sua tarefa, esteja necessariamente dialogando com a tradição e com os precedentes institucionalizados, a atuação do nosso juiz não pode levantar dúvidas quanto à sua disposição dialógica¹²²³.

Na busca por uma nova alegoria, encontramos a proposta de François Ost, que identifica o juiz Hércules de Dworkin com o paradigma do Estado social assistencialista¹²²⁴ e amplia a abordagem lúdica a outros dois modelos de juiz. O juiz *Júpiter*,

¹²²² ARANGO, Rodolfo. ¿Hay respuestas correctas en el derecho?, 1999, p. 56-58.

¹²²³ Tanto Arango como Streck concordam que Hércules não é um juiz solipsista. Contudo, Dworkin abusa da personalização de sua atuação ao descrever o modo como Hércules chega a suas conclusões, a exemplo de quando afirma que determinados precedentes podem ser ou não considerados a depender do que, “no exercício de sua capacidade de imaginação, Hércules considere pertinentes.” DWORKIN, Ronald. O império do direito, 1999, p. 295.

¹²²⁴ OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez, 2009, p. 176.

ligado ao paradigma liberal, e o juiz *Hermes*, que ele propõe como um modelo adequado ao direito pós-moderno que se constrói em rede¹²²⁵. Embora a nossa leitura sobre Hércules não esteja alinhada com a leitura de Ost¹²²⁶ e o paradigma sobre o qual desenvolvemos o nosso trabalho não esteja relacionado com as redes sistêmicas, a inspiração mitológica veio a calhar e talvez *Hermes* encontre aqui uma morada mais familiar. Será com ele que desenvolveremos a nossa alegoria.

Hermes é um juiz que vive dois mundos¹²²⁷. O mundo do direito institucionalizado e o *mundo da vida*, onde ele experimenta a presença cotidiana do *outro*. Ele transita entre esses dois mundos e é responsável por traduzir juridicamente aquilo que compreende a partir do *mundo da vida*. A aceitação de *Hermes* no mundo institucionalizado do direito só foi possível porque Hermes passou por um período de preparação de vários anos, oportunidade em que foi possível aprender a língua que se fala no mundo do direito institucionalizado. Nessa “escola de línguas”, a exemplo das escolas de línguas estrangeiras, simulavam-se situações reais na tentativa de que *Hermes* aprendesse a se comunicar corretamente nesse mundo. Professores ensinavam a *Hermes* como deveria agir a partir de problemas que iriam surgindo, conectando textos já traduzidos para essa língua com as situações que iam sendo apresentadas. Havia aulas de gramática, é verdade, mas *Hermes* sempre era levado na sua etapa preparatória a experimentar essas estruturas analíticas da língua jurídica em situações do cotidiano.

¹²²⁵ Idem. Ibidem, p. 182.

¹²²⁶ Ver a análise crítica que Lenio Streck faz da leitura que Ost propõe ao juiz Hércules de Dworkin. STRECK, Lenio. *Hermenêutica e(m) crise*, 2009, p. 369 (nota de rodapé n. 595)

¹²²⁷ Na mitologia grega, Hermes é filho de Zeus e da ninfa Maia. Divindade com múltiplas funções, Hermes foi considerado um deus agrário, protetor dos rebanhos e dos seus pastores. Deus da música e inventor da lira e da flauta. Em seguida, o mito passa a ter uma leitura mais abrangente, a exemplo do que é feito nos poemas de Homero, e Hermes passa a ser considerado o condutor das almas e protetor dos viajantes, já que conhecia os caminhos das estradas e era bastante veloz com suas sandálias aladas e por poder circular nos três níveis (Hades ou infernos, Terra ou telúrico e Paraíso ou Olimpo). Pela sua astúcia e inventividade, e por transitar entre os mundos, Hermes passou a ser o patrono das ciências ocultas. Sua destreza precoce e suas traquinagens (furto) com o rebanho de Apolo, fazem de Hermes o protetor dos ladrões e dos comerciantes. Mas é a sua função de deus mensageiro a mais representativa para a hermenêutica, já que sua habilidade em transitar entre o Olimpo e a Terra faz dele o tradutor desses mundos, aquele que transmite a mensagem dos deuses. Palmer nos conta que o próprio Heidegger associa explicitamente a “filosofia-como-hermenêutica” à figura mitológica de Hermes, já que é ele que “traz a mensagem do destino; *hermeneuein* é esse descobrir de qualquer coisa que traz a mensagem”. “Assim, levada até à sua raiz grega mais antiga, a origem das actuais palavras ‘hermenêutica’ e ‘hermenêutico’ sugere o processo de ‘tornar compreensível’, especialmente quando tal processo envolve a linguagem, visto ser a linguagem o meio por excelência neste processo. (...) Este processo de ‘tornar compreensível’, associado a Hermes enquanto ele é mediador e portador de uma mensagem, está implícito nas três vertentes básicas patentes no significado de *hermeneuein* e *hermeneia*, no seu antigo uso. As três orientações, usando a forma verbal (*hermeneuein*) para fins exemplificativos, significam: 1) exprimir em voz alta, ou seja, “dizer”; 2) explicar, como quando se explica uma situação, e 3) traduzir, como na tradução de uma língua estrangeira”. PALMER, Richard E. *Hermenêutica*, 2006, p. 24.

Após o longo período de preparação, *Hermes* se submeteu a uma rígida avaliação dos seus pares, em que foi exigido um vasto conhecimento interdisciplinar verificado *problematicamente*. O processo de seleção de *Hermes* não se resumiu a uma única prova, mas contemplava acompanhamento e avaliação ao longo de estágios cumpridos ao lado daqueles que já integravam esse mundo, outros juízes e membros das secretarias. Somente depois desse período, após falar fluentemente a língua do mundo jurídico, *Hermes* foi finalmente aprovado para assumir a sua condição de juiz.

O fato de passar a transitar no mundo institucionalizado do direito não fez de *Hermes* um *estrangeiro*, muito pelo contrário. O seu cotidiano é vivido no seu mundo natural e é essa a sua língua materna. Esse é o mundo que ele continua habitando, sendo a sua língua natural aquela que ainda domina os seus pensamentos e seus sonhos. *Hermes*, embora tenha estudado profundamente a evolução dos Direitos Humanos, a incorporação destes direitos nas cartas constitucionais do pós-guerra, continua sendo movido por paixões, como a raiva de indivíduos que praticaram determinados atos de brutalidade. *Hermes* continua tendo reuniões com seus amigos e rindo com as anedotas que seus colegas do mundo institucionalizado do Direito tomariam por homofóbicas ou racistas. *Hermes* continua sendo um homem comum e tem consciência de que esse é o seu verdadeiro mundo.

O mundo institucionalizado do direito não possui soberania. Trata-se de uma comunidade que vive em meio ao mundo natural, do qual depende toda sua estrutura. Poderíamos dizer que se trata de uma realidade virtual, onde homens de carne e osso transitam sem sair do seu mundo originário. A permanência de *Hermes* nesse mundo institucionalizado – virtual e digital – depende do modo como ele se comportará nele, uma vez que a *habilidade* da tradução não confere a ele o *poder* de levá-la a cabo, o que continua pertencendo ao corpo político. Por essa razão, visando permanecer autorizado a promover as traduções entre os mundos, *Hermes* assume uma postura rigorosa na sua prática interpretativa. Portanto, também é um juiz metódico, embora ele saiba que seus métodos não o tornarão um cidadão do mundo institucionalizado do direito e que ele, no máximo, poderá traduzir, jamais *pensar* juridicamente. Sendo assim, deposita suas preocupações metódicas no espaço da *reflexão*. Mas, quais os passos que *Hermes* leva em conta para julgar?

(I) Abertura compreensiva *contratextual* – *Hermes* tem consciência de que seu papel é traduzir, e isso significa que ele deve se movimentar nos dois mundos. Mas ele precisa, primeiramente, compreender o sentido ou os sentidos possíveis que um determinado fato assume na sua comunidade, caso contrário não terá o que traduzir. Por isso sua atitude é *contratextual*, no sentido já descrito alhures. Ele não conseguirá compreender o

sentido jurídico de um determinado fato de modo imediato, pois *Hermes* continua pensando como um membro da comunidade e, por mais prática que tenha, se ele se deixar levar por esse sentido imediato pode cometer um grande erro, dando a algo um significado que não corresponde ao sentido comunitário. Aqui, há uma diferença significativa entre *Hermes* e Hércules, já que este inicia suas atividades verificando as melhores interpretações para os precedentes que analisará¹²²⁸. Essa atitude, embora coloque Hércules em contato direto com os possíveis sentidos a serem atribuídos ao fato analisado, – ainda que o faça antes de ler os precedentes na tentativa de não ser induzido – estará limitado pela precariedade das respostas do mundo institucionalizado. Isso poderá prejudicar Hércules na busca pela *integridade* do direito, enquanto que *Hermes* busca de imediato todos os possíveis sentidos a partir da razão moral-prática.

Essa abertura visa a ampliação de seus horizontes para toda e qualquer possibilidade de sentido a ser atribuído ao fato. Qualquer resposta jurídica deverá caber dentro dessas possibilidades, caso contrário não estaríamos falando de uma tradução jurídica, mas de um sentido *ex nihilo*. O fato de o direito não ser a mesma coisa que a moral não significa que haja direito sem moral, pois eles são co-originários. Na proposta hermenêutica defendida neste trabalho, a diferenciação é reflexiva, exigindo-se primeiramente a demarcação do espaço moral-prático onde devemos nos movimentar.

Hermes sabe que não há *ser* sem ente e que essa diferença ontológica se movimenta na circularidade hermenêutica. Considerando que nessa fase a análise é *contratextual*, o único ente que se encontra em sua frente é o problema concreto, que já se manifestou em algum sentido. Mas *Hermes* tem consciência dos limites do seu campo de visão e, por isso, deverá buscar novas perspectivas na tentativa de que o problema o surpreenda. Essa reflexão deve ser complementada com uma abertura dialógica comunitária, na tentativa de observar outros sentidos possíveis para as perspectivas já assumidas. Feito isso, *Hermes* terá diante de si as possibilidades de sentido moral-prático que o problema lhe confere. Dentre eles, terá uma opinião sobre o caso, embora perceba outras possibilidades e identifique os verdadeiros elementos que levam membros de uma mesma comunidade a pensar de modo diferente. O pluralismo de sociedades complexas encontra, necessariamente, um pano de fundo comum e *Hermes* deve identificar esse espaço consensual, bem como o verdadeiro motivo para as divergências.

¹²²⁸ DWORKIN, Ronald. O império do direito, 1999, p. 288.

(II) *Diálogo com o sistema* – Depois de mapeado o espaço moral-prático que o problema revelou, *Hermes* deverá iniciar a sua tarefa de tradução a partir da filtragem sistêmica desses sentidos. Sabemos que a verdade não cabe no *logos*, portanto, aqui a questão não é buscar uma identificação semântica entre o sentido moral-prático e os elementos do sistema, mas usar o sistema como algo que pode mostrar aquilo que pode, de fato, ser verdadeiro. Muitos dos sentidos revelados na análise *contratextual* não se sustentam diante do sistema, pois este exige uma coerência principiológica incompatível com algumas concessões morais. Dificilmente um eleitor instruído votará em um político que responde a inúmeros processos onde é acusado de corrupção, mas o direito não pode excluí-lo do pleito antes do trânsito em julgado dessas ações. É comum mantermos sanções morais perpétuas contra aqueles que cometeram atos brutais com outros seres humanos, mas a sanção jurídica possui limites à sanção. O sentido moral-prático obtido *contratextualmente* está impregnado de tradições inautênticas diante do direito, o que não significa que elas ainda persistam no ideário de uma comunidade. A eliminação dos sentidos inautênticos no plano da moral deve se dar de modo paulatino, através de um diálogo que construímos cotidianamente, especialmente através da educação. O direito e a sua institucionalização artificial nos permitem acelerar a proteção daqueles que são vítimas do significado moral revelado por alguns problemas, mas não apagam de uma comunidade esse sentido. Por outro lado, o direito pode se mostrar anacrônico e, neste momento, será o fechamento do espaço de legitimação que impedirá a sua aplicação. Dworkin atribuiria isso à integridade.

A filtragem reflexiva de *Hermes* deverá se iniciar pela recepção desse espaço moral-prático pelo sistema, papel que cumpre aos princípios constitucionais, já que eles são o elo entre a tradição comunitária e a tradição institucionalizada, ou seja, entre a moralidade e a deontologia institucional. *Hermes* deve enfrentar a correspondência ou não entre a tradição comunitária e a tradição institucional que confere força deontológica aos princípios, já que estes são totalmente desprovidos de carga semântica, tendo um conteúdo axiológico que é assimilado institucionalmente. *Hermes* tem consciência de que os textos normativos presentes na Constituição que enunciam princípios dizem muito pouco sobre o seu conteúdo axiológico-deontológico e que está sob sua responsabilidade traduzir essa institucionalização de forma correta. A posição pessoal de *Hermes* pouco importa, embora ele saiba que dela não possa se despir e, justamente por isso, deva lutar *herculeamente* contra ela através da abertura dialógica já retratada. O mapeamento dessa tradução permitirá a *Hermes* verificar as opções tecnológicas do sistema, normalmente identificadas sob a designação de regras jurídicas. O sistema se vale de tecnologias e *Hermes* tem total consciência de que a

técnica, embora necessária, não pode nos colocar à sua disposição. Deve, portanto, perguntar se há uma tecnologia adequada para traduzir o sentido moral-prático institucionalizado e, na medida do possível, valer-se desse mecanismo para dar sua decisão, em um movimento muito diferente daquilo que se chamava de subsunção. *Hermes* deve estar atento ao sentido que a tradição institucional atribui ao uso dessas tecnologias (regras) e verificar a autenticidade dessa tradição em face dos espaços de abertura cognitiva delimitados dialogicamente. Ele, portanto, poderá afastar a tecnologia pela sua inautenticidade – o que implicará na sua inconstitucionalidade – mas também poderá afastar sobre a sua inaplicabilidade, nas hipóteses em que a técnica domesticar a razão prática e, conseqüentemente, colocar o sujeito à sua disposição.

(III) *Diálogo com a doutrina* - *Hermes* sabe que os possíveis sentidos jurídicos atribuídos ao problema após o diálogo com os princípios e com as regras podem estar limitados por sua finitude. *Hermes* é, antes de tudo, um juiz consciente de sua finitude existencial e, por conseguinte, de suas limitações intelectuais. Estudioso contumaz, vê a doutrina como um meio de dialogar com a sociedade, rechaçando aquelas obras que contemplam o “saber dos cursinhos” preparatórios para concursos públicos, já que estas reproduzem de forma acéfala as entificações do sistema. *Hermes* vê a doutrina como textos que iluminam aquilo que pode ser verdadeiro e não como repositórios de uma “verdade abstrata”, razão pela qual se pergunta sobre o que a doutrina diria sobre o seu caso e não sobre conceitos abstratos. Percorre, necessariamente, as correntes doutrinárias dominantes, identificando os pontos de divergência entre os doutrinadores e os reflexos que essas divergências assumem no problema que ele está analisando. Recusa qualquer tipo de argumento doutrinário que esteja pautado em ilusões metafísicas, a exemplo de modelos silogísticos que partem da “natureza jurídica” de um instituto e propõem conseqüências dogmáticas decorrentes de uma cadeia dedutiva. Enxerga as classificações e estruturas analíticas que a doutrina oferece como uma lente que permite analisar melhor o seu problema, jamais como pontos de partida para tomar qualquer decisão. De fato, uma concepção doutrinária não vincula o posicionamento de *Hermes* sobre o caso, mas isso não retira sua condição de fonte dialógica do direito, uma vez que essa concepção deve ser enfrentada e o seu eventual afastamento justificado mediante a exposição da verdadeira razão do rechaço. *Hermes* jamais recusa uma concepção doutrinária por esta ser “contrária ao seu posicionamento”, mas por alguma razão de natureza substancial.

(IV) *Diálogo com a jurisprudência* – A decisão que *Hermes* irá tomar integrará o sistema e, por isso, deverá ser com ele coerente. Isso não significa que *Hermes* não

possa romper com o sentido que outros juízes vêm atribuindo a problemas semelhantes ao que ele está analisando, mas que qualquer mudança deve estar legitimada, como diria Dworkin, em razões de princípio. *Hermes* – assim como Hércules – é o autor de um romance em cadeia e, como tal, não pode de uma hora para outra transformar um personagem tetraplégico em recordista olímpico, ao menos que no capítulo anterior este tenha sido submetido a pesquisas revolucionárias no campo da reconstrução da medula óssea e voltado a praticar o seu esporte. Como iremos explicar a um cidadão que o seu vizinho recebeu a devolução da mesma taxa de esgoto que a ele fora negada? Como explicar a um diabético que ele não receberá os mesmos medicamentos que foram concedidos ao paciente que está ao seu lado na enfermaria de um hospital público? *Hermes* sabe que a sua permanência no mundo do direito institucionalizado depende dessa coerência e que todos na comunidade esperam isso dele, inclusive aqueles que muitas vezes clamam estrategicamente pela revolta de *Hermes*.

Para ser coerente, o primeiro passo de *Hermes* é compreender os precedentes como verdadeiros precedentes¹²²⁹. Neste ponto, sua tarefa se torna muito semelhante à de Hércules, uma vez que estamos nos movimentando diante de fontes jurisprudenciais típicas do *common law*. Analisar precedentes do modo correto é estar consciente de que por trás das súmulas, ementas e acórdãos, existe um problema, uma situação concreta cujos sinais característicos foram determinantes para a formação do julgado. Se *Hermes* quiser compreender o que o sistema diz através da jurisprudência, deve se perguntar pelo problema que as originou. De fato, *Hermes* estará diante de uma tarefa hercúlea, principalmente quando outros juízes não foram tão rigorosos, omitindo-se sobre o próprio caso que disseram ter julgado. De todo modo, ele terá que identificar os casos, estabelecer as presunções necessárias e analisar a “mesmidade” do problema. Evidentemente, duas possibilidades se abrem a partir das conclusões dessa etapa.

Na hipótese de *Hermes* não encontrar casos semelhantes, isso não significa que ele esteja exonerado da coerência. Deverá identificar quais os elementos que diferenciam os casos paradigmáticos do seu problema atual e verificar quais os impactos que isso traria para o caso, retomando o movimento que se inicia *contratextualmente* para, em seguida, passar à análise da iluminação do sistema. Se for o caso, deixará evidente a diferença e, ao mesmo tempo, a ausência de seus reflexos na decisão. Já na hipótese de “mesmidade” do problema, *Hermes* pode se deparar com a incompatibilidade que a leitura atualizada do sistema, somente possibilitada pela abertura cognitiva levada a cabo *contratextualmente*,

¹²²⁹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante e a busca da efetividade da prestação jurisdicional, 2005. CARNEIRO, Wálber Araujo. Súmula vinculante e a Emenda n. 45, 2006.

apresenta em face do problema. Este é um caso mais delicado, pois *Hermes* terá que demonstrar que, não obstante os problemas serem os “mesmos”, o sentido que o sistema atribui a ele é outro, seja por um equívoco do juiz anterior, seja por uma mutação decorrente do tempo. Deve, neste caso, buscar o ponto em que o sentido se desloca, fundamentando esse deslocamento no espaço moral-prático informativo, deixando evidentes as razões do dissenso, a fim de que a integridade de seu julgado possa ser reavaliada por instâncias superiores, bem como possibilitar a elaboração do recurso que viabilizará essa revisão. Nas hipóteses em que *Hermes* mudar os rumos desse romance em cadeia, assumirá o ônus da argumentação quanto à legitimidade desses rumos, casos em que o diálogo com a doutrina se tornará ainda mais necessário.

(V) *Diálogo com as partes* – *Hermes* entende que o *senso comum dogmático* do Direito Processual mostra-se inautêntico quando admite que um juiz está autorizado a ignorar determinados argumentos das partes, sob o pretexto de ter outro caminho “logicamente” (*sic*) aceitável para dar sua decisão. A sua condição de intérprete da sociedade exige não apenas a justificção de suas decisões junto à comunidade, mas também a resposta às partes diretamente interessadas na solução do litígio. *Hermes* está ciente de que as partes merecem uma resposta plena para as suas demandas.

Em um primeiro momento, *Hermes* irá rechaçar os argumentos despóticos das partes, marcando a inclinação metafísica de seus fundamentos, a exemplo de interpretações clarividentes de textos normativos, “revelados” *prima facie*; da identificação de “naturezas jurídicas” e, principalmente, das conseqüências lógico-dedutivas que são extraídas em cadeia a partir dos pontos de partida clarividentes. *Hermes* deve reconduzir os argumentos das partes ao problema que se está efetivamente discutindo, denunciando as razões que efetivamente causam o litígio. Deve, portanto, revelar o sentido moral-prático das pretensões, o que reduzirá significativamente o espaço de jogo para as pretensões das partes. Deve, por exemplo, deixar claro que o que está em jogo em um determinado tipo de disputa de terra é uma concepção liberal de propriedade privada *versus* uma concepção social de propriedade, razões que levam a diferentes interpretações do sistema sobre aquilo que um determinado texto ilumina. Neste exemplo, situados os lugares a partir do qual as partes “falam”, poderá efetuar uma reflexão sistêmica de suas pretensões, uma vez que nem todas serão iluminadas pela dimensão apofântica do direito. O resultado, que delimita o sentido do sistema, abre caminhos para a sua modificação através da política.

No atual contexto paradigmático, onde os pedidos são tão decisionistas quanto as decisões, dificilmente restará algo a ser rechaçado por *Hermes*. Ainda

assim, caberá a ele enfrentar os argumentos que situam o litígio no âmbito do problema e que tentam demonstrar como o direito ilumina o sentido moral-prático pretendido. Neste momento, a discussão está situada na *coisa mesma* e o pano de fundo hermenêutico poderá exercer o constrangimento existencial, papel determinante para a legitimação “última”, tanto dos pedidos, quanto da ulterior decisão. O objetivo de *Hermes* é despir as partes de tal modo que elas fiquem “nuas” e, ao final, expor o posicionamento do direito sobre o problema, despindo-se, também, quando fundamentá-lo. Antes, contudo, a partir do momento em que o constrangimento reduz o espaço de jogo estratégico, terá ampliado consideravelmente as possibilidades de um consenso entre as partes, uma vez que a atuação de *Hermes* não permite que elas vejam o Judiciário como um cassino, nem muito menos ele como um *croupier*.

(VI) *Fundamentação de suas decisões - Hermes* acredita que tanto ele quanto o Rei são mais bonitos “nus”, exposição necessária para que a fundamentação de suas decisões cumpra o papel legitimador a ela atribuído. Isso não significa que *Hermes* não deva fazer referência a dispositivos legais, nem muito menos que os ignore. Tudo isso deve ser traduzido à luz do modelo dialógico que assumiu ao longo do processo. O fundamento de sua decisão deve corresponder, entretanto, àquilo que efetivamente ocorreu, isto é, que se inicie com a descrição do movimento de abertura moral-prática que condicionou os projetos compreensivos que limitaram e determinaram o espaço das decisões, passando, em seguida, para a análise reflexiva do sistema, conforme já descrito anteriormente.

Uma vez analisados os passos de nosso juiz *Hermes*, duas questões devem ser postas. Em primeiro lugar, esclarecer que *Hermes* é uma metáfora e que a resposta correta exige uma tarefa hermenêutica, bem como hercúlea. Embora não seja possível a um juiz real colocar em prática os passos de *Hermes*, isso não significa que a resposta correta não exista. Todos sabem que as retas paralelas não se encontram no infinito, mas isso não significa que deixemos de pensar em retas paralelas quando pintamos faixas de trânsito ou construimos duas torres de um prédio. Se não é possível ser *Hermes*, é possível se aproximar ao máximo dele. Logo, se não é possível saber se a nossa resposta é correta, é possível saber se podemos chegar mais perto dessa resposta. O primeiro passo é, justamente, sempre considerar que ainda é possível melhorar a nossas respostas. Essa atitude inspirada metaforicamente nos remete à segunda questão, qual seja a da viabilidade prática do paradigma aqui proposto face aos inúmeros processos que atolam os tribunais.

Para essa questão, devemos antes nos perguntar pelas razões que levam a um número excessivo de processos. O discurso tradicional que permeia a crise do Judiciário a relaciona ao problema da morosidade e esta a um problema de gestão agravado

pela inconveniência dos procedimentos, especialmente ao número excessivo de recursos. Essa crítica é, no entanto, superficial, porque não leva em consideração uma crise mais uterina relacionada ao paradigma positivista e, conseqüentemente, à discricionariedade admitida por esse modelo. Temos um excessivo número de processos tramitando nos diversos Tribunais brasileiros, antes de mais nada, porque o espaço do debate judicial foi transformado em um espaço burocrático onde o único jogo que se joga é o de “azar”¹²³⁰. A partir do momento em que o Estado pode dar qualquer resposta sobre um determinado problema, os sujeitos ali envolvidos passam a relacionar suas pretensões a um padrão de comportamento extremamente complexo. Qualquer ação pode ser procedente ou improcedente porque o âmbito de discricionariedade admitido pelo positivismo e desenhado por Kelsen no último capítulo de sua Teoria Pura dá margem para qualquer resposta. Essa complexidade, entretanto, não se mostra nos tempos de um *pseudo* pós-positivismo como uma consequência inevitável de uma abertura semântica que se resolve politicamente, consoante a denúncia de Kelsen, mas travestida em um padrão de racionalidade tosco, que incorpora uma miscelânea de métodos que atravessa o modelo sistemático do jusnaturalismo moderno, a fetichização semântica do positivismo primitivo, a teleologia funcionalista da segunda metade do séc. XIX e deságua em um panprincipiologismo¹²³¹, onde a ponderação nos leva a qualquer resposta. Esse modelo nos leva à mesma consequência decisionista que Kelsen anunciava, mas, ao contrário deste, encobre a discricionariedade política com uma falsa racionalidade. Se for para ser positivista, sejamos kelsenianos.

Temos, portanto, um sistema que funciona sob o manto autorizado da discricionariedade e transporta para o sistema a complexidade que por ele deveria ter sido reduzida. Essa realidade deve ser enfrentada levando em conta um modelo que reduza complexidades a partir do problema. As soluções que se têm buscado não enfrentam o problema dos discursos de aplicação, mas tramitam em um modelo de redução de complexidade *prima facie*. As súmulas vinculantes e impeditivas de recursos, bem como o julgamento de “balaio” de recursos especiais com “fundamento em idêntica questão de direito” são mecanismos que, ao tentarem solucionar o sintoma, agravam a causa do problema. Eles tentam reduzir a complexidade do sistema *prima facie* e, ao fazerem isso, ignoram que a resposta para a similitude de problemas não está no discurso apofântico do sistema, mas no sentido efetivo que o problema nos proporciona. Sendo assim, colonizam esse sentido em um modelo digitalizado onde serão enquadrados em um determinado conceito casos que não

¹²³⁰ Cf. CARNEIRO, Wálber Araujo. O direito e o jogo, 2007.

¹²³¹ STRECK, Lenio. Verdade e consenso, 2009, p. 493.

deveriam ser nele enquadrados e, ao mesmo tempo, não enquadrados os casos que deveriam receber a resposta *standard*. Essa contingência analisada na perspectiva das partes significa poder ter ou não ter a resposta pretendida e, em sendo assim, a análise de uma nova situação acarreta uma resposta contingente do sistema. Diante disso, seja pela necessidade de respostas burocráticas – o que se vê principalmente nas relações de particulares com o Estado, na medida em que o princípio da legalidade exige a segurança jurídica por parte do agente público –, seja por uma aposta nos ganhos econômicos decorrentes de uma possível resposta positiva, o resultado são mais e mais ações.

Desse modo, ao se propor um paradigma que exija uma resposta correta – e ao conceber essa resposta nos moldes que foi concebida – está se propondo não apenas um modelo paradigmático adequado à contemporaneidade, mas um modelo que é também viável e que aponta para condições necessárias ao desenvolvimento social e econômico de sociedades periféricas como o Brasil, que devem tirar proveito de momentos em que o capitalismo financeiro é abalado para implementar alternativas adequadas à redução dos déficits da modernidade.

CONCLUSÃO

As conclusões em torno da pesquisa que acabamos de apresentar foram sendo expostas ao longo do texto. Este momento não é, portanto, aquele onde iremos expor o resultado de nossas investigações, mas o espaço onde será possível refletir sobre as questões já aventadas e, com isso, permitir novas circularidades. Para tanto, tentaremos acompanhar, na exposição que se segue, os mesmos passos que utilizamos no desenvolvimento desta tese.

I – Iniciamos o nosso estudo na busca de um sentido mais originário de filosofia. Com os gregos e, especialmente com Aristóteles, percebemos que a filosofia e a ciência não eram modelos contrapostos, perfazendo uma unidade harmônica que não coloca uma forma de saber como superior, conferindo a cada uma delas uma função significativa. A *prudência* era uma forma de saber voltada para deliberações sobre o que é vantajoso ou útil como recurso para o bem-estar geral, enquanto que a *episteme* estava associada à demonstração dos objetos naturais, tendo de levar em conta o caráter verdadeiro das premissas inferidas. A *técnica* era, ao contrário do que ocorre na modernidade, um saber artístico, que se colocava a serviço do artífice, cabendo a ele usá-la do modo que entender mais adequado para manifestar a sua arte. O sentido de *práxis* em Aristóteles não estava associado à aliança entre ciência e técnica, uma vez que a cisão entre *teoria* e *práxis* na antiguidade clássica não significou ausência de reflexão sobre as questões práticas. O sentido de aplicação nos gregos ultrapassa o moderno, na medida em que não é apenas uma teoria que é aplicada “na prática”. Em verdade, para os gregos – ao menos para Aristóteles – há uma teoria interna à *práxis* e uma *práxis* interna à *teoria*, o que implica uma sólida fusão orgânica, acompanhada da articulação externa que a *filosofia primeira* proporciona a todos os saberes (*theoria*, *phronêsis* e *poieses*). Esse “caminho” foi decisivo para que pudéssemos refletir sobre o sentido de *práxis* entre os gregos e compreender as razões que nos levaram a sustentar a necessidade de voltar a ver o direito a partir de uma filosofia prática.

II – A ciência moderna surge em um contexto onde o pensamento clássico estava associado ao renascimento e, indiretamente, à patrística e à escolástica. Nasce com a destruição da ideia de cosmos e universo finito profetizada por Bacon e levada a cabo por Galileu. Descartes será, entretanto, o grande tradutor filosófico da ciência moderna. Seu objetivo era fundar um modelo de conhecimento científico que partisse de abstrações, superando o que o senso comum construía na experiência imediata, razão pela qual transforma a filosofia em uma espécie de matemática universal, onde o conhecimento é obtido a partir dos princípios básicos e por meio de rígidas deduções. Da dúvida de tudo à única certeza em torno da própria existência, Descartes inventa o sujeito da modernidade no âmbito cognitivo e marca, desde então, uma duradoura tradição epistemológica.

A ciência moderna e seu método foram decisivos para a dominação do mundo natural e para a evolução tecnológica que testemunhamos na modernidade. Mas, se, por um lado, podemos perceber a aliança da ciência com a técnica como condição de possibilidade para que a primeira se transformasse em uma força produtiva e, com isso, se desenvolvesse, por outro, uma análise mais profunda denunciará um papel ainda mais decisivo para a técnica moderna. Com Heidegger, concluímos que a “essência da técnica” é a *armação* que sustenta a edificação da própria ciência moderna. Quando Descartes vê na matemática o modelo a ser assumido pela filosofia e quando Kant também dela se vale para demonstrar a existência de juízos sintéticos *a priori*, a técnica já se fazia presente na sustentação desse modelo e impedindo que ele fosse criticado. Assim, confrontamo-nos com os “perigos da técnica” e nos vemos à sua *disposição*. No seu domínio, marchamos para o precipício. Mas, perto do perigo também está a salvação, a exemplo da hecatombe de que as ciências naturais se aproximaram, o que fez com que elas se perguntassem sobre a dimensão ética de suas construções. Poder conhecer não é sinônimo de dever conhecer. Mas, e o direito? Qual será o nosso destino com ele?

III – O direito moderno foi também dominado pela técnica. A ciência moderna sustentada pela armação da técnica ultrapassa as barreiras do conhecimento natural e se projeta no pensamento político da aurora da modernidade. Nesse ambiente, o direito moderno se faz enquanto jusracionalismo. O método silogístico se move a partir de princípios dogmáticos e edifica sistemas abstratos que oferecem o direito natural em diversas formas. Hobbes, Locke e Rousseau, por exemplo, chegam a resultados diferentes sustentando o mesmo padrão de racionalidade, gerando divergências e insegurança. De todo modo, podemos perceber que o direito que é conformado no período em que a modernidade é projetada (sec. XVI a XVII) é, necessariamente, jusnaturalista. Neste sentido, vimos que os autores mais

representativos do período, inclusive Hobbes –tido por muitos como o pai do positivismo – vê o direito como algo natural e, a partir daí, propõe limites ao direito positivo. No jusnaturalismo da modernidade, encontra-se o direito internacional de Grócio, os limites do direito positivo em Hobbes, a ética de Pufendorf, a abrangência e os limites do direito de propriedade em Locke, a semente da democracia em Rousseau e, encerrando a sequência dos autores analisados, o direito universal e a liberdade de Kant. Essas construções só foram possíveis, não obstante o equívoco metodológico que hoje podemos identificar, porque o direito moderno que coincide com o seu projeto é pensado em uma base antropológica. O homem era, portanto, o ponto de partida para que o direito fosse pensado. Isso, de alguma forma, resguardava um *ethos* fundamental para a modernidade, ainda vivo nos debates em torno dos direitos humanos e dos direitos constitucionais fundamentais.

IV - Mas a modernidade foi desvirtuada. Consideramos que o capitalismo se coloca como um agente externo ao projeto e assume a função de levar a cabo sua consecução. A estrutura analítica do projeto de modernidade sugere um cálculo de correspondência entre os princípios regulatórios e as lógicas emancipatórias e, nesse quadro, uma acentuada relação entre o princípio de mercado e a racionalidade cognitivo-instrumental das ciências e da técnica. O direito que estava relacionado à razão moral-prática – não obstante, repito, os equívocos metodológicos – é colonizado pelo mercado e, a partir de então, passa a funcionar como uma tecnologia no sentido estrito. A ciência jusnaturalista já tinha pensado o direito, agora deveríamos transformá-lo em texto e colocá-lo disponível para uma aplicação mediante operações técnicas. As codificações do séc. XIX são o instrumento que estaria a serviço da construção de bases racionais para o desenvolvimento do capitalismo a partir da dominação legal. Abria-se mão das bases antropológicas do direito, que teoricamente causavam insegurança, e apostava-se na aplicação de um direito transformado em texto mediante a importação da ideia de sistema já presente no jusnaturalismo. Na verdade, importa-se para o direito moderno burguês aquilo que, no fundo, era a causa das divergências. A insegurança e o arbítrio do jusracionalismo moderno não derivavam do fato de ele estar sendo pensado a partir do homem, mas sim dos padrões silogísticos que eram utilizados.

Nesse contexto, surge o positivismo primitivo, emblematicamente representado pela Escola de Exegese, que se edifica em torno do Código Civil de Napoleão. O curto período de experiência legalista que o período revolucionário experimenta já denuncia a impossibilidade do modelo, basta atentar para o art. 4º e a proibição *non liquet*. Ali está a prova de que o código não abarca todas as possibilidades de sua aplicação e que, no final das contas, caberá ao juiz dar a resposta. Em seguida, os métodos de interpretação surgem como

uma tentativa de dar clareza aos textos que, inexoravelmente, não poderiam ser claros. A partir de então, assistimos a uma sucessão de remendos metodológicos para se tornar viável um modelo que já nasceu morto. Do ambiente nebuloso que a ciência do direito enfrentará no início do séc. XX, onde, por um lado, verificamos modelos metodológicos que se sustentam em mitos e, por outro, influências sociológicas que retiram sua autonomia científica, surge um positivismo cético, que reduz suas pretensões na tentativa de manter a pureza cognitiva. Falamos do autor mais lido e menos entendido do séc. XX, Hans Kelsen. Não obstante o decisionismo que permeia a visão de Kelsen, há nele a vantagem de o arbítrio político não ser mascarado, diferentemente de todas as outras formas de positivismo – e, inclusive, pós-positivismo – onde o arbítrio é camuflado por metodologias inviáveis.

Não foram poucas as tentativas de contraposição ao pensamento kelseniano, que, a partir de então, polariza o debate em torno do direito. Mas, temos de ter consciência de que o debate metodológico no direito não se reflete na sua prática dogmática, marcada pelo “senso comum teórico” dos juristas, especialmente pela má formação dos alunos, consequência da má formação de seus professores e dá má estruturação de seus cursos. A filosofia no período pós Kant caminha em direção à “humanização de mundo”, e isso se reflete em algumas matrizes teóricas do séc. XX, a exemplo do “eterno retorno” do direito natural das matrizes culturalistas. Mas estas, ou não eram compreendidas, ou tinham seus elementos incorporados de forma alegórica. De Cossio, nunca se compreendeu como o direito não poderia ser a norma, enquanto que de Reale, o que deveria ter o fato, o valor e a norma em uma interação dialético-complementar, passava a ser fato, valor ou norma a critério dos interesses estratégicos de cada um. Desse modo, a resistência ao positivismo jurídico entre a primeira guerra e a formação do pós-positivismo que se constrói no entorno das Constituições democráticas padece frente ao decisionismo.

V – É necessário romper paradigmas e buscar um novo modo de ver o direito. Essa reconstrução paradigmática enfrenta, contudo, alguns desafios. Deverá, em síntese, estar atenta para recompor o sujeito da modernidade em uma estrutura cognitiva não solipsista, rompendo com a estrutura cognitiva sujeito-objeto e assumindo o giro linguístico na relação sujeito-sujeito. Deverá, ainda, responder à complexidade da sociedade contemporânea, questão que ganha relevo quando essa resposta assume uma feição racionalista. Não será possível, de igual modo, ignorar a fragmentação de sentidos decorrente de uma diluição ontológica que atinge o direito por diversos ângulos, seja na domesticação que uma legislação centralizada pode provocar, seja nas dificuldades hermenêuticas geradas no momento da aplicação em situações concretas. Para estas, terá de responder à inexorável

diferença ontológica entre texto e norma, bem como à caracterização da compreensão da norma como aplicação/concretização, sem ultrapassar os limites de legitimação democrática do Judiciário. Terá também de buscar a autonomia do direito em um mundo dominado por estruturas de mercado consolidadas em um capitalismo hegemônico e por um sistema político corrompido, o que implica fortalecer sua autonomia face às tentativas de corrupção sistêmica. Esses desafios nos remetem à retomada do direito a partir de uma racionalidade moral-prática, o que é se torna possível ao assumirmos os horizontes paradigmáticos da hermenêutica filosófica.

VI – No terceiro capítulo, analisamos as bases paradigmáticas da *hermenêutica filosófica*. Nas reflexões em torno do método fenomenológico, constatamos como Heidegger se distancia de Husserl e, conseqüentemente, da busca por uma redução transcendental. O projeto decorrente da intencionalidade do *eu* é substituído pela antecipação de sentido do *ser*. O *ser* que se manifesta no fenômeno deve, contudo, ser distinguido de outras formas dissimuladas de manifestação, bem como do fenômeno no sentido vulgar que se encontra no plano do ente. Esse método remete Heidegger à compreensão desse ente que todos nós somos e que, diferentemente dos outros, possui o primado de compreender todos os demais. A *fenomenologia hermenêutica* se assume enquanto uma analítica existencial do *Dasein* e, como resultado, revela sua temporalidade. A temporalidade é o sentido da tríplice estrutura denominada por Heidegger de *cuidado (Sorge)*, o que nos torna uma síntese de *passado, presente e futuro*. No passado somos a *faticidade* de um ente que está aí desde já e sempre *em um mundo* que nos abriga. No presente, somos a *decaída* em um *mundo dos entes*. Estamos em meio às coisas, aos utensílios que utilizamos cotidianamente e do discurso. No futuro, somos *existência* e nos colocamos diante de nós mesmos, o que implica perceber também a *existência* do outro.

VII – Em seguida, passamos à análise dos dois teoremas fundamentais da fenomenologia hermenêutica: *diferença ontológica* e *círculo hermenêutico*. Falar da diferença ontológica é falar da diferença entre ente e *ser*, enquanto que a circularidade nos coloca diante da nossa finitude, uma vez que, ao nos depararmos com o ente, só o compreendemos dentro dos limites do nosso projeto. A circularidade hermenêutica no sentido conferido por Heidegger corresponde a uma relação circular entre o sentido projetado do todo e o sentido da parte que viabiliza novos projetos. Não se trata de uma circularidade entre o ente e o seu sentido, mas do sentido antecipado com um novo sentido revelado.

Esse sentido revelado habita na linguagem. A linguagem é a casa do *ser* e o lugar da transcendência, um lugar inexistente no modelo cognitivo clássico que

trabalhava apenas com as variáveis subjetiva e objetiva. Mas essa linguagem onde o *ser* habita é aquilo que Heidegger chamará de “como” hermênêutico, em contraposição à sua dobra, o “como” apofântico. Essa visão sobre a linguagem, ainda que não fique semanticamente explícita em textos como *Ser e tempo*, revoluciona a forma de ver a linguagem, até então trabalhada como uma cópia da coisa ou da consciência e que, de uma forma ou de outra, se colocava como uma terceira coisa entre o sujeito e o objeto. A dimensão hermênêutica da linguagem sustenta a nossa compreensão e permite nossos projetos. A sua dobra apofântica aponta para o ente e cataliza as possibilidades de alinhamento de projetos compreensivos, ou seja, consensos. Nas sociedades complexas, a dobra apofântica da linguagem tem uma função decisiva, mas isso não significa que possamos nos movimentar nela. Movimentamo-nos na dimensão hermênêutica da linguagem, e nela estão as nossas possibilidades e os nossos limites.

VIII – A hermênêutica filosófica de Gadamer foi o nosso próximo passo no mapeamento do horizonte paradigmático que buscávamos. Tradição não pode ser vista em Gadamer como aquilo que marca o ultrapassado. Tradição é um horizonte de sentido que está relacionado à nossa temporalidade e, portanto, incontornável pelo fato de estarmos desde já e sempre jogados na faticidade, aos efeitos da historicidade. O problema não está, portanto, no fato de sempre compreendermos a partir de uma fusão de horizontes e nela a tradição estar necessariamente presente. A fusão de horizontes é uma unidade entre passado e presente que, com Heidegger, poderíamos dizer que se projeta enquanto futuro. O horizonte do presente está em constante movimento na medida em que estamos constantemente pondo-o à prova. A inexorável circularidade exige que, ao invés de tentar fugir da historicidade, devemos transformá-la em uma possibilidade produtiva e positiva do compreender, permitindo a distinção dos verdadeiros preconceitos, sob os quais compreendemos corretamente, dos falsos, que produzem mal-entendidos. A questão da autenticidade dos preconceitos que nos condiciona e sua relação com a verdade seria, entretanto, uma questão mais problemática. Em verdade, trata-se de um problema único: o de como lidar com o “novo”. Gadamer não ignora a questão do “novo” e nos traz o exemplo da arte contemporânea para afirmar a incontornabilidade dos preconceitos que condicionam o nosso julgamento da estética inovadora. Mas, antes de nos perguntarmos sobre o modo de lidar com o “novo”, devemos nos perguntar sobre as possibilidades frente a esse problema. Devemos desde já considerar que não será possível sair da tradição para olhar o “novo”, na medida em que sempre estaremos de algum lugar falando do “novo”, bem como jamais teremos a certeza de que o “novo” ainda é o que há de “mais novo”. Assumir o paradigma hermênêutico implica

conceber que o “novo” estará sempre em movimento e, enquanto tudo que está acelerado, somente será bem percebido quando nos distanciarmos. Isso não significa um apego à tradição, mas apenas a admissão de sua incontornabilidade. Por mais atual que seja o crítico, se de fato tem a pretensão de criticar, estará falando de algum lugar e sob os efeitos da história. Se queremos prestar atenção ao novo é porque a própria tradição exige que tomemos partido pelo desvelamento e, em sendo assim, devemos estar atentos ao modo mais originário de compreendermos. Retornamos, portanto, ao contexto do método fenomenológico, à necessária *vigilância* do intérprete e às possibilidades abertas por Gadamer com outros dois modelos estruturais de sua filosofia, o *jogo* e o *diálogo*.

A metáfora do *jogo*, do modo como Gadamer o vê, acentua a imersão no processo compreensivo e, com isso, a quebra de uma relação sujeito-objeto que pressupõe o distanciamento do sujeito de si mesmo e dos outros. No *jogo*, tudo se mistura, e o que nele acontece é um resultado inesperado e decorrente do simples fato de estar jogando. O *jogo* não é um lugar para o qual se olha, mas o próprio movimento do “olhar”. O acontecer da tradição, portanto, sempre estará em *jogo*, e a consciência da finitude põe o intérprete vigilante para permanecer no *jogo*. Nele, temos acesso ao que transcendeu porque estamos abertos à transcendência, ou seja, ao acontecer inesperado do ente e, a partir dele, a exploração de nossa historicidade. Jogar com o ente é deixar que ele “venha à fala”.

Mas, se o estar *em jogo* já seria viável mediante um esforço autorreflexivo, a *vigilância* que nos põe jogando também pode se voltar para a abertura do *jogo* com o *outro*, o que seria ainda mais produtivo e surpreendente. Essa possibilidade viabilizada através do diálogo. Embora o diálogo não tenha sido trabalhado explicitamente em *Verdade e método*, Gadamer tangencia a questão quando trata da primazia da pergunta. Em textos subsequentes, falará do diálogo e denunciará a nossa resistência à abertura dialógica. Diferentemente do modelo habermasiano que o edifica sobre condições transcendentais, o diálogo gadameriano se desenvolve dentro das imposições da circularidade, isto é, de um sentido prévio que se antecipa estabelecendo nossas possibilidades dentro da finitude. Mas, ao mesmo tempo, complementa o jogo quando amplia as possibilidades de desvelamento do *ser* do ente, na medida em que o diálogo aponta novas perspectivas. Se a *vigilância* nos abre para um movimento autorreflexivo, a abertura ao diálogo nos proporciona uma heterorreflexividade.

IX – O diálogo nos remete ao “antigo” e renovado debate entre Gadamer e Habermas. No que se refere ao problema da universalidade da hermenêutica, constatamos que essa é uma qualidade a ela atribuída por meio da linguagem. Neste sentido,

percebemos que a raiz da controvérsia está no fato de Gadamer sustentar a universalidade da linguagem em um nível hermenêutico, enquanto que Habermas nega a universalidade da dimensão apofântica. De fato, é possível construir artificialidades na dobra secundária, a exemplo de neologismos científicos, mas essas construções não se movimentam isoladamente em um suposto *medium* apofântico. A linguagem artificial de uma ciência necessita da base hermenêutica para se movimentar, não sendo suficiente para derrubar a tese da universalidade, enunciada emblematicamente na frase de Gadamer “*ser* que pode ser compreendido é linguagem”. Já quanto à crítica, cremos que os trabalhos de Habermas mais recentes já não levantem mais essa questão. De todo modo, naquele momento o que se discutia era o caráter crítico da hermenêutica, questão levantada tanto por Habermas, quanto por Appel. Considerando o caráter incontornável da linguagem, antes de se perguntar pela inclinação crítica da hermenêutica é necessário se perguntar pela crítica que seja possível. Uma crítica que pretenda assumir ares de isenção ante a tradição não é uma crítica possível, já que nunca poderemos fugir aos efeitos da história – e o próprio Habermas concordava com isso. A crítica a uma ideologia não pode, portanto, ser feita de fora da linguagem, sendo ilusórias as pretensões de fuga dessa articulação com a tradição. O caráter crítico da hermenêutica está na sua tradição fenomenológica, que nos volta para o *ser* sem dissimulações e faz com que o sentido mesmo se manifeste.

A projeção do debate para o contexto de *Verdade e justificação* nos mostra, por um lado, certa aproximação com a hermenêutica, seja pelo esfriamento das questões que giravam em torno do problema da crítica, seja pela tese transcendental sobre a verdade. Por outro lado, se distancia quando não assume para o mundo prático a existência de referências compartilhadas e aposta em um modelo pragmático de correção. Habermas, contudo, insiste em uma concepção de verdade como correspondência e, com isso, incorre no equívoco de colocar no *logos* a verdade. Mais uma vez percebemos a ausência da dupla estrutura da linguagem e, com isso, a limitação de suas preocupações teóricas no plano apofântico. Algumas vezes essa limitação implica ignorar possibilidades que o nível hermenêutico nos confere e, em outras, levar ao apofântico o que nele não cabe.

X – A partir do mapeamento da zona dissensual entre Gadamer e Habermas, voltamo-nos para o problema da verdade na hermenêutica. O resultado da reflexão fenomenológica de Heidegger sobre a verdade é notável. Um estudo que surge no entorno de *Ser e tempo*, atravessa-o e promove a *viravolta*, permitiu-nos concluir pela “essência da verdade” e pela “verdade da essência” historial do homem. As três teses levantadas por Heidegger que servem de base para a reflexão sobre a “essência da verdade” nos mostram que

ela não é uma propriedade do enunciado; que ela não reside na correspondência entre juízo proposicional e o seu objeto e que esses mitos não podem ser atribuídos a Aristóteles. Uma *Destruktion* da concepção clássica sobre verdade abre novos horizontes para ela ser pensada.

A verdade nos gregos é a ausência de algo, daí o sufixo negativo na expressão *aletheia*. A verdade é, portanto, aquilo que não está velado, ou seja, é o des-velado. O que se desvela é o *ser* do ente e, em sendo assim, a verdade é uma qualidade do ente que acontece *enquanto fenômeno*. A proposição aponta para aquilo que pode ser verdadeiro, auxiliando o desvelamento do ente em seu *ser*, logo, a verdade jamais poderia ser uma qualidade da proposição. Além disso, a proposição enquanto um dizer se sustenta no plano hermenêutico, que confere sentido ao ente que foi apontado pela proposição. Esse dito é precário e nele a verdade não cabe. A verdade é muito mais complexa e exige o acontecer do *fenômeno*. Por outro lado, se ao desvelar um determinado ente, velamos outros, a verdade assume a sua estrutura binária que integra a sua essência: ela é desvelamento e velamento, ou seja, verdade e não-verdade. Poderíamos nos deixar levar por esse jogo de mostra e esconde, mas a “verdade da essência” historial do homem se manifesta na viravolta do pensamento heideggeriano – que integra o movimento de seu método fenomenológico – e denuncia que o surgimento da filosofia na antiguidade clássica marca uma tomada de posição nesse jogo, selando o nosso destino como “desveladores”. Portanto, se há na verdade uma luta interna entre o velado e o desvelado, o que buscamos é o desvelado, o aparecer do ente em seu ser mais completo e originário. Entretanto, perdemo-nos nesse desiderato quando entificamos o ser, ou seja, quando passamos a buscar no ente o seu sentido. A *redução fenomenológica* de Heidegger denuncia justamente esse esquecimento.

XI – Mas, qual a relação do diálogo com a verdade? Essa questão nos remeteu a três problemas cruciais à nossa tese. O primeiro, relacionado ao lugar (função) que o diálogo assumirá em uma matriz hermenêutica que denuncia nossas limitações diante de uma linguagem que já se deu. O segundo, relacionado ao fundamento filosófico da nossa aposta no diálogo. E o terceiro, relacionado às possibilidades concretas de abertura para o diálogo. O primeiro se encontra no plano descritivo e existencial, enquanto que o segundo já se encontra no plano normativo, decorrente da busca pelo desvelamento que se legitima na essência da nossa verdade historial. Uma e outra estão diretamente relacionadas à dupla dimensão de nossa finitude, pois a primeira diz respeito aos nossos limites cognitivos e a segunda aos limites históricos, o que, no fundo, nos permitiu ler a hermenêutica filosófica a partir de *Ser e tempo* e avançar com *Verdade e método*, sempre na tentativa de acompanhar o movimento da interrogação heideggeriana. A nossa faticidade nos coloca em um mundo que

impõe a busca pelo develamento do *ser* na luta com o seu encobrimento. O presente nos alienou com a entificação do *ser* por estarmos muito próximo de sua manualidade, mas a angústia nos projeta para a sua retomada. Esse projeto nos leva à compreensão daquele ente que possui a primazia do desvelamento do *ser* e nos revela a sua condição histórica, ponto em que retornamos à faticidade e ao desejo de olhar para fora da caverna. Possibilitada por aquilo que preconiza, a *fenomenologia hermenêutica* contempla, portanto, uma circularidade virtuosa.

Com isso, podemos afirmar que a relação do diálogo apofântico com a verdade está no fato de o *outro* poder contribuir com esse desvelamento. Não apostamos no diálogo por razões transcendentais, mas por ele representar a busca pelo ser. Mas a terceira questão permanece em aberto: como pôr o diálogo em curso? Ainda que sustentemos a legitimidade de uma ética dialógica, isso não garante a adesão de sujeitos dominados pela individualidade estratégica. Esperamos um mundo onde estejamos voluntariamente abertos para o diálogo em razão da amizade e do amor, mas, enquanto esse “mundo” não vem, precisamos encontrar alternativas que garantam a abertura dialógica dos atores sociais. A resposta para essa questão não poderia ter sido buscada em modelos incompatíveis com a nossa forma de ser no mundo, sob pena de camuflar o agir estratégico que visa ao encobrimento do *ser*. Por isso, buscamos na imunização do diálogo em relação aos discursos metafísicos e no constrangimento ontológico decorrente do acontecer do sentido do ente que essa imunidade proporciona as condições necessárias para colocar o diálogo em curso. O acontecer da verdade é o elemento que põe o diálogo em curso, o que pode ser estimulado por uma proposta epistemológica viabilizada pelo espaço reflexivo da hermenêutica filosófica.

XII – Neste sentido, a questão fulcral que enfrentamos estava relacionada com a compatibilidade ou não do pensamento gadameriano com propostas epistemológicas. A compreensão em Gadamer não é sinônima de ausência de preocupações cognitivas nem, muito menos, de arbitrariedade hermenêutica. Também não é incompatível com metodologias científicas, embora, ao dizer aquilo que sempre acontece quando compreendemos, estabeleça limites e demarque possibilidades para a sua construção. Na busca pelas possibilidades, identificamos na interpretação um espaço para uma epistemologia reflexiva a partir da hermenêutica filosófica. Interpretar é se movimentar no âmbito do projeto que já antecipamos, na tentativa de que o ente projetado em seu *ser* nos surpreenda e viabilize novos projetos. Essa abertura para o ente pode ser potencializada com os modelos estruturais descritos por Rohden, especialmente o jogo e o diálogo.

XIII – Nos limites e possibilidades explicitados no capítulo terceiro, propusemos uma hermenêutica jurídica heterorreflexiva apta a responder às demandas de nossa sociedade contemporânea, que explora o amálgama agregador da dimensão *hermenêutica* da linguagem, densificando-o através de consensos catalizados pela dimensão *apofântica*, e que respeita e protege o espaço público do debate político. Essa hermenêutica, como qualquer outra, não poderá deixar de ser filosófica, pois não podemos contornar o incontornável. Não será, entretanto, uma filosofia do direito, que pressupõe estarmos do lado de fora, como meros expectadores de um objeto previamente dado. Essa hermenêutica é, necessariamente, uma filosofia *no* direito que se apresenta sob a forma de uma hermenêutica jurídica. Esta, por sua vez, se movimenta no espaço reflexivo dessa filosofia e se vale desse mesmo espaço para *ouvir* e *jogar* com o *outro*. É, portanto, uma hermenêutica *heterorreflexiva* que encontra as possibilidades e os limites de uma filosofia *no* direito

A filosofia assumiu um papel paradigmático, embora essa condição não tenha bloqueado as possibilidades dialógicas com o universo empírico da ciência. Vimos que o problema não está no fato de a filosofia ser paradigmática, mas no tipo de fundamento sobre o qual ela se edifica. Entretanto, a relação circular entre ciência e filosofia a partir de uma concepção paradigmática pressupõe, de fato, um primado da filosofia. Para assumir essa função, a filosofia não pode ser científica, caso contrário já estaria previamente determinada por alguma visão metodológica reducionista. Esse modelo de filosofia científica que se coloca acima da ciência já está, no fundo, dominada pela armação da técnica moderna, sendo essa a *composição* que impede a circularidade com o conhecimento empírico-científico. A filosofia não pode ter um fundamento último, sustentando-se no seu próprio *filosofar*. Ela é um movimento que deve ser colocado em curso, papel que é assumido pela *hermenêutica filosófica*.

Essa concepção de filosofia permite que a *ciência do direito* se relacione com ela no plano paradigmático e, ao mesmo tempo, possa manter uma relação circular. Sendo este um paradigma que põe o filosofar a partir de um fundamento “sem fundo”, será neste “sem fundo” que as proposições científicas sobre o direito encontrarão fundamento, o que difere bastante da tentativa de uma autofundamentação dogmática, seja da ciência ou da filosofia.

XIV – Iniciando as nossas investigações no campo restrito da ontologia jurídica, perguntamos com Heidegger e Castanheira Neves por que temos o direito e não antes o nada? E concluímos com o segundo que “o direito é só uma resposta possível, para um problema necessário”. O direito se coloca como um sistema normativo produzido

artificialmente, ainda que busque seu fundamento no plano existencial. Ele não se constitui, por si só, como uma resposta universal. A intersubjetividade é que é, de fato, universal, posto que produto necessário da co-habitação em um único mundo. O que se constrói existencialmente é, portanto, o sentido ético da conduta, que pode ser concebido como uma *moral* intersubjetiva. Necessitamos do direito como um subsistema social funcionalmente diferenciado porque em uma sociedade complexa essa diferenciação é necessária para assegurar que as decisões políticas sejam legitimadas pelo direito e, ao mesmo tempo, sirvam como proteção contramajoritária, impedindo que os processos democráticos se transformem na ditadura da maioria. Mas haverá sempre um não-dito no direito. O desafio consiste, portanto, em diferenciar direito e moral ainda que não seja possível imunizar o sujeito de sua existencialidade e, ao mesmo tempo, explorar a moral para que ela garanta a unidade da dimensão apofântica e assegure o caráter democrático da carga criativa que se encontra para além das informações previamente dadas.

O direito como uma artificialidade política que seleciona condutas de significado intersubjetivo impede que a sua distinção com *moral* seja existencial. Direito e moral não são co-originários se pensarmos em uma perspectiva histórica, mas apenas sob a perspectiva do fenômeno compreensivo, quando se mostra acoplado à moral. Direito e moral são hermeneuticamente co-originários, cindindo-se artificialmente no plano apofântico. Se a legitimidade do direito depende de um pano de fundo moral-prático, a sua autonomia depende da especificidade jurídica do fenômeno compreensivo. Se eles são co-originários nesse fenômeno, sua distinção só é possível reflexivamente.

XV – Essa busca reflexiva está limitada paradigmaticamente. Observamos que boa parte das construções teóricas ultrapassa esse limite e se mostra inviável à luz do paradigma hermenêutico. Na metodologia clássica, a cisão entre questões de fato e de direito; o silogismo subsuntivo e os métodos de interpretação. Na chamada hermenêutica constitucional, observamos a mixagem de alguns elementos centrais a diferentes metodologias transmutados em métodos de interpretação, bem como a colocação de *standards* de diversas concepções teóricas sobre a Constituição como um conjunto harmônico de princípios. Ambos receberiam a crítica que Kelsen já dirigia aos métodos clássicos, assim como inúmeras outras da hermenêutica filosófica, tal como a impossibilidade de edificarem sentidos.

Esse novo ambiente metodológico do chamado pós-positivismo decorre de uma demanda neoconstitucionalista, especificamente da necessária concretização de princípios alçados à condição de norma jurídica. A aplicação dos princípios vem sendo viabilizada através de um modelo contraposto à subsunção, que é o da ponderação. O

problema é que esse modelo nos traz inúmeros efeitos colaterais, especialmente a insegurança na sua manipulação, e para eliminá-los apostamos em uma metodologia que envolve os métodos que constroem o sentido dos princípios ou que controlam a sua ponderação, a exemplo da proporcionalidade.

A proporcionalidade, inserida na proposta analítica de Alexy e de logo incorporada ao rol de métodos, é a marca da racionalidade estratégica da ciência e da técnica modernas. Se os princípios são chamados à condição de norma jurídica justamente para resolver os problemas que esse padrão de racionalidade proporcionou, verificamos que não é possível controlar sua aplicação com o veneno para o qual ele é antídoto. A proporcionalidade institucionaliza o espaço de jogo e proporciona uma “razão” previamente determinada pela armação da técnica, legitimando um direito que se distancia da razão moral-prática.

Também fizemos um amplo estudo das propostas argumentativas, limitando-nos nas propostas discursivas de Habermas, Alexy e Günther. Concluímos que todas elas enfrentam o problema da aplicação adequada do direito. Contudo, como todas elas depositam suas fichas na legitimidade dos discursos de fundamentação, já que estes são produzidos com aspirações universais e democráticas, encontram problemas quando vão aplicá-los. A rigor, salvo o modelo de Alexy que enfrenta o problema – ainda que se afastando do paradigma pós-metafísico de sua base habermasiana – Habermas e Günther apostam em um modelo deontológico que eles não constroem, mas que identificam no de Dworkin um caminho possível, desde que se distancie do solipsismo do juiz Hércules. Os problemas das teorias discursivas e os embates com a hermenêutica filosófica se devem, mais uma vez, à visão de linguagem que elas assumem e às suas consequências. O *medium* no qual nos movimentamos não é o apofântico e, portanto, não devemos pensar a legitimidade do direito a partir da validade de discursos universais, já que não é possível deixar de falar de aplicação, sendo o trabalho de Günther uma boa prova de que isso é, de fato, inexorável.

XVI – A busca de parâmetros reflexivos para a juridicidade da compreensão foi, a partir do espaço de epistemológico da hermenêutica filosófica, auxiliada pelos modelos estruturais do *círculo*, do *jogo* e do *diálogo*. Esses modelos se inter cruzam nos níveis reflexivos propostos, possibilitando a otimização da reflexividade hermenêutica em cada um dos níveis.

A busca da compreensão mais desveladora possível nos levou ao *primado metodológico do problema*. Após analisar a retomada das propostas paradigmáticas a partir do trabalho de Viehweg, chegamos aos modelos de Castanheira Neves e Fernando

Bronze, que se utilizam respectivamente dos aportes fenomenológicos de Husserl e da Hermenêutica Filosófica de Gadamer para sustentar seus modelos problemáticos. Concluimos que a proposição de Castanheira Neves, sob pena de se ver frustrada na intencionalidade viciada do sistema, só é possível mediante a construção analógica de Fernando Bronze. Inspirado nos modelos apresentados pelos professores de Coimbra, propusemos um modelo que não pode incorrer nem na alienação “intencional” do sistema, nem na perda de autonomia normativa da compreensão jurídica que a antecipação de sentido obtida a partir do problema poderia proporcionar. Para tanto, a circularidade hermenêutica não pode tomar como pólos dialéticos o *sistema* e o *problema*, uma vez que a diferença ontológica impede que haja a formação de um círculo entre eles. A circularidade deve ser concebida a partir de Heidegger como uma relação entre o *ser projetado* e o *ser interpretado*, o que nos leva a conceber a interação circular entre o *sentido do problema* projetado e o *sentido do sistema* interpretado. O modelo reflexivo deve, contudo, ser conduzido em “dois tempos”. No primeiro, exige-se uma *abertura cognitiva* a partir do *problema*, na tentativa de ampliar o horizonte moral-prático que se desvela, razão pela qual a realidade complexa em que a conduta se dá deve ser enfrentada *contratextualmente*. No segundo, uma filtragem sistêmica que garanta a manutenção da autonomia normativa do direito em face da moral, garantindo juridicidade da compreensão.

No primeiro tempo, o *jogo no problema* e com o *outro* visa à identificação dos verdadeiros motivos do dissenso e, ainda que não nos leve ao alinhamento do projeto compreensivo dos sujeitos em conflito através da mediação, amplia o horizonte de sentido, densifica as referências ontológicas que permitem consensos e, ao mesmo tempo, delimita a zona de conflito. Essa é a forma adequada de entrar na circularidade entre o sentido do *problema* e o sentido do *sistema*, tornando-a virtuosa. O *segundo tempo* do processo reflexivo, quando a dimensão apofântica poderá ser compreendida a partir de um horizonte hermenêutico amplificado e densificado, deve ser estratificado em quatro níveis dialógicos. No *primeiro nível*, com o conteúdo substancial dos *princípios jurídicos*; no *segundo nível*, com o conteúdo semântico das *regras jurídicas*, opções tecnológicas do sistema; no *terceiro nível*, com a *doutrina* e no *quarto nível* com a *jurisprudência*. Esses níveis obedecem a duas escalas paralelas e inversamente proporcionais. No nível dos princípios, mais legitimidade e maior distanciamento do problema; no último nível, a situação é invertida com o maior distanciamento da legitimidade, compensada com a aproximação do sistema, o que garante a sustentação recíproca dos vetores segurança e justiça ao longo do processo reflexivo. Ao final, o círculo se fecha com uma compreensão jurídica do problema.

XVII – E essa compreensão jurídica do problema é uma resposta correta? Essa foi a última questão enfrentada. Primeiro, situamos a questão da resposta correta nas trilhas deixadas pelo debate entre Hart e Dworkin. Ali percebemos que a proposta de Dworkin sobre a resposta correta deve ser inserida no contexto de sua tese sobre a integridade do direito. Não estamos falando de respostas corretas para a interpretação de textos normativos, mas respostas adequadas a um problema jurídico. De nossa parte, se não assumimos uma leitura relativista da hermenêutica jurídica, não poderíamos fazê-lo agora ao tratar das respostas no direito. Quando falamos em *respostas corretas* não significa crer que o cumprimento dos parâmetros reflexivos vai garantir a correção da resposta. Não estamos, afinal, falando de métodos no sentido constitutivo. Ao fazermos tais exigências, não possuímos a ilusão de que diferentes julgadores que as levem em conta irão chegar, necessariamente, ao mesmo resultado no julgamento de um determinado caso. Isso, contudo, não afeta a tese da *resposta correta* concebida nos contornos paradigmáticos da hermenêutica filosófica. Afirmar que há uma *resposta correta* é, antes de tudo, dizer que, não obstante a ambiguidade das entificações que tentam delimitar o sistema, há uma dimensão moral-prática acessível a partir da imersão linguística que deve servir de referencial para legitimar as decisões. Não se está dizendo com isso que a complexidade da sociedade contemporânea não imponha obstáculos ao desvelamento do sentido moral-prático que determinados fatos promovem, nem muito menos que estamos exonerados de dialogar em torno dessas questões. A *resposta correta* é, portanto, uma metáfora, um motor imóvel que nos empurra para o acerto. Acertar é possível, embora jamais possamos garantir categoricamente que estejamos corretos. A alegoria do juiz *Hermes* proposta ao final do último capítulo representa um modelo de pensar o direito que busca o acerto, que proporciona um movimento sistêmico convergente, ao contrário do que podemos perceber hoje.

A hermenêutica jurídica heterorreflexiva é uma proposta teórica que, para o bem da política, leva em conta os limites do direito. Está comprometida com as demandas de uma sociedade complexa e plural, ao mesmo tempo em que permanece atenta aos déficits de uma modernização tardia. É uma alternativa entre o positivismo e o jusnaturalismo. Uma terceira via entre o ceticismo descompromissado e o compromisso irresponsável.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**, 2002. ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica, 2005.

AGRA, Walber de Moura (Org.). **Comentários à reforma do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. Claudia Toledo. São Paulo: Landy, 2005.

AMADO, Juan Antonio Garcia. **Filosofía hermenéutica y derecho**, In: Azafea, Revista de Filosofía, n. 5, 2003.

_____. **Del método jurídico a las teorías de la argumentación**. Anuario de Filosofía del Derecho. Madrid: Nueva Época, 1986.

_____. **Teorías de la Tópica Jurídica**. Madrid: Civitas, 1988.

ANDERSON, Perry. **As origens da pós-modernidade**. Tradução Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

APEL, Karl-Otto. **Fundamentação normativa da “Teoria Crítica”**: recorrendo à eticidade do mundo da vida? In: MOREIRA, Luiz (Org.). **Contra Habermas, com Habermas: direito, discurso e democracia**. São Paulo: Landy, 2004.

_____. **Transformação da filosofia**. O a priori da comunidade de comunicação. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2000. v. 1

_____. **Transformação da filosofia**. O a priori da comunidade de comunicação. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2000. v. 2

AQUINO, Tomas de. **Suma teológica**. São Paulo: Loyola, 2001. v. 6

ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. **Religião e modernidade em Habermas**, Loyola, 1996

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007.

_____. **Analíticos posteriores**. In: _____. **Órganon**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2005.

_____. **Metafísica**. Madrid: Editorial Espasa Calpe, 1999.

ARROYO, Juan Carlos Velasco. **La teoría discursiva del derecho**: sistema jurídico y democracia en Habermas, 2000.

ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2007.

AZÚA, Javier Bengoa Ruiz de. **De Heidegger a Habermas: hermenêutica y fundamentación última en la filosofía contemporánea.** Barcelona: Herder, 1997.

BACHELARD, Gaston. **A filosofia do não.** Trad. Joaquim José Moura Ramos. São Paulo: Victor Civita, 1974.

BARBEYRAC, Jean. **O julgamento de um autor anônimo sobre o Original desta Condensação.** In. PUFENDORF, Samuel. Os deveres do homem e do cidadão de acordo com o direito natural. Trad. Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo.** In. BARROSO, Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BENDICK, Jeanne. **Arquimedes: uma porta para a ciência.** Campinas: Odisseus, 2002.

BERTI, Enrico. **As razões de Aristóteles.** Trad. Dion Davi Macedo. São Paulo: Loyola, 2002. (Coleção Leituras Filosóficas)

BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática.** Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BILLIER, Jean-Cassien. MARYOLI, Aglaé. **História da filosofia do direito.** Trad. Maurício Andrade. Barueri: Manole, 2005.

BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural.** Tradução Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

_____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.** Trad. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **A era dos direitos.** Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos Direitos Humanos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. (Coleção Estado e Constituição I)

BOLZANI FILHO, Roberto. **Introdução à República.** In. PLATÃO. A República. Trad. Anna Lia Amaral de Almeida Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BRONZE, Fernando José. **A metodonomologia entre a semelhança e a diferença: reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico.** Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CALSAMIGLIA, Alberto. **Postpositivismo.** Disponível em Doxa: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/23582844322570740087891/cuaderno21/volI/Doxa21_12.pdf . Último acesso em 11 de dezembro de 2008.

CANOTILHO, J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARBONEL, Miguel. **Nuevos tiempos para el constitucionalismo**. In: _____. (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2005.

CARNEIRO, Wálber Araujo. **Diálogo e compreensão no direito**: as possibilidades de uma epistemologia hetero-reflexiva no paradigma hermenêutico-filosófico. *VIRTÙ - Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional*, v. 2, p. 1, 2008.

_____. **O direito e o jogo**. *Jornal A Tarde*, Salvador, 25 de maio de 2007, Judiciárias, p. 6.

_____. **Súmulas vinculantes**. In: DIDIER JR. Fredie, et al. (Org.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Hermenêutica e o fato compreendido como jurídico**. Disponível em <www.unifacs.br/revistajurídica> Último acesso em 28 de julho de 2005.

CATANI, Afrânio Mendes. **O que é capitalismo**. São Paulo: Brasiliense, 2004. v. 4 (Coleção Primeiros Passos)

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, Política e Filosofia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado democrático**: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação In.

_____. (Org.) *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico**. In: CARBONEL, Miguel. (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. Buenos Aires: Librería El Foro, 2002.

_____. **La teoría egologica del derecho e el concepto jurídico de libertad**. 2 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

CRISAFULLI, Vezio. **Stato, popolo, governo**: illusioni e delusioni costituzionali. Milão: Dott. A. Giuffré, 1985.

_____. **La Costituzione e le sue disposizioni di principio**. Milão: Dott. A. Giuffré, 1952.

D'AGOSTINI, Franca. **Analíticos e continentais: guia à filosofia dos últimos 30 anos**. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 2002. (Coleção Ideias)

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lezioni di Filosofia del Diritto**. 6. ed. Milão: Dott. A.Giuffrè, 1948.

DESCARTES, René. **Regras para a orientação do espírito**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Meditações metafísicas**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **O discurso do método**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DILTHEY, Wilhelm. **Introducción a las Ciencias del Espíritu**. Trad. Eugenio Imaz. Cidade do México: Fondo de Cultura Econômica, 1949.

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso e correção normativa do direito**, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Borba. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENGLEMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ESSER, Josef. **Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto**. Milano: Giuffrè, 1983.

_____. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch, 1961.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1980.

GADAMER, Hans-Georg. **Cidadãos de dois mundos**. In. _____. *Hermenêutica em retrospectiva: hermenêutica e filosofia prática*. Trad. Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007. v. 3

_____. **Razão e filosofia prática**. In. _____. *Hermenêutica em retrospectiva: hermenêutica e filosofia prática*. Trad. Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007. v. 3

_____. **Sobre a originalidade da ciência**. In. _____. *Hermenêutica em retrospectiva: a posição da filosofia na sociedade*. Trad. Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007. v. 4

_____. **Hermenêutica em retrospectiva: Heidegger em retrospectiva**. Trad. Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007. v. 1

_____. **Hermenêutica em retrospectiva: a virada hermenêutica.** Trad. Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007. v. 2

_____. **Esboço dos fundamentos de uma hermenêutica.** In: FRUCHON, Pierre (Org.). O problema da consciência histórica. Tradução Paulo César Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

_____. **Verdade e método I.** 5 ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

_____. **Verdade e método II.** Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. **Réplica à Hermenêutica e crítica da ideologia.** In. GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método II. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. **Retórica, hermenêutica e crítica à ideologia – comentários metacríticos a Verdade e método I.** In. GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método II. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. **Retrospectiva dialógica à obra reunida e sua história de efetuação.** Entrevista de Jean Grondin com H. - G. Gadamer. In: ALMEIDA et al. Hermenêutica Filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

_____. **A razão na época da ciência.** Trad. Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

GESTA LEAL, Rogério. **O Estado-Juiz na democracia contemporânea.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GLEICK, James. **Isaac Newton: uma biografia.** São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

GOUGH, J. W. **Introdução ao segundo tratado sobre o governo civil.** In. LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2006. (Coleção Pensamento Humano)

GROCIO, Hugo. **O direito da guerra e da paz.** Ijuí: Unijuí, 2004. (Coleção Clássicos do Direito Internacional)

GRONDIN, Jean. **Introducción a Gadamer.** Trad. Constantino Ruiz-Garrido. Barcelona: Herder, 2003.

_____. **Introdução à hermenêutica filosófica.** São Leopoldo: Unisinos, 1999.

GÜNTHER, Figal. **Martin Heidegger: fenomenologia da liberdade.** Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação.** Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. **A sociedade aberta dos Intérpretes da Constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **La lógica de las ciencias sociales**. In. *La lógica de las ciencias sociales*. Madrid: Tecnos, 2007.

_____. **La pretensión de universalidad de la hermenéutica**. In. *La lógica de las ciencias sociales*, 2007.

_____. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

_____. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. 2. ed. Trad. Paulo Asthor Soethe e George Sperber. São Paulo: Loyola, 2004.

_____. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **O discurso filosófico da modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Facticidad y validez**: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso. Tradução Manuel Jiménez Redondo. 3. ed. Madri: Trotta, 2001 (Coleção Estructuras y Procesos).

_____. **Teoría y praxis**: estudios de filosofía social. Tradução Salvador Mas Torres e Carlos Moya Espí. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2000.

_____. **Ciência y técnica como “ideología”**. Tradução Manuel Jimenez Redondo e Manuel Garrido. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

_____. **Racionalidade e comunicação**. Tradução Paulo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 1996.

_____. **Modernidade**: um projeto inacabado. Tradução Márcio Suzuki In. ARANTES, Otilia B. Fiori; ARANTES, Paulo E (Org.). *Um Ponto Cego no Projeto Moderno de Jürgen Habermas*. São Paulo: Brasiliense, 1992.

_____. **Teoría de la acción comunicativa**: racionalidad de la acción y racionalización social. Tradução Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987. v. 1

_____. **Teoría de la acción comunicativa**: crítica de la razón funcionalista. Tradução Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987. v. 2

HART, Hebert. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna**: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. Tradução Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 13. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

HEGEL, G. W. F. **Fenomenologia do espírito**. Trad. Paulo Mendes. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

_____. **Princípios da filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HEIDEGGER, Martin. **Introdução à filosofia**. Trad. Marco Antônio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **A questão da técnica**. In. _____. Ensaios e conferências. Trad. Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes, 2007. (Coleção Pensamento Humano)

_____. **Da essência da verdade**. In. _____. Ser e verdade. Trad. Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes, 2007. (Coleção Pensamento Humano)

_____. **A coisa**, in Ensaios e conferências, 2007.

_____. **Ser e tempo**. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 14 ed. Petrópolis: Vozes, 2005. Parte I. (Coleção Pensamento Humano)

_____. **Que é metafísica**. Trad Ernildo Stein. In. Conferências e escritos filosóficos. São Paulo: Nova Cultural, 2005 (coleção Os pensadores).

_____. **Sobre a essência da verdade**. Trad Ernildo Stein. In. Conferências e escritos filosóficos. São Paulo: Nova Cultural, 2005 (coleção Os pensadores).

_____. **Lógica: la pregunta por la verdad**. Trad. J. Alberto Ciria. Madrid: Alianza, 2004.

_____. **Ser e tempo**. Tradução Márcia de Sá Cavalcante. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. Parte II. (Coleção Pensamento Humano)

_____. **Los problemas fundamentales de la fenomenología**. Trad. Juan José García Norro. Madrid: Trotta, 2000.

_____. **A origem da obra de arte**. Lisboa: Biblioteca de Filosofia Contemporânea, Edições 70, 1992.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional** da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

_____. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Trad. Rosina D'Angina. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2008.

_____. **Os elementos da lei natural e política: tratado da natureza humana: tratado do corpo político**. Trad. Fernando Dias Andrade. São Paulo: Ícone, 2002.

HOBBS, Eric. **A era dos extremos: o breve século XX**. Trad. Marcos Santarrita. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HÖFFE, Otfried. **Aristóteles**. Trad. Roberto Hofmeister Pich. Porto Alegre: Artmed, 2008. (Coleção Filosofia)

_____. **Immanuel Kant**. Trad. Christian Viktor Hamm. São Paulo : Martins Fontes, 2005.

HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura**. São Paulo: Ideias e Letras, 2006.

_____. **Meditações Cartesianas**: introdução à fenomenologia. Trad. Frank de Oliveira. São Paulo: Madras, 2001.

_____. **Crisis de las ciencias europeas y la fenomenología trascendental**. México: Folio, 1984.

JAMESON, Fredric. **Pós-modernismo**: a lógica cultural do capitalismo tardio. Tradução Maria Elisa Cevasco. 2. ed. São Paulo: Ática, 2004.

JAPIASSU, Hilton. **Como nasceu a ciência moderna**: e as razões da filosofia. Rio de Janeiro: Imago, 2007.

_____. **Introdução ao pensamento epistemológico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1992.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. 2. ed. Bauru: Edipro, 2008.

_____. **Crítica da faculdade do juízo**. Trad. Valério Rohden e Antônio Marques. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

_____. **Crítica da razão pura**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

_____. **Crítica da razão prática**. Trad. Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Crítica da razão pura**. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

KAUFFMANN, Arthur. **Hermenêutica y derecho**. Trad. Andrés Ollero e José Antonio Santos. Granada: Comares, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KIRKHAM, Richard L. **Teorias da verdade: uma introdução crítica**. Trad. Alessandro Zir. São Leopoldo: Unisonos, 2003. (Coleção ao Idéias)

KUSCH, Martin. **Linguagem como cálculo versus linguagem como meio universal**: um estudo sobre Husserl, Heidegger e Gadamer. Tradução Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: UNISINOS, 2003. (Coleção Ideias)

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LINHARES, José Manuel Aroso. **Jus cosmopoliticum e civilização de direito**: as alternativas da tolerância procedimental e da hospitalidade ética, 2006.

_____. **Habermas e a universalidade do direito**: a reconstrução de um modelo estrutural. Coimbra: Almedina, 1989.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2006. (Coleção Pensamento Humano)

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito: das origens à escola histórica**. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v. 1

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. 8. ed. Rio de Janeiro: José Olímpio, 2004.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica**. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2008.

MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de introdução à Ciência do Direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **O eterno retorno do direito natural**. In: _____. Sociologia Jurídica. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1975.

_____. **Filosofia da filosofia: introdução problemática à filosofia**. Salvador: Progresso, 1958.

MÁRQUEZ, Gabriel García. **Cem anos de solidão**. Trad. Eliane Zagury. 70. ed. São Paulo: Record, 2009.

MILOVIC, Miroslav. **Emmanuel Kant**. In: Vicente de Paulo Barretto. (Org.). Dicionário de filosofia do direito. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2004.

MORAES, Filomeno. (Coord.). **Direito Constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MORUJÃO, Alexandre Fradique. **Prefácio da tradução portuguesa da Crítica da Razão Pura**. In: KANT, Imanuel. Crítica da razão pura. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NASCIMENTO, Milton Meira do. **Samuel Pufendorf**. In: Vicente de Paulo Barretto. (Org.). Dicionário de filosofia do direito. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

NAVARRO, Evaristo Prieto. **Jürgen Habermas: acción comunicativa e identidad política**, 2003.

NEDEL, Antonio. **Uma tópic jurídica: clareira para a emergência do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NEVES, A. Castanheira. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. **A unidade do pensamento jurídico**. In: _____. *Digesta: escritos acerca do direito, pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995. v. 2

_____. **A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como Tribunal de “Revista”**. In: _____. *Digesta: escritos acerca do direito, pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995. v. 2

_____. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001.

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

OST, François. **Júpter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez**. In: *Revista Doxa*. http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_11.pdf. Último acesso em: 10/10/2009.

PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 2006.

PASSOS, J.J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEDRÃO, Fernando. **Raízes do capitalismo contemporâneo**. Coleção Economia & Planejamento. Salvador: EDUFBA, 1996

PÊPE, Albano Marcos Bastos. **A epistemologia de Gastón Bachelard: a filosofia e o conhecimento científico**. In: ROCHA, Leonel Severo. PÊPE, Albano Marcos Bastos *Genealogia da crítica jurídica: de Bachelard a Foucault*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

_____. **O jusnaturalismo e o juspositivismo modernos**. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado/UNISINOS: 2007, especialmente p. 15 e seq.

PEREIRA, Oswaldo Porchat. **Ciência e dialética em Aristóteles**. São Paulo: UNESP, 2001.

PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica: nova retórica**. Trad. Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **OLBRECHTS-TYTECA**, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo : Martins Fontes, 2005. (Coleção Justiça e Direito)

PINTO, Marília Muricy Machado. O pensamento filosófico de A. L. Machado Neto e a nova hermenêutica jurídica. **Revista da Faculdade de Direito da UFBA**, Salvador, v. XXXVII, 1999.

PLATÃO. **A República**. Trad. Anna Lia Amaral de Almeida Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PLATÃO. **Crátilo**. In. PLATÃO. Obras completas de Platão. Trad. Carlos Alberto Nunes. Belém: Universidade Federal do Pará, 1980.

PLATÃO. **Fédon**. In. PLATÃO. Obras completas de Platão. Trad. Carlos Alberto Nunes. Belém: Universidade Federal do Pará, 1980..

PUFENDORF, Samuel. **Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural**, 2007.

_____. **Le droit de la nature et des gens, ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique**. Trad. Barbeyrac. Caen: Université de Caen, 1987.

RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad legal y derecho suprallegal**. Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1962.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 1994.

RICOEUR, Paul. **Ideologia e utopia**. Lisboa: Edições 70, 1991.

ROCHA, Leonel Severo. **Da soberania da ciência as formações discursivas da soberania: uma introdução transdisciplinar ao problema do poder jurídico**. In. ROCHA, Leonel Severo. PÊPE, Albano Marcos Bastos Genealogia da crítica jurídica: de Bachelard a Foucault. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

ROHDEN, Luiz. **Interfaces da hermenêutica**. Caxias do Sul: Educs, 2008.

_____. **Hermenêutica filosófica** – uma configuração entre a amizade aristotélica e a dialética dialógica. In. Interfaces da hermenêutica. Caxias do Sul: Educs, 2008.

_____. **Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem**. São Leopoldo: UNISINOS, 2003. (Coleção Ideias)

ROUSSEAU, J.-J. **O contrato social: princípios do direito político**. Trad. Edison Darci Heldt. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RÜDIGER, Franciso. **Martin Heidegger e a questão da técnica**: prospectos acerca do futuro do homem. Porto Alegre: Sulina, 2006.

SALDANHA, Jania Maria Lopes. **A Mentalidade Alargada' da Justiça (Têmis) para Compreender a Transnacionalização do Direito (Marco Pólo) no Esforço de Construir o Cosmopolitismo (Barão nas Árvores)**. In: João Carlos Loureiro. (Org.). Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

SANTIAGO, Homero. **Introdução às Meditações metafísicas**. In. DESCARTES, René. *Meditações metafísicas*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O social e o político na transição pós-moderna**. In. _____. **Pela mão de Alice**. 9 ed. São Paulo: Cortez, 2003.

_____. **Tudo o que é sólido se desfaz no ar**: o marxismo também? In. _____. **Pela mão de Alice**. 9 ed. São Paulo: Cortez, 2003.

_____. **Um discurso sobre as ciências**. 12 ed. Porto: Afrontamento, 2002.

_____. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência – Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. Porto: Afrontamento, 2002.

SARMENTO, Daniel. **Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social: pós modernidade constitucional?** In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.) **Crise e desafios da constituição**: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodologia jurídica**. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2001.

_____. **De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho**. Buenos Aires: Arengreen, 1946.

SCHWARTZ, Germano. CLAM, Jean. ROCHA, Leonel Severo. **Introdução à teoria do sistema autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **A Constituição numa visão autopoiética**. In. _____. (Org.) *Autopoiese e Constituição: os limites da hierarquia e as possibilidades da circularidade*. Passo Fundo: Upf, 2005.

SICHES, Luis Recasens. **Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico**: La Filosofía del Derecho en el Siglo XX. Cidade do México: Editora Nacional, 1974.

_____. **Vida humana, sociedad y derecho**: fundamentación de la Filosofía del Derecho. 3. ed. Cidade do México: Porrúa, 1952.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O Princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional**. 1. ed. São Paulo: Ltr, 1999.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

- SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico**. In. _____. (Org.) *Interpretação Constitucional*. Malheiros: São Paulo, 2005.
- SILVA, Maurício. **O novo acordo ortográfico da língua portuguesa: o que muda, o que não muda**. São Paulo: Contexto, 2008.
- SOUZA CRUZ, Álvaro. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.
- STAMMLER, Rudolf. **Tratado de Filosofía del Derecho**. Madrid: Academia Editorial Plus, 1930.
- STEIN, Ernildo. **Nas raízes da controvérsia**. In. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.
- _____. **Sobre a verdade: lições preliminares ao parágrafo 44 de Ser e Tempo**. Ijuí: Unijuí, 2006.
- _____. **Seis estudos sobre “Ser e tempo”**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.
- _____. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.
- _____. **Mundo vivido: das vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia**. Coleção Filosofia. Porto Alegre: EDPUCRS, 2004.
- _____. **Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma**. Ijuí: UNIJUÍ, 2004.
- _____. **Uma breve introdução à filosofia**. Ijuí: UNIJUÍ, 2002.
- _____. **Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico**. Coleção Filosofia. Ijuí: UNIJUÍ, 2002.
- _____. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Ijuí: UNIJUÍ, 2002. (Coleção Filosofia).
- _____. **Epistemologia e crítica da modernidade**. 2. ed. Ijuí: UNIJUÍ, 2001 .
- _____. **Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana**. Ijuí: Unijuí, 2001.
- _____. **Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.
- _____. **A caminho de uma fundamentação pós-metafísica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.
- _____. **Racionalidade e existência: uma introdução à filosofia**. Porto Alegre: LePM, 1988.
- _____. **Dialética e hermenêutica: uma controvérsia sobre método em filosofia**. In. HABERMAS, Jürgen. **Dialética e Hermenêutica**. Porto Alegre: L&PM, 1987
- _____. **Crítica da ideologia e racionalidade**. Porto Alegre: Movimento, 1986.

_____. **A questão do método na filosofia: um estudo do modelo heideggeriano.** 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1983.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

_____. **Súmulas vinculantes em terrae brasilis: necessitamos de uma teoria para elaboração de precedentes.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 78, p. 284-319, 2009.

_____. **Hermenêutica, Constituição e Autonomia do Direito.** Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito - RECHTD, v. 1, p. 65-77, 2009.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise.** 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Súmulas, vaguezas e ambigüidades: necessitamos de uma “Teoria Geral dos precedentes? Súmulas, vaguezas e ambigüidades,** 2009. Revista do IBCrim.

_____. **Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional no estado democrático de direito,** 2008.

_____. **Hermenêutica e Constituição: As Conseqüências da (Indevida) Cisão entre 'Easy Cases' e 'Hard Cases' no Direito.** Direitos Fundamentais & Justiça (Revista do PPGD da PUCRS), v. 2, p. 192-213, 2008.

_____. **A Constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas corretas.** Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 6, p. 273-311, 2008.

_____. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

_____. **Ontem, os códigos; hoje, as constituições: o papel da hermenêutica na superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo.** Revista Brasileira de Direito (Passo Fundo), Passo Fundo, v. 2, p. 97-148, 2006.

_____. **O efeito vinculante e a busca da efetividade da prestação jurisdicional – da revisão constitucional de 1993 à reforma do judiciário (EC 45/04).** In. AGRA, Walber de Moura (Org.). Comentários à reforma do poder judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito.** 2. ed. Rio de Janeiro: 2004.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do *Ontological Turn*.** Anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos, São Leopoldo, jan/dez 2003.

_____. **Constitucionalismo, jurisdição constitucional e Estado democrático de direito: ainda é possível falar em “constituição dirigente e compromissária”?** Anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos, São Leopoldo, jan/dez 2001.

STÖRIG, Hans Joachim. **História geral da filosofia**. Petrópolis: Vozes, 2008.

THIBAUT, A. F. **La codificación**: Una controversia programática basada en sus obras "Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania" y "De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho". Con adiciones de los autores y juicios de sus contemporáneos. Madrid: Aguilar, 1970.

TOURAINÉ, Alain. **Crítica da modernidade**. Tradução Elia Ferreira Edel. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

VALLS, Álvaro L. M. **Jürgen Habermas – dialética e hermenêutica**: para a crítica da hermenêutica de Gadamer, 1987.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. (Coleção Pensamento jurídico contemporâneo)

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VITA, Caio Druso de Castro Penalva. **Hugo Grócio**. In: Vicente de Paulo Barretto. (Org.). Dicionário de filosofia do direito. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

WARAT, Luis Alberto. **Mediación, derecho, ciudadanía, ética y autonomía en el humanismo de la alteridad**: notas algo dispersas y varias veces modificadas para provocar el dialogo en una clase. Novos Estudos Jurídicos, v. 9, p. 85-127, 2004.

WEBER, Max. **Os três tipos puros de dominação legítima**. In: COHM, Gabriel (Org.). FERNANDES, Florestan (Coord.). Sociologia. 6. ed. São Paulo: Ática, 1997. v. 13 (Coleção Grandes cientistas)

_____. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. Tradução de M. Irene de Q. F. Szmrecsányi. 11. ed. Col. Biblioteca Pioneira de Ciências Sociais. São Paulo: Pioneira, 1996.

_____. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Régis Barbosa e Karen Elsabe Barbo. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994. v. 1.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.