

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM NÍVEL DE DOUTORADO

VLADIMIR DE CARVALHO LUZ

**A VERDADE DOS JURISTAS:
SENSO COMUM TEÓRICO E PRÉ-COMPREENSÃO –
CONTRIBUIÇÃO PARA UMA HERMENÊUTICA CRÍTICA DO (E NO) DIREITO**

SÃO LEOPOLDO
2010

VLADIMIR DE CARVALHO LUZ

**A VERDADE DOS JURISTAS:
SENSO COMUM TEÓRICO E PRÉ-COMPREENSÃO –
CONTRIBUIÇÃO PARA UMA HERMENÊUTICA CRÍTICA DO (E NO) DIREITO**

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

Orientador: Doutor Lenio Luiz Streck

SÃO LEOPOLDO
2010

Ficha catalográfica

L979v Luz, Vladimir de Carvalho
A verdade dos juristas: senso comum teórico e pré-
compreensão – contribuição para uma hermenêutica crítica do (e
no) direito / por Vladimir de Carvalho Luz. – 2010.
338 f. : 30cm.

Tese (doutorado) — Universidade do Vale do Rio dos
Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2010.
“Orientação: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck”.

1. Hermenêutica jurídica. 2. Direito – Nova crítica. 3. Senso
comum teórico – Juristas. I. Título.

CDU 340.132

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

A tese intitulada “*A verdade dos juristas: Senso comum teórico e pré-compreensão – contribuição para uma hermenêutica crítica do (e no) direito*”, elaborado pelo aluno **Vladimir de Carvalho Luz**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de **DOUTOR EM DIREITO**.

São Leopoldo, 26 de abril de 2010.


Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,
Coordenador
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

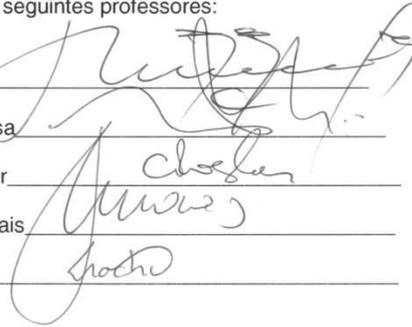
Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck

Membro: Dr. Alexandre Morais da Rosa

Membro: Dra. Cláudia Rosane Roesler

Membro: Dr. José Luis Bolzan de Moraes

Membro: Dr. Leonel Severo Rocha



*Dedico este trabalho às minhas avós
Egídia Conceição Silva e Izabel Maria da Conceição, **in memoriam**.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente ao meu orientador, Lenio Luiz Streck, pela confiança e apoio, ressaltando que eventual mérito deste trabalho deve ser reputado exclusivamente às suas orientações, sendo que os defeitos são de responsabilidade exclusiva do autor.

Aos meus familiares, sem os quais, apesar da distância física que nos separa, eu não seria quem sou nem teria dado tantos passos em minha trajetória, com afetuoso agradecimento aos meus pais, Raimundo Batista da Luz, Ana Luz e minha irmãs, Adriana Luz e Raimunda Bonfim, e um abraço apertado em minha sobrinha Julia Luz Brito.

Aos amigos Luis Alberto Warat e Albano Bastos Pepe, simplesmente por terem participado de minha trajetória pessoal, bem como aos professores PPG/Unisinos, Leonel Severo Rocha, José Luis Bolzan de Moraes, aos funcionários dessa instituição, em especial Simone Blume, Vera Loebens e Zaira Fraga. Também não poderia deixar de agradecer aos colegas do doutorado na Unisinos, parceiros de caminhada, especialmnete Wálber Araujo Carneiro, pelo diálogo que foi fundamental nessa jornada; aos amigos e colegas Marta Gama, Germano Schwartz, Anarita Araújo da Silveira, Maurício Reis, Rafael Lazzarotto Simioni, Carlos Alberto Simões de Tomaz e Renata Almeida da Costa.

Aos colegas da Unesc, em especial Sérgio F. C. Graziano Sobrinho, Carlos Magno Spricigo Venério, Geralda Magella de Faria Rossetto, Márcia Piazza, Mônica Abdel, Lurdes Fabris, Renise Zaniboni, Fabrizio Guinzani, Letícia C. V. Martel, Morgana Cardozo de Farias, Mônica Ovinski de Camargo, Sheila Matignago Saleh, Clélia Mara Fontanella Silveira, André Viana Custódio, Ismael Francisco de Souza, Elton Tibes, Félix Hobold, Gladir Cabral, bem como aos amigos do Gieduc, Marcelo Pastafiglia, Carlos Renato Carola, Ilton Benoni da Costa, Antonio Mirada e Ângela Back.

Não poderia esquecer de agradecer aos eternos amigos (as), alunos(as) também do Curso de Direito da Unesc, Johana Cabral, Pedro Victor, Daiane Dalzoto, Eliane Oliveira, Graziela Cristina Luiz Damasceno Gabriel, em especial às minhas monitoras, Tailine Hijaz, pela gentileza e paciência de rever o texto e por dialogar comigo nesse processo de elaboração, e Vanessa Martins, pelo apoio sempre presente nessa jornada.

Aos professores fundamentais em minha trajetória intelectual, Antonio Carlos Wolkmer, Lédio Rosa de Andrade, Enrique Pedro Haba Müller, Isaac Costa Reis e Christianny Diógenes Maia.

Aos amigos, verdadeiros irmãos, pessoas sem as quais seria praticamente impossível prosseguir, Alexandre Morais da Rosa, Daniel Thiago Oterbach e André Antoninho Fernandes.

Agradeço profundamente ao apoio fraternal e decisivo de Maria Salete Budni Milanezi, Maria de Fátima Beghetto, Catherine Prost, Elaine Ramos, Liduina Rocha, Roberto Rizzatti (Montanha) e Tatiani Amboni, pessoas que intercederam em momentos decisivos para a realização deste trabalho.

Por fim, à Universidade do Extremo Sul Catarinense, pelo apoio institucional, sobretudo pela concessão de bolsa no primeiro ano de cumprimento de créditos, e afastamento parcial remunerado durante a integralidade do curso de doutoramento.

“Temos a arte para que a verdade não nos destrua.”

(Friedrich Nietzsche)

“Depois dos médicos, vêm imediatamente os rábulas ou jurisconsultos. Eu não saberia dizer-vos ao certo se esses supostos filhos de Têmis precederam os sequazes de Esculápio: disputam a precedência entre si. O que é fora de dúvida é que os filósofos, quase que por consenso unânime, qualificam essa profissão como ciência de burro. Mas, burros ou não, serão sempre eles os intérpretes das leis e os reguladores de todos os negócios.”

(Erasmus de Rotterdam)

RESUMO

A questão de fundo da presente pesquisa trata por evidenciar se, diante da crise da tradição crítica moderna, ainda é possível avançar no campo do pensamento jurídico crítico. Em torno desta questão, foi necessário traçar um itinerário de avaliação dos pontos fundamentais da tradição crítica ocidental, seu esgotamento e suas conexões com o pensamento jurídico. Pode-se, assim, evidenciar que esse processo de crise geral, na filosofia, no pensamento social e no direito, denominado crise pós-moderna, decorria justamente do esgotamento da matriz epistemológica dominante (metafísica da consciência) que estabeleceu as bases do modelo cientificista. Percebeu-se, ademais, que o próprio pensamento crítico foi, paradoxalmente, pautado por esta metafísica desde a modernidade. Como alternativa teórica a tudo isso, a pesquisa buscou, então, dialogar com a genealogia crítica (Foucault) e a Hermenêutica Filosófica (Gadamer), no sentido de estas serem leituras capazes de apontar os fundamentos de uma crítica mais radical, ou seja, voltada à base desse modelo estabelecido pela metafísica tradicional. De posse dessas abordagens, o estudo parte da compreensão de que as “verdades” dos juristas foram constituídas historicamente por um modelo de racionalidade muito peculiar, denominado senso comum teórico (Warat). Paradoxalmente, esse modelo híbrido e secular de racionalidade – que oscila entre *doxa* (opinião) e *episteme* (ciência) –, com o auge no positivismo jurídico, cedeu aos parâmetros de um modelo de ciência dominante, gerando, ainda hoje, paradoxos e impasses no atual contexto de um Estado Democrático de Direito e de neoconstitucionalismo. A partir da contribuição waratiana, a pesquisa retoma o potencial heurístico do conceito de senso comum teórico dos juristas em outro sentido, observando-o a partir das contribuições da Hermenêutica Filosófica. Isso implicou a sua ressignificação, passando a ser compreendido não apenas pela teoria das ideologias, pela semiologia ou pela crítica epistemológica, todas elas afetadas pela crise da modernidade e da metafísica tradicional. Foi possível, então, coerentemente com as bases da Hermenêutica Filosófica, evidenciar que o senso comum teórico dos juristas não é apenas uma forma ideológica como os juristas apresentam suas verdades ingênuas no campo da interpretação do direito. Esse sentido dominante do termo representa justamente o teto epistemológico que a crítica jurídica não conseguiu transpor, e, assim, restou sem poder renovar-se diante das demandas de uma sociedade complexa. Como produto da tradição própria da racionalidade jurídica, o senso comum teórico dos juristas pode ser visto também como um campo de racionalidade que apresenta aos juristas a própria possibilidade de dizer o direito. Daí que, uma retomada da crítica em tempos de efetivação das promessas da modernidade e em busca de um novo constitucionalismo, deverá ter em mente o campo prévio em que se estabelece o senso comum teórico dos juristas não apenas como obstáculo, mas também como possibilidade aberta à concretização dos valores da tradição jurídica. Assim procedendo, poder-se-á pensar uma crítica capaz de superar os déficits de racionalidade arraigados pelo positivismo jurídico sem desmerecer ou negar a longa e rica tradição dos discursos jurídicos e suas formas históricas de manifestação. Poder-se-á, assim, ao se valorizar as tradições próprias do direito, aproximar os práticos dos teóricos, porque a crítica hermenêutica se colocaria não mais como crítica “do” direito, mas também “no” direito”.

Palavras-chave: Hermenêutica. Nova Crítica do Direito. Senso Comum Teórico dos Juristas.

ABSTRACT

The background question of this research aims at evincing if, considering the crisis of the modern critical tradition, it is still possible to advance in the field of the critical juridical thought. In relation to this question, it was necessary to trace an evaluation of the fundamental points of Western critical tradition, its exhaustion and its connections with the juridical thought. This process of general crisis in philosophy, in the social thought and in Law, called postmodern crisis, was a result of the exhaustion of the dominant epistemological matrix (consciousness metaphysics), which established the basis of the scientificist model. Besides, the critical thought itself was, paradoxically, marked by metaphysics since modernity. As a theoretical alternative, this research intended to establish dialogue with the critical genealogy (Foucault) and the philosophical hermeneutics (Gadamer), since these readings can indicate a more radical critique, that is, one addressed to the foundations of the model established by the traditional metaphysics. Based on those approaches, this study presupposes that the jurists' "truth" was historically built by a very peculiar rationality model called theoretical common sense (Warat). Paradoxically, this hybrid and secular model of rationality – which oscillates between *doxa* (opinion) and *episteme* (science) and had its culmination in the juridical positivism – has yielded to the parameters of a dominant science model and generated, still today, paradoxes and deadlocks in the present context of a democratic state of law and neoconstitutionalism. Starting with the Waratian contribution, this research resumes the heuristic potential of the concept of the jurists' theoretical common sense in a different way, that is, from the perspective of the philosophical hermeneutics. This has implied its resignification, which is no more understood only by the theory of ideologies, by semiology or by the epistemological critique, all of them affected by the crisis of modernity and of the traditional metaphysics. Coherently with the philosophical hermeneutics, it was possible to show that the jurists' theoretical common sense is not a mere ideological form jurists have to present their naïve truths in the field of the interpretation of law. This dominant meaning of the term represents just the epistemological roof that the juridical critique could not transpose, therefore it could not renew itself before the challenges of a complex society. As a product of the tradition proper to the juridical rationality, the jurists' theoretical common sense can be seen as a field of rationality that presents to the jurists the very possibility of saying the law. Thus a retaking of the critique in times of fulfillment of the promises of modernity and in search of a new constitutionalism should consider the previous field in which the jurists' theoretical common sense is established not only as an obstacle but also as an open possibility to the realization of the values of the juridical tradition. By doing so, one can think of a critique capable of overcoming the rationality deficits rooted in the juridical positivism without despising or denying the long and rich tradition of the juridical discourses and their historical forms of manifestation. One can, thus, by valuing the traditions proper to the law, bring near those who are practical to those who are theoretical oriented, because then the hermeneutic critique would be placed no more as a critique "of" law, but as a critique "in" law.

Keywords: Hermeneutics. New critique of law. Jurists' theoretical common sense.

RESUMEN

La cuestión de fondo de la presente investigación busca evidenciar si, ante la crisis de la tradición crítica moderna, todavía es posible avanzar en el campo del pensamiento jurídico crítico. En torno a esta cuestión, fue necesario trazar un itinerario de evaluación de los puntos fundamentales de la tradición crítica occidental, su agotamiento y sus conexiones con el pensamiento jurídico. Se puede, así, evidenciar que ese proceso de crisis general, en la filosofía, en el pensamiento social y en el derecho, denominada crisis postmoderna, sucedía justamente por el agotamiento de la matriz epistemológica dominante (metafísica de la conciencia) que estableció las bases del modelo cientificista. Se observó, además, que el propio pensamiento crítico fue, paradójicamente, pautado por esta metafísica desde la modernidad. Como alternativa teórica a todo eso, la investigación buscó, entonces, dialogar con la genealogía crítica (Foucault) y la Hermenéutica Filosófica (Gadamer), entendiendo que éstas son lecturas capaces de señalar los fundamentos de una crítica más radical, es decir, dirigida a la base de ese modelo establecido por la metafísica tradicional. Estableciendo esos enfoques, el estudio parte de la comprensión de que las “verdades” de los juristas fueron constituidas históricamente por un modelo de racionalidad muy peculiar, denominado sentido común teórico (Warat). Paradójicamente, ese modelo híbrido y secular de racionalidad – que oscila entre *doxa* (opinión) y *episteme* (ciencia)- , con el auge en el positivismo jurídico, cedió a los parámetros de un modelo de ciencia dominante, generando, aún hoy, paradojas e impases en el actual contexto de un Estado Democrático de Derecho y de neoconstitucionalismo. A partir de la contribución waratiana, la investigación retoma el potencial heurístico del concepto de sentido común teórico de los juristas en otro sentido, observándolo a partir de las contribuciones de la Hermenéutica Filosófica. Eso implicó su resignificación, pasando a ser comprendido no apenas por la teoría de las ideologías, por la semiología o por la crítica epistemológica, todas ellas afectadas por la crisis de la modernidad y de la metafísica tradicional. Fue posible, entonces, coherentemente con las bases de la Hermenéutica Filosófica, establecer que el sentido común teórico de los juristas no es apenas una forma ideológica como los juristas presentan sus verdades ingenuas en el campo de la interpretación del derecho. Ese sentido dominante del término representa justamente el techo epistemológico que la crítica jurídica no consiguió traspasar, y, así, permaneció sin poder renovarse ante las demandas de una sociedad compleja. Como producto de la tradición propia de la racionalidad jurídica, el sentido común teórico de los juristas puede ser visto también como un campo de racionalidad que le presenta a los juristas la propia posibilidad de decir el derecho. De ahí que, una retomada de la crítica en tiempos de realización de promesas de la modernidad y en búsqueda de un nuevo constitucionalismo, deberá tener en mente el campo previo en que se establece el sentido común teórico de los juristas no apenas como obstáculo, sino también como posibilidad abierta a la concretización de los valores de la tradición jurídica. De esta manera, se podrá pensar en una crítica capaz de superar los déficits de racionalidad arraigados por el positivismo jurídico sin desmerecer o negar la larga y rica tradición de los discursos jurídicos y sus formas históricas de manifestación. Se podrá, así, al valorizarse las tradiciones propias del derecho, aproximar los prácticos a los teóricos, porque la crítica hermenéutica se colocaría ya no más como crítica “del” derecho sino también “en el” derecho.

Palabras claves: Hermenéutica. Nueva crítica del derecho. Sentido común de los juristas.

RÉSUMÉ

La question de fond de la présente recherche est de mettre en évidence, face à la crise de la tradition de la critique moderne, qu'il est encore possible d'avancer dans le champ de la pensée juridique critique. Autour de la question, il a été nécessaire de tracer un itinéraire d'évaluation des points fondamentaux de la tradition critique occidentale, d'analyser comment ils furent dépassés et leur connexions avec la pensée juridique. Il est ainsi possible de mettre en évidence que ce processus de crise générale, dans la philosophie, la pensée sociale et le droit, dénommée de crise post-moderne, découlait justement du fait que la matrice épistémologique dominante (métaphysique de la conscience), qui avait établi les bases du modèle scientifique, était dépassée. Il fut perçu en outre que la propre pensée critique était, paradoxalement, fondée sur cette métaphysique depuis la modernité. Comme alternative théorique à tout cela, la recherche s'orienta vers un dialogue avec la généalogie critique (Foucault) et l'herméneutique philosophique (Gadamer), de manière à ce que ces lectures soient capables de désigner les fondements d'une critique plus radicale, soit, tournée vers la base de ce modèle établi par la métaphysique traditionnelle. A partir de ces approches, l'étude part de la compréhension que les « vérités » des juristes furent historiquement constituées par un modèle de rationalité très particulier, dénommé de sens commun théorique (Warat). Paradoxalement, ce modèle hybride et séculaire de rationalité – qui oscille entre *doxa* (opinion) et *episteme* (science) -, avec l'apogée du positivisme juridique, céda aux paramètres d'un modèle de science dominante, générant, encore de nos jours, des paradoxes et des impasses dans l'actuel contexte d'un Etat démocratique de droit et de néo-constitutionnalisme. A partir de la contribution de Warat, la recherche utilise le concept de sens commun théorique des juristes avec un autre sens, l'observant à partir des contributions de l'herméneutique philosophique. Cela implica une ressignification du concept, qui ne devint plus compris seulement à travers la théorie des idéologies, la sémiologie ou la critique épistémologique, toutes affectées par la crise de la modernité et de la métaphysique traditionnelle. Il fut donc possible, de façon cohérente avec les bases de l'herméneutique philosophique, de mettre en évidence que le sens commun théorique des juristes n'est pas à peine une forme idéologique comme les juristes présentent leurs vérités ingénues dans le champ d'interprétation du droit. Ce sens dominant du terme représente justement le seuil épistémologique que la critique juridique non dominante du terme réussit à franchir, et ainsi, elle ne peut se renouveler face aux demandes d'une société. Comme produit de la tradition propre de la rationalité juridique, le sens commun théorique des juristes peut aussi être vu comme un champ de rationalité qui présente aux juristes la propre possibilité de dire le droit. Ainsi, une nouvelle critique en une période où les promesses de la modernité deviennent effectives et de recherche d'un nouveau constitutionnalisme devra se rappeler le champ préalable où s'établit le sens commun théorique des juristes, non seulement comme obstacle mais aussi comme possibilité ouverte à la concrétisation des valeurs de la tradition juridique. Procédant ainsi, il sera possible de penser une critique capable de dépasser les déficits de rationalité enracinés par le positivisme juridique sans sous-estimer ou nier la longue et riche tradition des discours juridiques et leurs formes historiques de manifestation. Il sera ainsi possible de valoriser les traditions propres du droit, d'approcher les pratiques des théoriques car la critique herméneutique prendrait position non plus comme critique « du » droit, mais aussi « dans » le droit.

Mots-clés: Hermeneutics. Nouvelle critique de la loi. Sens commun théorique des juristes.

LISTA DE ABREVIATURAS

AIEs	Aparelhos ideológicos do Estado
Cf.	Conforme
MDA	Movimento do Direito Alternativo
SCTJ	Senso comum teórico dos juristas
TPD	Teoria pura do direito
v.	<i>Versus</i>
V.g.	<i>Verbi gratia</i>
VM	Verdade e método

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 CRISE DA TRADIÇÃO CRÍTICA	23
1.1 A CRÍTICA MODERNA: KANT E MARX	23
1.1.1 Desdobramentos da crítica moderna	39
1.1.2 A crítica neokantiana no direito.....	53
1.1.3 A crítica marxista no direito	63
1.1.4 Necessária (auto)crítica da tradição crítica.....	76
2 GENEALOGIA DO SENSO COMUM TEÓRICO DOS JURISTAS E NOVA CRÍTICA DO DIREITO	89
2.1 UMA HIPÓTESE-FICÇÃO, QUASE UMA ALEGORIA.....	89
2.1.1 Fundamentos para uma genealogia da verdade dos juristas: Nietzsche e Foucault	91
2.2 A VERDADE JURÍDICA TRADICIONAL: APORIAS METAFÍSICAS ENTRE DOXA E EPISTEME	101
2.2.1 Os arquétipos de juristas da tradição continental	101
2.2.2 Cisão metafísica ancestral: <i>doxa versus episteme</i>	126
2.2.3 A manifestação epocal da verdade jurídica tradicional: o senso comum teórico.....	136
2.3 CLAREIRA: POSSIBILIDADES DE UMA NOVA CRÍTICA DO DIREITO	140
3 DA EPISTEMOLOGIA À HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E A CONSOLIDAÇÃO DO SENSO COMUM TEÓRICO DOS JURISTAS	148
3.1 ESBOÇO DA TRAJETÓRIA	148
3.1.1 A preparação: filosofia da consciência e a virada linguística.....	151
3.1.2 O projeto de uma hermenêutica geral e sua emancipação filosófica.....	160
3.1.3 Filosofia como hermenêutica da faticidade: Heidegger	168
3.1.4 Hermenêutica como filosofia: Gadamer.....	182
3.2 CONSOLIDAÇÃO DO SENSO COMUM TEÓRICO NA DOGMÁTICA E NA FILOSOFIA DO DIREITO: ENTRE POSITIVISMO E PÓS-POSITIVISMO.....	204
3.2.1 A necessária resignificação do senso comum teórico dos juristas como campo de racionalidade	206
3.2.2 A <i>episteme</i> jurídica na modernidade: <i>sensus communis</i> e a querela antigos <i>versus</i> modernos	218

3.2.3 O Positivismo Jurídico novecentista como modelo: verdade e texto	230
3.2.4 Pós-positivismo e senso comum teórico em seu sentido metafísico	236
3.2.4.1 A proposta de Dworkin.....	238
3.2.4.2 A proposta de Alexy	246
4 PRÉ-COMPREENSÃO E SENSO COMUM TEÓRICO DOS JURISTAS: POSSIBILIDADES E MANDATOS DE UMA CRÍTICA HERMENÊUTICA CONTEMPORÂNEA.....	253
4.1 O TEMA DA PRÉ-COMPREENSÃO NO PENSAMENTO JURÍDICO	253
4.1.1 Horizonte jurídico político do Estado Democrático de Direito	271
4.1.2 Horizonte prático-teórico do neoconstitucionalismo: direitos fundamentais e jurisdição constitucional	282
4.2 SIGNIFICADO E AMPLITUDE DE UMA HERMENÊUTICA (FILOSÓFICA) DO SENSO COMUM TEÓRICO DOS JURISTAS	298
4.2.1 Obstáculos para uma nova crítica hermenêutica: <i>koiné versus</i> jargão profissional.....	298
4.2.2 A verdade dos juristas e o mito de Jano: <i>habitus</i> , hermenêutica e o campo do direito	302
CONCLUSÃO.....	307
REFERÊNCIAS	322

INTRODUÇÃO

Os juristas mantêm, há séculos, uma peculiar relação com a verdade. Talvez nenhum outro campo do conhecimento, no mundo ocidental, tenha se empenhado tanto em produzir, na sua luta pelo reconhecimento de suas “verdades próprias”, construtos teóricos tão diversificados, complexos e paradoxais.

Mesmo inseridos no âmbito das profissões historicamente tradicionais, como as engenharias e a medicina, os saberes dos doutos nas leis se consolidaram, *grosso modo*, no mundo ocidental, e mais precisamente nos países de sistema *civil law*, em vários ramos de abordagem tão ricos e variados quanto as respostas possíveis à pergunta que sempre embarçou os juristas: afinal, o que é o direito? No campo jurídico, talvez mais que nas áreas “irmãs” (aspas propositais) das ciências sociais, há uma miríade de filosofias do direito, teorias do direito, dogmática jurídica, doutrinas regionais, sociologia do direito, história do direito, “ciências auxiliares” e disciplinas “autônomas”, as quais disputam um pedaço do latifúndio (às vezes improdutivo) que busca a resposta à pergunta essencial sobre o que é e para que serve o direito. Essa aparente e falsa interdisciplinaridade que marca profundamente, e *ab ovo*, o campo da reflexão jurídica, como será visto, não é por acaso. Alguns motivos podem ser desde já colacionados.

O campo do direito, da normatividade humana, é, de fato, uma encruzilhada de significações, sejam elas morais, políticas, filosóficas e técnicas, para as quais os juristas são instados a dar resposta e fundamento (*applicatio*). Por isso, num primeiro e precário esforço de compreensão, sempre há de se falar em “juristas”, no plural, pois parece ser impossível traçar, ao certo, quem é esse personagem de atuação tão diversificada criado no interior das instituições ocidentais: sacerdote, juiz, douto, professor, parecerista, filósofo, cientista, político ou sociólogo? Dirão alguns: esse é um paradoxo apenas para os puristas do passado positivista, ansiosos pela autonomia da “ciência do direito”, o que já deveria ter sido superado quando se fala, no século XXI, em trans e multidisciplinaridade. Em face de tal objeção, porém, resiste o fato observável de que, no direito, esse “mal-estar”, essa crise de identidade epistemológica, está muito longe de cessar seus efeitos. O problema vai além do escopo meramente classificatório, e transcende o objetivo nutrido pela epistemologia jurídica de encontrar espaço no amplo terreno conquistado pelas ciências duras. É algo que possui dimensões maiores. Pois, como nos sugere pensar a epígrafe irônica de Erasmo de Rotterdam

colocada no pórtico deste trabalho, ao final, o que sobra da atividade intelectual dos juristas, sejam eles quem forem, façam o que façam, pensem como pensem, são puros atos de poder. A interpretação e a decisão são, no campo do direito, mais que posturas puramente gnosiológicas, mas atos de poder, de violência legitimada.

É preciso ir além, a partir de tais reflexões. Essa configuração sincrética, em nosso sistema de raiz romano-germânica, tendo-se por exemplo paradigmático o caso do Brasil, construiu uma separação abissal entre os juristas práticos e teóricos. Mesmo sem adentrar, agora, nas minúcias e particulares deste processo de segregação, será que em outros campos igualmente tradicionais, como na medicina ou na engenharia, essa separação arquetípica de “práticos” e “teóricos” não soaria artificial? Objetarão: são áreas com lógicas diversas, objetos diversos, mais voltadas à biologia e à matemática. Indo mais à frente: mas, nas ciências humanas, inclusas, em tese, no mesmo campo histórico e sociocultural do direito, essa dicotomia entre fazer e pensar, não seria muito mais mitigada, senão quase inexistente? Não seria no mínimo tautológico se pensar num filósofo da história que não fosse historiador? Um epistemólogo da sociologia que não fosse sociólogo? Um médico pesquisador que não se vinculasse de algum modo à clínica e à terapêutica? Então, por contraste, por que será que no campo jurídico, além dessas dualidades visíveis a qualquer leigo (práticos *versus* teóricos) há fossos e balizas teóricas tão claras convivendo com sincretismos conceituais de diversas ordens? Seriam essas questões “datadas”? Diante de tantos questionamentos, uma intuição: compreender a raiz dessas questões, mais que compreender os juristas e seus saberes, é um passo precioso para também entender os atos de poder antes mencionados e seu potencial de legitimidade social. Explica-se: os impasses teórico-práticos dos juristas, mais que crises epistemológicas de identidade, são também crises sucessivas de legitimidade. No fundo, o que se encontra na raiz dos saberes dos juristas e suas estranhas construções são discursos de verdade e de poder, ou, como diria Foucault, um saber-poder. Tal perspectiva, a de entender mais a fundo as questões próprias do saber-poder típico dos juristas, sobreleva-se em importância no contexto atual de afirmação do Estado Democrático de Direito como um modelo de vida e de civilização. Assim postas todas essas questões, o cenário parece estar armado com suas peças básicas, verdade, lei e poder, ou seja, um fértil ambiente, cá entre nós, para o nascimento e florescimento de paradoxais formas de agir e pensar típicas do complexo imaginário dos juristas.

Diante dessas questões, a presente tese busca compreender os elementos próprios dessa verdade dos juristas a partir de uma perspectiva hermenêutica.

Com a fixação deste objetivo geral, pode-se esclarecer melhor a trajetória reflexiva que se pretende seguir. Quando se fala em verdade dos juristas está se falando na configuração de um paradigma (*Kuhn*), ou, mais propriamente, de um campo de racionalidade próprio dos *experts* na lei. Esse campo de racionalidade se consolidou estruturalmente sob as condições e operações de um senso comum teórico. O senso comum teórico é, portanto, o neologismo que designa a maneira dominante pela qual esse modelo de racionalidade dos juristas será posto em discussão ao longo da tese, e tal escolha também, dada a sua importância, será objeto de explicitação ao longo da análise.

Para uma compreensão da verdade dos juristas como senso comum teórico, três perguntas complementares estão na base de toda a pesquisa: i) como se deu a constituição e consolidação, em nossa tradição, dos elementos gnosiológicos que estão na raiz dessa peculiar racionalidade dos juristas? ii) quais os limites enfrentados pelos discursos jurídicos moldados por essa racionalidade dominante (senso comum teórico) em face do atual cenário de crise dos cânones da modernidade e das demandas por um Estado democrático de Direito? Por fim, iii) estão postas, contemporaneamente, as condições analíticas necessárias para a construção de um pensamento jurídico crítico, que seja capaz de abordar esse fenômeno (senso comum teórico) sem ser refém dos impasses da crítica jurídica dos últimos vinte anos? À luz destes problemas, o tema passa a ser abordado em quatro etapas de reflexão.

No primeiro capítulo, intitulado **Crise da tradição crítica**, apresenta-se o ponto de partida de toda tese, estabelecendo-se o lugar de onde se fala, os referenciais teóricos com os quais o pesquisador parte (e deseja chegar), como abertura, e de onde a pesquisa ganha força para seguir. A hipótese que circula neste momento inaugural é a de que o ponto-chave, que une crise da filosofia e da teoria social em geral com a crise particular da crítica geral e jurídica, reside no fato de que todas elas, em maior ou menor grau, partilharam os elementos fundamentais do paradigma estabelecido pela filosofia da consciência e seu modelo objetificante de verdade traduzido pelo monopólio da ciência. Após passar em revista sumária os dois pilares da tradição crítica moderna, Kant e Marx, indo pelo neokantismo, neomarxismo e estruturalismo, segue-se à análise do reflexo da crise do modelo da filosofia do sujeito no campo da crítica específica do direito. Ao final, a par dos elementos centrais da crise desta tradição, faz-se uma autocrítica desta trajetória, necessária para se apontar possibilidades abertas de renovação do pensamento crítico no direito.

No segundo capítulo, tem-se a meta de compreender a constituição dos fundamentos originários do senso comum teórico dos juristas em nossa tradição específica como etapa

preparatória e necessária a uma Nova Crítica do Direito. Essa meta preparatória surge da seguinte hipótese: não é possível iniciar uma trajetória crítica, como fez grande parte da crítica epistemológica revisada, “por fora”, desconsiderando a *episteme* própria que nasce com a tradição jurídica ocidental e se reproduziu secularmente. A ideia nuclear reside em demonstrar como a fala autorizada dos juristas se conformou como saber-poderes muito peculiares, muito antes de a tradição ter fixado os parâmetros metódicos do paradigma dominante de ciência. Nesse capítulo, então, intitulado **Genealogia do Senso Comum Teórico dos Juristas e Nova Crítica do Direito**, opta-se por iniciar uma leitura genealógica, com base em Nietzsche e Foucault, de forma a se demonstrar o quadro de emergências das verdades dos juristas a partir de suas singularidades forjadas pela própria tradição histórica ocidental. Feito esse panorama genealógico ficará claro como essas falas autorizadas se configuraram em um *standard* de racionalidade muito peculiar, o qual não seguiu, tal como fizeram parte das ciências sociais, os parâmetros de verdade erigidos desde a tradição platônica e aristotélica, baseada na cisão epocal entre *doxa* (opinião) e *episteme* (ciência). Esse modelo de racionalidade, híbrido e paradoxal, oscilante entre elementos doxológicos e epistemológicos, é o que Warat denominou de senso comum teórico dos juristas. De posse dessas reflexões, surge a possibilidade, o espaço aberto para a renovação da crítica jurídica. Apresenta-se, ao final, os lineamentos gerais da abordagem hermenêutica, como uma atitude antimetafísica, como uma nova língua comum (*koiné*) capaz de, não por fora, como uma nova teoria do conhecimento, perceber e superar as aporias em que a epistemologia crítica se enredou e estagnou.

No terceiro capítulo, **Da epistemologia à hermenêutica e a consolidação do senso comum teórico dos juristas**, são postos dois objetivos: primeiro, expor, detalhadamente, o que não foi feito no capítulo anterior, os fundamentos da hermenêutica crítica como abordagem renovadora da epistemologia, à luz das contribuições de Gadamer e sua Hermenêutica Filosófica. São percorridos, assim, os marcos fundamentais da *linguistic turn*, passando pela filosofia da linguagem até a fenomenologia na perspectiva de Heidegger, esta última fundamental para a Hermenêutica Filosófica. Após a percepção mais clara da proposta hermenêutica de Gadamer, busca-se compreender como a verdade dos juristas e o senso comum teórico se acomodaram na modernidade em dois campos: a dogmática jurídica e a filosofia do direito. Com essa percepção surgirá o debate sobre o positivismo e sua superação, mormente em face do enfrentamento do problema metafísico da resposta correta. A hipótese condutora é que o senso comum teórico dos juristas conviveu com a trajetória de crise dos

cânones da modernidade e das teorias críticas, e manteve-se, mesmo com nítidos paradoxos, num equilíbrio estável no bojo do positivismo jurídico, notadamente em formações jurídicas romano-germânicas. Uma análise hermenêutica da resposta correta pelas vertentes positivistas em vários âmbitos de formação do discurso jurídico pode evidenciar, ainda, como o chamado pós-positivismo pode ter, à luz dos seus autores contemporâneos de maior visibilidade (Dworkin e Alexy), eventuais pontos de contato e de superação do positivismo jurídico.

No quarto e último capítulo, **Pré-compreensão e senso comum teórico dos juristas: possibilidades e mandatos de crítica hermenêutica contemporânea**, tem-se o ponto de chegada da tese: a percepção da crítica hermenêutica, “no” e “do” direito, para além da epistemologia, como aquela que interage na percepção cotidiana do senso comum teórico, tendo em foco o campo não abordado pelas teorias anteriores: o campo da pré-compreensão onde se formam, na dogmática e na teoria do direito, o *locus* próprio da formação da decisão ou, no dizer de Gadamer, o lugar da fusão dos horizontes postos pelo campo jurídico, no qual habita e acontece a verdade para o intérprete do direito. Abordam-se, nesse sentido, o horizonte próprio em que o direito contemporâneo se materializa à luz do constitucionalismo, a partir de teoria neoconstitucionalistas que buscam, diante desse novo cenário, estabelecer as bases de um pensamento crítico, para além das noções sedimentadas pelo positivismo jurídico. Ademais, ainda neste capítulo, aborda-se a questão da pré-compreensão “no” direito à luz da necessidade de se apontar para uma teoria da decisão fora das balizas das teorias discursivas ou procedurais, nos moldes de uma Nova Crítica do Direito (Streck). Ao final, são postos, a partir da noção de *habitus*, os limites e obstáculos para a afirmação da hermenêutica como uma abordagem crítica do e no direito.

Muitos riscos e contradições rondam a proposta de trabalho aqui apresentada, e devem ser abordados neste instante preliminar. Primeiramente, quando se indica termos como “juristas”, “verdade” e “direito”, de que “juristas”, de que “verdade” e de que “direito” está efetivamente se falando? Trata-se do que, nos manuais se indica como “delimitação do tema”. Por ser uma abordagem que oscila entre a história do pensamento, filosofia do direito e hermenêutica, o foco temático terá suas balizas na ideia histórica de tradição, deixando-se evidente, de início, que o senso comum teórico se mostra como um modelo básico de racionalidade do jurista ocidental, mais propriamente do direito continental, e dos discursos da dogmática e da teoria do direito que se consolidaram fortemente no positivismo jurídico deste âmbito. Se a ideia de tradição dá uma referência mais clara em face da ampla generalidade dos termos empregados, deve estar claro que alguns exemplos utilizados e

mesmo referências concretas, quando não radicadas expressamente em contextos outros, partem do imaginário jurídico que se consolidou no Brasil, herdeiro direto que é desta mesma tradição europeia e, igualmente, lugar de fala de quem escreve o texto em apreço e, portanto, não poderia se situar, hermeneuticamente, fora da análise proposta. Assim, se, em sentido heurístico geral, o senso comum teórico dos juristas é uma marca de nossa tradição, de toda uma tradição, é certo também que realidades específicas devem indicar outras conclusões ou nuances. Não se trata, tampouco é cabível na perspectiva que se adotou, fazer teste empírico dessas asserções. Mas, por evidente, o direito de cariz anglo-saxônico possivelmente revele outros *standards* de racionalidade, assim como, mesmo em países desenvolvidos de tradição continental, é igualmente possível já se ter superado certos impasses da crise da metafísica no conjunto do seu pensamento atual.

Está claro que a presente reflexão não está isenta de outros paradoxos que ela própria pretende enfrentar. Daí que, por exemplo, um trabalho que se mostra como propugnador de uma crítica hermenêutica da filosofia da consciência deveria prescindir de se explicar analiticamente, mas, na busca das “coisas mesmas”, apenas fazer-se desvelar. Assim sendo, essa constantemente tentativa de explicitação de passos “metodológicos” que se apresenta ao longo do texto pode ser vista como a revelação inconsciente, quiçá ato falho, de que a razão metódica não desaparece por completo da fala de quem a procura contradizer.

Em relação à questão metodológica especialmente, e agora tentando manter certo grau de coerência, mais que determinar um “método”, de abordagem ou de procedimento, indutivo, dedutivo ou dialético, como propugnam “científicas” lições, pareceu ser mais sintonizado com a proposta de pesquisa estabelecida ter indicado, no bojo da exposição feita de cada capítulo, os horizontes teóricos que auxiliam o autor a problematizar cada etapa de abordagem do tema. Não há, portanto, nesta tese, um marco teórico único, sem que isso leve a uma bricolagem aleatória de teorias, mas se procurou estabelecer um campo próprio de racionalidade para a compreensão do tema (senso comum teórico dos juristas) que parte da crítica genealógica e da hermenêutica filosófica. Com efeito, os autores centrais trabalhados ao longo de toda análise, tais como Nietzsche, Foucault, Heidegger e Gadamer, apenas para citar os grandes vetores, podem ser entendidos como pertencentes a um mesmo campo, ou marco teórico, voltados à crítica da modernidade, “desconstrutores”, ou, para muitos, o campo da pós-modernidade. A pertinência, ou não, destes rótulos, também se encontra tematizada ao longo do texto. O que importa, para efeito de nota introdutória, é demarcar que este campo de abordagem segue uma linha coerente, pois, conquanto composto por autores nem sempre confluentes, todos eles

expressam uma crítica das bases da metafísica da consciência, abordagem esta que plenamente amadureceu após a *linguistic turn*.

Se a busca da crítica é o lugar a partir do qual se fala, sua renovação é o lugar onde se quer chegar, e assim sendo, esses autores aparecem justamente como os personagens, coautores, com quem a tese dialoga mais diretamente. Nesse sentido, a presente tese procura ser uma contribuição à massa de estudos vinculados à linha de pesquisa que procura, mormente no Brasil (Streck), encontrar e fixar o lugar próprio da Hermenêutica Filosófica na esfera da interpretação do direito. Nessa perspectiva, é relevante evidenciar que o encontro das preocupações já sedimentadas pelo trabalho pretérito do autor (sua pré-compreensão) com a abordagem hermenêutica foi decisivo para a construção desse trabalho. Esse lugar específico a partir do qual a pesquisa pôde buscar um novo suporte crítico teve por base o conjunto de pesquisas realizadas no PPG/UNISINOS, seguindo os debates consolidados pelo trabalho de Streck e seu projeto de uma “Nova Crítica do Direito”. Uma Tese, assim, não nasce de um “marco zero”, pois nela também se opera uma fusão de horizontes. Dessa forma, trazia o autor, à luz de sua trajetória no CPGD/UFSC, preocupações críticas oriundas das pesquisas no campo da Assessoria Jurídica Popular, Teoria do Direito e História do Pensamento Jurídico. O colapso da teoria crítica e dos movimentos críticos fazia parte do universo que marcava essa trajetória. A necessidade de rever seus referenciais, de uma auto-crítica, consolidou-se com a abertura proposta por um programa de uma Nova Crítica do Direito que pudesse, ao cabo, também se colocar como matriz de uma teoria da decisão. Foi nesse diálogo, nem sempre fácil ou direto, do horizonte da ruptura paradigmática proposta pela hermenêutica com o acúmulo da tradição crítica que sempre manteve diálogo com o marxismo, que a ideia de problematizar o senso comum teórico dos juristas tomou corpo e a forma aqui apresentada. Afinal, não seria possível recolocar a discussão de uma das mais criativas abordagens da crítica waratiana – o senso comum teórico dos juristas – no patamar de uma abordagem hermenêutica?

Cumprir registrar que a abordagem de uma categoria tão importante e criativa, forjada no âmbito da crítica jurídica brasileira, como foi o senso comum teórico, a partir dos pressupostos de uma reflexão hermenêutica (Gadamer) é, de fato, um grande desafio. A maior parte, senão toda, da reflexão acadêmica feita até o presente instante, ainda que se refira indiretamente ao campo prévio do intérprete, tem abordado esparsamente o senso comum teórico como um fenômeno ideológico, um fenômeno da linguagem (como *médium* entre um sujeito e um objeto), ou seja, dentro das categorias da filosofia da consciência.

Como dito, para finalizar essa breve introdução, o senso comum teórico está no centro de gravidade do modo da interpretação do direito, e ele aponta, como existencial que é, para uma dupla possibilidade: desvelar ou velar o sentido do ser do direito. Com a sua análise hermenêutica, então, é possível compreender o alcance dos métodos que buscam solucionar o enigma fundamental do direito: a resposta correta aos casos. Essa tarefa hermenêutica que aqui se propugna não é peça ornamental de um tratado de filosofia, como poderá imaginar o jurista impregnado de senso comum teórico. Todo esse esforço busca revelar os limites e estabelecer uma *práxis* criativa, ou seja, nada mais que o mandato da crítica que foi o emblema do humanismo hoje em crise.

Ante o sotaque abstrato que um estudo deste nível aparenta, é preciso lembrar que a verdade dos juristas se revela cotidianamente em formas muito concretas: na escritura das petições feitas pelos advogados, nos arrazoados dos tribunais, nos manuais e tratados que invocam a legalidade, e mesmo na postura corporal dos juristas e seus procedimentos reveladores de sua forma secular de dizer a verdade da lei. A verdade dos juristas está também diluída no jogo de palavras cerimoniais, nas vestes talares, no som das grades que se fecham diante de alguém após um decreto prisional, e quando se invoca, pela fala autorizada do jurista, a constituição ou um dispositivo legal para fazer ou deixar de fazer algo, a decisão ali exposta e sua fundamentação entram efetivamente em contato com a vida de alguém (e de toda sociedade), agora não mais como verdade já reconhecida, apenas, mas como efetivo poder.

No fundo, é sobre tudo isso que se busca refletir.

1 CRISE DA TRADIÇÃO CRÍTICA

1.1 A CRÍTICA MODERNA: KANT E MARX

O termo “crise” tem sido recorrente na filosofia e na teoria social. Particularmente nos campos da filosofia, teoria política e da sociologia, abrangendo uma plêiade de autores marcantes nas últimas décadas, as ideias de crise de paradigmas, do Estado ou mesmo o colapso dos cânones da democracia conformaram os eixos temáticos e as preocupações que dominaram parte significativa da produção intelectual no contexto do continente europeu a partir do último quartel do século XX e sua recente virada. Essa tendência hegemônica de análise, empenhada em avaliar, direta ou indiretamente, o esgotamento de instituições políticas e a validade de pressupostos analíticos e métodos científicos, foi, em forte medida, o reflexo mais visível do macrodebate de fundo sobre o conflito entre modernidade *versus* pós-modernidade, do qual François Lyotard e a corrente francesa pós-estruturalista explicitaram e ressaltaram de forma exemplar¹.

Levando-se em conta a dificuldade de se datar ou delimitar² os momentos precisos a partir dos quais a reflexão teórica (filosófica ou da teoria social) evidenciou a temática da crise como seu mal-estar existencial mais agudo e visível, também não são pacíficas as tipologias “moderno” e “pós-moderno”³. De todo modo, em meio a tantas variáveis a serem consideradas, pode-se inferir que os principais impasses e revezes oriundos de toda essa conjuntura foram fortemente sentidos na tradição⁴ de pensamento que pode ser genericamente

¹ Cf. LYOTARD, François. **A condição pós-moderna**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1988.

² Inúmeras são as possibilidades de delimitação temporal e autoral deste tema. Para Heidegger, *v.g.*, no campo da filosofia, Nietzsche seria o último filósofo da metafísica moderna. Para Boaventura de Sousa Santos, em outro prisma, Foucault, ao contrário do que parte da literatura afirma, não seria um filósofo de uma tradição pós-moderna, mas aquele que tentou produzir a grande e a última tentativa de uma teoria crítica moderna. SANTOS, Boaventura de Sousa. **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**. v. 1, 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000. p. 26.

³ Sobre a polêmica acerca da propriedade ou impropriedade do termo “pós-moderno”, é importante destacar, como ilustração, as próprias palavras de Jean Baudrillard, o qual, para muitos, seria um expoente típico da tendência pós-modernista: “A noção de pós-modernidade não passa de uma forma irresponsável de abordagem pseudocientífica dos fenômenos. Trata-se de um sistema de interpretações a partir de uma palavra com crédito ilimitado, que pode ser aplicada a qualquer coisa. Seria piada chamada de conceito teórico.” BAUDRILLARD, Jean. A Verdade oblíqua. **Revista Época**. Rio de Janeiro, n. 264, jun. 2003. Entrevista concedida a Luís Antônio Giron. Também disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Epoca/0,6993,EP550009-1666,00.html>>. Acesso em: 30 jul. 2009.

⁴ A expressão “tradição” será empregada ao longo de todo texto em dois sentidos complementares: 1) no sentido geral, correspondente à designação de escolas de pensamento, correntes filosóficas, modelos ou

nomeada como “crítica”. Nessa perspectiva, duas identificações imediatas ocorreram nesse processo global de crise: uma, para a qual a crise da ciência, da estética e da ética racional universalista, elementos centrais do humanismo⁵, seriam decorrentes da crise da própria razão, um influxo irracionalista que geraria nefastos efeitos para todo o conjunto de princípios e cânones formadores da tradição ocidental. Outra maneira pela qual esse fenômeno foi claramente observado e tematizado partiu de uma identificação da crise da modernidade (da razão e das metanarrativas) com o colapso e hipostasia de um modelo específico do pensamento crítico moderno, particularmente a matriz de pensamento oriunda do marxismo originário e algumas de suas vertentes revisionistas, abordagens que se consolidaram paulatinamente como modelos de análise visivelmente dominantes num campo disciplinar amplo, as quais ganharam destaque em importantes universidades e centros de pesquisas⁶.

É certo, então, que os impasses mencionados repercutiram fortemente nos modelos críticos de análise construídos solidamente já no século XX, na ampla área das *humanidades*, das ciências sociais⁷ como um todo, com destaque, ainda que indiretamente, no pensamento jurídico não dogmático em suas múltiplas dimensões, notadamente em relação aos esforços críticos tardios empreendidos por correntes jurídicas que se opuseram (com formulações teóricas ou ativismos) a outra crise específica do campo do direito: a crise do positivismo jurídico. Partindo dessas premissas, reavaliar a constituição e os diversos fatores que geraram a crise do pensamento crítico atual – seja como efeito indireto da crise global da razão ou como crise específica da matriz marxista e seus desdobramentos – passa a ser a condição necessária para se perceber como ainda seria possível, hoje, viável e necessário (re)construir uma crítica jurídica plenamente consciente dos obstáculos revelados pelo trajeto. O que se defende, *grosso modo*, em outras palavras, é que a crise do pensamento jurídico – mormente a crise específica do pensamento jurídico crítico, ainda que esta denote contornos particulares, o que é um dos aspectos nucleares a serem demonstrados na presente análise – tem, não obstante, íntima relação com esse cenário geral.

paradigmas da cultura ocidental nas esferas da filosofia, da teoria social ou do próprio direito; e 2) no sentido específico, não necessariamente oposto aos anteriores, que Gadamer atribui a esta noção, a qual será detidamente trabalhada na segunda parte desta pesquisa, quando da reflexão da Hermenêutica Filosófica.

⁵ O termo “humanismo” é ambíguo e amplo, abrangendo a tradição grega (*Paideia*), latina (*humanitas*), abarcando os movimentos filosófico e literário da segunda metade do século XIV, na Itália, identificando uma visão de mundo na qual o “homem”, o ser humano, é concebido como sujeito do conhecimento, sendo a base antropológica da filosofia da consciência.

⁶ Um exemplo paradigmático, a ser tratado mais adiante, foi o Instituto de Pesquisa Social, fundado em 1923, vinculado à Universidade de Frankfurt.

⁷ Ao longo do texto, os termos ciências sociais, ciências da cultura ou do espírito são tratados como sinônimos.

De tudo isso resulta uma pergunta prévia e inadiável: em um contexto de claro esgotamento dos cânones da análise crítica no campo da filosofia e da investigação social, qual seria, então, o mandato contemporâneo da crítica no campo do pensamento jurídico? De outra forma: em um contexto marcado pelas rupturas do pensamento pós-metafísico⁸, particularmente em sociedades de “modernidade tardia” ou “periférica”, como o Brasil, marcadas por evidentes reflexos práticos da crise das metanarrativas ou epistemologias totais no campo das teorias sociais, qual seria o *locus* e a validade de um saber que ainda possa, sem aderir às velhas ortodoxias, reivindicar para si os desafios outrora assumidos pelo pensamento jurídico crítico? Quais os passos e os limites da análise crítica efetuada pela sua tradição fundadora que a fazem, ainda hoje, um desafio em aberto no campo do pensamento jurídico?

Essas indagações prévias, ainda que não estejam vinculadas diretamente ao tema da presente tese – a qual articula prioritariamente a genealogia do senso comum teórico dos juristas e sua (re)produção no campo da pré-compreensão hermenêutica – é, todavia, o seu *leitmotiv*. Dizendo de outro modo, as reflexões que aqui iniciam tendem a compor o quadro daquilo que Gadamer designou de “situação hermenêutica” na qual a(s) pergunta(s) da tese se situa(m), configurando-se como passo preparatório de toda compreensão, pois “só quando compreendi o sentido motivador da pergunta posso começar a buscar uma resposta”⁹. De fato, a pergunta sobre a validade atual de uma teoria crítica do (e no) direito atravessa o campo de saber prévio que orienta todo o sentido prévio acerca da indagação sobre “A verdade dos juristas” que será exposta ao longo do texto. Nessa perspectiva, além de o pensamento crítico ainda ser o ponto de chegada de toda análise aqui empreendida, coloca-se, ademais, como horizonte de sentido já efetuado em direções múltiplas, um itinerário a partir do qual, mesmo que sejam necessários alguns desvios de rota, o pesquisador e o campo de investigação ora apresentados estão particularmente implicados.

Assim sendo, uma etapa preparatória voltada à análise das “verdades” seculares dos juristas parte efetivamente desta tarefa inicial, especialmente a de se perceber qual o lugar (e o olhar) próprio de uma nova crítica jurídica fundamentalmente hermenêutica, numa perspectiva filosófica, como pioneiramente defendeu, no Brasil, Streck¹⁰. Essa crítica renovada em pressupostos, e não apenas em métodos, poderá se efetivar mais fortemente,

⁸ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-metafísico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

⁹ GADAMER, Hans-Georg. **A razão na época da ciência**. Tradução de Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro 1983. p. 73.

¹⁰ A cruzada de Streck por uma hermenêutica jurídica como crítica do senso comum teórico das vertentes dogmáticas, a partir de uma hermenêutica filosófica, iniciou-se desde o final da década de 1990 no Brasil. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

como se verá doravante, à luz dos imperativos sociais decorrentes das crises próprias do pensamento jurídico tradicional, marcado pela inoperância dos discursos jurídicos ordinários em face das novas feições da jurisdição constitucional contemporânea, crises essas que também devem ser pensadas à luz dos impasses gerais da tradição metafísica moderna. O que se postulará, ademais, ao longo e ao cabo deste trabalho, é que, no campo do pensamento jurídico tradicional (dogmática jurídica e teoria do direito), existem algumas razões (mais do que epistemológicas) nem sempre claramente percebidas ou profundamente discutidas quando o tema da crítica no direito vem à tona.

A consequência prática da falta de uma revisão autocrítica do trajeto do pensamento crítico impõe obstáculos à produção efetiva (e criativa) de uma crítica jurídica renovada, capaz de não apenas denunciar e desconstruir, mas, efetivamente (re)fundar a dinâmica do modo-de-ser próprio dos saberes jurídicos tradicionais. Esse modo-de-ser próprio dos saberes e discursos jurídicos ordinários – de cuja matrizes se constituíram a dogmática oriunda do sistema romano-germânico e os discursos da filosofia e da teoria do direito eurocêntricas –, expressam-se e reproduzem-se no campo jurídico concreto como uma forma muito particular e resistente de senso comum teórico. Essa forma significativa própria ao pensamento operativo do direito não se apresenta uniforme e a-temporal e, como já se alerta, sua formação iniciou-se ao longo de uma tradição muito antiga de saberes, que remonta ao contexto ocidental em que a própria noção de teoria se opôs à noção de opinião. Diante de tudo isso, uma compreensão atual desse fenômeno, pelo menos uma compreensão que seja capaz de honrar o sentido que a tradição atribuiu ao adjetivo “crítico”, deve assumir a tarefa de não apenas reconhecer a vigência do senso comum teórico nas práticas discursivas dos *experts* da lei, dos juristas de ofício e de seus artefatos teóricos, mas, sobretudo, deve igualmente implicar no esforço de investigação de suas raízes esquecidas, ou, como diria Foucault, de suas “positividades”. Por isso se apresenta essa necessidade prévia, talvez desmedida, de se realizar uma genealogia capaz de evidenciar os vínculos deste discurso ainda dominante nos meios jurídicos ordinários a partir das singularidades do processo histórico que o constituiu tal como foi, é e vem sendo descontinuamente: uma forma de discurso, teoria e atos que resultaram num modelo geral de pensamento imune às grandes guinadas da filosofia e da teoria social dos últimos séculos, não obstante o cenário de tantas crises e incertezas.

Como será abordado ao longo da presente análise, parte desse reconhecimento já foi efetuado em momentos capitais da crítica jurídica. Reconhecer que a dinâmica própria dos saberes jurídicos ordinários se expressa, discursivamente, como senso comum teórico na

forma de ideologia foi uma primeira etapa – desbravadora, é verdade – já empreendida no campo da crítica brasileira, onde um dos destaques foi a semiologia do poder empreendida por Luiz Alberto Warat. O que restou em aberto em grande medida – e a possibilidade de tentar ir além foi anunciada expressamente por Warat¹¹ – consiste em associar essa categoria ao âmbito de uma análise de fundo hermenêutico (hermenêutica filosófica), mais propriamente como sendo um fenômeno central (constitutivo) de uma pré-compreensão condicionante (*habitus* hermenêutico)¹² das formas como os juristas ordinariamente expressam suas verdades próprias.

Diante de tudo isso, importa, de início, observar a trajetória dos marcos fundamentais e os impasses decorrentes da crise global da tradição crítica em geral e no pensamento jurídico. O recorte utilizado, como se verá, é a matriz crítica tipicamente moderna, assumindo conscientemente os riscos reducionistas da confrontação “moderno” *versus* “pós-moderno”. Observando os fundamentos de tal matriz, repita-se, explicitar-se-á de forma mais clara o sentido e a importância de se resgatar, hoje, a questão da “verdade” articulada ao senso comum teórico dos juristas em uma perspectiva diferenciada, quiçá ainda inexplorada em suas inúmeras possibilidades heurísticas, qual seja: não mais pela lente da epistemologia, da semiologia ou das teorias da argumentação – todas elas importantes, mas duramente afetadas pelo cenário de crise antes apontado. Pretende-se, então, percorrer os marcos da tradição crítica em revista sumária de forma que sejam elucidadas a necessidade e a possibilidade de abordar a temática do senso comum teórico dos juristas numa orientação radicalmente hermenêutica¹³. É relevante, em face destes objetivos, à guisa de reconstrução ainda que pontual e breve, retomar os momentos emblemáticos nos quais os termos “crítica” e “pensamento crítico” passaram a ser incorporados ao ideário geral da filosofia e do pensamento social,

¹¹ Sobre a abertura desse campo temático, asseverou Warat: “Com a expressão senso comum teórico dos juristas estamos tentando explicitar uma condição de significação para os discursos jurídicos. Trata-se de seu critério complexo, que se apresenta de um modo difuso na práxis jurídica; **razão pela qual sua localização demanda uma trajetória que ainda é incipiente**. Este trabalho pretende ser uma *démarche* nessa direção. (grifo ausente no original). WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. In: _____. **Epistemologia e ensino do direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 31, v. II.

¹² O conceito de *habitus* será posteriormente trabalhado à luz das considerações de Pierre Bourdieu.

¹³ A possibilidade e a necessidade de construção das bases de uma “Nova Crítica do Direito”, para além da crítica jurídica colonizada pela epistemologia, já foram anunciadas por Streck, e é justamente essa possibilidade que orienta as reflexões deste capítulo. Conferir: STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma Nova Crítica do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1, p. 219.

formando um *corpus* (tradição) com abordagens próprias acerca da questão da verdade no âmbito da especulação racional¹⁴.

Foi no auge do “otimismo” iluminista que o termo “crítica” apresentou o seu primeiro sentido emblemático no campo da reflexão racional moderna¹⁵. A análise crítica, no sentido forte empregado por Kant¹⁶, no século XVIII, mais que uma expressão aparentemente superficial, denotou uma grande virada do próprio modo de ser dominante no pensamento moderno inicial, até então tensionado pelas vertentes racionalistas-idealistas, de um lado, e empiristas, de outro. Como pano de fundo deste debate encontrava-se o caminho já sedimentado pela “velha metafísica” e sua pretensão de validade total, para qual seria possível à razão humana a cognição de absolutos universais. Esse foi, portanto, o alvo da crítica de Kant, uma razão universalista e totalizante, reconhecida até então como “ontologia”, a qual estava destinada a se ver “atormentada” e tentada, por sua própria natureza predicativa, a responder questões que estavam além de suas possibilidades¹⁷. O mundo moderno, pelo que se esperava – sobretudo à luz da promessa iluminista de domínio da natureza e “desenfeitiçamento” do mundo e das representações animistas¹⁸ –, não havia superado o campo conflituoso que era a metafísica secularmente consolidada até então nos círculos filosóficos, oscilante entre tendências anarquistas ou ceticistas, desacreditada pela superficialidade e por suas desmedidas pretensões. Num tal contexto, acreditava Kant ser o imperativo de uma razão madura

¹⁴ A despeito do trajeto que influenciou a formação da crítica como “teoria” (Escola de Frankfurt), no pós-guerra, Wolkmer aduz que esta encontra “inspiração numa tradição idealista que remonta ao criticismo kantiano, passando pela dialética hegeliana e culminando na reinterpretarão do materialismo histórico marxista.”. WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 2. ed. São Paulo: Acadêmica, 1995. p. 37. Outrossim, apenas para ilustrar a amplitude e a variação histórica do qualificativo “crítico”, é possível ainda identificar, como faz Vico, a oposição entre método retórico (tópico) e o da nova ciência moderna (crítico), este último baseado nas premissas cartesianas, o qual passará a ser concebido, no século XX, pela Escola de Frankfurt, como a base da “teoria tradicional”. Sobre a oposição feita por Vico, ver: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo, v. 1.

¹⁵ Muitas são as possibilidades de se pontuar em quais momentos a postura “crítica” passou a se comportar como um modo de ser específico da reflexão racional ocidental, ou seja, para além da identificação entre “crítica” e modernidade iluminista. Notadamente a partir de Kant tem-se, por exemplo, a ponderação de Foucault, na qual o “sentido crítico” é pré-iluminista, como ocorreu já na cultura cristã e na tradição que se instaurou no século XV na Europa, cujo eixo era o debate teórico sobre o “melhor governo”. Ver: FOUCAULT, Michel. **Qu’est-ce que la critique? Critique et Aufklärung**. *Bulletin de la Société Française de Philosophie*, v. 82, n. 2, p. 35-63, avr./juin. 1990 (Conferência proferida em 27 de maio de 1978). Tradução de Gabriela Lafetá Borges e revisão de Wanderson Flor do Nascimento. Disponível em: <<http://www.unb.br/fe/tef/filoesco/foucault/critique.html>>. Acesso em: 26 jul. 2008.

¹⁶ Opta-se, ao longo do texto, pela identificação do pensamento kantiano como “crítico” e não como “criticismo”, como geralmente é identificado.

¹⁷ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001. p. 3.

¹⁸ ADORNO, Theodor W. Conceito de Iluminismo. *In: Textos escolhidos*. São Paulo: Nova Cultural, 2005. p. 19.

reivindicar para si a sua mais importante tarefa naquele momento de impasse, qual seja, a de realizar o “conhecimento de si mesma e de constituição de um tribunal que lhe assegurasse as pretensões legítimas e, em contrapartida, pudesse condenar-lhes todas as presunções infundadas”¹⁹.

A ótica kantiana inaugurou um criticismo gnosiológico radical que, ao circunscrever claramente os limites da razão, guindou a filosofia (a velha metafísica) ao posto, até então não claramente demarcado, de uma “teoria do conhecimento”²⁰. Gadamer observa que um dos indícios da similitude entre teoria do conhecimento válido (mandato da crítica transcendental) com teoria da ciência, mesmo sendo uma percepção da teoria kantiana efetuada no século XIX, tem por evidência a equivalência, na língua francesa e inglesa, daquela expressão (teoria do conhecimento) com “epistemologia” ou “epistemology”²¹. Tendo em conta os efeitos de tais identificações, o *ethos* da crítica proposta pelo filósofo de **Königsberg** era radical no sentido de o seu alvo ter sido a própria faculdade da razão, em si mesma, a partir da qual não só a possibilidade de uma metafísica em especial ou geral poderia ser avaliada de forma mais rigorosa, mas também seria igualmente possível estabelecer os princípios gerais de funcionamento da razão, *a priori*, num programa especulativo transcendental capaz de evitar, globalmente, as desmensuras do entendimento humano. Essa proposta crítica representou, sem dúvida, um programa metodológico radical e audacioso, que significava colocar em suspensão prévia toda investigação totalizante proposta pela tradição filosófica anterior²². Com tal precaução inaugurada com a crítica kantiana da metafísica, por suposto, ficaria também em suspeição a questão dos juízos com pretensão de verdade (validade universal). Os limites da razão estabeleciam os próprios limites da verdade.

No instante de afirmação do pensamento racional moderno, as três críticas kantianas, em especial a “Crítica da razão pura”, de fato, representaram uma revolução copernicana²³ no quadro geral da reflexão filosófica, sendo o passo decisivo para o rompimento com o padrão objetivista, ontoteológico da filosofia greco-medieval, eliminando do quadro reflexivo da

¹⁹ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. *Op. cit.*, p. 5.

²⁰ HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 18.

²¹ GADAMER, Hans-Georg. **A razão na época da ciência**. *Op. cit.*, p. 89.

²² Nesse sentido, “Suspender a investigação até que se decidam questões preliminares – é o que a crítica exige”. ABRÃO, Bernadete Siqueira. **História da Filosofia**. São Paulo: Nova Cultural, 2004. p. 304.

²³ “Assim como Copérnico, que para superar os impasses – a crise – da astronomia concebeu o modelo heliocêntrico, invertendo o geocentrismo, Kant inverte a questão tradicional da metafísica: em vez de procurar conhecer coisas, é preciso examinar antes o próprio conhecimento e suas possibilidades.” ABRÃO, Bernadete Siqueira. **História da Filosofia**. *Op. cit.*, p. 305.

filosofia a possibilidade de cognição válida de três elementos centrais do pensamento pré-crítico: Deus, o mundo e o homem²⁴. A partir de então, o termo “crítica” se instaurou no vocabulário e no ideário próprios da tradição moderna como sinônimo de um método específico de uma razão madura²⁵, que conhece a si mesma para determinar o seu lugar legítimo, sendo capaz de julgar o entendimento apto a oferecer qualquer pretensão segura de validade universal (verdade). Todavia, como indicou Habermas, essa dura tarefa imposta pela crítica kantiana não se efetivou sem colocar em risco o ofício do filósofo, e mesmo mandato da própria filosofia, ao menos em dois aspectos que revelam nitidamente os excessos desta nova função: (i) a possibilidade de se criar um fundamentalismo teorético, no qual a filosofia, agora mimetizada em teoria do conhecimento, ao ser a definidora prévia e última do que se poderia conhecer seguramente, passaria, também, a indicar o próprio lugar das ciências; (ii) o excesso desta tarefa diretiva de uma razão puramente teorética levaria a uma instância formal julgadora não só da razão, mas de toda cultura²⁶.

Alguns, poder-se-á averiguar com maior ênfase como esse fundamentalismo – decorrente deste novo posto, de uma instância julgadora suprema que a filosofia passou a ter – influenciou, notadamente com o neokantismo de Maburgo, o próprio desenvolvimento do pensamento jurídico pós-guerra na segunda metade do século XX, especialmente no programa kelseniano. Neste momento, especificamente para o que importa nesta prévia reflexão, tem-se que a rubrica “crítica”, com arrimo em Kant, estabeleceu os fundamentos pelos quais se consolidou uma crescente e intensa “epistemologização” a que foram submetidas, posteriormente, as embrionárias ciências do espírito no final do século XIX, e, mais adiante, a partir da influência do neokantismo do início do século XX. Um dos efeitos posteriores da demarcação dos limites da razão foi a constante tentativa de afirmação das ciências do espírito, sempre em confrontação com o paradigma dominante das ciências naturais²⁷. Neste longo processo, o ápice de afirmação paradigmática das ciências da cultura foi o positivismo cientificista do século XIX. A questão da verdade, então, passou ser, em termos de uma racionalidade global, medida pela lente e pelo crivo da crítica como crítica epistemológica. A

²⁴ STEIN, Ernildo. **Melancolia – Ensaio sobre a finitude no pensamento ocidental**. Porto Alegre: Movimento, 1976. p. 46.

²⁵ A maturidade da razão, para Kant, no sentido de saída do homem de sua minoridade, adentrando, dessa forma, à luz do adágio “*sapere aude*”.

²⁶ HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. *Op. cit.*, p. 18-19.

²⁷ A ideia de “paradigma dominante” é tratada por Santos como um modelo global de racionalidade que se verificou em suas notas típicas no século XVI, sendo as ciências da natureza o modelo nuclear. Tal paradigma estaria baseado na observação duvidosa dos fenômenos, separação entre homem e natureza, a matemática como lógica fundadora e método empírico como elemento principal. Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 11. ed. Portugal (Porto): Edições Afrontamento, 1999.

morte decretada à velha metafísica fez nascer fortemente outra maneira de expressão da especulação racional: a teoria do conhecimento como eixo orientador dos juízos com pretensão de validade no campo específico da ciência.

Nessa busca preliminar dos sentidos em que a crítica se instaurou no campo aberto do pensamento moderno, é preciso demarcar que Marx, tal qual Kant, também partiu dos “velhos materiais”. Há, todavia, claras rupturas com o ideário kantiano, o que levará a questão da crítica para outros âmbitos de especulação. Neste segundo viés, a crítica moderna assumiu o seu modelo mais determinante, mormente no campo da especulação social e na própria orientação das utopias socialistas do século XX.

O marxismo foi a segunda grande *démarche* do pensamento moderno com a qual o termo “crítica” representou uma guinada importante em relação às tradições que lhe antecederam. Do vasto sentido epistemológico que a teoria crítica marxiana²⁸ legou ao pensamento social, tendo em vista os limites e objetivos deste tópico, é relevante pontuar, ainda que arbitrariamente, dois aspectos básicos: a questão da “práxis”, no cenário da crítica ao idealismo, e a relação verdade *versus* ideologia.

No século XIX, o romantismo²⁹ e idealismo alemães formaram os dois horizontes culturais dominantes no contexto em que foi produzida a crítica originalmente marxiana. Com Marx, aproveitando-se do materialismo de Feuerbach e das trilhas da dialética hegeliana, apresentou-se não apenas a intenção de pôr em xeque toda uma tradição que lhe antecedeu, como também vislumbrou-se o desiderato de apresentar um programa de ação, não mais puramente epistêmico em sentido estrito, abstratamente formal, mas uma análise que fosse capaz de recolocar a questão da especulação racional, entendida basicamente como científica, vinculada à ação política e à transformação das relações sociais.

Se em Kant o problema da pretensão universal de validade dos postulados da metafísica situava-se no plano estritamente gnosiológico e formal (limites teóricos da razão), em Marx, em contraposição aos excessos do idealismo então reinante, o problema da verdade se encontrava radicado na história e no movimento das contradições dos homens concretos, e não abstratos sujeitos do conhecimento. Em tais contradições haveria um choque de forças (luta de classes) que seria condicionante não só das formas em que a organização da

²⁸ Ao longo de todo texto, o termo “marxiano” indica, quando possível, o pensamento originário de Marx e Engels e, de outro modo, a expressão “marxista” qualifica as releituras e tendências teóricas baseadas no pensamento originário de Marx.

²⁹ Sobre a relação entre o Romantismo e o pensamento de Marx, ver: LÖWY, Michel. Romantismo e Marxismo. In: COGGIOLA, Osvaldo (Org.). **Marxismo Hoje**. São Paulo: Xamã, 1994. p. 93.

produção material e do poder se configuravam, mas também de certas representações falsas da realidade. Cunhou-se, desde então, uma característica reflexiva que se tornou a nota típica das subseqüentes correntes que reivindicaram, com base no legado marxiano, para si, o adjetivo “crítico”: todo saber, ao menos o saber da cultura com pretensão de validade, deve ser crítico da ideologia³⁰. Não se pode negar, assim, que a crítica marxiana originária teve, em seu núcleo estrutural, foco na relação entre teoria e senso comum, relação sempre historicamente atravessada pelo problema da mistificação. É oportuno destacar, desde já, como será debatido ao longo deste trabalho, que uma das principais peculiaridades do pensamento jurídico tradicional (dogmática jurídica) vai ser justamente a relação paradoxal que se estabeleceu neste campo entre teoria e senso comum.

Mesmo em um contexto de modernidade capitalista e cientificista, no final do século XIX, a questão da ideologia, em Marx, retomou em grande medida um problema que já ocupara papel central na filosofia grega clássica³¹, ou mesmo de toda tradição metafísica imediatamente precedente, qual seja, a da relação entre verdade e simulacro, opinião e ciência. Essa relação (verdade *versus* opinião) será abordada constantemente ao longo da presente análise, porquanto seja central para a configuração posterior da ideia basilar de verdade típica dos juristas ordinários. É relevante para o momento perceber que o problema da relação entre verdade e simulacro está disperso em vários escritos do “Jovem Marx”, com especial destaque na “Ideologia Alemã”, obra elaborada juntamente com Engels, da qual se pode destacar o seguinte excerto ilustrativo:

Os homens são produtores de suas representações, de suas idéias etc., mas os homens reais e ativos, tal como se acham condicionados por um determinado desenvolvimento de suas forças produtivas e pelo intercâmbio que a ele corresponde até chegar às suas formas mais amplas. A consciência jamais pode ser outra coisa do que o ser consciente, e o ser dos homens é o seu processo de vida real. E se, em toda ideologia, os homens e suas relações aparecem invertidos como numa câmara escura, tal fenômeno decorre de seu processo histórico de vida, do mesmo modo por que a inversão dos objetos na retina decorre de seu processo de vida diretamente físico³².

³⁰ Nesse sentido: “O marxismo foi a primeira corrente a colocar o problema do condicionamento histórico e social do pensamento e a ‘desmascarar’ as ideologias de classes por detrás do discurso pretensamente neutro e objetivo dos economistas e outros cientistas sociais”. LÖWY, Michel. **As aventuras de Marx contra o Barão de Münchhausen – Marxismo e positivismo na Sociologia do Conhecimento**. 12. ed. São Paulo: Cortez, 1998. p. 99.

³¹ Trata-se basicamente do pensamento platônico, o qual será objeto de considerações específicas ao longo deste trabalho.

³² MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã (I – Feuerbach)**. Tradução de Carlos Bruni e Marco Aurélio Nogueira. 11. ed. São Paulo: Hucitec, 1999. p. 36-37.

Nessa passagem clássica, evidentemente pinçada de um quadro reflexivo muito mais amplo e complexo, vê-se que a relação entre verdade e simulacro é manifesta pela metáfora marxiana da câmara escura, a qual inverte, como operação que lhe é própria, as imagens captadas do real, em clara alusão aos avanços da fotografia da época. Duas reflexões podem advir desta figura de linguagem. Primeiramente, a consciência não é determinada por um *a priori* da razão, porquanto reconhecer a existência e a atitude de um sujeito cognoscente não significa lhe conferir autonomia diretiva dos processos representacionais da vida (real e concreta) em que este previamente se situa e se desenvolve como ser natural; em segundo lugar, verdade e aparência não são sinônimas, mas não só por questões teoréticas (Kant), em si mesmo consideradas, mas pelo fato de que a ideologia, por ser o veículo representacional determinado pelas forças sociais, é uma inversão ótica do seu objeto, um simulacro em face das “verdadeiras” condicionantes que ocultariam as contradições sociais que influenciam na produção do saber. Disso tudo é possível extrair o elemento central que estabeleceu o pensamento de Marx como um dos principais pilares da teoria social crítica pós-kantiana: a crítica seria o elemento da especulação racional capaz de revelar a formação e a reprodução do condicionamento não visível entre as condições materiais reais do sujeito histórico, interesses de classes e as formas de representação que se produziriam como falsas projeções da realidade vivida. Na produção da ideologia (falsa consciência), haveria não apenas uma operação abstratamente gnosiológica na produção do conhecimento, mas sim um intercâmbio concreto, um condicionamento que se interpõe entre o mundo social e a representação mental, e que se estabelecia no jogo real das contradições históricas. Este intercâmbio, como é o foco da *démarche* marxiana, decorreria da necessidade de legitimação do poder (luta de classes), afinal a existência material e a dominação econômica estariam na base constitutiva das representações intelectuais dos seres humanos. A questão da ideologia, portanto, mais que uma questão da verdade, em sentido formal, seria uma dimensão necessária à legitimação do poder.

A partir desse conjunto de pontos de partida, baseado nas premissas de que a crítica é uma forma verdadeira de pensar que se volta à percepção dos fatores reais da vida material, elementos negligenciados e mistificados pela dominante filosofia alemã da época, bem como da relação genética entre saber (representação) e o desenvolvimento prático da vida material e de legitimação política, fica mais evidente outra metáfora da filosofia da história marxiana, o “modo de produção”.

A construção histórica da sociedade, para Marx, poderia ser explicada como planos de uma edificação, em duas dimensões: na base, estaria a estrutura da produção real da vida, em que se desenvolveriam as forças produtivas e as relações sociais de produção inseridas em cada contexto da evolução humana e, a partir destas condições, erguer-se-ia “uma superestrutura jurídica e política, e à qual corresponderiam formas sociais determinadas de consciência”. O corolário desta metáfora é que “O modo de produção da vida material condiciona o processo geral da vida social, política e espiritual”³³. A produção do conhecimento (vida espiritual) não estaria, repita-se, imune às contingências da vida material; não haveria um sujeito do conhecimento fora da vida concreta e das forças históricas em conflito. Surge, assim, além do embrião de uma “sociologia do conhecimento”, a crítica como crítica da teoria como ideologia³⁴.

Se o foco de Kant foi a “velha metafísica”, Marx trabalhou com reapropriação crítica dos clássicos do seu tempo, como o idealismo hegeliano, mas, até para tensionar o abstracionismo de Kant e Hegel, focou a elaboração teórica tendo por eixo o pensamento econômico. Há, como destaca Anderson, em termos gerais, um movimento do pensamento de Marx da filosofia para economia, o que se inverte no marxismo típico do século XX³⁵. Tendo-se como exemplo paradigmático a economia política do século XVIII, restava claro para Marx que os postulados da economia clássica (fisiocratas), em que pesassem suas contribuições gerais, não refletiam as reais contradições sociais que subjaziam ao fenômeno da produção econômica efetiva, o que, de alguma forma, servia como escamoteamento da realidade³⁶. Ora, assim sendo, a produção do saber, a especulação racional da cultura (representações da realidade social) não poderia ter uma autonomia gnosiológica absoluta, tampouco uma relação de derivação, da ideia para o mundo, como queria o idealismo hegeliano. Nessa perspectiva, a crítica marxiana vaticinou que o “erro” da tradição filosófica anterior era conceber o sujeito do conhecimento com um sujeito abstrato, como no kantismo. Histórica que é, a produção do conhecimento, como ideologia dominante, assumiria um caráter instrumental, de fundamentação

³³ MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos**. Tradução de José Carlos Bruni *et al.* 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1991. p. 129-130.

³⁴ Relevante ressaltar que, dentre várias tipologias possíveis, o termo ideologia no legado marxista pode ser classificado como sentido forte ou “negativo”, em contraste com outros aportes teóricos. Nesse sentido, ver: WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

³⁵ Para Anderson, esse movimento (da filosofia para economia) passa a ser invertido pelas gerações posteriores do marxismo ocidental, as quais passaram a ser compostas por uma plêiade de “filósofos profissionais” como elementos predominantes. Cf. ANDERSON, Perry. **Considerações sobre o marxismo ocidental**: nas trilhas do materialismo histórico. Tradução de Isa Tavares. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 69.

³⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. *Op. cit.*, p. 4.

e legitimação de uma dada ordem de poder atravessada pela contradição das classes em conflito.

É importante dizer que a raiz marxiana do problema da relação entre verdade e simulacro não surgiu alheia ao problema tipicamente moderno entre verdade e ciência. Parece evidente que a ideologia, em seu sentido negativo, seria um saber a serviço de uma aparente verdade que age como legitimadora da dominação no campo dos saberes comuns ou mundividências produzidas livremente. Mas o campo científico, sobretudo as nascentes ciências sociais do final do século XIX, estaria imune aos efeitos mistificadores da ideologia? Essa é uma questão relevante, justamente porque a ideia de verdade, para Marx, ainda tinha estreita ligação com a ideia de ciência, tendo em vista que o processo de epistemologização da reflexão social era o quadro no qual seu pensamento estabeleceu as bases fundamentais. Entra em cena, pois, o problema de se identificar as implicações de um corte epistemológico entre ciência, como verdade, e ideologia, como falsidade.

Com aponta Löwy, estaria claro, para Marx, que a ideologia não só se apresentaria como ferramenta diretamente atrelada aos interesses de uma classe dominante na superestrutura espiritual da sociedade, sendo ela também uma certa forma de pensar transversal, um modelo estrutural de pensamento no qual seriam produzidas não apenas simulacros deliberados pelos agentes intelectuais da classe dominante, mas seriam tais representações, antes de tudo, uma espécie de autoilusão já preestabelecida no campo geral das ideias, um *locus* historicamente estabelecido, incidente sobre o próprio campo teórico prévio, no qual se moviam os intelectuais. A ideologia, portanto, não estaria apenas relegada às representações comuns e cotidianas, sendo também tarefa da crítica desmascarar os saberes “pseudocientíficos”, atrelados aos interesses nitidamente de classe ou ao teto limite que algumas teorias não conseguiriam transpor. A questão está em saber se os representantes científicos, os intelectuais, estariam indelevelmente vinculados a esta forma geral de pensar, o que, no contexto marxiano, partia-se, como já referido, especialmente da crítica dos clássicos da economia política de sua época: Adam Smith e David Ricardo. A resposta para tal questão parece, num primeiro momento, ser simplista, baseada na distinção entre “clássicos” e “vulgares”³⁷. Essa classificação feita por Marx propõe diferenciar, dentro de uma mesma classe e horizonte histórico, autores que realizavam, para além do véu da ideologia, um conhecimento cientificamente rigoroso em contraposição aos que produziram conhecimento vulgar. A saída para tal impasse encontrou respaldo em uma explicação psicológica, ou seja,

³⁷ LÖWY, Michel. **As aventuras de Marx contra o Barão de Münchhausen**. *Op. cit.*, p. 101, *passim*.

haveria nos autores clássicos uma leal inclinação à verdade, ao rigor, uma boa-fé epistemológica típica de alguns intelectuais que se comportariam para além das determinações oriundas do seu *status* de classe. É certo que Löwy percebe neste argumento aparentemente contraditório e fraco um fundamento sociológico e histórico que reabilitaria o materialismo histórico, ou seja, mesmo nesta explicação subjetivista, ainda seria o social que determinaria esta tendência subjetiva do intelectual à verdade ou à ideologia. A honestidade e o rigor de alguns intelectuais clássicos ocorreram, por exemplo, quando a burguesia era revolucionária, e o inverso se deu quando ela passou a dominar o poder político estatal. Dessa forma, a explicação antes meramente apoiada na idiosincrasia de cada autor sairia do lugar impreciso da subjetividade do intelectual para o campo macro das condicionantes sociais da classe a que este seria, em maior ou menor grau, um representante³⁸.

Aliada à crítica do saber como mistificação e ideologia, a questão da práxis é indissolúvel do mandato para o qual o saber crítico, não mais falso, estaria destinado. Nesse sentido, a questão da verdade tem, no critério da *práxis*, o seu elemento de verificação. Como já adiantado, esta postura, de um realismo gnosiológico, opõe-se visivelmente ao idealismo da tradição germânica, tendo sua enunciação emblemática as teses sobre Feuerbach.

Cabe anotar, mais uma vez de forma pontual, que o modelo crítico marxiano originário legou à tradição crítica subsequente, como desenvolvimento da própria ideia de uma análise voltada à desmistificação da ideologia como simulacro, a marca do inconformismo com o real, ou de que a busca da verdade já implicaria superar uma dada situação da realidade vivida. Por isso que Santos ressalta como marcas da teoria crítica são o inconformismo e a indignação perante o que existe, no sentido de o pensamento crítico trazer, em si, como elemento de sua caracterização própria, o impulso para superar o que se coloca como fixo e imutável, características que se confundem com a própria imagem emancipatória da modernidade³⁹. Disso resulta o significado da asserção clássica do Manifesto Comunista de que “Tudo o que era sólido e estável evapora-se no ar...”⁴⁰.

A questão da *práxis*, categoria de farta significação e debate, mormente para o que o que importa na presente discussão, passou a ser não só o critério da verdade, mas a condição para que o saber crítico fosse, ao mesmo tempo, agente privilegiado da transformação do mundo vivido. Nesse sentido, a décima primeira tese sobre Feuerbach é marcante e

³⁸ LÖWY, Michel. **As aventuras de Marx contra o Barão de Münchhausen**. *Op. cit.*, p. 105.

³⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**. *Op. cit.*, p. 23.

⁴⁰ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Manifesto do Partido Comunista. *In*: _____; _____. **Cartas Filosóficas e Manifesto Comunista de 1848**. São Paulo: Moraes, 1987. p. 106.

significativa: “É na práxis que o homem deve demonstrar a verdade, isto é, a realidade e o poder, o caráter terreno do seu pensamento. A disputa sobre a realidade ou não – realidade do pensamento isolado da práxis – é uma questão puramente escolástica”⁴¹.

Na última tese sobre Feuerbach, a décima segunda, é possível colher o sentido emblemático do modelo crítico marxiano, qual seja, o sentido de uma ligação seminal entre o pensar (verdadeiro) e a superação de uma circunstância da realidade vivida: “**Os filósofos se limitaram a interpretar o mundo de diferentes maneiras; mas o que importa é transformá-lo**”⁴². Há no pensamento que se quer crítico um ativismo que lhe é genético, um mandato que lhe é constitutivo, distinguindo-o de todos os materiais sedimentados pela crítica transcendental e idealista; há um *telos* que não é externo à sua reflexão, porquanto seja este fim inarredável do movimento característico da consciência crítica materialista. É sabido que o sentido marxiano de superação dialética operada pelo pensamento (negar, manter e afirmar no mesmo movimento) foi um dos elementos oriundos do idealismo hegeliano. Todavia, a crítica marxiana do significado da dialética hegeliana está no fato de que esta é apenas um “criticismo aparente”, pois inverte a relação entre ideia e realidade.

Não custa reafirmar que crítica marxiana surgiu num ambiente em que algumas tendências do pensamento social já se colocavam como críticas, ao lado do criticismo kantiano e o hegelianismo. Como aponta Mézáros, o século XVIII foi pródigo em produzir várias teorias críticas no que tange ao problema da alienação, categoria esta central do pensamento de Marx⁴³. Rousseau, por exemplo, como aponta Mézáros, apesar de suas inúmeras contradições, é um exemplo rigoroso de crítica social do século XVIII que antecipa de forma clara do problema das raízes sociais da alienação⁴⁴. O discurso crítico rousseuniano, pautado numa crítica do processo social de desumanização, tinha por foco a relação ambivalente entre homem e natureza, o que já revelava, guardadas as devidas proporções, íntimas relações com o ideário geral do romantismo do século XIX que influenciou Marx. Não é desimportante lembrar a ideia romântica acerca da artificialidade da sociedade fabril, e o processo nefasto de formação do mundo civilizado, basicamente artificial e mecanizado, separando o homem de sua ancestralidade natural. É igualmente importante destacar as marcas do historicismo germânico e o seu apelo às tradições, o que influenciou fortemente a

⁴¹ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã (I – Feuerbach)**. *Op. cit.*, p. 126.

⁴² *Idem*, p. 128.

⁴³ Não se pode deixar de mencionar que não só o kantismo, o hegelianismo e a economia política clássica foram pontos de partida de Marx, mas também o socialismo utópico fez parte de um programa de crítica social, objeto de apreciação da crítica marxiana.

⁴⁴ MEZÁRÓS, István. **A teoria da alienação em Marx**. São Paulo: Boitempo, 2006. p. 50, *passim*.

tardia unificação alemã, bem como a igualmente tardia codificação em meio aos acirrados debates entre Savigny e Thibaut. Desses movimentos críticos e teorias que circularam no século XVIII/XIX, importa notar que nem todo conhecimento que se intitulava como crítico seria, de fato, crítico no sentido do materialismo histórico. Seria o caso exemplar abordagem de Marx sobre os jovens hegelianos do seu tempo, notadamente Bruno Bauer e seus seguidores, conforme a análise exposta em “A Sagrada Família”. Para Marx, o problema da “crítica baureana”, ou da *Kritische kritik*, seria o de reproduzir a mesma tendência do pensamento cristão e do idealismo de Hegel, para os quais o pensamento, em si mesmo, traria uma força e verdades transcendentais⁴⁵. Daí a resignificação marxiana do termo filosófico especialmente caro ao pensamento hegeliano: *Aufhebung*. Para a tradição crítica marxista, este termo filosófico passaria a representar o ato do pensamento próprio da análise de índole dialética e materialista, capaz de negar, reter e superar determinadas concepções não mais como atividades abstratas, apenas, mas como atividades inseridas na concretude do mundo vivido.

Mesmo reconhecendo que as categorias abordadas fazem parte de um *corpus* muito mais complexo da crítica kantiana e marxiana, os pontos destacados até aqui servem para preparar o terreno no qual se desenvolverá o objetivo declarado no início do capítulo. Com tais elementos, outrossim, já é possível pensar a ruptura destes dois modelos fortes da crítica moderna em face da tradição que lhe antecedeu, bem como avançar na percepção da assimilação que se operou posteriormente. Antes, com Kant, o erro da metafísica era a falta de censura dos seus limites, posteriormente, em Marx, o grande erro da especulação filosófica seria o de se colocar como tarefa própria do saber verdadeiro a crítica da ideologia e a modificação da vida concreta.

Essas duas grandes matrizes da crítica moderna estabeleceram os marcos de uma análise crítica racional como uma abordagem teórico-metodológica (e política) de singular importância. A esses dois eixos de análise inúmeras tendências e correntes de pensamento se vincularam, notadamente no plano da filosofia e da teoria social a partir da primeira metade do XX. Retratar as inúmeras tendências deste processo escapa ao objetivo aqui perseguido, contudo, um breve excursão é de suma relevância. O entendimento, ainda que panorâmico, das características centrais que forjaram o pretenso esgotamento e a crise destes aportes, na atualidade, à luz do que se indagou no início deste capítulo, passa pela necessidade de se

⁴⁵ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A sagrada família ou A crítica da Crítica crítica – contra Bruno Bauer e consortes**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.

observar alguns desdobramentos genéricos, mesmo que no plano formal de uma história das ideias. Em suma, é preciso demarcar como esses materiais constitutivos destes dois pilares da crítica moderna se desdobraram posteriormente, sem pretensão de esgotar todas as possibilidades de desenvolvimento do tema. Duas grandes “voltas” ou releituras destes aportes originários da crítica moderna ocorreram na primeira metade do século XX. Com a percepção das neofilosofias, aqui agrupadas densamente apenas para efeito didático, será possível antever mais claramente as questões que estão na raiz da crise implacável que estes modelos críticos e seus cânones sofreram na contemporaneidade.

1.1.1 Desdobramentos da crítica moderna

“*Zurück zu Kant!*”, lema emblemático do neokantismo enunciado por Otto Liebmann, em 1865⁴⁶, representou o adágio de uma vertente teórica que propugnava o retorno e, em certa medida, uma revisão do criticismo transcendental no início do século XX. Esse segundo retorno⁴⁷ em grande medida se deu em função da retração da filosofia hegeliana antes hegemônica nos círculos tradicionais, o que teria deixando o primeiro grande espaço aberto àquilo que os mestres escolares da tradição filosófica chamariam de irracionalismos⁴⁸. Esse cenário de tensão entre essas duas grandes concepções de mundo poderia ser retratado no famoso debate de Davos, entre Ernest Cassirer e Martin Heidegger, um embate de ideias metaforicamente representado na literatura por Thomas Mann em seu clássico “A Montanha Mágica” entre os personagens Settembrini e Naphta. É certo que choque entre o humanismo calcado na razão universal iluminista e uma visão tida como relativista e anti-humanista já tinham sido anunciados desde a crítica nietzschiana do platonismo e do cristianismo, mas o evento em questão simbolizou faticamente o impasse crucial por que passou a metafísica moderna do sujeito no século XX. Para Safranski, o debate Heidegger/Cassirer foi cercado de

⁴⁶ Trata-se da exortação final contida na obra “Kant und die Epigonen” de 1865. GONZÁLEZ, Mario Ariel P. “Zurück zu Kant” – (Adolf Trendelenburg, la superación del idealismo y las orígenes de la filosofía contemporánea). **Doispontos**, Curitiba, São Carlos, v. 2, n. 2, p. 35, out. 2005.

⁴⁷ “[...] o primeiro [retorno] seria o idealismo alemão, conhecido como pós-kantiano [...]”. ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame de Nicolai Hartmann). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 23.

⁴⁸ A filosofia alemã do século XIX pós-Hegel pode ser caracterizada pelo desdobramento das seguintes vertentes: idealismo neohegeliano, seguidas pelas tendências materialistas (dentre eles o marxismo), a crítica tida por “irracionalista” ou a-sistemática (Schopenhauer, Kierkegaard e Nietzsche), e a preparação do criticismo neokantiano iniciado no final do século XIX por Zeller e por Otto Liebmann. Cf. GONZÁLEZ, Mario Ariel P. “Zurück zu Kant”. *Op. cit.*, p. 36.

forte expectativa, representando, de fato, o embate decisivo entre uma visão humanista-culturalista, advinda do neokantismo de Casirrer, e uma perspectiva revolucionária, contestadora dos pilares da tradição calcada no sujeito, como a de Heidegger⁴⁹. Numa “época hostil à metafísica”, na primeira metade do século XX, a visão culturalista-humanista do neokantismo foi um ponto-chave de demarcação dos desdobramentos posteriores dessa primeira grande tradição da crítica moderna ocidental, a qual, como se verá, derogada em grande medida na reflexão contemporânea, permaneceu, não obstante, na base constitutiva de várias abordagens teóricas caras ao discurso jurídico ocidental.

Mas como, afinal, e sobretudo para efeito do que se persegue neste capítulo, o neokantismo pode ser encarado como um aspecto central da tradição crítica ocidental que afetou particularmente o campo jurídico, notadamente na questão da teoria do conhecimento? Dentre a perspectiva de vários autores, à luz da clássica separação entre a Escola de Marburgo, voltada para as reflexões da analítica kantiana, e a Escola de Baden (sudocidental alemão)⁵⁰, voltada à “Crítica da razão prática”, Herman Cohen é um autor que aborda frontalmente o elemento fundamental que orientará em grande medida a formulação posterior da crítica kelseniana em seu projeto de uma “Teoria Pura do Direito”. Assim, para Cohen, o horizonte do pensamento kantiano deveria ser ampliado, pois “la moderna teoría del conocimiento [...] se extiende a la totalidad del saber humano, al conocimiento del mundo exterior y realidad espiritual y histórica”⁵¹.

A filosofia, nesse viés, a partir de então delimitada pelos moldes de uma analítica transcendental dos juízos *a priori* objeto das ciências, não se efetivaria apenas ao campo dos fenômenos da natureza, como no criticismo originário, constituído sob a hegemonia das ciências naturais, mas, também, vincular-se-ia à cognição do amplo campo dos valores produzidos pelo ser humano. Assim sendo, Cohen postula de Kant o elemento capital do seu pensamento, e do neokantismo em geral, qual seja, a possibilidade de se fundar, a partir de uma analítica transcendental, uma ciência da cultura, pois “toda filosofía está referida al *factum* de una ciencia”⁵². É certo que este projeto de fundação de uma filosofia ligada, como teoria do conhecimento, às ciências do espírito, ainda que parta de Kant, vai além do

⁴⁹ SAFRANSKI, Rüdger. **Heidegger**: um mestre da Alemanha entre o bem e o mal. São Paulo: Geração Editorial, 2000. p. 230-231.

⁵⁰ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 125.

⁵¹ Herman Cohen, *apud* GONZÁLEZ, Felipe. Sobre el neokantismo lógico-jurídico. **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 2, p. 31-32, 1985.

⁵² GONZÁLEZ, Felipe. Sobre el neokantismo lógico-jurídico. *Op. cit.*, p. 33.

desiderato do filósofo de Königsberg, o que faz do “neokantismo” não apenas uma “reprodução” automática da crítica kantiana, mas uma revisão adequada ao contexto de afirmação dos estatutos próprios das ciências da cultura.

Assim como a matemática era a ciência em que os pressupostos *a priori* da natureza (ser) se expressavam de maneira mais “pura”, deveria existir, por suposto, uma ciência em que os pressupostos dos valores (deve ser) fossem melhor formalizados; para Cohen, essa ciência dos valores, tal como a matemática, seria a ciência do direito, de tal forma que “La ciencia del Derecho puede considerarse como la matemática de las ciencias del espíritu, y por consiguiente, a matemática de la ética”⁵³.

Essa correlação feita por Cohen, entre lógica e ciência da matemática, ética e ciência do direito, buscou, no fundo, demarcar não apenas o lugar próprio da “ciência do direito” tendo como premissa os limites da razão, mas, repita-se, estava em jogo a ampliação da crítica transcendental para o campo da especulação racional da cultura. Esse desiderato era parte do programa geral do neokantismo, especialmente os autores pioneiros desta abordagem, insertos na vertente sudocidental, como Rickert e Wildelband⁵⁴. Em verdade, todo esse esforço de reconhecimento de uma região ôntica própria do mundo dos valores (cultura) fazia parte de um contexto geral de especulação sobre a possibilidade de uma ciência específica da cultura, tendência esta que fez parte do discurso de vários autores do neokantismo, perpassando a reflexão weberiana acerca da relação entre cultura e valor⁵⁵.

A questão levantada por Habermas, dos excessos do fundamentalismo teórico da crítica kantiana, teve, no campo do neocriticismo, expressão singular. Cogitava-se, ali, a possibilidade de uma instância racional da cultura, uma teoria do conhecimento voltada aos fatos, ao campo dos valores. Esse destaque é importante, como já brevemente foi pontuado, uma vez que a crítica teórica kantiana tinha como padrão as ciências da natureza, a matemática, cujo exemplo mais importante era física de Isaac Newton⁵⁶. Sem reconhecer todo

⁵³ Herman Cohen *apud* GONZÁLEZ, Felipe. Sobre el neokantismo lógico-jurídico. *Op. cit.*, p. 34.

⁵⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. *Op. cit.*, p. 126.

⁵⁵ Partindo-se da ideia que Kelsen era um neokantiano, como se verá adiante, é relevante destacar, conforme afirma Bobbio, que, apesar de todas as diferenças existentes entre Kelsen e Weber, ambos partilhavam algo incomum, uma ideia central ao neocriticismo, ou seja, a distinção da esfera do “ser” e do “dever ser”. BOBBIO, Norberto. Kelsen y Max Weber. *In: CORREAS, Oscar (Org.). El otro Kelsen*. Segunda reimpressão. México: UNAM, Ediciones Coycacán, 2006. p. 76.

⁵⁶ “Tem se afirmado, e com razão, que é o modelo da ciência da natureza que se encontra na base da filosofia de Kant. Esta não seria mais do que a filosofia possível para o mestre de **Königsberg** em época impregnada de fervor científico. Na verdade, todo o pensamento kantiano tem presente essa ciência exacta, emergente na Idade Moderna, e que se vai impondo, progressivamente, a todos os domínios do real.” Cf. MORUJÃO, Alexandre F. Prefácio. *In: KANT, Immanuel. Crítica da razão pura*. *Op. cit.*, p. VIII.

o campo da axiologia empreendida pelos neokantianos de Baden, importa, especialmente para o campo da especulação jurídica, notar que a recepção deste ideário toma especial relevo na tradição jurídica sedimentada por Kelsen, o que demandará uma apreciação específica a ser feita em seguida. Para o momento, é bastante registrar esse movimento de reapropriação da crítica kantiana dos anos iniciais do século passado, a qual estabeleceu verdadeiro diálogo com o projeto mais rebuscado de um saber jurídico (campo do dever ser) capaz de não ser seduzido pelos erros da velha metafísica.

Seguindo a linha de análise proposta, é preciso destacar alguns aspectos do desdobramento da segunda matriz moderna da análise crítica, a marxiana. Muitos foram os caminhos e descaminhos da crítica marxista no século XX. Como anunciado, não será possível, nem faz parte dos objetivos do capítulo em apreço, uma descrição exaustiva dos inúmeros autores e leituras que se vincularam ao materialismo histórico. Assim sendo, dois temas são eleitos para evidenciar essa reapropriação da crítica marxiana no século XX, de forma a ressaltar alguns dos aspectos que foram tratados anteriormente: a abordagem estruturalista de interpretação da cultura e a retomada da teoria da ideologia. Nessas duas perspectivas, o nome que se destaca como prevalente é Louis Althusser.

Segundo François Dossie, o estruturalismo dominante entre os anos 50 e 60 do século passado fazia parte de um contexto geral de euforia das “jovens ciências sociais”, determinando, particularmente no campo da academia francesa⁵⁷, muito mais que um método específico, mas, acima de tudo, um movimento, um programa que de certa maneira unificou leituras e autores espalhados nos campos da linguística, antropologia, sociologia, filosofia, história e psicanálise, abordagens atravessadas pelo desiderato de busca de novos modelos de análise⁵⁸. Mesmo diante do mosaico das abordagens teóricas surgidas no pós-Segunda Grande Guerra, todas elas marcadas pelo rótulo “estruturalista”, é possível traçar certos elementos capazes de melhor situar a discussão proposta. O movimento estruturalista fez parte de um contexto em que: i) havia uma reação à proeminência visível da *Sorbonne* como instituição dominante no monopólio tradicional das *humanidades* em confronto com o notável desenvolvimento das ciências sociais e movimentos de contracultura; ii) busca por novos modelos de análise no campo da teoria social; iii) eleva a linguística como “ciência-piloto”;

⁵⁷ Um dos poucos pontos comuns para identificar o sentido dos termos “estruturalismo” e “pós-estruturalismo”, para Giddens, é o fato que todos seus grandes expoentes são franceses, os quais mantiveram contatos mútuos, à exceção de Saussure. Cf. GIDDENS, Anthony. *Estruturalismo, pós-estruturalismo e a produção da cultura*. In: GIDDENS, Anthony; TURNER, Jonathan. **Teoria social hoje**. São Paulo: Unesp, 1999. p. 282.

⁵⁸ DOSSIE, François. **História do estruturalismo – O campo do signo, 1945/1966**. Tradução de Álvaro Cabral. Bauru: Edusc, 2007. v. 1, p. 11, *passim*.

iv) cria o impacto das relevações negativas do “marxismo real”, o que forjou um “marxismo à vácuo”⁵⁹, intimamente conceitual, epistemologizado e voltado à dissolução da categoria moderna de sujeito.

É certo que todo o desdobramento das vertentes marxistas vai além do horizonte histórico específico do programa estruturalista, mas, em contrapartida, será neste aporte que o ideário crítico oferecerá algumas respostas originais aos impasses do contexto anteriormente apontado. Tal novidade, contudo, parte de velhas reflexões. A própria ideia de “estrutura”, originalmente utilizada na arquitetura, e que, nos séculos XVII e XVIII fazia parte do vocabulário da biologia na análise do corpo humano, fincara raízes na teoria social, especificamente nas teorias de Spencer, Morgan e, como já abordado na metáfora do modo de produção, do próprio Marx⁶⁰. Se a análise estrutural dos fenômenos da cultura apresentava embriões em autores do século XIX, passando pela psicologia do início do século passado, será na linguística, tendo por marco inicial Saussure, e mais tarde a Escola de Praga, que fixará o neologismo “estruturalismo” como um verdadeiro paradigma transversal nas ciências da cultura. A busca de estruturas invariáveis da ação humana será uma tendência forte, com a qual, Freud, por exemplo, tratou o problema do inconsciente e da vedação do incesto como elementos centrais da transição e tensão entre natureza e cultura, instinto e civilização. Foi justamente nas trilhas desta busca de “invariáveis estruturais” do social que Levi Strauss, símbolo máximo desta tendência, revelará o paretesco como estrutura primordial do *ethos* social.

É nesse contexto que Althusser se coloca, ao lado dos “quatro mosqueteiros”⁶¹ do estruturalismo, como porta-voz de uma releitura do legado crítico marxiano, capaz de o qualificar como o “salvador supremo do marxismo”⁶². Precisamente na questão da ideologia, a crítica althusseriana merece destaque.

Partindo de Bachelard, notadamente de sua reflexão sobre obstáculos epistemológicos, Althusser adota a noção de ruptura, de corte epistemológico entre ciência e saber comum. Convém lembrar que o próprio Bachelard entendia a opinião como primeiro obstáculo que o espírito científico deveria superar, de cujo “mau” pensamento “traduz necessidades em conhecimento”⁶³. Essa noção herdada de “ruptura”, estabelecida como vértice do pensamento

⁵⁹ DOSSIE, François. **História do estruturalismo – O campo do signo, 1945/1966**. *Op. cit.*, p. 15.

⁶⁰ *Idem*, p. 24.

⁶¹ Seriam eles Louis Althusser, Levi Strauss, Roland Barthes e Michel Foucault. *Idem*, p. 23.

⁶² *Idem*, p. 383.

⁶³ GASTON, Bachelard. **A formação do espírito científico**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996. p. 18.

althussreiano, parte da compreensão de que o saber científico é aquele que se retifica constantemente. Neste programa de um “racionalismo aplicado” proposto por Bachelard “surtem as rupturas do conhecimento científico com o conhecimento vulgar”⁶⁴, sendo que esta ruptura legitimaria o discurso da ciência, eis que “profundamente recorrente, vigilante na produção de novos conhecimentos”⁶⁵. A própria caracterização althusseriana das fases do pensamento de Marx, uma primeira, filosófica, correspondente à sua juventude, e outra, ligada à sua maturidade intelectual, esboçaria esta ideia-chave de que o *Capital* seria o produto verdadeiramente científico do legado marxiano. A abordagem crítica relida por Althusser passará, então, pela sua notória influência de perspectiva bachelardiana, bem como o seu notório diálogo com a psicanálise⁶⁶, tudo dentro do horizonte epistêmico típico das linhas básicas do programa estruturalista, tendo como pontos sensíveis a revisitação da teoria da ideologia e o campo da teoria do Estado.

No tocante à teoria do Estado, Althusser entende a necessidade de avançar com certa prudência, tendo em vista que os clássicos do marxismo pecavam por apresentar uma teoria estritamente descritiva. O aprofundamento teórico do tema deveria partir, pois, da diferenciação da categoria Estado (e seus aparelhos repressivos) dos “aparelhos ideológico do Estado”. De certa maneira, Althusser retoma um tema tratado por Gramsci⁶⁷, de ampliação da concepção marxista do Estado e da superestrutura político-ideológica, numa perspectiva funcional das formas em que inúmeras instituições exerceriam a reprodução e a legitimação do poder do Estado⁶⁸. Assim, haveria os aparelhos (repressivos) do Estado, que funcionam mediante coação e violência física, bem como a repressão administrativa, sendo eles o

⁶⁴ PÊPE, Albano Marcos Bastos. **Racionalismo aplicado**: uma categoria bachelardiana. Porto Alegre: Movimento, 1987. p. 33.

⁶⁵ *Idem, ibidem*.

⁶⁶ Sobre as influências de Althusser, notadamente sua vinculação com as categorias da psicanálise freudiana, ver elucidativo trabalho em: RAMOS, Roberto José; JARDIM, Leticia Coronel. Althusser e Barthes: vértices epistemológicos. **Revista FAMECOS**, Porto Alegre, n. 17, p. 110-116, abr. 2002.

⁶⁷ A releitura do legado Gramsciano, tendo em vista os limites e objetivos deste trabalho, será abordado posteriormente, quando da apreciação da assimilação da crítica marxista ao pensamento jurídico. Tal escolha se deve ao fato de que, em grande medida, a vertente crítica gramsciana obteve expressão muito significativa no pensamento teórico-prático latino-americano, em especial o brasileiro, à luz da retomada dos conceitos “sociedade civil”, “hegemonia”, “guerra de posição” e “guerra de movimento”, bem como a importante visão de Gramsci acerca das funções dos intelectuais.

⁶⁸ “Ao que saibamos, Gramsci é o único que avançou no caminho que retomamos. Ele teve a idéia ‘singular’ de que o Estado não se reduzia ao aparelho (repressivo) de Estado, mas compreendia como dizia, um certo número de instituições da sociedade civil’: a Igreja, as Escolas, os sindicatos etc. Infelizmente Gramsci não sistematizou suas intuições, que permaneceram no estado de anotações argutas mas parciais [...]” ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado**. Tradução de Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1995. nota n. 7, p. 67.

“governo, a administração, o exército, a polícia, os tribunais, as prisões etc. [...]”⁶⁹. Ao lado destes, segue-se, então, o conhecido rol de instituições responsáveis pelo repasse e estruturação simbólica das relações de poder (AIE): diferentes Igrejas, sistema escolar, família, aparato sindical, imprensa e o sistema cultural⁷⁰. Uma nota relevante feita por Althusser, aparentemente marginal, mas de relevo para o tema em questão, revela que o campo jurídico apresentaria uma peculiaridade em face dos outros AIEs, qual seja, seria, ao mesmo tempo, Aparelho Repressivo de Estado e Aparelho Ideológico⁷¹.

Preso, ainda, conforme Albuquerque, às contradições decorrentes do “transplante” da teoria funcional do Estado de inspiração gramsciana com a tentativa de salvaguardar a ortodoxia da metáfora causalista do “modo de produção”⁷², a abordagem de Althusser apresentaria um grande mérito inovador à teoria crítica das ideologias, mormente em problematizar analiticamente as instituições específicas da sociedade civil responsáveis pela produção e reprodução da ideologia. Mais propriamente, os elementos francamente inovadores em relação à abordagem do marxismo clássico (antecessor) seriam aqueles que passaram a compreender que a ideologia: i) tem realidade material; ii) é a-histórica ou “omnihistórica”; iii) é interpelativa do sujeito pela categoria sujeito; e iv) sumete o sujeito a uma força interpelativa que o faz reconhecer-se como sujeito.

A ideologia, vista como estrutura material produzida e reproduzida pelos AIEs, seria a-histórica. Althusser tenta explicar o paradoxo desta afirmação, inferindo que esta ideia de que a ideologia é “puro” imaginário adviria da exegese da “*Ideologia Alemã*”, no sentido de que esta não tem uma história sua, particular, porquanto reflexo da “história real”, a história geral da luta de classes. Althusser busca, então, defender a tese de que, mesmo sendo, em última instância, a ideologia determinada pelas contradições gerais de classe, poder-se-ia dizer que ela também não tem história num sentido “positivo”, ou seja, ela seria “omnihistórica, no sentido em que esta estrutura e este funcionamento se apresentam da mesma forma imutável em toda história”⁷³. Eis o elo nítido com o programa estruturalista: estrutura e função omnipresentes, tendo-se como paralelo da ideologia o inconsciente de Freud.

⁶⁹ ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado**. *Op. cit.*, p. 67.

⁷⁰ *Idem*, p. 68.

⁷¹ *Idem, ibidem*.

⁷² ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon, Althusser, a ideologia e as instituições. *In*: ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado**. *Op. cit.*, p. 20.

⁷³ *Idem*, p. 84.

O modo próprio com que a ideologia agiria é a interpelação. Interpelar no sentido policialesco do termo, de chamar alguém para o pronunciamento acerca de algo. Esse chamado feito na rua, “ei, você aí” – para utilizar a metáfora (ou teatro teórico) de Althusser – faz o interpelado voltar a quem o interpela, e então, nesse movimento de 180 graus, enfim, faz-se sujeito que se reconhece. Sujeito seria, então, aquele que é interpelado e se reconhece, como sujeito, nesta interpelação. Nessa perspectiva, propõe Althusser a ressignificação dos termos que se vinculam à análise clássica do tema, desaparecendo o termo ideia (como alheia às práticas), permanecendo, ademais, as noções de crença, sujeito e consciência, sobressaindo-se, com base em sua nova abordagem, as práticas e o Aparelho Ideológico. Em suma: a ideologia só teria existência fenomenológica nas práticas, materialidade esta que se estabelece num determinado Aparelho Ideológico⁷⁴. Esta ideia, *mutatis mutandis*, da materialidade da ideologia como elemento concreto de práticas incorporadas, determinadas e determinantes, será, como se sabe, o material próprio da teoria sociológica de Bourdieu, pós-estruturalista, que, com sua abordagem singular, tentará, posteriormente, compreender a constituição e a reprodução desse processo de individuação do social e a socialização do individual como um *corpus* de disposições para ação. Numa palavra: *habitus*⁷⁵.

Viu-se, de forma pontual, que a ideologia interpela o sujeito no ponto mais primário de sua constituição, ou seja, no seu próprio reconhecimento enquanto sujeito. Seríamos, pois, desde sempre, e com a ideologia, algo que se percebe como sujeito antes mesmo de nascer⁷⁶. A ideologia seria constitutivamente prévia, sendo que: “toda ideologia interpela os indivíduos concretos enquanto sujeitos concretos, através do funcionamento da categoria de sujeito”⁷⁷. Eis o ponto-chave: assim entendida, haveria um ponto zero, no qual um discurso científico – sem um sujeito prévio à ideologia – poderia observar e identificar a ideologia? Esse é o ponto crucial. A ideologia, para si mesma, não tem uma “exterioridade”, os indivíduos se tornam

⁷⁴ ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado**. *Op. cit.*, p. 93.

⁷⁵ Como a categoria “habitus” será objeto de tratamento pormenorizado adiante, para o momento, implica entendê-la numa primeira definição como “aquilo que confere às práticas a sua relativa autonomia no que diz respeito às determinações externas do presente imediato. Esta autonomia é a do passado, ordenado e actuante, que, funcionando como capital acumulado, produz história na base da história e assim assegura que a permanência no interior da mudança faça do agente individual um mundo no interior do mundo.” BOURDIEU, Pierre *apud* WACQUANT, Loïc. **Esclarecer o Habitus**. Disponível em: <http://sociology.berkeley.edu/faculty/wacquant/wacquant_pdf/ESCLARECEROHABITUS.pdf>. Acesso em: 13 out. 2006.

⁷⁶ “Que um indivíduo seja sempre/já sujeito, antes mesmo de nascer, é no entanto a mais simples realidade, acessível a qualquer um, sem nenhum paradoxo. Que indivíduos sejam ‘abstratos’ em relação aos sujeitos que são desde sempre, Freud já o demonstrou, assinalando simplesmente o ritual ideológico que envolve a espera de um ‘nascimento’, este ‘feliz’ acontecimento.” ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado**. *Op. cit.*, p. 98.

⁷⁷ ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado**. *Op. cit.*, p. 96.

sujeitos desde sempre nela; contudo, a ideologia só teria realidade exterior para a ciência e para a realidade. Vale dizer: só no conhecimento científico se poderia estar situado fora da ideologia, no sentido de estar localizado num ponto privilegiado de observação. Na ciência, poder-se-ia afirmar: estou ou estava “na” ideologia. A ciência, concebida como observador privilegiado, capaz de ver de dentro e por fora, é a questão-chave da tradição moderna que aparece na relitura da crítica das ideologias de Althusser.

Nessa breve alusão à tentativa de reabilitação do marxismo, o estruturalismo althusseriano gerou muitas divergências, mesmo no campo de autores caros ao marxismo. Anderson, por exemplo, entende que a incorporação do estruturalismo fez da versão da teoria marxista de Althusser um verdadeiro anti-humanismo, esvaziando a crítica marxista do seu elemento mais caro. Seria o eco de um anti-humanismo no bojo de uma tradição que sempre apostou no protagonismo do ser humano? Seria a impregnação do pensamento crítico pela epistemologia cética e pessimista de uma teoria social em que o sujeito cederia lugar à estrutura? Um balanço global das principais críticas a essa perspectiva será feito adiante. Esse “pessimismo metafísico” e anunciador da “morte do sujeito”, resultado da percepção do desenvolvimento dos regimes totalitários, em contraste com uma certa visão progressista da história, ao lado do desconforto junto à utopia emancipacionista impactada pelo capitalismo renovado, toma forma e expressão no multifacetado trabalho dos intelectuais neomarxistas da Escola de Frankfurt. Àquela altura, um acerto de contas com o *Aufklärung* deveria ser feito.

A expressão “teoria crítica” realmente vai ganhar notabilidade e significado bem delineado com a Escola de Frankfurt. O conjunto de tendências teóricas, aglutinadas sob a rubrica “Escola de Frankfurt”, como ficou conhecida pública e tardiamente a partir de 1950, teve marco inicial em 1924, com a fundação do Instituto de Pesquisa Social, na cidade de Frankfurt. Inicialmente, a rejeição da denominação de “Instituto para o Marxismo” já denotava o “anticomunismo” que pairava à época, bem como um certo distanciamento da cartilha do “marxismo oficial” ou ortodoxo por parte dos seus membros iniciais⁷⁸. Será com Horkheimer e sua direção do Instituto, em 1931, que o perfil das abordagens feitas, antes voltadas à economia, passaram a compor os campos da filosofia, da história e da sociologia, abrindo um leque interdisciplinar que marcou os principais expoentes da Escola, tendo por meta central a elaboração, ainda que não unitária, de uma teórica crítica da sociedade,

⁷⁸ MATOS, Olgária C. F. **A Escola de Frankfurt**: luzes e sombras do Iluminismo. São Paulo: Moderna, 1993. p. 12.

partindo não só de uma releitura do pensamento de Marx, mas também dos clássicos da tradição do pensamento moderno como Descartes, Kant e Hegel.

Diante de um mosaico significativo de interpretações, à luz do trabalho multifacetado dos intelectuais que se destacaram no Instituto, como Max Horkheimer, Theodor W. Adorno, Hebert Marcuse, Walter Benjamin, Leo Lowenthal, Franz Neumann, Eric Fromm e Jürgen Habermas, dentre outros, Freitag destaca que o “fio vermelho que trespassa a obra de todos os autores é o tema do Iluminismo ou Esclarecimento”⁷⁹. Dentro desse largo espectro⁸⁰, foi com Horkheimer que uma ideia-chave, a oposição “teoria crítica” e “teoria tradicional”, figurou como lema da Escola. Adotando a tipologia de Nobre, é possível identificar dois modelos críticos no pensamento de Horkheimer: um, na produção inserta na década de 1930, e outro, nos escritos de 1940.

Fazer uma teoria crítica implicava continuar o legado marxiano, sem abdicar, contudo, da revisão explícita e contextualizada de alguns de seus aspectos. Uma das revisões mais sensíveis, presentes nos dois modelos (1930 e 1940), passaria pela necessidade de retomar a ideia de *práxis*, da união entre teoria e prática, tendo por corolário a ideia anterior de que o proletariado seria o único sujeito histórico capaz de destruir o capitalismo⁸¹. Para Nobre, sem abrir mão do núcleo da crítica marxiana, arrimada na emancipação em face da dominação e da insatisfação diante do existente, com essa nova forma de revisão da tradição crítica marxiana, Horkheimer seria o fundador da postura que mais tarde seria identificada como “Escola de Frankfurt”⁸².

Ocorre que não só o proletariado não era o mesmo do tempo de Marx, como o próprio capitalismo. A atualização do legado crítico, então, partiu de várias perspectivas novas. Primeiramente, havia um ambiente crescente de especialização e de disciplinas científicas na década de 30 do século passado; a intensa especialização do saber era um dado novo e, como tal, não poderia estar ausente de uma nova teoria crítica, mesmo que, em face deste novo rol de disciplinas científicas, fosse preservado no núcleo da abordagem crítica – a economia política – pelo menos naquele primeiro momento. Como se sabe, a psicanálise freudiana foi

⁷⁹ FREITAG, Bárbara. **A teoria crítica ontem e hoje**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990. p. 34.

⁸⁰ É possível estabelecer três grandes momentos programáticos da Escola de Frankfurt: primeiro momento, entre 1937 e 1938, marcado pela “Teoria Crítica” de Max Horkheimer; segundo momento, em 1961, marcado pelos debates sobre a lógica das ciências sociais (Popper vs. Adorno) e um terceiro momento, em 1972, representado pelo debate efetuado entre Luhmann e Habermas. Cf. FREITAG, Bárbara. **A teoria crítica ontem e hoje**. *Op. cit.*, p. 36.

⁸¹ NOBRE, Marcos. Max Horkheimer – A teoria crítica entre o nazismo e o capitalismo tardio. *In*: NOBRE, Marcos (Org.). **Curso livre de teoria crítica**. Campinas: Papyrus, 2008. p. 37.

⁸² *Idem, ibidem*.

uma das disciplinas novas que dialogou, não só com o estruturalismo, mas também com os frankfurtianos, mormente nos trabalhos de Eric Fromm. Em suma, no modelo crítico heterodoxo dos anos de 1930, uma Teoria Crítica contemporânea necessariamente deveria ser interdisciplinar⁸³.

Um novo diagnóstico era descortinado. Com base em Pollock, viu-se que, apesar da vitória proletária com a Revolução de 1917, não ocorreu a agudização das contradições de classe, como previa a ortodoxia, sendo que a transição para um capitalismo monopolista implicou uma crescente intervenção estatal que não levou, mesmo após a crise de 1929, ao colapso do capitalismo. Ao contrário, o estatalismo levou à própria reestruturação do capital. Ademais, Horkheimer, a partir de estudos de Fromm, entendia que a “classe trabalhadora” daquele instante não era a mesma no contexto do século XIX. Não ocorreu, como previsto, a polarização entre uma classe majoritariamente empobrecida *versus* uma classe enriquecida, na medida em que dentro do próprio proletariado houve uma visível diferenciação econômica; aumentada a diferenciação intraclasses, restaram dificultadas as estratégias de ação unificadas contra o capital. Por fim, Horkheimer fora contemporâneo dos regimes totalitários, notadamente o nazi-fascismo. A ascensão de tais regimes seria a prova da subestimação da força do capitalismo, bem como as suas novas formas de cooptação ideológica de massa via meios de comunicação, ressaltando um tema posteriormente relevante para os frankfurtianos, especialmente Adorno, que seria a indústria cultural. Sem levar em conta os efeitos desses novos elementos estruturais não seria possível uma nova teoria crítica⁸⁴. A pergunta central da reflexão de Horkheimer – que de certa maneira guarda o mesmo sentido daquelas outras presentes na abertura do presente capítulo, claro que em outra perspectiva e contexto – poderia ser assim formulada: existira ainda lugar para uma teoria crítica num contexto de crise da razão, sem, contudo, abdicar do seu *ethos* de emancipação? Daí surge o ponto central, a distinção entre a teoria crítica e teoria tradicional, base do modelo proposto em 1930, mormente em seu opúsculo “Traditionelle und kritische Theorie”, de 1937.

De uma forma geral, a ideia de teoria referia-se a um conjunto de proposições vinculadas unitariamente, obtidas dedutivamente, num modelo em que as suas conclusões estariam isentas de contradições. Esse modelo, vitorioso no campo das ciências da natureza, também tentava ser seguido nas ciências sociais. Essa concepção comum da teoria tem como

⁸³ NOBRE, Marcos. Max Horkheimer – A teoria crítica entre o nazismo e o capitalismo tardio. *Op. cit.*, p. 38.

⁸⁴ *Idem*, p. 40-41.

ponto de partida o pensamento cartesiano⁸⁵. Com Descartes, estruturaram-se as bases de um tipo de teoria que pode ser qualificada como tradicional, em oposição a Marx, do qual se pode retirar o substrato elementar de uma teoria crítica. Horkheimer evidencia o embrião dos desvios do *Aufklärung*, de uma razão totalitária, baseada fortemente no racionalismo cartesiano.

O eixo fundamental da teoria tradicional estava alicerçado na dicotomia – para muitos fundadora da moderna filosofia do sujeito ou da consciência – entre o homem (como sujeito cognoscente) e a natureza (mundo cognoscível exterior), um dualismo manifesto pela diferença entre pensar e ser⁸⁶. A dúvida radical, máxima cartesiana acerca da validade do real, o primado da incerteza, da tensão entre aparência e verdade, da enganação dos sentidos⁸⁷, da incerteza entre o sonho e a vigília⁸⁸, elementos postos em suas “*Meditações*”, implicavam considerar como verdadeiro axioma do pensamento cartesiano que só há um ponto de partida possível: é mais fácil conhecer o espírito do que o corpo, sendo que a existência da natureza ocorreria justamente no espírito (intelecto/razão)⁸⁹. A única direção possível à *clara et distincta perceptio* dos fenômenos passaria pela conclusão de que se é um ser como uma máquina, uma máquina que pensa, e de cuja existência se vincula a razão: *cogito ergo sum*.

Será na contestação deste “eu” pensante, concebido pelo racionalismo como sujeito solipista do conhecimento, apartado da natureza, e, de alguma maneira, produto histórico da distinção epocal dos dois mundos (ser e dever ser, natureza e cultura), que a teoria crítica revisitada deveria se contrapor. Para o racionalismo cartesiano do século XVII, a matéria bruta da natureza ganharia validade ontológica com o *cogito*. Daí que, mesmo antes das posteriores filosofias analíticas do sujeito, à luz do transcendentalismo kantiano e do idealismo de Hegel, “com esse procedimento Descartes transforma a natureza material em

⁸⁵ HORKHEIMER, Max. Filosofia e teoria crítica. In: **Textos Escolhidos**. Tradução de Zeljiko Loparic *et al.* 5. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1991 (Coleção Os Pensadores - 16), p. 69, *passim*.

⁸⁶ HORKHEIMER, Max. Filosofia e teoria crítica. *Op. cit.*, p. 37.

⁸⁷ “3. Suponho, portanto, que todas as coisas que vejo são falsas; persuado-me que jamais existiu de tudo quanto minha memória referta de mentiras me representa; penso não possuir nenhum sentido; creio que o corpo, a figura, a extensão, o movimento e o lugar são apenas ficções de meu espírito. O que poderá, pois, ser considerado verdadeiro? Talvez nenhuma outra coisa a não ser que nada há no mundo de certo.” [Meditação Segunda] In: DESCARTES, René. **Discurso do método; Meditações; Objeções e respostas; As paixões da alma; Cartas**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os Pensadores: História das grandes idéias do mundo ocidental – XV), p. 99.

⁸⁸ “Quantas vezes ocorreu-me sonhar, durante a noite, que estava neste lugar, que estava vestido, que estava junto ao fogo, embora estivesse inteiramente nu dentro do meu leito?” DESCARTES, René. **Discurso do método; Meditações; Objeções e respostas; As paixões da alma; Cartas**. *Op. cit.*, p. 94.

⁸⁹ *Idem*, p. 106.

ideia, pré-requisito para sua quantificação”⁹⁰. Destaca-se, com efeito, o ponto-chave para a transformação da razão em uma razão instrumental, dominadora, com a qual a natureza (*res extensa*), oposta ao sujeito, passaria a ser transformada em ideia e seria por ela ordenada; natureza, complexidade e desordem passariam a ser natureza-pensada pela razão, mediante a redução dos erros e desvios oriundos de uma superficial percepção dos sentidos enganadores. Eis o método, concebido como caminho capaz de desconstruir, dividir a complexidade para pô-la em ordem. Esse procedimento seria composto de três fases: i) rejeitar preliminarmente uma inferência como verdadeira, se esta não se lhe apresentasse clara e distinta, tendo por regra a dúvida sobre sua veracidade; ii) dividir as dificuldades, tantas vezes quantas forem preciso para resolução de um problema; e iii) “fazer em toda enumeração tão completas e revisões tão gerais, que eu tivesse certeza nada omitir”⁹¹.

Estava evidente para Horkheimer, bem assim para o conjunto de intelectuais da Escola de Frankfurt, que a trajetória do *Aufklärung* estava na base do cientificismo conjurado por uma razão instrumental dominadora. Uma teoria, portanto, seria tradicional quando seu móvel fosse uma razão que se coloca como mero instrumento de dominação, pretensamente isolada na forma de uma teoria alheia à *práxis* social, sendo esta a fonte dos desvios do Iluminismo do seu objetivo primordial. O divórcio do “eu” com a natureza, já presente na crítica romântica, e mesmo na teoria da alienação do jovem Marx, o abandono do “mundo da vida” em nome de uma objetividade fundadora do método das ciências duras, tudo feito no interesse de emancipar o homem do mito, fundou um Iluminismo condenado *ab initio*.

A referência literária feita por Horkheimer e Adorno ao Canto XII de *A Odisséia* ilustraria esse processo, no qual a razão ocidental, tal qual Ulisses, para suportar (e ainda assim ouvir) o canto das sereias em sua longa jornada de retorno, teve que ser presa a duras amarras. Falando com sotaque freudiano, a essa vedação do gozo, de não ser envolvido pelo canto ilusório que seduz e chama ao berço do misterioso e do ancestral, a essa necessidade de a razão romper com mito (*sapere aude!*), opõe-se-lhe o preço de pulsar, como mal-estar ou como sintoma, a renúncia da complexidade em detrimento da ordem. No campo formado pelo pensamento tradicional, persistiria, então, a ideia de um sujeito sem história, de uma razão indolente, parafraseando o título singular da obra de Boaventura de Sousa Santos. O Iluminismo havia criado uma razão esvaziada de todo sentido emancipatório vindo da experiência mundana, uma experiência vedada, um paraíso proibido pelo degredo da razão. O

⁹⁰ FREITAG, Bárbara. **A teoria crítica ontem e hoje**. *Op. cit.*, p. 40.

⁹¹ DESCARTES, René. **Discurso do método; Meditações; Objeções e respostas; As paixões da alma; Cartas**. *Op. cit.*, p. 45-46.

ápice deste processo de racionalização se deu, com efeito, com o corte operado pela insatisfação com o dado, a realidade transformada em objeto, eis que o mundo deixava de ser o mundo vivido e passaria a ser uma descrição formal. O caráter, portanto, ideológico do conhecimento radicaria neste distanciamento que se deu na consolidação do Iluminismo. Uma teoria tradicional supõe uma existência fixa, abstrata e invariável entre sujeito, objeto e teoria, o que se mostrava como o oposto de uma teoria dialética-crítica. Nesse desvio de rota residiria o caráter imobilista e mistificador do conhecimento tradicional, uma vez que, “possuindo uma fundamentação a-histórica, transforma em uma categoria coisificada (*verdinglichte*) e, por isso, ideológica”⁹².

A teoria crítica, ao contrário da tradicional, fiel ao núcleo do legado marxiano, para Horkheimer, seria a única capaz de manter o ideal humanista do Iluminismo originário sem ceder às *trampas* da razão instrumental. A diferença estaria no fato de que a teoria crítica estabelecería uma relação dinâmica com a classe dominada, não apenas num sentido de constatação histórica, sendo ela própria um fato que estimula a transformação das condições sociais. Não havería, contudo, como infere Horkheimer, critérios gerais formalizadores da teoria crítica, tampouco uma classe a que ela poderia ser consentida, permanecendo, ademais, como mandato próprio, o *telos* geral, o objetivo implícito do agir teórico à supressão da dominação de classe⁹³.

No modelo crítico iniciado nos anos 40 do século XX, um acerto de contas com a questão da emancipação da ortodoxia também deveria ser feito. Considerando-se que o próprio marxismo originário entendia o conhecimento e o progresso como valores capazes de levar à emancipação, Adorno e Horkheimer anunciavam a aporia com a qual a teoria crítica se encontrava, pois o capitalismo tardio, mormente após a Segunda Grande Guerra, ao transformar o conhecimento em técnica, fixou os próprios óbices ao rompimento da dominação de classe.

Esse cenário muito genérico do aqui se denominou de *démarche* ou tradição crítica, à luz de dois grandes marcos da modernidade (Kant e Marx), e sua recente revisitação, iluminada por tratamentos isolados de autores neokantianos e neomarxistas, apesar de parcial e limitado, oferece balizas para se pensar mais de perto o que pode ser entendido sob o rótulo de “crítica jurídica”. Nem sempre, é bom registrar mais uma vez, os esforços de uma crítica jurídica passam por uma mínima observação das marcas de trajeto como etapa necessária de

⁹² HORKHEIMER, Max. Filosofia e teoria crítica. *Op. cit.*, p. 35.

⁹³ *Idem*, p. 68.

sua própria constituição. Afinal, o que se convencionou denominar de “crítico” no campo jurídico, seja no sentido kantiano ou marxiano? Como todos esses elementos tratados sobre a análise da ideologia, do conhecimento e da razão, abordados de forma tão contundente nos marcos da filosofia e teoria social que permearam os últimos três séculos, foram trazidos, assimilados (ou não) pelas vertentes teóricas dominantes do campo jurídico?

Um elemento poderá concentrar o foco diante de tamanha empreitada. Decerto o centro de gravidade da tradição crítica moderna foi a noção muito clara de oposição. Um dos traços mais característicos do pensamento crítico foi, outrossim, uma visível capacidade de deslocamento, assumindo e anunciando os limites das tradições antecedentes, ora como limites teóricos, em Kant, ora com limites ideológicos, em Marx. Esse *pathos* não se estabeleceu, como bem visto, sem que a crítica identificasse a própria tradição que lhe impulsionava como um “outro” que se estabelecia como contraponto, a partir do qual a crítica seria a “melhor” forma de compreensão, ou a compreensão “real” ou melhor compreensão possível. Esse *modus operandi*, caracterizado por estabelecer sempre um contraponto, uma certa dialética no sentido originário do termo, foi o *ethos* da crítica nas duas grandes matrizes do pensamento ocidental. Com tal movimento, algumas abordagens críticas, cada uma ao seu estilo, elegeu modelos de pensamento e de verdade a partir dos quais pode se confrontar e se afirmar.

De posse destas ponderações, a identificação do lugar próprio de uma crítica jurídica parte, então, de igual sorte, da percepção dos lugares a partir dos quais houve assimilações e deslocamentos, contrapontos e confrontações entre pensamento jurídico tradicional *versus* crítica jurídica insurgente. Foi na determinação destes “outros” que a possibilidade de uma crítica jurídica veio à tona no campo da teoria e da filosofia do direito do último século. Jusnaturalismo, metafísica, jurisprudência tradicional, positivismo... Muitas foram as denominações deste *alter* contra e a partir dos quais a crítica jurídica de caráter kantiano e marxista empunhou suas armas recentemente, mas, não obstante, não conseguiu ficar imune à crise que se abateu no conjunto global de suas fontes de inspiração.

1.1.2 A crítica neokantiana no direito

Para iniciar o segundo momento deste capítulo, destaca-se a posição de Mangabeira Unger:

Nenhuma forma de discurso, não importa quão poderosa seja a sua influência, consegue ocupar a totalidade de uma cultura jurídica ou penetrar completamente em uma mente jurídica. Mesmo naqueles lugares em que é mais articulada e eficaz, a análise jurídica racionalizadora alcança posição peculiar a partir de sua coexistência com concepções diferentes do direito⁹⁴.

Mesmo inserta em uma outra proposta analítica⁹⁵, a questão levantada na extensa citação de Mangabeira Unger serve de mote para se pensar como, efetivamente, o legado e os impasses dos dois modelos da crítica moderna (Kant e Marx) se relacionaram com a cultura jurídica especificamente, mais propriamente no campo da teoria do direito (epistemologia) ou nos principais discursos contradogmáticos que o campo do direito produziu na tradição continental⁹⁶. O kantismo e o marxismo, entendidos *lato sensu* como discursos filosóficos ou visões de mundo, foram assimilados pelas vertentes principais do pensamento jurídico? Em que medida?

Seria possível localizar o germe de um pensamento crítico do e no direito antes mesmo da intersecção específica dos legados de Kant e Marx. Com Coelho, por exemplo, entendendo que a abordagem crítica, no campo jurídico, significou uma reação específica aos pressupostos ideológicos de uma concepção dogmática, a qual seria composta por pressupostos conceituais ligados ao direito, sendo eles: a sua unicidade, estatalidade, “natureza” racional, legitimidade meramente formal, primazia da lei, ordenamento não contraditório, dentre outros. Para esse autor, então, a contestação de tais pressupostos teria ocorrido sob duas perspectivas: numa, crítica jurídica “intradogmática”, e noutra, “meta dogmática”. A primeira expressão crítica aos pressupostos citados ocorreu dentro dos quadros de uma ciência jurídica tradicional, no próprio campo operativo da linguagem jurídica dos juristas de ofício, com tendências que buscavam, ainda no bojo de num modelo disciplinar, por dentro do campo jurídico, abrandar ou retificar os excessos ideológicos da teoria jurídica dogmática. Foi o caso, na França, da Escola da Livre Investigação Científica em contraposição à Escola da Exegese, a jurisprudência finalista da segunda fase de Jhering e o sociologismo germânico de Erlich e Kantorowicz. Também no campo “interno” da crítica jurídica, Coelho destaca o âmbito anglo-americano e o “realismo jurídico” que se contrapôs à Escola Analítica inglesa, além de se vislumbrar uma “jurisprudência dos valores” no mundo

⁹⁴ UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 59.

⁹⁵ Autor da tradição estadunidense do “*Critical legal studies*”.

⁹⁶ As expressões “Tradição continental” e “*Civil Law*” são empregadas, ao longo do texto, como sinônimas, designando a família jurídica romano-germânica, em contraste da tradição da “*Common Law*” do contexto anglo-americano.

luso-hispânico. Essas tendências estavam localizadas, prioritariamente, no campo teórico e operativo do direito, reforçando, em certa medida, a assertiva de Unger, na qual uma cultura jurídica, ainda que influenciada por tendências de pensamento fora do seu campo, opera com certa imunidade⁹⁷.

A imunidade relativa da cultura jurídica teria sido quebrada com as tendências da crítica jurídica metadogmática. Assim, com o ideário socialista e com a “guerra fria”, “O saber jurídico passa a valer-se da história, da sociologia, da antropologia, volta-se para o meio onde o fenômeno jurídico ocorre e alarga ao infinito a compreensão do que se entende por ‘Direito’...”⁹⁸ Seria neste campo, para Coelho, que a crítica, como uma teoria do conhecimento problematizadora do próprio conceito de direito e dos saberes a ele vinculados, teria uma feição interdisciplinar, sendo, inclusive, o campo em que a crítica marxista teria aportado em âmbito jurídico. Sem adentrar na validade desta tipologia, dela se pode perceber que, em certa medida, a crítica kantiana e marxista que se vincularam, de “fora para dentro”, ou, dentro desta visão metadogmática, em relação à reflexão jurídica interna, de ofício ou tradicional. Dessa forma, as visões críticas metadogmáticas, da filosofia ou da teoria social, tiveram, em razão da lógica própria dos saberes jurídicos tradicionais, marcados por sua relativa imunidade, que enfrentar, *v.g.*, o debate localizado do conceito de direito e a função dos saberes jurídicos relativos ao seu campo próprio de realização⁹⁹. Não será por acaso, então, que os grandes campos de especulação da filosofia ou teoria do direito no século XX passaram por estes temas.

Ainda que se fale de um legado kantiano visível em autores caros ao pensamento jurídico europeu como Giorgio Del Vecchio, Rudolf Stammler, Emil Lask e Gustav Radbruch¹⁰⁰, o retorno à crítica moderna de Kant, e todo o seu corolário teórico-metodológico¹⁰¹, efetivou-se de forma mais evidente e difundida no pensamento de Hans Kelsen no período entre-guerras do século passado. Encarar o projeto kelseniano como um projeto crítico aparentemente conflita com a imagem comum projetada sobre a Teoria Pura do Direito (doravante TPD) como sendo a abordagem mais resistente e retrógrada do positivismo jurídico que influenciou a tradição *Civil Law* e seu apego ao positivismo formalista. Aqui é preciso, desde já, separar o joio do trigo. Comunga-se, na análise aqui empreendida, da

⁹⁷ COELHO, Luiz Fernando. O pensamento crítico no direito. **Seqüência**, Florianópolis, n. 30, p. 67-68, 1995.

⁹⁸ *Idem*, p. 68.

⁹⁹ *Idem*, p. 68-69.

¹⁰⁰ Cf. REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 113-114.

¹⁰¹ GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 340.

interpretação feita por juristas críticos, inclusive influenciados pela crítica marxista, como Óscar Correias¹⁰², na qual se alerta para uma certa miopia generalizada acerca do potencial crítico do trabalho teórico de Kelsen, o que, no Brasil, por exemplo, gerou uma verdadeira vulgata. Se é certo, como será demonstrado, que Kelsen tentou superar as aporias do positivismo jurídico de então com uma concepção kantiana de conhecimento, também são certos os limites visíveis de sua visão de mundo e de ciência, quanto a essa constatação não há qualquer oposição. Todavia, a percepção dos limites teóricos de cada autor ou abordagem – o que ocorre, diga-se de passagem, em toda tradição de pensamento – não deve obliterar a validade de seus elementos heurísticos gerais¹⁰³.

Se está evidente que o projeto kelseniano se afastou das premissas do modelo crítico marxiano – com o qual, inclusive, tensionava frontalmente¹⁰⁴ – por outro lado, tal proposta nitidamente se baseou numa crítica gnosiológica tipicamente kantiana. O que Kelsen postulou, *grosso modo*, foi exatamente a demarcação dos limites da razão jurídica. Como todo projeto crítico, o projeto de Kelsen objetivou superar certas tendências teóricas dominantes no seu campo de ação intelectual, assim como foi também atingindo pelos impasses da crise global da racionalidade já abordada nos tópicos anteriores. Kelsen estruturou uma contundente crítica de uma pseudoverdade jurídica por ele identificada em dois grandes campos: primeiro na metafísica, configurada basicamente pelas vertentes jusnaturalistas de várias feições, e depois pela jurisprudência tradicional, aqui entendida como “dogmática jurídica”, e seu caráter eminentemente político-ideológico. Nos dois casos, Kelsen almejava estabelecer contrapontos, denunciando os excessos desses modelos de racionalidade jurídica concebidos fora dos limites de uma ciência objetiva, seja na forma de ideologia, seja na forma de pensamento metafísico. Toda essa crítica não se operou sem alguns pressupostos¹⁰⁵.

¹⁰² Cf. CORREAS, Oscar (Org.). **El otro Kelsen**. Segunda reimpressão. México: Unam, Ediciones Coyacacán, 2006.

¹⁰³ Sobre a contribuição estritamente teórica de Kelsen, é digna de nota a observação de Kaufmann: “A ‘teoria pura do direito’ fomentou extraordinariamente a teoria do direito. Contudo, do ponto de vista da prática, ela quase não mereceu atenção, o que se compreende, já que suas formas e categorias de pouco servem à prática”. KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo do tempo. *In*: _____; HASSEMER, Winfried (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 182.

¹⁰⁴ Nesse sentido, verificar: CORREAS, Oscar. **Kelsen y los marxistas**. México: Coyoacán, 1994.

¹⁰⁵ As considerações feitas neste tópico sobre o pensamento kelseniano partem da revisitação e amadurecimento de duas análises anteriores. Cf. LUZ, Vladimir de Carvalho. Neopositivismo e Teoria Pura do Direito – Notas sobre a influência do verificacionismo lógico no pensamento de Hans Kelsen. **Seqüência**, Florianópolis, v. 47, p. 11-32, 2003; LUZ, Vladimir de Carvalho. A invisibilidade da crítica kelseniana sobre os limites da dogmática jurídica: um senso comum teórico ainda não desvelado? **Cadernos UNDB – Estudos Jurídicos Interdisciplinares – Revista do Curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco**, v. 1, p. 11-37, 2006.

Considerando que a TPD foi o resultado de uma longa maturação teórica, seu núcleo epistemológico foi estabelecido na tentativa de se configurar o estatuto específico de uma ciência jurídica, até então concebida nos círculos acadêmicos ora como “jurisprudência tradicional”, o que se aproxima do se convencionou tratar como dogmática jurídica, ora como sociologia do direito. Sem a compreensão das dimensões históricas das tradições culturais e filosóficas que compõem a base da TPD, será precária a percepção do estatuto particular de ciência proposto por Kelsen.

Percebida como obra extremamente complexa, que ocupou lugar decisivo em vários embates da filosofia do direito do século passado, a TPD, apesar de sua longa divulgação após a segunda metade do século passado, teve os seus fundamentos remotos fixados desde o início do século XX, a partir do escrito kelseniano denominado “Problemas capitais da teoria do direito estatal”, opúsculo publicado em 1911¹⁰⁶. Desde sua primeira tiragem, em 1933, até sua forma final, em 1960¹⁰⁷, a TPD foi construída a partir de duas visões de mundo, duas grandes teorias do conhecimento: o já mencionado neokantismo da Escola de Marburgo e o neopositivismo dos empiristas lógicos do eixo Berlim/Viena. A intersecção existente entre as preocupações nucleares das mencionadas matrizes de pensamento levaram Kelsen à montagem de uma ciência jurídica com pressupostos formais específicos, blindada, do ponto de vista de sua coerência lógica, em relação aos perigos do mundo da política e dos valores morais, seguindo a bula do neokantismo e do positivismo lógico da época.

É relevante perceber, com Paulson, que o pensamento kelseniano, apresentando nítidas aproximações das ideias do neocriticista Rickert, tinha por base uma matriz gnosiológica kantiana, pois seu ponto de partida filosófico essencial era a clássica separação entre dois mundos, o dos fatos e o dos valores¹⁰⁸, ou, como retratado especificamente na TPD, a separação entre a esfera do mundo do ser (*Sein*) e do dever-ser (*Sollen*). Partindo dessa percepção gnosiológica tipicamente kantiana, que distingue, no plano da realidade, a ordem fenomenal dos fatos do campo da imputabilidade, que Kelsen pôde apoiar o seu pesado projeto de uma ciência do direito autônoma, e, por essa razão, “purificada”, no sentido formal; um saber que passaria a ocupar um lugar próprio, uma região ôntica exclusiva, distinta do campo das ciências naturais e das demais ciências da cultura, ou seja, um conhecimento

¹⁰⁶ BASTOS, Aurélio Wander. **Hans Kelsen**: resumo biográfico 1881-1973/Tradução e adaptação. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Pesquisas Jurídicas, 2003. p. 20.

¹⁰⁷ PRADE, Péricles. **Duguit, Rousseau, Kelsen e outros ensaios**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997. p. 46-48.

¹⁰⁸ PAULSON, Stanley L. La distinción entre hecho y valor: la doctrina de los dos mundos y el sentido inmanente – Hans Kelsen como neokantiano. **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 26, p. 547-582, 2003.

jurídico purificado em suas bases estruturais. A visão de Kelsen acerca da teoria dos dois mundos constitui um dos temas transversais de várias de suas obras, podendo ser concebida como um marco teórico essencial com o qual seu pensamento, desde muito cedo, foi amadurecendo.

A não identificação dos planos do ser com o do dever foi a intuição filosófica que teria movido o então jovem e desconhecido Kelsen contra o já conhecido e respeitado Ehrlich, numa contenda histórica sobre a impropriedade epistemológica de uma “sociologia jurídica”. Seria logicamente inapropriado para Kelsen, já nos seus primeiros trabalhos, imaginar que uma ciência específica do direito pudesse elaborar proposições deduzidas do mundo do “ser” do direito, que é fundamentalmente político, histórico e social. Tal pressuposto é fundamental, pois se trata de um primeiro ponto de partida, uma premissa necessária para o correto entendimento da estrutura e dos limites da noção de ciência kelseniana e, fundamentalmente, do seu espaço específico, que não se confundirá com o espaço da interpretação retórica e da aplicação política do direito feita pela comunidade jurídica, pois este campo seria basicamente axiológico, vinculado ao “ser” do direito. O dualismo kantiano da TPD retrata a relevância de uma categoria central da lógica kelseniana: a impossibilidade de um discurso científico cair na armadilha da falácia naturalista.

Uma norma jurídica, observada pelo plano formal do “dever-ser”, vista sob o prisma de sua estrutura lógica, não poderia ser deduzida, no sentido apodítico, de um fato, porquanto os fatos se localizam na esfera do “ser”. Considerar o contrário, ou seja, derivar a validade (existência própria de uma norma) a partir de sua realização na esfera do “ser” seria negar o caráter contrafático do direito, que nada mais seria que uma técnica social específica de motivação de condutas¹⁰⁹. Seria possível caricaturar essa questão da seguinte forma: o fato de que muitas pessoas matem (mundo do ser) não retira a validade jurídica da norma positiva que pune o homicídio. *A contrario sensu*, se isto fosse logicamente possível, dever-se-ia deduzir que há uma regra válida que obriga o homicídio, em face da constatação fática de que muitas pessoas matam outras¹¹⁰. Para Kelsen, desconsiderar a validade da Lei de Hume seria

¹⁰⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 27, *passim*.

¹¹⁰ É cediço que a relação entre “validade” e “eficácia” é complexa, sendo que, para alguns autores, tal relação sofre uma modificação ao longo do trabalho kelseniano. Dentre algumas perspectivas, para Cademartori: “[...] em Kelsen, 1) a validade é independente da eficácia, não se confundindo com esta, mas sendo esta a condição daquela; 2) a eficácia é condição de validade, no sentido de que sem eficácia a norma deve entender-se como tendo perdido sua validade (o fenômeno da dessuetude); 3) a eficácia sustenta indiretamente a validade da norma, dado que somente pode postular-se validade de uma norma isolada quando ela pertencer a um ordenamento que, este sim, deve ser eficaz para ser obedecido.”

justamente a causa da babel epistemológica de sua época¹¹¹, pois o sociólogo e os membros da jurisprudência tradicional desconsideravam tal pressuposto, na medida em que formulavam conclusões normativas a partir de elementos do mundo fático. Assim, essa limitação lógica, derivada da falácia naturalista, é o pressuposto sem o qual a visão da ciência kelseniana será vista de forma míope, o que, diga-se preliminarmente, não a imuniza diante de algumas críticas que serão abordadas alhures.

A segunda matriz que se mostra como fundamental para o projeto kelseniano corresponde ao neopositivismo lógico, abordagem que fornecerá o conceito de “verdade” científica da TPD. Para os empiristas lógicos, elite intelectual nos meios acadêmicos do eixo Berlim/Viena, um saber incapaz de escalonar suas conclusões em proposições falsas ou verdadeiras não poderia estar no patamar de uma verdadeira ciência, mas no âmbito da metafísica. É certo que, ainda que se vislumbre a não subordinação de Kelsen a alguns pontos do “fiscalismo”¹¹², ou seja, a ideia de Rudolf Carnap de unificar a linguagem científica a partir dos padrões lógico-formais da física, por outro lado, não se pode deixar de perceber que a ciência do direito kelseniana só foi possível tendo por base uma teoria da proposição jurídica e do verificacionismo lógico decorrentes do Círculo de Viena.

Seria apropriado dizer, enfaticamente – o que nem sempre é ressaltado em trabalhos sobre Kelsen –, que o positivismo que sustenta o discurso kelseniano parte fundamentalmente da noção de verificabilidade lógica do Círculo de Viena, e não só do repúdio comum aos discursos metafísicos, como foi elaborado pelo positivismo comteano. Um dos aspectos menos ressaltados da TPD, ao menos no discurso comum, está na identificação precisa da intersecção do projeto kelseniano com algumas premissas do ideário científico tipicamente neopositivista, para o qual ciência seria apenas uma espécie de discurso rigoroso, não metafísico, capaz de encadear proposições logicamente falsas ou verdadeiras.

A proposição jurídica, resultado da cognição própria da ciência do direito, não seria, para Kelsen, mera repetição linguística do enunciado da norma jurídica. Suponha-se que existisse uma norma positiva válida determinando a execução do patrimônio daquele que não indenizou a pessoa prejudicada pelo não cumprimento de promessa esponsalícia. Neste caso, a proposição jurídica relativa a esta norma seria: “quando alguém não indeniza o prejuízo

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 52-53.

¹¹¹ MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 42.

¹¹² Cf. KARAM, Munir. **Estudos de Filosofia do Direito**: uma visão integral da obra de Hans Kelsen. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

causado pelo não cumprimento de promessa esponsalícia deve proceder-se à execução”¹¹³. Além de serem enunciados logicamente diversos, seja a norma-objeto de cognição e a sua respectiva proposição descritiva, esta última (a proposição) não seria elemento sem utilidade, como se poderia antever, pois, como perspicazmente anuncia Kelsen, seria o mesmo que achar supérfluas as proposições da ciência natural (descritiva do seu objeto) pelo fato de existir a natureza. Aproveitando-se, com efeito, da visão dos empiristas lógicos, de elaboração de “proposições verdadeiras”, *mutatis mutandis*, a humilde tarefa do cientista do direito kelseniano estava apenas circunscrita ao ato puramente descritivo, a partir da análise do direito positivo, elaborando um grupo de proposições jurídicas descritivas. A razão de tal tarefa, aparentemente modesta e sem sentido para o aplicador ordinário do direito, é simples. Para que existisse a possibilidade epistemológica de uma ciência jurídica, no modelo admitido pelo empirismo lógico, o ato do cientista do direito só poderia ser descritivo, ou seja, uma ação produtora de proposições jurídicas, pois apenas as proposições poderiam ser, quando confrontadas ao princípio da não contradição, avaliadas logicamente como verdadeiras ou falsas. Repita-se: o cientista do direito, para Kelsen, simplesmente conhecia e descreveria um sistema de normas, não meramente reproduzindo a sua função de “dever ser”, mas retratando a sua estrutura mediante enunciado proposicionais. Somente levando em conta essa ideia-base é que o cientista do direito poderia, racionalmente, obter um discurso verdadeiro. Apenas como ilustração, são significativas as observações feitas por Kelsen, em notas explicativas insertas em sua obra postumamente publicada:

Carnap não deixa, portanto, nenhuma dúvida sobre o fato de que, segundo sua opinião, normas (imperativos) não são enunciados, que nem são verdadeiras nem falsas, que não são verificáveis. Segundo a opinião de Carnap, a ‘Ética normativa’ pertence à Metafísica. E de proposições metafísicas, ele afirma que são elas sem sentido. Deste modo então (os metafísicos) são compelidos a cortar todo nexos entre suas proposições e experiência; e precisamente por este procedimento elas as privam de qualquer sentido¹¹⁴.

Nestas considerações repousam a percepção acerca da radical diferença do plano da lógica da TPD em face da hermenêutica utilizada pelos métodos da jurisprudência tradicional. Mas, como operaria a jurisprudência tradicional? Para Kelsen, a jurisprudência tradicional extrapolava os limites gnosiológicos da descrição objetiva de um sistema válido de normas

¹¹³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 83.

¹¹⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Tradução de Roberto Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 243.

positivas, pois adentrava no campo da predição e da defesa irracional de posições (tendo em vista a racionalidade lógica do verificacionismo), apresentando-se como científica, além de anunciar como “cientificamente” possível, num caso concreto, encontrar apenas uma resposta juridicamente válida e correta. A refutação de uma única resposta correta, no campo estrito da interpretação autêntica do direito, estava baseada nas premissas do relativismo axiológico, para o qual não haveria, no campo dos valores, uma operação racional (com validade universal demonstrável) capaz de hierarquização entre juízos valorativos em conflito, e a decisão acerca de qual valor a ser preponderante seria, mais que um ato puramente gnosiológico, um ato de poder¹¹⁵. Sem adentrar, agora, na crítica ao relativismo axiológico absoluto, ou mesmo na chamada discricionariedade, a denúncia kelseniana de uma dogmática jurídica ideológica foi uma das dimensões principais do seu criticismo, elemento “esquecido” pelas leituras subsequentes deste legado.

O criticismo transcendental kelseniano, dentro da sua concepção restrita de ciência, também operou com a dualidade: teoria (verdade) e ideologia (falsidade). O erro, ou desvio, da teoria tradicional do direito era a ilusão de, com seus postulados, justificar uma ordem jurídica específica ou, de outro modo, a-criticamente, sob o manto de uma frágil objetividade, apoiar suas conclusões em premissas baseadas em pontos de vista políticos. Assim, uma ciência jurídica é capaz de objetivamente descrever seu objeto sem extrapolar seus limites, justificando ou idealizando um ponto de vista particular como o único verdadeiro. Para Kelsen, uma verdade objetiva e científica não seria possível à jurisprudência tradicional, e a TPD “[...] surge em aguda contradição com a ciência jurídica tradicional que – consciente ou inconscientemente, ora em maior ora em menor grau – tem um caráter ‘ideológico’ [...]”¹¹⁶.

Assim procedendo, Kelsen poria em suspensão, como bom kantiano, a validade gnosiológica dos modelos teóricos dominantes na jurisprudência tradicional, que poderiam ser bem representados pelas inúmeras correntes que se consolidaram na tradição do pensamento jurídico continental sob o rótulo de “dogmática jurídica”, à luz da Escola Histórica e os métodos tradicionais de interpretação de Savigny. Por mais que pareça paradoxal, a crítica neokantiana de Kelsen, apoiada nos elementos comentados da epistemologia do seu tempo, foi a grande crítica do “irracionalismo” dos discursos retóricos da dogmática jurídica.

¹¹⁵ A apreciação crítica mais detida da teoria hermenêutica da moldura, constante no último capítulo da TPD (Da interpretação), será feita posteriormente, quando da discussão específica da hermenêutica jurídica.

¹¹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. *Op. cit.*, p. 118.

Além da jurisprudência tradicional, mera ideologia, conforme o ataque desferido no capítulo derradeiro da TPD, a crítica kelseniana elegeu um outro contraponto àquilo que seria, para o positivismo aplicado ao campo do direito, um pensamento tipicamente metafísico, ou seja, o jusnaturalismo. Nenhum outro tema, ao lado da democracia e da autonomia formal do conhecimento jurídico, foi tão recorrente no pensamento kelseniano quanto o ataque à natureza metafísica e não científica das abordagens jusnaturalistas. Adotando os princípios de uma abordagem culturalista do direito, a norma jurídica positiva, ontologicamente, seria produto da ação humana. Abdicar deste pressuposto analítico significaria ceder a uma forma contrária à razão.

Radicado, em sua origem, no pensamento dos “primitivos”, os quais interpretavam à natureza religiosamente, tendo-a como dotada de vontade e como legisladora, o jusnaturalismo avançaria fortemente na história humana. Seu elemento central seria uma concepção idealista-dualista do direito, com a qual o direito positivo, humano, seria imperfeito e mutável e, em oposição, o direito natural seria imutável e vinculado à ideia absoluta de justiça¹¹⁷. Como alertava Kelsen, essa poderosa ideologia dominante nos séculos XVII e XVIII, refreada apenas no século XIX, revigorou-se em função dos efeitos gerados pelos regimes nazi-fascistas e a experiência “comunista” totalitária do leste europeu¹¹⁸. A crítica kelseniana ao jusnaturalismo era uma crítica do irracionalismo imanente a tal visão de mundo. Uma visão também ideológica, pois, sem critérios objetivos e científicos, estaria preocupada mais em justificar uma certa visão do direito do que explicá-lo. Os excessos de uma doutrina assim estruturada eram evidentes, o que, para Kelsen, comprovaria seu caráter conservador, tendo-se por exemplo histórico o fato de que seu *telos* era a justificação do ponto de vista de uma dada ordem, conferindo privilégios a determinados setores sociais. O caráter metafísico do jusnaturalismo baseava-se não apenas em seus pilares religiosos ou fórmulas vazias de comprovação de suas proposições, mas também contrapunha-se à própria ideia de ciência moderna que seria “o resultado de um processo caracterizado pela tendência de emancipar a interpretação da natureza de categorias sociais”¹¹⁹. Diante do “tribunal da

¹¹⁷ KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. 3. ed. Tradução de João Baptista. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 73.

¹¹⁸ *Idem*, p. 74.

¹¹⁹ KELSEN, Hans. **O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 142.

razão”¹²⁰, portanto, tanto o jusnaturalismo como a jurisprudência tradicional seriam saberes ideológicos.

Nem todo legado crítico de Kant foi assimilado por Kelsen. As preocupações do jurista de Viena eram notoriamente voltadas à fundação, via analítica transcendental, de uma ciência do direito e não de uma axiologia, opostamente ao que pretendia o neokantismo da Escola de Baden. A verdadeira eliminação da metafísica jusnaturalista no campo jurídico passaria pela assunção, sem concessões, do relativismo ético, o que era impossível ao filósofo de **Königsberg**, posto que se tratava “de uma personalidade ainda profundamente enraizada no cristianismo”¹²¹. O dualismo metafísico e os excessos da razão tão bem atacadas por Kant em sua “Crítica da razão pura” falhava na sua “Crítica da razão prática”, o que, nos “Princípios da metafísica da ética”, deixava evidente a tentação por uma fundamentação absoluta dos valores de índole cristã e protestante¹²².

1.1.3 A crítica marxista no direito

Ao longo de todo século XX, a teoria do direito manteve uma constante tensão com os pressupostos da crítica marxista originária. Por conta dessa relação tensa *ab origine*, é notória a pobreza do marxismo quando se fala em filosofia e teoria do direito¹²³. Se no campo das disciplinas voltadas à economia, à história e à sociologia o legado crítico marxiano, originário ou revisitado, sedimentou-se em fortes tendências e Escolas do pensamento, o mesmo não ocorreu de forma tão marcante na esfera da teoria do direito¹²⁴. Uma das causas de tamanha retração deveu-se ao fato, já abordado inicialmente, de que a tradição crítica marxiana imputava ao direito um lugar secundário, como sendo um epifenômeno condicionado (ou determinado) pela configuração primeira da base econômica da sociedade, uma instância superestrutural meramente ideológica posta unicamente para legitimar a classe dominante em dado modo de produção histórico. Não haveria, então, uma teoria autônoma do direito

¹²⁰ Kelsen faz referência expressa a esta expressão de inspiração nitidamente kantiana; “Perante o tribunal da ciência, a doutrina do direito natural não tem nenhuma chance.” KELSEN, Hans. **O que é justiça?** *Op. cit.*, p. 142.

¹²¹ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. *Op. cit.*, p. 635-636.

¹²² *Idem, ibidem*.

¹²³ GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. *Op. cit.*, p. 169.

¹²⁴ Em sentido oposto, minoritariamente, Wolf Paul e Elíaz Díaz advogam a existência de uma teoria do direito em Marx. Verificar: WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. *Op. cit.*, p. 167.

tampouco uma história que lhe seja exclusiva, dado o seu caráter funcional¹²⁵. É cediço que Marx, apesar de algumas abordagens sobre a filosofia do direito em Hegel¹²⁶ e da questão dos Direitos Humanos¹²⁷, além de sua formação jurídica inicial, não produziu uma teoria específica do direito.

Há quem destaque, como faz especificamente Guerra Filho, a esquecida contribuição de Marx para o pensamento jurídico. O famoso caso do roubo de lenhas, na época em que Marx estudava direito na Universidade de Berlim, e tinha como professor Savigny, representante máximo da Escola Histórica do Direito e Ministro para a legislação da Prússia naquela ocasião. A crítica marxiana se deu com a análise do projeto de lei que qualificava como roubo a conduta daquele que colhesse lenha à beira do rio Reno, o que era um hábito e costume das populações pobres da localidade. Neste caso específico, já seria possível detectar três atitudes críticas na postura marxiana. Primeiramente, ao refutar a ficção legal que transformou um hábito aceito em crime, ter-se-ia nitidamente uma crítica da validade meramente formal do direito, ou seja, o direito não seria válido apenas por emanar de autoridade competente, como era o caso, mas deveria ter uma adequação aos fatos; em segundo lugar, a crítica da relação entre pena e conduta, conforme se deu no caso em análise, pois a pena de trabalhos forçados vinculava-se à pessoa imputada, enquanto a pena pecuniária de multa reverteria em favor do proprietário do terreno e não aos cofres públicos, o que revelaria o caráter privado e não público do objetivo da norma; e, em terceiro lugar, a contradição apontada por Marx sobre a falácia propugnada pela Escola Histórica vigente à época, cujo grande nome era justamente Savigny, pois a penalização incidia sobre condutas que eram parte de um direito consuetudinário, demonstrando que a ideia de que o costume deveria ser a fonte primária do direito nada mais era que uma teoria ideológica vinda da aristocracia, a qual passaria a vigor apenas quando seus interesses de classe se mostravam protegidos¹²⁸.

¹²⁵ “Não se pode conceber o direito a partir de si mesmo. (Marx: ‘Não há uma história do direito em si mesma!’), mas apenas na sua relação funcional com as condições de produção social.” MAZUREK, Per. Teoria(s) marxista e socialista do direito *In*: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 444.

¹²⁶ Texto original: *Zur Kritik de hegelschen Rechtsphilosophie*, de 1843. Cf. MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. Tradução de Rubens Enderle e Leonardo de Deus. São Paulo: Boitempo, 2005.

¹²⁷ Trata-se do debate realizado em “A questão judaica”. Ver: MARX, Karl. **A questão judaica**. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2000.

¹²⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 37-39.

Mesmo reconhecendo que as leis influenciavam diretamente a economia, Renner destaca que Marx “jamais achou tempo para ‘determinar a influência das leis’ [...]”¹²⁹. Essa ausência originária de uma teorização específica do fenômeno legal fez com que a crítica marxiana adentrasse no campo do pensamento jurídico por duas grandes vias. Primeiramente, mediante abordagens de autores soviéticos, no contexto pós-Segunda Guerra Mundial, em função da evidência de suas obras traduzidas para o inglês, em meio à maior visibilidade gerada pela querela kelseniana com o marxismo, e da importância política exercida pela ex-URSS no continente europeu naquele momento¹³⁰. De outra maneira, após o contexto de colapso dos regimes totalitários, notadamente em países como a Itália, após a Segunda Guerra Mundial, com a queda de Mussolini, e posteriormente na Espanha, com a queda de Franco¹³¹. Nestes polos surgiram propostas críticas voltadas ao campo prático do direito, basicamente oriundos da magistratura¹³². Na América Latina, com a derrocada dos regimes autoritários, e em razão de suas demandas por redemocratização e desigualdades socioeconômicas agudas, verificou-se também a insurgência de discursos antidogmáticos elaborados por profissionais do direito no seu campo operativo, bem como no campo de uma reflexão acadêmica muito bem localizada. Nesses movimentos, o ideário crítico marxista era, de alguma maneira, senão o núcleo principal, a principal fonte de inspiração.

Uma periodização didática da primeira grande via de assimilação da crítica marxiana no campo da teoria do direito é estabelecida por Wolkmer, identificando Stucka e Pachukanis¹³³ como os principais representantes do Período Clássico e, Reisner, Golunskii, Strogovich e Vishinski, como representantes do Período do Sovietismo-Estalinista do Direito¹³⁴.

Para os teóricos do Período Clássico, a revolução passaria a ser o critério de “cientificidade” teórica. A teoria jurídica pré-revolucionária, portanto, estaria contaminada por uma concepção idealista e burguesa do direito. Assim, Stucka aponta um paradoxo: mesmo sendo o campo do estudo do direito o lugar propício para a análise materialista da

¹²⁹ RENNER, Karl. As fundações econômicas e sociais das instituições legais. In: BOTTOMORE, Tom (Org.). **Karl Marx**. Tradução de Nathanael C. Carneiro. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981. p. 123.

¹³⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. *Op. cit.*, p. 167-168.

¹³¹ ANDRADE, Lédio Rosa de. **Introdução ao Direito Alternativo Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 275.

¹³² Para uma visão global e panorâmica dos desdobramentos da Crítica Jurídica, não especificamente a de tendência marxista, à luz dos seus principais expoentes do continente europeu, na França, Alemanha, Bélgica, Portugal, como também nos Estados Unidos da América e países latino-americanos como Chile, México Argentina e Colômbia, verificar as tipologias elaboradas por Wolkmer na obra já citada. Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. *Op. cit.*

¹³³ Segue a grafia do sobrenome do mencionado autor, “Pachukanis”, conforme consta na obra consultada.

¹³⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. *Op. cit.*, p. 168-175.

história – pois ambiente mediador das trocas mercantis –, ao contrário do que se supunha, ali se consolidaram dualismos conceituais de diversas ordens levadas a cabo pela “casta dos juristas”, que estabeleceram uma jurisprudência contaminada por evidente idealismo¹³⁵. Não eram poupados na crítica stuckiana filósofos como Hegel e Kant, este último inspirador dos teóricos de uma “contrarrevolução”¹³⁶. Aliás, o neokantismo era alvo privilegiado da crítica jurídica ortodoxa deste período, tendo Kelsen como nome central de toda esta polêmica, notadamente em relação à possibilidade, defendida pelos marxistas, de um convívio social comunista sem a intervenção do direito. Para a crítica jurídica do Período Clássico, uma teoria do direito livre destes dualismos deveria tratar das relações sociais concretas, distanciando-se da categorização abstrata de conceitos, ou seja, tendo como objeto as relações sociais conforme tratadas na economia política marxiana¹³⁷. A teoria burguesa (tradicional) se utilizava de uma metodologia equivocada, cambiando de acordo com a mudança do conceito dominante de ciência. Esse tipo de teoria acabaria por criar um jurista dogmático “da pior espécie”¹³⁸, sendo esse processo o resultado desta forma metodológica de abordar o direito, na qual as normas jurídicas são concebidas autonomamente, fora da experiência, postas sem conexão com a realidade social, contrariando a ideia marxiana de que nem o Estado tampouco o direito poderiam ser corretamente compreendidos em si mesmo¹³⁹. O pensamento de Stucka, seguindo um padrão comum para um teórico comunista no contexto de fortalecimento da ex-URSS, estava impregnado pelas palavras-chave da doutrina crítica de sua época, tais como “juristas burgueses”, “teoria revolucionária” etc. Apenas para ilustrar esse modelo ortodoxo de orientação teórica, o conceito de direito, a partir do qual sua análise estabelecia os “princípios diretivos do direito penal”, fora formulada e tomada por empréstimo do Colégio do Comissariado do Povo para a Justiça¹⁴⁰.

Apesar de pontuais divergências com Stucka, Pachukanis segue uma visão ortodoxa próxima deste¹⁴¹. O direito seria, basicamente, ideologia, mas, todavia, não seria apenas uma representação falsa. Para garantir seu escopo, o de ser um mediador e garantidor da

¹³⁵ STUCKA, Petr Ivanovich. **Direito e luta de classes**. Tradução de Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988. p. 146.

¹³⁶ *Idem*, p. 155.

¹³⁷ *Idem*, p. 168.

¹³⁸ *Idem*, p. 174.

¹³⁹ *Idem, ibidem*.

¹⁴⁰ *Idem*, p. 7.

¹⁴¹ Por exemplo, Stucka apontava os limites da teoria de Pachukanis no âmbito do direito burguês, sem alcance de outras formas jurídicas. Ver também os limites apontados por Pachukanis sobre a concepção de direito como ideologia de Stucka. Ver: PACHUKANIS, E. B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. Tradução Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988. p. 46.

reprodução das instituições burguesas mercantis, o direito não poderia ser apenas uma “forma de consciência”, um fenômeno subjetivo, mas, sobretudo, deveria se valer de formas objetivas como contratos, leis, e o uso da coação. Para Pachukanis, a Teoria Geral do Direito de viés marxista trataria, então, como teoria particular que deveria ser, dos conceitos abstratos do campo jurídico, mas, em desacerto com os neokantianos, tais conceitos não possuiriam nem autonomia nem universalidade fora de suas fontes concretas, quais sejam, o direito positivo e as relações jurídicas reais, todas elas filtradas e ordenadas, posteriormente, por critérios teóricos¹⁴².

Mais uma vez, a possibilidade de uma teoria geral do direito, digna de ser classificada como científica, e não burguesa, passaria pelo exame da possibilidade de esta alcançar, tal qual já ocorrera em outros campos, um estágio evolutivo capaz de enfrentar as definições jurídicas fundamentais, do mesmo modo com que a economia política chegou às formas conceituais fundamentais do mercado e do valor¹⁴³. A economia política marxiana deveria ser o espelho metodológico da teoria do direito crítica. O abstracionismo do neokantismo kelseniano foi frontalmente atacado por Pachukanis, no sentido de que uma teoria do direito, como pretendia Kelsen, que não se importaria com o caráter social do direito, nada explicaria como teoria. A tese mais controversa, retirada do bojo do pensamento crítico de Pachukanis, trata do “fim do direito”. Para ele, o máximo de expressão evolutiva do direito ocorreria na sociedade capitalista e burguesa, na qual as formas jurídicas chegariam ao seu completo desenvolvimento numa escala evolutiva. Daí que “O aniquilamento das categorias do direito burguês significará nestas condições o aniquilamento do direito em geral, ou seja, o desaparecimento do momento jurídico das relações humanas”¹⁴⁴.

Por ironia ou tragédia típica das ortodoxias políticas, o segundo período da tradição marxista, marcado pela presença intelectual de Vischinski, refutou justamente a nota fundamental da abordagem teórica anterior, ou seja, a de vincular a análise do direito à economia e à sociologia. Stucka e Pachukanis passariam a ser considerados traidores do pensamento marxista, sendo que este último pagou com a própria vida¹⁴⁵. A crítica passava a ser um elemento de justificação da nova força política hegemônica, o Estado Soviético. Esse

¹⁴² PACHUKANIS, E. B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. *Op. cit.*, p. 15.

¹⁴³ *Idem*, p. 17.

¹⁴⁴ *Idem*, p. 27.

¹⁴⁵ “[...] Pachukanis, cedendo às múltiplas ameaças e pressões, acaba efetuando inúmeras modificações no seu pensamento original, incluindo o abandono da tese da extinção paulatina do Direito e redefinindo o objetivo do Direito em termos mais técnico-normativos. Entretanto, esses recuos em face das contingências político-ideológicas do estalinismo não impediram sua condenação e morte em 1937.” WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. *Op. cit.*, p. 172.

Estado, fruto da revolução proletária de 1917, não se utilizaria provisoriamente dos institutos do direito burguês, até sua dissolução, como propugnava Pachukanis. A provisoriedade do Estado Socialista cederia lugar à realidade e à necessidade de se afirmar um direito socialista, fruto da vontade do proletariado. Isso reforçava a tese kelseniana de que o desiderato da crítica marxista não era científica, como anunciado, mas ideológica, pois rapidamente obscureceu a meta de extinção do Estado e do Direito, rumo ao comunismo, e passou a reforçar e justificar o próprio estabelecimento de um “Estado socialista”¹⁴⁶. Essa expressa necessidade de legitimação do modelo soviético marcou esta fase de assimilação da crítica marxista ao campo do pensamento jurídico. O direito seria ideologia, mas ideologia do proletariado na superação do capitalismo. A crítica, neste exemplo histórico, fez-se refém dela mesma, pressionada a ser um “normativismo de Estado”, cuja validade se apoiava no dogma de uma visão superior em favor da emancipação (revolução). O efeito devastador do chamado “socialismo real” e dos excessos do estalinismo incidiram fortemente no campo da ortodoxia crítica nos últimos anos do século XX. Se os efeitos dessas crises afetaram o campo da filosofia política e a teoria social, como já ressaltado, na qual as raízes da crítica marxiana da economia política já haviam se estabelecido em tendências e autores renomados, mais agudos ainda foram seus efeitos nos esforços tardios de afirmação de uma teoria marxista autônoma do direito, que, como visto, oscilaram, logo nos seus marcos iniciais mais visíveis, em posições contraditórias, sempre buscando um elo perdido de sua legitimação no legado de Marx, ora na economia política ora numa teoria da ideologia e, por fim, num determinismo estatizante à luz dos desdobramentos de sua fase final estalinista.

Grosso modo, a queda dos regimes nazi-fascistas fez com que o estabelecimento de uma nova ordem jurídica nos países europeus implicasse a revisão, por parte dos operadores do direito, não só do direito positivo, mas da sua própria postura como juristas. Esse amplo movimento influenciou a retomada da crítica marxista no campo da prática institucional do direito. A história da tradição crítica no campo do direito esteve, desde então, vinculada à história particular dos movimentos de uma “crítica jurídica prática”¹⁴⁷ surgidos desses novos

¹⁴⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. *Op. cit.*, p. 173.

¹⁴⁷ Mesmo entendendo que, em certas situações, os juristas críticos denominados “práticos”, como, por exemplo, juízes e advogados, exercem paralelamente atividades acadêmicas e teóricas vinculadas às suas práticas, atendendo, nessa perspectiva, à lógica de unidade entre pensamento e ação, adota-se a tipologia de Wolkmer, na qual é possível distinguir vários níveis classificatórios da crítica jurídica, especialmente no contexto brasileiro, como, *v.g.*, na percepção de dois campos: uma crítica jurídica acadêmica e uma crítica jurídica prática. Com tais ressalvas, para efeito da análise proposta neste tópico, a expressão “crítica jurídica prática” designa aquela que é “exercida pelos operadores jurídicos profissionais, compostos por reduzidos mas crescentes segmentos da Magistratura, do Ministério Público e da Defensoria Pública, e por atuantes

cenários. Essas tendências críticas obtiveram uma dimensão bem mais ampla e marcante, como evidencia a farta literatura disponível, extrapolando seu campo originário, restrito originalmente ao continente europeu, passando a influenciar pensadores e movimentos centrais da crítica na latino-américa. Não se quer, neste momento de análise, reescrever os pormenores deste processo de ampliação, mas faz-se necessário pontuar elementos mínimos do seu trajeto, que são elementos próprios de configuração da tradição crítica no direito de países latino-americanos, como o Brasil.

Rechaçando, então, uma perspectiva de descrição totalizante, e optando, como tem sido feito em todo capítulo, por certos “cortes”, destacam-se assimilações da crítica marxista que, direta ou indiretamente, influenciaram autores ou tendências no campo de especulação latino-americana e, mais propriamente, no campo brasileiro. Essa delimitação não enfraquece o propósito heurístico geral, mormente o de se perceber os desdobramentos da crítica jurídica no direito em largo espectro, consolidando uma verdadeira “tradição”, no sentido mais forte do termo, mas, ao contrário, pode-se, dessa forma, ao serem ressaltados elementos de sua particularidade, sem cair nas *trampas* de um determinismo, demonstrar a universalidade desta tendência crítica. Em suma, mesmo tratada a partir da análise pontual de casos singulares, é certo que a crítica jurídica prática latino-americana dialogou com os fundamentos, as tendências gerais e os impasses da crítica jurídica europeia e com o pensamento crítico em geral.

Até aqui o fio de Ariadne que tem conduzido a proposta de análise da tradição crítica, a partir de Kant e Marx, tem sido o destaque de alguns elementos recorrentes na teoria do conhecimento: limites da razão, ideologia, verdade, lugar da ciência. Também foram ressaltados os dualismos gnosiológicos que se infundiram no neokantismo indo até vertentes jurídicas diretamente a elas vinculadas, bem assim focou-se o legado marxiano revistado pela filosofia e pela teoria social de cunho estruturalista, destacando, finalmente, o pensamento frankfurtiano. Todas essas tendências elegeram pontos de inflexão, contrapontos, aquilo que anteriormente se denominou de *alter*. Nas vertentes do marxismo jurídico ortodoxo, presenciou-se a identificação de alguns “inimigos”, como os juristas burgueses e idealistas do neokantismo.

Na segunda via de expressão da recepção histórica da crítica de inspiração marxista no campo do direito, os fatores “descontentamento com o real” e a “emancipação” foram os mais

advogados militantes, identificados com a reivindicações dos grupos populares menos favorecidos da sociedade.” WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. *Op. cit.*, p. 149.

ressaltados. Tal destaque deriva da ligação estreita com as questões conjunturais e específicas da dimensão operativa do direito. A crítica marxiana voltada ao campo de expressão prática do direito elegeu tais questões para determinar a prevalência de um contraponto, se não o único, o mais decisivo naquele contexto específico: o positivismo jurídico e os seus efeitos na aplicação concreta do direito em desfavor da emancipação das classes dominadas. O fracasso ou os descaminhos da revolução implicavam um ideário crítico voltado às práticas cotidianas. Assim, um quadro geral de reformismo e adaptação de algumas teses marxistas marcaram os movimentos que se mostraram proeminentes nessa segunda via. Em vista da abordagem destes novos cenários e temas ligados à crítica marxista nos campos da atuação prática dos juristas, uma referência a Gramsci, autor não discutido no tópico anterior, faz-se relevante e será realizada no curso da presente análise.

A “jurisprudência alternativa”, ou, como ficou notabilizado o movimento do *Uso Alternativo do Direito*, foi decorrente de longos debates efetuados por juristas italianos no final da década de 1940 até a década de 1960. Tendo por núcleo formador o campo da magistratura, sob a forte presença de Pietro Barcellona, o mote era a crítica do formalismo e do legalismo como práticas hegemônicas no campo jurídico. Sua vinculação ao ideário marxista era notório. Havia no movimento, conforme destaca Andrade, a pretensão de uma “troca do ‘bloco histórico’, motivo pelo qual agiram em apoio ao partido comunista, uma força política capaz de tomar o governo no início da década de setenta”¹⁴⁸. A identidade deste movimento com a crítica marxiana se dava, evidentemente, pela sua proximidade com o Partido Comunista Italiano. Diferentemente do perfil da crítica marxista ortodoxa, do período clássico ou estalinista, essa recepção crítica se deu num contexto em que a tônica era o papel do magistrado como ator político. Havia, não obstante a queda do fascismo, normas do antigo regime totalitário cuja vigência era invocada pelos juristas conservadores. Nesse cenário, não poderia um jurista de influência marxista ser apenas a “boca da lei”. Com efeito, a teoria crítica aplicada ao direito deveria agir neste *locus* de ação profissional, ainda que ele, em si mesmo, não garantisse a emancipação da classe dominada. Sem contar com o dirigismo teórico-doutrinário das fases anteriores da teoria jurídica marxista, o abandono de uma única teoria-guia da ação, consciente ou inconscientemente, era a marca dos movimentos críticos como o *Uso Alternativo do Direito*. A assunção dos pontos nodais da crítica marxista, tais como a assunção da luta de classes como dimensão histórica fundamental e a crítica do capitalismo como sistema econômico de dominação, fazia parte de premissas gerais e, não

¹⁴⁸ ANDRADE, Lédio Rosa de. **O que é direito alternativo**. 2. ed. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 43.

propriamente, de uma teoria crítica unitária do direito, mas uma teoria crítica da ação dos operadores do direito vinculados, direta ou indiretamente, à tradição marxiana.

A Espanha consolidou tardiamente o debate jurídico-crítico em decorrência do prolongamento do regime ditatorial franquista que se estendeu até os anos de 1975. Apenas depois de oito anos após a transição democrática, o movimento dos *Jueces para la Democracia* se formou. Influenciado pelo movimento italiano, principalmente na década de 1970, após a morte de Franco, como alerta Andrade, os juristas espanhóis passaram, *mutatis mutandis*, pelos mesmos dilemas dos italianos, ou seja, ter que, no bojo da legalidade anterior, instituir uma legalidade capaz de fortalecer a constituição de uma sociedade democrática. Diferentemente do que se processou na Itália e o no Brasil, a articulação crítica na Espanha, inclusive com feições de clandestinidade, deu-se no curso do regime de exceção. A democracia, naquele instante, era vista para além de uma democracia meramente burguesa, além do fato de que a articulação dos profissionais do direito não se dava apenas por motivações corporativas, mas abrangia o leque geral de reivindicações por reformas sociais¹⁴⁹.

Foi assim que, tendo por exemplo paradigmático o movimento do *Uso Alternativo do Direito* Italiano e os movimentos críticos consolidados na Espanha, o marxismo revisitado influenciou diretamente o campo da crítica jurídica prática brasileira. Um dos movimentos que espelham essa influência foi o *Movimento do Direito Alternativo* (doravante apenas MDA). O marxismo não era o núcleo deste movimento, mas, como afirma Andrade, era uma das influências notórias de vários dos seus membros. Não possuindo uma única orientação, o MDA se constituiu a partir da confluência de juristas de vários direcionamentos ideológicos, inicialmente formada por juízes gaúchos, aglutinados no período de abertura política brasileira na década de 1985, mobilizados inicialmente para elaboração de propostas à constituinte de 1987. Abarcando, logo após a sua “fundação”, em 1990, o espectro amplo de professores, juízes, estudantes, membros do Ministério Público, o MDA poderia ser caracterizado tendo em conta alguns princípios gerais adotados pelos seus membros, sendo eles, a rejeição e combate do capitalismo como modelo econômico, bem como do modelo político liberal burguês, combate à miséria a partir de uma luta pela efetivação dos direitos sociais e, além da crítica ao positivismo jurídico legalista e formalista, “uma certa simpatia de seus membros em relação à teoria crítica do direito”¹⁵⁰.

¹⁴⁹ ANDRADE, Lédio Rosa de. **Introdução ao Direito Alternativo Brasileiro**. *Op. cit.*, p. 288.

¹⁵⁰ *Idem*, p. 48.

A crítica ao positivismo jurídico, ainda que não necessariamente pelo viés de um marxismo ortodoxo, era o grande contraponto. Ser crítico, neste movimento, significava ser, acima de tudo, crítico do positivismo jurídico. O positivismo jurídico significava um arcabouço teórico que conformava uma cultura jurídica dominante no campo da aplicação do direito. Esse campo tradicional, na avaliação do MDA, era refratário à emancipação das camadas espoliadas economicamente da sociedade e que, mesmo contempladas formalmente por um rol de garantias e direitos subjetivos presentes no ordenamento jurídico, não conseguiam a sua efetivação real. O positivismo jurídico se mostrava como um obstáculo porque estabelecia “mitos” e pressupostos que fortaleciam a cultura jurídica formalista que, ao invés de minorar as diferenças de classe e garantir a efetivação de direitos, ao contrário, acirrava tais diferenças. Esses pontos gerais componentes do núcleo do positivismo jurídico criticado eram, em síntese, a defesa da neutralidade ou apoliticidade do direito e dos seus aplicadores, primazia da forma do direito, em detrimento dos seus conteúdos materiais, o dogma da completude do ordenamento jurídico e a ausência de lacunas e a interpretação “mecanicista” por um método de exegese formal e logicista¹⁵¹.

Essa notória insatisfação com o existente e a busca da emancipação que marcaram a crítica jurídica prática inspirada em elementos da visão marxista da sociedade enfrentaram, como todas as correntes críticas, seus impasses e paradoxos próprios. Afinal, como unir criticidade e juridicidade? Como ser jurista prático, necessariamente voltado a ser, como se defendia, um operador neutro da máquina ideológica e dominadora das estruturas jurídicas e, ao mesmo tempo, pregar a emancipação? Para ilustrar o enfrentamento destes paradoxos, destacam-se duas posturas ainda inseridas no campo da crítica jurídica prática de inspiração marxista no contexto brasileiro da década de 1980.

No campo multifacetado do apoio jurídico popular que cresceu visivelmente pós-regime militar, ao lado das experiências do MDA, formou-se um amplo espectro de experiência críticas, espalhadas por todo Brasil, não mais radicadas na magistratura. Esse campo, denominado como Assessoria Jurídica Popular foi a configuração de uma área de atuação da crítica prática, na qual entidades específicas voltadas à proteção, ao assessoramento, à postulação judicial e à formação de comunidades atuavam para o fortalecimento da cidadania. Dentro deste vasto campo, que não cabe aqui pormenorizar¹⁵²,

¹⁵¹ ANDRADE, Lédio Rosa de. **Introdução ao Direito Alternativo Brasileiro**. *Op. cit.*, p. 50.

¹⁵² Todo um conjunto de reflexões mais detidas sobre a Assessoria Jurídica Popular no Brasil, sua origem e suas tipologias foi realizado em outros momentos. Nesse sentido, ver: LUZ, Vladimir de Carvalho. **Assessoria Jurídica Popular no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; LUZ, Vladimir de Carvalho. *Servicios Legales Universitarios en Brasil: breve cotejo de los paradigmas*. **El Otro Derecho**, v. 35, p. 281-297, 2006;

em meio às experiências discentes em universidades, conformando uma Assessoria Jurídica Popular Universitária, formou-se uma pioneira Assessoria Jurídica Militante, esta última diretamente mais vinculada ao ideário marxista. Um exemplo clássico foi a AJUP, no Rio de Janeiro. A experiência da AJUP é um exemplo paradigmático da articulação do discurso crítico marxista com a dimensão operativa e formal do direito.

Dentro de uma tipologia sociológica feita por Junqueira, na qual foram confrontados o *Center of Public Representation* e a AJUP, chegou-se à conclusão de que este último se apresentava como um serviço legal tipicamente moderno, em contraste com o outro, pós-moderno¹⁵³. Dentre algumas variáveis, a que foram ressaltadas para a definição da AJUP como “moderna”, foi decisiva a sua filiação de uma leitura marxista típica dos anos de 1970, na qual se trabalhava com a bipolaridade proletariado *versus* burguesia, baseada numa distinção de classe acentuada pelo fator produtivo. A ideia de classe com que este serviço legal crítico trabalhava, à luz de suas publicações, evidenciava que o caráter de discriminação partia da economia e não por diferenças de gênero ou etnia.

O discurso jurídico crítico da AJUP poderia ser entendido como a forma mais clara de assimilação de conceitos-chave do ideário marxista. Continuavam latentes, porém, os paradoxos e as dificuldades de um discurso que atacava a ordem jurídica como uma instância opressora, ao mesmo tempo em que também propugnava uma atuação paralela nas instâncias do campo jurídico oficial. Esse mal-estar ou as perplexidades que rondaram a assimilação da crítica marxista ortodoxa numa dimensão de atuação prática dialogou com versões “revisionistas” do legado marxiano, com as quais a possibilidade de uma atuação jurídica não invalidaria a coerência com o legado marxiano e a meta da emancipação. Esse modelo de análise pôde vir, a partir de algumas leituras de intelectuais críticos, de Gramsci.

Viu-se, quando da abordagem do pensamento de Althusser, que este, em certa medida, valeu-se da ideia gramscianiana de um Estado não monolítico, para avançar numa teoria marxista do Estado que não fosse puramente descritiva. Servindo de inspiração não só para Althusser, Gramsci foi, sem dúvida, um autor que de certa forma “arejou” a ortodoxia marxista, indicando análises e categorias que foram reapropriadas no campo do pensamento crítico latino-americano e brasileiro, o que justifica a sua apreciação neste instante do

LUZ, Vladimir de Carvalho. Formação da Assessoria Jurídica Popular no Brasil. **Revista do SAJU: para uma visão crítica e interdisciplinar do direito**, v. 5, p. 97-114, 2006/2007.

¹⁵³ Outra importante tipologia dos serviços legais críticos foi feita por Celso Campilongo, na qual ele usa a dicotomia “inovador” *versus* “tradicional”. Verificar: CAMPILONGO, Celso Fernandes. Assessoria Jurídica e advocacia popular: serviços legais em São Bernardo do Campo. *In*: _____. **O Direito na Sociedade Complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 15-52.

trabalho, à luz das tendências internas do Direito Alternativo brasileiro, especialmente com proposta de Arruda Jr., de uma sociologia crítica e alternativa do direito baseada em categorias gramscinianas¹⁵⁴.

Se, como dito no início, os focos dos movimentos da crítica teórico-prática eram o positivismo jurídico e a retomada da questão da emancipação, o pensamento de Gramsci poderia oferecer algumas chaves analíticas capazes de ampliar não só a questão do isolamento do direito na teoria marxista ortodoxa, mas, sobretudo, indicar um fato decisivo para este campo de ação: a possível função emancipatória dos intelectuais e práticos do direito. Praticamente desconhecidas no Brasil na década de 1960¹⁵⁵, as possibilidades que o pensamento de Gramsci oferecia aos setores de esquerda foram retomadas, nos anos de 1970, em função da chamada “crise do socialismo real”, como os movimentos da crítica prática brasileira já nos anos de 1980. Alguns elementos gerais caracterizariam o pensamento de Gramsci como uma releitura do legado crítico do marxismo ortodoxo.

O primeiro deslocamento da crítica de Gramsci se deu no campo epistêmico-disciplinar. Tendo-se em conta que a marca principal da análise marxiana era a categoria totalidade, Gramsci desloca o eixo do pensamento crítico, partindo da constatação de que a economia política marxiana cumprira sua tarefa, devendo o campo da crítica se desenvolver nos âmbitos da sociologia e da ciência política. Essa centralidade da política na crítica gramsciniana, que ressaltou o caráter prático-institucional das ideologias assimilado pelo estruturalismo de Althusser, teve o mérito de tematizar a função específica dos intelectuais no jogo de forças que as classes travam em busca da hegemonia¹⁵⁶. A revolução não seria apenas uma irrupção de massa, como guerra de trincheira, mas ela poderia se dar na ocupação dos espaços institucionais, como guerra de posição, mediante a ação de agentes da sociedade civil. O fundamental desta dicotomia estratégica é que a ação crítica pode ser efetivada por dentro das instituições, logo, no espaço próprio de atuação do direito e de seus intelectuais.

Primeiramente, a crítica ortodoxa partia da ideia nuclear com a qual a transformação social, a emancipação da classe dominada, dar-se-ia num movimento de rompimento dos liames efetuados entre produtores e donos dos meios de produção. Com a noção do *Bloco*

¹⁵⁴ Cf. ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. **Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa – Ensaio sobre Direito numa Sociedade de classes**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

¹⁵⁵ Verificar COUTINHO, Carlos Nelson. Introdução. In: GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do Cárcere**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. v. 1, p. 32.

¹⁵⁶ COUTINHO, Carlos Nelson. **Marxismo e política**: a dualidade de poderes e outros ensaios. São Paulo: Cortez, 1994. p. 103, *passim*.

Histórico, que consiste na correlação geral das forças sociais, seria possível imaginar a superestrutura como campo também de realização da modificação das forças sociais. Paralelamente, essa correlação de forças estaria baseada na busca por hegemonia, num movimento de ocupação institucional, a partir da modificação dos princípios morais e intelectuais que permeiam a orientação dessas instituições mediante a própria ação da sociedade civil e não apenas via partido revolucionário. Hegemonia, portanto, seria esse processo contínuo em que determinada classe formaria consensos a partir dos aparelhos privados, formando o campo permeável à sua concepção de mundo, no qual estariam presentes as condições ideais e conjunturais aptas ao seu projeto de poder. O Bloco Histórico, portanto, como expressão da hegemonia ideológico-cultural de uma classe, seria fruto de uma concepção orgânica, que articula a infraestrutura com a superestrutura, a sociedade civil com a política¹⁵⁷. É nessa concepção que se retoma, no campo da crítica marxista, a centralidade dos intelectuais como formadores dos processos de hegemonia para além da luta bélica.

O fôlego teórico das concepções neogramscinianas no campo jurídico fez reativar, no Brasil, as ideias de intelectual orgânico e tradicional. Nesse caminho, o *expert* do direito poderia agir num campo institucional, sem abdicar do uso operativo do direito como parte de uma ação estrategicamente emancipatória. Daí a visibilidade, no final dos anos de 1990, de uma tipologia das práticas jurídicas orgânicas, como se observa expressamente na proposta analítica de Edmundo Lima de Arruda Júnior¹⁵⁸, no sentido de resgatar a possibilidade emancipatória do jurista no campo da luta social. Essa atuação emancipatória, não apenas pautada numa visão negativa do fenômeno jurídico, pôde ser percebida no âmbito da legalidade sonogada, relida e negada. No primeiro caso, a legalidade negada abriria espaço para atuação crítica do jurista num primeiro plano, o do direito instituído carente de efetividade, sendo que a atuação crítica teria por mandato a busca da concretização, por exemplo, de princípios constitucionais já positivados, mas sem efetividade. O plano do instituído relido tem por referência a ampliação hermenêutica, caso a caso, em que os juristas, aproveitando-se do esgotamento do paradigma liberal-legal, ampliariam o campo da interpretação para além destes cânones. Por fim, a prática crítica e orgânica se efetivaria no

¹⁵⁷ PORTELLI, Hugues. **Gramsci e o Bloco Histórico**. Tradução de Angelina Peralva. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977. p. 60.

¹⁵⁸ Cf. ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. **Direito moderno e mudança social**: ensaios de sociologia jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. Tema também tratado em MALISKA, Marcos Augusto. Operadores Jurídicos enquanto intelectuais orgânicos. In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo de Lima; BORGES FILHO, Nilson (Orgs.) **Gramsci**: Estado, Direito e Sociedade – Ensaio sobre a atualidade da Filosofia da Práxis. Coleção Ensaio – v. 1. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1995.

campo da legalidade negada, no sentido de se fazer reconhecer como válidas novas juridicidades insurgentes, paralelas, colocando-se em discussão a teoria estatalista das fontes do direito.

Não se pôde, nesta sucinta análise retrospectiva, dar uma visão mais global do processo longo e paulatino em que a crítica jurídica se consolidou em países de herança romano-germânica, mormente à luz dos dois casos apontados da crítica europeia (Itália e Espanha) e latino-americana (Brasil). Esses dois campos, não obstante, são exemplares no sentido de apontar o esgotamento, ou a crise por qual passou (ou passa) o qualificativo “crítico” como um mandato e uma herança tipicamente moderna.

Num primeiro aspecto, a crítica kantiana, vista pela lente de Kelsen, formou um duplo paradoxo no campo da teoria do direito: se, de um lado, serviu de grande exemplo de formalismo e positivismo, duramente atacados por todos os lados, de outro, restou latente e não vista, como alerta Corrêas, a poderosa crítica kelseniana aos irracionalismos e à ideologia travestida de ciência (verdade). Por outro prisma, a crítica de viés marxista, dentre várias possibilidades, obteve amparo nos movimento críticos institucionais, ativismos judiciais e movimentos de apoio jurídico popular, os quais não consolidaram, como sempre foi a nota típica das tradições inspiradas pelo marxismo, uma teoria capaz de orientar o rumo das práticas. Nesses dois grandes campos destacados, o sentido e alcance prático/teórico do termo “crítica” esteve referenciado, como apontou Mangabeira Unger, para além das tipologias ou rótulos acadêmicos, às inúmeras concepções de direito que estiveram na base do que se poderia apontar como eixos norteadores da cultura jurídica ocidental moderna. Um desses eixos, como se sabe, foi a consolidação do paradigma do positivismo jurídico, cuja apreciação será feita alhures. Mesmo admitindo, provisoriamente, que sistemas filosóficos proeminentes no campo ocidental, em particular a tradição crítica, não tenham conseguido, por fora, ter papel prioritário ou central no campo do pensamento jurídico, é crível sustentar que deste diálogo secular restaram impasses e desafios comuns com a especulação racional geral.

1.1.4 Necessária (auto)crítica da tradição crítica

Ao longo das ponderações efetuadas, viu-se que os pontos mais evidentes da tradição crítica caminharam com e ao lado das crises referentes às instituições políticas, às tendências da filosofia e da teoria social que marcaram a própria constituição dos princípios e das

instituições da modernidade ocidental. Aceitando-se, como se tem destacado insistentemente até aqui, os limites e o potencial heurístico da tipologia “modernidade”, a crise global da razão foi, mesmo que não ligada mecanicamente, como anunciado no início deste capítulo, sintomática e fortemente sentida no campo da tradição crítica. O resultado evidente desse processo de crise se expressa na dificuldade de renovação de campos teóricos que postulem aberta e assumidamente o rótulo de crítico. A crítica, marca fundamental do pensamento ocidental moderno, passou a ser suspeita de trazer consigo o legado de antigos modelos, úteis apenas como retrospectiva relevante ao pesquisador social na revisão reverencial e protocolar aos cânones do passado, porém, datada em duplo sentido: i) no de ser uma glosa necessária, mas não mais operativa diante da mixagem metodológica e da crise do paradigma dominante de ciência que marcou o período de transição pós-moderna; ii) e no sentido específico de que a crítica das ideologias e a relação entre pensamento e emancipação (*práxis*) fariam parte de um projeto político derrotado, diretamente ligado às ditaduras de Estado, ao “socialismo real” representado pelo colapso do bloco soviético.

A ideia da verdade como fundamento último e universal esteve no epicentro da crise global da razão moderna. A crítica kantiana, ao cogitar, num primeiro momento, a impossibilidade de descortinar a coisa em si, estabelecendo os limites da razão, restou por demarcar o campo de tensão que seria mais tarde elaborado e ampliado em novas condições e argumentos. Com essa atitude inicial da crítica kantiana desenvolveu-se um processo global de esgotamento da filosofia dos fundamentos últimos, justamente porque, para Castanheira Neves, restaram preparados os espaços para a crise atual da filosofia contemporânea, marcada pelo niilismo de Nietzsche e a especulação do ser, já no século XX, no pensamento de Heidegger¹⁵⁹.

Nesse processo de destituição dos fundamentos últimos, a filosofia foi paulatinamente erigida ao posto de uma crítica da linguagem, movimento que já se insinuava nos desdobramentos do pensamento de Wittgenstein, seja em sua primeira fase analítica, reivindicadora de limites, não mais da razão, mas da linguagem, uma viragem linguística expressa emblematicamente na conhecida inferência do “*Tractatus*”, “sobre aquilo que não se pode falar, deve-se calar”, bem como na sua segunda tentativa de destruição da tediosa metafísica e seus pseudoproblemas, na teoria dos jogos de linguagem inspiradora da *ordinary*

¹⁵⁹ CASTANHEIRA NEVES, António. **A crise atual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia**: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Universidade de Coimbra – Boletim da Faculdade de Direito, 2003. p. 16.

*language philosophy*¹⁶⁰. Por outro lado, a teoria social crítica, à vista do descrédito das vertentes analíticas, foi também contestada pelo programa antifundacionista típico do pragmatismo e neopragmatismo¹⁶¹, tudo a indicar inúmeras tendências confluindo para a sedimentação de um ideário hegemônico nitidamente refratário às antigas pretensões de universalidade racional.

A par de tudo isso, para saber, então, os possíveis motivos de ser tão difícil, hoje, um pensamento jurídico crítico, é necessário retomar uma pergunta mais geral muito bem lembrada por Santos: afinal, por que é tão difícil uma teoria crítica, mormente num contexto tão fecundo a insatisfações de diversas ordens?¹⁶² Em paralelo: quais seriam as razões específicas da redobrada dificuldade histórica de afirmação do pensamento crítico do e no direito? Há motivos autônomos, e outros intimamente imbricados.

Com aponta Santos, o século XX, ao contrário da promessa kantiana de paz perpétua, foi um século de crescentes conflitos e mortes em escala global, ao passo em que a dominação da natureza, moderno emblema do progresso, implicou uma crise ecológica aguda, manifesta, dentre outras coisas, pela desertificação de florestas e pelo fato de que “um quinto da humanidade já não tem hoje acesso à água potável”¹⁶³. Pobreza em escala global, problemas ecológicos que afetam a vida no planeta, conflitos bélicos intensos e generalizados, crises políticas que afetam inúmeros países e mercados, intolerância e choques religiosos, cenário que colocaria, em tese, todas as condições para a retomada da teoria crítica como móvel capaz de radicalmente compreender e transformar tais impasses. O fácil diagnóstico de inúmeros fatores contemporâneos capazes de incitar a desconformidade com o real¹⁶⁴ e, assim, de se ter à disposição condições concretas para a renovação da tradição crítica, não é capaz, em si mesmo, de explicar o tamanho desconforto que o termo “crítico” gera no campo do pensamento filosófico e social.

Vários dos conceitos centrais herdados da teoria crítica marxista, tais como alienação, classe, dominação, exploração, ainda são, hoje, ícones analíticos que ainda fazem parte do campo geral da sociologia, porém, tais categorias não possuem no atual contexto a mesma

¹⁶⁰ SPANIOL, Werner. **Filosofia e método no segundo Wittgenstein**: uma luta contra o enfeitiçamento do nosso entendimento. São Paulo: Loyola, 1989. p. 13.

¹⁶¹ Sobre essa clara retomada do pragmatismo como tendência relevante na filosofia e na sociologia, no final do século XX, ver: POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2005. p. 13.

¹⁶² SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**. *Op. cit.*, p. 24, *passim*.

¹⁶³ *Idem*, p. 24.

¹⁶³ SANTOS, Boaventura. **A crítica da razão indolente**. *Op. cit.*, p. 25-26.

¹⁶⁴ *Idem, ibidem*.

centralidade de antes, sendo que uma das saídas desse ambiente de perplexidade foi a adesão imediata a uma sociologia de feição tradicional, para a qual o rigor metodológico seria a alternativa possível em face do esgotamento dos antigos cânones. Daí que, à luz dessa primeira reação à crise da crítica, o trabalho teórico no ambiente pós-moderno passa ter um caráter instrumental, de cunho descritivo e não prescritivo, com o qual o universo dos valores do pesquisador não estariam em jogo. Justamente por isso a questão de “tomar partido”, antes central no pensamento crítico marxista, passou a ser um pergunta sem sentido¹⁶⁵.

Em relação à ideia de emancipação, há um estranhamento tipicamente contemporâneo em relação a uma racionalidade (científica ou filosófica) orientada para transformações sociais. Para Santos, “uma das fraquezas da teoria crítica moderna foi não ter reconhecido que a razão que critica não pode ser mesma que pensa, constrói e legitima aquilo que é criticável”¹⁶⁶. Houve, para esse mesmo autor, uma clara ausência de crítica epistemológica do paradigma dominante de ciência, o que levou a teoria crítica social ao campo de um conhecimento-regulação e não ao conhecimento-emancipação¹⁶⁷. Nesse sentido, também aponta o grande desafio que o pensamento crítico enfrenta nesse processo de esgotamento, que é o de enfrentar um contexto em que as classes dominantes não precisam do consenso para exercer a sua dominação; e assim a hegemonia cultural, antes vista como uma consequência da alienação, passou a ser sustentada pela resignação. Disso resulta o abalo mais sensível do pensamento crítico, especificamente a ausência de condições culturais e epistemológicas capazes de fomentar, com os mesmos pressupostos e métodos do passado, a capacidade de questionamento do existente, seja no sentido de um otimismo oitocentista do *sapere aude*, burguês e iluminista, seja como teoria revolucionária da emancipação das massas exploradas, do proletariado, como expressavam os *slogans* oficiais das utopias socialistas do século XX. Por tudo isso, em tese, a *episteme* crítica não se mostraria mais adequada a um contexto de tamanhas incertezas, deixando de ser ela o meio privilegiado e necessário para a promoção da desmistificação da realidade, rumo à emancipação do gênero humano.

¹⁶⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**. *Op. cit.*, p. 25-26.

¹⁶⁶ *Idem*, p. 29.

¹⁶⁷ Na base dessa consideração está a tipologia feita por Santos que discrimina no projeto moderno eurocêntrico o conhecimento-regulação do conhecimento-emancipação. “No projecto da modernidade podemos distinguir duas formas de conhecimento: o conhecimento-regulação cujo ponto de ignorância se designa por caos e cujo ponto de saber se designa por ordem, e o conhecimento-emancipação cujo ponto de ignorância se designa por colonialismo e cujo ponto de saber se designa por solidariedade.” *Idem, ibidem*.

Difícil exaurir todos os pontos de uma necessária, mesmo que tardia, autocrítica capaz de refundar a tradição crítica de suas contemporâneas aporias. Igualmente difícil, talvez desnecessário, inventariar o conjunto de autores alinhados com esta mesma tradição que fazem a *mea culpa*, ou mesmo distinguir tantos outros teóricos que, “de fora”, sempre opuseram radicais argumentos a todo este ideário aqui denominado simplesmente de tradição crítica moderna. Ninguém melhor do que Lukács, defensor da ortodoxia marxista apenas como método, pôde expressar o resultado da cooptação teórica, a vinculação vulgar que a noção de *práxis* teve no campo marxista em relação a práticas políticas e suas correlatas justificações teóricas. Para este teórico, a revelação mais clara destes desvios da crítica marxista, a partir das deformações do estalinismo, foi o uso do “taticismo”. Tratou-se de uma deformação oportunista do legado crítico, que, no lugar de colocar a teoria como instância corretiva da ação prática, num fluxo constante e dinâmico, acabou por subordinar a orientação teórica às demandas imediatas do campo político, esvaziando a teoria de seu caráter crítico, transformando-a apenas a um instrumento de legitimação de interesses *ad hoc*. Assim: “A teoria fica reduzida à condição de escrava da prática e a prática perde sua profundidade revolucionária”¹⁶⁸. Ainda que se considere a existência de uma deturpação dos elementos caros da crítica marxiana originária pelos regimes totalitários, o reflexo prático desta apropriação concreta, mercê do colapso do regime soviético, por exemplo, resultou no fenômeno que Petras sintomaticamente enunciou como “intelectuais em retirada”¹⁶⁹. A crise da ortodoxia crítica marxista foi, em certa medida, o alto preço pago pela vinculação teórica da crítica com uma teoria da ação política de regimes específicos, encorajada por um historicismo mecanicista, uma teoria do sujeito histórico privilegiado, além de uma concepção de ciência da cultura que não conseguiu se desvincular de um cientificismo marcado pela ideia de progresso.

Fora das trincheiras do marxismo, talvez ninguém melhor do que Merquior tenha oferecido um conjunto de críticas tão diretas e densas ao conjunto de elementos específicos da teoria crítica, desde os seus fundamentos mais ampliados indo até aos segmentos pontuais da crítica marxista que foram aqui esboçados, tais como a visão de Althusser, designado ironicamente como humanista *malgré lui*, e a Escola de Frankfurt, neoidealistas herdeiros da

¹⁶⁸ KONDER, Leandro. Entrevista. In: PINASSI, Orlanda Maria; LESSA, Sérgio (Orgs.). Georg. Lukács e a atualidade do marxismo. São Paulo: Boitempo, 2002. p. 126.

¹⁶⁹ PETRAS, James. Os intelectuais em retirada. In: COGGIOLA, Osvaldo (Org.). **Marxismo Hoje**. São Paulo: Xamã, 1994. p. 83-92.

decadente *Kulturkritik*¹⁷⁰. Essas características justificam anotar brevemente alguns aspectos do seu pensamento, em detrimento de outros de igual relevo¹⁷¹. Para esse autor, a teoria da ideologia de cariz marxista teria encetado a ilusão totalista e deslegitimadora dos interesses de classe. Duas variações da teoria crítica da ideologia se destacariam. Uma forte, para a qual a ideologia, como falsa consciência, guardaria fronteiras absolutas em relação aos interesses da classe dominante, o que seria facilmente relativizado, tendo-se como exemplos os próprio pais fundadores do materialismo histórico, cujos *pedigrees* eram nitidamente burgueses. A segunda, mais branda e aceitável, propugna que o caráter de classe moldaria um quadro geral de influência. Seja pela versão branda, seja pela ótica da ideologia pela teoria dos interesses, Merquior aponta ainda para uma questão nevrálgica: como determinados indivíduos aceitam como verdadeiras determinadas ideias que são contra ou ao menos entranhas aos seus interesses? Essa conexão, esse “como” não é focado pelo discurso estruturalista de Althusser, pois de que forma, sem cair no psicologismo, os Aparelhos Ideológicos conseguiram fazer essa artilosa lavagem cerebral? A equação direta, mesmo revistada pelo estruturalismo de Althusser, entre classe dominante, Aparelhos, Ideologia e legitimação soa como excessivamente simplista tendo em vista as múltiplas facetas dos interesses sociais em jogo. Merquior pugna, neste ponto, pela análise da ideologia como uma forma simbólica do poder social, orientada por interesses seccionais e não totais, ressaltando seu valor heurístico e não explicativo. Nesse sentido, a tarefa de uma teoria da ideologia menos totalista importaria por certo uma dupla tarefa: a primeira, que cumpre por recuperar a intuição do marxismo originário, da ideologia como “véu”, que distorce a imagem do real de forma a sublimar o interesse que lhe é constitutivo no seio das classes, mas, num segundo momento, deve igualmente refutar o sentido de “máscara”, que engana os atores sociais¹⁷².

Igualmente relevante é observar algumas questões específicas desta crise global da tradição crítica. O que o direito tem a ver com todo esse cenário de crise? O campo do direito, mormente a filosofia e a teoria do direito forjadas pela tradição romano-germânica, enfrentou impasses ligados a esta crise global de racionalidade, mas com variáveis próprias, notadamente aquelas vinculadas à dinâmica própria de como a cultura jurídica de raiz europeia enfrentou os impasses, na filosofia e na teoria do direito, com reflexos nas dogmáticas jurídicas

¹⁷⁰ MERQUIOR, José Guilherme. **O véu e a máscara**: ensaios sobre cultura e ideologia. São Paulo: T. A. Queiroz, 1997.

¹⁷¹ Nesse sentido, um relevante trabalho crítico do marxismo foi realizado por Castoriadis. Cf. CASTORIADIS, Cornelius, 1922-1997; BOAVENTURA, Rosa Maria; GUEDES, Carmen Sylvia. **As encruzilhadas do labirinto**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987-1992. 2 v. (Coleção Rumos da Cultura Moderna, v. 53-54.)

¹⁷² MERQUIOR, José Guilherme. **O véu e a máscara**. *Op. cit.*, p. 38, *passim*.

ordinárias, do problema do conceito de direito válido, da teoria das fontes, bem como o necessário retorno da filosofia prática em face do avanço do constitucionalismo e do paradigma identificado genericamente com pós-positivismo. Posteriormente, o temário do pós-positivismo entrará em destaque. Para o momento, admite-se que um dos elementos mais sensíveis da necessidade de autocrítica da tradição crítica, bem como a racionalidade que lhe fundamenta, liga-se ao universo complexo do pensamento jurídico pela janela aberta da discussão que não é de toda estranha aos homens da lei, ao contrário, foi a base do seu mandato profissional secular, a questão fundamental da hermenêutica: dar respostas.

Como aponta Castanheira Neves, essa crise geral dos pressupostos da racionalidade moderna desembocará necessariamente numa crise metodológica de determinação do sentido do direito, portanto, uma crise que terá na sua base a questão hermenêutica. Mesmo considerando, como aponta esse autor, esse desemboque das crises contemporâneas do pensamento jurídico na esfera hermenêutica, não se pode prescindir de uma verificação das possíveis respostas aos problemas levantados inicialmente, no sentido de se confirmar a possibilidade de uma crítica da crítica, pressuposto para uma retomada efetiva da questão hermenêutica e de sua centralidade, tendo em mente a possibilidade de se retomar (ou não) os antigos mandatos críticos no campo jurídico.

Sem desconsiderar, pois, as especificidades ou generalidades deste temário, percebe-se uma nítida relação paradoxal, uma partilha ambivalente da crise da razão moderna, no campo da teoria social e da filosofia, e o campo específico do pensamento jurídico. O pensamento jurídico, e principalmente o crítico, manteve peculiares relações com a filosofia e suas crises correlatas, equilibrando-se entre uma autonomia relativa, de um lado, reprodutiva de padrões epistemológicos sequer aceitáveis, em tempos de crise pós-moderna, em ciências sociais, e, de outro, crises sucessivas de seus pressupostos, ante o seu esgotamento operativo em face de demandas sociais multicomplexas surgidas no cenário constitucional pós-moderno, sem deixar de anotar as várias crises relativas ao Estado que se operaram nesse contexto¹⁷³. Essa ambivalência sempre foi marcada por aquilo que, como bem entendido por Mangabeira Unger, seria uma certa impenetrabilidade dos sistemas de pensamento na cultura jurídica

¹⁷³ Morais destaca cinco grandes processos históricos de crise do Estado na virada do século XX para o início do XXI, sendo eles divididos em: 1) crise conceitual, ligada à ideia de soberania; 2) crise estrutural, ligada ao desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social; 3) crise institucional, ligada ao modelo de Constituição como elemento de equilíbrio de forças instáveis; 4) crise funcional, relativa às novas e plurais funções estatais; e 5) crise política, ligada ao esgotamento da ideia liberal de representação. MORAIS, José Luiz Bolzan. As crises do Estado. In: _____ (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 9-28.

dominante em razão de sua estreita ligação com o conceito de direito que a ela se vincula. As duas recepções da crítica no campo do direito são reveladoras deste processo de impasse.

A crítica kantiana do direito, à luz do pensamento kelseniano, desembocou, também, em um duplo impasse: um, de teto epistemológico, e outro, de assimilação vulgar. Do ponto de vista da ideia de ciência veiculada na TPD, também herdeira direta do ideário do empirismo lógico, há um claro distanciamento do campo operativo dos juristas ordinários. A arquitetura e os pressupostos kantianos de uma ciência do direito meramente descritiva, circunscrita no campo da imputabilidade formal, destoa, a olhos vistos, do escopo nuclear do saber jurídico ordinário, o qual foi imbuído, secularmente, da tarefa de se apresentar como uma diretiva metodológica para ação, para a decisão dotada de autoridade jurídica, um mediador discursivo entre o conflito e a resposta para a qual a fala do jurista é a fala autorizada. Ainda que se diga, por exemplo, que a TPD será uma metajurisprudência¹⁷⁴, no sentido de tratar especificamente, na qualidade de uma teoria geral do direito, dos conceitos elementares do labor jurídico concreto, tais como norma, sanção, pessoa etc., o seu arcabouço epistemológico não pode ser confundido com um discurso prático e operativo das doutrinas circulantes da dogmática tradicional. Assim, como bem destacou Bobbio, Kelsen, ao privilegiar em sua análise global questões estruturais e teóricas do saber jurídico, apenas marginalmente se preocupara com questões funcionais¹⁷⁵. Corroborando todas essas inferências, ainda que não se tenha exatamente delimitado o sentido do termo “dogmática”, tem-se que tal forma de saber (dogmática) não se vincula apenas ao campo da abstração formal, ao caráter meramente descritivo da realidade, mas busca essencialmente “...fazer um

¹⁷⁴ Nesse sentido, afirma Warat: “La teoría general del derecho es la culminación de la sistematización de la dogmática, y llega a su punto álgido con la elaboración de la teoría pura de Kelsen, que elimina de su seno toda noción meta-jurídica, y no sólo la valoración jurídica (la axiología), sino también la faticidad (las hechos), quedando tan sólo con la norma. La realidad jurídica deviene norma, categoría del conocimiento, desvinculada de la dinámica existencial y de su intento de valoración y justificación. La realidad jurídica no es significativa, sino tan sólo la norma, que es constituyente de aquella.” – “A teoria geral de direito é o auge da sistematização da dogmática, e chega ao seu ponto máximo com a elaboração da teoria pura de Kelsen, que elimina toda noção metajurídica, e não só a valorização jurídica (a axiologia), como também a faticidade (os fatos), restando tão somente a norma. A realidade jurídica se torna norma, categoria do conhecimento desvinculada da dinâmica existencial e de sua intenção de valorização e justificação. A realidade jurídica não é significativa, mas tão somente a norma, que é constituinte daquela.” (Tradução livre.) WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito**. Florianópolis: Boiteux, 2004. v. II, p. 156. Seguindo essa linha, Warat também defende a tese de que existe uma relação entre a TPD e a dogmática jurídica, sendo assimilada ideologicamente e transformada em uma “dogmática geral que racionaliza o saber dogmático”. WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica**. Florianópolis: UFSC, 1983. p. 124.

¹⁷⁵ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007. p. 56.

corde na realidade, isolando os problemas que são relevantes para a tomada de decisão e desviando a atenção dos demais”¹⁷⁶.

É evidente, pois, que todo esse arcabouço epistemológico da crítica de Kelsen revelou-se como a mais abrangente e rigorosa tentativa de construção de uma ciência da cultura no campo jurídico, seguindo a bula do neokantismo anterior, porém fadada ao paradoxo de ter sido uma ciência logicamente coerente, mas operativamente inócua aos juristas ordinários. Aliás, é justamente contra o valor a-científico da jurisprudência tradicional que se coloca a TPD. É possível, então, entender porque é plenamente factível existir um jurista prático sem ter o menor domínio das categorias ou dos pressupostos epistemológicos da TPD. Parece plausível, então, recolocar a crítica dos limites do criticismo de Hans Kelsen no plano de sua correta incidência: a epistemologia de viés neopositivista. Repita-se: a ciência do direito de Kelsen não se colocava imediatamente como uma “diretiva da ação”. Nesse aspecto está o caráter datado da teoria kelseniana, absolutamente enredada pelo padrão logicista do Círculo de Viena. Porém, uma leitura mais atenta pode demonstrar que o específico campo da hermenêutica epistemológica, formal e abstrato, não pode ser transportado mecanicamente para o campo da aplicação ordinária do direito. Ao contrário, a teoria da moldura kelseniana aponta, repita-se *ad nauseam*, justamente para os limites dos métodos seculares da jurisprudência tradicional¹⁷⁷.

Outro ponto a se destacar trata da assimilação vulgar da crítica kelseniana da verdade jurídica dos métodos tradicionais de interpretação. O tão falado último capítulo da TPD parece impor uma outra reflexão que incide não apenas na estrutura epistemológica da ciência do direito, mas, e aí sim, no campo operativo prático do direito: a hermenêutica. Ainda que a comunidade do mundo jurídico, pelo menos no caso brasileiro, tenha feito “ouvidos moucos”¹⁷⁸ para a contundente afirmação kelseniana sobre a total impropriedade dos tradicionais métodos de exegese utilizados pela jurisprudência tradicional, não há como

¹⁷⁶ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2003. p. 87.

¹⁷⁷ Sobre o caráter datado do paradigma kelseniano: “O modelo de ciência jurídica proposto por Kelsen encontra-se atualmente superado não só pelo envolver natural dos paradigmas científicos, hoje distanciados do positivismo de outrora, *i.e.*, por um fator intelectual, mas também por motivos histórico-sociais, já que a ‘teoria pura’, em suas linhas gerais, foi desenvolvida tendo como parâmetro o Direito nas sociedades europeias pré-Segunda Guerra Mundial – antes, portanto, de encerrado o ciclo histórico da modernidade e principiado o que já se vem convencendo chamar ‘pós-modernidade’. Nesse descompasso histórico, pode-se talvez identificar elementos para a explicação da permanência do prestígio da doutrina kelseniana em países como o nosso, em grande parte em vias de completar sua ‘modernização’”. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. *Op. cit.*, p. 35.

¹⁷⁸ ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Fundamentação ética e hermenêutica**: alternativas para o direito. Florianópolis: Cesusuc, 2002. p. 240.

escapar da clareza dos seus postulados. O ponto central da referida crítica é logo elucidado por Kelsen, sendo que a questão passa pelo entendimento prévio da atividade denominada “interpretação”:

[...] existem duas espécies de interpretação que devem ser distinguidas claramente uma da outra: a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do Direito que não é realizada por órgão jurídico, mas por pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica. Aqui começaremos por tomar em consideração apenas a interpretação realizada pelo órgão aplicador do Direito¹⁷⁹.

Essa duplicidade de formas de interpretação, coerente com os pressupostos gnosiológicos do projeto kelseniano, uma científica e outra da autoridade jurídica, causa, ainda, grandes controvérsias, justamente porque neste ponto, a da teoria da moldura, radica-se a questão de suma relevância deste legado crítico: o relativismo axiológico. Em suma: mesmo sendo a TPD uma contundente crítica kantiana das pseudoverdades da dogmática, a qual se liga ao modelo discursivo fundamentador da interpretação autêntica, o criticismo kelseniano desembocou numa visão formalista e relativista que impregnou o imaginário jurídico sobremaneira. Para uma assimilação vulgar, ou não atenta a estes desdobramentos do pensamento da TPD, o positivismo kelseniano passou a ser assimilado e visto como o propugnador de todos os tipos de males que assombraram a teoria jurídica da segunda metade do século XX. Foi preciso, como dito anteriormente, um crítico de matriz marxista, como Óscar Correias, para denunciar a fraqueza deste ideário, incapaz de vislumbrar um “outro Kelsen” não visto (propositalmente) pelos discursos jurídicos comuns.

As teorias críticas do direito herdeiras da crítica marxiana também devem enfrentar uma necessária autocrítica nesta quadra da história. Se o grande *alter* teórico-prático das teorias críticas marxistas no campo jurídico, de origem europeia indo até a América Latina, foi o positivismo jurídico, algumas ponderações se impõem. A primeira, tomando como campo de observação o contexto brasileiro, é que permanece como discurso ainda dominante os elementos centrais do positivismo jurídico. As ideias caras ao temário juspositivista contemporâneo, tais como o relativismo extremo dos valores, a impossibilidade de uma filosofia prática a informar o raciocínio judicial, a inexistência de valores ideológicos no ato de julgar, bem como os mitos do *voluntas legis* e *voluntas legislatoris*, dentre outros *standards* típicos da linguagem dogmática, continuam impregnando as falas autorizadas dos juristas de

¹⁷⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. *Op. cit.*, p. 391.

ofício¹⁸⁰. Tudo isso se dá, como alerta Streck, mesmo após as inúmeras viragens do pensamento, na filosofia e na teoria social, bem como em face das novas exigências epistemológicas da alta complexidade que o incremento da jurisdição constitucional demanda, com acento especial no Brasil¹⁸¹.

Arruda Júnior e Gonçalves também constataam que a letargia dos movimentos jurídicos críticos contemporâneos, mormente o MDA, no Brasil, deu-se nos níveis da atuação prática e teórica, com especial acento nesta última. Muitos fatores fazem parte desta avaliação de trajeto. Desde o advento do neoliberalismo como fator de desvalorização da normatividade estatal e, com efeito, dos avanços conseguidos neste campo, ao lado da ação corporativa e despolitizada dos atores jurídicos, somaram-se o distanciamento da academia em relação às práticas populares e o arrefecimento da militância de esquerda tradicional. Tudo isso gerou um elemento de crise visível da crítica jurídica prática: a não sistematização teórica. Essa carência teórica, segundo os mesmos autores, configurou um cenário incapaz de levar à superação dos pontos nodais do positivismo jurídico, como anunciado. A refundação do MDA, e mesmo da própria utopia crítica no campo jurídico, passaria, primeiro, por esse resgate crítico das experiências empreendidas, além serem apontados dois elementos prospectivos: i) a construção de uma teoria dos valores, o que foi abandonado pelo positivismo, a partir do que denominam de resgate do “mínimo ético”; e ii) uma nova modalidade cognitiva, de cunho hermenêutico. A busca da compreensão hermenêutica, como hermenêutica filosófica, passa a ser concebida como verdadeiro salto qualitativo da crítica jurídica, fora e para além do quadro tradicional da exegese jurídica ordinária, a qual serviria para trazer à crítica um novo fôlego capaz de efetivamente ressignificar as práticas dos juristas¹⁸². Também Andrade, reconhecendo que o MDA deixou de elaborar uma teoria unificadora ou sistematizadora, entende que o movimento se encontra, na atualidade, em face de duas opções: ou se firmará como uma corrente crítica do direito, ou, sem êxito, “ficará na história como uma moda, uma revolta momentânea que veio e passou”¹⁸³. Diante de todas

¹⁸⁰ Uma análise dos pressupostos hermenêuticos do positivismo será feita detidamente no capítulo 3.

¹⁸¹ Na análise de Streck: “Numa palavra, é a partir da superação da crise paradigmática do Direito (crise dos modelos de Direito e de Estado) é que poderemos dar um sentido eficaz à Constituição, inserida no novo modelo de cunho transformador que é o Estado Democrático de Direito. Ao lado disso, é imprescindível uma nova hermenêutica jurídica, que possibilite ao operador do Direito a compreensão da problemática jurídico-social, inserida no contexto de uma sociedade excludente como a brasileira, onde a dignidade da pessoa humana tem sido solapada deste o seu descobrimento”. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1, p. 689.

¹⁸² ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Fundamentação ética e hermenêutica**. *Op. cit.*, p. 45-46, *passim*.

¹⁸³ ANDRADE, Lédio Rosa de. **O que é direito alternativo**. *Op. cit.*, p. 35.

essas considerações, uma autocrítica da crítica, acima de tudo, deve fazer parte integrante de qualquer forma de pensamento que queira seguir a partir de mandatos históricos tão importantes e, ao mesmo tempo, tão afetados pelas crises antes abordadas. Se a crítica é, como de fato foi, uma tradição viva da trajetória do pensamento ocidental, dois contributos podem servir de guia, e não de método, para uma renovação deste rico campo de análise e atuação, no sentido de apontarem para um horizonte de ação jurídica que ainda reivindique alguns dos seus desafios.

A primeira contribuição trata da ideia de limite, no sentido originário do ideário kantiano, mas dessa vez fora de um projeto fundamentalista do lugar das ciências e da cultura. Trata-se, então, de recuperar da razão seu potencial mais radical, qual seja, de ter que assumir, mesmo diante de tantas incertezas, a coragem que lhe é própria, de ter que se contentar com o que podemos pensar. Nas palavras de Goyard-Fabre, esse é “o preço que se tem de pagar para que, em nosso mundo dilacerado, o homem-Prometeu não seja devorado”¹⁸⁴. A segunda, parte daquela máxima encerrada como emblema do marxismo ocidental, inscrita na XI tese de Feuerbach, a partir da percepção do seu sentido implícito, de sua quase-ironia não declarada na luta contra a abstração idealista, mormente a ideia de que todo pensamento é pensamento no mundo, e, como tal, não pode estar alheio à mudança desse mesmo mundo em que se enraiza. Desta pertença de todo pensamento ao mundo, a crítica marxista (na filosofia e na teoria social pós-modernas) pode trazer aos tempos de crise mais que uma bula datada, um método, um programa de ação, mas, acima de tudo, uma inspiração, à qual se deu um nome hoje desgastado de “utopia”, que nada mais é do que a antevisão de um lugar que não existe (*u-topos*). A construção (ou desvelamento) deste lugar é, mesmo com tantos tropeços e excesso de trajeto, ainda, o lugar da razão.

Limites e utopia parecem, a princípio, um *contadictio in terminis*. Todavia, mesmo aparentando serem vetores opostos, uma crítica renovada do campo jurídico não pode perder de vista essas duas dimensões. Essas parecem encerrar, de uma maneira simples, o sentido profundo de tantos séculos de tradição crítica. À luz dessa revisão parca anunciada desde início, chega-se, agora, em uma outra etapa, movida pelo desiderato de compreender, sem abdicar dos mandatos da crítica, o fenômeno da verdade dos juristas, seus discursos, suas fundamentações sem cair nas *trampas* que a própria crítica expressou ao longo de sua formação; sem cair em tentações totalizantes ou estruturalistas. O olhar proposto será, pois, o genealógico, escolhido como sendo aquele capaz de tratar o tema “por dentro”, sem

¹⁸⁴ GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. *Op. cit.*, p. 369.

pretensões de uma fundamentação absoluta, apto a encontrar algumas pistas históricas sobre a construção desta verdade própria dos homens da lei, vista a partir dos seus discursos específicos de verdade. Esse olhar poderá ser igualmente capaz de vislumbrar, dentro dos limites impostos, os momentos em que a tradição ocidental conferiu à verdade dos juristas – por diversas razões, mais do que ideológicas –, o seu caráter constitutivo, resistente e paradoxal: ser e se reproduzir secularmente como um senso comum teórico.

A explicitação dos pressupostos e dos momentos decisivos desta genealogia são os temas do próximo capítulo.

2 GENEALOGIA DO SENSO COMUM TEÓRICO DOS JURISTAS E NOVA CRÍTICA DO DIREITO

2.1 UMA HIPÓTESE-FICÇÃO, QUASE UMA ALEGORIA

Suponha-se que, um dia, aportou na Terra um organismo inteligente absolutamente alheio a toda tradição do pensamento jurídico ocidental, o qual ficou conhecido nos círculos dos doutos como o “Estrangeiro”.

Tal ser alienígena, vindo de um longínquo planeta distante, estranho, portanto, a tudo que é humano e objeto da cultura terráquea, e, por suposto, sem quaisquer referências prévias aos mais básicos elementos que formaram a tradição das ciências e dos saberes que constituíram a base das instituições jurídicas ocidentais, era, não obstante, capaz de decifrar os signos e a estrutura da linguagem dos humanos. Recebido com espanto pela comunidade de *experts*, passado o momento inicial de reconhecimento mútuo, para tal ser foi colocado um tema para sua sobrenatural análise: existe um método racional para chegar à resposta correta no campo jurídico?

Foi possível, então, com a chegada inusitada do “Estrangeiro”, disponibilizar a este olhar absolutamente não impregnado de qualquer horizonte de sentido interno sobre o tema os mais significativos trabalhos escritos pelos próprios personagens deste campo temático (os juristas), e foi igualmente possível inventariar a massa gigantesca de informações e teses feitas pelos juristas de diversas tradições.

Reza a lenda que essa possibilidade de análise deixou os juristas extasiados (mormente os jurisfilósofos). Seria uma visão única sobre um tema tão relevante para o campo jurídico ocidental, avaliado sem precedentes. Tudo era inigualável. Primeiramente, o “Estrangeiro” poderia exercer seu poder analítico único por inúmeros lugares, seja pela história do direito, a sociologia jurídica, a dogmática jurídica, hermenêutica, pela filosofia ou teoria do direito. Nesse minucioso trabalho analítico, esse outro contava com tecnologias para além de nosso vulgar entendimento; utilizou-se, também, de uma lupa inigualável, pela qual pôde observar com riqueza de detalhes o nascimento de cada conceito ou categoria jurídica ao longo de toda história humana. Para recuar precisamente em cada momento histórico, o “Estrangeiro” não contava apenas com as narrativas dos historiadores humanos, à sua disposição havia uma poderosa máquina do tempo construída pelos seus ancestrais, pela qual foi possível de forma

totalizante pinçar todos os fatos e eventos que se ligavam ao tema que estava em análise. Sob o seu olhar nenhuma linha escapou, tampouco gesto, ato; nenhum fato deixou de ser inventariado por meio dos seus instrumentos analíticos poderosos, o que resultou numa amostragem de dados impossível de ser conseguida pela falível ciência humana.

Pôde, então, o “Estrangeiro”, adentrar nos meandros mais radicais da linguagem jurídica, dissecando cada discurso sobre o tema, passeando pelos mais diversos horizontes de sentido construídos; observou, como nunca se fizera antes, os conflitos ocultos de concepções, o choque das falas autorizadas, acadêmicas ou institucionais; tudo esteve ali, à sua disposição: práticas, gestos, discursos.

A euforia diante de tal capacidade analítica era justificada. Esse olhar único, vindo de fora, seria o primeiro capaz de perceber com clareza exemplar o problema da resposta correta no direito; o mais relevante de tudo é que o tema escolhido já teria sido fartamente observado e construído pelos seus atuais interlocutores terrenos, os quais já se achavam “por dentro” da própria tradição, a mesma que fundou o tema como um tema. Mesmos constatando que foram os próprios humanos os criadores do tema, estes não poderiam ter uma visão privilegiada de si mesmos, a partir de um marco zero, pois os humanos não eram como ele, um “Estrangeiro” que a tudo poderia ver e entender de um ponto de mirada único, virginal. O “Estrangeiro” seria o primeiro a arrancar de um tema a sua total “tematicidade” última, sua real significação objetiva, ou seja, sua verdade.

Temendo não poder expressar suas conclusões aos humanos, propôs o bondoso outro emprestar sua máquina do tempo e sua lupa, contando com juristas voluntários que seriam submetidos a uma experiência que também os transformaria em estrangeiros, extraindo dos seus cérebros quaisquer noções prévias sobre o tema. Assim o diálogo entre os juristas e o “Estrangeiro” seria possível. Alguns juristas de renome foram preparados para tal mister. Após a amnésia programada, os juristas entraram na máquina do tempo e utilizaram a lupa infalível que antes não dispunham. A comunidade de juristas ficou eufórica: enfim, a verdade sobre um tema seria anunciada.

Postados em um amplo parlatório, conforme regras da tradição, os juristas submetidos a tal experiência foram publicamente expor suas conclusões. Tal qual se fazia nos antigos oráculos, foram indagados sobre a existência ou não da resposta correta no direito. A surpresa tomou conta do evento; no lugar de novos e profundos discursos, imperou, todavia, o silêncio; nada foi dito por aqueles juristas humanos que puderam, pela primeira vez na história, ver, como um “Estrangeiro”, completamente “de fora”, um tema da tradição.

O silêncio, disseram alguns, foi uma seqüela decorrente do impacto da dita experiência, a qual fez com que aqueles juristas perdessem as suas noções humanas de espaço e tempo. Contudo, constatou-se que, apesar da radicalidade da experiência, eles ainda eram humanos, e o seu silêncio sobre o tema para o qual foram desafiados se deu, fundamentalmente, pelo fato de que eles nunca mais poderiam ser como antes, ou seja: apenas juristas.

2.1.1 Fundamentos para uma genealogia da verdade dos juristas: Nietzsche e Foucault

Se não somos “Estrangeiros”, se ainda resta em nossas mentes os resquícios dos valores do passado, da tradição que oprime o cérebro dos vivos¹⁸⁵, e se igualmente não temos uma máquina do tempo, tampouco uma lupa analítica infalível, como seria possível trilhar outro caminho para rastrear a constituição das formas dominantes da verdade dos juristas, sem, contudo, nutrir pretensões de uma observação total e externa, sem conjurar a qualidade (racional?) de observadores supra-históricos? Como escapar da contradição de se inventariar – sem abdicar da rubrica crítica – os fundamentos da verdade dos juristas, utilizando os mesmos pressupostos analíticos da tradição moderna que, em certa medida, coloca-se desde já em suspeição? Que caminho poderia ser colocado como método (termo também suspeito) para um inventário das verdades dos *experts* da lei, o qual, se não totalmente inovador, ao menos seja revelador de uma alternativa capaz de tratá-las a partir do movimento global da metafísica do sujeito e ao lado de suas especificidades locais, suas imagens e símbolos nem sempre percebidos, levando-se em conta tanto continuidades como descontinuidades históricas?

Essas muitas questões são, como bem poderia ter firmado Berman, evidentemente a partir de uma outra abordagem, reflexos de algumas das barreiras teórico-metodológicas impostas ao entendimento das raízes do que se denominou “Tradição Jurídica Ocidental”. Para esse autor, muitas controvérsias cercam a abordagem histórica dessa tradição. Surgem, assim, problemas ligados à filosofia da história, ao método historiográfico, à influência das inúmeras escolas do pensamento jurídico no interior destas mesmas narrativas, bem como modelos usuais que são comumente utilizados ao se abordar o discurso de verdade produzido no campo do direito. Por isso Berman utiliza um recorte metodológico muito particular, com

¹⁸⁵ MARX, Karl. **O 18 de Brumário e Cartas a Kugelmann**. Tradução de Leandro Konder e Renato Guimarães. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p. 21. A posição marxiana sobre a tradição colhida desse texto será retomada no capítulo 3.

o qual as raízes da tradição jurídica ocidental, contrariando as convenções tradicionais que a situam no mundo greco-romano clássico, instituiu-se efetivamente no século XII, a partir da Reforma Gregoriana, que ele mesmo denomina de umas das revoluções constitutivas deste *ethos* jurídico do ocidente¹⁸⁶.

Diante desses impasses, a metáfora do “Estrangeiro” motiva ir justamente pelos caminhos outros, numa *démarche* capaz de enfrentar as aporias da tradição crítica antes mencionada, notadamente para além da crise dos metarrelatos, da filosofia do sujeito e da teoria ortodoxa da ideologia que estavam na base de tais teorias. Isso se justifica porque é preciso entender os fundamentos metafísicos dos discursos dos juristas como um tema inicialmente constituído pelos próprios juristas, ora influenciados pelos fundamentos metafísicos da tradição, mas por vezes distanciado (e imunizado) do quadro geral das filosofias oficiais. Essa percepção em parte já foi realizada por uma história do pensamento tipicamente moderna. O que, para os sistêmicos seria, em verdade, uma auto-observação¹⁸⁷. Agora, a proposta que se apresenta é realizar aquilo que primeiramente Nietzsche, e depois Foucault, entendia por genealogia. Muitas contradições aparecerão pela simples adoção dessa opção, cujos riscos, contudo, são plenamente assumidos. Não se pretende, pois, subsumir o tema a um método. Todavia essa escolha de olhar pode dar uma preparação mais aberta para a compreensão inicial do senso comum teórico próprio dos juristas, suas raízes, e, ao final, a sua relação com o campo da pré-compreensão.

Os discursos de verdade dos juristas, como se verá, não podem ser isolados, como ocorre nas profissões tradicionais, do *ethos* de suas atividades ordinárias e dos seus mandatos próprios. A dogmática jurídica, como será abordado alhures, é um discurso de verdade específico e diretamente imbricado com as práticas ordinárias dos juristas¹⁸⁸. Assim sendo, os discursos, as teorias não são, de fora, descritivas do poder, mas são, eles próprios, expressões de poderes sociais. Com efeito, os fundamentos metafísicos da verdade dos juristas – estabelecidos, como se defenderá, fundamentalmente como senso comum teórico –, devem sofrer uma observação genealógica, a partir dos lugares próprios e de seus arquétipos sociais,

¹⁸⁶ BERMAN, Harold J. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 11, *passim*.

¹⁸⁷ Uma das notas típicas da teoria social sistêmica está no fato de que a sociedade, no fundo, é um conjunto de auto-observações.

¹⁸⁸ Essa relação peculiar é descrita por Campilongo: “Os profissionais do direito mantêm com a teoria jurídica uma relação muito peculiar. Por isso, examinar as profissões jurídicas significa, simultaneamente, esclarecer como os juristas encaram o direito e sua função social. Não há como separar práxis jurídica da concepção de direito dos advogados.” CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Assistência Jurídica e advocacia popular*. *Op. cit.*, p. 18.

indo até onde a tradição metafísica impôs, subliminar ou diretamente, aos juristas, seus modelos, seus méritos, seus impasses e suas crises. A opção deste caminho genealógico pode e deve ser mais esclarecido.

O termo “genealogia” sugere uma significação sedutora e perigosa, pois trata dos inícios, dos começos, das origens, das causas: justamente os fantasmas e as obsessões, como diria Marc Bloch, dos historiadores¹⁸⁹. Para Foucault, todavia, fazer uma genealogia implicava um novo *modus operandi* conceitual. Essa nova forma de compreender o passado teve por inspiração a reflexão de Nietzsche e seu modo muito particular de crítica do caminho da *episteme* moderna e seus fundamentos morais e gnosiológicos. Na base dessa percepção, Nietzsche oferece uma crítica ao historicismo moderno, marcante a partir do século XIX, e que será, noutro contexto, reapropriado por Foucault, tendo por quadro geral as suas três grandes preocupações críticas: o saber, o poder e a subjetividade.

Ver o passado como um “tema” – e dele extrair algum *telos* ou nexos causal de longa duração com a constituição do presente – foi a marca da racionalidade, ou condição mesma de cientificidade, do saber histórico criado pela historiografia tradicional moderna. Essa historiografia cientificista e factual, nascida emblematicamente pela ideia de seu pai fundador, Leopold von Ranke, pugnava pela possibilidade de se chegar ao juízo objetivo do passado, “como de fato aconteceu”¹⁹⁰. Esse processo partia de certas motivações. Tentadas a se verem libertadas, em parte, da lógica naturalista e determinista de sua formação inicial, as ciências da cultura se afirmaram, notadamente nos séculos XIX e XX, em formas de ver os fenômenos culturais como produtos volitivos da ação humana, portanto, contingentes, mas que, do ponto de vista macro, revelariam uma lógica operativa que poderia ser conhecida e entendida objetiva e racionalmente. Em suma: para entender o presente seria preciso investigar o passado, pois haveria nexos racionais entre a cadeia de ações dos seres humanos na sociedade em cada tempo; o passado, assim revelado, traria alguma lição ou algum indicativo preditivo do futuro. Foi dessa forma que, para Foucault, o saber historiográfico, na modernidade, passou a ter um *locus* determinado no bojo da cartografia dos saberes. Assim,

A partir do século XIX, a História vai desenrolar numa série temporal as analogias que aproximam uma das outras as organizações distintas. É esta História que, progressivamente, imporá suas leis à análise de produção, à dos seres organizados, enfim, à dos grupos linguísticos. A História dá lugar à

¹⁸⁹ BLOCH, Marc Léopold Benjamin. **Introdução à história**. Mira Sintra: Publicações Europa-América, 1976. p. 31, *passim*.

¹⁹⁰ Conforme afirma Berman, esta é a “[...] célebre expressão de Ranke, *wie es eigentlich gewesen ist* (‘como de fato aconteceu’) [...]”. BERMAN, Harold J. **Direito e revolução**. *Op. cit.*, p. 29.

organizações analógicas, assim como a Ordem abria o caminho das identidades e diferenças sucessivas¹⁹¹.

A história, portanto, passou a ser apreendida pela História como disciplina específica no campo dos saberes, reconhecida, então, como um campo de conhecimento transversal no estudo da cultura, ou “um modo de ser de tudo que nos é dado [...] um incontornável do nosso pensamento”¹⁹². A percepção historicista dos fenômenos e a ideia de progresso passaram a informar os paradigmas da historiografia dominante, não sendo o objetivo principal neste momento apreciar toda essa trajetória. É relevante, porém, dizer que essa descrição “presentista” da história foi parte do modo de observação moderna da cultura e que, também, hegemonizou o campo da “história das ideias”, com reflexo no campo das ideias jurídicas ou do direito. Essa tendência hegemônica dos estudos históricos vai ser relativizada nos anos de 1970, a partir de três eventos: i) o debate do neomarxismo, e o retorno a Gramsci; ii) a influência da Escola de Frankfurt, e, principalmente, iii) o advento da Escola dos Annales, na França, buscando superar a matriz da histórica factual para uma história das mentalidades¹⁹³.

Dentro desse processo geral de crítica da historiografia da modernidade, Foucault insurge-se contra o quadro marcante da epistemologia das ciências sociais, baseado em uma teoria do sujeito e no historicismo, como, por exemplo, a versão comum do estruturalismo marxista, à luz de sua filosofia da história etapista e da concepção de sujeito e de ideologia que lhe são tributárias¹⁹⁴. Nesse sentido, vale a pena a longa transcrição de um excerto no qual Foucault refuta amplamente essa relação mecânica entre história, sujeito e ideologia:

Esse tipo de sujeito, ao mesmo tempo vazio, neutro, que serve de ponto de convergência para todo o mundo empírico, e que vai se tornar o sujeito enciclopédico do século XVII, como é que esse sujeito se formou? Será um sujeito natural? Será admitir que, se ele não o fez antes do século XV, no século XVI, foi somente porque tinha preconceitos, ilusões? Será que eram véus ideológicos que impediam de dirigir esse olhar neutro e acolhedor sobre o mundo? Esta é a interpretação tradicional, e eu acredito que seja a interpretação dada pelos marxistas, que dirão, bom, os pesos ideológicos de

¹⁹¹ FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas**: uma arqueologia das ciências humanas. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 299-300.

¹⁹² *Idem*, p. 299.

¹⁹³ HESPANHA, António Manuel. **A História do Direito na História Social**. Lisboa: Livros Horizonte, [s./d.]. p. 14-15, *passim*.

¹⁹⁴ Ressaltando o que foi dito, tendo-se em foco o projeto da Arqueologia do saber em *As palavras e as coisas*, importante e precisa observação é feita por Machado: “O projeto explicativo dos historiadores é incapaz de dar conta da especificidade do saber, permanecendo exterior ao objeto a ser explicado, seja através da consideração das condições econômicas, seja pela consideração de outros saberes ou experiências que lhe trariam determinadas existências.” MACHADO, Roberto. **Foucault, a ciência e o saber**. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2006. p. 136.

certa época impediam que [...] Eu lhes direi não, não me parece que uma análise assim seja suficiente. De fato, esse sujeito supostamente neutro é, ele próprio, uma produção histórica¹⁹⁵.

Para Foucault, portanto, o sujeito não está fora das determinações da história, como “Estrangeiro”, mas é, efetivamente, uma construção da, na e pela história, o que rompe com as perspectivas das teorias sociais tradicionais (e mesmo as críticas) vigentes até o contexto de hegemonia do estruturalismo. Essa desconstrução da noção hegemônica de sujeito, importante para esclarecer o marco analítico em foco, corresponde a uma das fases do pensamento multifacetado de Foucault. De maneira geral, divide-se o pensamento de Foucault nas seguintes fases¹⁹⁶:

- i) a fase da Arqueologia, iniciada na década de 1950, cuja preocupação se voltava em apreender as diversas articulações de saberes;
- ii) a fase da Genealogia, centrada na questão do poder;
- iii) a fase da Ética, voltada às questões da conduta individual.

Mas, de onde surge a ideia central que forjará os elementos da genealogia foucaultiana? Genealogias, como dito, à primeira vista, são olhares que apelam diretamente às origens, o que significou, em seu sentido comum, uma forma meticulosa de investigação da ancestralidade dos laços familiares. Pensar o passado teria, assim, um apelo direto ao entendimento racional das origens remotas. Nesse sentido, as filosofias da história que se constituíram ao longo da tradição moderna evocaram o anseio genealógico de descortinar as origens seminais da cultura, dos laços sociais e suas instituições. Todavia, a ideia de uma genealogia crítica da cultura nasce no campo de filosofia, especificamente a partir das reflexões de Nietzsche assimiladas por Foucault. A partir, então, do diálogo com estes autores, poder-se-á avaliar em que medida, no presente, é viável e possível, como etapa inicial, realizar uma análise genealógica do senso comum teórico dos juristas dentro dos limites das fontes disponíveis.

Último representante da metafísica, destruidor de ídolos, crítico do cristianismo e do platonismo, antecipador da pós-modernidade, muitas foram as tentativas de qualificar Nietzsche. Não sendo possível, tampouco necessário, revisitar o pensamento nietzschiano em suas minúcias, o que importa é tê-lo como referência básica para o que se persegue, ou seja, a identificação dos pressupostos da genealogia como olhar crítico da tradição do pensamento

¹⁹⁵ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2003. p. 138.

¹⁹⁶ EIZIRIK, Marisa Faermann. **Michel Foucault: um pensador do presente**. Ijuí: Unijuí, 2002. p. 145-147.

jurídico. A *démarche* genealógica, em Nietzsche, opera no campo da prospecção dos pontos de partida das ações humanas, observando sua emergência que nasce sem um ponto superior de apoio, sem ser, assim, fruto de uma observação de um “Estrangeiro”. O ponto de partida genealógico consiste em ver que os pontos de partida geralmente aceitos para a reflexão sobre a moral e a verdade não são os únicos nem tampouco os primeiros e o que se revela como universal e racional poder ser simples pretexto para o arbitrário e local. Nessa perspectiva a “genealogia da moral” é obra orientadora desta abordagem.

Ora, de onde surgiram os juízos de “bem” e de “mal”? Eles surgiram, foram captados por uma mente brilhante ou foram inventados? Observando a tradição europeia, e tendo em mente sua curiosidade “infantil”, Nietzsche investe em quebrar o imanetismo destes dois conceitos que, de tão contrários aos fatos da vida, podem ser postos como verdadeiros *a priori*. Com efeito, pugna, Nietzsche, por um olhar histórico capaz de investigar a origem da moral não por detrás do mundo vivido, tendo por enunciação nuclear as perguntas genealógicas: “sob que condições o homem inventou para si os juízos de ‘bom’ e ‘mau’? E que valor têm eles? Obstruíram ou promoveram até agora o crescimento do homem?”¹⁹⁷. Essa interpelação genealógica, portanto, parte por considerar os fatos culturais (a moral) não como algo em si, *a priori*, que possam ser vistos universalmente como elos causais entre o passado e o presente, constituídos por fora, como dados desde sempre postos, como uma essência própria racionalmente predeterminada. Justamente por isso, a interrogação genealógica nietzschiana sobre a moral buscou, em contraste com a pergunta tradicional das origens, compor o quadro não visto das condições da emergência da moral não como algo transcendental, um objeto do conhecimento a ser descoberto, mas como uma “invenção”, cuja autonomia, universalidade e verdade o genealogista deve desconfiar *ab initio*.

Nietzsche, então, ao tocar no problema da origem dos vetores morais, forneceu a Foucault os elementos nucleares de sua genealogia, bem como evidenciou a pedra-de-toque para se pensar, aqui mais detidamente, o terreno próprio da verdade dos juristas. Este terreno, como terreno dos *experts*, dos homens de saber, não se construiu à margem de duas grandes questões gerais do pensamento: a vontade de verdade e o ideal ascético. A vontade de verdade é a meta, a argamassa da metafísica moderna, esta última pautada nesse desejo da veracidade como encontro transcendental ao idêntico, ao universal e ao uno, e na história do pensamento¹⁹⁸ esse desejo de verdade se ligou indelevelmente ao campo das ideias morais. A

¹⁹⁷ NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da moral**: uma polêmica. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 9.

¹⁹⁸ Neste momento, é importante distinguir história do conhecimento e do pensamento. Nesse sentido: “A diferença entre história do conhecimento e história do pensamento é justamente a diferença observável entre

crítica genealógica da moral, portanto, em sua raiz, evidencia os lugares onde essa vontade de verdade melhor se camuflou na tradição do pensamento, daí a relação estreita entre os sentidos de bem e de felicidade com os de verdade, os quais impregnaram a cultura cristã e o platonismo fundador dos edifícios filosóficos do ocidente. Nessa perspectiva, como bem destaca Onate, “foi sob o domínio da moral que a vontade de verdade corrompeu a maioria dos filósofos, que Nietzsche se detém exaustivamente, procurando testá-la a partir das mais diversas perspectivas”¹⁹⁹.

A questão da verdade, pois, nasce deste dilema que, em si mesmo, não é metafísico, racional, mas oriundo de um confronto entre valores, choque de forças, o qual se liga a dois tipos humanos fundamentais, o que diz “sim” à vida, e sua ideia de “bom” deriva da sua experiência concreta, à luz do ideal nobre não autocomplacente para consigo; e o segundo, o ressentido, contemplativo, que atribui a origem dos valores a esferas não humanas, o fraco e autopiedoso, que precisa capturar o ideal do uno e do universal fora da vida, sendo aquele que diz “não” à vida. Esse segundo ideal, pautado pela negação da vida como ela se apresenta, teria no ideal ascético um instrumento de sua manutenção. O ideal ascético passou a ser, segundo Nietzsche, a condição de existência do filósofo, o dono dessa verdade extramundana. Assim, o ideal ascético acabaria mimetizando “os tipos já estabelecidos do homem contemplativo, o sacerdote, o feiticeiro, o adivinho, o homem religioso...”²⁰⁰. Como apologeta da vontade de verdade abstrata, o asceta afirma que a vida concreta apresenta-se “como um caminho errado”, daí que a verdade deveria ser supra-humana, uma ideia a ser capturada por poucos. No fundo, o ideal ascético cumpre a tarefa de justificar a emergência e a permanência desse desejo específico de verdade que nasce como contradição ao parâmetro do homem nobre. A consciência desta vontade de verdade, em nós, para Nietzsche, seria a tarefa da crítica do pensamento, que deveria ser a crítica do subsolo em que tais formas de verdade e a moral se estabeleceram sob a máscara da metafísica ocidental.

Esses dois tipos ideais traçados por Nietzsche são expressões da ambivalência instintual que para ele marca o espaço em que a vontade de verdade se constitui pela adoção ou não de

as noções de conhecimento e pensamento: a idéia de conhecimento liga-se à questão da ciência – este saber moderno tão especial – e sua validação, remetendo à problematização epistemológica; e ‘pensamento’, tal como trabalhado em Nietzsche e Foucault, não é capacidade natural, característica da espécie humana, mas atividade social, histórica, política e impessoal, que implica modos de pensar e maquinarias de saber-poder”. PRADO FILHO, Kleber. **Michel Foucault – uma história política da verdade**. Rio de Janeiro: Insular, 2006. p. 33.

¹⁹⁹ ONATE, Alberto Marcos. Vontade de verdade: uma abordagem genealógica. **Cadernos Nietzsche**. São Paulo, v. 1, p. 7-32, 1996, p. 11.

²⁰⁰ NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da moral**. *Op. cit.*, p. 105.

uma dessas formas de encarar a vida. Essa seria, em tal perspectiva, a matriz concreta em que nasceram os ideais de verdade. Como dito, assim como as questões do bem e do mal, da verdade e do erro, não seriam, em si mesmas, transcendentais, pois estariam imersas no subsolo da decadência dos instintos, uma genealogia que não queira também ser metafisicamente transcendental deveria tratar de perceber as emergências desse processo de constituição da verdade, e não capturar sua inexistente essência *a priori*. A hegemonia desta vontade de verdade abstrata acolhida pelo ideal ascético do filósofo, além de ser fruto desta ambivalência humana instintiva (forte *versus* fraco), teve, em sua origem, o pressuposto moral de que o homem do saber não deve se enganar, pois, oposto que é ao engano, o erro se liga diretamente ao mal, com efeito, não querer se enganar, o não querer não ter sentido universal, é pressuposto moral de que a metafísica dominante tentou dissimular para se legitimar como modo de vida ideal. Como é cediço, para Nietzsche, a guarida mais forte e fundamental deste ideal ascético e tudo o que ele desenvolveu teve como elemento visível a dialética socrática e o idealismo platônico²⁰¹. Será desse campo de duras reflexões da crítica nietzschiana, então, que Foucault comporá também sua genealogia do saber para além das aporias do historicismo. A genealogia crítica seria aquela capaz de “escutar” as emergências dos discursos de poder, do querer-poder não na sua origem essencial, como tratou a metafísica secular, mas buscaria evidenciar os cenários de tensão nem sempre constantes ou lineares, uma abordagem que “escuta” a verdade como pretexto dos procedimentos, e que “sacrifica” um sujeito do conhecimento de uma consciência histórica total e neutra²⁰².

A breve elucidação dos pressupostos do olhar genealógico impõe a chegada ao objetivo nuclear deste capítulo, qual seja, iniciar a compreensão da verdade dos juristas por um desvio de rota, por um caminho diverso daquele que a própria tradição historiográfica moderna se propôs, inclusive a crítica, ambas impregnadas pela compreensão historicista da cultura. Assim como uma análise efetivamente crítica da moral, no sentido nietzschiano, não pôde começar observando a moral, desde já, como um “dado”, o pensamento jurídico também não pode ser visto apenas como algo subsistente em si mesmo. Em suma: o inventário das verdades dos juristas não é um debate prévio de teorias. Fazer isso implicaria cair na tautologia própria deste campo de reflexão que considera o saber jurídico como algo em si ou como algo determinado “por fora”. Com efeito, tudo o que foi considerado anteriormente sobre a perspectiva crítica de Nietzsche e de Foucault serve para se partir da ideia de que o discurso jurídico ou de que a *episteme* jurídica da tradição não é, em si mesma, apenas uma

²⁰¹ ONATE, Alberto Marcos. Vontade de verdade. *Op. cit.*, p. 19.

ideologia, ou o produto direto de um sujeito supra-histórico, tampouco consiste em um conjunto de enunciados lógicos *a priori* que podem ser vistos a distância, como metaforicamente se tentou sugerir pela alegoria do “Estrangeiro”. A tarefa a partir de agora é audaciosa, quiçá temerária. Mesmo assumindo os riscos e os limites desta empreitada, é possível até certo ponto utilizar os referenciais genealógicos para montar o quadro inicial, uma caricatura das emergências, das condições de possibilidade em que o campo normativo produziu seus discursos próprios de verdade, sua *episteme*, bem assim perceber como essas emergências se ligaram aos diversos fatores internos e externos ao campo jurídico.

A historiografia tradicional das ideias jurídicas já apresenta um quadro amplo de desenvolvimento das formas como o pensamento jurídico ocidental, e aqui mais propriamente o sistema romano-germânico, se desenvolveu. Não se pode desprezar tais materiais. Ademais, a perspectiva crítica geral, marcada pela leitura marxista, associa esse desenvolvimento das ideias jurídicas, como já dito, às condições materiais e ao processo ideológico de dominação. Aqui, todavia, o escopo é outro, justamente porque a genealogia crítica proposta busca evidenciar saberes históricos “capazes de oposição e de luta contra a coerção de um discurso teórico unitário, formal e científico”²⁰³.

É preciso, então, começar pelas proveniências esquecidas, ou não tão lembradas, desta fala tão singular e antiga que só tardiamente a modernidade ocidental adjudicou o caráter de uma verdade jurídica racional. Nessa perspectiva, a figura simbólica do que se denominou jurista no ocidente se confunde com o próprio lugar por onde uma genealogia crítica deve começar sua tarefa. Muitas imagens, ou mesmo tipos ideais se ligam ao que hoje se chama indiscriminadamente de jurista. Por conta dessa presença simbólica relevante, a pergunta genealógica da verdade dos juristas da tradição ocidental deve sofrer uma primeira inversão: não começar pelas ideias, pelas teorias, mas indagar como os *experts* se apresentavam como símbolos de uma fala muito poderosa e particular.

Para tal desiderato, insere-se como referência de análise a categoria “arquétipo”. Ou seja, a verdade dos juristas, bem como a sua estrutura discursiva que se consolidou na forma de senso comum teórico, não emerge fora da extensa simbologia social à qual se vincula indelevelmente a fala dos *experts*. Expressam eles, os especialistas do campo normativo, arquétipos de um tipo muito especial de fala autorizada. Daí que, mais que um sujeito abstrato do conhecimento, o jurista se mostrou como um símbolo social poderoso, e uma genealogia

²⁰² FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 22 ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979. p. 36.

²⁰³ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. *Op. cit.*, p. 172.

que aspire compreender criticamente a emergência de seu discurso deve considerar a relevância deste campo simbólico, antes mesmo de se apropriar, *ex extra*, deste mesmo discurso. Nessa linha, a ideia de arquétipo é tomada de inspiração das reflexões de Jung. Mesmo considerando que a presente pesquisa não segue uma abordagem psicanalítica, o sentido junguiano do termo serve de quadro de referência para o objetivo anunciado. A genealogia orientada em perceber esses arquétipos, pois, pode sugerir um outro olhar sobre o tema das raízes da verdade dos homens da lei.

Apropriando-se da ideia freudiana inicial de “inconsciente” como uma dimensão simbólica pessoal da *psique* humana, Jung entende ser possível ampliar essa categoria para o âmbito coletivo, ao inconsciente coletivo²⁰⁴, como sendo este um “substrato psíquico comum da natureza psíquica suprapessoal que existe em cada indivíduo”²⁰⁵. O conteúdo próprio deste substrato comum seriam justamente os arquétipos. A palavra “arquétipo” foi utilizada por vários autores, desde Platão a Santo Agostinho, sempre associada às noções de ideias arcaicas ou imagens universais, ou mesmo com *représentations collective*, em Lévi-Bruhl, as quais serviriam de inspiração para a proposta junguiana. Todavia, não se pode confundir “ideias arquetípicas” com “arquétipos”, pois este, para Jung, é mais que uma “ideia”, é uma representação de um modelo hipotético e abstrato²⁰⁶.

Tendo esta categoria por referência e inspiração, no mundo ocidental, inúmeras imagens arquetípicas elementares se vinculam ao campo do direito, como a toga, o martelo, a balança, bem assim as imagens ancestrais de *Themis* e *Dike*, inspiradoras da versão latina da deusa *Iustitia*. Tal abordagem não é, ademais, expediente novo. Seguindo essa linha de análise, da busca dos fundamentos simbólicos dos *experts* da lei, tem-se, por exemplo, o trabalho de referência de Walter Benett acerca do mito do advogado, à luz de suas figuras arquetípicas no cenário estadunidense²⁰⁷. O arquétipo a ser rascunhado é de um tipo simbólico de especialista, uma imagem multiforme, nem sempre comum, mas já retratada pela literatura

²⁰⁴ Alertando que o “inconsciente coletivo” foi um dos seus conceitos mais incompreendidos, anota Jung: “O inconsciente coletivo é uma parte da psique que pode distinguir-se de um inconsciente pessoal pelo fato de que não deve sua existência à experiência pessoal, não sendo portanto uma aquisição pessoal. Enquanto o inconsciente pessoal é constituído essencialmente de conteúdos que já foram conscientes e no entanto desaparecem da consciência por terem sido esquecidos ou reprimidos, os conteúdos do inconsciente coletivo nunca estiveram na consciência e portanto não foram adquiridos individualmente, mas devem sua existência apenas à hereditariedade. Enquanto o inconsciente pessoal consiste em sua maior parte em *complexos*, o conteúdo do inconsciente coletivo é constituído essencialmente de arquétipos”. JUNG, Carl Gustav. **Os arquétipos e o inconsciente coletivo**. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 53.

²⁰⁵ *Idem*, p. 15.

²⁰⁶ *Idem*, p. 16-17. Ver nota 8 dessa mesma página.

²⁰⁷ BENETT, Walter. **O mito do advogado**: reavivando ideais da profissão de advogado. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

e mais tarde chamada de jurista. Eis então a tarefa genealógica, perceber as condições de emergência de um certo arquétipo de homem que traz a verdade da lei, uma espécie de Hermes jurídico que liga o campo normativo inacessível e sagrado ao campo mundano dos homens comuns.

2.2 A VERDADE JURÍDICA TRADICIONAL: APORIAS METAFÍSICAS ENTRE DOXA E EPISTEME

2.2.1 Os arquétipos de juristas da tradição continental

Séculos de tradição oferecem preciosos vestígios de como um grupo de *experts*, tardiamente denominados juristas, no ocidente, construíram uma forma muito peculiar de pensar, ora mantendo-se próximos das tradições dominantes da filosofia em geral, ora afirmando-se contra-hegemonicamente. O segundo capítulo da presente tese, ainda que tenha de necessariamente voltar os olhos ao amplo conjunto dessa extensa e multifacetada tradição, tem por objeto primordial a identificação genealógica desta fala singular que se manifestou ao longo de momentos pontuais do pensamento jurídico. Esse olhar sobre a tradição é fundamental para a compreensão do que se persegue: o senso comum teórico dos juristas. Tradição, termo que circulou fartamente até o presente momento sem maiores delimitações, aqui tem um sentido muito próprio, como o de ser um elo vivo, por vezes silencioso, por vezes explícito, nem sempre linear ou estanque, e que se traduz no tempo como memória difusa que perpassa épocas e experiências, práticas e saberes. Como pensa Ost, no direito, mais que em outras disciplinas, a percepção da tradição é fundamental, pois ela se “constitui através de sedimentações sucessivas de soluções, e as próprias novidades que ela produz derivam de maneira genealógica de argumentos e razões autorizadas em um momento ou outro do passado”²⁰⁸.

A primeira fala autorizada que emerge em certas condições específicas de poder é a fala do sacerdote. Sem cair nas armadilhas da historiografia causalista e linear, não se pode deixar de perceber algo de sacerdotal no campo da experiência jurídica humana. O arquétipo de sacerdote em suas múltiplas expressões culturais – do Xamã, do Pagé, do curandeiro, ou mesmo do exemplo modelar do jurista romano – pode ser colocada como a primeira figura a

²⁰⁸ OST, François. **O tempo do direito**. Bauru: Edusc, 2005. p. 61.

ser problematizada pela genealogia proposta, posto que simbolicamente serve como registro histórico-social que vinculará o campo do normativo, mágico e sacro, a uma esfera de tradução e resposta, enfim, de modelo de verdade legitimada. Esse arquétipo, como um símbolo cultural que é, está na emergência do jurídico como discurso de verdade, e remonta aos contextos diversos, de sociedades tradicionais e indiferenciadas, que ligam a ideia do direito à sacralidade do dever como mandamento coercitivo. Mesmo no mundo romanizado, como se verá, influenciado pelo racionalismo grego, a função arquetípica do jurista é, na origem, sacerdotal.

Mas o que é essa esfera do sagrado que cria as condições de emergência desta fala? A figura arquetípica do sacerdote se liga indelevelmente ao campo do prognóstico em face do imprevisível. O imprevisível está no campo do segredo, da ordem do não dito, da ordem sagrada da natureza ou das divindades. O acesso a essa ordem, contudo, é possível. Em meio a um universo “desconhecido e caprichoso” e com aparatos racionais incipientes, grupamentos pré-modernos vinculavam acontecimentos naturais, como catástrofes, às forças supra-humanas, invisíveis, cuja força misteriosa se atribuía a uma vontade superior a que se orientava ora para punição, ora para premiação²⁰⁹. A prognose se insere, em tais contextos, como *medium* que liga o acontecimento imprevisível (desejado ou indesejado) à revelação da vontade que lhe origina (da natureza ou das divindades), na maior parte das vezes uma vontade punitiva. O ritual, assim, passa a ser o elo de invocação de uma vontade revelada. Com efeito, se o que institui o *ethos* do social, para a antropologia, é justamente o ritual e seus símbolos, essas dimensões coercitivas demandavam meios de predição, uma tradução para sua circulação, legitimação e sedimentação em instituições. Dessa forma, no mundo primitivo²¹⁰, a ordem da natureza e a ordem moral-jurídica precisavam mais que explicações racionais ou lógico-causais²¹¹ para a sua devida inscrição no rito social, necessitavam, sobretudo, de regulares traduções simbólicas para os reiterados usos grupais. A relação estreita, perceptível nas sociedades arcaicas, entre a imprevisibilidade do mundo natural, expectativas sociais e ritual é bem ilustrada por Luhmann. Na sua obra *Rechtssoziologie*, marcante de sua primeira fase intelectual, Luhmann entende o direito como uma estrutura de estabilização congruente de expectativas. A questão, então, das expectativas está no centro de sua explicação

²⁰⁹ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. **A lei**: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 29.

²¹⁰ O termo primitivo é usado como designativo de sociedade com baixa complexidade, do tipo arcaico, ou seja, indiferenciadas, tendo em vista que o termo denota certo tom pejorativo de caráter evolucionista.

²¹¹ Ver, em Kelsen, como inicialmente a ideia de imputação, para os primitivos, nasce inicialmente da ordem causal da natureza. Cf. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. *Op. cit.*, p. 91-94.

sociológica do direito, e que também foi utilizada para a compreensão do direito arcaico e suas formas jurídicas iniciais. Para compreensão de tal leitura do direito arcaico, alguns pressupostos precisam ser elucidados.

Para Luhmann, o ser humano percebe o mundo como um mosaico de informações sensoriais que o remete a um número imenso de possibilidades de julgamento. Porém, a percepção destas informações será sempre assimilada a partir do potencial limitado de sua cognição. Sensorialmente, sempre será difícil julgar todas as múltiplas possibilidades de desdobramentos dos eventos possíveis ou prováveis. A partir desta constatação, colocada como axioma de sua sociologia, Luhmann indica o problema social-existencial fundamental, qual seja, que toda convivência humana estável demandará por níveis congruentes de possibilidade de julgamento dos seus membros; porém essa necessidade convive com o paradoxo de a convivência humana estar imersa na complexidade. Complexidade, nesse contexto, significa que “sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar”²¹². Ao lado da complexidade existe a contingência, que se consubstancia no “fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas”²¹³. Isso faz com que existam sempre inúmeras possibilidades de julgamento tendo por contrapartida grandes possibilidades de errar, de se desapontar. A construção da sociedade, então, parte da possibilidade de serem desenvolvidas estruturas capazes de assimilar, absorver e minimizar o problema da complexidade e da contingência. O fundamento da gregaridade partiria do pressuposto de estabilização mínima de expectativas. As estruturas sociais, com efeito, estabilizam expectativas em relação aos riscos de julgamento em face da complexidade de alternativas oferecidas, não só no sentido de evitar erros ou desapontamentos, mas no sentido de igualmente evitar ser necessário experimentar sempre uma circunstância para direcionar o julgamento de uma expectativa.

O direito, como estrutura social, para Luhmann, trata de um campo de contingência mais complexo, pois envolve o julgamento sobre o comportamento do outro, ou seja, uma dupla contingência, em que se insere a necessidade de se ter expectativas de expectativas²¹⁴. Não haveria sociedade sem que existissem estruturas capazes de estabilizar minimamente tais

²¹² LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 45, *passim*.

²¹³ *Idem, Ibidem*.

²¹⁴ Importante diferença entre expectativas normativas de expectativas cognitivas. Ao nível normativo, o desapontamento é adaptado ou assimilado ao resultado oriundo dos fatos, enquanto na esfera normativa, o desapontamento não muda a expectativa inicial. Dessa diferença entre as expectativas cognitivas e normativas deriva a conclusão de que o direito é um estabilizador de expectativas que se opera contrafaticamente, ou seja, o sentido da norma vige mesmo quando o desapontamento ocorre no mundo dos fatos. Cf. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. *Op. cit.*, p. 57.

expectativas normativas. É assim que o direito se colocaria como mais uma estrutura social que participaria do processo geral de redução congruente da complexidade, já oferecendo um sentido dado para que se evite ou se minimize o risco de desapontamento, por isso a constituição dessas estruturas (como é o caso do direito) é, para Luhmann, uma necessidade vital²¹⁵.

O sacro no mundo arcaico, nessa perspectiva, corresponde à representação de um contexto de baixa complexidade, de poucas alternativas, no qual o presente se mostra como único horizonte, fazendo emergir, como elemento de contato com as expectativas, o ritual que ativa o sentido normativo para a situação imediata e concreta. A predição, nessa linha, teria a ver com o sentido do presente constantemente instabilizado, e não com um futuro. É nessa perspectiva que Luhmann entende a inserção do ritual e do sagrado num contexto de direito arcaico. A vontade divina não cria o direito em tais sociedades. A ideia da criação do direito geraria, *a contrario sensu*, mais complexidade, sendo que o direito deveria ser revelado. Num mundo arcaico, então: “As forças sobrenaturais protegem o direito, elas penalizam e restituem, mas não geram nem modificam o direito. O direito vincula os deuses da mesma forma que os homens”²¹⁶.

O caráter sacro, portanto, é a forma estruturalmente congruente com que o direito arcaico estabiliza as expectativas num contexto em que a pobreza de horizontes se estabelece em face da ameaça contínua de desapontamentos iminentes. Com efeito, o direito não é algo à disposição, daí que o ritual, a palavra, o gesto, o juramento ou a maldição reafirmam o fato de que “o procedimento jurídico parece um ritual, como procedimento presente, como presença concreta de afirmação do direito – e não como esclarecimento de um passado em disputa, ou como seleção de um futuro preferido”²¹⁷.

Em sociedades ágrafas, o ritual e a figura do sacerdote entram nesse jogo simbólico. A escrita, longe de pôr fim a este esse processo mágico-simbólico, aumenta sua complexidade. O próprio autor em destaque, em *El derecho de la sociedad*, obra marcante de sua fase final, na qual introduz, dentre outras noções, o conceito de evolução, ressalta que o advento da escrita serviu para conservar o estilo de interpretação divinatória até chegar na sua etapa de fonetização na Mesopotâmia. Neste campo posterior das sociedades tribais-tradicionais, já nas civilizações do médio oriente, em que o social apresenta maior nível de complexidade, a fala

²¹⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. *Op. cit.*, p. 66.

²¹⁶ *Idem*, p. 188.

²¹⁷ *Idem*, p. 189.

sobre o direito se liga não só ao presente, como ressaltado, mas também ao passado. Por isso o advento da escrita, segundo Luhmann, se vinculou à racionalização e à profissionalização da antiga arte divinatória. A fala divinatória se manifestava pela fórmula “se isto, então aquilo”, o que, no caso jurídico, da *práxis* jurídica, também era útil, pois era uma fórmula capaz de resolver os casos²¹⁸. Daí surge uma questão relevante para a compreensão do surgimento das condições de possibilidade da fala autorizada do sacerdote, pois, mesmo antes de a escrita ser uma condição de validade do direito, como ocorrerá na modernidade, “ya se había desarrollado, por la escritura, una cultura del derecho con sus correspondientes peritos”²¹⁹.

O arquétipo do sacerdote, inicialmente marcado pelo imediatismo da fala e sua repetição ritualizada, mesmo em sociedades mais complexas, com o advento da escrita, conserva ainda uma simbologia muito poderosa, para além de mensageiro e tradutor. Como afirma Ost, o jurista passa a ser, acima de tudo, o guardião da memória social²²⁰. Mesmo em Luhmann, em outro sentido, o efeito mais imediato da escrita no campo normativo foi o abandono dos testemunhos presenciais e a catalogação desta memória, saindo-se da coerência ritual para o da coerência textual. Em Ost, outrossim, a questão da memória tem um relevo singular. No símbolo sacerdotal, há o sentido de testemunha e formador da tradição, para além do sentido de tradutor de mundos. Essa missão a que os juristas atenderam, diz Ost, não se deu por força das funções que tradicionalmente exerceram e ficaram marcadas na experiência histórica do ocidente, como as de arquivistas, notários, “cérebros ciumentos das portas da legalidade”, servidores do Estado e dos príncipes; também essa missão específica igualmente não se dá pela já comentada ligação do *expert* com a religião e o sagrado. Há algo mais. Esse mandato do jurista embrionário é um mandato sem o qual a tradição histórica seria oca, porque a preservação do direito apresenta à consciência social o movimento de que o novo não se dá sem um instituído pretérito, a partir de uma ordem do passado, uma lei. Em suma: toda novidade parte de uma memória do passado. Como afirma Ost: “que há sempre uma parte indisponível, na medida mesma em que nenhuma instituição é absolutamente nova”²²¹. O normativo joga, então, com o tempo e com a memória do mundo social, e é essa a dinâmica própria que o campo do direito se faz perceber pela fala do jurista, a revelação desta contradição ínsita do seu labor, de velar pela preservação do instituído *versus* a revelação do instituinte.

²¹⁸ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. *Op. cit.*, p. 310.

²¹⁹ “já havia se desenvolvido, pela escrita, uma cultura do direito com seus correspondentes especialistas”. (Tradução livre.) *Idem*, p. 311.

²²⁰ OST, François. **O tempo do direito**. *Op. cit.*, p. 50.

²²¹ *Idem, ibidem*.

Adotando a hipótese de que os elementos centrais do arquétipo modelar do jurista ocidental parecem radicar-se no mundo latino, no contexto da sociedade arcaica e gentílica²²², ainda assim, sua fala autorizada, ao contrário do que supõe a imagem de jurista moderno, tinha um cunho eminentemente sacerdotal. Nesse sentido, alerta Schiavone que a prescrição do *ius*, neste contexto, ligava-se igualmente à cognição mágico-sacral-religiosa do *fas*²²³, sendo que as poucas fontes do século IV que chegaram até o presente relevam essa estreita imbricação. Na raiz da constituição protocitadina do mundo romano, de formação primeva do seu espaço público, a pronúncia do *ius*²²⁴ era reservada a um grupo sacerdotal, dentre as três flâmines e os áugures, denominado colégio dos pontífices, aqueles que “fazem vias” ou “abrem caminhos”²²⁵.

O sacerdote, espelhado inicialmente na figura do “jurista” sábio, encarnava os ideais tradicionais da sociedade gentílica e seu culto dos antepassados fundadores de Roma. Impõe-se esclarecer que na atividade sacerdotal romana não é o gesto, em si mesmo, que guarda a sacralidade, pois, como alerta Scheid, o que é sagrado é o gesto da autoridade, daí a origem do termo “sacerdote” como “aquele que faz o acto sagrado”²²⁶. Investidos de tal autoridade, os pontífices agiam de forma ritualística, dando objetividade a preceitos minuciosos que conferiam “certeza e força à comunidade”, porquanto a autopercepção desta mesma sociedade como romana se dava na possibilidade de se manter contato permanente com a memória ancestral dos antepassados. Nesse sentido, como alerta Ferraz Jr., a ação política estava ligada à preservação da fundação da cidade de Roma, disso se utiliza o próprio sentido da palavra “religião” como meio de religar dois planos (*religare*), fazendo viger, no presente, o passado

²²² A expressão sociedade gentílica refere-se à *gens*, núcleo social fundamental do mundo romano arcaico, ao lado da clientela e da plebe. Alves retrata três teses sobre a *gens*: a) a teoria patriarcal (Vico e Summer Maine), de que a *gens* seria uma derivação da originária família patriarcal, 2) a de que a tribo precederia a *gens* e a família (Meyer), sendo esta resultado do fracionamento da primeira e 3) a teoria gentílica (Bonfante), de que a *gens* teria uma feição política, visto que objetivava a ordem e a proteção em face de inimigos. Cf. ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1, p. 9.

²²³ Ainda que a dissociação entre *fas* e *ius* tenha apenas uma função tipológica, pode-se dizer que o *fas* se refere ao âmbito do sagrado e suas instituições, o *ius* se refere ao normativo “profano”, civil ou laico.

²²⁴ Em relação à relevância da pronúncia do *ius*, como ato constitutivo e não apenas declarativo, Supiot, lembrando Benveniste, anota: “Palavra de origem obscura, *ius* exprime em seu sentido mais geral um preceito de justiça, o que leva É. Benveniste a alegar que ‘não é o fazer, mas sempre o pronunciar que é constitutivo do ‘direito’”. SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 51, nota de rodapé n. 1.

²²⁵ SCHIAVONE, Aldo. O jurista. In: GIARDINA, Andrea (Dir.). **O homem romano**. Lisboa: Editorial Presença, 1992. p. 76.

²²⁶ SCHEID, John. O sacerdote. In: GIARDINA, Andrea (Dir.). **O homem romano**. Lisboa: Editorial Presença, 1992. p. 66.

dos fundadores na forma de *autorictas*²²⁷. É sob este “peso” dos ancestrais, uma *gravitas*, como bem define Arendt, que se constituirá o próprio *ethos* romano, no qual o sentido de crescimento se dava não rumo ao futuro, mas em direção ao passado²²⁸. A autoridade do passado, contudo, não era manifesta em mera ação contemplativa; deveria se atualizar no presente, na vida concreta, e, assim, a autoridade, inicialmente *augere*, aumentava (e não criava) o ato fundador de Roma²²⁹.

O sacerdócio, materializado na tarefa de interpretar e prescrever as regras que encarnavam e reviviam essa memória, os *mores* originários, também conferia aos pontífices grande prestígio e poder, pois,

[...] que nas suas palavras e no seu talento interpretativo estava depositado por segredo da adesão da cidade ao mundo do sagrado e do mágico, que se imaginava empenhado em proteger e tornar invencível quem sabia entender a sua linguagem e conformar-se com a vontade dos deuses que o habitavam²³⁰.

Às perguntas dos *patres* os pontífices exerciam a fala autorizada de dizer o *ius*. Iniciou-se, assim, o modelo ancestral com que a fala autorizada do campo jurídico se estabeleceu e se organizou: o *responsum*. Essa tarefa de responder às questões formuladas pelos *patres* tornou-se, então, a tarefa fundamental dos pontífices, esclarecendo o *ius* para casos relativos às condições específicas da sociedade gentílica, a posse da terra, questões matrimoniais, aquisição e perda de bens, parentesco e todas as questões que gravitavam na órbita de interesses deste núcleo de poder²³¹. Nasce assim, com um grupo muito restrito de sábios²³², um modelo intelectual marcante na forma específica na qual o dizer o direito se revela: pela resposta casuística. Esse modelo de racionalidade persistirá, com algumas modificações, mesmo no contexto republicano e imperial. Neste contexto inicial, a memória arcaica e oral era modulada pelo *responsum*, e cada resposta se vinculava a um caso, sendo que uma nova pergunta fazia com que se invocasse o precedente anterior. Neste modelo, mais

²²⁷ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função Social da Dogmática Jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1988. p. 29.

²²⁸ ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 165.

²²⁹ *Idem*, p. 163.

²³⁰ SCHIAVONE, Aldo. O jurista. *Op. cit.*, p. 77.

²³¹ *Idem*, p. 78.

²³² Nesse sentido, é importante desde já não sobrevalorizar numericamente esse grupo de sábios no ambiente romano. Assim, “Em realidade, foi um grupo de meia centena de juristas que criou uma linguagem precisa que permitia ordem nos conflitos do tráfico econômico ao agrupar formalmente problemas reais de muita e variada natureza e formular regulamentações coerentes.” CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 67.

uma vez, vê-se a tensão a tensão em trocar a manutenção do passado pelo dizer o direito já instituído, pois, “afastar-se do passado, para inovar, era uma opção traumática”²³³. Essa tensão, registre-se mais uma vez, entre autoridade e texto, será o campo de força próprio das experiências literárias que conformaram a tradição jurídica europeia até a Idade Média²³⁴.

Com o reforço da esfera pública, com início visível no final do século IV a.C., a influência das estruturas tradicionais gentílicas e da religião cedeu em face de uma cultura “civil”, configurada pela nova função que o campo jurídico teve com a ascensão política do segmento patrício-plebleu já plenamente visível no século III. O vínculo quase necessário entre o *fas* pontifício e a pronúncia do *ius* entra em ocaso, emergindo um novo arquétipo do sacerdote: sai de cena o jurista sábio e entra em cena o nobre sábio. Tal emergência, como aduz Schiavone, é estreitamente ligada à ascensão desta nova oligarquia, a partir da qual dizer o direito migrou, da base arcaica e ancestral da fala mágica dos pontífices originários, para uma ampliação da base casuística²³⁵. Disso resultou, *a fortiori*, um modelo de resposta agora pautado em um “realismo empírico” e a um “cálculo distributivo”, processo que se tornou conhecido modernamente como a laicização da jurisprudência romana. Esse novo modelo de fala autorizada passou, paulatinamente, a ser definido por Cícero, no período republicano, a partir de suas três funções: i) *agere*, aconselhar as partes e os juízes nos processos; ii) *caure*, promover assistência na redação dos atos jurídicos; iii) *respondere*, dar respostas aos casos específicos, esta última sendo o germe de uma literatura especializada que se ligará ao cerne da atividade dos homens prudentes²³⁶.

Se o homem sábio não é, extamente, ainda com Schiavone, o que modernamente denomina-se jurista, seu estilo já é o estilo do perito. O perito não exerce uma função estritamente sacerdotal, radicada numa autoridade quase mágica, mas seu saber estava incluso no campo de uma *Paideia* oriunda dos ideais da educação aristocrática, e sua nota típica será o fato de que o perito exercia um saber civil, uma *ars* apoiada na escrita e em métodos próprios de saber. Esse movimento global de laicização via escrita, já iniciado com a Lei das

²³³ SCHIAVONE, Aldo. O jurista. *Op. cit.*, p. 79.

²³⁴ HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 113.

²³⁵ O jogo de forças que marca essa separação é bem descrito por Unger: “[...] o *ius civile* romano primeiro adquiriu a sua própria identidade libertando-se do *fas* pontifício e, em seguida, suplantando-o. E, no último império, uma separação ainda maior surgiu entre o direito propriamente dito (*ius civile*) e o arbítrio administrativo (a *cognitio extraordinaria* do imperador). Estas diferenças refletiam conflitos entre o clero, as autoridades governamentais e grupos de mercadores [...]”. UNGER, Roberto Mangabeira. **Direito e sociedade moderna. Contribuição à crítica da teoria social**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979. p. 62.

²³⁶ DUCOS, Michèle. **Roma e o direito**. São Paulo: Madras, 2007. p. 41.

XII Tábuas, resulta no acúmulo, mediante ação desse sábio da aristocracia, de fórmulas gerais e abstratas, compondo os elementos de um *logos* muito particular, de uma “nova grande ciência, defendida por uma casta particularmente compacta que se convertia em seu intérprete zeloso e com a qual o poder dos príncipes não podia deixar de fazer aliança [...]”²³⁷.

Que *logos* é esse que se liga à figura arquetípica posterior da vida romana, a do aristocrata sábio? Essa crescente abstração da fala autorizada do jurista pós-período arcaico, abstrata, laica, esquematizada em forma de catálogos compostos por conceitos dicotômicos remonta, em certa medida, à influência grega no âmbito latino, notadamente a recepção de certas figuras da gramática e da filosofia prática helênica. Essa nova *ratio scripta* que marcará os domínios da jurisprudência romana obterá do pensamento de Aristóteles, notadamente a autonomia do saber ético, estreita relação com a decisão jurídica e o discurso do perito que lhe sustenta.

Inspirada pela ideia de “ciência” causal aristotélica, de feição indutiva, a forma de manifestação da fala dos juristas romanos do período da “revolução científica” (século I)²³⁸ foi marcada fortemente pela ideia de *phrônesis*, ou prudência, um saber prático-moral autonomizado do saber metafísico, e que servia de guia decisório para o agir moral²³⁹. Dessa influência claramente aristotélica, surge a pergunta central: fizeram os juristas romanos *scientia* ou *prudentia*? Neste ponto se encontra, em suas raízes ocidentais, o germe (ou primeira matriz histórica) do saber que posteriormente foi denominado “dogmática jurídica”²⁴⁰, ou seja, um saber típico dos juristas ordinários, uma *tkené*, no sentido de ser um saber que orienta, moral e não matematicamente, um fazer²⁴¹. Foi vital, então, para o pensamento prudencial romano, assimilado em suas linhas fundamentais pela tradição estoica-ciceroniana, a ideia da *tópica* em Aristóteles²⁴². Para o filósofo estagirita, determinados raciocínios, como o dialético e o sofístico, utilizavam-se dos *topoi* para a sua obtenção da “verdade”; tais *topoi* nada mais são que “lugares comuns” do discurso que passam a ser utilizados como premissas de raciocínio não matemático. Ou seja, eram “pontos de vista

²³⁷ SCHIAVONE, Aldo. O jurista. *Op. cit.*, p. 82.

²³⁸ DUCOS, Michèle. **Roma e o direito**. *Op. cit.*, p. 42.

²³⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 20.

²⁴⁰ Fala-se em três matrizes ou heranças formadoras das notas típicas do saber dogmático, jurisprudência tradicional ou dogmática jurídica, qual sejam: a herança jurisprudencial romana, a exegética medieval e a sistemática (jusnaturalismo racionalista moderno). Cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica**: esboço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

²⁴¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais da hermenêutica filosófica. 2. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 468.

²⁴² A discussão específica da *tópica*, sua arquitetura geral e desdobramentos será feita no capítulo 3.

utilizáveis e aceitáveis em toda a parte, que se empregam e que podem conduzir à verdade”²⁴³. O saber moral-jurídico, dentro da divisão da *tópica* aristotélica, não tinha o sentido matemático, *apodítico*, mas estava no campo das disputas retóricas e dialéticas, ligadas à arte da discussão, sendo que os *topoi* formariam catálogos utilizados na prática para obtenção da verdade-moral-prática no campo do saber tipicamente jurídico²⁴⁴. Essa acepção aristotélica, base da jurisprudência romana desse período de laicização, dava muito mais operacionalidade às relações concretas de poder, o que foi assimilado muito facilmente no *corpus* conceitual que marcou o jurista romano no seu contexto específico de atuação.

Se, do ponto de vista estrutural, o discurso do homem sábio, do prudente, do perito no *ius* era composto por um catálogo de “lugares comuns” conceituais, de uma *tópica*, a maneira de pensar global aproximava-se de uma disciplina ou manifestação do pensamento que Aristóteles denominava, dentre as quatro formas de discurso humano, como dialética. Há quem perceba nos quatro discursos aristotélicos uma “escala de credibilidade”, sendo que o discurso poético²⁴⁵ trata do possível e da imaginação, o retórico refere-se ao verossímil, pautado pela persuasão, e o dialético, dado o seu movimento de ida e vinda de argumentos, busca a prova a partir das opiniões²⁴⁶, e, por fim, o discurso lógico (teórico) que busca o apodítico, expressão de uma verdade lógica indestrutível. Esse estilo dialético, marcante da abertura do discurso do perito no século I, teria marco inicial com a figura emblemática de Q. Mucius Scaevola²⁴⁷, marcando a transição da fala autoritária para a fala dialética como instrumento manejado pelo homem prudente. A literatura problemática, então, foi a grande invenção da mentalidade romana que emerge, ao lado dos comentários²⁴⁸, em tais condições.

Essas breves imagens da função sacerdotal e pericial como componentes da figura simbólica do *homo juridicus* ocidental apenas serve como caricatura. Poder-se-ia ensaiar um olhar mais profundo sobre como, a partir dos elementos da genealogia nietzschiana – e isso

²⁴³ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. *Op. cit.*, p. 27.

²⁴⁴ *Idem*, p. 31.

²⁴⁵ CARVALHO, Olavo de. **Aristóteles**: os quatro discursos. Disponível em: <<http://www.olavodecarvalho.org/livros/4discursos.htm>>. Acesso em: 13 maio 2009.

²⁴⁶ Nem toda proposição corresponderia a um silogismo dialético, pois “...nenhum homem sensato formularia como proposição aquilo que não constitui opinião de ninguém, nem como problema aquilo que é evidente para todos ou para a maioria, pois se este último não suscita questionamento algum, o primeiro não seria aceito por ninguém. Ora, uma proposição é uma questão em consonância com a opinião sustentada por todos, ou pela maioria, ou pelos sábios (todos os sábios, a maioria destes ou os mais afamados entre estes) e que não é paradoxal, pois a opinião dos sábios seria aceita se não se opusesse aos pontos de vista da maioria”. ARISTÓTELES. **Órganon**:... **Tópicos**... Bauru: Edipro, 2005. p. 357-358.

²⁴⁷ DUCOS, Michèle. **Roma e o direito**. *Op. cit.*, p. 42.

²⁴⁸ O exemplo clássico da literatura prudencial na forma de comentário é a *Tripertita de Sex Aelius Paetus Catus*, no século II a.C., que tinha por objeto a Lei das XII Tábuas. DUCOS, Michèle. **Roma e o direito**. *Op. cit.*, p. 42.

sim talvez faria avançar o debate histórico-crítico sobre o tema – a vontade de verdade e o ideal ascético, mesmo num mundo pré-cristão, estariam na raiz da emergência destes modelos de homens da resposta e da decisão. Nessa perspectiva, o que se chamou de processo de laicização da fala do jurista romano pode ser visto como o processo mesmo de contração de forças, em que a verdade oriunda dos mitos e da função pontifícia ligada ao campo das relações gentílicas passa a ser a verdade do *jus civile*, abstrato, referente à correlação de forças de novo ideal de verdade que não se radica apenas na memória sacra e ancestral dos fundadores.

Um arquétipo clássico de jurista, como ator de uma fala autorizada socialmente, emerge também no contexto da Europa continental com a figura simbólica do glosador medieval. O mundo medieval europeu, tradicionalmente circunscrito entre o século V e o século XV, correspondeu à síntese sociocultural entre instituições dos povos germanos e o legado institucional romano-cristão, aliado a uma nova dinâmica econômica, ruralizada e não monetária, de mão de obra servil, num clima social inseguro e belicoso, marcado por inúmeros conflitos locais. A estrutura política medieval, mediada pela relação de susserania e vassalagem, nos primeiros “reinos bárbaros”, era fragmentada em unidades autônomas de poder (feudos), o que delineava uma nova ordem simbólico-ideológica, dominada pelo poder diretivo da Igreja e dos seus cânones.

Do ponto de vista do saber jurídico ocidental, o feudalismo foi um momento extremo de pluralismo de fontes e de sistemas jurídicos. A desagregação de uma ordem jurídica e administrativamente unitária do império romano foi substituída por ordens jurídicas plurais, condensadas nos direitos consuetudinários locais de fonte germana, no direito canônico do papado e no direito romano inicialmente eclipsado num contexto em que as referências clássicas tardias estavam restritas ao monopólio da fala eclesiástica. Dessa forma: “O direito medieval do continente estava sob a influência tripla das formas corporativas germânicas, do direito canônico e da forma como o direito romano era adotado pela prática jurídica”²⁴⁹. Relativizando a visão negativa que os modernos impingiram a tal período, Paolo Grossi destaca que se tratou, antes de tudo, de um momento jurídico singular, no qual a ideia de direito precedia a própria noção de poder político, o que foi invertido no monismo jurídico iluminista e burguês²⁵⁰.

²⁴⁹ WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Brasília: UnB, 1999. v. 2, p. 55.

²⁵⁰ GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Boiteux, 2004.

Algumas condições, além de ser um território em que a tradição romana era “naturalmente” reclamada como texto da autoridade, como destaca Wiacker, fizeram da Itália, notadamente Bolonha, o berço dessa primeira “ciência jurídica” tipicamente europeia.

Condições locais particulares favorecem ainda esta zona mãe da jurisprudência européia. Fala-se freqüentemente do precoce florescimento econômico e político das cidades ao norte da Itália (entre as quais Bolonha era uma das mais ricas e movimentadas) [...] O que é certo, porém, é que o progresso urbano originou um ambiente comercial progressivo, que colocou novas exigências à compreensão intelectual das matérias jurídicas na administração da justiça, na atividade consulente, na prática da advocacia e do notariado; certo é ainda que esse progresso impulsionou poderosamente a consciência de si, o domínio político e a formação de uma cultura literária profana²⁵¹.

Neste período, a própria cidade de Bolonha pagou com recursos próprios os professores que passaram a lecionar “artes liberais” em escolas encarregadas de formar os mencionados profissionais das leis. Tendo por bases metodológicas elementos da tradição clássica, como o *trivium* (gramática, dialética e retórica), e o fascínio pela autoridade histórica que texto romano (*corpus juris civilis*) evocava, surgiram os primeiros glosadores, cujo patriarca foi Irnerius. Este *mos italicus* rapidamente ganhou fama e se expandiu na Europa continental como modelo escolar e literário. A ação dos glosadores era de conteúdo filológico, sintético, explorando a exegese dos textos romanos num estilo tão marcante que influenciou gerações subsequentes de juristas, sobretudo na forma de exploração lógica de questões casuísticas. Uma das consequências históricas mais importantes da glosa foi que “esta nova exigência dos juristas racionalizou e jurisdicionizou para sempre a vida pública na Europa; em virtude da sua influência, de todas as culturas do mundo é a européia a única que se tornou legalista”²⁵².

Nesse campo de ideias, a vinculação entre verdade, autoridade e texto, mediante o artifício doutoral da glosa, formou a simbiose dos elementos nucleares de um tipo muito peculiar de discurso: o dogmatismo. Para Legendre: “organiza-se, então, verdadeiramente, o discurso canônico inseparável de sua matéria primeira, um texto, e de uma técnica da exegese manejada com a destreza do formalismo pelo glosador”²⁵³. A tradição da glosa, e mais posteriormente da pós-glosa, formou as linhas gerais do *modus operandi* do jurista como

²⁵¹ WIACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980. p. 65.

²⁵² *Idem, ibidem*.

²⁵³ LEGENDRE, Pierre. **O amor do censor**: ensaio sobre a ordem dogmática. Rio de Janeiro: Forense Universitária/Colégio Freudiano, 1983. p. 72.

exegeta do mundo dos negócios ordinários. Essa imagem simbólica consolidará um perfil marcante do modo de ser do homem dos negócios legais e do saber jurídico.

Emerge, então, o arquétipo do Doutor, o detentor da fala dogmática, que condensa em sua simbologia social as figuras históricas dos glosadores e comentadores subsequentes. A profissionalização do universo jurídico, do *metier* próprio dos homens da lei, ao lado do surto mercantil citado no ambiente italiano, acompanhou um processo de racionalização das profissões tradicionais que mantinham antigas liturgias²⁵⁴. Legendre e Weber oferecem preciosas contribuições para a percepção deste arquétipo, partindo, evidentemente, de perspectivas conceituais diferentes; o primeiro, à luz de uma abordagem psicanalítica do discurso do autor, do discurso dogmático no medievo; e o segundo, tendo por base sua sociologia compreensiva do processo racional legal de dominação moderna.

A evocação do passado romano, sua memória magistral, estava também vinculada ao saber dogmático como expressão própria do discurso jurídico tipicamente medieval. Que discurso é esse? Trata-se do discurso do mestre imiscuído no seio da instituição, e que se reproduz como Escola, a partir da fusão do sistema escolástico de pensamento aplicado ao campo de atuação dos juristas. A simbiose desta fala do mestre (doutor), reveladora do discurso dogmático, terá por laboratório a vida universitária, dominada pelos clérigos, pelos canonistas, e seus três elementos fundamentais foram assim designados por Legendre: i) “a segurança legendária do jurista”; ii) “o poder de manter a dúvida”; e iii) “o discurso do Mestre na Escola institui o simulacro”. É possível observar mais de perto o que Legendre entende por tais elementos²⁵⁵.

²⁵⁴ É o que bem anota Weber: “Las profesiones individuales fueron originalmente de carácter carismático (mágico), determinándose luego el resto de la articulación profesional por obra de la tradición – y esto naturalmente en la medida en que existieran, en general, comienzos de una articulación semejante. Las cualidades que no tenían un carácter específicamente personal y carismático eran objeto de enseñanza tradicional en asociaciones cerradas, o materia de la tradición hereditaria. Las profesiones individuales de carácter rigurosamente carismático se crearon – liturgias – por las grandes haciendas de los príncipes y de los señores territoriales, y después – en economía de cambio – por las ciudades. Al lado de éstas se dieron siempre las formas educativas *literarias*, que tenían por estatalmente distinguida y que nacieron en conexión con la formación profesional mágica, ritual y sacerdotal” – “As profissões individuais eram originalmente de caráter carismático (mágico), determinando logo o resto da articulação profissional por obra da tradição – e isto naturalmente na medida em que existiram, em geral, começos de uma articulação semelhante. As qualidades que não tinham um caráter especificamente pessoal e carismático eram objeto de ensinamento tradicional em associações fechadas, ou eram assunto da tradição hereditária. As profissões individuais de caráter rigorosamente carismático – liturgias – nasceram das propriedades rurais dos príncipes e dos senhores feudais, e depois – com a mudança da economia – foram para as cidades. Ao lado destas se deram sempre as formas educacionais *literárias*, estatalmente distintas, e que nasceram em conexão com a formação profissional mágica, ritual e sacerdotal.” (Tradução livre.). WEBER, Max. **Economia y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva**. México: Fondo de Cultura Económica, 2002. p. 112-113.

²⁵⁵ LEGENDRE, Pierre. **O amor do censor**. *Op. cit.*, p. 88-101.

Existe uma lógica universal das leis e os romanos foram os primeiros a revelá-las, portanto, “qualquer jurista é um Romano e o descendente dos Gigantes”²⁵⁶. Dessa fonte, mais que um mito das origens, existe uma estreita vinculação do mítico mundo romano reativado, assimilado pelo mundo sacro cristão, pois tanto a concepção romana como a teologia cristã “colocam o lugar do Poder no mesmo nível”. Disso resulta a percepção de Legendre de uma simbiose perfeita entre os campos discursivos do direito romano com o discurso canônico no centro do que ele denominou de censuras ocidentais, das quais a religião tem papel importantíssimo. Essa presença mitológica da figura do jurista como legatário dos romanos, cujo corolário é a evocação do mestre, para Legendre, constrói algo fundamental, que é a memória secular dos doutores, o “saber magistral”, cujos argumentos de autoridade legitimaram diversos campos jurídicos do mundo europeu mesmo antes da clivagem de sistemas jurídicos diversos²⁵⁷. Essa força simbólica não pode ser desprezada. Para Legendre, até mesmo o discurso do *Aufklärung* teve que descer até “a velha fachada romana das coisas”²⁵⁸.

O discurso canônico, como parte do discurso de censura ocidental, para esse autor, utiliza não só o mito pontifício do discurso do mestre, de inspiração romana, mas também se materializa sob certas técnicas que são operadas por um intérprete autorizado e um comentário. É preciso entender um ponto que para Legendre é o mais negligenciado quando se investiga o campo jurídico, mormente o fato de que o comentário só nasce se há incerteza. O discurso dogmático parte desta premissa. Assim, é preciso entender o “enraizamento da Lei no universo da dúvida”²⁵⁹. Na perspectiva freudiana utilizada, qual a estratégia de se fazer, sob o aparato do monopólio da fala, a repressão do desejo? A estratégia estaria radicada não em acabar com a dúvida (o desejo se realiza pela falta), mas sempre chegar na fronteira do Poder; deslocar sempre o Poder, mesmo que ele signifique a censura do desejo, sendo desse movimento particular que a incerteza opera no campo institucional; desse movimento plasmado na instituição formam-se o seu Direito e o jurista com seu campo casuístico. A espera desta Palavra do pontífice parte do mito ancestral da Europa latinizada, cujo porta-voz será a figura do mestre, do doutor. Essa é a função simbólica do mestre, a de, na enunciação da palavra sacra do direito, formar a casuística modelar que, mediante as técnicas escolares,

²⁵⁶ LEGENDRE, Pierre. **O amor do censor**. *Op. cit.*, p. 91.

²⁵⁷ O autor não especifica textualmente quais seriam estes sistemas, mas tal clivagem deve se referir aos sistemas da *Common Law* e *Civil Law*.

²⁵⁸ LEGENDRE, Pierre. **O amor do censor**. *Op. cit.*, p. 92.

²⁵⁹ *Idem*, p. 93.

fará ligar abstratamente o conflito à forma unitária da Lei que se faz pelos procedimentos verbais do comentário, via enunciação erudita da Palavra²⁶⁰.

A atitude do doutor, de ligar o sentido prévio, universal e mítico da Lei ao texto, via comentário, mediante uma série de procedimentos narrativos, valia-se de cenas exemplares, das mais banais e cotidianas, utilizado-se amiúde de exemplos fantasiosos²⁶¹, a partir dos quais se instituía verdadeiro “simulacro”. Daí surgem coleções de cenas retratadas ficcionalmente como temas de comentário, as quais eram problematizadas pelas *questiones disputatae*. Todo ato humano, então, poderia ficcionalmente ser subsumido a este modelo abstrato criado pela prática escolar. O doutor, então, é a essa figura, concreta e fundamentalmente simbólica, que maneja e faz ligar a Lei (do seu universo mítico) e Palavra enunciada. Seu caminho é texto, procedimento meticuloso que se materializa na estrutura dicotômica entre questões e respostas, sempre às voltas com um catálogo casuístico abstratamente simulado. Dessa estrutura ficcional, o doutor, o mestre medieval, é o grande artífice que marcou a tradição jurídica ocidental. Há, não se pode deixar de anotar, uma observação de Legendre digna de registro: o discurso dogmático da instituição garante uma dupla tarefa, ser, ao mesmo tempo, garantida pelo mito e por uma “lógica” que é o procedimento²⁶². Essa duplicidade é o cerne do que, de certa forma, o senso comum teórico significa no plano linguístico e epistêmico.

Difícil divisar, apesar de a literatura indicar elementos distintivos, os juristas-canonistas daqueles formados na pós-glosa e no ambiente humanista, já no contexto de exaltação do denominado direito natural racional. O uso de estilos literários comuns parece acompanhar o estilo dos juristas medievais, tendo como exemplo o uso da “brocardia”, termo latinizado de “Buchard”, clérigo alemão do século XI que elaborou uma ampla compilação de máximas jurídicas, a *Regulae Ecclesiasticae*. O comentador, legista e o pós-glosador encerram as características gerais dos seus pais fundadores da primeira geração, obtendo, em adendo, uma simbologia menos escolar e mais ligada aos assuntos citadinos. Esse será o arquétipo do jurista dos negócios humanos, mesmo que sua atuação engendre uma literatura,

²⁶⁰ LEGENDRE, Pierre. **O amor do censor**. *Op. cit.*, p. 93.

²⁶¹ Não se poderia deixar de anotar, como ilustração, o campo quase anedótico que determinadas cenas e casos fictícios que ainda fazem parte de manuais de direito no Brasil, quase em analogia aos casos fantasiosos narrados por Legendre quando da descrição do discurso dogmático medieval. Nesse sentido, verificar o opúsculo humorado sobre a casuística surreal na dogmática penal em STRECK, Lenio Luiz. **Crise dogmática. Manuais de Direito apresentam profundo déficit de realidade**. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=25&dir=DESC&order=date&Itemid=40&limit=10&limitstart=10>. Acesso em: 10 maio 2009.

²⁶² LEGENDRE, Pierre. **O amor do censor**. *Op. cit.*, p. 97.

ou seja, um modelo escolar próprio de extrema difusão na Europa continental, à luz, por exemplo, do que significou o bartolismo.

Da figura sempre citada de Bártolo de Sassoferato, século XIV, importa captar de seu discurso duas variáveis: uma, de sua relação não apenas doutoral com os assuntos da tradição, mas certa influência nos negócios da vida pública, bem como a estrutura lógica do seu discurso, captada essencialmente da linguagem canônica, à luz, por exemplo, de Tomás de Aquino. No seu *Tratado sobre o tirano*, Bártolo trata de uma controvérsia tipicamente do período, referente aos conflitos envolvendo o Papa Clemente VI, Imperador Carlos IV e Cardeal Egidio Albornoz. Seguida à enumeração exaustiva dos temas, a técnica do comentarista continuava pelo padrão escolar em que cada tópico era marcado pela distinção da dualidade da questão e da resposta:

I – Em primeiro lugar pergunto por que se chama tirano.

Respondo: do grego *tyro*, que em latim se diz ‘forte’ ou ‘angústia’, de onde ‘os reis fortes chamavam-se tiranos. Depois, ‘tiranos’ passaram a ser chamados de reis péssimos e ímprobos, que exerciam uma cupidez de domínio e uma dominação cruel sobre o povo’ (cf. Isidoro, Etimol. 20, 9); de *tyro*, que é angústia, porque angustia e atormenta os seus’, como diz Huguncio (*De verborum derivatione*). E que *tyrus* se interpreta como ‘angústia, ou atribulação, ou força’, já que tudo o que há de mal converge para o tirano.

E por estas coisas são úteis para indagar da condição do tirano e do modo de prová-la²⁶³

Como visto, o arquétipo de glosador tinha uma estreita relação com os símbolos da tradição pontifical, e, portanto, revelava uma clara reverência ao texto romano originário. O pós-glosador encarna a imagem do jurista negocial, notarial, registrador, parecerista, um modelo que o capitalismo soube reordenar no arquétipo ideal de bacharel liberal, advogado e membro da elite dirigente do Estado²⁶⁴. Esta certa partilha de estilos e a presença da imagem doutoral acompanharam o modelo de jurista às portas da modernidade, tendo por exemplo clássico Francisco Suárez, o qual, como alerta Villey, tem, na sua expressão discursiva, a presença intensa do dogmatismo, o *pedantismo* e o *eclétismo* à luz do formalismo ainda escolástico, apesar das influências múltiplas em seu pensamento, como Aristóteles.

²⁶³ *Tratado sobre o Tirano (De tyranno)* de Bártolo de Sassoferato, traduzido por José Reinaldo de Lima Lopes. In: LOPES, José Reinaldo de Lima. **Curso de história do direito**. São Paulo: Método, 2006. p. 69.

²⁶⁴ No caso brasileiro, acerca da formação do bacharel no século XIX como um membro orgânico da elite política dirigente, mormente aqueles formados pela Escola sediada em São Paulo, ver o clássico: ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

Como elemento já decadente da antiga escolástica, o estilo doutoral de Suárez, o *dogmatismo* pode ser concebido como uma forma de busca da verdade que se valia da ideia de um certo raciocínio dedutivo, um encadeamento de razões que levam à prova da verdade, já a partir da ideia de sistema (herança da matriz do jusnaturalismo racionalista); na raiz do discurso de verdade dos vários modelos de juristas que remontam à tradição romana, está o recurso ao argumento da autoridade. Não será por acaso que a raiz etimológica do termo “pedante” se vincula ao mestre-escola, à ação do pedagogo ou professor, ou seja, nasce sob o símbolo da fala autorizada de quem ensina, do mestre. O sufixo “ismo” indica o exagero linguístico desta fala do *pedante*, a qual se utiliza como meio retórico o argumento da autoridade doutoral, que passou a ter a conotação negativa de fala rebuscada, formalista, erudita e que despreza os saberes comuns. No caso de Suarez, Villey aponta o recurso extremo do pedantismo, indo além do próprio estilo de Tomás de Aquino, com uma enumeração de uma lista enorme de pedantes com nome latinizado na cadeia de suas fundamentações e desmensuradas notas bibliográficas. Esse estilo, como bem anota Villey, não desapareceu do uso, do imaginário e das deformações das universidades contemporâneas, “que consiste em se interessar, mais que pelo tema, pelo que escreveram os pontífices universitários e pela bibliografia”²⁶⁵, sendo, *mutatis mutandis*, uma reprodução do culto aos “autores da moda” tão em voga em tempos atuais. O ecletismo foi o outro elemento que a figura do doutor, mormente a do estilo dos *salmanticenses* do século XVII, que Suarez encarna muito bem, e que fechará o ciclo do discurso desta fala autorizada. Como dito, há certa discussão se o estilo de Suárez segue a bula tomista ou não, controvérsia bem retratada por Villey. No seu ecletismo, Suárez trata de conciliar diversas autoridades no intuito dogmático da busca da resposta, numa tentativa de combinação e reunião de opiniões, evitando, assim, o conflito e os paradoxos de visões diversas²⁶⁶.

Dentre várias possibilidades de entendimento deste modelo de *expert*, deste arquétipo de jurista, Weber oferece uma análise que tem por pressuposto a compreensão do processo de racionalização do direito e sua relação com as profissões jurídicas no final da Idade Média. No bojo do processo de racionalização da modernidade europeia, a figura do jurista e o seu campo racional de operação vinculavam-se a duas possibilidades opostas; uma, voltada ao campo próprio da aprendizagem jurídica, e outra, ligada às demandas próprias de um pensamento jurídico específico. Weber anota, neste ponto, que o ensino ora era circunscrito

²⁶⁵ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 398-401.

²⁶⁶ *Idem*, p. 401.

ao campo empírico imediato dos práticos, sob orientação das técnicas próprias do ofício, um ensino corporativo, ou se relacionava a um ensino mais teórico, sob a égide de certas escolas jurídicas que procuravam compor um estudo racional e sistematizado do campo de ação dos juristas no final da Idade Média. No primeiro caso, exemplar é a distinção, ocorrida na Inglaterra, entre duas figuras típicas: os prolocutores (*counsel*) e o advogado (*avoué, solicitor, attorney ou procurator*)²⁶⁷.

A referida distinção dessas duas figuras dos *experts* da lei enquadra-se no ambiente próprio da *Common Law*, mas é importante no sentido de ilustrar como a figura do jurista e sua fala se desdobram em funções muito peculiares com a enunciação do direito em certos contextos da tradição ocidental. O prolocutor nasce no seio das exigências de uma justiça corporativa, dos seus procedimentos internos, dos tribunais dos príncipes e seus protocolos próprios. No caso da França, a figura do prolocutor era escolhido dentre os círculos de julgadores da causa, e, neste caso, pela impossibilidade dos leigos em pronunciar perante a corte as palavras dos ritos, o que fazia com que os litigantes procurassem um *avaint rulier*.

O prolocutor entrava como veículo das fórmulas verbais dos procedimentos da corte, bem como participava da formulação da sentença, não sendo, assim, um procurador da parte em sentido estrito. O advogado, por seu turno, tinha uma função diferente neste contexto, pois este “assume la dirección técnica en la preparación del procedimiento y la consecución de los medios de prueba”²⁶⁸, sendo que esse procedimento foi crescentemente “racionalizado”, pois sua forma primitiva não estabelecia a atuação do advogado. Inicialmente, na Inglaterra, o conjunto de advogados estava restrito aos clérigos, o que, no processo crescente de laicização, fez com que esse novo *metier* se agrupasse em grêmios ligados aos *Jures of Court*, isso já nos séculos XV e XVI. Para Weber, então, esse processo de profissionalização fortaleceu o estamento fechado dos juristas, cuja autonomia aumentava crescentemente, passando eles próprios a regular o ingresso e a formação dos seus membros. Com tais elementos, então, tem-se a formação das figuras históricas dos prolocutores e advogados, que gerou um ensino técnico-gremial vindo das demandas imediatas do ofício, uma especialização mecânica, mas que dava sistematização racional na medida em que determinadas necessidades práticas eram atendidas, fazendo um conjunto de “ficções” que cumpriam a missão de adaptar-se a novos elementos da casuística. Para Weber, deste padrão de ensino gremial, produzido e produtor

²⁶⁷ WEBER, Max. *Economia y sociedad*. *Op. cit.*, p. 588.

²⁶⁸ “assume a direção técnica na preparação do procedimento e a obtenção dos meios de prova.” (Tradução livre.) *Idem, ibidem*.

das figuras dos juristas do fim do medievo, não se pode falar em racionalização lógica do direito, em sentido estrito, mas esquemas empírico-práticos de tomada de decisão²⁶⁹.

Os advogados ingleses surgem como figuras específicas nesse processo. O ensino gremial opunha-se muitas vezes ao processo de consolidação de um direito racional sistematizado, do tipo doutrinal que se formou nas universidades da Europa continental. Os países anglo-saxões, aprofunda Weber, no bojo da relação mediada por *Bar y Bench*, criaram formas tradicionais tão solidificadas de compreensão das figuras jurídicas que uma nova lei não poderia contrariar tais formulações, as quais deveriam atender aos interesses econômicos que a atuação dos práticos representava. A fala autorizada dos juristas ingleses emerge destas condições específicas de poder.

Opondo-se ao padrão gremial-profissional da *Common Law*, que criou um tipo muito peculiar de desenvolvimento do pensamento jurídico, forjou-se o ensino universitário, dentro da lógica e dos procedimentos que remontam às origens dos glosadores medievais já mencionados. Weber observa, neste modelo, uma emancipação racional dos estritos vínculos imediatos e empíricos do ofício. Nasce aí, reforçando as observações feitas, de uma vinculação ao direito sacerdotal, sacro, a fonte de um direito formal-racional, sendo que sua casuística só tem valor enquanto casuística formal. Esse contexto forjou o jurista como notável, diferente dos advogados ingleses com finalidades profissionais específicas. A figura do notário, como ator da pós-glosa, no contexto do humanismo italiano, vai ser a figura de massificação do uso comum do direito (*usus modernus*). Diferentemente dos advogados ingleses, os notários da pós-glosa não rivalizaram com o esquema abstrato já instituído pelo ensino escolar universitário, pois careciam da unidade que os juristas da *Common Law* desfrutavam em razão da sua presença interna no tribunal do rei²⁷⁰.

Os reduzidamente mencionados arquétipos históricos das figuras dos juristas e seu relacionamento com a legalidade marcaram um tipo de fala, a do *expert*, e não propriamente a do filósofo ou do cientista, conforme uma representação mais contemporânea destes últimos. Como infere Luhmann, o mundo do direito sempre demandou esforços teóricos, primeiramente em função da necessidade própria de sua *práxis* aplicativa; depois, em razão do ensino das técnicas jurídicas que demandavam fórmulas generalizantes que permitissem o repasse de tais construtos para a solução de casos similares²⁷¹. Tal fato não pode ser de maneira alguma

²⁶⁹ WEBER, Max. *Economia y sociedad*. *Op. cit.*, p. 590.

²⁷⁰ *Idem*, p. 595.

²⁷¹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 301.

desconsiderado, tampouco menosprezado ao se avaliar a longa sedimentação do saber dos juristas ocidentais. Essa referida demanda “teórica” – inicialmente concebida pela necessidade de um aparato de inscrição social dos interditos, mas, posteriormente distendida num quadro conceitual tópico-retórico ou exegético dos textos romanos – está na raiz do mandato social que fez nascer no ocidente a figura histórica do jurista. Há, portanto, uma história da verdade que acompanha os juristas antes e depois das noções antigas e modernas de *episteme*, bastando observar como a ideia de verdade (como a descoberta de uma realidade fática) caminhou justamente ao lado, e com, no mundo ocidental, as formas jurídicas de inquérito, como demonstrou Foucault. Dessa forma:

O inquérito é precisamente uma forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas verdadeiras e de as transmitir²⁷².

Eis os precários esboços genealógicos da emergência simbólica dos juristas e seus discursos de poder, da tradição que se fala e de onde se fala, que nada mais são, além de nomes do passado, e de pessoas que existiram e viveram em mundos aparentemente distantes, arquétipos fixados pacientemente na memória das instituições e nas engrenagens que fundaram os modos de vida do ocidente, símbolos sociais que refletem, desde sua origem, uma gestão da verdade, a verdade das leis. Sacerdote, sábio, mestre, conselheiro, doutor, notário, advogado são as denominações pelas quais, no ocidente, e mais de perto a tradição jurídica aqui implicada, a continental, nominou-se esses atores que se estenderam ao longo de inúmeros contextos do pensamento até a maturação do paradigma moderno de ciência.

O que se pode dizer, então, da figura simbólica do jurista moderno? Hespanha, concordando com as reflexões de Bauman, entende que o legislador seria o intelectual típico do século XIX em diante, em contraste com o padrão do jurista medieval e daqueles formados nos início do período humanista-renascentista. Nessa perspectiva, a modernidade teria fixado o legislador como um modelo intelectual diverso do jurista, tal como fora concebido no medievo. Assim sendo, Hespanha entende que os juristas, no modelo lançado no mundo pré-moderno, espelha-se na figura do “couteiro”²⁷³, a partir metáfora utilizada por Bauman, que diferencia “culturas selvagens” de “culturas-jardins”.

²⁷² FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 1999. p. 78.

²⁷³ Apenas como referência inicial, é importante registrar o sentido lexicográfico do termo “couteiro”, o que não quer dizer que se trata exatamente do sentido conferido pelos autores em foco, os quais usam o termo de

A “cultura selvagem” se reproduz espontaneamente, “sem intenção consciente, supervisão, vigilância ou especial nutrição”²⁷⁴, em certa analogia com aquilo que Clastres indicou, ao contrário do evolucionismo de cariz marxista, de que existem sociedades contra o Estado, cujo *ethos* está em justamente em se oporem à concentração do poder²⁷⁵. Mas, no sentido específico que Bauman recupera, essas sociedades representadas como “culturas selvagens” opõem-se às “culturas-jardins”, pois estas necessitam de intervenção especializada para se autorreproduzir, ou seja, de uma consciente intenção e de supervisão, pois o jardim não se faz, na sua simétrica artificialidade, sem essa ação pensada que vigia, planeja e retira as ervas daninhas. Sem a figura do jardineiro as “culturas-jardins” não seriam possíveis. Assim que, para Bauman, a modernidade exigiu a transformação de culturas selvagens em “culturas-jardins”, e esse processo ampliou-se no século XVIII, tornando-se hegemônico na península europeia no século XIX, passando a ser um modelo a ser imposto ao “resto do mundo”.

A figura do jardineiro, central nessa transição paradigmática, nasce como um novo papel do intelectual, reformulando a função simbólica do intelectual anterior, bem representado pela figura do couteiro. Afirma Bauman:

Os couteiros não alimentam a vegetação e os animais que habitam o território entregue aos seus cuidados, tal como não têm também qualquer intenção de transformarem o estado desse território, de modo a aproximarem-no de um «estado ideal» imaginado. Em vez disso, procuram garantir que as plantas e animais se auto-reproduzam sem serem perturbados – os couteiros confiam no engenho dos seus protegidos²⁷⁶.

Aproveitando-se destas representações simbólicas, Hespanha identifica dois modelos, dois arquétipos de juristas que se alinham com esta análise de Bauman. Os juristas medievais eram mais próximos à figura do “couteiro”, como homens prudentes, pois eram:

i) Peritos no escrutínio de ordens diferentes e quase entrelaçadas (*diviniarum atque humanarum rerum notantes*);

forma metafórica. “**Couteiro** s.m. (1439 IVPM) indivíduo que guardava a coutada [...]”. “**Coutada** s.f. (1289 IVPM) 1. ant. terra onde se criava caça para a família real e/ou para pessoas da fidalguia e na qual era vedada a caça aos demais; 2. p. ext. terra comum, reservada para a pastagem do gado de uma localidade; 3. p. ext. local destinado à pastagem de eqüinos e bovinos [...]”. HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 857.

²⁷⁴ BAUMAN, Zigmunt, *apud* HESPANHA, António Manuel. Os juristas como couteiros. A ordem na Europa ocidental dos inícios da Idade Moderna. **Análise Social**, n. 161, p. 1.185, 2002.

²⁷⁵ CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o estado**: pesquisas de antropologia política. 5. ed. [s./l.]: Francisco Alves, 1990.

²⁷⁶ BAUMAN, Zigmunt *Apud*. HESPANHA, António Manuel. Os juristas como couteiros. *Op. cit.*, p. 1.186.

ii) Derivando a ordem de arranjos «naturais» existentes (*ius naturale est quod natura* [isto é, Deus] *omnia animalia docuit*);

iii) Assumindo a natureza derivada, local e limitada das suas arbitragens (*non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*);

iv) Reivindicando um papel de mediadores (tradutores, intérpretes) entre diferentes sistemas normativos (religião, piedade, graça, amizade, usos comunitários, vontade régia) através de conceitos-ponte (como *pietas, natura, gratia, utilitas, usus, potestas absoluta, debitum quasi legalis*) que permitem o diálogo bilateral entre as ordens locais.

A imagem do legislador emerge, pois, paradoxalmente, como um modelo intelectual diferente do modelo de jurista da tradição. Assim, o legislador seria um tipo de intelectual que apresenta as seguintes características caras à modernidade em seu estágio de maturidade, pois seria

i) Um intelectual autoconfiante e autoritário;

ii) Proprietário exclusivo de um conhecimento verdadeiro e geral [tanto supra-empírico como extraterritorial (ou extracomunal)] sobre a natureza e a moral;

iii) Agressivamente cego a acordos normativos preexistentes ou a abordagens alternativas (nomeadamente enraizadas, tradicionais, comunitárias) à ordem social;

iv) Capaz de reafirmar a ordem das coisas (ou melhor, capaz de impor uma ordem às coisas);

v) Capaz de decidir controvérsias de acordo com padrões monótonos;

vi) Capaz de ultrapassar aporias empíricas por meio de novos arranjos intra-sistémicos e coerentes (tais como interpretação, analogia, equidade)²⁷⁷.

Esta distinção é preciosa, porque, simbolicamente, a figura do legislador, nas “culturas-jardins”, marcadas pela secularização, pelo racionalismo e pelo paradigma liberal-legal monista, gerou uma nova *episteme* política, o que fica claro desde o advento do quadro jurídico colonial. Esses fatores, notadamente na tradição jurídica continental, expurgaram da órbita do *ius* as realidades particulares em nome do universalismo abstrato do direito, fenómeno este cujo ápice foi o processo de codificação do século XIX, que, nas palavras de Hespanha, foi “a derradeira vingança do legalismo”²⁷⁸.

Desse quadro analítico-simbólico, Hespanha retira algumas conclusões relevantes acerca do papel do jurista, como um intelectual inserto nas tramas da modernidade. Primeiro, a hegemonia do intelectual do tipo legislador destituiu o jurista do seu papel anterior, de um

²⁷⁷ HESPANHA, António Manuel. Os juristas como couteiros. *Op. cit.*, p. 1.186-1.187.

²⁷⁸ *Idem*, p. 1.204.

coureiro, zeloso pelas preservações das ordens plurais, de um mundo auto-ordenado, passando a ser, doravante, um funcionário menor, pois tal modelo de cultura e de juristas “[...] não representava mais do que uma instância local do princípio geral do primado da razão” e, também, a razão “não necessita da força da lei (Estado) para se tornar convincente”²⁷⁹. Aderindo mais elementos para enriquecer esta simbologia do arquétipo do jurista moderno a partir do padrão do legislador, é possível perceber também uma transição perceptível das “temporalidades jurídicas”, conforme sustenta Ost. No processo de formação do jurista romano, por exemplo, a dimensão temporal estava nitidamente vinculada ao “tempo mítico” de fundação. De outra forma, na formação dos Estados modernos a temporalidade se relaciona dinamicamente com setores da sociedade, à luz de sua cadência e demandas próprias. Na modernidade, de outra forma, enquanto a temporalidade jurídica do administrador é o presente, a do legislador é o futuro. A temporalidade futura, que também está ligada a essa imagem do legislador, forte na tradição continental, será marcada pela dimensão temporal do futuro. Para Ost, “[...] le temps du législateur est celui du futur. Pour le législateur, l’avenir est ouvert; Il peut, par des règles générales, modifier les comportements sociaux et ainsi modeler la société future”²⁸⁰.

Outra importante consideração sobre o papel intelectual e simbólico do jurista neste cenário moderno é o efeito moral. O jurista, subjugado pelo predomínio intelectual da figura do legislador, não é mais responsável pelo terreno que antes habitava, está, agora, protegido, pois nada mais é do que um guardião neutro de um código cuja autoridade não lhe pertence; o normativismo que se sedimentou após o advento do direito natural racionalista até o positivismo-legalista do século XIX retirou do juiz²⁸¹ a ansiedade moral de ser um árbitro concreto, eliminado-se o decisionismo e o casuísmo que antes eram os terrenos ancestrais de sua *práxis*²⁸².

²⁷⁹ HESPANHA, António Manuel. Os juristas como coureiros. *Op. cit.*, p. 1.206.

²⁸⁰ “[...] o tempo do legislador é o do futuro. Para o legislador, o futuro está aberto; ele pode, através de regras gerais, modificar os comportamentos sociais e assim modelar a sociedade futura.” (Tradução livre.) OST, François. Multilicé et discontinuité du temps juridique. Quelques observations critiques. **Contradogmáticas**, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 4/5, p. 41, 1985.

²⁸¹ Importante registro é feito sobre a visão do juiz que se tem na contemporaneidade: “A idéia de que o juiz é forçosamente um delegado do poder político central não tem mais de dois séculos, constituindo um reflexo do pensamento político que, pela primeira vez, separa radicalmente a sociedade civil do Estado, reservando a este monopólio do poder político, sobretudo do poder de criar o direito (por via legislativa ou judicial).” HESPANHA, António Manuel. As fronteiras do poder: o mundo dos rústicos. **Sequência**, Florianópolis, ano XXV, n. 51, p. 85, dez. 2005.

²⁸² HESPANHA, António Manuel. Os juristas como coureiros. *Op. cit.*, p. 1.206.

Bourdieu, por fim, oferece uma reflexão importante, a do jurista como guardião da hipocrisia coletiva. Esse arquétipo parte da constatação aqui em discussão de que o direito trabalha com uma longa sistematização e elaboração que se estabeleceu num campo muito específico. Essa racionalidade do campo jurídico, que não é a racionalidade das ciências em geral, é como um “jogo”, e para poder jogar este jogo típico do campo jurídico é preciso obter a competência da cultura jurídica, uma disposição para jogar e uma crença de que o jogo vale a pena. Tais condições geradas pela cultura jurídica é denominada *illusio*²⁸³. Essa condição, de guardiães da crença pelo universal gera, além do poder social considerável, também um paradoxo:

Los juristas, en que guardianes tanto ‘hipócrita’ de la creencia en lo universal, detentan una fuerza social extremadamente grande. Pero están atrapados en su propio juego, y construyen, con la ambición de la universalidad, un espacio de posibilidades, y por tanto también imposibilidades, que se les impone a ellos mismos, lo quieran o no, en la medida en que pretendan permanecer en el seno del campo jurídico²⁸⁴.

Esse arquétipo do jurista retratado por Bourdieu faz pensar o preço que os juristas tiveram que pagar historicamente para sua autoafirmação no conjunto dos papéis sociais tradicionais, o que, na modernidade, se fez sentir mais agudamente. O bônus de ser o pastor da ilusão de universalidade necessária à coesão do campo social, no sentido de garantir o equilíbrio das expectativas normativas mais proeminentes, refere-se a um poder fantástico que emerge dessa função que, como visto, nunca se separou do seu caráter quase mágico, mesmo em meio à laicidade moderna. Essa tarefa tornou-se peculiarmente viável e cresceu de importância quando o sentido da lei passa a ser universalmente o de uma regra impessoal, genérica e abstrata. Quando o paradigma do direito natural sofre, assim, sua fratura decisiva, a justificação desta universalidade entra no campo de legitimação da racionalidade metafísica moderna que deverão os juristas dar conta de sustentar. Se saber é poder, conforme assertiva de Bacon, ser jurista corresponde em duplicar esse poder, o poder da verdade que só o *expert* compreende e domina, uma linguagem quase sagrada, e o poder da política que se releva como a decisão, a violência legitimada. Tem-se, assim, no mandato do jurista, a presença única de uma dupla coerção: a da razão e a da política em sentido amplo. Quando a filosofia,

²⁸³ BOURDIEU, Pierre. Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva. **Jueces para la democracia**, n. 47, p. 3-5.

²⁸⁴ “Os juristas, guardiões da hipocrisia da crença no universal, detêm uma força social extremadamente grande. Por estarem aprisionados em seu próprio jogo, e por construírem, com a ambição da universalidade, um espaço de possibilidades, e portanto também de impossibilidades, que se impõem a eles mesmos, o querer ou não, na medida em que pretendem permanecer no seio do campo jurídico” (Tradução livre.) *Idem*, p. 5.

conforme Arendt, foi separada dos negócios humanos, coube ao filósofo apenas o espaço restrito da verdade fora da caverna, por isso a solução platônica para equacionar essas demandas (verdade e poder) foi estabelecer a volta do filósofo como governante. A política, assim percebida, separada da coerção racional da verdade, seria pura violência, pura contingência de quem detém o poder. Por outro lado, o filósofo sem a coerção da política é um estranho no campo das coisas humanas, um estrangeiro. Talvez para romper com esse alheamento é que a história do pensamento mostra a quase unânime tentação dos grandes filósofos por regimes políticos tirânicos, à exceção de Kant²⁸⁵. Tanto Platão e seu frustrado projeto com o Tirano de Siracusa quanto Heidegger e sua vinculação com o *Reich* servem como ilustrações dessa sedução²⁸⁶.

Poder da razão e poder político são dispostos de maneira imbricada no campo do direito. Com efeito, o jurista em nossa tradição reordena essa equação problemática entre os arquétipos do político e o do filósofo, pois seu mandato se estabelece no centro destes dois campos cruciais para o modelo civilizatório do ocidente. O jurista só é jurista porque consegue afirmar e manter uma verdade, a da lei, fixando a crença da universalidade e da validade e, de outra forma, porque possui a força típica da política, a ingerência nas coisas humanas, nos modos de vida, por decorrência do poder não apenas cognoscitivo que se estabelece com sua argumentação e decisão. É um pensamento que se faz valer legitimamente sob o manto de uma racionalidade simbólica e efetiva.

Em contrapartida, o ônus mais evidente deste mandato poderoso está na maldição que acompanha todos os juristas, qual seja, a necessidade quase inconsciente de terem que acreditar na solidez de sua ilusão. O preço de tudo isso é a visível autorreferência extrema de suas verdades. Para sobreviver como juristas, e não como “Estrangeiros”, os *experts* da lei

²⁸⁵ ARENDT, Hannah. **Hannah Arendt/Martin Heidegger**: correspondência 1925/1975. LUDZ, Ursula (Org.). Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001. p. 140.

²⁸⁶ Aqui se faz referência, no caso de Platão, à sua “aventura” na corte de Dionísio I de Siracusa, em que o filósofo tentaria convencer o tirano a implantar o modelo de sua “República”, o que gerou um conflito que resultaria na sua venda como escravo, sendo, por sorte do destino, resgatado por Aníceres no mercado de Egina. HEISCHBERGER, Joannes. **História da filosofia na antiguidade**. 2. ed. São Paulo: Herder, 1969. p. 88. Em relação a Heidegger, tem-se a sua sempre tratada vinculação com o regime nazista. Essa vinculação gerou uma série de polêmicas no pós-guerra em torno do “silêncio” de Heidegger. A percepção do pensamento heideggeriano, na presente tese, mormente no capítulo 3, não se situa a partir deste debate, sem com isso deixar de considerá-lo relevante. De qualquer modo, uma atitude voltada a desconsiderar todo o pensamento heideggeriano a partir dessa variável se mostra inadequada. Assim, acerca das muitas impropriedades lançadas, notadamente por Victor Farias em seu famoso libelo (*vide* FARIAS, Victor. **Heidegger e o Nazismo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988), adota-se uma perspectiva produtiva não limitante em relação a esse tema, sem deixar de ser crítica. Nesse sentido, válidas são as considerações de Loparic, como contraponto à posição de Farias. Ver: LOPARIC, Zeljko. **Heidegger réu**: um ensaio sobre a periculosidade da filosofia. Campinas: Papirus, 1990.

assumem o fardo de se isolar dos domínios mais criativos do pensamento como um todo, e, igualmente, tendem a se apartar do mundo vivido e das coisas humanas que devem orientar e regular.

2.2.2 Cisão metafísica ancestral: *doxa versus episteme*

A investigação rápida dos arquétipos dos juristas da tradição foi apenas um pretexto; uma montagem, um lembrete, uma anotação do quadro geral dos juristas como símbolos de uma fala social, tendo como apoio a literatura já afirmada sobre o tema e uma certa bricolage de conceitos vinda de outros campos. Se há, como se defenderá, a necessidade de se recuperar o sentido positivo das tradições, como pretende Gadamer, no sentido de ensejar uma nova hermenêutica jurídica crítica, esses símbolos não podem ser esquecidos, mas, antes de tudo, devem ser trazidos à tona genealogicamente, à vista dos lugares de fala em que se formaram, para que se compreenda este discurso específico na sua temporalidade, sem menosprezar os seus seculares vestígios que se conformaram como *habitus* ou que se sedimentaram sob outras formas de saber e de estilo de dizer a verdade sobre o direito.

Agora, avançando, trata-se de ver não apenas o discurso dos juristas, em si mesmos, como discursos de poder, mas, dentro de um estilo mais próximo da filosofia ou da filosofia do direito, apontar a raiz metafísica que conformou, de modo geral, a base epistemológica com a qual o pensamento jurídico se expressou, predominantemente, como uma terceira coisa que já existia (antes de ser uma terceira coisa) firmemente no conjunto histórico das falas institucionais de verdade: um senso comum teórico. Para perceber essa “terceira coisa”, é preciso entender o dualismo metafísico fundador com o qual essa forma de pensar a verdade (a dos juristas) se destaca.

Dualismos são epocais. Ao longo do tempo, os saberes denominados “filosofia” e “ciência” constituíram-se como modos de pensar marcados por dualidades ancestrais expressas por discursos que socialmente se impunham, à luz das contradições e tensões de cada contexto, como falas de uma “verdade” autorizada, processos cognoscentes que demarcaram o solo simbólico próprio das instituições escolares e tradições jurídicas do mundo ocidental. Importantes considerações podem advir desta forma epocal em que o pensamento ocidental se estruturou e, com especial força, o pensamento jurídico.

Num contexto primevo e embrionário do pensamento racional, nas raízes helenas, houve a oposição fundante e exemplar para os pré-socráticos entre *Kósmos* e *Kaos* e, mais tarde, com a virada platônica, objeto específico deste tópico, verificou-se a cisão clássica entre *doxa* e *episteme*, a partir da qual se apoiaram os desdobramentos posteriores da filosofia da consciência moderna. Encravado, com efeito, na história remota de formação do *logos* ocidental, esteve a marca de um *logos* dual, estrutura do pensamento e da linguagem que interpelava as falas e discursos com pretensão de validade, de universalidade abstrata, enfim, de verdade. Nesse jogo difuso e complexo de interpelação da vida e dos fenômenos, a ordenação do mundo num saber universal confrontava-se com a diversidade empírica da vida; entre a tensão de pretensões de validez e desordem, marcada pelos contrastes entre o “uno” e o universal, o variável e o estável, formaram-se as falas míticas e racionais.

Como já foi ressaltado no tópico anterior, no breve inventário dos arquétipos dos legistas, muito antes de se falar em método científico, ou antes mesmo da “ancoragem” da metafísica moderna no *locus* do pensamento jurídico, o direito já era um “tema” da ordem conceitual e simbólica da sociedade, um campo temático forjado nas instituições ancestrais do mundo ocidental, à luz de suas tradições greco-romanas; um tema que sempre contou com seus oráculos e tradutores, que nada mais foram que os interlocutores de planos sagrados da ordem e da justiça, da força misteriosa dos decretos, os mesmos atores que se tornaram, *mutatis mutandis*, os atuais homens da lei e da verdade. Repita-se: tudo isso fica, digamos, na memória ancestral que não pode ser desprezada.

Neste momento, volta-se, contudo, à tradição grega, não mais para resgatar a contribuição aristotélica já mencionada, que foi fundamental para a formação da jurisprudência romana e medieval. Agora, de forma mais detida, será objeto de reflexão outra concepção clássica de “ciência”, concebida como um ponto axial que influenciou e formou a base e a ponte entre os antigos e os modernos em vários níveis, sejam eles filosóficos, científicos, políticos ou jurídicos; trata-se da separação platônica entre *doxa* e *episteme*. Nesse ponto, mais uma vez, um breve excuro se faz necessário.

Se é certo, como assevera Vernant, que de alguma maneira radical os gregos nos inventaram²⁸⁷, ao menos no que tange às formas de vida espiritual do mundo ocidental, parte significativa dessa “invenção” está radicada no desenvolvimento inovador do pensamento

²⁸⁷ VERNANT, Jean-Pierre. **Os gregos inventaram tudo**. Entrevista. Disponível em: <<http://www.unir.br/~primeira/artigo43.html>>. Acesso em: 10 out. 2007.

helênico clássico, ou seja, um *logos*²⁸⁸ que se estabeleceu em bases distintas de outras tradições de saberes, mormente aquelas tradições oriundas das teocracias orientais do crescente fértil. Em contraste com o ideário dos povos do modo de produção asiático, os gregos constituíram, em sua *paideia*²⁸⁹, com ápice no século V a.C., uma forma única de ver e compreender o mundo, a natureza, a política, a arte, a guerra, os deuses, o saber, o destino e a si próprios, a partir de uma racionalidade especulativa marcada pela abstração e pela aguda teorização²⁹⁰. Não será por acaso, então, que o pensamento ocidental tenha nascido, como diz Stein, sob o signo da luminosidade²⁹¹. A metáfora da luz é pertinente neste caso, pois somente com o povo grego – preciso e único na habilidade de observar e de narrar²⁹² – foi possível o nascimento do pensamento teórico no quadro histórico do mundo antigo. Também não é por acaso a relação estreita entre saber especulativo e “ocularidade” na Grécia, uma vez que o vocábulo “teoria” tenha sua origem remota nos *theorem*²⁹³, que eram justamente os espectadores dos jogos olímpicos, aqueles que apenas observavam e não participavam da ação. Contemplação, como ato ocular, como luminosidade, foi, portanto, a marca ancestral do saber especulativo, do *logos*²⁹⁴ grego.

Conquanto a vinculação da expressão “senso comum” tenha ligação com concepção aristotélica que diferenciava *koiné doxa* da *aísthesis doxa*²⁹⁵, o sentido aqui perseguido encontra ressonância mais ampla na dicotomia platônica. A rica e complexa trajetória do *logos* antigo, inicialmente marcada pelas teogonias dos tempos homéricos e pelo entendimento global do *kosmos* pelos filósofos da *physis*, sofreu uma forte mudança de foco com Platão. A

²⁸⁸ Geralmente entendido como discurso, saber racional.

²⁸⁹ “Paidéia, [...] não é apenas um nome simbólico [...] O seu conteúdo e significação só se revelam plenamente quando lemos a sua história e lhes seguimos o esforço para conseguirem plasmar-se na realidade. Ao empregar um termo grego para exprimir uma coisa grega, quero dar a entender que essa coisa se contempla, não com os olhos do homem moderno, mas sim com os olhos do homem grego. [...] Não se pode evitar o emprego de expressões modernas como civilização, cultura, literatura ou educação [...]”. JAEGER, Werner. **Paidéia: a formação do homem grego**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1989. p. 2.

²⁹⁰ Nas suas origens remotas, por volta dos anos 2000 e 1700 a.C., a civilização creto-micênica guardava similaridades com os povos do oriente próximo, quadro que passou a se modificar com as sucessivas migrações de povos indo-europeus, os quais, não obstante terem assimilado parte dos mitos desta civilização, reorganizaram politicamente as formas de organização em bases não palacianas. A ruptura, portanto, com a matriz oriental de pensamento, se inicia já no século VI, em Mileto, momento primevo do *logos* tipicamente helênico. CAMPBELL, Joseph. **A epopéia do pensamento ocidental: para compreender as idéias que moldaram nossa visão de mundo**. 4. ed. Tradução de Beatriz Sidou. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001. p. 34.

²⁹¹ STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana**. Ijuí: Unijuí, 2001. p. 21.

²⁹² SEGAL, Charles. O ouvinte e o espectador. Capítulo VII. In: VERNANT, Jean-Pierre. **O homem grego**. Tradução de Maria Jorge Vilar de Figueiredo. Lisboa: Presença, 1991. p. 175.

²⁹³ WARAT, Luis Alberto. Metáforas para a ciência, a arte e a subjetividade. **Seqüência**, n. 30, ano 16, p. 9, jun. 1995.

²⁹⁴ Entendido no sentido de racionalidade, discurso racional especulativo.

²⁹⁵ GUERREIRO, Mário A. L. **Cetismo ou senso comum?** Porto Alegre: Edi-PUCRS, 1999. p. 17.

filosofia platônica e seu visível desencatamento com o modelo democrático da *polis* passa a ser, em vista dos objetivos deste trabalho, o ponto de partida para um olhar mais específico dessa antiga metafísica da luminosidade. A partir deste “desencatamento” é que se tem claramente a separação ocorrida entre *doxa* (opinião) e *episteme* (ciência)²⁹⁶. Tal ruptura tem um sentido histórico bem preciso. As fontes históricas indicam que o quadro social e político de construção do pensamento de Platão foi a decadência da *polis* ateniense. O ambiente político do século IV a.C. era bem diferente dos tempos áureos de Péricles, sendo um contexto marcado pela forte instabilidade social, em razão do fracasso do Governo dos Trinta. Se no plano político social Platão viveu momentos de instabilidade e de desagregação política, o relativismo axiológico foi o pano de fundo social por ele enfrentado, o que é fundamental para se compreender a classificação platônica do *logos*.

No período referido, os sofistas eram os representantes do relativismo axiológico mencionado. Concebidos como os primeiros formadores da *paideia* no sentido estrito de educação, de formação para a *arete*²⁹⁷ política²⁹⁸, a importância desses profissionais de retórica e da argumentação era incalculável num mundo político onde a palavra e o conhecimento levavam diretamente ao poder. A *ágora* era justamente o espaço público de tomada de decisão, palco específico de deliberações cruciais para a vida da cidade. Esse modelo democrático, articulado em inúmeras assembleias, estava fundamentado na *isegoria*, que era igual poder de palavra e de voto nas assembleias populares, o que trazia à toda evidência a força do argumento, a arte da sedução pela palavra. O *logos*, no campo dos assuntos políticos, não tinha um apoio moral fixo ou absoluto, mas era parte do jogo próprio do embate pelo poder; a verdade do *logos* político, portanto, seria, então, consequência do convencimento e nada mais. O justo, o bem, o melhor governo, dentro da arte sofística, seriam fatos decorrentes do argumento vencedor. A esse cenário de incertezas conceituais e instabilidades sociais soma-se o impacto que o julgamento de Sócrates causou no pensamento político e filosófico de Platão.

A morte de Sócrates, o qual fora seu mestre e paradigma de sabedoria, marcou fortemente Platão. Denunciado por sincofantas, Sócrates foi a julgamento público, pelo qual fora condenado à pena capital. Mais que o julgamento de uma pessoa, tal evento significou o julgamento de uma racionalidade na disputa política ateniense. Outrossim, a condenação

²⁹⁶ Ciência no sentido antigo, conforme será abordado especificamente ao longo deste tópico.

²⁹⁷ Termo tradicionalmente traduzido como virtude ou excelência moral. Porém, nos tempos homéricos, a arte estava vinculada à virilidade guerreira, destreza e coragem, sentido este modificado no contexto platônico, a partir do qual arte tem um sentido mais específico de excelência moral.

²⁹⁸ JAEGER, Werner. **Paidéia**. *Op. cit.*, p. 233.

injusta de Sócrates foi mais que uma questão pessoal para Platão. Tal evento levou, no plano da racionalidade, à descrença platônica em relação ao poder da razão, do *logos*, da verdade (luminosidade) em se fazer valer diante dos assuntos mundanos (simulacros). O que estava em jogo, além da inconformidade com a “irracionalidade” política, era também o ideal de ordem e de harmonia que estava na origem do pensamento helênico. Nesse sentido, significativas são as considerações de Arendt:

A verdade platônica, mesmo quando a *doxa* não é mencionada, sempre é entendida como justamente seu o oposto da opinião. O espetáculo de Sócrates submetendo sua própria *doxa* às opiniões irresponsáveis dos atenienses e sendo suplantado por uma maioria de votos, fez com que Platão desprezasse as opiniões e ansiasse por padrões absolutos²⁹⁹.

Dessas questões surge, como contraponto e proposta gnosiológica, a concepção dos graus do conhecimento, que foi uma forma de classificar o *logos* em níveis distintos, uma estratégia conceitual que se mostrou presente em várias obras platônicas. O que está na origem desta concepção é o pressuposto de que o *logos* verdadeiro não pode ser inconstante, senão não poderia ser conhecimento no sentido pleno de verdade. O modelo gnosiológico invariável que Platão tem em mente é a matemática, obviamente em razão da sua notória influência pitagórica. Existiriam, então, dois planos de incidência da intelecção: o plano sensível e o plano inteligível.

O primeiro grau do conhecimento do mundo sensível é a *eikasia*, no qual se conhece apenas imagens, no campo da imaginação; o segundo grau, ainda nesse plano, é *pistis*, em que se conhecem objetos reais objetos de crenças. No mundo inteligível, também existiriam dois graus. O primeiro deles seria o âmbito da *dianoia*, incidente sobre objetos matemáticos cognoscíveis à “inteligência pensante” e, por fim, a *noésis*, campo das ideias puras, objetos da compreensão ou visão da inteligência³⁰⁰. Nessa classificação, do caminho que leva da esfera sensível à inteligível, existiria um crescente aumento de certeza, sendo que o conhecimento verdadeiro, no sentido de invariável e “luminoso”, estaria no plano das ideias, daí ser Platão o grande pai da filosofia idealista ocidental.

A concepção dos diversos graus do conhecimento, presente em vários momentos da obra platônica, tem forma metafórica precisa no mito da caverna do livro VII de *A República*. Tal metáfora, suscetível de inúmeras interpretações possíveis, refere-se não apenas à questão

²⁹⁹ ARENDT, Hannah. **A dignidade da política**: ensaios e conferências. Tradução de Helena Martins e outros. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993. p. 92.

³⁰⁰ *Idem*, p. 35-36.

do conhecimento verdadeiro, da oposição entre verdade e simulacro, mas também leva ao entendimento de quem seria o agente capaz de “ver” tais ideias, ou seja, de chegar até a verdade e, por suposto, ser o único capaz de governar. O mito do rei-filósofo, em suma, atende à concepção platônica da verdade, como ordem e luminosidade, como ao ideal aristocrático do governo dos mais sábios. Parece evidente, no subtexto histórico, que o governo dirigido pelo rei-filósofo não condenaria uma pessoa como Sócrates. Estaria, então, restabelecida a ordem, a luminosidade e a constância à filosofia, esta última finalmente desgarrada dos assuntos terrenos, da mera opinião.

No plano das ideias estaria a verdade, no sentido de invariabilidade, o mesmo plano em que estaria a “essência ideal”, o modelo a partir do qual os objetos percebidos no plano sensível são apenas cópias imperfeitas, sombras que são vistas pelos habitantes da caverna. O caminho para superar as sombras rumo à ideia de Bem (verdade) exigiria certo esforço, no sentido grego de que sabedoria é algo conquistado. Tal percurso, como se vê bem marcadamente em “O Banquete”, passa pela *eros*, pelo amor, na juventude, aos belos corpos, subindo, com o tempo, aos belos discursos e atividades, às belas coisas, até chegar, pela dialética, ao conhecimento e à ideia de bem³⁰¹. Nesse *iter* platônico até a verdade soma-se a teoria da reminiscência, a partir da qual seria possível, para Platão, no plano sensível, a conexão e o reconhecimento mnemônico entre os objetos sensíveis e seus modelos ideais.

Eis, então, em linhas gerais, os fundamentos da oposição ancestral entre *doxa versus episteme* na teoria platônica. No plano dos simulacros, das ilusões, das sombras residiria a *doxa*, o campo das opiniões, da inconstância que é a marca, por exemplo, das coisas mundanas, da crença vulgar e da persuasão política; em oposição, o plano da luz, dos ideais imutáveis e da verdade como ideal de constância e harmonia. É fundamental perceber que essa foi a grande cisão epocal que deu novos rumos à metafísica antiga, uma ruptura não só com a filosofia dos pré-socráticos, dos sofistas, mas, em certa medida, com a própria atitude socrática. Tudo isso gerou repercussões notórias na modernidade, pois, para Arendt, essa oposição entre verdade e opinião teria sido a conclusão platônica mais antissocrática derivada do seu ressentimento pelo julgamento de Sócrates, que resultou também no abismo secular entre filosofia e política.

É importante destacar que o termo grego *episteme*, mesmo sendo traduzido indistintamente como “ciência”, mormente no contexto platônico não tinha o mesmo sentido

³⁰¹ Trata-se da fala de Diotima em “O Banquete”. Cf. PLATÃO. .

que adquiriu posteriormente na modernidade. O próximo tópico buscar investigar o sentido moderno conferido à *episteme* e seus possíveis desdobramentos.

O que a modernidade resgatou da tradição antiga na formação do seu conceito de *episteme*? Em primeiro lugar, é importante falar não apenas que houve uma assimilação, um “renascimento” do ideal clássico, mas também foi operado um esquecimento de questões nucleares da tradição antiga. É que a ressignificação moderna da ideia de verdade a partir da noção fundamentalista do paradigma dominante da tecnociência nada mais foi que um dos processos de ancoragem de uma única noção de *episteme* que se desenvolveu sob as versões racionalistas ou empiristas de saber científico. Foi justamente sobre esse processo de tecnificação moderna e epistemologicização de todo saber para ser visto como “verdade” que se insurgiu Heidegger com o seu resgate da questão nuclear da filosofia, ou seja, a questão esquecida do ser; ou Gadamer na sua crítica sobre a hegemonia da verdade-metódica no horizonte das ciências do espírito. No campo específico dos juristas, foi Viewheg quem claramente lançou um visionário e profundo olhar sobre a problemática da conversão da tópica antiga (fundadora do modo de ser da jurisprudência europeia) em método científico-sistemático a ser aplicado no campo do direito.

Por certo, não é possível reconstruir todo esse processo de hegemonia epistemológica do pensamento ocidental moderno e contemporâneo. O ponto-chave, contudo, parece estar no retorno ao ponto axial do pensamento platônico que se instaurou na base da epistemologia moderna, o que gerou inúmeros paradoxos, mormente para as disciplinas ou áreas do saber que se constituíram historicamente na antiguidade e no medievo como *tekné* ou *ars*, e que tiveram seus estatutos próprios seriamente postos à prova no auge do positivismo. O que se tentará vislumbrar, ao final, é como as teorias contemporâneas do direito reagiram a esse quadro de tensões.

Uma hipótese defensável é que a modernidade ocidental – tendo por base os notórios avanços da física, da matemática e da biologia, e amalgamada visceralmente à ideia-chave de Platão acerca da separação entre política e filosofia –, passou a produzir epistemologias, ou seja, lugares de reflexão da verdade como ciência, e esta última não mais pôde ser confundida com a racionalidade inconstante do senso comum, tampouco com os meros arsenais práticos discursivos (tópica). Essa dualidade, senso comum *versus* ciência, além de uma herança platônica remota em seus fundamentos, foi também expressão do divórcio-mor entre fé e razão que marcou, segundo Weber, as sociedades modernas. Para evitar aproximações forçadas, é de se lembrar que Platão, como grego antigo que era, mesmo defendendo a

supremacia da *episteme*, acreditava no poder dos deuses. Em suma: a *episteme* moderna, transfigurada em saber científico, abdicou de qualquer valor mítico-transcendental em sua constituição, não se podendo aproximar sem as devidas cautelas os antigos dos modernos. A *episteme* moderna foi, como anunciou Nietzsche, o grande sinal, senão a prova, da morte de Deus. No lugar vazio dos antigos mitos, no vácuo gerado pela ausência do panteão pagão ou católico, ambos essenciais para o imaginário pré-moderno, a razão iluminista laica e burguesa inaugurou um novo posto supremo e absoluto à razão epistêmica³⁰².

Tendo em mira os fins desejados nesta tese, o corte necessário está em perceber os efeitos da cisão entre *doxa* e *episteme* na base do grande modelo de pensamento que construiu a mais poderosa concepção cientificista do século XIX: o positivismo. A percepção dessa tensão no positivismo novecentista é uma etapa a ser realizada no capítulo 3; em tal capítulo se perceberá então que a cisão entre *doxa* e *episteme* – reproduzida e reelaborada mais uma vez pela tradição moderna, basicamente no seu ideal de verdade como “adequação” –, formou decisivamente o contorno dos impasses sofridos pelas teorias jurídicas que lhe foram contemporâneas ou indiretamente tributárias. Para tanto, é necessário estabelecer um salto, uma ponte forçada e abrupta da antiguidade clássica com a modernidade. Tal ponte tem forma no positivismo filosófico.

De forma ampla, o positivismo pode ser caracterizado como um conjunto de ideias e postulados que se articularam em práticas específicas, atitudes históricas estreitamente vinculadas às instâncias científicas e políticas³⁰³. Centrando a questão do positivismo no âmbito da produção do conhecimento, percebe-se, desde o século XVIII, na luta histórica da burguesia, que se afirmou em contraposição à concepção teológica do conhecimento, até sua versão cientificista do século XIX, um núcleo de ideias e de questões sempre presentes em vários autores vinculados ao ideário positivista³⁰⁴.

Historicamente, alguns termos estão visceralmente vinculados ao positivismo. Não parece ser por acaso que a linguagem comum atribui ao vocábulo “positivo” os valores semânticos de bom, certo, real e válido, em oposição ao termo “negativo”. O próprio Augusto

³⁰² Cf. GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. *Op. cit.*

³⁰³ A questão da “ordem e progresso” é um exemplo típico de um jargão positivista no âmbito político, cuja influência no Brasil é marcante, a ponto de o lema referido constar na Bandeira Nacional.

³⁰⁴ Condorcet e Saint Simon, para Michael Lowy (**As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Munchhausen – Marxismo e Positivismo na Sociologia do Conhecimento**. 12. ed. São Paulo: Cortez, 1998) são autores positivistas de uma primeira fase que representam um ideal burguês utópico, em contraposição aos autores que seguem sua tradição intelectual, no século XIX, como Augusto Comte.

Comte³⁰⁵, em seu *Discurso sobre o Espírito Positivo*, demarcou as cinco acepções daquilo que chamara de “feliz expressão”, vinculando o termo “positivo” à noção de *realidade*, de *utilidade*, de *certeza*, de *precisão* e de *organização*, em oposição a uma metafísica típica da infância da ciência. Percebe-se, numa primeira inferência, que o olhar constituinte da ciência positiva ou conhecimento positivo, à luz do termo que lhe adjetiva, a partir de Comte, surgiu impregnada das noções antes referidas de objetividade como o de concretude verificável, impondo-se como único caminho certo e válido de se conhecer algo. As cinco acepções do termo positivo, desenvolvidas por Comte, acabaram por formar um núcleo básico do olhar “positivista” de ciência, ideário que permanece, com algumas variações, já no século XX, no próprio bojo das ideias fundamentais do que se denominou de Neopositivismo Lógico.

Sendo possível, de forma rápida, perceber um núcleo de acepções do termo “positivo”, há, principalmente a partir do Comte, no desenvolvimento inicial do positivismo, também um núcleo de questões fundamentais, problemas estreitamente vinculados à possibilidade de constituição de conhecimento verdadeiramente científico. Tais questões, resumidamente, poderiam ser descritas nas seguintes indagações: como é possível conhecer, objetivamente, a realidade? Qual o estatuto de uma ciência objetiva? Como é possível a neutralidade axiológica do cientista nas ciências sociais?

Além das ideias centrais de realidade, utilidade, certeza, precisão e organização, o olhar positivista de ciência foi construído a partir da necessidade de se conseguir respostas às questões mencionadas. O estatuto de ciência que se formou ao longo do tempo no bojo do pensamento positivista, explícita ou implicitamente, luta por responder cabalmente tais questões, buscando superar as contradições inerentes ao trabalho científico, com especial relevo no âmbito das ciências sociais, e que também foi um problema forte de adaptação da ciência jurídica ao ideário neopositivista do Círculo de Viena, desafio este assumido por Kelsen, notadamente em sua TPD.

No século XVIII, o movimento iluminista (mais uma vez a metáfora da luz) alimentava um ideal de emancipação burguesa das amarras teológicas fixadas desde o feudalismo, correspondendo a uma ascensão liberal verificada não apenas no plano das ideias, mas no plano econômico e político. Já no século XIX, o que poderia ser visto como um desenvolvimento da utopia revolucionária do movimento ilustrado reveste-se de um caráter tipicamente ideológico. O século XIX, para a burguesia hegemônica da época, foi um momento não de ruptura, mas de estabilização. A conquista do poder pela classe burguesa,

³⁰⁵ COMTE, Augusto. **Discurso Sobre o Espírito Positivo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 42-43.

aliada ao avanço tecnológico decorrente da revolução industrial, foi o berço, o palco histórico de recrudescimento do pensamento positivista em sua versão política conservadora e instrumental.

Pode-se falar, então, em um positivismo típico do final do século XIX, que, no âmbito da ciência, desenvolveu-se, à luz do ideário de Comte, um pensamento sedimentado a partir dos visíveis avanços e afirmação das chamadas ciências da natureza, como a física e a biologia. A ciência (*episteme*), neste momento, era encarada como vetor principal da vocação humana para um constante avanço que se fazia “sentir” pelo uso da técnica.

É preciso pontuar que o ideário positivista da virada do século XIX, até meados do século XX, no âmbito da ciência, teve como foco importante, dentre as várias questões que circundam a afirmação do seu estatuto, o problema da objetividade do conhecimento e a neutralidade axiológica. Há, neste aspecto, um componente histórico fundamental que revela a importância de tal debate no âmbito da epistemologia: o desenvolvimento das chamadas ciências sociais, notadamente a sociologia. A ciência positivista, tomando-se Augusto Comte como marco teórico, no final século XIX, pautava-se em uma não diferenciação de estatuto, no qual os pressupostos epistemológicos atenderiam às demandas tanto do investigador da realidade natural como aquelas decorrentes da realidade social.

A tensão entre *doxa* e *episteme*, que se desenvolveu no positivismo comteano, e a hegemonia de um modelo de *episteme* como única maneira de obter a verdade (concebida como adequação de uma proposição a um objeto), foi fruto de um processo que vinha em desenvolvimento desde o século XVIII. Um sinal claro dessa tentativa forçada de “conciliação” entre os tipos de estudo dos antigos e os dos modernos foi a obra de Gian Batista Vico, *De nostre temporis studiorum ratione*, de 1708, da qual Viewheg soube regatar como ponto-chave de seus estudos sobre a influência da *Tópica* na constituição da jurisprudência, o que será detidamente abordado no terceiro capítulo desta tese³⁰⁶.

A questão central a partir de agora seria: como o saber dos juristas, carregados com o peso de tanta tradição, afirmou-se diante desse quadro da filosofia da consciência³⁰⁷, metódico-objetificante, solidificada pelo positivismo que se instalou no discurso das ciências sociais? Se as chamadas ciências do espírito passaram por essa longa assimilação e afirmação

³⁰⁶ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. *Op. cit.*, p. 19.

³⁰⁷ A denominada “filosofia da consciência” é um modelo epocal de gnosiologia, que fora constituído desde a antiguidade até a modernidade, sendo a base que orienta vários padrões epistêmicos dominantes na contemporaneidade. Dois elementos lhe são característicos: 1) a dualidade sujeito objeto e 2) a ideia de verdade como produto de uma subsunção de uma coisa (fenômeno ou essência) ao intelecto (representação ou conceito). Sua caracterização pormenorizada será feita no capítulo 3, quando da análise da relação estreita do positivismo com essa matriz filosófica.

de seus estatutos epistemológicos, como a jurisprudência, ancestralmente mítica, tópicoretórica e exegética conseguiu o seu passaporte para ingressar no mundo da *episteme* positivista?

Para entender o processo paradoxal de afirmação da *episteme* moderna no saber jurídico contemporâneo, notadamente nas teorias positivistas e pós-positivistas, destaca-se a noção waratiana de senso comum teórico dos juristas, utilizando-a como instrumento heurístico capaz de perceber mais fortemente os paradoxos de um equilíbrio instável do conhecimento jurídico a esse padrão *epistêmico* moderno. Sob o pesado mandato do cientificismo foi também somado o mandato secular dos juristas de sempre terem de oferecer respostas “certas” no mundo marcado pelo conflito e pela incerteza. Aos esforços resultantes dessas pressões, o jurista ordinário se afirmou e se legitimou a partir da construção de sentidos comuns teóricos. A percepção dessa dimensão estruturante do saber jurídico ordinário será o último passo do sintético quadro histórico-analítico montado neste capítulo.

2.2.3 A manifestação epocal da verdade jurídica tradicional: o senso comum teórico

Foi visto nos tópicos anteriores como a tradição filosófica platônica nos legou uma cisão fundamental entre *doxa* e *episteme*³⁰⁸, e como tal questão, de várias maneiras, também foi transversal na esfera da gnosiologia ocidental até a construção mais bem acabada do cientificismo positivista. Neste momento, é preciso fechar o segundo capítulo com a ideia que tentou, a partir de bases semiológicas, evidenciar e dissecar a forma paradoxal de como os saberes das modernas ciências sociais – e depois o saber prático-dogmático dos juristas – souberam reorganizar e conciliar em seu discurso o aludido tensionamento entre elementos doxológicos com elementos epistemológicos, qual seja: as categorias de “sentido comum teórico” e “senso comum teórico dos juristas”³⁰⁹.

Com toda noção significativa, o “sentido comum teórico” e o “senso comum teórico dos juristas” (doravante apenas SCTJ) têm uma história fundadora. Na década de 80 do século recém-fundado, Luis Alberto Warat inseriu no vocabulário da crítica jurídica brasileira a

³⁰⁸ Evidente que a “filosofia da consciência” se sedimentou em outras cisões fundamentais, ou epocais, tal como a cisão cartesiana entre corpo e razão, já abordada, o que foi essencial para esse modelo de racionalidade.

³⁰⁹ O neologismo waratiano é enunciado, no conjunto de sua obra de duas maneiras: ora se utiliza a locução “sentido comum teórico dos juristas”, ora se utiliza, de forma mais abundante, a expressão “senso comum teórico dos juristas”. Para efeito deste trabalho, opta-se pela locução “senso comum teórico dos juristas”.

inusitada noção de SCTJ³¹⁰. Tal conceito, forjado a partir de uma semiologia do poder³¹¹ – voltada para sociologia política do conhecimento prático do direito” – colocou-se como um instrumental de observação capaz de evidenciar a inserção social do discurso jurídico e seu poder social.

O ponto de partida fundamental, ou *arché* waratiano, situou-se na motivação de se pensar efetivamente um conhecimento crítico no campo jurídico, mas um saber crítico que não mais caísse nas *trampas* epistêmicas dos saberes tradicionais. O próprio Warat indaga como poderia ser entendido um conhecimento crítico do direito, diante de uma tradição de “vozes tão dissonantes” como o conjunto de saberes qualificados como *teorias críticas* nas ciências humanas. Seria possível uma crítica jurídica que, no seu processo de reformulação epistemológica, não realizasse, como ocorre nas diversas ortodoxias jurídicas influenciadas pelas ciências sociais, a supremacia da razão sobre a experiência ou a da experiência sobre a razão? Ou seja, retorna-se, a partir das lentes waratianas, ao ponto axial já mencionado: seria possível uma crítica para além de um saber fundado nas oposições unilaterais entre *doxa* ou *episteme*? O problema de outras *démarches* intituladas críticas estaria no fato de que elas acabavam sempre seduzidas por um padrão discursivo arrimado numa epistemologia formal-conceitual. O giro crítico, para Warat, seria de outro modo, a partir de uma semiologia do poder, aquele capaz de instituir no direito uma epistemologia das significações. Para o pensador portenho-baiano³¹², o saber crítico deveria passar por uma capacidade heurística de percepção de várias dimensões constitutivas dessa “epistemologia espontânea”, presente não apenas no âmbito jurídico.

Numa primeira caracterização, a ideia de SCTJ situa-se, antes de mais nada, na própria dimensão imaginária das “ciências humanas”, num quadro muito maior, a partir do qual se “permite que em nome da verdade se organize um grande paradoxo: em nome de uma razão madura (me refiro à razão científica) se consegue a infantilização dos atores sociais”³¹³. Num

³¹⁰ O texto que serviu de referência inicial foi publicado na Revista Sequência do CPGD/UFSC, em 1982, reeditado nas obras completas editadas recentemente pela Fundação Boiteux. Cf. WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Op. cit.*, p. 27-34.

³¹¹ “[...] a semiologia política pretende situar a produção discursiva na produção social geral. Na semiologia tradicional, perduram os marcos de um certo positivismo lingüístico, com os quais se pretende deduzir eficácia persuasiva dos discursos, através de uma análise autônoma (puramente lingüística) [...] a semiologia política, pelas razões expostas, rejeita a idéia de que os discursos nos podem proporcionar a chave de sua própria inteligibilidade.” WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 100-101.

³¹² No momento, é assim que Warat se autointitula. Sendo, *a contrario sensu*, A. L. Machado Neto (baiano de nascimento) um jurista mais argentino do que ele.

³¹³ WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito. Interpretação da lei e temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Fabris, 1994. v. 1, p. 69.

segundo esforço de caracterização, o sentido comum teórico seria “um complexo de significações pré-discursivas que compõem, simultânea e articuladamente, o imaginário gnosiológico das ciências humanas e de seu contorno epistemológico”³¹⁴. Vê-se, portanto, que o elemento central está em primeiramente perceber que o sentido comum teórico se faz presente não só no *corpus* histórico dos saberes jurídicos, mas atravessa e constitui o espaço epistêmico dominante de produção de verdade nas ciências sociais como um todo.

Em recentíssimo trabalho ainda não publicado, intitulado *Notas sobre Hermenêutica, estética, senso comum teórico e pedagogia jurídica: um título à moda antiga, sem nenhuma poesia: reflexões filosóficas e psicanalíticas sobre a emancipação surrealista*, Warat retoma o contexto de formação do neologismo SCTJ, lembrando que, no momento de sua construção, estava preocupado em identificar uma teorização flutuante, como uma “filosofia espontânea” de que falava Althusser. O sentido comum teórico, portanto, realiza, num *corpus* que se autointitula epistêmico, um consenso institucional acerca das verdades autonomizadas e estereotipadas, e legitimadas pelas instituições que as produzem. Ou seja: uma *doxa* no coração da *episteme*.

O que Warat passou a perceber, com muita clarividência, é que no campo das práticas institucionais do direito o SCTJ estabelece a própria condição da complexa trama legitimadora da racionalidade jurídica ordinária. Os juristas, imersos nos inúmeros paradoxos referentes ao dualismo moderno entre *doxa* e *episteme*, denominam como “Ciência” (propositalmente com letra maiúscula) justamente o conjunto de “hábitos semiológicos” que formam o seu SCTJ. Tais hábitos se constituem num movimento aparentemente paradoxal: busca suas “verdades” numa certa tensão com a realidade fática ou representações costumeiras (aspirando ser *episteme*), contudo, retorna ao nível dessas representações “inocentes” (no campo da *doxa*), num grau diferenciado dessas representações.

O SCTJ, portanto, refere-se à forma produtiva, constitutiva e legitimadora com que a dogmática jurídica – diante das históricas tensões e pretensões das ortodoxias epistêmicas das ciências sociais, cegas para a função do seu discurso no âmbito do poder – passou a expressar em seu núcleo linguístico e simbólico uma epistemologia altamente paradoxal, tendo em vista, não se pode esquecer, séculos de uma proximidade aguda dos juristas com a lei, com a verdade e a busca racional de justificações dos fatos brutos do poder social. Em síntese,

³¹⁴ WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**. *Op. cit.*, p. 69.

tratou-se de uma expressão que designava “as condições implícitas de produção, circulação e consumidas verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito”³¹⁵.

Na sua reflexão inicial, Warat vislumbrou quatro regiões onde o SCTJ era produzido pela prática institucional típica dos juristas: 1) a região das crenças ideológicas; 2) das opiniões éticas; 3) das crenças epistemológicas; e 4) dos conhecimentos vulgares.

No campo das crenças ideológicas, o SCTJ refere-se à concepção de mundo que estabelece a representação da realidade, independentemente da vontade do cientista, e que influencia sua consciência e sua prática conceitual. Na região das opiniões éticas, tem-se a forma como que os juristas “conseguem legitimar os sistemas de decisões legais como expressão estereotipada de uma racionalidade eticamente determinada.”³¹⁶ O campo das opiniões epistêmicas é correspondente à região onde se articulam as crenças de cientificidade fornecidas pela prática institucional do jurista, local da fetichização conceitual típica dos juristas, na montagem de suas verdades regionais. Por fim, existiria a região dos conhecimentos vulgares, de “imagens cotidianas que criam a ilusão de uma realidade composta de dados claros, transparentes, que podem ser interpretados, com segurança, mediante uma razão comandada pela intuição”³¹⁷.

Como visto, os juristas sempre trataram com duas das representações sociais muito fortes: a legalidade e a verdade. Atravessado, portanto, pela força social de tais representações, a modernidade cientificista legou um fardo pesado aos juristas, antes acostumados com os saberes mitológicos, tópicos e dogmáticos: a hegemonia conceitual-metódica como novo parâmetro de verdade, ou seja, uma *episteme* purificada de toda *doxa*. Essa cisão ainda atravessa o pensar contemporâneo dos juristas, ao menos no campo das teorias mais caras à tradição pós-positivista? Em que medida o pós-positivismo, na sua versão específica que busca dar conta de “respostas corretas”, superou elementos da cisão mencionada, mas, ao mesmo tempo, reproduz, de alguma maneira, novos hábitos significativos que estavam presentes na própria tradição que buscava superar? Poder-se-ia, então, encontrar regiões do SCTJ nas inovadoras teorias constitucionais de farta circulação no varejo jurídico atual?

Antes, porém, de enfrentar as perguntas levantadas, já contando com o breve quadro histórico-analítico já efetuado, é preciso compreender a imbricação mais direta, pelo menos na tradição do *Civil Law*, entre a epistemologia conceitual e o campo do saber jurídico à luz

³¹⁵ WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito**. *Op. cit.*, p. 13.

³¹⁶ *Idem*, p. 34.

³¹⁷ *Idem, ibidem*.

dos seus exemplos mais paradigmáticos: a exegese do século XIX e a Teoria Pura do Direito do século XX. É preciso saber, antes do pós-positivismo, como a questão da “resposta correta” correspondeu aos parâmetros epistêmicos de verdade metódica em tais aportes.

2.3 CLAREIRA: POSSIBILIDADES DE UMA NOVA CRÍTICA DO DIREITO

O inventário muito resumido da crise do pensamento crítico e a genealogia dos arquétipos dos juristas da tradição continental oferecem condições de avançar na análise em curso. Em adendo a tudo que foi acumulado, ainda neste segundo capítulo, tem-se em mãos a reflexão sobre as origens da cisão metafísica *doxa versus epiteme* ao lado do sentido heurístico do neologismo senso comum teórico dos juristas. Todas essas ponderações devem culminar no esboço de uma resposta sobre a possibilidade de avançar para além dos impasses e crises da crítica no campo do pensamento jurídico. Vislumbra-se, agora, a possibilidade de serem apontadas as condições gerais para uma crítica hermenêutica do e no direito, mormente em face da difícil (mas necessária) tarefa de renovar a crítica jurídica contemporânea. Antes, porém, é preciso fazer certas ponderações sobre o que de fato pôde ser produzido em termos genealógicos.

Primeiramente, a adoção de uma abordagem genealógica, dentro da perspectiva de Nietzsche e Foucault, exigiria o “tom cinza”³¹⁸ típico do trabalho do genealogista, documental e fragmentado, o que, como visto, seguiu uma abordagem mais ampla, a partir de elementos de fontes já trabalhadas secundariamente pela literatura, e, em certa medida, já sedimentada no campo descritivo do pensamento jurídico ocidental. Também é certo que, mesmo com o desiderato de não estar preso à visão historicista, linear e composta por macrorrelatos, a partir de uma construção das figuras arquetípicas dos *experts* do campo jurídico, não foi possível, de forma geral, romper com certas categorias, tais como as tipologias usuais, além do risco de ter de se adotar um certo sequenciamento de períodos e generalizações consolidadas pela história tradicional. Se não foi possível fazer, em sua totalidade, essa anti-história³¹⁹, por outro lado, a escolha genealógica guiou-se pela orientação da percepção simbólica do jurista como portavoza de falas autorizadas, as quais derivavam não de esquemas *a priori* do pensamento, de condições externas às suas demandas muito particulares, tampouco a partir de uma

³¹⁸ HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.

³¹⁹ HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. *Op. cit.*, p.

causalidade reta. O uso do simbolismo do arquétipo apontou, também, para a emergência da fala singular de poder, do discurso do *expert*, e que, se tal fala não permanece como teoria geral ao longo dos séculos, ou se repete em contextos distintos, ela fica, não obstante, latente, como memória, como tradição. O jurista sacerdote não é o mesmo jurista medieval, que por sua vez não é o mesmo jurista anglo-americano, e assim por diante; não se postula uma identidade unívoca, mas alerta-se, e aqui talvez esteja o núcleo heurístico da genealogia, que nenhum saber jurídico nasce fora dessas emergências de poder, e que um olhar unilateral de “Estrangeiro” sobre tais falas é, no mínimo, um olhar que menospreza ou subestima o poder de reprodução desta tradição. Ou seja, a conclusão da genealogia é que a “única coisa que perdura é o poder, que se apresenta sob máscaras sempre novas na mudança de processos anônimos de sujeição”³²⁰.

A par destas observações, pode-se provisoriamente concluir, então, que o cerne das crises mencionadas, tanto na filosofia como nas teorias críticas que dialogaram com o direito, está diretamente vinculado aos limites que a reflexão estritamente voltada e circunscrita ao âmbito da epistemologia, ou seja, a um paradigma de racionalidade voltado aos parâmetros da metafísica da consciência. Essa limitação extremou-se ao longo de final do século XX até o momento atual, o que se denominou de período, impreciso e angustiante, da pós-modernidade. Neste cenário de crises ininterruptas, o modelo paradigmático da epistemologia, concebido como lugar único da verdade construída pela tradição humanista e cientificista, como um tribunal supremo da racionalidade, como apontou Habermas, está no centro deste processo de esgotamento. Muito já se discutiu sobre todo esse processo. Importa neste instante realçar algumas aberturas reflexivas que sejam capazes de não apenas “desconstruir” o legado da tradição crítica humanista, mas avançar concretamente no sentido de uma *práxis*. Para tal objetivo, é preciso, não obstante, ressaltar mais uma vez o ponto-chave deste processo, ou seja: o que esteve (e está) na base das crises modernas da ciência, inclusive da tradição crítica moderna, em suas diversas expressões, foi justamente seu padrão global de verdade, de uma racionalidade estruturada pelos alicerces da filosofia da consciência, da qual o positivismo foi seu maior paroxismo, e cujos mal-estares as ciências sociais sentiram desde suas fundações. Com alerta Streck, a falência da promessa moderna empunhada pela razão não gerou uma igualdade emancipatória, ao revés, sob a égide da irracionalidade, aprofundaram-se as diferenças sociais e a alienação³²¹. Ocorre que a complexidade das formas de vida, ao lado da

³²⁰ HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. *Op. cit.*, p. 355.

³²¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. *Op. cit.*, p. 205.

falência das promessas modernas, na seara política, econômica e teórica, entrou em choque com modelos racionais baseados nos cânones próprios da modernidade, e esse processo de transição paradigmática já foi pertinentemente apontado por Santos, Bauman e diversos críticos do paradigma moderno de ciência.

Diante de todo esse cenário, é certo, como abordado, que o pensamento jurídico, radicado em premissas gnosiológicas seculares, antes mesmo da fixação dos modernos cânones da ciência, esteve vinculado ao debate paroquial do conceito de direito (Unger), ao lado de falas autorizadas oriundas dos campos sociais com sua lógica e simbologia própria, como as falas sacerdotais, canônicas e aquelas criadas pelas esferas burocráticas-rationais-profissionais erigidas na modernidade. No campo do pensamento jurídico ocidental, *grosso modo*, essa confluência de fatores específicos com os gerais conformou a seguinte situação: i) o campo do direito nutriu uma autonomia relativa em relação a este processo que impactou as *humanidades* como um todo e, ao mesmo tempo, ii) ao ter que incorporar padrões gnosiológicos do positivismo filosófico (século XIX), partilhou alguns impasses operacionais em relação ao que fora incorporado a-criticamente do modelo cientificista, principalmente quando da implementação jurídico-política da jurisdição constitucional contemporânea nos países europeus e latino-americanos.

A maneira pela qual, então, os discursos jurídicos ordinários equilibravam (legitimavam) e passaram a se reproduzir, seja no campo da dogmática jurídica ordinária, ou mesmo no campo mais rebuscado da teoria do direito, foi o de expressar-se não apenas como *doxa*, puramente, tampouco como *episteme*, exclusivamente, destoando do ponto ancestral da distinção ocidental entre ciência e senso comum. É essa a manifestação específica dos discursos jurídicos ocidentais ordinários que se denomina senso comum teórico dos juristas, e sua forma histórica mais resistente se configurou dentro dos parâmetros do positivismo jurídico desde o século XIX, permanecendo vivo no bojo de vigência do tão difundido pós-positivismo hodierno. As razões dessa resistência tão competente, mormente em países como o Brasil, em plena pós-modernidade ou modernidade incompleta, como se tentará provar ao longo desta tese, consiste no fato de que essa montagem discursiva possui uma dimensão que está além da epistemologia – e que, talvez, por isso mesmo, a crítica jurídica não tenha tido tanto sucesso em superá-la, presa que esteve a uma retórica escolar ou a ativismos. Essa resistência se dá porque o senso comum teórico dos juristas também se reproduz – com e para além das razões ideológicas *stricto sensu* – nos meandros da pré-compreensão que formam as condições gerais de qualquer discurso de verdade, mesmo o

jurídico³²². O desvelamento deste processo eminentemente hermenêutico, e não científico, portanto, não se dará apenas no teto e no limite de uma crítica jurídica que caminha pelas trilhas únicas da epistemologia da consciência e do sujeito como se verificou hegemonicamente até então. Essa é a primeira constatação provisória apta a iniciar uma abordagem hermenêutica e igualmente crítica: uma clareira aberta, para já iniciar o tema com sotaque heiddegeriano, bem como aproveitando o sentido que o termo denota, de desconstrução hermenêutica, conforme proposta de Streck formulado para o campo crítico do direito.³²³

Ocorre, contudo, sem adentrar, neste instante, na avaliação da proposta de um “novo senso comum emancipatório”, de uma ciência pós-moderna, reforçar que não será com uma pseudo “nova” epistemologia que se poderá arejar o ambiente da crítica jurídica. A questão, decerto, não é tão simples. Seria possível, sem cair nos irracionalismos de plantão, e sem abdicar dos mandatos da crítica vistos no primeiro capítulo, aqueles vinculados aos limites da razão e à promoção da utopia, construir, hoje, as condições de sustentação para um campo de especulação renovado, mormente no direito, o qual, desde os momentos mais remotos da tradição ocidental, sempre elaborou falas muito específicas de verdade? Sim, essa possibilidade já nos foi apresentada em vários momentos e por vários autores³²⁴ que vislumbram a chamada inclusão da hermenêutica, no sentido filosófico, como matriz capaz de construir uma Nova Crítica do Direito. O que se propõe, aqui, como simples contribuição a tudo que já se acumulou, é uma revisão de trajeto e a eleição de uma hermenêutica crítica capaz de tematizar o senso comum teórico como elemento da pré-compreensão das falas ordinárias da tradição jurídica.

No próximo capítulo, serão postos os elementos fundamentais desta hermenêutica de cunho filosófico. Para o momento, basta indicar que as condições gerais da hermenêutica (crítica) contrastam com as condições gerais da epistemologia hoje sob clara suspeição. O que, no fundo, diferenciariam tais propostas? Ao tratar das posições de Rorty sobre a distinção entre epistemologia e hermenêutica, aproximando-a, em certos pontos, da posição de Gadamer, Vattimo faz um cotejo exemplar que segue como referência para o fechamento

³²² Sem adentrar, agora, na discussão deste ponto, é ilustrativo o que aponta Streck: “[...] a pré-compreensão inserido no sentido comum teórico é condição de possibilidade deste (jurista) ser-no-mundo”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. *Op. cit.*, p. 246.

³²³ Nesse sentido, verificar o pós-fácio da obra **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. *Op. cit.*

³²⁴ Têm-se autores que já incitaram o tema da pré-compreensão, como Josef Esser, este último tratado especificamente no quarto capítulo, bem como, já assumindo uma postura diretamente vinculada à Hermenêutica Filosófica, no Brasil, há a presença decisiva das reflexões de Lenio Streck.

deste capítulo³²⁵. Para esse autor, o labor epistemológico da tradição se funda num saber-posse, um saber da “conformidade”, e sua meta sempre foi a formação de “corpos de saberes rigorosos”, voltados à articulação de modelos de racionalidade que seriam guias de proposições. Essa forma-de-ser da epistemologia, por tudo que se avaliou no primeiro capítulo, colonizou também a tradição crítica, sempre ameaçada pelas armadilhas de cunho metafísico e seus elementos gnosiológicos, notadamente a relação fundante do conhecimento entre os pilares do sujeito e do objeto, entre a proposição e a coisa. Para Vattimo, a hermenêutica seria outro labor, como uma

[...] atividade que se realiza no encontro com horizontes paradigmáticos diversos, que não se deixam de avaliar na base de uma conformidade qualquer (a regras ou, por último, a coisa), e sim nos vêm como propostas “poéticas” de mundos outros, de intuição de regras novas – dentro das quais vige uma “outra epistemologia”, obviamente³²⁶.

A fusão de horizontes, conforme se verá quando na apreciação detida da proposta de Gadamer, no próximo capítulo, está na base da proposta da hermenêutica (filosófica), que recupera, inclusive, o sentido positivo da tradição, o que foi destituído pelo *Aufklärung* e as teorias do progresso. A hermenêutica, então, trata do pertencimento da verdade a este jogo da compreensão humana, que é atual, presente, ao lado da pré-compreensão, que vem do passado, da tradição, jogo este em que já nos encontramos desde sempre. Com efeito, agora, talvez, não parece ter sido tão despropositado recuperar, via genealogia, os arquétipos dos *experts* da lei, a partir dos quais uma certa visão de verdade, mesmo localizada, fundiu-se, ainda que heterogeneamente, ao imaginário comum dos juristas, sob certas condições de poder específicas, e que, sem a sua apreciação, sem levá-los a sério, uma hermenêutica crítica falharia desde o início, pois entraria no jogo das matrizes teóricas que se impõem de fora da tradição, no jogo da epistemologia como diretiva do lugar da ciência e da verdade. A retomada de tais arquétipos das falas dos juristas, no fundo, apontou para o necessário diálogo de horizontes de verdade que se manifestam no campo do direito, como uma fala muito singular das humanidades, a partir da qual não se pode, como “Estrangeiro”, postular um ponto superior de observação e crítica.

³²⁵ Importa destacar que essa é uma das formas de interpretação do legado gadameriano, sendo que Jean Grondin, autor também referência para esta tese, por exemplo, discorda da perspectiva de Vattimo. Cf. GRONDIN, Jean. En defensa de la hermenéutica. *Conciencia Activa*, n. 9, Julio 2005. Entrevista concedida a Teresita Jiménez Flores, p. 95-96. Também disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/6755699/Entrevista-a-Jean-Grondin>>. Acesso em: 15 out. 2009.

³²⁶ VATTIMO, Gianni. **Para além da interpretação**: o significado da hermenêutica para a filosofia. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999. p. 117.

Vattimo também lança uma ideia criativa, uma imagem para pensar o caráter específico da hermenêutica: a imagem do “bibliotecário”. A hermenêutica, diferentemente da ciência, funda-se na proposta de se habitar a verdade e não propriamente explicá-la ou descrevê-la, no sentido de que o intérprete, desde sempre, encontra-se na tradição, o que não significa estar passivo aos preconceitos (ilegítimos), ou que se deva aceitá-los, em si mesmos, mas que é preciso reconhecer que, para o intérprete, a verdade é um acontecimento que se realiza e ocorre sempre a partir desta habitação, deste *locus* de criação de sentido. Dessa forma, Vattimo entende que “habitar” a verdade pode ser bem ilustrada pela metáfora de morar em uma biblioteca. Assim, a hermenêutica pode ser pensada a partir da competência básica do bibliotecário, a qual não se localiza no domínio imanente ou num ponto superior de compreensão total dos princípios primeiro de todas as obras da biblioteca em que vive, mas, ao contrário, caracteriza-se por ser a habilidade de saber procurar, justamente porque o bibliotecário “conhece as colocações dos volumes e tem, também, uma certa idéia do ‘catálogo de assuntos’”³²⁷. O bibliotecário, portanto, não descobre a verdade dos livros, ele habita a biblioteca.

Um saber da abertura em contraste com um saber da conformidade, essa seria a especificidade gnosiológica da hermenêutica, essa igualmente pode ser a especificidade de uma Nova Crítica Jurídica. Essa abertura, essa proposta heurística carrega, obviamente, uma série de objeções. Desde os anos oitenta do século passado, Vattimo detecta que a hermenêutica teria virado uma espécie de “língua comum”, uma *koiné* não apenas da filosofia, mas da própria cultura ocidental. Esse lugar muito genérico da hermenêutica, que transita não apenas pela filosofia, difícil de delimitar, seria “um pressuposto ao qual todos sentem-se convidados a prestar contas”³²⁸, e essa sensação que ela gerou nos anos oitenta seria o espaço difuso, deficitário de ser confirmado, em que se moveriam diversos autores, desde Heidegger, Gadamer, Ricoeur, Pareyson, passando por Habermas, Apel, Rorty, Charles Taylor, Jacques Derrida. O que Vattimo chama atenção não é o fato de que tais autores sejam ligados por linhas comuns de pensamento, mas que a hermenêutica, naquele momento, era entendida como espaço comum para pensar toda e qualquer interpretação – que não é patrimônio específico da filosofia, da estética ou da teoria social – o que gerou, evidentemente, a dispersão e a diluição do seu significado específico. Essa questão inicial apenas chama a atenção para – sendo correta ou não essa hipótese contestada por Vattimo – a evidente “vocação” da hermenêutica de não se autorrotular, mas de ser, filosoficamente, uma disposição refratária a métodos e programas, o que fará com que surja um

³²⁷ VATTIMO, Gianni. **Para além da interpretação**. *Op. cit.*, p. 121.

³²⁸ *Idem*, p. 13.

segundo obstáculo a ela: a pecha de ser irracionalista. A “hipótese forte” para melhor definir a hermenêutica, segundo Vattimo, está baseada na constatação de que ela, mais do que uma língua comum das ciências, é plenamente identificada por sua vocação niilista, mas não no sentido negativo que a tradição moderna humanista impingiu a este termo. Essa vocação niilista, no sentido nietzschiano, estaria baseada na transvaloração dos valores supremos, de que “não existem fatos, só interpretações, e também esta é uma interpretação”³²⁹, sentido niilista que também pensa ser possível vincular a propostas outras, como o projeto de uma ontologia em termos heideggerianos.

Ainda que Vattimo entenda que a imagem da hermenêutica como uma *koiné* das ciências humanas corresponda uma “hipótese fraca”, todavia, no campo do direito, o sentido desta hipótese ganhar maior força em razão de todas as peculiaridades que serão abordadas doravante. A generalidade da hermenêutica, como uma “língua comum”, ganha, para efeito da presente análise, um sentido positivo. Uma Nova Crítica do Direito, de caráter hermenêutico, então, poderá ser essa *koiné* que circula em vários espaços de reflexão jurídica, não apenas em âmbito acadêmico, mas também no espaço profissional dos *experts*; uma língua comum, na forma de uma atitude que manifesta um saber da abertura, o qual duplamente leva em consideração o paradoxo central do campo jurídico e de suas falas autorizadas, seja no sentido de compreender (e não propriamente aceitar) o local próprio dessa falas, que é o espaço terreno de construção do discurso fundamentador da resposta e da decisão, e, paralelamente, seja porta-voz de uma reflexão cuidadosa, zelosa por não ser objetivante, à luz dos contributos da hermenêutica filosófica, com a qual se passe a perceber a construção da resposta jurídica não mais como um discurso determinante do lugar da verdade e da ciência.

Em suma, pretende-se evidenciar as condições de uma hermenêutica que seja “do” direito, vista de fora por “Estrangeiros”, cientistas ou filósofos, mas não distantes e alheios à tradição, com lupas infalíveis, e, ao mesmo tempo, uma hermenêutica que seja “no” direito, que entende o legado da tradição jurídica, seus elementos simbólicos como elementos de sentido próprio, mas nem por isso legítimos, em si mesmos, mas que são estruturados como sentidos comuns teóricos – pelos motivos que esta tese pretende explicitar –, e que devem estar sempre postos à prova e em diálogo com os diversos significantes da vida prática e política do direito já construídos pela tradição (pré-compreensão)³³⁰. Aí estaria a possibilidade de resgatar

³²⁹ VATTIMO, Gianni. **Para além da interpretação**. *Op. cit.*, p. 25.

³³⁰ Sobre as possibilidades do uso sintático das partículas “do” ou “no” para se pensar as diferenças entre o raciocínio interpretativo ordinário e o jurídico, ou mesmo a dualidade das abordagens no campo jurídico, como a zetética ou dogmática, ver: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano. Função

a atitude “crítica”, e as preposições “do” e “no” simbolizam pontes que representa um movimento só, a fusão de horizontes no ato interpretativo de pensar-aplicar o direito, o que a modernidade e a filosofia da consciência legaram ao segundo plano. Não se trata, alerte-se, de tornar a dogmática jurídica filosófica, tampouco a filosofia do direito dogmática, mas de se construir um ponto de interseção possível, capaz de transitar para além da cisão entre os “práticos” e os “teóricos”, sem desconsiderar ações legítimas de polos diferentes de ação, mas como atitude comum que pode ser paulatinamente nutrida nos campos formativos e profissionais do direito, e que aos poucos pode ser tornar aquilo que o marxismo denominou *práxis*, ou seja, não só uma “teoria” nem apenas uma “prática”. Para ser coerente com os pressupostos escolhidos, essa *koiné* não será determinada de um ponto só, de uma teoria salvadora, mas poderá ser ela própria fruto de um processo paulatino em que as forças da tradição acumulam e assimilam como legítimas as formas de saber e de agir. Soma-se, para a consolidação deste processo o trabalho intelectual, formativo, profissional dos juristas, bem como a memória, os símbolos e as instituições (do passado e do presente), isso no bojo das dimensões políticas e econômicas em que os saberes-poderes emergem, instâncias estas decisivas para a formação dessa Nova Crítica Jurídica.

Essa tarefa de trazer, sem artificialidade nem pretensões hegemônicas, essa *koiné* ao campo da reflexão jurídica crítica passa, analiticamente, pela percepção clara de suas fontes. Mesmo compreendendo o caráter difuso do sentido da hermenêutica, na busca de uma referência básica, ainda com Vattimo, pode-se se entender por uma abordagem hermenêutica aquela que se desenvolve a partir das reflexões de Heidegger e Gadamer. A explicitação das linhas gerais desta abordagem será posta no próximo capítulo, no qual se analisará, após o entendimento da proposta global da Hermenêutica Filosófica, como o senso comum teórico dos juristas se estabeleceu de forma muito competente no modelo positivista, e como esse modelo comporta muito mais que questões de uma epistemologia, sendo-lhe acrescentado um *habitus* hermenêutico radicado na pré-compreensão sedimentada e reproduzida pela tradição dos *experts* da lei. Trata-se, à evidência, no desfecho do capítulo 3, do momento da tese em que se busca não mais tematizar todas as condições iniciais para uma crítica hermenêutica, mas colocá-la em teste, em movimento, mormente ao tematizar o positivismo jurídico como uma das expressões mais importantes do senso comum teórico dos juristas.

3 DA EPISTEMOLOGIA À HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E A CONSOLIDAÇÃO DO SENSO COMUM TEÓRICO DOS JURISTAS

3.1 ESBOÇO DA TRAJETÓRIA

Chega-se a uma terceira etapa da pesquisa. Para melhor situar um novo conjunto de questões e abordagens que se impõem doravante, é fundamental resgatar o acúmulo de reflexões até aqui empreendidas.

No primeiro momento, observou-se como a tradição crítica partilhou os impasses do cenário histórico que se denominou crise da modernidade. Isso, também como referido alhures, afetou o pensamento jurídico, apesar de sua imunidade relativa em relação a outros campos de especulação. Diante desse anunciado cenário de crise, passou-se em revista o sentido da rubrica “crítica”, delimitando-se o enfoque na matriz moderna, a partir de certas contribuições de Kant e Marx e suas posteriores releituras no bojo das neofilosofias do início do século XX, com reflexos na teoria social e no pensamento jurídico. Com a breve leitura do marcos da tradição crítica moderna, observou-se que o legado de Kant e Marx para o pensamento jurídico se desenvolveu em dois âmbitos bem definidos: o neokantismo, cujo foco mais significativo para o campo de estudo deu-se em Kelsen e seu pesado projeto epistemológico, bem como as vertentes baseadas no legado marxiano, à luz da clássica abordagem soviética e os campos da *práxis* jurídica crítica latino-americana influenciadas pelas correntes europeias surgidas após a derrocada dos regimes nazi-fascistas.

Como anunciado, a hipótese que circulou até então partiu da constatação de que o problema da crise que se abateu no pensamento jurídico se vincula, mesmo que indiretamente, à crise geral da filosofia racionalista em geral, com especial destaque na tradição crítica. Em seu espectro geral, o movimento da crítica do pensamento sempre buscou contrapor-se a modelos de pensamento tidos com “tradicionais”. Todas essas tentativas de confrontação e superação, todavia, não foram capazes de se proteger do quadro de perplexidades por que passaram a filosofia e a teoria social do final do século XX. A própria Escola de Frankfurt tratou de temas como a hegemonia do modelo cartesiano no campo da reflexão social, indústria cultural e os excessos do *Aufklärung*. O estruturalismo, justamente pelo que se observou na versão de Althusser, buscou revisitar a teoria das ideologias e, igualmente, caiu nos excessos do cientificismo. Todo esse diagnóstico levou à percepção mais acurada da crise profunda por que passou o complexo de movimentos do pensamento insertos na tradição

crítica, cujo sintoma mais evidente se revelou com a questão da crise do humanismo e dos metarrelatos que a pós-modernidade trouxe a lume como focos desse processo de esgotamento do discurso racional moderno. Não bastou, outrossim, verificar esse trajeto. Tornou-se igualmente necessária uma autocrítica dessa tradição crítica, evidenciando o caráter próprio de suas perplexidades e aporias. Dessa percepção, vislumbrou-se, com Vattimo, no final do capítulo inicial, a possibilidade, anunciada desde o início, qual seja, a de serem postas claramente as condições para a consolidação de uma nova vertente crítica, não mais marcada pelo fundamentalismo da teoria do conhecimento, mas de cariz filosófico, uma noiva *koiné* que também se mostrasse capaz de superar o imobilismo que o pensamento jurídico crítico enfrentou e ainda padece em países de formação de direito continental e de modernidade tardia como o Brasil.

O resumo diagnóstico feito no primeiro capítulo forçou empreender, então, já no segundo momento da pesquisa, uma etapa prévia (e necessária) ao enfrentamento crítico do legado da tradição jurídica construída até então. Uma crítica jurídica, repita-se a intenção, que não fosse restrita aos campos de ação e reflexão estritamente vinculados aos cânones epistemológicos dominantes, como se procedeu antes, mas capaz de incitar uma reflexão hermenêutica em seu sentido filosófico. Para tanto, no segundo capítulo, colocou-se a tarefa de iniciar essa crítica “por dentro” da tradição dos juristas e suas falas de verdade, e não como um movimento de uma teoria crítica (mais uma teoria!) vinda de fora. Iniciou-se essa proposta com uma alegoria, a do “Estrangeiro”. Tal metáfora serviu de pretexto para se resgatar, com inspiração na genealogia crítica (Nietzsche e Foucault), o ponto de emergências das falas autorizadas dos juristas. Isso se deu a partir de uma leitura dos arquétipos coletivos, das imagens seculares dos juristas da tradição ocidental. Feito todo esse trajeto, fragmentado e parcial, percebeu-se que tais falas, tais arquétipos representam muito mais que o retrato de vertentes teóricas, vistas em si mesmas, mas saberes-poderes, que se constituíram secularmente no quadro geral da racionalidade ocidental. Esses saberes dos juristas foram estruturados e consolidados simbolicamente nas instituições ocidentais antes mesmo de a hegemonia do vetor de racionalidade dominante (filosofia da consciência moderna) ter se estabelecido como modelo único de racionalidade no campo das ciências naturais, inicialmente, e sociais e das *humanidades*, num segundo momento (século XVII a XIX). O rascunho genealógico pôde evidenciar, sobretudo, que esses discursos de verdade se referem às emergências de poder e da função simbólica dos juristas da tradição. Esses saberes, marcados pela fala sacerdotal, a fala do doutor e do perito, revelam um nítido paradoxo,

mormente quando observados pelos pressupostos de uma teoria científicista moderna. Ou seja, como anuncia Warat, tais saberes nasceram e reproduziram-se secularmente como senso comum teórico. Enquanto o *logos* clássico da tradição ocidental (Platão) estabeleceu a cisão epocal entre *doxa* e *episteme* que irá marcar, séculos adiante, a racionalidade metódica das ciências, a ideia de senso comum teórico waratiana aponta para a preservação, no campo do direito, de um discurso de verdade muito particular: que se nutre, ao mesmo tempo, de elementos doxológicos e epistemológicos. Isso constitui uma terceira forma de racionalidade, ou, dentro do que preceitua Stein, perspectiva que será mais tarde abordada, um “vetor de racionalidade” muito próprio. No segundo capítulo, então, nada mais se fez que compreender esse vetor de racionalidade da tradição jurídica até o momento em que a cultura jurídica e seus discursos enfrentaram o processo de hegemonia do padrão metódico de ciência. Como visto, a imposição deste padrão de racionalidade impactou também a função simbólica secular dos juristas, não mais simples “couteiros”, como diria Hespanha, mas doravante forçados a adotar o padrão moderno do legislador.

Agora é possível avançar na elucidação das bases próprias em que essa hermenêutica, não mais epistemológica, essa nova *koiné*, estabelece-se como alternativa crítica a partir não da crítica estritamente epistemológica, mas da crítica da linguagem. Ou seja: um trajeto que se desenhou historicamente ao lado das tradições críticas modernas, que vai da epistemologia à hermenêutica. Depois de perceber as bases dessa perspectiva hermenêutica, será também possível completar o ciclo de análises sobre os saberes específicos dos juristas da tradição, fechando o capítulo com a elucidação da trajetória com a qual o SCTJ se estabeleceu como vetor de racionalidade básica do positivismo jurídico, desmembrando-se em saber dogmático, de um lado, e, uma filosofia do direito, do outro. Ver-se-á que este desdobramento de saberes não foi acidental. Assim colocadas todas essas tarefas, poder-se-á, no quarto e último capítulo, compreender o senso comum teórico dos juristas para além das ideologias ou da epistemologia. Nesse capítulo final, será possível vislumbrar como a verdade dos juristas se dá com e a partir da pré-compreensão, não apenas como verdade epistemológica, mas também como um modo de ser próprio dos seus discursos existencialmente vinculados à decisão. Uma crítica que desconsidere tais aspectos, pelo que se defendeu insistentemente até aqui, será, *ab initio*, uma crítica ainda restrita ao campo de crise já retratado.

3.1.1 A preparação: filosofia da consciência e a virada linguística

O ponto-chave que marcou a trajetória paulatina de sedimentação da Hermenêutica Filosófica no século XX foi a revalorização da linguagem no quadro da reflexão racional. Assim como se fez com a tradição crítica (capítulo 1), é possível, bem como necessário, recompor certos elementos que marcaram essa trajetória.

Primeiramente, a que se fazia referência quando, ao longo de alguns momentos do trabalho, esparsamente, se mencionou a filosofia da consciência, metafísica, filosofia da subjetividade ou do sujeito? Ainda que o sentido dessa expressão seja em certa medida um “lugar comum”, algumas considerações devem ser feitas mais propriamente neste instante. Primeiro, a ideia de uma “filosofia da consciência” remonta às origens da metafísica ocidental, e mesmo Heidegger identificará o motor desse processo com o esquecimento, já no mundo grego clássico, da questão do ser. Numa primeira imagem, apta a introduzir a questão, quando se abordou a cisão entre *doxa* e *episteme* no pensamento platônico, tinha-se como pano de fundo a grande cisão a partir da qual o *logos* grego se efetivou: a cisão entre o sujeito (consciência) e a realidade (exterioridade). Se é verdade que essa grande dicotomia do pensamento grego serviu de alicerce para a edificação moderna de duas grandes macropropostas, uma idealista, simbolizada inicialmente por Platão, e outra realista, simbolizada por Aristóteles, ambas, em seus fundamentos, partiam desta raiz, deste “chão” gnosiológico: há um sujeito cognoscente que representa (na consciência) a realidade e, portanto, a verdade, seja ela *eidos*, seja ela *ousía*. Essa metafísica antiga, perpassada pelas releituras medievais, de caráter aristotelisto-tomista, culminaram no modelo racionalista da subjetividade, cujos emblemas modernos foram Kant, Descartes e Hegel. Essa complexa e rica metafísica com a qual a epistemologia moderna se sedimentou é a metafísica do sujeito cognoscente. Não é preciso lembrar, até por conta de tudo que foi visto no primeiro capítulo, como o transcendentalismo kantiano e o racionalismo cartesiano resultaram no cientificismo. A questão da verdade, dentro dessa perspectiva, centrou-se na questão do fundamento racional do saber, o que, com a hegemonia da teoria do conhecimento, o método científico passou a ser o *locus* único capaz de se colocar como motor próprio da especulação racional do humanismo ocidental. O problema da verdade seria um problema de acesso da consciência à coisa, já que, entre o sujeito e o objeto, fixavam-se obstáculos – ideologias, no sentido do marxismo ortodoxo ou obstáculos à *clara et distincta perceptio* cartesiana – que poderiam ser eliminados pelo método, disso resultando a compreensão de que a linguagem seria nada mais que uma ponte,

um elo entre a consciência e a coisa. Assim, é possível dizer que essa metafísica ocidental se baseou em dicotomias radicais, e com elas se “abriu um abismo entre o pensamento e as coisas, entre o significado e o objeto, entre o sentido e o estado de coisas, entre representação e representado [...]”³³¹. De caráter eminentemente representacional, Palmer bem identifica o sentido filosófico das rubricas “subjetividade” e “consciência” porque, nessa linha dominante, o “estatuto do mundo se fundamenta na subjectividade humana”, e, assim, “passa a centrar-se no sujeito, e a filosofia passa a centrar-se na consciência. A esta síndrome chama Heidegger o ‘subjetivismo’ moderno”³³².

O “essencialismo” ou o “subjetivismo” que marcaram as reflexões filosóficas pré-*virada linguística* são faces de uma mesma moeda. Ambas as formas de se compreender a verdade partem da ideia secular, sedimentada pela ontológica tradicional, na qual a ideia de verdade, circunscrita a uma proposição dotada de validade universal, estabelece-se unicamente com a concordância (ou adequação) de um juízo a um objeto: *veritatis est adaequatio rei et intellectus*. Essa ideia de que a verdade é fruto da adequação proposicional, como manifestado diversas vezes, sofreu notável impacto de justificação no campo das ciências da cultura em razão das peculiaridades cognitivas desta área, o que ficou evidente pela histórica tentativa das disciplinas insertas neste campo em se adaptarem aos cânones desta percepção da verdade trabalhada fortemente nas ciências duras.

Nessas condições sedimentadas ao longo de séculos, sob a aparente oposição entre vertentes empíricas *versus* racionalistas, idealistas *versus* realistas, assim como a filosofia havia se limitado ao lugar quase exclusivo da teoria do conhecimento, a discussão hermenêutica estava circunscrita ao debate metódico. O método, mormente com o positivismo e sua aspiração de objetividade e neutralidade, passou a ser o filtro de cientificidade capaz de “salvar” a fraqueza racional das ciências do espírito, das *humanidades* em geral, dada a promiscuidade visível do campo da consciência do sujeito com o objeto em que este se insere, e isso já foi anotado nos debates do primeiro capítulo sobre o desiderato neokantiano de uma ciência formal da cultura. Uma primeira guinada, todavia, mudou as peças deste cenário.

Ao lado da reflexão surgida em decorrência do fenômeno do socialismo real e a crise da teoria marxista, há quem acredite que – se o século XIX representou o auge do positivismo como afirmação da metafísica da consciência – a segunda metade do século XX foi a era da linguagem como tema próprio da especulação racional. Observou-se, como nota Oliveira,

³³¹ STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença**: filosofia e conhecimento empírico. Ijuí: Uninuí, 2002. p. 95.

³³² PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1989. p. 149.

após a crítica transcendental de Kant, cuja nota problemática esteve voltada às condições do conhecimento (teoria do conhecimento), a mudança de foco da filosofia para o problema do sentido (crítica da linguagem)³³³. Não há, por evidente, um ponto “arquimédico”, a partir do qual todo esse processo se desencadeou e equilibrou de forma mais ou menos privilegiada. Múltiplas foram suas fontes. Em verdade, a preocupação com a linguagem já se colocava decisivamente no estruturalismo de cunho marxista. Com efeito, diante de tantas possibilidades, procurando estabelecer os pontos de repercussão mais visíveis, sabe-se que a *linguistic turn*³³⁴, termo cunhado por Gustav Bergmann e que foi popularizado no campo filosófico por Rorty, refere-se a um leque de abordagens, das quais se destacam autores como Saussure e sua semiologia, de Peirce e a abordagem semiótica, bem como dos “dois” Wittgensteins. Esses são os autores que, num primeiro momento, participaram do advento da revalorização da linguagem no campo filosófico. Nesse processo de valorização da linguagem, percorrem-se inúmeras contribuições que passam pela semiologia, pela vertente analítica e pelo pragmatismo.

A linguagem, antes meio, passa a ser vista, num primeiro momento, como objeto de uma ciência. A ciência dos signos, como o projeto de uma semiologia, parte de Saussure. A linguagem, apesar de valorizada, neste primeiro momento ainda está inscrita no âmbito de um projeto de uma ciência, de uma epistemologia. Todavia, como alerta Warat, é importante perceber uma diferença da epistemologia de Saussure de outras tradicionais, ou seja, há uma distinção entre o plano do real e o plano do real construído pela teoria³³⁵. As dicotomias estabelecidas entre língua e fala, significado e significante, estão na raiz deste processo de revalorização da linguagem saussuriano e, de certa maneira, de ruptura epistemológica. Com certa influência da analítica kantiana, a fala existe, e só tem sentido se inserida numa língua; ela trata dos fatos sígnicos concretos³³⁶ que só ganham sentido gnosiológico no interior de uma língua. A fala, composta pelo conjunto de fatos linguísticos, linguagens naturais, só ganha sentido epistemológico, ou, objetividade gnosiológica, quando vista pelo código, um

³³³ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996. p. 11.

³³⁴ “What Gustav Bergmann christened ‘the linguistic turn’ was a rather desperate attempt to keep philosophy an armchair discipline. The idea was to mark off a space for *a priori* knowledge into which neither sociology nor history nor art nor natural science intrude.” – “O que Gustav Bergmann batizou de ‘a volta lingüística’ foi um gesto extremo para tentar manter a filosofia como uma disciplina. A ideia era separar um espaço para um conhecimento que *a priori* nem a sociologia, nem história, nem arte, nem ciência natural se intromettessem.” (Tradução livre.) RORTY, Richard. **Essays on Heidegger and others**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. v. 2, p. 50.

³³⁵ WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. *Op. cit.*, p. 19.

³³⁶ *Idem*, p. 21.

sistema de signos que se expressa em uma língua. A unidade elementar, portanto, deste sistema que dá sentido gnosiológico aos fatos de fala é o signo. A língua é concebida como um sistema complexo de signos, e sua unidade conceitual não se dá *a priori*, mas se estabelece em relação à sua função, já se vislumbrando, em certa medida, uma perspectiva funcional e pragmática da determinação da mutabilidade dos sentidos dos códigos primários da língua.

A semiologia da Saussure, como visto, engloba elementos anteriores, mormente uma certa inspiração kantiana, transcendental, bem assim reelabora a nova dimensão da linguagem, como objeto científico, relevando elementos outros que serão trabalhados pela reflexão pragmática da linguagem. O signo, unidade elementar, nesse último sentido, abrange as características da arbitrariedade, linearidade, imutabilidade e mutabilidade³³⁷, dando pistas em relação ao enfoque pragmático da linguagem, principalmente quando esses elementos se referem diretamente ao problema do convencionalismo do sentido dos signos. Como é cediço, antes se confundia o signo como o seu sentido. Em Saussure, o signo compreende duas dimensões: o significante e o significado. O significante é o seu “indício material”, enquanto o significado é o seu “conteúdo”, sendo que não há como isolar cada uma dessas dimensões constitutivas, eis que ambas se estabelecem em interação dinâmica. Saussure, portanto, identifica o campo amplo da significação, e, por que não dizer, a constituição própria do sentido de verdade na esfera da linguagem. A semiologia, repita-se, seria uma ciência racional, uma teoria geral dos signos vistos não isoladamente, mas como um sistema de significação.

Saussure, portanto, estabeleceu um novo lugar teórico, como afirma Warat, o qual será indispensável para pensar a sua semiologia crítica do poder, proposta em que foi produzido o neologismo senso comum teórico dos juristas. Ao lado da semiologia, sempre se ressalta a contribuição da semiótica. Se a semiologia é a perspectiva embrionária da virada linguística de inspiração saussuriana, a semiótica é uma denominação ampla de vertentes, cujo pai fundador é Peirce. Trata-se de um campo de reflexões cumulativas, todas identificadas pela

³³⁷ Segundo Warat, “[...] o signo é arbitrário, na medida em que a relação significante/significado é em todos os casos da linguagem falada, convencional”. Sobre a linearidade: “O caráter linear do signo surge em razão do princípio da discrição que todo signo acarreta. O princípio da discrição baseia-se no fato de que toda unidade lingüística tem um único valor, sem matizes intermediárias. Assim, entre si, os signos são limitados, independentes e sem variação.” Sobre a imutabilidade e mutabilidade: “A imutabilidade do signo, por sua vez, refere-se ao caráter relativo da arbitrariedade, pois um signo é arbitrário unicamente em razão da relação significante/significado, mas acarreta uma herança comunicacional que resiste a qualquer rebeldia substitutiva.” “[...] a mutabilidade do signo também é uma decorrência da arbitrariedade, pois, como diz Saussure, a continuidade do signo no tempo, ligada à alteração do próprio tempo, é um princípio da semiologia geral.” WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. *Op. cit.*, p. 27.

rubrica “Filosofia da Linguagem”, e que compreende autores como Poinson e Locke, passando pelo empirismo lógico do Círculo de Viena já abordado (capítulo 1)³³⁸. A escola analítica de Oxford, vetor central do campo da Filosofia da Linguagem, foi fortemente marcada pela reflexão de Wittgenstein. Tamanha foi a importância dessa filosofia analítica da linguagem no início da década de 1970, que Pitikin afirmara que todo filósofo daquele contexto era de alguma maneira um filósofo da linguagem. No centro deste debate estava, dentre outras questões, a revalorização da linguagem como elemento nuclear do pensamento, e não como detalhe da comunicação que pode ser superado. Isso se deu em duas manifestações, que não por acaso, vinculam-se, também, a extraordinária mudança das reflexões de Wittgenstein.

A primeira manifestação da filosofia analítica, marcada pelos trabalhos lógicos de Frege, Russel, e o primeiro Wittgenstein, partia da ideia de que a lógica e a filosofia serviriam de instrumentos para a correção da linguagem cotidiana, partindo, inclusive da ideia-chave de que a linguagem ordinária e mesmo a linguagem metafísica engendrariam erros ou pseudoenganos. Essa primeira corrente, como já abordado, influenciou o verificacionismo lógico do Círculo de Viena³³⁹ e seus posteriores desdobramentos. Postulava-se, pela lógica da linguagem, o fim da metafísica, a morte da “filosofia”, o que se aproximava do projeto do empirismo lógico do *Wiener Kreis*. Não parece ser simples ironia a ideia wittgenstariana de que toda filosofia caberia em uma gota de gramática. Ensaiava-se, no sentido profundo desta afirmação, a ideia-motor de que a metafísica tradicional, a filosofia, tratava com dignidade teórica apenas pseudoproblemas, na medida em que desconhecia, ou não levava em conta, o caráter estruturante da linguagem no pensamento. A *bildtheorie* partia do seu axioma básico: a linguagem figura o mundo, assim, a estrutura lógica do mundo se refere à estrutura lógica da linguagem. A verdade, elemento nuclear de toda a filosofia, teria, por suposto, que se voltar ao seu fato constitutivo, a lógica da linguagem. Sem pormenorizar essa teoria da figuração, Stegmüller entende que a primeira fase analítica de Wittgenstein “transportou o idealismo transcendental de Kant do plano da razão (*Ebene der Vernunft*) para o plano da linguagem (*Ebene der Sprache*)³⁴⁰.

³³⁸ BITTAR, Eduardo C. Semiótica jurídica. In: BARRETTO, Vicente. **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006. v. 1, p. 758.

³³⁹ Sobre a influência ou não de Wittgenstein no núcleo do projeto do Círculo de Viena verificacionismo lógico, ver HALLER, Rudolf. **Wittgenstein e a filosofia austríaca**: questões. São Paulo: Edusp, 1990.

³⁴⁰ STEGMÜLLER, Wolfgang. **A filosofia contemporânea**: introdução crítica. São Paulo: EPU, 1977. p. 424.

Sob a rubrica de filosofia da linguagem, ainda no ambiente anglo-europeu, uma segunda orientação se popularizou, a partir da segunda fase do pensamento de Wittgenstein, antípoda do anterior, em seus famosos jogos de linguagem. Nesse segundo momento, a ideia da linguagem natural não seria obstáculo à exatidão, como se imaginava no positivismo lógico, mas que as dificuldades do pensar filosófico são, em verdade, derivadas da reconstrução filosófica destas³⁴¹. A morte da metafísica, desta vez numa segunda postura, é vindicada pela análise pragmática da linguagem, e não mais estritamente pela crítica lógico-semântica. A linguagem, mais que figuração lógica do mundo, passa a ser vista como uma atividade, sendo decisivo para a discussão do sentido e da verdade o seu uso ordinário. Vê-se, assim, um grande movimento antiessencialista no campo da especulação racional que nasce desta matriz analítica do Wittgenstein tardio, com a concepção pragmática desenvolvida pela filosofia ordinária da linguagem. O desdobramento desta vertente será observado, no campo jurídico, com Austin e sua teoria dos atos de fala e com Hebert Hart na sua famosa ideia da “textura aberta da linguagem”.

O deslocamento epistemológico desbravador efetuado por Saussure toma uma dimensão relevante na semiótica de Peirce. Articulado a proposta reflexiva de Peirce com o antitranscendentalismo do Círculo de Viena, como alerta Warat, essa abordagem também se vincula às práticas linguísticas das ciências. Peirce faz uma identificação entre pensamento e signo, o que se revela pela propriedade designada terceiridade³⁴². Para Rosa, reforçando a posição de Strcek, a noção de terceiridade foi fundamental para o processo da virada linguística desembocar na reflexão hermenêutica, pois, nessa perspectiva, a interpretação “é dependente do ser do signo” e não um ato exterior, ou seja, já se apresenta um ensaio de uma perspectiva heurística que encara a linguagem não como uma terceira coisa a ser interpretada³⁴³. O pensamento não é anterior ao signo, este só é possível signicamente. Ademais, a contribuição antimetafísica de Peirce, para o que importa no presente capítulo, pode ser melhor observada no campo amplo denominado Pragmatismo, mormente na sua vertente estadunidense.

Não é por acaso o fato de a literatura sobre a temática utilizar denominações comuns referentes a esse processo de reflexão pós-metafísica, tais como virada, guinada, viravolta,

³⁴¹ WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. *Op. cit.*, p. 63.

³⁴² Nas palavras de Peirce; “... Representação como um elemento do Fenômeno.” PEIRCE, Charles Sanders. **Escritos coligidos; Sobre a justificação científica de uma conceitografia; Os fundamentos da aritmética**. São Paulo: Abril, 1974. p. 30.

³⁴³ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal: bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 161.

denotando o sentido de repercussão e deslocamento concreto que tais análises significaram no campo da história do pensamento. Nesse sentido, a vertente do Pragmatismo também é apontada como uma etapa importante de ruptura com a proposta de uma filosofia da consciência. Essa tendência iniciada por Charles Peirce, William James e John Dewey marcou profundamente as reflexões no campo da teoria social e política do século XX. Iniciado com a contribuição de intelectuais de Cambridge, sob a provocativa denominação de *Metaphysical Club*, no ocaso do século XIX, o termo “pragmatismo” vai se popularizar em 1940, com Peirce e seu “pragmaticismo”³⁴⁴, saindo do círculo restrito da filosofia estadunidense para ganhar notoriedade mundial, com franca retomada na última década do século passado, com os trabalhos de Rorty e seu neopragmatismo.

Se os *founding fathers* do pragmatismo são de origem norte-americana, muito se especula acerca de suas raízes longínquas, desde o ceticismo clássico, o utilitarismo, o romantismo alemão, sendo que se poderia indicar como elemento geral nuclear desta tendência a ideia de método. Por refutar elementos prévios de fundação absoluta de uma racionalidade, o pragmatismo se autodenomina como um método que, na concepção de James, tem um sentido tradicional, mas próximo de uma atitude³⁴⁵. Para Pogrebinschi, a melhor forma de perceber essa atitude plural e dinâmica do pragmatismo é recorrendo à metáfora de Papini³⁴⁶, Imaginando que o pensamento seja um “grande hotel”, e que cada quarto simboliza uma teoria ou tradição filosófica, para Papini, o pragmatismo seria justamente o corredor que dá acesso aos quartos. Os hóspedes deste hotel, portanto, para terem acesso aos seus quartos, deveriam passar necessariamente por esse amplo corredor. Essa metáfora traduz a noção de não fixação doutrinária como atitude pragmatista básica, uma ideia de movimento, ainda que se perceba nessa tendência um certo núcleo de concepções comuns, um campo teórico comum. Ainda cumpre destacar, à guisa de entendimento da denominação desta corrente, que o termo “pragma” denotava, em sua raiz grega, algo feito, fruto de uma ação, sendo que, na tradução latina, essa ideia original tenha se perdido no vocábulo “res”³⁴⁷. A ideia de movimento, pois, é nuclear à postura pragmatista como um todo.

Ainda que os três fundadores do movimento tenham perspectivas distintas, partindo desde uma teoria da significação, em Peirce, até uma teoria da verdade, em James e Dewey, o

³⁴⁴ POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**. *Op. cit.*, p. 12.

³⁴⁵ *Idem*, p. 15.

³⁴⁶ *Idem, ibidem*.

³⁴⁷ MARCONDES, Danilo. Desfazendo mitos sobre a pragmática. **ALCEU (PUC/RJ)** Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 38, jul./dez. 2000.

núcleo comum desta vertente se concentra em: i) primeiramente, tem-se algo já verificado na tendência analítica, ou seja, uma crítica ou afastamento da metafísica tradicional, de uma filosofia essencialista; ii) negação do nominalismo, por ser uma abordagem individualista e não social; e iii) nítida aproximação da vertente realista norte-americana, da qual, inclusive, o grande expoente jurídico foi Oliver Wendell Holmes³⁴⁸. O pragmatismo, para o que interessa neste item, mormente por ser um campo que ataca a noção de verdade da filosofia da consciência, pode ainda ser observado à luz de três características elementares, baseadas em seus pressupostos metodológicos³⁴⁹: o antifundacionismo, o consequencialismo e o contextualismo.

O antifundacionismo parte do pressuposto de que qualquer entidade metafísica não é capaz, por si mesma, de fundar qualquer pretensão universal e absoluta de verdade, ou seja, tratava-se de negar qualquer espécie de intuição fundadora, de um local privilegiado de verdade capaz de estabelecer um ponto único para a significação humana, negando a possibilidade de um *fundamentum inconcussum absolutum veritatis*. Para Pogrebinschi, o antifundacionismo, por sua forma de abordagem crítica e dinâmica, pode ser percebido de forma específica nos três fundadores do pragmatismo³⁵⁰. Malgrado certas nuances entre os membros deste campo, suas críticas partem da constatação de que, na metafísica tradicional, o ato de fundamentar refere-se ao movimento do pensamento capaz de revelar a pertinência universalmente válida de um ponto de vista que não é fixo. De outro modo, um fundamento racional, portanto verdadeiro, no sentido da racionalidade metafísica anterior, implicaria um processo cognitivo capaz de estabelecer as condições de validade universal de suas asserções, ou seja, uma racionalidade arrimada num fundamento absoluto. O pragmatismo, tendo em foco essa perspectiva, é uma tendência que busca essa “autoridade” da validade das proposições a partir da inequívoca inclinação para os fatos “vivos”³⁵¹. De certa forma, a inclinação pragmática para os fatos vivos aponta para a atitude já presente na fenomenologia de Husserl e sua valorização do *lebenswelt*, sem a qual não seria possível se pensar a proposta de Heidegger e, mais adiante, Gadamer e a hermenêutica filosófica.

Uma segunda relação importante feita no pragmatismo se estabelece entre a noção de verdade e consequências práticas. A linguagem, além de instrumento de significação, produz efeitos práticos. Nesse sentido, a ideia de verdade da metafísica deve ser ampliada para além

³⁴⁸ MARCONDES, Danilo. Desfazendo mitos sobre a pragmática. *Op. cit.*, p. 25.

³⁴⁹ Método não no sentido cartesiano, mas como advogava James, um “método como atitude”. POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**. *Op. cit.*, p. 31.

³⁵⁰ *Idem*, p. 26.

³⁵¹ PEIRCE, Charles Sanders. **Escritos coligidos...**, *op. cit.*, p. 30.

da ideia de correspondência abstrata e conceitual. O consequencialismo é, portanto, a característica pragmatista para a qual determinado significado de uma disputa “metafísica” aponta sempre para o futuro, ou seja, trata-se de uma querela cujas consequências e efeitos na realidade têm sempre propósitos ancorados numa visão prospectiva da realidade. Há um propósito na verdade. O núcleo desta característica está no seu caráter instrumental, pois o significado de ideia de verdade se adaptaria às suas consequências práticas, sendo famosa a primeira formulação do teorema pragmatista, no qual: “Considere quais efeitos, que podem concebivelmente ter suportes práticos, nós concebemos que o objeto da nossa concepção tenha. Então, nossa concepção daqueles efeitos é o total das nossas concepções do objeto”³⁵².

O contextualismo trata de apontar a influência decisiva da comunidade e sua validação contextual de determinadas ideias como verdadeiras, ou seja, a verdade seria um processo sempre contextual³⁵³. O contexto é, no fundo, experiência, e esta sempre se dá num certo campo de práticas. A ideia de prática, por sua vez, não se separara da noção de crença, sendo esta o conjunto de hábitos que movem as ações. A crença, contudo, na versão pragmatista, refuta a concepção nominalista, a qual entende a crença como algo meramente individual. A crença é comunitária, logo, amplamente contextual. A concepção de verdade, portanto, não pode ser desvinculada de seu processo de validação que sempre dependerá da dinâmica dos contextos em que é produzida. A verdade, dito de outra forma, seria o resultado provisório dos efeitos práticos das crenças que vão sendo validadas sempre num contexto. Os fatos, em si, não são verdadeiros, mas sim seus efeitos comunitária e contextualmente validados. *Grosso modo*, evidenciam-se os elementos adequação e adaptação³⁵⁴ das crenças, que fazem parte desta dinâmica de construção contextual da verdade, como sendo elementos de um sentido prático derivado dos resultados da ação. A noção de crença não é, em si mesma, sinônimo de ideologia, no seu aspecto negativo. Trata-se, com certos cuidados, de uma noção próxima daquilo que Bourdieu denominou de *habitus*, como sendo o conjunto de disposições para ação que são incorporadas, um processo de socialização de ideias e de sua individuação, que se apresentam no campo prático, que se materializam como formas específicas de agir. Também as concepções pragmatistas de experiência e de contexto servem para pensar outras noções de caráter hermenêutico em face da filosofia da consciência. O problema, então, da percepção da verdade criada pela metafísica clássica e moderna, foi justamente a desconsideração do contexto, ou considerá-lo como elemento externo ao sujeito cognoscente,

³⁵² PEIRCE, Charles Sanders *apud* POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**. *Op. cit.*, p. 40.

³⁵³ *Idem*, p. 23 *et sequentia*.

³⁵⁴ POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**. *Op. cit.*, p. 56.

pois nenhum conceito de verdade se dá fora deste *background*, ou pano de fundo, o que corresponde, com os devidos cuidados para não se cair em uma aproximação forçada e mecânica, a certa antecipação preliminar do conceito de tradição que é trabalhado por Gadamer, o qual será fundamental para uma hermenêutica crítica do direito.

Não será por acaso, outrossim, que algumas das críticas feitas a esta última vertente abordada sejam as mesmas feitas em relação aos pontos principais que formarão as bases gerais da hermenêutica filosófica, ou seja, os riscos que rondaram toda a tradição crítica moderna, e por isso mesmo epicentro de sua crise pós-moderna: os perigos do irracionalismo e do relativismo ético. Tais críticas serão observadas posteriormente. Para o momento, é de se destacar que a virada linguística não desemboca diretamente na hermenêutica filosófica. Assim, a questão da verdade não passa a ser compreendida, imediatamente, com uma questão típica da reflexão hermenêutica, bem como a hermenêutica, de igual sorte, não passa a ser compreendida como filosofia crítica da metafísica tradicional. Tais compreensões fazem parte de certos acúmulos, idas e vindas, pois a transição de uma percepção epistemológica para a hermenêutica filosófica também teve uma história própria.

3.1.2 O projeto de uma hermenêutica geral e sua emancipação filosófica

Ter em conta as conquistas efetivas da *linguistic turn*, de que toda filosofia está, no fundo, ligada à linguagem, implica dar mais alguns passos. Se a questão fundamental do conhecimento, em Kant, passou a ser expresso pela pergunta “como é possível conhecer?”, uma outra formulação ganha revelo neste item, deslocando a questão analítico-transcendental kantiana para outro nível de debate, pois, como interpretamos? Afinal, se é certo que não há pensamento sem linguagem, como bem demonstrou a virada linguística, também é crível supor que não há um sentido a ser atribuído à linguagem sem que haja interpretação. Até então, sob hegemonia da teoria do conhecimento moderna, a questão da interpretação esteve vinculada às regras ou cânones do método científico. O problema da interpretação obteve, historicamente, franca ligação com o decifrar dos fenômenos da cultura, desde a necessidade que se impunha, notavelmente no período medieval e humanista, de se confrontar com as narrativas dos textos clássicos, demanda esta crucial para as então nascentes *humanidades*. Propedeuticamente, quando se trata de entender o processo histórico de surgimento e afirmação da hermenêutica, e aqui também não seria diferente, ressalta-se que sua própria

denominação vem da herança clássica, da mitologia grega, de onde deriva o sentido atribuído ao termo *hermeneuein*, referente ao deus Hermes, o “mensageiro divino”, intermediador dos discursos dos deuses para os mortais³⁵⁵. Na origem, pois, a hermenêutica esteve vinculada à concepção de tradução, de captura e transporte de um sentido oculto ou sagrado. Dessa raiz mitológica, segundo Palmer, o verbo *hermeneuin* e o substantivo *hermeneia* se ligam a três sentidos: i) dizer em voz alta, ii) explicar e iii) traduzir³⁵⁶. Mais uma vez, à luz dessas três ações vinculadas ao sentido antigo da hermenêutica, verifica-se a presença da função oracular, a qual foi abordada fartamente quando da origem do arquétipo de jurista ocidental feita no segundo capítulo desta tese.

A par de todas essas condições históricas da tradição ocidental, que já colocavam a questão da interpretação como algo relevante no horizonte da especulação mitológica e racional, o desdobramento da viragem linguística, na sua configuração ontológica, não se deu sem também sem ter existido uma maturação do olhar que se tinha sobre o próprio fazer típico da hermenêutica. Essa maturação histórica foi capaz de emancipá-la do campo instrumental e secundário a que esteve relegada, até se tornar um aspecto incontornável pelo qual as ciências humanas tiveram que se render, uma espécie de *koiné*, como já descrito por Vattimo, conforme referência feita no primeiro capítulo desta pesquisa.

Friedrich D. E. Schleiermacher, ainda que circunscrito no ambiente dos séculos XVII/XVIII, é um marco relevante neste processo de maturação da abordagem específica da hermenêutica rumo à sua versão gadameriana, a que importa mais agudamente para esta pesquisa. A interpretação, como bem alerta Gadamer, ganha relevo na história do ocidente a partir de duas tradições muito fortes ou paradigmáticas: a religião e o direito³⁵⁷. Schleiermacher, assim, insere-se no campo próprio da filologia e da hermenêutica teológica, no bojo da ascensão do romantismo alemão. Como marco singular dessa trajetória de afirmação da interpretação, a primeira questão levantada será a da universalidade da hermenêutica, obviamente dentro dos limites de sua época. No contexto de abordagem de Schleiermacher, a hermenêutica ainda não tinha um estatuto próprio, e sua pouca visibilidade era mitigada apenas nos campos clássicos da filologia e da exegese bíblica. Essa visibilidade não era ocasional. Nestes dois campos, assim como no campo jurídico, eram mais que evidentes os problemas oriundos de se confrontar o sentido originário do texto e sua

³⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica*. In: BARRETTO, Vicente. **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006. v. 1, p. 430.

³⁵⁶ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. *Op. cit.*, p. 24.

³⁵⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. *Op. cit.*, p. 461, *passim*.

interpretação em momento temporal diverso. Daí o sentido do prefixo do termo “ex”, de exegese, termo de irradiação religiosa, originária do grego *exeomai*, indicando uma ação do intérprete, capaz de extrair o significado de algo, extrair o sentido oculto, trazer à tona.

A primeira contribuição de Schleiermacher se radica na ideia de que existe uma unidade que marca o ato de interpretar, e que se aplica tanto ao campo teológico quanto ao filológico, e de cuja unidade deriva também sua universalidade, sendo uma espécie de técnica geral, ou, como pensa Ricoeur, uma *Kunstlehre* (tecnologia)³⁵⁸. A necessidade de uma “arte” da interpretação nasce de um sentimento de distância entre o sentido do texto e o tempo presente do intérprete. Há, portanto, uma “estranheza” que marca a distância temporal do intérprete com o texto. Este estranhamento faz com que a hermenêutica se justifique com meio de se compreender o discurso que se mostre estranho³⁵⁹. O projeto de uma hermenêutica geral propugnado por Schleiermacher não se limitava ao campo dos seus predecessores Wolff e Ast³⁶⁰, bem como Johann Ernesti, autores estes ligados basicamente à filologia clássica, à gramática e à exegese teológica. Também uma hermenêutica geral não estaria restrita ao campo da exegese das grandes obras, uma vez que “em todo lugar que houver coisa de estranho, na expressão do pensamento pelo discurso, para um ouvinte, há ali um problema que apenas pode se resolver com a ajuda de nossa teoria [hermenêutica]”³⁶¹.

Gadamer nota, nesta contribuição paradigmática de Schleiermacher, uma mudança sutil de abordagem, uma vez que este se refere muito parcamente a alguns termos presentes na tradição hermenêutica do seu tempo, pouco acentuando a questão da interpretação como corretora do “mal-entendido”, mas, sobretudo, como arte ou técnica geral da compreensão. O termo-chave passa a ser “compreensão”. Interpretar é fundamentalmente compreender o sentido de um texto. A hermenêutica não seria apenas um método corretivo do mal-entendido, ela se prestaria a evitar a sua ocorrência. Já há, assim, além da unidade e da universalidade, o germe do caráter prévio do ato de todo compreender, dentro, obviamente, dos limites heurísticos daquilo que Schleiermacher propugnava à época, ou seja, ainda longe de uma perspectiva ontológica.

³⁵⁸ RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977. p. 20.

³⁵⁹ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **A arte e a técnica da interpretação**. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 26.

³⁶⁰ F. August Wolff e Friedrich Ast são filólogos citados recorrentemente na primeira parte do opúsculo, e servem de ponto de partida e contraponto para a proposta de Schleiermacher. Para Palmer a compreensão deste dois autores é um pré-requisito para o entendimento mais profundo da obra de Schleiermacher. Cf. PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. *Op. cit.*, p. 83.

³⁶¹ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **A arte e a técnica da interpretação**. *Op. cit.*, p. 31.

Buscando romper com a tradição enciclopédica e dispersa na qual a hermenêutica se encontrava em seu tempo, o projeto de uma hermenêutica geral partia da ideia básica de que existem regras que orientam a compreensão, ou seja, cânones capazes de reconstruir o sentido originário vivenciado pelo autor do texto. Há, nesta primeira contribuição, um desejo sistematizador dos cânones da hermenêutica, estabelecendo a consciência da estrutura própria de uma *ars* geral de toda e qualquer interpretação textual, emancipada, então, de qualquer localismo isolador. A questão da hermenêutica como uma reconstrução do sentido originário, para Schleiermacher, surge pelo fato de esta ser uma “tecnologia” capaz, sob determinadas regras, de fazer o intérprete acessar a fala do autor. A compreensão da verdade, vista como sentido germinal de um discurso, é o acesso à fala autoral. Só há necessidade da hermenêutica, como já dito, porque há um *alter* do passado cuja mensagem se estranha com o intérprete do presente. O discurso a ser compreendido, com efeito, torna-se estranho quando não se tem uma via de acesso válida a essa “voz” do autor, e toda interpretação parte desta estranheza para justamente reconstruir esse universo pessoal daquilo que o autor quis dizer, e que, em função do hiato temporal que o separa do intérprete, que tem apenas às mãos o seu texto frio, sem vida, não pode diretamente lhe indagar o sentido daquilo que fora enunciado.

Nesse mosaico em que se inseriam diversas funções e classificações das disciplinas existentes no contexto em foco, é importante perceber que Schleiermacher tinha em perspectiva o duplo eixo disciplinar fundamental: a hermenêutica e a crítica. É o próprio autor que as classifica da seguinte forma:

Hermenêutica e Crítica, ambas disciplinas filológicas, ambas ciências da arte, pertencem uma a outra. Aquela é no geral a arte de compreender corretamente o discurso de outro, predominantemente o escrito, e esta é a arte de avaliar corretamente e de constatar, à base de testemunhos e dados suficientes, a autenticidades dos escritos e das passagens³⁶².

A hermenêutica e a crítica estabeleceriam uma relação de reciprocidade e complementaridade no ato de interpretar, sendo que, tal como disciplinas filológicas estabelecidas em sua época, ambas também se relacionariam, em sua tarefa de esclarecimento do sentido dos textos, com a gramática. Dessa bipartição geral (hermenêutica e crítica), surge outra análoga dicotomia entre interpretação gramatical e psicológica. Essas duas últimas

³⁶² SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica e crítica**. Ijuí: Unijuí, 2005. v. 1 (Coleção Filosofia), p. 87.

formas de interpretação são cruciais para o projeto de uma hermenêutica autônoma e geral de Schleiermacher.

Um dos legados mais evidentes de Schleiermacher ao longo do processo de tomada de consciência da hermenêutica na tradição romântica foi a noção de círculo hermenêutico. O caráter circular da interpretação será, já no campo posterior da ontologia de Heidegger, ao lado da diferença ontológica, um de seus teoremas fundamentais. O que seria o círculo hermenêutico ainda na visão inicial de Schleiermacher? O círculo é a figura geométrica que representaria o movimento próprio do ato de compreender, portanto, o movimento circular que se relaciona entre o todo e a parte, o autor e o intérprete. O círculo se desenvolve no movimento da compreensão que vai da captação do sentido originário e singular do texto à sua objetivação na interpretação. Em suma: para compreender um texto escrito deve-se ter em vista o significado de suas partes, e estas, por sua vez, só fazem sentido quando interpretadas em seu todo. Uma passagem particular de um texto só pode fazer sentido ao intérprete quando, por exemplo, se sabe de antemão o universo mental geral a que o autor estava submetido quando escreveu, acontecimentos gerais do contexto do proferimento do discurso e, ao mesmo modo, a correta interpretação de elementos gerais do texto só fazem sentido quando também são observadas questões específicas de sua escritura. Assim, não se consegue reconstruir o sentido de um texto sem se ter em conta elementos gramaticais específicos, onde, por exemplo, cada palavra faz sentido específico numa frase e, cumulativamente, cada frase faz sentido num período, e assim sucessivamente, num movimento circular.

No processo próprio de toda interpretação, marcada por essa circularidade, há certa tendência em se ressaltar certos momentos, especificamente a prevalência do caráter gramatical dos textos e, em outros, o caráter subjetivo da intenção do autor, o que será, inclusive, fonte de críticas ao pensamento de Schleiermacher. O aspecto gramatical de toda interpretação, inclusive, marcou fortemente o ideário jurídico continental, o que será abordado algures. Essa reconstrução de sentido parte da concepção na qual o pensamento e a intenção originários do autor se identificam com sua expressão formal da escrita. Há, assim, uma identidade entre expressão escrita e intenção. A pergunta sobre o sentido gramatical depende de inúmeras variáveis. Primeiro, seria necessário ter em consideração a possibilidade dessa identidade à luz de uma língua comum³⁶³, capaz de ser decifrada e partilhada pelo intérprete e

³⁶³ *Verbi gratia*, tem-se um cânon exemplar da interpretação gramatical: “Tudo que, num determinado discurso, ainda necessita de uma definição mais acurada somente pode ser definido a partir do âmbito da linguagem comum ao autor e seu público originário”. SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica e crítica**. *Op. cit.*, p. 122.

pelo autor, isso se fosse possível mitigar as diferenças linguísticas formais que se apresentam em função do tempo; em segundo lugar, seria necessário identificar e eliminar variáveis que fariam da interpretação gramatical uma atitude nitidamente falha, mormente a percepção prévia de elementos que se colocam como obstáculos, tais como o *lapsus calami*, ou mesmo erros formais de diversas ordens ou dificuldades estilísticas, todas elas militantes para a discrepância entre a expressão escrita formal e a intenção originária do autor. A reconstrução plena do significado gramatical, assim, mesmo que necessária ao processo global da hermenêutica, já é, em si mesma, problemática.

Os problemas múltiplos vinculados à interpretação gramatical dos textos nos remetem à possibilidade de reconstrução da intenção subjetiva do autor. Um texto também revela significados, como nos alerta Orlandi, pelo seu silêncio³⁶⁴. Visto de maneira mais ampla, a ironia, o subentendido, as entrelinhas são estratégias comunicacionais que fazem vigor o sentido da intenção originária do autor. Seria possível uma arte hermenêutica capaz de adentrar neste campo de forma segura, racional e válida universalmente? A pergunta da interpretação focada neste aspecto psicológico não se restringe ao “como o autor disse algo” ou “com quais meios se disse algo”, mas sim “o que quis, subjetivamente, dizer o autor”? Essa pergunta ganha relevo notório quando o intérprete tem em vista textos poéticos ou escritos religiosos repletos de alegorias, como foi o caso da hermenêutica religiosa voltada à exegese bíblica no contexto de Schleiermacher.

No que tange à interpretação psicológica, trata-se

[...] de captar a cada conjunto de idéias como momento da vida de um determinado ser humano. De que recurso dispomos para realizar tal tarefa? [...] Precisamos voltar-nos à relação entre o falante e o ouvinte. Se o pensamento e a ligação do pensamento forem uma e a mesma coisa nos dois, então, a compreensão dar-se-á por si na identidade da linguagem. Se o pensamento, porém, for essencialmente diverso nos dois, então ela não se dá por si, mesmo com a identidade da linguagem³⁶⁵.

É bem verdade que existe, na própria avaliação gadameriana da hermenêutica de Schleiermacher como romântica³⁶⁶, uma crítica acerca do elemento estritamente psicologista

³⁶⁴ ORLANDI, Eni Pulcinelli. **As formas do silêncio**: no movimento dos sentidos. Campinas: Unicamp, 1997.

³⁶⁵ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica e crítica**. *Op. cit.*, p. 213.

³⁶⁶ É o próprio Manfred Frank que refuta ironicamente a interpretação de Gadamer do legado de Schleiermacher em sua obra “Verdade e Método”, nos seguintes termos: “O impressionante veredito que Gadamer pronuncia contra “hermenêutica romântica” – título que, enquanto contraste, é de grande utilidade para o desenvolvimento do argumento existencial-ontológico de *Wahrheit und Method* – tem confirmado essa recepção retroativamente e, por assim dizer, a partir do seu sentido negativo. Ainda que a imagem de

desta proposta, em detrimento de seu caráter sistemático. Essa crítica da hermenêutica de Schleiermacher tende apenas a admitir certo mérito histórico em seu legado, especialmente pelo fato de sua perspectiva ressaltar a questão hermenêutica num contexto ainda sincrético e marcado pelo debate protestante, o que justificaria, segundo Ruedell, certo interesse marginal por sua obra no campo da filosofia alemã, à exceção da retomada empreendida por Manfred Frank³⁶⁷. Ainda que se justifique o rótulo psicologista, Ruedell admite ser esta uma leitura unilateral, justificada em certa medida pelo fato de Schleiermacher apresentar a meta clara de se estabelecer a hermenêutica como a via de reconstrução, pelo intérprete, dos elementos subjetivos deste outro, o dono do sentido originário da fala, ou seja, o autor.

Após a morte de Schleiermacher, houve um hiato nos debates sobre um projeto de uma hermenêutica geral. A retomada do tema, no curso do século XIX, então, viu-se mais uma vez localizada em áreas específicas, como a História, com Ranke, e como o Direito, mormente com a metodologia proposta por Savigny³⁶⁸. A retomada da questão de uma hermenêutica geral retoma curso com a especulação de uma metodologia adequada à compreensão dos fatos da cultura, cuja expressão de relevo foi Dilthey. Ainda que não propriamente um kantiano, a tarefa de Dilthey apresentava as preocupações epistemológicas típicas do neokantismo e do historicismo, propugnando que questão hermenêutica se liga indelevelmente à experiência histórica. Nesse sentido, para Gadamer, o desiderato de Dilthey foi o de, ao lado da *Crítica da razão pura* kantiana, realizar uma crítica da razão histórica³⁶⁹. A questão histórica, portanto, é um dos acentos diltheanos às contribuições de Schleiermacher. Nesse sentido, a hermenêutica, segundo Ricoeur, tem, em Dilthey, que enfrentar a questão do tempo e da história como elementos do sentido, e não apenas os cânones da interpretação, como consagrado anteriormente. Por isso, “Dilthey é, antes de tudo, o intérprete desse pacto entre hermenêutica e história”³⁷⁰. A hermenêutica, para Dilthey, seria a chave metodológica apropriada ao objeto específico dos estudos humanísticos ou a *Geisteswissenschaften*: a compreensão. Esse campo próprio de incidência das ciências do espírito, a experiência humana em suas múltiplas manifestações, deve estar necessariamente orientado

Gadamer sobre Schleiermacher apresente traços de ficção, ela tem influenciado de tal maneira a historiografia da hermenêutica moderna, que se acredita poder dispensar uma nova leitura da edição de Lucke, já; de si de difícil acesso”. FRANK, Manfred. Introdução do editor. In: SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. I. **Hermenêutica e crítica**. *Op. cit.*, p. 79.

³⁶⁷ RUEDELL, Aloísio. Schleiermacher e a atual discussão hermenêutica. **Veritas**, Porto Alegre, v. 44, n. 173 (março), p. 27-28, 1999.

³⁶⁸ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. *Op. cit.*, p. 105.

³⁶⁹ GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003. p. 26.

³⁷⁰ RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**. *Op. cit.*, 23.

pela historicidade em que seu objeto se encontra invariavelmente inserido. Nessa famosa querela novecentista entre ciências da natureza *versus* ciências do espírito, Palmer destaca o aforismo ditlheano que melhor resume a sua abordagem: “Explicamos a natureza; há que compreender o homem”³⁷¹. Assim, o método das ciências duras se funda num distanciamento possível, um “ex-plicar”, um falar sobre, um dizer puramente intelectual, enquanto as ciências humanas, as quais teriam por base a *erlebnis*, a experiência humana vivida, está fundada em um compartilhar de sentidos, mas “não é um acto de comparação, consciente e reflexivo, é antes uma operação que efectua a transposição pré-reflexiva de uma pessoa para a outra. Redescobrimos a nós próprios nos outros”³⁷². Dito de outra forma, em termos culturalistas, lembrando o pensamento de Recásens, tudo aquilo que for fruto da ação humana (vida humana objetivada), ou seja, carregado de sentido, e que seja cristalizado em obras, comportamentos ou valores são objetos culturais³⁷³ e, como tais, só podem ser compreendidas no horizonte da história. Dilthey anota que, em sua origem, o advento das ciências do espírito esteve ligado às “verdades da experiência”, pois eram disciplinas nascidas das exigências das práticas profissionais e que foram tomando forma e sistematicidade no bojo do ensino universitário, na perspectiva histórica já feita anteriormente, quando da exposição dos arquétipos de juristas da tradição (capítulo 2). O exemplo “paradigmático” lembrado por Dilthey, e que será também tomado por Gadamer, será o pensamento jurídico, cujos conceitos foram forjados pela experiência mesma do direito³⁷⁴. Daí que, em suas origens, as ciências do espírito se mostravam dispersas, ligadas a essas múltiplas formações profissionais, o que passaria a ter forma e unidade tardia nas “enciclopédias”. Aqui é apontado por Dilthey o erro, ou a falta de justiça, dos positivistas anteriores (ingleses e franceses), no seu julgamento indevido e pela tentativa de submissão destas aos cânones das ciências da natureza, mormente por não terem feito essa apreciação histórica das origens da ciência do espírito, secularmente já desenvolvida, a qual foi constantemente modificada e ampliada, o que contribuiu por sua falta de visão de conjunto e sistematização axiomática³⁷⁵. Tais autores, os positivistas, partiam de uma visão abstrata, sem perceber o desenvolvimento das ciências do espírito a partir de suas próprias demandas históricas. Vê-se que Dilthey estava plenamente consciente deste “esquecimento” operado pelo positivismo francês e pelo empirismo inglês, notadamente o

³⁷¹ DILTHEY, Wilhelm *apud* PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. *Op. cit.*, p. 120.

³⁷² PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. *Op. cit.*, p. 121.

³⁷³ RECÁSENS SICHES, Luis. **Tratado de sociologia**. Porto Alegre: Globo, 1965. v. 1, p. 194, *passim*.

³⁷⁴ DILTHEY, Wilhelm. **Crítica de la razón histórica**. Barcelona: Península, 1986. p. 54-55.

³⁷⁵ *Idem*, p. 57.

menosprezo pela origem e dos pontos próprios de partida da tradição antiga das *humanidades*, um campo secular que teve seu desenvolvimento muito particular, crítica que será também um dos elementos centrais da tese gadameriana da não submissão metódica do campo racional das ciências do espírito.

Afora essa necessidade de se perceber a genealogia das demandas próprias que marcaram a trajetória do campo multiforme das *humanidades*, na sua tarefa de estabelecer o estatuto gnosiológico das ciências do espírito, Dilthey retoma, em certa medida, a questão hermenêutica circular esboçada por Schleiermacher: da relação entre o específico e o geral, bem como a questão da apreensão psicológica dos fatos da cultura. Com relação à primeira questão, tem-se que a finalidade das ciências do espírito é aprender o singular, o individual de uma realidade histórica e social, e, de igual sorte, ser capaz de conhecer as uniformidades observáveis nesta realidade para, então, “establecer los objetivos y reglas de su configuración ulterior”³⁷⁶.

Nesse trajeto proposto por Dilthey, é de se ponderar, com Grondin, uma “relativa inexistência” da hermenêutica em sua volumosa obra, não obstante seu manifesto interesse na história inicial da interpretação em um primeiro momento de sua produção, além de uma retomada do tema em sua reflexão tardia³⁷⁷. Qual, afinal, a centralidade da hermenêutica em sua abordagem? A inserção de Dilthey como um autor importante para a hermenêutica moderna está na sua concepção de compreensão que nasce dos conceitos de *erlebnis* (vivência) e *verstehen* (compreensão). Tais conceitos, contudo, ganharão *status* filosófico apenas com o desenvolvimento da fenomenologia em Husserl, Heidegger e Gadamer.

3.1.3 Filosofia como hermenêutica da faticidade: Heidegger

Com Heidegger, enfim, evidencia-se a virada e, depois, a viravolta (*Kehre*) ontológicas³⁷⁸. Não se tratam de processos lineares, mas complexos. A viragem ontológica

³⁷⁶ DILTHEY, Wilhelm. **Crítica de la razón histórica**. *Op. cit.*, p. 60.

³⁷⁷ GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p. 150.

³⁷⁸ Sobre esse processo: “A mudança no pensamento de Heidegger, além de condição de pensador, representa a pedagogia de toda a interrogação pelo ser na finitude [...]”. “Viravolta é o nome que recebeu essa mudança no pensamento filosófico. O nome, que surgiu por referência pessoal de Heidegger, deveu sua oficialização, talvez, pelo motivo secundário da incompletude de Ser e tempo, antes de aos poucos tornar-se uma designação que atinge o essencial do seu pensamento”. STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**. *Op. cit.*, p. 300.

corresponde à maturação do indagar próprio do filósofo de *Meßkirch* que culmina num movimento de radicalização de sua interrogação do sentido do ser. Inviável estabelecer as múltiplas conexões que resultaram na radical reflexão heideggeriana³⁷⁹. Em relação ao processo anteriormente abordado de valorização da linguagem, é possível entender que a virada ontológica, com Heidegger, *grosso modo*, também aponta para uma abordagem da linguagem humana não mais como um mero entreposto cognitivo, mas a partir de sua dimensão categorizadora. Nesse sentido, uma das maneiras de abordar essa temática parte da constatação de que o processo histórico de crescente valorização da linguagem revelou três dimensões: i) a cognitiva, na qual a linguagem é vista como uma forma de nomeação de eventos e coisas; ii) a comunicativa, que coloca a linguagem como descobridora do mundo que se estabelece em contato com outros; e, por fim, iii) a categorizadora, na qual se percebe a linguagem como instância constitutiva do próprio mundo que se fala e do qual se pode falar³⁸⁰. Categorizadora pode ser entendida, *mutatis mutandis*, como a linguagem vista em sua dimensão ontológica, portanto, prévia e superior às outras duas dimensões (cognitiva e comunicativa), ou seja, o aspecto da linguagem mais radical e universal. Com Rohden, também é possível vislumbrar duas grandes orientações classificatórias da relação da filosofia com a linguagem até chegar na contribuição de Heidegger e de Gadamer. Do ponto de vista genérico, duas tendências se apresentam na história do pensamento. Uma, que se vincula ao legado do “Crátilo”³⁸¹, de Platão, e ao “Tractatus” da primeira fase analítica do pensamento de Wittgenstein, aportes em que a linguagem é marcada por sua função designativa de objetos. Uma segunda, já se aproximando de uma perspectiva hermenêutica, é inaugurada, ainda segundo Rohden, por Hamman, Herder e W. von Humboldt, e com os influxos dos jogos de linguagem do segundo Wittgenstein, perspectiva que acentua o sentido pragmático e autêntico da linguagem³⁸². Essas formas de conceber a linguagem se desenvolveram a partir de um processo complexo de sobreposição de obras e autores, de épocas e contextos diversos. O que importa, então, desse rico e vastíssimo processo, é entender as bases intelectuais com as quais a tematização da linguagem, com Heidegger, e mais propriamente Gadamer, passa a ter uma

³⁷⁹ Múltiplas conexões formam o arco de influências do pensamento heideggeriano, desde a leitura particular do legado grego clássico, Nietzsche, Kant, Brentano e Husserl.

³⁸⁰ SILVA JÚNIOR, Almir Ferreira da. **Estética e hermenêutica**: a arte como declaração de verdade em Gadamer. Tese (Doutorado em Filosofia) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Departamento de Filosofia. São Paulo, 2006. f. 161.

³⁸¹ Para Streck, trata-se da primeira obra filosófica que enfrenta diretamente o problema da linguagem, a partir da discussão travada acerca dos nomes. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. *Op. cit.*, p. 119.

³⁸² ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica e linguagem*. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de. **Hermenêutica filosófica**: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. Porto Alegre: Edi-PUCRS, 2000. p. 152.

dimensão ontológica. Tem-se, assim, nessa trajetória, em certa medida, a retomada da questão transcendental, ou seja, de um novo abordar a linguagem como condição prévia do pensamento, mas não mais pela via analítica kantiana, mas a partir do legado da fenomenologia. Esse legado da fenomenologia resultará, em Heidegger, em um projeto nomeado de “Ontologia Fundamental” ou uma hermenêutica da faticidade. Mas, de que fenomenologia está se falando? Se a questão hermenêutica avança com a temática da historicidade, da vivência e da compreensão, como nítido legado de Dilthey, a fenomenologia, em Heidegger, tem impulso inicial decisivo em Husserl. Essa assimilação da fenomenologia será a ponte para a virada ontológica, na qual os temas da linguagem e da hermenêutica passarão a ter, definitivamente, um novo estatuto com o pensamento de Heidegger.

“Às coisas mesmas” (*zurück zu den sachen selbst*) foi o lema mais conhecido da fenomenologia. Sua formulação sintética, aparentemente ingênua, esboçava um audacioso projeto rumo à renovação da filosofia, do qual Husserl, como gostava de ser designado, foi apenas o seu iniciador³⁸³. Tratava-se, como ainda descreve Safranski, muito mais que uma “escola”, mas um movimento, a partir do qual se aglutinavam inúmeros esforços para recuperar a disciplina e o rigor da especulação filosófica, mas também um certo desiderato de “consertar o mundo” em face da derrocada da civilização europeia, o que fazia pairar no ambiente ainda restrito da fenomenologia a ideia de um novo começo pela via do pensamento. O movimento de ir às coisas mesmas formou-se, assim, num contexto de novo fôlego intelectual, com o qual a tarefa de uma filosofia digna de um trabalho rigoroso e radical, como foi o de Kant, e mesmo o de Descartes, deveria retrabalhar a questão da relação entre consciência e fenômeno. Essa nova postura, a partir da revisão do *cogito* cartesiano³⁸⁴, fez com que se superasse a tendência natural, “não fenomenológica”, e mesmo aquela inserta nas ciências positivas, que separa o sujeito (consciência) dos objetos, uma vez que “[...] a fenomenologia tematiza o sujeito, o eu transcendental, que ‘coloca’ os objetos”³⁸⁵. Mais uma vez, ronda a demanda de renovação da filosofia, a “questão transcendental”, pois o *ego cogito* cartesiano não foi capaz de “atravessar o pórtico que leva à filosofia transcendental verdadeira”³⁸⁶. O sujeito cartesiano, solipsista, *a priori*, alheio às coisas, é superado pela ideia

³⁸³ SAFRANSKI, Rüdger. **Heidegger**. *Op. cit.*, p. 105.

³⁸⁴ Aliás, o ponto de partida de suas “Meditações Cartesianas”, rumo ao “ego transcendental”, Husserl adota, por princípio, o ponto de partida radical, da dúvida prévia, tal como se operou nas “Meditações” de Descartes, colocando em suspensão todas as convicções admitidas como válidas, até mesmo para a ciência. HUSSERL, Edmund. **Meditações Cartesianas**: introdução à fenomenologia. São Paulo: Madras, 2001.

³⁸⁵ ZILLES, Urbano. Fenomenologia e teoria do conhecimento em Husserl. **Revista da Abordagem Gestáltica** – XIII(2), p. 216-221, jul./dez. 2007, p. 218.

³⁸⁶ HUSSERL, Edmund. **Meditações Cartesianas**. *Op. cit.*, p. 42.

de intencionalidade. Assim, Husserl introduz, como a ideia-chave de intencionalidade, o movimento de que todo saber é uma abertura para, saber de, saber-no-mundo. Assim, o conhecimento não se estabelece entre dois pontos isolados. Como um modo-de-ser humano (desse sujeito-como-cogito), o conhecimento não é decorrente do movimento posterior de um ente, que guarda em seu psiquismo imagens de coisas exteriores, porquanto, como bem infere Luijpen, “o conhecimento não é ‘algo entre duas coisas’, nem uma relação entre duas realidades diversas, mas o próprio sujeito envolvido no mundo”³⁸⁷.

Com base nesse núcleo especulativo transcendental, tem-se a raiz da denominação desta nova vertente (fenômeno-*logos*), ou seja, o fenômeno como “o que aí se mostra e como se mostra a partir de si”³⁸⁸. Sob a aparente simplicidade do adágio fenomenológico básico, segundo Stein, encontra-se o princípio fundamental deste novo olhar, qual seja: “cada ente tem seu modo próprio de ser revelar ao investigador e, constatações filosóficas, para terem sentido, somente podem ser feitas quando fundadas nesta auto-revelação”³⁸⁹. Assim, múltiplas seriam as maneiras de acessar esses entes em seus modos próprios de ser, o que fez da fenomenologia uma teoria “guarda-chuva”, sob a qual inúmeras fenomenologias regionais se estruturaram, dentre elas a Filosofia Hermenêutica de Freiburg em que se situam as reflexões de Heidegger e de Gadamer³⁹⁰. Esse mosaico de tendências que se vincularam ao rótulo “fenomenologia” fez eclipsar momentaneamente o objetivo inicial de Husserl, marcado em sua arrancada pela abordagem lógica, à vista de uma filosofia geral rigorosa, em meio à querela de visões de mundo que reivindicavam a renovação fenomenológica. O programa originário de Husserl, todavia, foi retomado com a sua ida a Freiburg em 1916³⁹¹. Assim, no impulso inicial da fenomenologia, houve um movimento profícuo de afirmação de epistemologias regionais, impulsionadas por esta noção de acesso específico que se estabelece pelo modo próprio de como o objeto se mostra. No direito, por exemplo, esse programa viu-se concretizado na teoria egológica de Carlos Cossio, a qual, baseada na “teoria dos objetos” hipotecada a Husserl, propugnava que o objeto da ciência do direito era, em oposição ao normativismo formal kelseniano, a conduta em interferência intersubjetiva³⁹².

³⁸⁷ LUIJPEN, Wilhelmus Antonius Maria. **Introdução à fenomenologia existencial**. São Paulo: EPU, Editora da Universidade de São Paulo, 1973. p. 99.

³⁸⁸ *Idem*, p. 104-105.

³⁸⁹ STEIN, Ernildo. **A questão do método na filosofia**: um estudo do modelo heideggeriano. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1983. p. 33.

³⁹⁰ *Idem*, p. 34.

³⁹¹ *Idem*, p. 36.

³⁹² Explicitando a teoria dos objetos, aduz Machado Neto: “Tal teoria dos objetos reconhece quatro regiões ônticas ou quatro ontologias regionais, a saber: os objetos ideais, que se caracterizam por serem irrealis, não

A literatura registra, ademais, o impacto pessoal que o pensamento de Husserl causou em Heidegger, notadamente o seu livro “Investigações lógicas”. Tratou-se de um encontro intelectual produtivo, e decisivo³⁹³, de um Heidegger já marcado por intuições ontológicas originárias, baseadas no seu estudo de Brentano e Aristóteles, e um Husserl motivado pela sua querela contra o psicologismo e o anúncio de uma fenomenologia como renovadora da filosofia europeia. Nesse sentido, é digno de nota o próprio depoimento de Heidegger, citado por Stein:

[...] O que as investigações fenomenológicas descobriram de novo como a atitude básica do pensamento, se apresenta como o traço básico do pensamento grego e talvez mesmo da filosofia enquanto tal. Quanto mais isso se clarificava tanto mais insistentemente retornava a pergunta: a partir de onde e como se determina o que, segundo o princípio da fenomenologia, deve ser experimentado como ‘a coisa em si mesma’? É isto a consciência com sua objetividade ou é isto o ser do ente em seu desvelamento e velamento? ‘Assim fui levado ao caminho da pergunta pelo ser iluminado pela atitude fenomenológica, novamente e de outro modo que antes inquietado pelas questões que me ocupavam desde a leitura da dissertação de Brentano’³⁹⁴.

A dimensão própria, fenomenológica, dessa tematização singular da linguagem que marcará, pós-*linguistic turn*, a virada ontológica de Heidegger, é uma etapa fundamental para o caminho que Gadamer trilhará em “Verdade e Método”. O ponto-chave desse refletir radical sobre a filosofia e sua relação com a linguagem toma a forma de uma crítica direta dos pressupostos da metafísica da consciência e seu produto objetivante. A fenomenologia de Husserl, como abordado, apesar de antecipadora da ruptura da filosofia da consciência, todavia, apresentou algumas insuficiências que foram superadas por Heidegger. A ideia de *epoché*, de se colocar previamente em suspensão, entre parênteses, nossos juízos prévios, hábitos e concepções ingênuas da vida cotidiana, vai sendo aos poucos revista pelo próprio Husserl e, posteriormente, vai desaparecendo em suas obras finais, como também não ganha

se darem na experiência e serem neutros de valor, e cujo processo cognoscitivo é a intelecção, que se realiza através do método racional-dedutivo; os objetos naturais, reais, que se dão na experiência, são neutros ao valor e cujo processo de conhecimento é a explicação, realizável por meio do método empírico-indutivo; c) os objetos culturais, que são reais, estão na experiência, são positiva ou negativamente valiosos e são conhecidos mediante o processo gnosiológico da compreensão, por meio do método empírico-dialético; d) objetos metafísicos, que têm existência real, não estão na experiência sensível e são valiosos positiva ou negativamente.” MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. *Op. cit.*, p. 51.

³⁹³ Para Stein, apesar de outras experiências marcantes no pensamento heideggeriano: “[...] o fator determinante de seu pensamento [de Heidegger] foi, no entanto, o encontro com a fenomenologia”. STEIN, Ernildo. **A questão do método na filosofia**. *Op. cit.*, p. 30.

³⁹⁴ HEIDEGGER, Martin, *apud* STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**. *Op. cit.*, p. 145.

espaço nas abordagens fenomenológicas de Heidegger³⁹⁵. Qual é, então, a contribuição da fenomenologia na arquitetura do trabalho de Heidegger? O próprio Heidegger, ao ter que explicitar o caminho metodológico do seu tratado (*Ser e Tempo*), infere que suas investigações foram apenas possíveis com as bases estabelecidas por Husserl³⁹⁶. Por fenomenologia, Heidegger indica o método, o caminho a ser trilhado em “*Ser e Tempo*”, como movimento rumo “às coisas mesmas”, recepcionando o legado de Husserl de forma crítica, a partir de sua leitura dos sentidos dos termos *phainómenon* e *logos*. A leitura particular da fenomenologia feita por Heidegger, portanto, busca um método adequado à envergadura do questionamento, a busca do sentido do ser que se estabelece como o que se manifesta e, ao mesmo tempo, oculta-se. A abertura do ser do *Dasein* opera-se em desvelamento e velamento, conformando a verdade fenomenológica ou a *veritas transcendentalis*³⁹⁷. É nessa perspectiva que Heidegger esboça o tratamento fenomenológico da questão transcendental no bojo de seu projeto de uma ontologia fundamental. Assim sendo, a ontologia mais originária buscada por Heidegger só poderia se efetivar como fenomenologia, uma vez que, em seu movimento próprio, a especulação sobre o sentido do ser já se mostra, por si, fenomenológica. Tal perspectiva não poderia, por suposto, abordar o sentido do ser mais originário à luz das categorias analítico-metodológicas já estabelecidas a partir da dicotomia sujeito/objeto, uma teoria do conhecimento. Em suma:

Ontologia e fenomenologia não são duas disciplinas diferentes da filosofia ao lado de outras. Ambas caracterizam a própria filosofia em seu objeto e em seu modo de tratar. A filosofia é uma ontologia fenomenológica e universal que parte da **hermenêutica da pre-sença** [*Dasein*]. A qual, enquanto analítica da existência, amarra o fio de todo questionamento filosófico no lugar de onde ele brota e onde retorna³⁹⁸. (Destaque ausente no original.)

Essa precisa abordagem de Heidegger resume o sentido de sua assimilação crítica da fenomenologia como ontologia. Para melhor compreender como essa ontologia fundamental se estabelece, e como a hermenêutica doravante passa a ter um estatuto ontológico, é preciso recuar até o ponto mais saliente e transversal do seu pensamento: a crítica da metafísica da subjetividade. Essa crítica parte, em “*Ser e Tempo*”, de uma constatação preliminar, cujos efeitos se cristalizaram na tradição de pensamento ocidental: o esquecimento da questão do

³⁹⁵ LUIJPEN, Wilhelmus Antonius Maria. **Introdução à fenomenologia existencial**. *Op. cit.*, p. 112.

³⁹⁶ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. Parte I, p. 69.

³⁹⁷ *Idem, ibidem*.

³⁹⁸ *Idem, ibidem*.

sentido do ser. Esse, pois, é o ponto inicial para entender a revolução heideggeriana e sua influência para o campo da hermenêutica filosófica posterior.

Longo fora o caminho da metafísica; era preciso, novamente, recolocar a questão do sentido do ser. Tratava-se de uma retomada, e não propriamente de um novo problema. Essa questão esteve palpitante no bojo da tradição ocidental, e Heidegger, no pórtico de “Ser e Tempo”, retira de um excerto de “O Sofista” de Platão um exemplo de que no passado da metafísica houve um momento de *aporia* em que a questão do ser fora esquecida³⁹⁹. Haveria uma resposta para o significado do termo “ente”? Sob a indagação do “ente”, da qual a filosofia da consciência não soube escapar, para Heidegger, restou esquecida a questão fundamental da metafísica, que é sentido do ser⁴⁰⁰. O sentido do termo “ser” é, em si, dificultoso, tido como o “conceito mais universal e mais vazio”⁴⁰¹. Não obstante a ambiguidade que o termo “ser” enfrentou, diversamente da atitude imobilizadora que indicou o diálogo platônico, Heidegger indicou, no contexto de produção de sua hermenêutica do ser-aí (*Dasein*), a possibilidade de resgatar o sentido dessa questão, que nada mais seria que o sentido que encerraria a superação da velha metafísica. Essa trajetória se deu em um movimento complexo, mas pode, apenas como reconstrução didática, ser compreendida em três grandes fases, numa proposta elaborada por Stein, tendo por mote a ideia dos modos próprios de pensar na filosofia e no conhecimento empírico, bem como tendo em conta as características que constituem as fases do movimento do pensamento heideggeriano⁴⁰².

A questão axial da crítica e superação da metafísica, via construção de uma analítica do sentido do ser (Ontologia fundamental), pode ser vista a partir do conjunto de reflexões que encerram abordagens de um primeiro Heidegger. Em 1927 é publicado “Ser e tempo”. Pode-se entender a presença de preocupações típicas de Heidegger I como aquelas que se situam nas obras anteriores a 1927, bem como as consequências diretamente ligadas ao conjunto de problemas suscitados em “Ser e Tempo”⁴⁰³. Que tipo de problemática forma este primeiro momento? Tratou-se por esboçar o projeto ousado de uma analítica existencial, a partir da constatação do desvio da metafísica com o esquecimento do ser. Com destaca Stein,

³⁹⁹ “[...] pois é evidente que de há muito sabeis o que propriamente quereis designar quando empregais a expressão ‘ente’. Outrora, também nós julgávamos saber, agora, porém, caímos em *aporia*.” HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. *Op. cit.*, p. 24.

⁴⁰⁰ Noutro momento, dirá Heidegger acerca da questão fundamental da metafísica: “Por que há simplesmente o ente e não antes o Nada?” HEIDEGGER, Martin. **O que é metafísica**. *Op. cit.*, p. 33.

⁴⁰¹ HEIDEGGER, Martin. **Ser y tiempo**. Tradução de Jorge Eduardo Rivera C. Chile: Editorial Universitária, 1998. p. 23.

⁴⁰² STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença**. *Op. cit.*, p. 21-28.

⁴⁰³ *Idem*, p. 21.

o projeto de “Ser e Tempo” comportaria o total de seis seções, sendo que Heidegger apresentara apenas duas. Essa incompletude fez suscitar uma série de questões que transitaram no processo de autointerpretação de Heidegger, notadamente em razão de não ter sido publicada a terceira seção intitulada “tempo e ser”. Essa incompletude fez com que o foco da ontologia fundamental esquadrihada nesse primeiro momento fosse a questão transcendental, ou seja, a fixação propedêutica de uma analítica existencial do ser como condição de possibilidade de superação da metafísica. Essa etapa, obviamente apenas utilizada como momento preparatório, Heidegger se ocupa de autores da tradição metafísica clássica, como Platão e Aristóteles. Mas como pensar o sentido do ser, a questão mais relevante esquecida, sem com isso cair na predicação da metafísica? Ou, dito de outro modo, como instituir uma ontologia fundamental, condição necessária para pensar o sentido do ser, se, ao mesmo tempo, o sentido do ser já está pressuposto nesta própria tarefa? Como, linguisticamente, abordar um tema pré-gnosiológico? Segundo Stein, não apenas Heidegger se deu conta deste paradoxo, além do que significaria a incompletude do seu trabalho, como também optou por fixar, nessa primeira fase do seu pensamento, os elementos de sua ousada e radical tarefa⁴⁰⁴. Esse projeto se configurou a partir de dois teoremas fundamentais: a diferença ontológica e o círculo hermenêutico.

Como dito, a palavra “ser” é ambígua, para não dizer embaraçosa. Trata-se, como se solidificou na tradição filosófica do ocidente, do conceito mais indefinível, resultado do paradoxo de sua extrema universalidade, da qual o filósofo da Floresta Negra relembra Pascal:

Não se pode tentar definir o ser sem cair no seguinte absurdo: pois não se pode definir uma palavra sem começar por – é –, quer se exprima, quer se a subentenda. Portanto, para definir o ser seria preciso dizer é, e assim empregar a palavra definida na definição⁴⁰⁵.

Dessa aparente aporia, de que um “ser” não pode ser predicado como um ente, não se pode concluir pela irrelevância dessa problemática, ou que tal embaraço deva levar ao abandono ou ao próprio esquecimento dessa questão. Não. Heidegger afirma que o sentido do ser não pode derivar de definições predicativas, e aí reside toda a relevância do indagar sobre o seu sentido. O fato de o ser não poder ser predicado, de o seu sentido não se estabelecer “acrescentando-lhe um ente”, além de forçar uma nova gramática filosófica, radical, para

⁴⁰⁴ STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença**. *Op. cit.*, p. 23

⁴⁰⁵ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. *Op. cit.*, p. 29.

além da lógica baseada na ontologia tradicional⁴⁰⁶, conforma um teorema heideggeriano fundamental, o primado da diferença ontológica, ou seja: todo ser é um ser de ente, a ele se refere, mas um ser não é um ente⁴⁰⁷.

Refletir, então, sobre o ser, exigiria, dada a sua radicalidade, recolocar em termos satisfatórios a questão do sentido do ser, numa atividade preparatória que se afirma na primeira parte de “Ser e Tempo”. Esse esforço é relevante. Trata-se de uma questão central: qual o sentido desse “é”, cujo significado não pode ser mais predicado, e que já está em certo sentido à nossa disposição, visto que já, desde sempre, movemo-nos em sua compreensão, sem, todavia, sermos capazes de fixá-lo conceitualmente? Como assevera Heidegger, uma ontologia fundamental deve superar o sentido tradicional dado pela metafísica a esta questão, como “investigar o ente como tal”, mas acentuar o sentido mais originário proposto em “Ser e Tempo”, que trata por “investigar o Ser, como tal.” A diferença ontológica, assim, aponta para a sentido da questão do ser tal qual Heidegger a propôs nos anos 20 do século passado, nos moldes de uma analítica existencial do ser como questão mais originária. Alerte-se que essa perspectiva transcendental não busca fixar o sentido derivado dos entes ou dos fundamentos para o conhecimento válido onticamente no campo das ciências particulares, essas últimas baseadas em uma verdade proposicional presa ao esquema sujeito/objeto. Essa transcendentalidade radical, mais originária, para além de uma teoria do conhecimento fundada na diferença entre sujeito e objeto, se estabelece a partir da diferença entre ser e ente, e assim, como alerta Stein, não apenas se coloca como analítica das condições de possibilidade dos enunciados e das proposições, mas da pré-estrutura mais originária da compreensão em geral⁴⁰⁸. O esquecimento do sentido do ser efetuado pela ontologia tradicional levou, de outra forma, a uma perspectiva unicamente gnosiológica, cujos exemplos modernos mais candentes são o racionalismo cartesiano e o transcendentalismo kantiano. O primado da diferença ontológica no pensamento heideggeriano, com efeito, recoloca a questão do sentido do ser em um nível autônomo de reflexão, de constituição anterior, antepredicativa. Essa desconcertante antepredicação situa-se num transcendentalismo que busca não cair nas *trampas* da filosofia da subjetividade, eis que seu ponto de partida não está amparado pela

⁴⁰⁶ “O título ‘ontologia’ cunhou-se no século XVII. Designa a elaboração doutrinal tradicional do ente numa disciplina e num membro do sistema filosófico. A doutrina tradicional, porém, é a análise e sistematização acadêmica do que, para Platão e Aristóteles e depois Kant, constituía uma QUESTÃO, embora não mais originária”. HEIDEGGER, Martin. **Introdução à metafísica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999. p. 67.

⁴⁰⁷ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. *Op. cit.*, p. 29.

⁴⁰⁸ STEIN, Ernildo. **Sobre a verdade**: lições preliminares ao parágrafo 44 de Ser e Tempo. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 143, *passim*.

consciência de um sujeito solipsista, pelo *cogito* cartesiano, mas num modo de ser próprio antes de toda e qualquer predição de sentido, porquanto a questão do sentido do ser trata do que faz com que algo seja, efetivamente, algo.

A retomada da questão esquecida do ser parte, então, do primado da diferença ontológica. Com ela, a estrutura da questão do ser pode, efetivamente, ser recolocada, sem que tal operação seja cooptada pela metafísica tradicional, a qual, repita-se, na busca dos fundamentos últimos, a partir do esquema sujeito/objeto, apenas foi capaz de tratar dos entes, esquecendo a questão mais radical do pensamento. Como questão que remonta “as condições de possibilidade”, essa aparente retomada da questão transcendental, em Heidegger, poderia parecer um mero retorno aos temas da analítica kantiana. Todavia, como bem alerta Stein, trata-se de um transcendentalismo mais originário⁴⁰⁹, pois, como adianta Heidegger, tal analítica tem por meta provisória a interpretação do tempo, da temporalidade, como “horizonte possível de toda e qualquer compreensão do ser em geral”⁴¹⁰. Assim colocada esta tarefa de fundo, a questão da analítica do ser, posta aqui muito sumariamente, não pode se desvencilhar da analítica do *Dasein*⁴¹¹, pois “A questão da compreensão do ser só é possível quando se dá uma compreensão do ser. A compreensão do ser pertence ao modo de ser deste ente que denominamos pre-sença [*Dasein*]”⁴¹². A questão do sentido do ser, portanto, é visceralmente ligada ao termo “*Dasein*”⁴¹³. Nessa perspectiva, o lugar da verdade passa a ser visto como o lugar mais originário, o lugar da compreensão da existência, que se dá no ser-aí (*Dasein*), que

⁴⁰⁹ STEIN, Ernildo. **Sobre a verdade**. *Op. cit.*, p. 143, *passim*.

⁴¹⁰ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. *Op. cit.*, p. 24.

⁴¹¹ O sentido filosófico do termo “*Dasein*” na obra heideggeriana é complexo, o que exige certas considerações. O termo, vertido para o português, pode ter o sentido literal de “estar aí”, “ser aí”. Mas, o mais relevante é o sentido filosófico muito peculiar que a expressão ganha na analítica heideggeriana, o que faz com que os tradutores optem ora por deixar no texto o termo originário alemão, “*Dasein*”, ou, de outro modo, por traduzi-lo por “presença”. A substituição do termo originário “*Dasein*” por “presença é utilizada pela tradução feita na edição brasileira de “*Ser e Tempo*”, cuja justificativa é importante registrar: “Pre-sença não é sinônimo de existência e nem de homem. A palavra *Dasein* é comumente traduzida por existência. Em *Ser e Tempo*, traduz-se, em geral, para as línguas neolatinas pela expressão ‘ser-aí’, *être-là*, *esse-ci* etc. Optamos pela tradução de pre-sença pelos seguintes motivos: 1) para que não se fique aprisionado a implicações do binômio metafísico essência-existência; 2) para superar o imobilismo de uma localização estática que o ‘ser-aí’ poderia sugerir. O ‘pre’ remete ao movimento de aproximação, constitutivo da dinâmica do ser, através localizações; 3) para evitar um desvio de interpretação que o ‘ex’ de ‘existência’ suscitaria caso permanecesse no sentido metafísico de exteriorização, atualização, realização, objetivação e operacionalização de uma essência. O ‘ex’ firma uma exterioridade, mas interior e exterior fundam-se na estruturação da pre-sença e não o contrário; 4) pre-sença não é sinônimo nem de homem, nem de ser humano, nem de humanidade, embora conserve uma relação estrutural. Evoca o processo de constituição ontológica do homem, ser humano e humanidade. É na pre-sença que o homem constrói seu modo de ser, a sua existência, a sua história etc.” Nota explicativa feita por Márcia de Sá Cavalcante in: HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. *Op. cit.*, p. 309.

⁴¹² HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. *Op. cit.*, p. 266.

⁴¹³ Muitas são as possibilidades de tradução do termo “*dasein*”. Na tradução brasileira de ser e tempo, optou-se pelo termo “presença”.

é um modo de ser, e não mais um ente no campo da subjetividade⁴¹⁴. Pinçados de um conjunto muito mais vasto de categorias da analítica heideggeriana, mesmo que resumidamente, é importante destacar que o *Dasein* se mostra como ser-para-morte, de cuja consciência de estar-lançado, num poder-ser-no-mundo⁴¹⁵, e de cuja finitude se apresenta a disposição para angústia. Paralelamente a este ser-lançado, o ser do *Dasein* apresenta-se como cura, cuidado (*sorge*).

A angústia não é interpretada como elemento psicológico do ser humano, mas, existencialmente, como a abertura própria do *Dasein* no seu modo-de-ser no mundo. Assim, “Em sua faticidade, esse fato é um problema *ontológico* e não apenas o que respeita à sua causalidade e processamentos ônticos. O disparo psicológico da angústia só é possível porque a pre-sença [Dasein], no fundo do seu ser, se angustia”⁴¹⁶. Ademais, uma interpretação ontológica do *Dasein* como cura pode ser iluminada a partir da seguinte fábula:

Certa vez, atravessando um rio, ‘cura’ viu um pedaço de terra argilosa: cogitando, tomou um pedaço e começou a lhe dar forma. Enquanto refletia sobre o que criara, interveio Júpiter. A cura pediu-lhe que desse espírito à forma de argila, o que ele fez de bom grado. Como a cura quis dar o seu nome ao que tinha dado forma, Júpiter a proibiu e exigiu que fosse dado o nome. Enquanto ‘Cura’ e Júpiter disputavam sobre o nome, surgiu também a terra (*tellus*) querendo dar o seu nome, uma vez que havia fornecido um pedaço do seu corpo. Os disputantes tomaram Saturno como árbitro. Saturno pronunciou a seguinte decisão: ‘Tu, Júpiter, por teres dado o espírito, deves receber na morte o espírito, e tu, terra, por teres dado o corpo, deves receber o corpo. Como, porém, foi a ‘cura’ quem primeiro o formou, ela deve pertencer à ‘cura’ enquanto viver. Como, no entanto, sobre o nome há disputa, ele deve se chamar ‘homo’, pois foi feito de humus (terra)⁴¹⁷.

Heidegger destaca que, nessa fábula, não será por acaso que o ser-no-mundo, enquanto vivo, tenha a forma de “cura”, e que, também, tenha sido Saturno (o tempo) o árbitro da querela, marcando o percurso temporal constitutivo do *Dasein*⁴¹⁸. O próprio Heidegger também alerta sobre a origem dupla da significação do termo “cura” já presente no pensamento antigo, nos sentidos de “esforço angustiado”, “cuidado”, “dedicação”⁴¹⁹.

A interrogação radical do ser de um ente implica que considerar que ente já deve estar acessível preliminarmente, tal como ele se desvela. Ente, conforme estabelece o próprio

⁴¹⁴ STEIN, Ernildo. **Sobre a verdade**. *Op. cit.*, p. 128.

⁴¹⁵ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. *Op. cit.*, p. 257.

⁴¹⁶ *Idem*, p. 254.

⁴¹⁷ *Idem*, p. 263-264.

⁴¹⁸ *Idem*, p. 264.

⁴¹⁹ *Idem, ibidem*.

Heidegger, é como tudo aquilo se fala e se pode falar, e, ao mesmo tempo, “como nós mesmos somos”, e o ser como o que “está naquilo que é e como é, na realidade, no ser simplesmente dado (*Vorhandenheit*), na pre-sença [*Dasein*], no ‘há’”.⁴²⁰ (citação direta de Heidegger, p. ?) Assim, esse acesso ao modo prévio e adequado do sentido do ser de um ente tem um ponto de partida, que é interrogar pelo ente exemplar, do qual o sentido do ser ganha primazia, e seu modo adequado de acesso justamente passa por esse ente peculiar⁴²¹, o único capaz de se interrogar pela questão do ser, posto que “Esse ente que cada um de nós somos e que, entre outras coisas, possui em ser a possibilidade de questionar, nós o designamos com o termo pre-sença [*Dasein*]”⁴²².

Após todo o debate propiciado com a veiculação de “Ser e Tempo”, forja-se a partir da década de 1930 aquilo que Stein denomina de Heidegger II. Nesta fase já se demonstram duas inclinações nítidas; uma, voltada à abordagem dos poetas e pensadores que mostrariam o “mal-estar” da metafísica, com destaque em Nietzsche e poetas como Hölderlin, e, em segundo lugar, um retorno à tradição grega não mais pela via régia dos autores fundadores clássicos (Platão e Aristóteles), mas a partir da discussão de filósofos pré-socráticos, dentre os quais se destacam Parmênides e Heráclito⁴²³. Nessa fase, o filósofo, diferentemente do Heidegger I, focado na fixação do esquecimento do ser e dos pressupostos de uma analítica existencial, trata de abordar a questão ancestral, a aurora do debate do ser.

Já Heidegger III, ainda com Stein, é marcado por um conjunto de temas que se vinculam ao diagnóstico do seu tempo, com o final da Segunda Grande Guerra. Deste cenário surgem os temas da hegemonia da técnica e do humanismo. A hegemonia da técnica pode ser vista, então, como o desembocar do processo de esquecimento da questão do ser, “pelo império do dispositivo [...] em que o ser desaparece no pensamento que calcula”⁴²⁴. A técnica, assim, pode ser colocada ao lado dos outros princípios epocais que marcaram a trajetória da

⁴²⁰ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. *Op. cit.*, p. 32.

⁴²¹ O “*Dasein*”, referido a um ente, não é propriamente um ente. No sentido propugnado por Zimmerman: “Heidegger utiliza o termo *Dasein* para denominar a esta receptividade peculiar da existência humana para o ser (automanifestação) dos entes. Em alemão, *da* significa *aqui* ou *áí*, enquanto *sein* corresponde ao verbo *ser*. Assim, *Dasein* significa o local onde o ser ocorre, a abertura na qual a presença acontece. Para Heidegger, nem a temporalidade (ausência, nada), nem o ser (presença, automanifestação) são um ente. São condições necessárias para que os entes surjam como tal. Nunca *vemos* o tempo ou *tocamos* a presença das coisas, vemos e tocamos as coisas que se manifestam ou se apresentam”. ZIMMERMAN, Michel. Heidegger, budismo e ecologia profunda. In: GUINON, Charles (Org.). Poliedro Heidegger. Lisboa: Instituto Piaget, [s.d.], p. 264, *apud* STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. *Op. cit.*, nota 346, p. 197.

⁴²² HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. *Op. cit.*, p. 33.

⁴²³ STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença**. *Op. cit.*, p. 25.

⁴²⁴ *Idem*, p. 81.

metafísica, como a ideia, em Platão, a substância, em Aristóteles, elementos esses que também se estabelecem no medievo, chegando-se ao ápice dos princípios epocais modernos da subjetividade, o cogito cartesiano, a coisa em si kantiana e o espírito absoluto de Hegel⁴²⁵. Evidentemente, como aponta o próprio Stein, não existem três “Heideggers”, à vista de que temas, preocupações e autores se interpenetram, ao longo de lapsos de tempo não tão delimitáveis, sendo esta demarcação apenas um recurso para uma visualização dos temas nucleares de sua abundante obra. Importa tratar, como segundo elemento, à luz dos objetivos aqui estabelecidos, o segundo teorema inserto no pensamento heideggeriano, o círculo hermenêutico, e sua decisiva contribuição com o conjunto de reflexões da analítica existencial. Essa hermenêutica da faticidade, fundada no círculo hermenêutico, será, enfim, o terreno a partir do qual Gadamer empreenderá suas reflexões.

A questão da circularidade da interpretação ganhou, como visto na trajetória de afirmação da hermenêutica, notoriedade e visibilidade com Schleiermacher. Com Heidegger, o primado da diferença ontológica coloca a questão do ser, bem como os pressupostos da analítica do *Dasein*, num espaço de pensar a filosofia no seu sentido mais originário, recolocando, por suposto, a questão da compreensão e da interpretação a partir dessa nova perspectiva. A compreensão é, nessa perspectiva, não um resultado de uma operação cognitiva instrumental, em que um sujeito conhece algo, mas é um existencial do *Dasein*⁴²⁶. A compreensão é um elemento que se dá no próprio modo de ser do *Dasein*. Ou, como infere Gadamer, essa noção de compreensão heideggeriana, da qual, nesse sentido específico, ele segue os passos, garantiu esclarecer que “compreender não é um modo particular de relacionamento com o mundo, mas um ‘existencial’, o próprio modo de ser do ser aí”⁴²⁷. A circularidade da compreensão, no sentido ontológico conquistado por Heidegger, indica que já, desde sempre, ao compreendermos já nos antecipamos, pois se parte sempre de uma situação hermenêutica composta das múltiplas condições prévias de sentido que dão acesso ao mundo pela linguagem. A imagem do círculo representa esse movimento não linear, e também não vicioso, em que a compreensão (interpretação) só pode ser pensada a partir de (e com) a pré-compreensão constitutiva do modo de ser do *Dasein* e, de igual modo, a partir da reflexão sobre esse lugar instituinte, um poder-ser de que sempre se parte (situação hermenêutica). Assim, o círculo da interpretação deixará de ser uma categoria da epistemologia, mas, efetivamente um processo compreensivo-hermenêutico em seu sentido mais profundo.

⁴²⁵ STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença**. *Op. cit.*, p. 81.

⁴²⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. *Op. cit.*, p. 196.

⁴²⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Entrevistas do Le Monde**. São Paulo: Ática, 1990. p. 214.

Há que se perceber, ademais, que, no ato da interpretação, a questão da compreensão se estabelece num duplo do sentido do termo “como”: o sentido hermenêutico e o apofântico. O “como” hermenêutico está situando antes de sua caracterização proposicional, pois o ente, para ser expresso na proposição, já se tornou, na abertura que lhe é constitutiva, acessível. O “como” apofântico se liga à determinação do sentido proposicional, na singularidade do sentido apreendido na proposição. Assim, a antiga ontologia priorizou justamente a interrogação do “como” apofântico, restringindo o lugar da verdade (juízo) na proposição⁴²⁸. Dessa diferença, entre a esfera apofântica da interpretação, ressalta-se a primazia da interpretação hermenêutica-existencial, sempre mais originária. Só assim a filosofia será, efetivamente, uma hermenêutica do ser-aí (*Dasein*), em sentido plenamente fenomenológico, e não mero arcabouço instrumental e epistemológico, pois é fundada em uma tripla possibilidade: “posição prévia, visão prévia e concepção prévia”⁴²⁹, nas quais toda interpretação se encontra. Assim, não compreendemos porque interpretamos, mas, ao interpretar, desde já, compreendemos.

O que representou o gigantesco projeto heideggeriano para o campo de redefinição da linguagem? Segundo Streck, a questão transcendental passa a ser mais do que condição de possibilidade, passa a ser constituinte e constituidora do saber⁴³⁰. O mundo como universo significativo só poder ser mundo com a linguagem⁴³¹. O *Dasein* humano está na abertura do relacionamento com o ser, na linguagem, diferentemente de outros entes que, “fechados em si, acabados, sem mundo, não têm linguagem”⁴³². A palavra não designa, de fora, o mundo, ela é a condição de que uma coisa seja uma coisa, com sentido. Em certa alusão ao aforismo wittgenstariano, de que os limites da linguagem são os limites do meu mundo, Heidegger vai além, pois a linguagem não só é limite do “dizível”, ela é a própria condição ontológica, mais originária, do dizer. O mundo, diferentemente da perspectiva lógica analítica (função

⁴²⁸ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. *Op. cit.*, p. 211.

⁴²⁹ *Idem*, p. 207.

⁴³⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. *Op. cit.*, p.

⁴³¹ A linguagem é a condição prévia de acesso ao sentido e, portanto, ao sentido de mundo. Colhe-se um excerto, à guisa de elucidação, ainda que elaborado em fase posterior a “Ser e Tempo”, acerca da ideia de mundo, para além de uma construção simbólico-proposicional ou psicologista, na qual: “Dizemos provisoriamente: mundo é o ente sempre e cada vez mais acessível e corrente. Mundo é o que é acessível, isto com o que uma lida é possível ou necessária para o modo de ser do ente. A pedra é sem mundo. [...] A pedra é. Ou seja: ela é isto ou aquilo, e é enquanto tal aqui ou lá. Ela está ou não está simplesmente dada. Ela é – mas ao seu ser pertence a essencial ausência de acesso, sob o domínio da qual ela é à sua maneira (ser simplesmente dado). HEIDEGGER, Martin. **Os conceitos fundamentais da metafísica**: mundo, finitude e solidão. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 228.

⁴³² BEANI, Thaís Curi. **À escuta do silêncio**: um estudo sobre a linguagem no pensamento de Heidegger. São Paulo: Cortez, 1981. p. 30.

designativa da linguagem), não é o universo de predicacões e de proposições, apenas um ambiente externo de “coisas” e sensações, pois, para Heidegger, o *Dasein* já se situa num, desde sempre, estar-lançado, como um ser-no-mundo⁴³³. A palavra passa a ser condição de acesso mais originário ao sentido do Ser⁴³⁴. É a morada em que habita o homem e seu modo de ser próprio, *Dasein*, pois é o que “proporciona o ser à coisa”⁴³⁵.

Todo esse caudaloso rio, essa nova gramática filosófica instaurada por Heidegger, serve de suporte ao projeto final que faz a transição paradigmática da epistemologia à hermenêutica. Com Heidegger, a filosofia é fenomenologia e essa se caracteriza pela analítica (interpretação) existência do *Dasein*. A filosofia é, assim, hermenêutica. Processo de elucidação do sentido do ser. Com Gadamer, partindo dessas premissas, conquista-se mais um lugar no longo trajeto aqui sumariamente esboçado: a filosofia não é só hermenêutica fenomenológica, mas a hermenêutica, também, passa a ser filosófica.

3.1.4 Hermenêutica como filosofia: Gadamer

Não é possível pensar a proposta de uma hermenêutica filosófica de Gadamer sem entender a força do pensamento de Heidegger em sua obra, com especial atenção para os pontos abordados antes, sem contudo deixar de perceber certos distanciamentos entre ambos.

⁴³³ Na sua abertura, como modo de ser de ente, o “*Dasein*” não apenas se mostra como ser-no-mundo, mas, também, ser-em, ser-com-os-outros, como um ser-para-morte, de onde se retira a questão da finitude como elemento central do pensamento heideggeriano, assim como o cura ou cuidado (*sorge*), existenciais próprios do ser-aí que poderiam ser melhor tratados numa reflexão específica.

⁴³⁴ A literatura poder contribuir no sentido de elucidar o caráter constituidor da palavra, da linguagem. Nesse sentido, primorosa é uma passagem de “*Vidas Secas*”, de Graciliano Ramos, no capítulo “A festa”, em que o “menino mais velho” e o “menino mais novo”, filhos de Fabiano e Sinhá Vitória, junto com a cachorra “baleia”, saem da fazenda rumo à cidade. “[...] Agora [os meninos] olhavam as lojas, as toldas, a mesa do leilão. E conferenciavam pasmados. Tinham percebido que havia muitas pessoas no mundo. Ocupavam-se em descobrir uma enorme quantidade de objetos. Comunicaram baixinho um ao outro as surpresas que os enchiam. Impossível imaginar tantas maravilhas juntas. O menino mais novo teve uma dúvida e apresentou-a timidamente ao irmão. Seria que aquilo tinha sido feito por gente? O menino mais velho hesitou, espiou as lojas, as toldas iluminadas, as moças bem vestidas. Encolheu os ombros. Talvez aquilo tivesse sido feito por gente. Nova dificuldade chegou-lhe ao espírito, soprou-a no ouvido do irmão. **Provavelmente aquelas coisas tinham nomes.** O menino mais novo interrogou-o com os olhos. Sim, com certeza as preciosidades que se exibiam nos altares da igreja e nas prateleiras das lojas tinham nomes. Puseram-se a discutir a questão intrincada. Como poderiam os homens guardar tantas palavras? Era impossível, ninguém conservaria tão grande soma de conhecimentos. **Livres dos nomes, as coisas ficavam distantes, misteriosas. Não tinham sido feitas por gente.** E os indivíduos que mexiam nelas cometiam imprudência. Vistas de longe, eram bonitas. Admirados e medrosos, falavam baixo para não desencadear as forças estranhas que elas porventura encerrassem.” (destaque ausente no original). RAMOS, Graciliano. **Vidas Secas**. 80. tiragem. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 83-84.

⁴³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. *Op. cit.*, p. 201.

É conhecida a metáfora jocosa de Habermas de que Gadamer urbanizou a província heideggeriana⁴³⁶. Para além dessa ironia, o sentido desta metáfora não só aponta para a diferença de estilos entre estes dois autores, mas pode deixar em aberto alguns aspectos em que Gadamer observa criticamente seu mestre Heidegger. É recomendável, então, começar por tais diferenças para chegar aos elementos comuns que serão fundamentais para a reflexão gadameriana.

Germanista e historiador da arte por formação, Gadamer parte de uma base humanista sólida, sendo que, apesar de ter Heidegger como grande mestre e inspirador, e por este convívio ter iniciado seu estudo da filosofia clássica⁴³⁷, a interpretação dada ao legado grego⁴³⁸ pode ser colocada como um ponto divergente entre ambos. A filosofia clássica grega é o centro de gravidade da virada ontológica de Heidegger e de Gadamer, ainda que este último, como se observará, enfrenta mais diretamente a questão moderna da hegemonia do método científico no campo das ciências do espírito. Ademais, reconhecendo que ninguém melhor do que Heidegger demonstrou nosso enraizamento na filosofia grega, Gadamer pondera que a questão do esquecimento do ser, nodal para o pensamento do seu mestre, é colocada de maneira unilateral. Para Gadamer, ao lado do esquecimento do ser (*Seinsvergessenheit*) houve também um processo contínuo de tentativa de “rememoração do Ser” (*Seinserinnerung*)⁴³⁹. Está claro, para Gadamer, que o centro de uma hermenêutica de caráter filosófico se estabelece na relação entre homem e linguagem, e esta relação tem raízes claras já na reflexão do *logos* aristotélico, relação esta que foi retomada na modernidade por Wilhelm von Humboldt⁴⁴⁰, não obstante a tradição religiosa do ocidente ter paralisado este processo de reflexão. Não apenas a interpretação unilateral do problema do esquecimento do ser é uma questão problemática do pensamento de Heidegger, mas também a interpretação muito peculiar que este deu a certos autores. Nesse sentido, Gadamer também declara entender que Heidegger violentava os textos dos autores abordados, ainda que fosse produtiva sua forma de abordagem, excetuando-se a interpretação dada a Nietzsche e Aristóteles⁴⁴¹. Essa distância

⁴³⁶ HABERMAS, J. **Dialética e Hermenêutica**: para a crítica da **hermenêutica** de Gadamer. Tradução de A. Valls. Porto Alegre: LPM, 1987.

⁴³⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Entrevistas do Le Monde**. *Op. cit.*, p. 219.

⁴³⁸ Há um conjunto de críticas feitas por Caputo sobre uma “mistificação” do ser e da leitura mitológica do legado grego feita por Heidegger em “Ser e Tempo”. Nesse sentido, ver: CAPUTO, John. **Desmitificando Heidegger**. São Paulo: Instituto Piaget, 1993.

⁴³⁹ *Idem, ibidem*.

⁴⁴⁰ GADAMER, Hans-Georg. Homem e linguagem. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de. **Hermenêutica filosófica**: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. Porto Alegre: Edi-PUCRS, 2000. p. 118-119.

⁴⁴¹ GADAMER, Hans-Georg. **Entrevistas do Le Monde**. *Op. cit.*, p. 219.

crítica entre Gadamer e Heidegger aponta para questões laterais. O que importa é que a problemática heideggeriana está no centro, no núcleo da hermenêutica filosófica gadameriana.

Para Stein, são as ideias de Heidegger II que influenciarão decisivamente a obra de Gadamer. O primeiro ganho efetivo da proposta de Heidegger em relação à questão da interpretação está em garantir, decisivamente, uma máxima universalidade para a hermenêutica, vista que esta sempre se funda na compreensão de um modo de ser mais originário. Com a analítica existencial de Heidegger, pois, a hermenêutica foi capaz de superar a grande aporia da escola histórica, precisamente a sua incapacidade de não saber encontrar um ponto de validação universal e conseqüente para o pertencimento, no campo das ciências do espírito, do sujeito ao seu objeto. A hermenêutica passará, então, agora com profundo substrato filosófico (fenomenológico), a demonstrar o sentido próprio, legítimo e irrenunciável desse pertencimento⁴⁴². Gadamer anota, todavia, que, apesar de todos esses contributos, o interesse de Heidegger em relação à hermenêutica somente se deu em função do seu projeto maior de desenvolver uma analítica do *Dasein*, baseada em uma ontologia da pré-estrutura da compreensão⁴⁴³. A analítica heideggeriana do caráter circular e prévio da compreensão vai ser, não obstante esse interesse paroquial, o suporte para se pensar o elemento fundamental da proposta de Gadamer, qual seja, a primazia da questão dos preconceitos⁴⁴⁴ e a autoridade da tradição. Se, em Heidegger, a problemática axial é o esquecimento do ser, em Gadamer, uma questão transversal reside na constatação, de certa forma preparada por Heidegger, de que o *Aufklärung* se constituiu, na modernidade, a partir de um preconceito fundamental: o preconceito contra os preconceitos⁴⁴⁵. Isso esvaziou o sentido crucial e positivo da tradição para a hermenêutica preponderante até então, notadamente a hermenêutica que não se insere na lógica das ciências da natureza. A pré-compreensão moderna e iluminista, assim, baseia-se na pressuposição negativa dos pré-juízos (preconceitos), desconsiderando o papel inarredável destes – o que fora decisivamente demonstrado por Heidegger. Em Gadamer, tais preconceitos agem no campo da interpretação também de forma positiva (autêntica), além de serem irrenunciáveis em face do ato mesmo de interpretar a verdade no campo das coisas humanas.

⁴⁴² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. *Op. cit.*, p. 399.

⁴⁴³ *Idem*, p. 400.

⁴⁴⁴ Para essa categoria gadameriana, tanto se utiliza a grafia em português “pré-juízos”, com hífen, ou o termo “preconceitos”, sendo que, para este último, não tem o sentido comum e vulgar que o mesmo pode indicar, à primeira vista, de uma ideia prévia e, necessariamente, equivocada.

⁴⁴⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. *Op. cit.*, p. 407.

O sentido da tematização própria do termo “preconceito” será tratado mais detidamente em seguida. Importante, de início, perceber o nítido intercâmbio entre Heidegger e Gadamer, bem como evidenciar que “Verdade e método” representa o ápice dessa trajetória de valorização da linguagem na longa história das transições paradigmáticas por que passou a filosofia ocidental, em meio a tantas crises de fundamentos, especialmente na dimensão hermenêutica que interessa para a presente pesquisa. Em Gadamer, os problemas operativos da interpretação, como a distância temporal, a questão do texto e do autor se apresentam numa perspectiva não apenas normativa, como antes, em Scheleiermacher, mas passa a estar impregnada do sentido profundo da pré-compreensão conquistada por Heidegger. A hermenêutica não é mais instrumento, ferramenta, no sentido tradicional de método das ciências duras, ela faz parte de um jogo em que a verdade acontece, e do qual já nos encontramos⁴⁴⁶. Esse fazer parte, condição própria do intérprete das coisas humanas, dá-se visivelmente na experiência da arte e naqueles territórios da experiência que não se deixam aprisionar pela verdade do método das ciências naturais. Essas são as considerações mais gerais para as quais o erudito e vigoroso debate proposto por Gadamer, e que seu *opus maximus* apresenta com pleno vigor e atualidade. É de se ressaltar, pois, que essas ideias afetaram não apenas a filosofia da consciência em seus fundamentos, mas, igualmente, passaram a estabelecer um rico diálogo com a teoria social e o pensamento crítico, mesmo em face de algumas refutações sofridas. A principal crítica sugere a possibilidade de a hermenêutica estabelecer um pensamento conservador, por conta da força da tradição que se constitui como seu núcleo essencial. Fora isso, como apontado no primeiro capítulo, tem-se a pecha de relativismo, e, ademais, conforme Gadamer entende a crítica de Habermas, a ausência do *pathos* da emancipação⁴⁴⁷ na proposta intelectual global da Hermenêutica Filosófica. Antes de ponderar sobre o conjunto das críticas indicadas e/ou eventuais insuficiências, é necessário entender como essa abordagem pode se apresentar como nova *koiné* (crítica), conforme tratado no final do primeiro capítulo, bem como é capaz de estabelecer um diálogo rico com o saber dos juristas e suas formas de interpretar a verdade. Assim, necessário se faz o resgate de seus elementos centrais.

Gadamer tem diante de si as grandes questões já levantadas pelo Heidegger tardio, com especial relevo a questão da hegemonia da técnica no mundo moderno e a experiência do belo proporcionada pela obra de arte. Ao lado disso, aprofunda esses campos temáticos a

⁴⁴⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. *Op. cit.*, p. 708.

⁴⁴⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Entrevistas do Le Monde**. *Op. cit.*, p. 216.

partir da problematização específica da compreensão da verdade no campo das ciências do espírito e sua tendência a ser subjugada e colonizada pela lógica metódica das ciências naturais. Ainda que a questão hermenêutica não derive historicamente do problema específico da afirmação das ciências do espírito, pois estas nasceram a partir do campo secular da teologia e do direito, e também por ser tal questão de caráter filosófico (no sentido heideggeriano), será no campo das ciências da cultura que se mostrará a evidência mais clara de que os horizontes da interpretação e da compreensão da verdade não se esgotam no método científico. Ocorre que, na modernidade, como visto no próprio desenvolvimento da tradição crítica (capítulo 1), a questão da interpretação esteve forçada a se ver reduzida ao debate epistemológico. O próprio Gadamer deixa claro na introdução de “Verdade e Método”: “Entender e interpretar os textos não é somente um empenho da ciência, já que pertence ao todo da experiência do homem no mundo. Na sua origem, o fenômeno hermenêutico não é, de forma alguma, um problema do método”⁴⁴⁸. Gadamer indaga que conhecimento seria esse, então, que não nasceu historicamente da ideia hegemônica do método das ciências, cujo horizonte compreensivo transcende e resiste à imposição autoritária da ciência moderna. Para se ter à vista o sentido dessa compreensão das “coisas humanas”, dessa verdade como experiência, tem-se o caso exemplar da interpretação da obra de arte.

Por que a arte em primeiro lugar? A arte é parte de uma ancestralidade que se encontra, segundo Gadamer, na emergência do *logos* grego, no processo histórico decisivo de transição da palavra ao conceito, movimento este que fez emergir o pensamento conceitual como marca própria do pensar especulativo. Na origem remota da tradição grega emerge a palavra escrita a partir da poesia homérica, e foi justamente nesses versos ancestrais que se enraizou a palavra como narrativa, da qual o conceito surge posteriormente como questionamento da experiência vivida. Assim: “Não a filosofia, mas o *epos*, é o que se encontra no início da tradição escrita”⁴⁴⁹.

Não só esse sentido histórico-ancestral, da arte na origem da palavra, que justifica a sua precedência para o entendimento da hermenêutica gadameriana. No sentido filosófico-hermenêutico, a arte nos traz uma experiência única, singular, uma vivência (*erlebnis*), e por isso a importância de sua apreciação antecipada, antes mesmo de qualquer discussão científica ou investigativa das ciências do espírito⁴⁵⁰. Para Gadamer, a obra de arte é um “modelo”, um

⁴⁴⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. *Op. cit.*, p. 31.

⁴⁴⁹ GADAMER, Hans-Georg. Da palavra ao conceito. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de. **Hermenêutica filosófica**: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. Porto Alegre: Edi-PUCRS, 2000. p. 16.

⁴⁵⁰ GADAMER, Hans-Georg. Homem e linguagem. *Op. cit.*, p. 20.

exemplo “irrefutável” que evidencia a verdade como uma vivência que oculta e ao mesmo releva sentidos. A arte “faz vir-à-fala”⁴⁵¹, o que não se deixa reduzir ao modelo proposicional, também válido, mas não único, da verdade metódica-objetivante da ciência. Há, neste modo de vivenciar a verdade um sentido paradigmático, portanto estratégico em sua colocação preliminar na obra “Verdade e método”. Essa relação entre a obra de arte e a filosofia é, também, um dos aspectos do Heidegger depois dos anos 20 que mais claramente é incorporado por Gadamer. Heidegger introduziu, com base nos pressupostos de sua ontologia, uma tematização nova e inusitada para a arte, para além da noção de estética filosófica instituída desde o século XVII, até culminar em sua autonomia transcendental baseada na terceira crítica kantiana. Aqui, porém, um alerta. Antes de Heidegger, seguindo os cânones da metafísica da consciência, a questão da obra de arte oscilava na análise do “gosto” ou do “gênio do artista”, cuja lógica só poderia, ao final, estar ancorada na subjetividade. Assim, a gênese da oposição que o *Aufklärung* fez entre gosto *versus* cientificidade, subjetividade *versus* verdade, tem origem na “perniciosa estetização dos conceitos básicos do humanismo”⁴⁵². Antes desse processo de abstração estética, os conceitos gerados pelo humanismo tinham *status* de conhecimento válido, depois, entretanto, na modernidade, passaram a estar jungidos à órbita da mera apreciação subjetiva do intérprete, a qual não era aceita como conhecimento válido universalmente pelos cânones da ciência dominante. Assim, esse esteticismo fez com que as ciências do espírito perdessem a referência de base humanística, nas quais poderiam se autocompreender e se espelhar. Quando, então, Gadamer inicia a partir da reflexão da arte como paradigma, não se pode perder de vista que ali também se desenvolve uma crítica do esteticismo⁴⁵³.

Ao lado da experiência da arte, nitidamente influenciada por Heidegger, em Gadamer, a questão da interpretação se volta mais propriamente ao debate da questão do método nas ciências do espírito. Surge, *a fortiori*, uma questão: sendo concluído que a arte é um jogo que se opera na recepção feita pelo espectador, a mesma dinâmica interpretativa ocorre quando se trata de textos? Sim. Para o intérprete, a compreensão de textos só ocorre quando “se produz a retransformação do rastro do sentido morto, em sentido vivo”⁴⁵⁴. Vê-se já, não só um paralelo da experiência da arte guindada ao campo dos textos em geral, mas também a forte ideia de “retransformação”, ou seja, de que toda a hermenêutica está baseada num encontro entre

⁴⁵¹ SILVA JÚNIOR, Almir Ferreira da. **Estética e hermenêutica**. *Op. cit.*, p. 164.

⁴⁵² GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. *Op. cit.*, p. 184.

⁴⁵³ *Idem*, p. 185.

⁴⁵⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. *Op. cit.*, p. 262.

sentido pretérito com o presente, movimento que não se pode abdicar. A hermenêutica é, assim, produtiva. Mas agora, a questão pode chegar ao ponto nodal, qual seja, isso também pode ser pensando no campo específico das ciências do espírito? Para pensar todas essas possibilidades, é preciso situar qual é o problema geral da hermenêutica para Gadamer.

A interpretação volta-se ao texto de um modo em geral e é a partir dele que surge a demanda que lhe justifica. Assim, a interpretação surge quando o significado de um texto não se torna compreendido de imediato. Há, portanto, uma noção que já está na origem da autonomia da hermenêutica, que é a do estranhamento, pois: “o que é imediatamente evidente, o que nos convence com sua simples presença não requer nenhuma interpretação”⁴⁵⁵. Se, inicialmente, na tradição filológica da tradição, a “arte” da interpretação se dava apenas no que se relacionava com aspectos obscuros do texto, e a tradição da glosa (capítulo 2) foi exemplar nesse sentido. Na modernidade, entretanto, a necessidade da interpretação se ampliou para o terreno não apenas das tradições orais, dos comportamentos em geral, passando a ser demandada também a partir de todo e qualquer fenômeno que se coloque para o intérprete e que necessite de uma mediação capaz de elucidar o seu sentido oculto. Essa demanda, por evidente, é uma demanda própria das ciências da cultura. Alerta Gadamer que, já em Nietzsche, a interpretação se colocava num horizonte mais amplo do que o filológico-textual antigo, justamente por ser ela a mediação necessária em relação aos próprios enunciados da razão, antecipando a necessidade de se perceber a deformação ideológica que obscurece o sentido originário de qualquer enunciação “racional”⁴⁵⁶. Quando Nietzsche, por exemplo, questiona-se como surgiram os conceitos de “bom” e de “mau”, em sua genealogia, está, no fundo, colocando algo tido como uma verdade racional sob suspeição, fazendo nascer, assim, a necessidade de interpretar sua óbvia e aparente higidez racional (sentido aparente). Pode-se desconfiar da racionalidade abstrata que contrasta com a vida⁴⁵⁷ e, assim, torná-la objeto de interpretação. Dessa forma, as ciências humanas, voltadas a todos esses fenômenos da experiência humana, textos e formas de pensar, estão sempre no raio de interesse da hermenêutica, posto que essas ciências sempre efetuam a sua tarefa cogonoscitiva

⁴⁵⁵ GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. 2 ed – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003, *Op. cit.*, p. 19.

⁴⁵⁶ *Idem, ibidem*.

⁴⁵⁷ “[...] logo por fortuna aprendi a separar o preconceito teológico do moral, e não mais busquei a origem **do mal por trás do mundo**. Alguma educação histórica e filológica, juntamente com um inato senso seletivo em questões psicológicas, em breve transformou meu problema em outro [não mais a origem do nosso bem ou do nosso mal]: sob que condições o homem inventou para si os juízos de valor ‘bom’ e ‘mau’”? NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da moral**. *Op. cit.*, p. 9.

a partir de um diálogo com o passado, de cujo estranhamento nem sempre se pode evitar, e que é o próprio o impulso criativo do pensar hermenêutico.

A questão do estranhamento temporal que está presente no campo próprio das ciências do espírito remete ao primeiro elemento que orientará a hermenêutica filosófica de Gadamer: a tradição. A ideia de progresso do Iluminismo carregou a palavra “tradição” de um sentido negativo. Isso se verifica até no sentido comum em que o vocábulo “tradicional” é entendido como “envelhecido”, desatualizado, retrógrado, imobilizador, em oposição ao sentido do termo “moderno”, como melhor, dinâmico e novo. Basta lembrar, como tratado no capítulo 1, como a proposta de uma teoria crítica, para Horkheimer, colocava-se contra uma teoria tradicional, resgatando esse sentido negativo do termo. O tradicional passa a ser entendido como o que deve ser superado. Em certo ponto, e aqui cabe um breve excursão, já na Escola de Frankfurt é possível perceber uma tentativa de reabilitação da tradição pretérita como crítica da extrema metodização da vida moderna. Essa intenção é plenamente perceptível em Benjamin. Conforme pondera Wu⁴⁵⁸, para Benjamin, a experiência genuína e não alienada deriva da comunhão entre a uma dimensão sensitiva individual (*Erlebnis*) com uma dimensão histórico-coletiva (*Erfahrung*). Todavia, o homem moderno, individualista, consumista, fez como ocorresse uma falta de identidade com o passado coletivo em que toda dimensão individual deveria se constituir como tal.

Um dos sintomas mais evidentes deste processo de perda da *Erfahrung* foi o nítido ocaso da narrativa em detrimento da informação. Para Benjamin, a narrativa abre espaço para interpretação, como foi no caso de Heródoto para os gregos, pois o leitor é colocado a questionar o que foi dito para apreender o seu sentido. A narrativa é baseada na incompletude de onde o intérprete pode agir, fazer releituras, propiciando o pensar a si próprio a partir da experiência coletiva do passado. Assim, para Wu, é possível ser proativo na narrativa, visto que “A participação na narrativa é a reinserção do ouvinte ou do leitor no fluxo da tradição, pois ele mesmo procura sentidos na narrativa, como a tradição já procurou”⁴⁵⁹. A narrativa tem, assim, o elemento clássico, como aquilo que, mesmo feito no passado, é imorredouro sem ser nostálgico, porque sempre atualizado no espaço deixado ao intérprete contemporâneo, o qual dialoga francamente com o passado, partilhando questões comuns e axiais. Essa revitalização do passado feito pela narrativa, em Benjamin, também não é aquela da história

⁴⁵⁸ WU, Roberto. A experiência como recuperação do sentido da tradição em Benjamin e Gadamer. **Anos 90**, Porto Alegre, v. 11, n. 19/20, p. 169-198, jan./dez. 2004.

⁴⁵⁹ *Idem*, p. 177.

oficial, a dos vencedores. De modo oposto à perda da narrativa histórica, tem-se a hegemonia da informação. A informação, ao contrário da primeira, deve ser rápida e sem divagações; seu objetivo é a doutrinação; seu conteúdo, a banalidade; sua meta, a conformidade. A par dessas diferenças, o homem moderno perdeu a noção de *Erfahrung*, consumindo apenas informação, e aí residiria sua decadência. Essa leitura de Benjamin, ainda que circunscrita em um outro campo de especulação, aproxima-se da perspectiva geral de revalorização do passado, da qual Gadamer aprofunda em outros aspectos. Em Benjamin, o resgate do passado como *Erfahrung* é condição para a desalienação do homem moderno, já em Gadamer é condição mesma para interpretar autenticamente as coisas humanas, pois é impossível ao intérprete renunciar a este pertencimento ao passado, sendo este, por conseguinte, não apenas sinônimo de fardo ou imobilização.

Gadamer parte então de uma primeira reabilitação: a da autoridade da tradição para o campo próprio da interpretação das ciências humanas. A relevância dessa empresa se dá pela constatação de que há um fio que conduz a linguisticidade, a qual tem que ser assimilada e transmitida, forçando reconhecer que não há um marco zero da significação entre as gerações. Nesse ponto, concordando com Heidegger, a linguagem e a existência humanas se dão temporalmente, como condição de ser do *Dasein*. Essa reabilitação é crucial para as ciências humanas, justamente pelo que já comentado acerca do pertencimento do intérprete ao campo do seu próprio saber. Tal revalorização do passado (tradição) é reforçada pela idêntica necessidade de reabilitação da autenticidade das ciências humanas. Ao contrário das ciências naturais, as ciências das coisas humanas em geral só podem ser autenticamente compreendidas pela sua formação cultural própria⁴⁶⁰, por sua tradição. Tal formação cultural, como dito, originada nas *humanidades* clássicas, foi a matriz em que a tradição secular das ciências humanas nasceram e lograram forte legitimidade durante séculos, mas que, a partir do conceito moderno de ciência, foi paulatinamente sendo eclipsada inautenticamente. Dessas considerações surge o nítido apelo recorrente e basilar à tradição clássica e pré-moderna na obra de Gadamer. Será, em resumo, à luz do que se conformou ao longo da tradição ancestral das *humanidades* que se pode entender o sentido e as formas de interpretação próprias às ciências humanas, apesar do seu esquecimento em face da obsessão metódica nutrido a partir do Iluminismo.

Tradição será, assim, não apenas o acervo textual de um campo, mas também o conjunto de instituições, formas de vida, discursos e modos de interpretação que são

⁴⁶⁰ GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. *Op. cit.*, p. 183.

construídos ao longo do tempo. Mas os sentidos carregados pelo fluxo da tradição não seria, de certa forma, um fluxo autoritário que velaria todo sentido autônomo e criativo do intérprete? Com efeito, é crucial retomar, apenas como mote para o debate em apreço, o sentido profundo da assertiva de Marx em seu “18 de Brumário e Luis Bonaparte”: “A tradição de todas as gerações mortas oprime como um pesadelo o cérebro dos vivos”⁴⁶¹. Diante dessa assertiva, importa, neste primeiro momento, problematizar o sentido limitador que a tradição iluminista legou à tradição. A tradição seria sempre um limitador opressivo à ação do intérprete? Aqui, ao se abordar a relação entre tradição e conservadorismo, é possível fazer um nexos importante com a aquilo que Heidegger denomina de “falatório” e compreensão mediana. Diz Heidegger:

A expressão ‘falatório’ não deve ser tomada aqui em sentido pejorativo. Terminologicamente, significa um fenômeno positivo que constitui o modo de ser da compreensão e interpretação da pre-sença [*Dasein*] cotidiana. O discurso, na maior parte das vezes, se pronuncia e já sempre se pronunciou. É linguagem⁴⁶².

E, mais adiante:

Tanto a escuta quanto a compreensão já se colocaram previamente no falatório. A comunicação não ‘partilha’ a referência [...]

O falado no falatório arrasta consigo círculos cada vez mais amplos, assumindo um **caráter autoritário**. **As coisas são assim como são porque delas se fala assim. Repetindo e passando adiante a fala, potencia-se a falta de solidez**. Nisso se constitui o falatório. O falatório não se restringe apenas na repetição oral da fala, mas se expande no que escreve enquanto “escritório”. Aqui, a repetição da fala não se funda tanto no ouvir dizer. Ela se alimenta do que se lê. A **compreensão mediana** do leitor nunca poderá distinguir o que foi haurido e conquistado originalmente do que não passa de mera repetição. E mais, ainda, a própria compreensão mediana não tolera tal distinção, pois não necessita dela já que tudo se compreende⁴⁶³. (Destaque ausente no original.)

⁴⁶¹ Essa célebre afirmação se encontra na primeira parte de um excerto maior, que vale a pena transcrever: “Os homens fazem sua própria história, mas não a fazem como querem; não a fazem sob as circunstâncias de sua escolha e sim sob aquelas com que se defrontam diretamente, legadas e transmitidas pelo passado. A tradição de todas as gerações mortas oprime como um pesadelo o cérebro dos vivos. E justamente quando parecem empenhados em revolucionar-se a si e às coisas, em criar algo que jamais existiu, precisamente nesses períodos de crise revolucionária, os homens conjuram ansiosamente em seu auxílio os espíritos do passado, tomando-lhes emprestado os nomes, os gritos de guerra e as roupagens, a fim de apresentar a nova cena da história do mundo nesse disfarce tradicional e nessa linguagem emprestada.” MARX, Karl. **O 18 de Brumário e Cartas a Kugelmann**. *Op. cit.*, p. 21.

⁴⁶² HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. *Op. cit.*, p. 227.

⁴⁶³ *Idem*, p. 228.

Em que o falatório heideggeriano se conecta com a questão da tradição e seu eventual poder opressivo? Primeiro, o falatório implica perceber um campo daquilo que Heidegger denomina “compreensão mediana” do leitor, ou intérprete ordinário, baseada numa espécie de senso comum (no sentido negativo), espontânea no sentido de que “as coisas são assim como são porque delas se fala assim”⁴⁶⁴. Ou seja, uma repetição do sentido já sedimentado pelo passado e que se efetua como tendência à falta de solidez, dada a sua a-criticidade. Heidegger, fiel à gramática de sua analítica existencial, não fala em repasse temporal de ideologias, conforme sentido dado a esta palavra pela tradição crítica. O *Dasein*, diz Heidegger, não consegue não estar situado fora desta “interpretação cotidiana em que ela cresce [pre-sença, *Dasein*]”⁴⁶⁵. O *Dasein* da compreensão mediana apresenta-se decaído⁴⁶⁶, isto é, num agir próximo, junto ao mundo da convivência banal. Nessa cotidianidade, a compreensão média, derivada do falatório, revela-se como “impessoalidade” que é a forma pública como se mostra esse não estar voltado à compreensão mais originária e menos superficial. A tradição, assim ponderadas essas variáveis, estaria nesse processo histórico de garantir uma fala autoritária, no sentido de a-crítica, restrita a uma compreensão média, já estruturada como limitação, no sentido de não problematizar o seu lugar mais originário. A tradição, vista por esse prisma, garantiria esse nivelamento e repasse típico da compreensão média oriunda dos sentidos da vida cotidiana. Não obstante, para que a tradição seja reabilitada no campo hermenêutico, Gadamer tem que enfrentar esse fato alertado por Heidegger das características do falatório⁴⁶⁷. Porque o falatório, concebido como círculos que se ampliam, não estaria restrito aos campos do pensamento não científico, vulgar, mas, poderia também ser pensado no campo das “filosofias espontâneas” dos cientistas em seu *metier*, no sentido propugnado por Althusser (capítulo 2). E mais, quando Heidegger refere-se especificamente à tradição, chega a afirmar que esta “retira a capacidade [da pre-sença, *Dasein*] de se guiar por si mesma, de questionar e escolher a si mesma”⁴⁶⁸. Afinal, como o intérprete, já jogado nesses modos cotidianos de interpretação, reproduzidos por gerações espontaneamente, pode revelar uma interpretação crítica em relação a este mesmo passado que se releva em uma espontaneidade praticamente invisível e irresistível?

⁴⁶⁴ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. *Op. cit.*, p. 228.

⁴⁶⁵ *Idem*, p. 229.

⁴⁶⁶ *Idem*, p. 49.

⁴⁶⁷ Na convivência cotidiana do “*Dasein*” decaído, tem-se não apenas o falatório, mas também a curiosidade e a ambiguidade. HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. *Op. cit.*, p. 230-236.

⁴⁶⁸ *Idem, ibidem*.

Todas essas ponderações, agora vistas pela lente de Heidegger e de Gadamer, sintetizam os paradoxos revelados pela dinâmica mudança e identidade, passado *versus* presente. Esses paradoxos vinculados à interpretação das tradições ficaram evidentes, por exemplo, quando se abordou a imunidade relativa do pensamento jurídico ordinário ao longo do tempo, mesmo em face de tantas viradas paradigmáticas na filosofia e na teoria social. Também a aporia, consistente em saber como é possível a um intérprete da tradição olhar para si por fora desta mesma tradição, esteve em causa quando da colocação da alegoria do “Estrangeiro” e da emergência da genealogia como alternativa crítica no segundo capítulo. Mais ainda. Como compreender e identificar em que medida as interpretações espontâneas, no campo dos *experts* da lei, por exemplo, são, efetivamente, autênticas, legítimas e necessárias e onde, de outra forma, elas vedam a mudança e a sua própria autocrítica? Visto tudo isso em conjunto, e pensando o SCTJ como um modo de ser da tradição, tem-se, em tais questões, o núcleo básico de toda a pesquisa em apreço. Somado a tudo isso, e voltando à questão hermenêutica em Gadamer, admitindo-se a pertença do intérprete à tradição, é preciso saber se esse relacionamento ocorre de forma não mistificadora e imobilizadora, caso contrário, a pecha de que a hermenêutica é uma teoria “conservadora” ficaria sem refutação. Com se viu anteriormente, o pensamento crítico se firmou como crítico à luz da ideia-chave de emancipação e descontentamento com o estabelecido: um contraponto. Na perspectiva gadameriana, seria possível uma atitude crítica do intérprete, admitindo-se a autoridade prévia e não controlável da tradição?

Há, no próprio Heidegger, uma segunda forma de entender a tradição que não foca apenas em seu caráter de limitação da liberdade do *Dasein* decaído no bojo de uma tradição. Assim, em obra posterior a “Ser e Tempo”, Heidegger afirma: “a tradição não nos entrega à prisão do passado e irrevogável. Transmitir, *délivrer*, é um libertar para a liberdade do diálogo com o que foi e continua sendo”⁴⁶⁹. Assim, não só a tradição oculta o sentido mais originário, em razão do *Dasein* decaído, mas também dá acesso ao que se disse até então do sentido do ser. O mandato da filosofia, nesses termos, “não representa uma ruptura com a história, nem uma negação da história, mas uma apropriação e transformação do que foi transmitido”⁴⁷⁰. Essa operação própria do pensar filosófico, que Heidegger denomina “destruição”, significa um estado de manter-se atento, numa escuta “dócil”, capaz de abrir nosso ouvido e “torná-lo livre para aquilo que na tradição do ser do ente nos inspira”⁴⁷¹. É possível, então, entender

⁴⁶⁹ HEIDEGGER, Martin. **Qu’est-ce Que la Philosophie?** São Paulo: Abril Cultural, 2000. p. 29.

⁴⁷⁰ *Idem*, p. 36.

⁴⁷¹ *Idem, ibidem*.

uma dinâmica dialógica da compreensão em face da tradição em Heidegger que servirá também de suporte para a reabilitação da tradição proposta de Gadamer. Heidegger, ao propor a volta à questão mais original da tradição, o esquecimento do ser, não o faz apenas para resgatar e manter um mero recuo, mas para também operar a escuta daquilo que não foi dito e, portanto, marcar já a diferença não opressora. Assim, a autoridade da tradição implica não desconsiderá-la, em estar atento a ela, de forma que esse reconhecimento não redunde em hipostasia, mas em renovação. Para Gadamer, a interpretação, mesmo que aparentemente implique romper com a tradição, é um processo que se dá com e pela tradição. Apenas para agregar mais elementos a essa importante questão, volta-se à interpretação marxiana da história em “18 de Brumário de Luis Bonaparte”. Trata-se, evidentemente, de uma outra perspectiva teórica, mas que ilumina as pretensões aqui esboçadas. Nessa obra, Marx reconhece a possibilidade autêntica e revolucionária de ligação entre passado e presente. Tanto que, ainda que na maioria das vezes a história se repita, primeiro como tragédia, e depois como farsa, no sentido de que movimentos revolucionários se apresentem como mera paródia de outros pretéritos, algumas revoluções conseguiriam estabelecer uma relação autêntica (dialética) em relação ao legado da tradição. Conseguiram mudança a partir do passado. Assim, para Marx, enquanto Lutero fez mera paródia do Apóstolo Paulo, a “revolução” de 1848 foi mera paródia da autêntica revolução de 1789-1814. A revolução francesa autêntica (1789) partiu das referências da república e império romanos, enquanto o golpe de Napoleão apenas parodiou o movimento de 1789. Neste ponto, que reflete muito propriamente o debate em tela, surge um exemplo do aprendiz de línguas:

De maneira idêntica, o principiante que aprende um novo idioma, traduz sempre as palavras deste idioma para sua língua natal; mas só quando puder manejá-lo sem apelar para o passado e esquecer sua própria língua no emprego da nova, terá assimilado o espírito desta última e poderá produzir livremente nela⁴⁷².

O exemplo do debate marxiano aqui brevemente resgatado, retoma a ideia de dialética e de seus três movimentos constitutivos (*Aufhebung*). A retomada dessa ideia, que na sua origem não tem o sentido hermenêutico aqui tratado, serve como pretexto para avançar no debate gadameriano que, evidentemente, não se pauta nos mesmos pressupostos. Mas, se em Marx, autor de certa forma ainda mediado pelas ambições do Iluminismo, já é possível pensar uma “revolução autêntica”, a qual parte da tradição do passado como condição, mas a ela não

⁴⁷² MARX, Karl. **O 18 de Brumário e Cartas a Kugelmann**. *Op. cit.*, p. 21-22.

se reduz como cópia, em Gadamer também é possível pensar a tradição que estabelece as condições autênticas com as quais o intérprete parte, e respeita, sem com isso repeti-la ou parodiá-la. A autoridade da tradição não é, portanto, autoritarismo, tampouco prisão do intérprete. Sua autoridade, para as ciências do espírito, reside justamente na incontornável impossibilidade da compreensão humana fora de sua incidência no universo mental do intérprete. A tradição não é, em si mesma, e *a priori*, boa ou má, verdadeira ou falsa, mas será sempre ela (e a partir dela) que se poderá delinear os contornos e os limites dessas noções. Com efeito, a tradição é sempre o ponto de partida inexorável de toda interpretação, de cuja legitimidade as ciências do espírito se viram esvaziadas por todas as razões aduzidas.

A autoridade da tradição nos remete à segunda reabilitação, vinculada à primeira, e aqui destacada desta apenas para efeito didático: a importância dos pré-juízos (preconceitos)⁴⁷³. Trata-se de um termo igualmente carregado por um estigma negativo. Pré-juízo, hermeneuticamente, não significa um juízo falso. A vinculação etimológica do termo com o vocábulo latino *praejudicium* reforça o sentido negativo cristalizado na modernidade, mas, hermeneuticamente, deve ser visto em outro sentido não valorizado, o positivo, pois existem pré-juízos legítimos⁴⁷⁴. Em língua alemã, o termo *Vorurteil* e, em francês *préjugé*, reforçam o sentido negativo de “Juízo não fundamentado”⁴⁷⁵. Pré-julgar, nesse sentido negativo, significaria um exame parcial e, portanto, equivocado. Disso resulta o extremo valor dado ao método, como aquele capaz de eliminar o preconceito do raio do “juízo” científico. Fundamentar, assim, significa estar imune aos preconceitos, como se ao intérprete fosse possível alcançar um lugar extremo fora de todos os elementos axiológicos, pessoais, bem como das influências e tendências do próprio campo de investigação. Gadamer aponta que a raiz gnosiológica desta postura encontra suporte na dúvida cartesiana e seu método, com o qual qualquer elemento prévio estaria sob suspeição prévia. Submeter-se à autoridade daquilo que seja pretérito, para o intérprete, significaria, neste ideário, no fundo, fragilizar a concepção de liberdade individualista, solipsista, elemento que está na base de toda modernidade e na metafísica do sujeito. Aliás, como lembra Gadamer, o lema próprio do Iluminismo (*Sapere aude*) indica essa postura, a de ter que ter coragem de apenas servir a este entendimento que não se subordina a nenhuma força externa face o tribunal da razão⁴⁷⁶. Por

⁴⁷³ Doravante se usará a grafia “pré-juízo”, em substituição de “preconceitos” para marcar o sentido hermenêutico que o termo tem em Gadamer. Em português, o termo “preconceito” já traz uma carga semântica que é aquela que justamente Gadamer visa reabilitar o sentido.

⁴⁷⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. *Op. cit.*, p. 407.

⁴⁷⁵ *Idem, ibidem*.

⁴⁷⁶ *Idem*, p. 408.

isso a primeira reação do racionalismo moderno em relação aos preconceitos teve por foco a interpretação dogmática da Bíblia, pois, como texto feito do passado, a “Sagrada Escritura” não valeria por si mesma antes de ser validada pela razão. Essa inversão, com a qual a autoridade não reside na tradição, mas na razão, é o que alimentou o moderno significado dos pré-juízos para toda e qualquer interpretação, principalmente a científica. Se a verdade é a verdade da ciência e da razão, a tradição, em si, seria fonte de enganos e limitações.

Em avanço, em “Verdade e Método”, a autoridade da tradição, a legitimidade dos pré-juízos, levam Gadamer a trazer dois exemplos, retirados justamente da matriz humanista eclipsada pela tradição da tecnociência moderna. São casos paradigmáticos, agora não mais no campo da experiência estética, que potencializam a sua forma de entender a compreensão própria das ciências sociais: a teologia e a ciência jurídica.

A superação da cisão entre interpretar e compreender, dividendo que também colocou a linguagem no centro da filosofia, traz à baila o que Gadamer denomina o terceiro momento da problemática hermenêutica: a questão da aplicação⁴⁷⁷. Para prosseguir a superação deste momento problemático, Gadamer apela para “história esquecida da hermenêutica”, resgatando essa terceira questão das experiências paradigmáticas do direito e da teológica. Os textos, elementos centrais do trabalho teológico e jurídico, demonstram a exata tensão entre a necessidade da revelação, para um, e a validade concreta do direito, para o outro. Em ambos os casos, a interpretação se mostra unida ao momento aplicativo. Esse *ethos* do campo teológico e jurídico demonstra cabalmente que a interpretação, por estar ligada visceralmente a um saber como agir de acordo com as mensagens originárias, é sempre um aplicar atualizado. Gadamer retira desses dois exemplos a comprovação de que a hermenêutica no campo da cultura não é puro momento cognoscitivo, e nem se encerra em uma fórmula que possa estar separada das demandas de sua aplicação⁴⁷⁸, em cada situação concreta, aquilo que o direito já conhece desde sua origem: o *respondere* como necessidade vinda de um plexo de casos concretos. Nesse sentido, Gadamer aproveita para contestar a problemática que se envolve em separar a interpretação como cognitiva, normativa e reprodutiva, como pretendeu Betti⁴⁷⁹. Essa tripartição, para Betti, correspondia a uma classificação esquemática de três funções da interpretação: i) a meramente cognitiva ou recognitiva, que está em qualquer processo de interpretação, da qual as outras duas resultam; b) reprodutiva ou representativa, na qual “o

⁴⁷⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. *Op. cit.*, p. 459.

⁴⁷⁸ *Idem*, p. 463.

⁴⁷⁹ *Idem*, p. 462.

entendimento não é um fim em si mesmo, mas um meio a um fim ulterior, que é conferir entendimento a um grupo de destinatários”; e, por fim, c) a normativa, para a qual a função cognitiva só tem sentido à luz de outro fim, que no caso “fornecer a máxima decisão ou, em geral, da ação, relativamente a uma tomada de posição na vida social”⁴⁸⁰.

Tanto a experiência teológica como a jurídica são provas da artificialidade dessa separação. Mesmo o campo de uma hermenêutica denominada “re-produtiva”, que seria vinculada à execução da música e da poesia, dificilmente se separa das funções cognitivas e normativas da interpretação. Recitar um poema ou executar uma obra musical não são atos separados, sob o ponto de vista do intérprete, da compreensão prévia do sentido originário do poema e da música. E, mesmo neste campo, as exigências da reprodução “correta” da obra demandam do intérprete atenção à função normativa da recitação do poema ou execução da música, mormente no que tange aos problemas de estilo que fazem reavivar a questão da distância temporal da obra e sua interpretação⁴⁸¹. Pela superficialidade desta subdivisão, Gadamer assume o propósito de recolocar a questão da hermenêutica geral, “espiritual-científica”, tendo por referência a teologia e o direito. Já nas experiências históricas da hermenêutica da filologia e da ciência histórica, vislumbram-se saberes que não são “dominadores”, abstrações que se impõem ao objeto, posto que suas interpretações são de certa forma subordinadas, uma vez que submetidas à “pretensão dominante do texto”⁴⁸². Essa “servidão” vale mais ainda à interpretação teológica e jurídica, justamente porque ambas se justificam e ganham validade em função de sua aplicação. Como referido no segundo capítulo, viu-se, por exemplo, que o mandato do *expert* da lei em nossa tradição nasce com o mandato da decisão. A decisão, está, para Gadamer, imbricada na determinação aplicativa do sentido, e não se separa do todo da compreensão.

Na busca desse referencial que sirva de exemplo ou modelo da hermenêutica do campo das ciências humanas, que não cinde os momentos cognitivos dos imperativos da aplicação, Gadamer vai encontrar o exemplo matricial da racionalidade prática clássica, propugnando a atualidade da proposta ética de Aristóteles. Mesmo considerando que Aristóteles não trata do problema hermenêutico tal qual a modernidade o problematiza, o seu pensamento serve de base para pensar o papel da vida prática no pensamento ético. Trata-se do exemplo mais candente, colhido da própria tradição da filosofia ocidental, em que razão

⁴⁸⁰ BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**: teoria geral e dogmática. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. LXXII-LXXIII.

⁴⁸¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. *Op. cit.*, p. 463.

⁴⁸² *Idem*, p. 464.

não se separa do mundo prático. Assim, Aristóteles aponta de como é possível um saber racional (filosófico) sobre o ser moral do homem, já que o “bom” apenas se revela na ação prática, na situação concreta de um agir. Aristóteles conquista, assim, uma autonomia racional, prático-moral, em franca oposição à visão platônica, abstrata, em que a ideia, como modelo *a priori*, deve determinar o agir. Na leitura de Gadamer, a ética aristotélica demonstra que interessa ao projeto de afirmação de uma hermenêutica das ciências sociais aquilo que é compatível com seu modo de ser próprio, ou seja: que não é o método, abstratamente, que determina seu objeto⁴⁸³. Entra em cena, a clássica oposição, já citada no segundo capítulo, entre o saber da *episteme* e a da *phronesis*. Há, assim, uma equivalência de fundo entre a ética e as ciências humanas. Comparadas com as ciências naturais, as ciências humanas têm nitidamente sua vinculação com a lógica própria da ética. Ambas tratam do homem, sendo “um saber que orienta um fazer”, uma *tekne*⁴⁸⁴.

O que a *phronesis* aristotélica oferece a Gadamer é “uma espécie de modelo dos problemas inerentes à hermenêutica”⁴⁸⁵. Esse modelo de pensamento traz à plena evidência a conclusão de que a aplicação não é derivada nem secundária do todo da compreensão, mas, ao contrário, é determinante do início e ao cabo de toda interpretação. Isso não implica ter, de um lado, um conteúdo interpretado, para depois ser aplicado. A filosofia prática de Aristóteles mostra como o saber moral não se afasta da aplicação, de um aplicar a si próprio aquilo que se compreende. Aí a pertença do intérprete fica mais do que evidente, pois ele deve colocar a si próprio em questão como um imperativo desse saber peculiar. A ética aristotélica é base, por assim dizer, do pensamento prudencial romano, já abordado (capítulo 2), e se mostra como o exemplo matricial de saber que se constitui secularmente fora dos ditames do método científico moderno. Tudo isso ficou claro quando do debate anterior da genealogia dos arquétipos dos juristas.

Gadamer, à luz da filosofia prática de Aristóteles, busca, como passo decisivo, resgatar o lugar perdido da hermenêutica jurídica no campo de uma hermenêutica geral espiritual e científica do ocidente. Esse lugar de autonomia foi perdido, segundo o autor, porque a hermenêutica jurídica assumiu historicamente objetivos dogmáticos, ficando restrita ao campo de uma casuística localizada no campo da dogmática. Essa tendência histórica da hermenêutica jurídica em se isolar a afastou e a desvinculou do mandato de uma hermenêutica

⁴⁸³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. *Op. cit.*, p. 467.

⁴⁸⁴ *Idem*, p. 468.

⁴⁸⁵ *Idem*, p. 481.

geral, que é a compreensão da tradição em que se situa⁴⁸⁶. Para enfrentar mais propriamente a hermenêutica jurídica como um modelo, Gadamer tem que dissipar uma aparente contradição, a de que existiriam dois âmbitos da interpretação jurídica, a do historiador do direito e a do jurista.

Na experiência jurídica, há uma aparente separação entre o historiador do direito e o jurista, entre interesse histórico e interesse dogmático. Essas divisões fragilizariam a tese da unidade entre interpretar e aplicar como característica própria da experiência jurídica⁴⁸⁷. Existe, obviamente, uma abordagem diferente entre ambos, sendo que o jurista se coloca sempre diante de um caso, e o historiador busca o sentido da lei sem ter que aplicá-la a um caso concreto. Para Gadamer, essa diferença de abordagem não enfraquece tudo o que foi ponderado antes, uma vez que, para os dois casos, tanto o historiador quanto o jurista têm que buscar o sentido originário da norma e, ao mesmo tempo, atualizá-las para que o sentido da compreensão se dê plenamente, tanto em um quanto no outro caso. Essa característica geral da interpretação jurídica, válida tanto para o historiador quanto para o jurista, rompe com o ideal abstrato de Scheleiermacher de equiparação do intérprete ao leitor originário, o que foi herdado de Savigny ao consolidar a concepção de que toda interpretação jurídica seria histórica, no sentido “de comprovar o sentido original da lei e aplicá-lo como correto”⁴⁸⁸. Essa “ficção”, presente no ideário de Savigny, desconsidera que na tensão entre sentido originário e atual não há uma “volta” do interprete ao passado para colher e impor, de fora, o conteúdo interpretado da lei. Esse “conteúdo” só se dá, na interpretação da lei, quando os horizontes de sentido se fundem. Para que o interprete do direito, seja historiador ou jurista, chegue a esse sentido originário, é preciso que haja um *continuum*, onde “cada caso do passado é entendido na sua continuidade com o presente [...]”⁴⁸⁹. A situação hermenêutica de ambos, assim, é a mesma. O historiador do direito e o juiz se encontram, diante de um texto, em uma expectativa imediata, que lhes é irrenunciável em face da pertença de ambos à tradição, com efeito, ambos não podem fazer um salto abstrato até o passado, e lá, como se fosse um momento alheio ao todo dessa compreensão, agindo como “Estrangeiros”, colher um sentido para aplicar ao presente. Quando Gadamer traz à colação a hermenêutica da lei, tem por

⁴⁸⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. *Op. cit.*, p. 482.

⁴⁸⁷ *Idem*, p. 483.

⁴⁸⁸ *Idem*, p. 484.

⁴⁸⁹ *Idem*, p. 487.

⁴⁸⁹ *Idem*, p. 488.

⁴⁸⁹ *Idem*, p. 442.

⁴⁸⁹ *Idem*, p. 447.

objetivo mostrar que ela não é um caso especial que se descola da hermenêutica histórica, mas, ao contrário, ela é a prova mais evidente da unidade do todo da compreensão que se realiza no âmbito das ciências do espírito. O historiador, para cumprir sua função, tem que pensar juridicamente; para compreender o sentido originário não basta entender sua forma aplicativa do passado, uma vez que não são eventos que fazem parte do seu estudo, mas “sentidos”, e estes não podem ser compreendidos sem o sentido atual que se dá àquela questão jurídica. De igual sorte, o juiz, o jurista, mesmo que não se comporte como historiador, “se ocupa de sua própria história, que é seu próprio presente”⁴⁹⁰. Disso tudo se pode concluir que

O caso da hermenêutica jurídica não é portanto um caso especial, mas está capacitado para **devolver** à hermenêutica histórica todo o alcance de seus problemas e reproduzir assim a velha unidade do problema hermenêutico, na qual o jurista e o teólogo se encontram com o filólogo⁴⁹¹. (Destaque ausente no original.)

Essa forma hermenêutica geral mantém uma relação estreita com a dogmática jurídica, sendo que Gadamer acentua que a primeira terá uma posição preponderante. Pois seria impossível uma “dogmática total” apta a resolver todos os casos, via sentença, por meio de subsunção. Este aspecto, dito *en passant* em “Verdade e método”, e que tem relevo para a presente tese, será resgatado alhures.

A unidade da hermenêutica para as ciências humanas, consistente em não separar os momentos aplicativos do ato de toda compreensão, da qual o pensamento jurídico seria um paradigma, implica também avançar, no sentido de que a noção de passado, antes um abismo para o historicismo, perca o seu sentido original. Como demonstrou Gadamer, o intérprete só pode falar de si pela tradição, como condição prévia, e é justamente no que surge a estranheza, entre “objetividade e distância”, que se abre o espaço próprio da hermenêutica das coisas humanas. É nesse “entremeio” o lugar da hermenêutica como lugar de esclarecimentos de todas essas condições do compreender e que acontecem em razão da questão da distância temporal⁴⁹². A hermenêutica, portanto, não é uma ferramenta normativa, que dá ao intérprete cânones para trabalhar o problema temporal do sentido. Ela, a hermenêutica, no sentido filosófico proposto por Gadamer, esclarece as condições a partir das quais a compreensão é

⁴⁸⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. *Op. cit.*, p. 486.

⁴⁹⁰ *Idem*, p. 487.

⁴⁹¹ *Idem*, p. 488.

⁴⁹² *Idem*, p. 442.

possível autenticamente. Assim, pelo fato de o intérprete não poder estar fora da tradição, colocá-la entre “parênteses”, também não lhe é disponível, *prima facie*, distinguir os preconceitos que inviabilizam a compreensão daqueles autênticos que a possibilitam.

Como a compreensão, em seu nível mais originário, como demonstrou Heidegger, trata do modo de ser do *Dasein*, ela é, ao mesmo tempo, velamento e também desvelamento. Nessa perspectiva, a hermenêutica no campo das coisas humanas visa esclarecer as condições pelas quais esse movimento entre velamento e desvelamento – marcado pela o estranhamento gerado em face do texto –, é produtiva ou imobilizadora do sentido. Em suma: pensar hermeneuticamente significa esclarecer as condições da situação hermenêutica. Ao contrário do historicismo, que pensava a situação hermenêutica do intérprete como mácula à objetividade da interpretação, a hermenêutica gadameriana pugna por considerar positivamente a situação mesma onde o intérprete se interroga pelo sentido, que marca o estranhamento da distância temporal. Essa distância, ademais, não é estanque, fixa, pois o intérprete está sempre em processo de autocompreensão do seu lugar na tradição. Daí que a distância temporal passa a não ser um fosso que separar o intérprete do contexto “morto” do texto, como no historicismo. Assim concebida, a distância temporal só é um problema para a corrente hermenêutica que acredita poder ir objetivamente ao passado, e não para a Hermenêutica Filosófica, que propugna que o passado sempre se atualiza com a percepção já dada e com as variáveis do presente que o tematiza enquanto tal. A distância temporal, revalorizada hermeneuticamente, permite, antes de tudo, e não de maneira absoluta, mas sempre aproximativa, uma “filtragem” dos preconceitos que inviabilizam o sentido da interpretação e aqueles que a possibilitam⁴⁹³. Ou seja, nas palavras de Gadamer, não apenas se eliminam novas fontes de equívoco, mas também “... se vão filtrando distorções do verdadeiro sentido, mas que, constantemente, surgem novas fontes de compreensão que tornam patentes relações de sentido insuspeitadas”⁴⁹⁴. Será dessa forma que a verdade deixa de ser um produto de uma apropriação subsuntiva, mas um acontecimento para o intérprete, um acontecer decorrente desse diálogo zeloso em que não são colocados em suspensão negativa os pré-juízos, mas estes são considerados parte da condição mesma de qualquer compreensão verdadeira. A superação dos mal-entendidos é, nessa perspectiva hermenêutica, um processo aproximativo constante, pois aquilo que se acredita ser estanque na distância temporal entre texto e intérprete passa a ser um processo sempre em construção.

⁴⁹³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. *Op. cit.*, p. 447.

⁴⁹⁴ *Idem*, p. 446.

Assim, no ato de interpretação das coisas humanas, o intérprete, desde sempre na tradição, ganha consciência de sua situação hermenêutica, e o sentido verdadeiro acontece não pelo fato de o intérprete se ver livre dos seus interesses, mas porque pode percebê-los melhor, longe da hiper-ressonância que os preconceitos inautênticos geram.

De toda essa gramática gadameriana surge como relevância final a noção de horizontes temporais. Como visto, no campo da compreensão das coisas humanas, o passado e o presente não são vistos de forma estanque. Gadamer chega a afirmar que não existe um presente em si mesmo, que se reconheça como tal sem se colocar constantemente em face da tradição. Como horizonte temporal do intérprete, o presente não se forma “à margem do passado”⁴⁹⁵. Não há uma compreensão do agora sem se referir ao processo de se autocompreender numa situação já posta pela tradição. Pensando essa concepção gadameriana, do presente como um processo de atualização, tem-se que “compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados entre si mesmos”⁴⁹⁶. A questão nuclear da hermenêutica como filosofia, por fim, consiste em efetuar o máximo de consciência de todo esse processo de fusão. Para Gadamer, essa tarefa diz respeito à consciência da história-efetual. Ou seja, de que a compreensão não se dá pela captura de um objeto no passado, mas numa simbiose, um mútuo partilhar de efeitos entre o objeto histórico e o sujeito que não se separam. Pode-se falar assim, numa relação hermenêutica entre sujeitos. Interpretar é cada vez mais ter consciência do poder concreto da história efetual no universo da compreensão, não para nos livrarmos de suas determinações, o que é, ademais, impossível ao intérprete. Tal consciência visa, sobretudo, dar visibilidade dos fatores positivos e negativos de nossa situação hermenêutica. Antes de ser um limite à compreensão, e mesmo sendo impossível ter-se a consciência de modo total e absoluto dos elementos da pré-compreensão, são justamente essas determinações que fazem possível toda compreensão. Eis o ponto: não seria, a outro modo, essa consciência dos limites também, *mutatis mutandis*, tarefa mesma de qualquer pensamento que outrora foi denominado crítico pela própria tradição que se autocompreendeu como humanista?

De posse dessas reflexões sobre o trajeto da linguagem até o paradigma hermenêutico, um balanço final se impõe. De certa forma, também o debate hermenêutico de revalorização da tradição e dos pré-juízos se conecta com aquela outra questão, a das ideologias, conforme apreciação feita no primeiro capítulo. Será mero acidente de percurso o fato de a crise da

⁴⁹⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. *Op. cit.*, p. 457.

⁴⁹⁶ *Idem, ibidem.*

tradição crítica, e mais propriamente a crise da crítica marxiana e seus derivados, estarem direta ou indiretamente vinculados justamente a este paradoxo gerado pela questão da ideologia *versus* ciência? Sob a etiqueta de “neutralidade do pesquisador”, que rondou as nascentes ciências humanas, ou, “neutralidade do juiz”, que até hoje gera impasses no pensamento jurídico, não subsistiria, como razão profunda, o problema da pertença do intérprete à sua tradição, e como, racionalmente, saber e estabelecer os limites públicos de sua autonomia e de sua vinculação? Não estaria no cerne de tudo isso a questão da consciência da história-efeitual?

Já é, ademais, possível perceber como os pressupostos da hermenêutica gadameriana é capaz de ocupar os espaços de tensão que estão no cerne da crise da modernidade *versus* pós-modernidade e pode se colocar, à luz da conclusão a ser feita no próximo capítulo, como elemento renovador da crítica no campo dos *experts* da lei. Será possível recolocar a questão da crítica do SCTJ no campo hermenêutica da tradição e da pré-compreensão. As soluções testadas, no bojo da tradição crítica para o impasse da questão da ideologia, não souberam ir além do teto da epistemologia, restringindo-se, assim, ao debate do método. Também no direito, e como se verá alhures, a desconsideração da tradição e seus influxos geraram inúmeros debates entre teorias procedimentalistas, e outras denominadas pós-positivistas. Igualmente, como já se abordou, as correntes críticas do direito, até a proposta recente de Streck, não souberam lidar com os contributos da hermenêutica filosófica. Agora é necessário aproximar esses campos em relação ao pensamento jurídico moderno, não mais como se fez no segundo capítulo. Se for possível pensar o conjunto de todas essas questões que o debate gadameriano apresenta às ciências sociais, é preciso compreender algo que parece escapar da tematização gadameriana. Conquanto Gadamer tenha elegido o próprio direito como um paradigma na unidade entre a aplicação e a interpretação, a sua percepção do saber jurídico parece radicar-se ainda num modelo clássico. Não se poderia cobrar de Gadamer, nem parece ter sido seu objetivo, uma visão mais abrangente de como os saberes jurídicos se constituíram na modernidade. Isso fica evidente principalmente quando ele aborda a interpretação jurídica, valendo-se de exemplos genéricos, típicos da tradição clássica do direito, de sua raiz greco-romana. A proximidade máxima de Gadamer em relação ao pensamento jurídico moderno, explicitamente, gira em todo de Savigny e de Betti. Observe-se que o pensamento jurídico europeu já havia, quando da publicação de “Verdade e método”, longa trajetória de vertentes positivistas e analíticas. Assim, parece ter passado despercebida uma questão relevante, apesar de não necessária à fundamentação específica buscada por Gadamer, mas que nesta

pesquisa é fundamental: os saberes jurídicos, apesar de serem parte do legado ancestral que poderia se opor legitimamente à hegemonia do método das ciências duras, foram também fortemente influenciados pela hegemonia do debate epistemológico da modernidade. Apesar de todo o seu caráter ancestral, e mesmo paradigmático para aquilo que seria a compreensão no campo das ciências humanas, os saberes jurídicos passaram por processos de adaptação ao positivismo que gerou, no modelo global do direito continental, uma miríade de abordagens que tentaram manter viva essa herança de base, que em Viehweg será a tópica, e que em Gadamer a referência mais específica foi a filosofia prática aristotélica. Para, então, compreender como é possível a retomada de uma hermenêutica crítica do e no direito, de caráter filosófico, será preciso entrar nessa arquitetura muito peculiar, com a qual os saberes jurídicos se conformaram no bojo da tradição positivista. De um lado, como será abordado, o que Gadamer genericamente denomina de experiência jurídica se desdobrou em dois campos; primeiro, a formação de uma filosofia do direito, e, de outro, um campo híbrido, genericamente denominado de dogmática jurídica. Antes de ser uma forma histórica de adaptação do saber jurídico, tal processo de desdobramento foi a forma de manter a verdade dos juristas estável em face das crises já mencionadas. Ver-se-á, com tal processo, algo que foi alheio à própria tradição que Gadamer tenta colocar como paradigma para as ciências sociais. Ou seja, paradoxalmente, no direito foram sendo constituídas historicamente esferas de saber em que o pensar abstrato se abstém da prática, numa autonomia próxima às exigências da teoria do conhecimento moderno, e, paralelamente, no campo da prática da decisão, *grosso modo*, tal como no falatório de Heidegger, foram se consolidando saberes a serviço de uma compreensão média fetichizada do direito. Como essa tradição, que em certa medida, repita-se, é o exemplo gadameriano para as demais ciências do espírito, chega a ter essa conformação? Para responder a tal indagação, o presente capítulo deve ainda abordar mais detidamente como se deu a formação desses campos no pensamento jurídico contemporâneo.

3.2 CONSOLIDAÇÃO DO SENSO COMUM TEÓRICO NA DOGMÁTICA E NA FILOSOFIA DO DIREITO: ENTRE POSITIVISMO E PÓS-POSITIVISMO

Com as correntes de pensamento abordadas na seção anterior, foi possível verificar as mudanças paradigmáticas que afetaram a filosofia e a teoria social, no movimento da

epistemologia à hermenêutica. A esta altura, seria lícito perguntar: diante desse quadro, como se comportou o pensamento jurídico?

A virada linguística e a virada ontológica trabalhadas anteriormente, de fato, foram movimentos intelectuais que impactaram o cenário da discussão filosófica do ocidente. Saber como tudo isso se refere ao campo próprio das verdades dos juristas implica compreender a feição geral de estabilização desses saberes na modernidade. Assim, é necessário avaliar como toda essa riquíssima tradição secular das verdades dos juristas acomodou-se sob o paradigma dominante construído ao longo da tradição moderna, o positivismo. O positivismo, como também já referido, foi o que catalizou, e ainda cataliza, o debate crítico no direito. A recorrente, e inconclusa, tentativa de sua superação é a prova evidente de sua centralidade. Viu-se, no primeiro capítulo, uma das versões dentre os vários “positivismos jurídicos” quando da abordagem de Kelsen. Naquele momento, todavia, o foco não era o positivismo em si, mas a percepção da crítica kantiana em tal abordagem. Agora, busca-se analisar como o positivismo passou a ser a variável central desta equação embaraçosa para modernidade: *doxa* mais *episteme*. Dessa forma, o positivismo jurídico é variável relevante para a compreensão do SCTJ como elemento responsável não só pela crise interna do campo jurídico, face às demandas de adaptação aos novos cânones da pós-modernidade, mas também como condição de reciclagem e de adaptação. A partir da discussão que se trava nesta última seção deste terceiro capítulo, fecha-se o grande pano de fundo que fornece as condições para se pensar os lineamentos básicos de uma hermenêutica crítica no e do direito.

Sabendo, antecipadamente, com tudo o que já se conquistou no capítulo 2, que os saberes jurídicos da tradição se constituíram como SCT, a possibilidade de uma hermenêutica crítica, de incorporação destes novos pressupostos garantidos pela virada ontológica, passa pela percepção do fenômeno denominado “duplicação do saber jurídico”. Tal processo corresponde a uma acomodação instável do SCTJ no horizonte tenso e sempre em busca de legitimação, do século XIX em diante. A hipótese a ser trabalhada a seguir é que, diante das exigências de uma nova cientificidade, após o ocaso do paradigma do direito natural moderno, os saberes jurídicos, principalmente em contextos de direito continental, passaram por um processo de adaptação. Como resultado dessa adaptação, preservando seu *status* de saber tradicional, os saberes jurídicos fragmentaram-se em duas grandes manifestações. Desde então, o que antes soaria sem sentido para o campo dos *experts* da lei anteriores à modernidade, o campo do direito passou a ter uma “filosofia do direito dos filósofos” e outra

dos juristas⁴⁹⁷. Busca-se, assim, compreender esta última etapa de configuração da topografia peculiar em que os discursos do campo jurídico se estabeleceram dicotomicamente para enfrentar o processo de epistemologização inevitável desde o século XIX. Assim, o foco a partir de agora será, por um lado, uma esfera de atividade difusa e com muitas variações de estilo denominada “dogmática jurídica” e outro âmbito identificado por reflexões de uma filosofia ou teoria do direito.

3.2.1 A necessária resignificação do senso comum teórico dos juristas como campo de racionalidade

Até o presente momento, tem-se trabalhado o SCTJ como um modo de ser próprio dos saberes jurídicos, nascido da conciliação paradoxal entre *doxa* e *episteme*. Essa visão inicial do SCTJ foi tratada a partir dos seus contornos prévios estabelecidos por Warat. Doravante o SCTJ passa ser compreendido não apenas como um conjunto de ideologias, no sentido de ideologia conferido pela teoria crítica, tampouco como um modelo de saber restrito ao campo da dogmática jurídica, como tende a ser focado pelas abordagens críticas em geral, mas como um campo de racionalidade. Essa ideia de “campo de racionalidade” busca ampliar a perspectiva waratiana, porém não corresponde exatamente àquilo que Stein denomina de *standard* ou vetor de racionalidade. Contudo, a compreensão desta última categoria pode ajudar na compreensão desta significação que se propõem a partir de agora para o SCTJ.

Em “Exercícios da fenomenologia: limites de um paradigma”, trabalho consistente na reunião de ensaios e conferências que tratam de vários temas, tendo por eixo a fenomenologia e o pensamento de Heidegger, Stein dedica um capítulo à “Filosofia e Hermenêutica – os *Standards* de Racionalidade”. Nesse capítulo, Stein utiliza as expressões vetor ou *standard* de racionalidade no bojo de uma reflexão sobre a hermenêutica, a filosofia e o direito. Para compreender em que medida essas categorias podem ser aqui reutilizadas à luz de outra abordagem, é preciso verificar seus sentidos a partir das preocupações específicas de Stein.

⁴⁹⁷ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 48. Partindo desta abordagem feita por Bobbio, tem-se como elucidativa a distinção de Troper: “A filosofia do direito dos filósofos seria, antes de tudo, uma filosofia aplicada, que consistiria na transposição das grandes doutrinas filosóficas aos problemas do direito e da justiça. [...] A filosofia do direito dos juristas não busca determinar a essência do direito, mas elaborar um conceito de direito, permitindo a compreensão e interpretação do fenômeno jurídico como um complexo de normas, cujas propriedades fará esforço por definir.” TROPER, Michel. **A filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 17-18.

Primeiro, em todos os ensaios da mencionada obra, além da classificação dos três momentos de Heidegger, já expostos anteriormente, Stein empreende um debate utilizando outra tipologia geral, qual seja, a presença de três formas de pensar ou de racionalidade. Esses três tipos de racionalidade são fundamentais para compreender as relações entre filosofia e conhecimento empírico. Tem-se, portanto, o pensar I, que trata da racionalidade que busca elucidar as condições do conhecimento, ou conhecimento transcendental em sentido clássico; o pensar II, que se refere à racionalidade relativa ao conhecimento ou discurso das ciências (empírico); o pensar III, que é o pensar que parte da racionalidade vinculada à diferença ontológica, ou seja, da analítica fenomenológica heideggeriana (transcendental não clássico)⁴⁹⁸. Com base em tal tipificação, inspirada em Putnan⁴⁹⁹, Stein se propõe examinar essas formas de racionalidade, e mais propriamente a área do direito, relacionando-as à noção de *Standard* ou vetor de racionalidade. Assim, parte-se das seguintes definições:

2. *Racionalidade*: O conceito de racionalidade é propriamente um conceito vazio. Ele aparece numa forma adjetivada quando falamos de procedimentos racionais na argumentação ou nas escolhas práticas. Usar, portanto, o conceito de racionalidade refere-se a essas ações de argumentar e proceder. **Na tradição, porém, o conceito de racionalidade era apresentado como um forma do procedimento lógico-discursivo e o modo como a forma do procedimento se pressupunha para o discurso empírico.** (Destaque ausente no original)

[...]

4. *Standard de racionalidade*. *Standard* ou vetor de racionalidade se constitui como aquele núcleo de determinadas Filosofias que se apresentam com pretensões de algum tipo de transcendentalidade que poderá constituir a estrutura mínima do conhecimento da experiência⁵⁰⁰.

Já fica evidente, por essa tipologia, a necessidade de ressignificar o termo “racionalidade”, pois, na tradição moderna e humanista, o pensar racional seria apenas o pensar I e suas consequências para o pensar II (*vide* destaque na citação *supra*). Assim, o pensamento de Heidegger só pode ser “irracional” adotando-se a pressuposição de base que apenas admite como pensar racional o pensar I ou II. De outra forma, com tal percepção, a racionalidade III, ontologia existencial do *Dasein*, é somente outra forma de racionalidade, a qual coloca em discussão, inclusive, as outras duas, pois trata de um pensar a transcendentalidade no sentido não clássico, mais originário, não baseado na consciência ou na subjetividade.

⁴⁹⁸ STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença**. *Op. cit.*, p. 17.

⁴⁹⁹ STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 158.

⁵⁰⁰ *Idem*, p.151-152.

Stein parte da ideia de que toda “boa” filosofia, no fundo, é o movimento do pensamento que se indaga acerca do problema do conhecimento, e que tal indagação, para não se confundir com o campo empírico, trata ou de um *a priori* ou de um questionamento das condições de possibilidade do conhecimento (transcendental). Assim, a filosofia pode influenciar o conhecimento empírico, pois ela cumpre um papel organizador ou de vetor da racionalidade que será, direta ou indiretamente, utilizada pelas ciências. Esses vetores ou *standards* de racionalidade se mostram como sistemas ou princípios pelos quais se pode apreciar o que subjaz na base gnosiológica do conhecimento científico. Stein assevera que nem toda filosofia se apresenta como um vetor de racionalidade, e as que não produzem tais reflexões devem ser concebidas como ornamentais ou de mera orientação⁵⁰¹. Um verdadeiro paradigma filosófico, assim, constitui-se a partir da elaboração de princípios que se mostrem como *standards* ou vetores de racionalidade. Os princípios epocais utilizados por Heidegger, por exemplo, são manifestações dos *standards* de racionalidade da metafísica ao longo da história.

De posse dessas ideias, Stein debate a questão dos vetores de racionalidade no campo jurídico. Esse debate situa-se na relação entre filosofia e direito, notadamente à luz dos impasses que fazem da filosofia um “corpo estranho” no mundo jurídico. Por isso, ademais, que a filosofia, no direito, tenderia a servir às demandas *ad hoc*, contextuais, utilizada como uma visão de mundo que difusamente serve ao corpo doutrinário do direito⁵⁰². Há, todavia, como percebe Stein, uma busca de fundamentação e orientação no corpo doutrinário do direito que faz crescer a importância de qual vetor de racionalidade pode ser utilizado neste âmbito. Isso porque “o que o Direito, por exemplo, espera da Filosofia para vencer o fantasma da positividade é a possibilidade de um compromisso intersubjetivo escondido numa determinada forma de descrição do mundo”⁵⁰³. O direito, de forma geral, tende a buscar na filosofia fundamentos motivados por razões instrumentais, geralmente de forma superficial, quando, no máximo, poderia tomar-lhe emprestado uma certa visão de mundo que pode ser útil e operativa. Conclui Stein:

O direito carrega consigo uma espécie de **standard de racionalidade ingênuo. Isso quer dizer que a dogmática jurídica tende a reproduzir, pelo positivismo, uma forma objetivadora**, incapaz de produzir a diferença entre racionalidade I e a racionalidade II, ou entre a racionalidade de caráter

⁵⁰¹ STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia**. *Op. cit.*, p. 127.

⁵⁰² *Idem*, p. 154.

⁵⁰³ *Idem*, p. 155.

entificador quando busca a validação do discurso jurídico⁵⁰⁴. (Destaque ausente no original.)

Duas questões relevantes até aqui. Primeiro, Stein identifica o pensamento jurídico, sem maiores distinções, com a dogmática jurídica. O conhecimento que cumpre a missão objetivadora seria a dogmática. Segundo, há uma clara identificação deste *standard* de racionalidade ingênuo, típico da dogmática, no campo do positivismo jurídico. Ou seja, uma segunda identificação, também sem maiores referências, relacionando este *standard* ao positivismo. Para Stein, em contraponto, um vetor de racionalidade com uma dimensão hermenêutica profunda, no campo jurídico, deveria ser capaz de explicitar “o processo lógico-discursivo do sistema jurídico”⁵⁰⁵. Não se vai entrar no mérito se a dogmática jurídica expressa o todo do saber jurídico, ou se o sistema jurídico se manifesta apenas por processos lógico-discursivos. Mas também não se pode deixar de destacar que Stein realiza uma terceira identificação quando não muito problemática, mormente a que relaciona o sistema jurídico a processos lógico-dedutivos. Dentre eles, supõe-se, aqueles formados ao longo da própria tradição jurídica. Poder-se-ia tratar especificamente cada identificação, mas o que importa dessa discussão é que, após tocar em alguns elementos da abordagem de Gadamer, Stein conclui que a escolha da fenomenologia hermenêutica seria a forma de superar as limitações metafísicas no direito, modelo este cuja incorporação é presente na obra de Streck⁵⁰⁶. Esse seria, portanto, o papel da filosofia no direito a partir da hermenêutica filosófica, pois se trata de um vetor de racionalidade capaz de elucidar o modo próprio de habitar o direito, num âmbito de discussão mais profundo, que trata da pré-compreensão e dos limites dos discursos jurídicos voltados à autossuficiência, que seria o caso do positivismo⁵⁰⁷. Agora, é preciso encaminhar a discussão do SCTJ em um espectro heurístico mais amplo, seja no que se refere à noção *standard* ou vetor de racionalidade, seja em relação à noção originária da crítica waratiana.

Com relação ao primeiro aspecto (vetor de racionalidade), pode-se afirmar: o SCTJ pode ser considerado não apenas como sendo um vetor de racionalidade ingênuo. Assim, propõe-se resignificar a noção de SCTJ ampliando o sentido usual até aqui dado ao tema, passando a não limitá-lo, numa correlação direta com a dogmática, como também sendo um modelo ingênuo de orientação das práticas dos juristas. O SCTJ, então, pode ser

⁵⁰⁴ STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia**. *Op. cit.*, p. 161.

⁵⁰⁵ *Idem*, p.160.

⁵⁰⁶ *Idem*, p. 168.

⁵⁰⁷ *Idem*, p. 168-169.

compreendido como um “campo de racionalidade”. Como a ideia de campo de racionalidade, busca-se ampliar o seu espectro, pois, assim, tal categoria não se confunde apenas com os vetores de racionalidade da metafísica da consciência, apesar de uma das suas concretizações históricas, na modernidade, ter sido dominada por essa racionalidade. No campo coexistem inúmeras orientações gnosiológicas, por vezes em conflito. O que faz do SCTJ um campo de racionalidade próprio aos juristas não é o seu apelo ingênuo à metafísica da consciência, ou a primazia do *logos* apofântico, mas sua orientação geral marcada pela manutenção e diálogo, nem sempre harmoniosos e autoconscientes de seus limites, entre elementos doxológicos e epistemológicos. Do ponto de vista hermenêutico, poder-se-ia apontá-lo como um “modo de ser” que transita tanto pela racionalidade I como pela racionalidade II. Esse modo de ser, como se vem defendendo até aqui, pode e deve ser abordado pela racionalidade III, ou seja, a partir dos pressupostos de uma hermenêutica filosófica. O SCTJ, como um campo, apresenta-se aberto às duas racionalidades: aquela viculada ao “como” apofântico, com a qual a dogmática concentra suas forças, e a racionalidade II, como foi o exemplo das teorias sociológicas do direito modernas, inclusive aquelas marcadas pelo pensamento crítico. A questão em aberto é, como tratar o SCTJ pela racionalidade III, ou seja, a partir dos pressupostos de uma hermenêutica filosófica? O primeiro passo, pelo que se defende nesta pesquisa, é resignificá-lo, nos exatos termos em que Gadamer resgata o caráter positivo do direito na tradição, no sentido de apontá-lo em sua aberta possibilidade de dizer o direito.

O SCTJ pode ser visto, portanto, como um campo de racionalidade que comporta o modo de ser próprio aos discursos jurídicos ao longo de vários contextos da tradição jurídica ocidental. Pode-se falar, então, num “vetor de racionalidade” em sentido fraco, para diferenciá-lo da racionalidade III, esta última mais consciente da questão originária de toda linguagem. Esse modo de ser que está na base do campo de racionalidade do SCTJ, como visto no capítulo 2, ganha autonomia dos demais campos e discursos da tradição por não manter uma relação hierárquica entre elementos epistemológicos em face dos doxológicos. Assim, antes de velar, desvirtuar, ser o responsável por uma verdade solipsista, será no campo SCTJ que se encontra a possibilidade histórica que a tradição jurídica construiu para estabelecer as formas de dizer o direito. Como campo em que se colocam as condições de possibilidade para dizer o direito como direito, na história, o SCTJ comportou várias formas de expressão que, por vezes, sedimentaram-se em Escolas ou tendências mais ao menos definidas. O encerramento do SCTJ em um paradigma metafísico não é uma consequência do

seu modo de ser, em si, basta observar, como se fará alhures, a resistência da *tópica*, que foi um dos estilos ancestrais de dizer o direito avesso à sistematização moderna.

Qual a diferença básica de se pensar o SCTJ como um campo de racionalidade? A diferença está em não apenas percebê-lo focado em uma de suas manifestações mais visíveis, que é a orientação objetivante e ingênua, no direito, a partir de doutrinas que apenas visam camuflar as tensões entre direito e política. A crítica do direito ainda não conseguiu transpor essa percepção. A vinculação do SCTJ à metafísica da consciência aconteceu fortemente na modernidade, e mais propriamente com o positivismo. Com efeito, para ser coerente com os pressupostos de uma hermenêutica filosófica, ao se conceber o SCTJ como um campo de racionalidade atende-se à dupla possibilidade de toda tradição: velar ou desvelar a verdade. Portanto, pode-se conceber o SCTJ como o campo amplo de racionalidade que conforma a verdade dos juristas, a partir do (e com o) qual os modos de ser do direito se relevam ou se velam à luz das demandas de cada contexto de sua produção.

Compreender o SCTJ como um campo de racionalidade implica ampliar também o seu sentido originário. O SCTJ encontra-se abordado em vários textos da produção intelectual de Warat. Aprofundando o debate já feito no primeiro capítulo, agora é possível ver mais de perto essas questões. O neologismo SCTJ aparece em diversos momentos. A obra waratiana é marcada por inúmeros aportes teóricos, que se insinuam na psicanálise, na arte e na epistemologia⁵⁰⁸. Para Rocha, a principal contribuição de Warat, a partir da semiologia, foi denunciar as insuficiências das perspectivas externas e internas em que oscilavam a teoria do direito e a sociologia jurídica de então, a partir de algumas fontes, das quais a semiologia se insinuou para a abertura deste espaço teórico que avança de 1976, com “El Derecho y su Lenguaje” até a obra “A ciência jurídica e seus dois maridos”, em 1986⁵⁰⁹. Como referido no segundo capítulo, foi no bojo de sua proposta de uma semiologia do poder que Warat cunha o neologismo em foco. O SCTJ tem estreita ligação com duas ideias: a de legitimação e a de prática institucional. Por isso, numa apreciação mais detida dessas funções: “O senso comum teórico não deixa de ser uma significação extra-conceitual no interior de um sistema de conceitos, uma ideologia no interior de uma Ciência, uma *dóxa* no interior de uma

⁵⁰⁸ “Quando ele [Warat] chegou ao CPGD/USFSC [Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina], já possuía uma sólida formação em Filosofia, Semiologia e Teoria Jurídica. Dominava uma informação filosófico-jurídica que àquela época não era comum circular no Brasil.” MONDARDO, Dilza. O mestre: luz e sombras. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (Org.). **O poder das metáforas: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 13.

⁵⁰⁹ ROCHA, Leonel Severo. *Semiologia e desejo*. *Op. cit.*, p. 83.

episteme”⁵¹⁰. Nesse sentido, para Warat, o SCTJ cumpre uma função de purificar as tensões entre teoria e prática, mormente em relação à atividade profissional dos juristas. Os juristas de ofício, assim, mediante as operações do SCTJ, acreditam fazer pura *episteme*. O SCTJ faz com que estes se vejam apenas como manipuladores de uma legalidade apartada do social⁵¹¹. Warat fala em “emprego estratégico dos conceitos”. Nesse uso estratégico, há três movimentos:

Fecha-se, desta forma, um movimento dialético que tem, por primeiro momento, certos hábitos significativos (uma *dóxa*); por segundo momento, a espera dos conceitos (uma epistemologia construída mediante processos lógicos purificadores sobre o primeiro momento); e, por terceiro momento, o senso comum teórico (dado pela reincorporação dos conceitos nos hábitos significativos). Este último momento caracteriza-se pelo emprego da *episteme* como *dóxa*. E aí recomeça a dialética descrita⁵¹². (acentuado apenas nesses três casos - citação)

Esses movimentos partem de conceitos para colocá-los no campo da *doxa*, e, também, um retorno da *episteme* para a *doxa*. Esse triplo movimento caracterizaria o discurso como ideológico, na medida em que o conflito, a tensão política que está na base desse discurso passa a ser, ilusoriamente, camuflada. Para Warat, há, no SCTJ, uma instrumentalização da *episteme* em *doxa*. O SCTJ conforma um hábito semiológico. Para desenvolver tal hábito, o SCTJ tem que realizar uma estereotipação conceitual, realizada nos locais institucionais em que os juristas operam e buscam legitimar suas práticas.

Neste texto seminal, em que Warat trata especificamente do SCTJ, resta evidente sua função instrumental e mistificadora. Esses sentidos negativos ficam evidentes quando Warat enuncia as formas em que o SCTJ se constitui, ou seja:

Por uma série móvel de conceitos, separados, estes últimos, das teorias que os produziram; por um arsenal de hipóteses vagas e, às vezes, contraditórias; por opiniões costumeiras; por premissas não explicitadas e vinculadas a valores; assim como, PPR metáforas e representações do mundo. Todos estes elementos, apesar de sua falta de consistência, levam a uma uniformidade última de pontos de vista sobre o direito e suas atividades institucionais⁵¹³.

O próprio Warat reconhece que um pensamento crítico do direito, à luz de uma semiologia do poder, deve ser capaz de refletir sobre a relação entre conotação e prática

⁵¹⁰ WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Op. cit.*, p. 30.

⁵¹¹ *Idem, ibidem.*

⁵¹² *Idem*, p. 31.

⁵¹³ WARAT, Luis Alberto. Epistemologia e ensino do direito. *Op. cit.*, p. 32.

jurídica e, também, deve explicitar as funções sociais do saber jurídico. Um pensamento crítico, então, deve ser capaz de perceber o SCTJ

[...] como condição de **produção dos diversos discursos jurídicos**, substituindo, então, o princípio do egocentrismo textual (as normas jurídicas como determinantes plenas de sentido normativo) pelo princípio da heteronomia significativa. Essa função tende a romper com a idéia de normatividade *a priori* das normas jurídicas. E, após tal reflexão, far-se-á uma leitura, a qual, em lugar de preocupar-se com uma denúncia metalingüística das incoerências e incertezas de um discurso, aparentemente à procura de uma enunciação lógica mais consistente, ainda que encoberta por uma visão aproximada da verdade, deverá explicitar as funções sociais do saber jurídico⁵¹⁴. (Destaque ausente no original.)

Semiologicamente, o SCTJ é a condição de produção dos discursos jurídicos. Uma crítica jurídica deve começar por esta constatação, para, então, problematizar as condições de ocultação do poder a que tais discursos acabam se reduzindo. Nessa mesma linha, Streck compreende o “sentido comum teórico dos juristas” como uma série de saberes acumulados e que geram uma “fetichização do discurso jurídico”. Ainda com Streck, a noção de sentido comum teórico dos juristas ganha espaço privilegiado no discurso da dogmática jurídica, a qual se vê imbricada com as atividades profissionais dos juristas. É importante destacar que, se em Warat o SCTJ é a condição epistemológica em que são produzidos os discursos jurídicos, em Streck, “Difusamente, o sentido comum teórico dos juristas é o conhecimento que se encontra na base de todos os discursos científicos e epistemológicos do Direito”⁵¹⁵. Com Streck, há um deslocamento, já à luz da abordagem a que se propõe nesta pesquisa, primeiro tendo em vista que esse autor entende o SCTJ como uma categoria de base de todos os discursos jurídicos, uma racionalidade, e, também, pela presença de uma problemática não explorada por Warat, a pré-compreensão. Assim: “Tal racionalidade aparece de vários modos e maneiras e configura a instância da **pré-compreensão** que regula a atuação dos produtores e usuários dos discursos do e sobre o Direito”⁵¹⁶. Quando Warat aborda o SCTJ, não há um horizonte de uma problematização vinculada aos pressupostos de uma hermenêutica filosófica, o que, propositalmente, restou em aberto⁵¹⁷. Como hábito semiológico, seria crível supor que sua construção também se vincula aos pré-juízos autênticos dessa mesma tradição,

⁵¹⁴ WARAT, Luis Alberto. Epistemologia e ensino do direito. *Op. cit.*, p. 33.

⁵¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. A revelação das “obviedades” do sentido comum e o sentido (in) comum das “obviedades” reveladas. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **O poder das metáforas**: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 55.

⁵¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. *Op. cit.*, p. 55.

⁵¹⁷ Essa abertura foi citada no capítulo 2.

e não apenas aos inautênticos. Não custa lembrar, com Gadamer, que julgar aquilo que não se encaixa como *episteme*, como não verdade ou ideologia, foi justamente a marca da tradição cientificista moderna. Logo, entender que o SCTJ apenas possui uma faceta de não verdade, ideológica no sentido de mistificação, significa que se está utilizando esses mesmos critérios de verdade da modernidade que deveriam estar sob suspeição.

Contudo, uma revisão do SCTJ na literatura revela o realce do seu sentido apenas mistificador. Parte da crítica jurídica brasileira, então, refere-se ao tema neste teto de uma teoria das ideologias, ou vinculando a presença do SCTJ apenas à esfera da dogmática jurídica. Essa tematização gera alguns impasses, pois, como seria possível uma dogmática jurídica crítica se o senso comum teórico a ela se confunde em muitas análises? Se a dogmática jurídica se expressa apenas como senso comum teórico em sentido negativo e, em adendo, só é possível operar o direito em um lugar do discurso chamado dogmática, seria igualmente impossível um discurso crítico neste *locus*. Admitir, dito de forma metafórica, que o SCTJ apenas alcança um registro mistificador faria com que esse fosse uma espécie de “buraco negro”, que atrairia e anulava inevitavelmente qualquer iniciativa crítica do e no direito. Em poucas palavras: para se pensar uma hermenêutica crítica é preciso partir do SCTJ, não só reconhecendo seus limites, mas também vislumbrando suas possibilidades. Essas possibilidades e limites estão na história da própria tradição jurídica.

Sobre esses impasses, importante análise é feita por Rocha que, após analisar as insuficiências da dicotomia ocorrida no Brasil entre vertentes “dogmáticas” e outra crítica, aduz que não basta pretender a construção de uma nova teoria a partir de construções conceituais ou apenas manifestações políticas. Rocha argumenta que seria necessária uma postura dialética entre esses dois aspectos. Assim:

Cabe aos juristas, nesta perspectiva, desenvolver um saber práxis/teórico do direito, **a partir de seu próprio interior** – as relações de força da sociedade –, evitando tanto as tradicionais análises legalistas quanto as teórico-práticas, que não têm produzido outra coisa que, respeitadas as distinções, sofisticados conceitualismos ou anarquismos políticos⁵¹⁸. (Destaque ausente no original.)

De que interior fala Rocha? Além das relações de força no interior do mundo político, poder-se-ia entender esse lugar como as próprias condições semiológicas do discurso jurídico em geral já estabelecidas pela tradição? Em relação à associação direta entre dogmática jurídica e conservadorismo, ou, entre dogmática jurídica e SCTJ em seu sentido negativo,

⁵¹⁸ ROCHA, Leonel. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 1998. p. 61-62.

também é preciso fazer algumas observações. Por ser um campo de racionalidade, o SCTJ não é produto monopolizado da dogmática jurídica, mas um modo de ser que atravessa as formas históricas de dizer o direito. Mesmo em sua manifestação negativa, inautêntica, o SCTJ pode ser capturado (o caso do pós-positivismo é o maior exemplo) por vertentes conceituais que se reproduzem e ganham *status* de “novidade” em determinados contextos. Ora, mesmos os movimentos críticos, no caso brasileiro, tendem a separar dogmática jurídica de dogmatismo, assumindo, assim, que a dogmática jurídica seria, *mutatis mutandis*, uma condição necessária à verdade dos juristas.

Nesse sentido, vale a pena transcrever a longa citação da fala de Coutinho:

Não há Direito sem uma dogmática onde as palavras tenham um sentido aceito pela maioria, ainda que elas escorreguem e, de tanto em tanto, mereçam – e tenham – uma alteração de curso. Metáforas e metonímias (ou condensações e deslocamentos, como queria Freud), a partir da demonstração de Lacan, esvaziam o sentido (ou conteúdo) preestabelecido de qualquer palavra que ganhe um giro marcado pela fala pulsional e, portanto, determinada pelo inconsciente.

Falar de dogmática – enquanto descrição das regras jurídicas em vigor (Haesaert) –, contudo, não é dogmatismo; e isto é despiendo discutir. Sem embargo, não são poucos que confundem – e seguem confundindo – os dois conceitos, com efeitos desastrosos para o Direito⁵¹⁹.

Não obstante a acertada desvinculação entre dogmática e dogmatismo, nesse mesmo texto Coutinho se refere ao SCTJ ainda como sendo um saber encastelado, no sentido negativo atribuído ao termo. Todavia, a citação transcrita deixa em aberto a questão nodal, a de que o discurso dogmático, não é, em si mesmo, atitude pautada pelo dogmatismo. É nessa diferença que se abre, para o autor, a possibilidade da criticidade na dogmática jurídica. Veja que até aqui está se falando apenas deste campo dos discursos jurídicos que se voltam à dogmática jurídica.

Mesmo em trabalhos que adotam como *standard* de racionalidade o paradigma da hermenêutica filosófica de Gadamer, a noção de SCTJ é interpretada como algo mistificador e negativo. Assim, conforme tematizado por Streck, tem-se a noção de que o SCTJ como o “véu do ser autêntico do Direito”⁵²⁰. Seguindo essa percepção hermenêutica do senso comum teórico, Hupffer trabalha novos caminhos para o ensino jurídico a partir da hermenêutica filosófica de Gadamer. No ponto relevante para o presente debate, no que se refere ao SCTJ, a

⁵¹⁹ COUTINHO, Jacinto Miranda de. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. *Op. cit.*, p. 37.

⁵²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional...**, *op. cit.*, p. 186.

autora, após menções gerais e a percepção de Warat sobre o pensamento de Kelsen, entende que o sentido comum esvazia o núcleo teórico do direito. Isso levaria à “nadificação” do Direito⁵²¹, pois, ao se utilizar de uma citação de Heidegger, o SCTJ seria “uma capa de sentido, que faz que renunciemos pensamento, quando permitimos passar ‘numa explicação superficial, o nada pelo puramente nadificar e o igualamos ao que não tem substância’”⁵²².

Explorando um pouco os sentidos do SCTJ, importante abordagem é trazida por Ohlweiler, quando problematiza a questão da função social da dogmática jurídica no direito administrativo. Partindo das categorias heideggerianas, após passar pelas etapas históricas de formação da dogmática jurídica, Ohlweiler conclui que existe uma dogmática jurídica tradicional que fortalece o pensamento abstrato nos moldes da metafísica da consciência, cujo papel seria evitar a angústia do intérprete, operando um alheamento deste em relação ao mundo da vida. Por outro lado, esse autor reconhece a possibilidade de a dogmática administrativista poder desenvolver uma “responsabilidade fenomenológica”. Mesmo admitindo que a dogmática tem contribuído para o bloqueio do sentido constitucional dos entes administrativos, Ohlweiler observa que “A dogmática administrativista há de ser capaz de suspender o modo corriqueiro de dizer os entes e pensar os entes administrativos no seu ser (sentido) constitucional-democrático”⁵²³. Nas abordagens de Coutinho e de Ohlweiler, ambas voltadas à dogmática jurídica, percebe-se, cada um a partir do seu local de fala, a possibilidade dupla que esse saber demonstra.

Streck identifica o SCTJ, já em uma análise hermenêutica, como o responsável pelo *habitus dogmaticus*, o qual sufoca as possibilidades interpretativas, pois estabelece um teto hermenêutico em que todas as discussões já estão limitadas inautenticamente, no sentido gadameriano. Os juristas, assim, ficariam presos a esses lugares do discurso. Com efeito, tem-se uma plena incapacidade de o jurista se ver no SCT, pois, como entende Streck, é impossível para quem está na ideologia dizê-lo, porque, se assim o fizesse, já não estaria mais na ideologia⁵²⁴. Dessa forma, também em Streck, a ligação entre SCTJ e ideologia é direta, desta feita com menção a Gadamer, numa perspectiva de produção de pré-juízos inautênticos⁵²⁵. Em sua densa obra “Jurisdição constitucional”, Streck reforça a vinculação entre o paradigma

⁵²¹ Sobre a ideia de nadificação, ver Pós-fácio IN: STRECK, Lenio Luiz. **Heremênutica Jurídica e(m) crise**. 8 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

⁵²² HUPFFER, Haidê Maria. **Ensino jurídico: um novo caminho a partir da Heremênutica Filosófica**. Viamão: Entremeios, 2008. p. 59-60.

⁵²³ OHLWEILER, Leonel Pires. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. **Revista do Instituto de Heremênutica Jurídica**, v. 1, n. 3, p.149-150, 2005.

⁵²⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Heremênutica Jurídica e(m) crise**. *Op. cit.*, p. 71.

metafísico-objetivante à dogmática jurídica⁵²⁶. A dogmática jurídica, segundo o autor, trabalharia com dualidades metafísicas, negando o postulado da diferença ontológica, limitada aos métodos tradicionais, o que a colocaria refém do pensamento metafísico⁵²⁷. E afirma: “Por isso, a Nova Crítica do Direito – NCD – aqui proposta é entendida como processo de desconstrução da metafísica vigente no pensamento dogmático do Direito (sentido comum teórico)”⁵²⁸.

Como alertado no início, não se pretende negar o sentido do neologismo SCTJ como formador de um campo ideológico, ou, de outra forma, como possibilitador da incorporação da metafísica no direito. Busca-se, contudo, alargá-lo de espectro. Como campo de racionalidade típico dos discursos jurídicos, a sua marca está em se configurar como um modo de ser que retrabalha as dimensões doxológicas e epistemológicas nos discursos sobre a legalidade. Esse campo de racionalidade, repita-se, é anterior à própria distinção moderna entre ciência e senso comum, e assim, pelo que se defende neste trabalho, não se refere apenas à dogmática jurídica, tampouco é estranho ao âmbito da filosofia do direito. Esses dois campos também são atravessados, desde a modernidade, pela tensão entre elementos epistemológicos como os doxológicos que se encontram na raiz de dizer o direito ao longo da tradição ocidental.

Tendo em vista a noção de campo de racionalidade aqui proposta, será a partir da separação histórica entre dogmática e filosofia do direito que se perceberá como o SCTJ se fixou como um modo de ser tradicional mediante os esquemas metafísicos do positivismo jurídico. Ver-se-á, igualmente, que o eixo condutor de toda a problemática metafísica nesses dois campos foi a questão da resposta correta. De certa forma, busca-se compreender a formação final desse campo sincrético de disciplinas e abordagens que compõem a especulação jurídica que foi anunciada na introdução, na qual se cristalizou a aguda separação entre práticos e teóricos no campo jurídico. É nesse contexto que seria adequado dizer, hermeneuticamente, que o SCTJ consolidou um grande déficit de racionalidade, incapaz de dar conta das novas demandas jurídico-políticas do Estado Democrático de Direito.

⁵²⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. *Op. cit.*, p. 213.

⁵²⁶ *Idem*, p. 199, *passim*.

⁵²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. *Op. cit.*, p. 205.

⁵²⁸ *Idem*, p. 215.

3.2.2 A *episteme* jurídica na modernidade: *sensus communis* e a querela antigos *versus* modernos

A percepção da fragmentação dos discursos de verdade dos juristas reflete uma querela, um ponto de inflexão do pensamento ocidental que Vico, inicialmente, e Viehweg, num segundo momento, souberam captar com muita propriedade, cada um ao seu modo e contexto próprio. Tal processo, conforme elucida Lafer, decorreu da fratura na crença do Direito Natural moderno, que foi substituído por um novo campo plurívoco denominado Filosofia do Direito⁵²⁹. Essa filosofia do direito se popularizou na Europa no século XIX⁵³⁰, e aqui, para efeito do que se persegue, será abordada como resultado de uma fragmentação típica do processo de epistemologização que afetou as falas seculares de verdade dos juristas. Esse processo, no fundo, refletiu a sedimentação e acomodação instável do SCTJ em nossa tradição. Com esta duplicação, marcada por sincretismos de todas as ordens, portanto, foi possível à epistemologia e aos pressupostos da filosofia da consciência fixarem-se no campo discursivo próprio do direito como modelo dominante sem, com isso, abandonar a doxologia que está em sua ancestralidade.

Tal processo já foi, há muito, tematizado pela história do pensamento. A constituição de uma dogmática jurídica ordinária e de uma metajurisprudência, marcadas pela constituição de campos abstratos de uma Filosofia ou teoria do direito, representaram aquilo que Bobbio indicou como “duplicação do saber jurídico”⁵³¹. Foi com essa duplicação que o SCTJ foi condicionado a priorizar os elementos epistemológicos – conforme os parâmetros da *episteme* dominante – desembocando no paradigma liberal-legal que é nitidamente orientado pelos cânones do positivismo jurídico. Para iniciar a abordagem da origem deste processo a que foi submetido o campo de racionalidade dos juristas (SCTJ), utiliza-se a referência feita por Vico sobre a *querelle des anciens et des modernes*, citada como emblemática, não por acaso, tanto

⁵²⁹ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. *Op. cit.*, p. 48.

⁵³⁰ Esse processo foi decorrente de várias transformações econômicas e culturais, assim, “Ao impacto da secularização e sistematização cabe acrescentar o da percepção da historicidade do Direito. De fato – e como é sabido – as aspirações de universalidade e imutabilidade que caracterizam a elaboração jusnaturalista e que são típicas da Ilustração esbarraram com as realidades de direitos históricos, contingentes e variáveis. Estas realidades realçadas pelo Romantismo, do qual a Escola Histórica é uma expressão no campo do Direito.” LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. *Op. cit.*, p. 39-40.

⁵³¹ BOBBIO, Norberto. **Contribución a la teoría del derecho**. *Op. cit.*, p. 175.

por Gadamer⁵³², na alusão do *sensus communis*⁵³³, como também por Viehweg, na elucidação da presença da *tópica* no raciocínio jurídico baseado no *mos italicus*.

Como já adiantado em linhas gerais, a tensão ancestral entre *doxa* e *episteme* que se consolidou modernamente no positivismo comteano, bem como a hegemonia de um modelo de *episteme* como única maneira de obter a verdade (concebida como adequação de uma proposição a um objeto), foram fruto de um processo que já vinha em desenvolvimento desde o século XVIII. Uma visão perspicaz dessa tentativa forçada de “conciliação” entre os tipos de estudo dos antigos e dos modernos se encontra claramente delineada na obra de Gian Batista Vico, “De nostre temporis studiorum ratione”, de 1708, da qual Viehweg soube regatar como ponto-chave de seus estudos a influência da *tópica* na constituição da jurisprudência europeia⁵³⁴.

Vico foi um dos autores da transição moderna que notoriamente percebeu o sentido profundo do ponto de inflexão entre os dois métodos (*scientiarum instrumenta*): o antigo, retórico ou tópico, com nítida herança greco-romana transmitida exemplarmente pelo legado de Aristóteles e pela releitura latina de Cícero; e, em outro campo, o método moderno, crítico, denominado, posteriormente de cartesiano⁵³⁵. Para Vico, a diferença fundamental entre os dois estilos residiria em seus pontos de partida, sendo que o método moderno partiria do *primum verum*, enquanto o antigo tem por ponto de partida o *sensus communis*. Opta-se por ler esse processo pela perspectiva de Viehweg, o qual retrata com muita propriedade o “esquecimento” do estilo de pensamento secular da tradição humanista, dentre eles aquele presente no direito, este último, inclusive, já tinha se estruturado na *práxis* da vida europeia de forma decisiva até a chegada do novo modelo crítico. Será Viehweg, com suas intuições, mais um autor que tentar recuperar o esquecimento operado pela tradição moderna em sua tentativa de imposição do método científico cartesiano.

Em seu clássico “Tópica e jurisprudência”, Viehweg anuncia claramente seu desiderato: primeiro, a partir da mencionada intuição de Vico, compreender e acentuar o papel

⁵³² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. *Op. cit.*, p. 63.

⁵³³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. *Op. cit.*, p. 61-75.

⁵³⁴ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. *Op. cit.*, p. 19.

⁵³⁵ Ao identificar o segundo método abordado por Vico, o crítico, importante nota é feita pelo autor: “[...] diz-se habitualmente, é chamado de cartesianismo, ou seja, o modo de pensar que Descartes representa de maneira relevante. Este morrerá 58 anos antes da publicação desta *dissertatio* napolitana [“De nostre temporis studiorum ratione”], em 1650, em Estolcomo, não sendo nela citado nominalmente. Numa passagem, na qual os representantes do método antigo e do moderno são contrapostos (diss. III, Sec. 2), aparece, de um lado, Cícero, de outro Arnaud, co-redator da *Art de Penser* de Port Royal (1662), um cartesiano no sentido dos jansenistas, ao qual pertence Pascal”. VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. *Op. cit.*, p. 20.

da *tópica*, naquele momento (século XX) quase desconhecida (ou esquecida), para a jurisprudência (ciência do direito)⁵³⁶; segundo, perceber se a jurisprudência desenvolvida no ambiente europeu, desde o legado romano, corresponde, estruturalmente, ao modelo tópico de conhecimento. O autor, portanto, situa-se no plano do que ele denomina de “fundamentos”, e não propriamente um estudo histórico. Sua pretensão é, portanto, estrutural, apesar de recorrer a certos recortes históricos. Alguns pontos fundamentais desta reflexão, apesar de em certa medida antecipados no segundo capítulo, devem ser retomados de forma mais específica⁵³⁷.

A *tópica*, para o mencionado autor, é um estilo de pensar por problemas. Esse estilo radica-se na classificação aristotélica dos discursos, dos raciocínios já mencionados⁵³⁸, em que se opõe ao logicismo do discurso apodíctico, o campo do discurso dialético. Recapitulando, os *topoi* se relacionam, segundo o Estagirita, aos raciocínios dialéticos e retóricos, e podem se referir a vários objetos, sejam eles jurídicos, físicos, políticos de várias espécies⁵³⁹. Assim, como acentua Viehweg, para Aristóteles, os *topoi* são “pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita e que podem conduzir à verdade”⁵⁴⁰. Para o raciocínio dialético, é fundamental o estabelecimento da pergunta, sendo que nesta etapa o que importa é descobrir o lugar (*topos*) a partir do qual se desencadeia a disputa argumentativa. É de se frisar, ainda com o autor em tela, que Aristóteles nomeou de *tópica* um fenômeno já presente e perceptível antes e depois de sua sistematização, presente na cultura antiga mediterrânea, *mutatis mutandis*, como *euresis*, *inventio*, *ars inveniendi*⁵⁴¹.

A percepção deste tipo de raciocínio teria sido retomada com a retórica e revivida pela tradição latina com Cícero, permanecendo viva como uma das três artes liberais medievais (*trivium*) que estavam na base do estudo dos juristas glosadores. Para ir ao encontro do que se deseja elucidar, a percepção de Viehweg teve o mérito de demonstrar um “esquecimento”, do

⁵³⁶ É importante esclarecer o que significam os vocábulos “jurisprudência” (*Jurisprudenz*) e “ciência do direito” (*Rechtswissenschaft*). Para esse autor, os dois termos são usados para se referir ao saber jurídico. Nesse sentido, importantes são as ponderações de Roesler: “Na Alemanha a expressão *Jurisprudenz* (Jurisprudência) designa, de modo mais amplo, aquilo que podemos considerar aproximadamente como o sentido de uma **ciência do direito** para o jargão brasileiro, ou seja, o conjunto de discursos que são feitos pelos especialistas nos diversos ramos do direito, com base na legislação, nas decisões dos tribunais e no (a partir do) desenvolvimento de novos conceitos jurídicos, e também é, via de regra, considerada uma atividade científica. ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: tópica, discurso e racionalidade**. Florianópolis: Momento Atual, 2004. p. 12.

⁵³⁷ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. *Op. cit.*, p. 21.

⁵³⁸ Verificar a abordagem feita de Aristóteles no capítulo 2.

⁵³⁹ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. *Op. cit.*, p. 26.

⁵⁴⁰ *Idem*, p. 27.

⁵⁴¹ *Idem*, p. 31.

qual Vico, com olhos de contemporâneo desse processo, soube perfeitamente captar, ou seja, perceber os riscos e as virtudes do movimento de mudança de paradigma de base, ou de racionalidade II, a qual passaria a orientar a verdade dos juristas. Isso estava claro com a transição para um modo moderno de racionalidade, axiomático e sistemático, em detrimento do modelo antigo das *humanidades*, padrão este que, apesar de baseado já na cisão entre *doxa* e *episteme*, dentro da compreensão adotada por esta pesquisa, conviveu sincreticamente com essas diferenças até o processo de hegemonia da *episteme* da natureza e sua influência global no século XVIII. Mesmo com a refutação moderna deste modo de pensar (o antigo), feito expressamente por Kant⁵⁴², a análise de Viehweg tem particular interesse não tanto pela repercussão posterior que a pragmática da linguagem ocupou na reflexão jurídica, à luz do neoaristotelismo e as teorias da argumentação⁵⁴³, mas um dos grandes méritos desta abordagem, nem sempre ressaltada, está em demonstrar que não se apaga de uma tradição, à luz *querelle des anciens et des modernes*, seu campo de racionalidade de base, ou a sua teoria de base, como foi o modelo tópico-retórico e sua manifestação secular nos discursos jurídicos dos práticos e dos mestres de Escola. Parece ser este o ponto que interessa, sem adentrar se a *tópica* é ou não um modelo a ser instaurado no campo da reflexão jurídica⁵⁴⁴. A intuição de Viehweg de que este estilo problemático de pensar – cujo *ethos* está em ser avesso a um sistema axiomático, dedutivo de produção de verdades, que perpassou o pensamento grego, via Aristóteles, passando pela cultura estoica latina, com Cícero – é o ponto fundamental para se pensar como o SCTJ se manteve como um campo de racionalidade, mesmo em face dessa fragmentação que marca a tradição continental até os dias atuais.

Enquanto, ao longo da abordagem genealógica dos arquétipos dos juristas de nossa tradição (capítulo 2), marcados por vários momentos específicos de emergência de falas autorizadas dos *experts*, a erudição humanista passou a ceder espaço em face da especialização axiomática. Isso, ao contrário do que se poderia imaginar, no lugar de extirpar o modelo antigo, tópico-retórico, do campo das falas autorizadas, gerou o modelo sincrético de estabilização dos saberes jurídicos em níveis de reflexão muito próprios. O SCTJ, agora

⁵⁴² “[...] de que podem servir os mestres de escola e oradores para examinar, sob determinados títulos do pensar, o que melhor convém a uma matéria e fazer sutilezas sobre ela com a aparência de racionalidade ou tagarelar empoladamente”. KANT, Immanuel. *apud* VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. *Op. cit.*, p. 40.

⁵⁴³ Especificamente o trabalho de Chaim Perelman.

⁵⁴⁴ Importante trabalho resgata a *tópica* em seu caráter autêntico, inclusive a partir de aportes fenomenológicos. Cf. NEDEL, António Carlos. **Uma tópica jurídica**: como clareira para a emergência do ser do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. Em contraponto, importantes críticas à proposta de Viehweg são feitas por Garcia Amado. Cf. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Tópica**, derecho y método jurídico **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 4, p. 161-188, 1987.

percebido como um campo de racionalidade, inicialmente marcado pelo estilo tópico-retórico, presente em vários contextos da glosa e da pós-glosa europeia, muito longe de sair de cena, já na modernidade tardia, passa a ser incorporado num campo mais amplo e complexo que marcará a nova topografia de como a verdade dos juristas se manifestará. Esse campo de racionalidade, então, mesmo duplicado, guardará muito do estilo antigo, bem como, por outro lado, passará a expressar nítidos esforços epistemológicos para se autoafirmar no campo de exigências das ciências sociais e da filosofia da consciência. Daí que a filosofia do direito, transformada numa teoria do direito, assumirá o papel, de cariz kantiano, de zeladora da racionalidade jurídica, bem como delimitadora racional da atuação dos saberes-práticos dos juristas de ofício. Óbvio que essa duplicação dos saberes jurídicos modernos foi marcada por inúmeras tensões e mal-estares. Essa tensão, inclusive, reflete cabalmente aquela tensão que esteve na raiz da tradição grega, conforme acentuado por Arendt, que fez cindir o fazer prático da especulação teórica, da especulação das coisas inerentes aos negócios humanos (política).

Os reflexos dessa cisão entre juristas práticos e juristas teóricos são, talvez, as manifestações mais evidentes, dentre várias, dessa configuração final dos saberes jurídicos, pautados pela afirmação da metafísica da consciência. O SCTJ, portanto, dentro da perspectiva aqui defendida, de ser um campo de racionalidade e não um mecanismo específico e ideológico de manifestação do saber jurídico, encontra-se nesse processo visível de ruptura. Ou seja: o SCTJ também se mostrou como necessário ao equilíbrio instável havido entre as características do saber dogmático e aquelas do seu superego teórico, a teoria do direito. Nisso, Viehweg foi preciso, mormente ao intuir que a *tópica* não desapareceu do horizonte prático dos juristas mesmo com todo processo de esquecimento e axiomatização da jurisprudência europeia. Assim sendo, *mutatis mutandis*, não só a dogmática jurídica, em si mesma, como se defendeu em certa medida, seria a manifestação exclusiva do SCTJ, mas também a própria reflexão da filosofia e da teoria do direito. O elemento comum que fará do SCTJ presente em tais manifestações discursivas é o problema da resposta correta. A essa questão, tanto a dogmática como a filosofia do direito apresentarão fundamentos metafísicos. A própria diferenciação semântica de uma “filosofia do direito”, que remonta Hegel no século XIX, até o sentido mais tardio de uma “teoria geral do direito”, é atravessada pelo problema da cientificidade dos saberes jurídicos em um momento claro de transição de racionalidade (antiga para moderna). Tanto que a expressão “teoria geral do direito” nasce e se afirma como

reação do positivismo e do empirismo ao modo como era concebida a “velha filosofia do direito”⁵⁴⁵.

É importante, ainda em relação a essa querela dos antigos *versus* modernos e a dicotomização do campo de racionalidade jurídica, registrar a percepção de Viehweg desta topografia dos saberes jurídicos, especialmente sua classificação tripartite. Já em “Tópica e jurisprudência”, Viehweg objetiva analisar uma “teoria de base” da jurisprudência. Tendo em vista as características da obra de Viehweg, fragmentária e com tratamento temático não exaustivo e sistemático⁵⁴⁶, Roesler entende ser possível encontrar ao longo dos seus escritos nexos entre temas comuns relativos à “Ciência do direito”, o que pode ser apreciado panoramicamente em seus ensaios. A questão da cientificidade dos discursos jurídicos em face do padrão moderno de ciência⁵⁴⁷, então, é o *leitmotiv* da obra de Viehweg, e sua peculiar apreciação ilumina as ideias trabalhadas ao longo desta pesquisa. Nessa linha de pensamento, em que Viehweg busca pensar a velha jurisprudência europeia não pelos critérios modernos e cartesianos de ciência, é importante a classificação entre pensamentos zetético e dogmático que datam de 1968⁵⁴⁸. Viehweg, após considerar que a classificação entre ciências naturais e do espírito, reais e ideais, explicativas e compreensivas, tenha importância para certas áreas, quando aplicada ao campo jurídico mostra-se rígida e redutora⁵⁴⁹.

⁵⁴⁵ TROPER, Michel. **A filosofia do direito**. *Op. cit.*, p. 14.

⁵⁴⁶ ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito**. *Op. cit.*, p. 5.

⁵⁴⁷ *Idem*, p. 14.

⁵⁴⁸ *Idem*, p. 49.

⁵⁴⁹ Aduz Viehweg em seu artigo de 1968: “Como ya se ha dicho, parece no existir ninguna posibilidad de reunir esta pluralidad en un todo, a pesar de que no se discute que en todo esto existe una conexión temática. Desde luego, es discutible cómo ha de ordenarse y conectarse el cambiante manejo de esta temática, sin tener que introducir alguna concepción del mundo. Las clasificaciones en ciencias naturales y del espíritu, en ciencias reales e ideales, en explicativas y comprensivas, en ciencias del ser y del deber ser, y otras similares, tienen por cierto importancia para nosotros pero muestran una rigidez difícilmente evitable, que no permite una agrupación espontánea y sin reducciones de nuestra materia y deja que aspectos esenciales de nuestro ámbito del conocimiento aparezcan sólo marginalmente. Por ello, se utilizará aquí otra división de nuestra disciplina que parece responder más adecuadamente a la peculiaridad de nuestra ciencia y, posiblemente, tiene también una importancia general.” – “Como foi dito, parece não existir qualquer possibilidade de reunir esta pluralidade em um todo, embora não se discuta que em tudo isso exista uma conexão temática. Certamente, é discutível como se tem que ordenar e se conectar a forma como manejar esta temática, sem ter que introduzir alguma concepção de mundo. As classificações em ciências naturais e do espírito, em ciências reais e ideais, em explicativas e compreensivas, em ciências do ser e do dever ser, e outras semelhantes, têm por certo importância para nós, mas mostram uma rigidez difícilmente evitável, que não permite um agrupamento espontâneo e sem reduções de nosso assunto, deixando aqueles aspectos essenciais de nosso âmbito de conhecimento aparecerem apenas marginalmente. Por isso, será usada outra divisão de nossa disciplina, a qual parece responder mais adequadamente à peculiaridade de nossa ciência e, possivelmente, tem também uma importância geral.” (Tradução livre.) VIEHWEG, Theodor. Problemas Sistemáticos em la Dogmática Jurídica em la investigación Jurídica *apud* ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito**. *Op. cit.*, p. 50.

Assim nasce a proposta de outra classificação mais apropriada às peculiaridades do campo jurídico, ou seja, a divisão entre zetética e dogmática, que no Brasil ganhou visibilidade e espaço com Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁵⁵⁰. Partindo de âmbito retórico do discurso, em que há um jogo de afirmações entre interlocutores, Roesler destaca a forma como que Viehweg descreve uma asserção *dogmata* e uma *zetamata*. Quando se trata de uma asserção em que não se outorga o dever de defesa e fundamentação, ficando imune de ataques por longo prazo, tem-se o caso de uma inferência tratada como *dogmata*. Ao inverso, quando um conjunto de asserções está aberta a ataques e, assim, sujeita ao dever de defender-se, explicar-se e fundamentar-se, há sua conformação como *zetamata*⁵⁵¹. O pensamento dogmático, marcado pela inegabilidade dos pontos de partida, cumpre uma função social. Com efeito, ele trata de estabilizar e orientar a ação⁵⁵² por via da decisão, âmbito em que o questionamento *ad infinitum* não se mostraria operativo. Por outro lado, limitado à sua função cognoscitiva, o enfoque zetético problematiza, assim, seus pontos de partida. Ficam claras, portanto, as funções destes enfoques a serem utilizados no campo jurídico. A própria origem grega do termo *zetein*, perquerir, e *dokein*, doutrinar, ensinar, evidencia os sentidos propostos por Viehweg⁵⁵³.

Como se relacionam esses enfoques? Aqui a reflexão de Viehweg se aproxima dos pontos tratados anteriormente, especialmente em relação à dicotomização do saberes jurídicos na modernidade. Nesse sentido, algumas análises entendiam o conhecimento dogmático como irracional, sendo que, conforme já abordou antes, essa questão estava relacionada ao que se entenderia por racionalidade. Assim, pela afirmação de Rosler: “[...] o pensamento dogmático se converte em objeto do raciocínio jurídico zetético, mostrando-se como Jurisprudência e Meta-Jurisprudência.” Por conseguinte, a zetética teria por função o exame crítico dos pressupostos da dogmática, ou seja, um saber jurídico completo não elimina nem faz uma abordagem absorver a outra⁵⁵⁴. A prova desse íntimo relacionamento, conforme aponta Viehweg, poder ser exemplificada na obra de Jhering, *Kampf ums Recht*. Nessa obra, da fase finalista de Jhering, fica clara a relação imbricada entre os dois enfoques, e de como o

⁵⁵⁰ Tal classificação consta do seu livro de introdução ao estudo do direito no primeiro capítulo, itens 1.4 e 1.5. Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

⁵⁵¹ ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito**. *Op. cit.*, p. 55.

⁵⁵² *Idem*, p. 58.

⁵⁵³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. *Op. cit.*, p. 41.

⁵⁵⁴ ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito**. *Op. cit.*, p. 62.

pensamento Jhering construiu as bases de um conhecimento operativo, ou seja, uma pensamento dogmático-teleológico⁵⁵⁵.

Como toda essa abordagem se liga ao ponto de reflexão proposto? Essa abordagem leva à vinculação, em nossa tradição, desses “enfoques”, mormente em relação à dogmática jurídica, filosofia do direito e teoria do direito. Chega-se, então, à concepção tripartite de Viehweg.

Para esse autor, a dogmática jurídica não tem uma estrutura fixa. Seu modo de operar pode ser o dedutivo ou a dialética clássica⁵⁵⁶. O que garante e sustenta sistemas dogmáticos é sua função social. Dessa forma, quando o seu caráter de orientador da prática perde seu efeito operativo, essa mesma dogmática desaparece. A dogmática jurídica, portanto, cumpre função orientadora e legitimadora de práticas sociais, e para conseguir congruentemente efetuar seu mandato, parte sempre de um conjunto de asserções aceitas e previamente elaboradas. Conforme destaca Roesler, essa opinião se liga diretamente à problemática social que visa orientar. Dessa forma: “Essa opinião pode, indiferentemente, advir ou se expressar em máximas transmitidas de geração para geração, de um oráculo, de sentenças judiciais ou de leis”⁵⁵⁷.

Ocorre que, não basta que os sistemas dogmáticos partam de conteúdos, valores e ideologias socialmente aceitas e aptas à coordenação da ação, eles também precisam de uma legitimação cognoscitiva à luz do padrão de conhecimento dominante no seu contexto de criação⁵⁵⁸. Ou seja: seria necessário para afirmação da dogmática jurídica que seu conteúdo fosse trabalhado no bojo de uma teoria do direito material. Nesse sentido, Roesler destaca o exemplo dado por Viehweg desse processo, mormente o processo de positivação dos direitos fundamentais nas Constituições modernas. Esse processo também decorre de uma teoria do direito material apta a legitimar cognoscitivamente esse novo campo do constitucionalismo. Não basta, contudo, a fixação desta “teoria de base”, esse processo, por exemplo, deve vir acompanhado de uma teoria dogmática da interpretação que se refira a esta mesma teoria, fazendo-a igualmente operativa⁵⁵⁹. Roesler ainda clarifica aquilo que, neste contexto, Viehweg chamava de “teoria de base”, ou seja, o conjunto de opiniões, valores axiológicos, a eticidade

⁵⁵⁵ *Idem*, p. 64.

⁵⁵⁶ ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito**. *Op. cit.*, p. 69.

⁵⁵⁷ *Idem*, p. 68.

⁵⁵⁸ *Idem*, p. 69.

⁵⁵⁹ *Idem*, p. 70.

que, em cada momento histórico, seria sinônimo de “ideologia jurídica”⁵⁶⁰. É este material que serve de base para a dogmática jurídica oferecer orientações rumo à *práxis*, rumo à decisão.

A filosofia do direito teria uma dupla função. A primeira função é gerar uma teoria do direito e, dessa teoria, faz nascer o material para uma dogmática jurídica. Em segundo lugar. A filosofia do direito exerceria um segundo papel, a de colocar como seu objeto a própria teoria por ela criada e já travestida como dogmática jurídica. Essas seriam as funções atribuídas à filosofia do direito no sentido velho. Seria preciso dar outro sentido contemporâneo ao termo “teoria do direito”. Uma teoria do direito, no seu sentido estrutural, diferentemente do velho sentido, é cética em relação à questão da justiça, sendo o seu foco os aspectos lógicos e/ou sociológicos⁵⁶¹. Com esse sentido contemporâneo, a filosofia do direito recusa a ser chamada de “filosofia do direito”, apesar de Viehweg perceber que o trabalho desta seja realmente ligado à especulação filosófica. Importante conclusão é retirada desta tríplice relação. Ainda que a filosofia do direito, em sentido velho, ganhe o nome e o *status* de uma “teoria estrutural” na contemporaneidade, esta última, ainda que refute sua vinculação com a dogmática, acaba fornecendo as premissas necessárias a esta⁵⁶². Quando a dogmática não consegue se sustentar por consensos originados em sua teoria de base, recorre, assim, à legitimação científica operada pela “teoria do direito”. Processo idêntico parece ter ocorrido com a TPD de Kelsen que, apesar de se colocar como antípoda da jurisprudência tradicional, acabou, indiretamente, a seu serviço, na medida que depurou epistemologicamente as peças-chave que toda a dogmática precisa para se legitimar como *episteme*, como o conceitos de validade, vigência e eficácia⁵⁶³.

Todas essas ideias de Viehweg, aqui não exploradas em profundidade, servem, ademais, como reforço às ideias já trabalhadas. Com seus pressupostos próprios, Viehweg percebeu cabalmente o que aqui foi denominado de duplicação do saber jurídico, e como esses saberes, funcionalmente, necessitaram de um diálogo de legitimação recíproca. Em suma: a questão da legitimidade nunca saiu do arco das preocupações dos saberes jurídicos na modernidade. O diálogo, para efeito do que se persegue, entre elementos doxológicos e epistemológicos estiveram no cerne deste processo de afirmação moderna dos saberes jurídicos. O debate acerca da cientificidade da ciência jurídica traz implícito o tortuoso debate

⁵⁶⁰ *Idem*, p. 71-72.

⁵⁶¹ ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito**. *Op. cit.*, p. 72-73.

⁵⁶² *Idem*, p. 78.

⁵⁶³ Nesse sentido, ver a análise de Warat sobre os níveis de purificação da Teoria Pura do Direito. Cf. WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder**. *Op. cit.*

da legitimação social e racional do poder que se apresenta no cenário de hegemonia do método científico em face das antigas *humanidades*. Para fechar esse cenário, baseado na querela dos antigos *versus* dos modernos, nada melhor do que resgatar o pronunciamento clássico de Julio Germán von Kirchmann.

No campo da história do pensamento, restou como peça-chave para compreensão deste contexto o célebre opúsculo intitulado “Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft”⁵⁶⁴, com primeira publicação em alemão em 1847. A percepção de Kirchmann, sujeita aos marcos teóricos próprios do seu contexto, é um exemplo importante deste debate de transição em que o SCTJ, na perspectiva aqui adotada, passa a ter uma abordagem claramente voltada ao processo de adaptação ao positivismo, conquanto desde o advento da Escola da Exegese, como se verá doravante, suas raízes metafísicas já tenham sido consolidadas. Com tom de ironia, não obstante constatar que seguem de pé a “santidade” e a “grandeza” da jurisprudência (ciência do direito), a experiência faz suscitar dúvidas sobre sua cientificidade. Assim:

¿A quién de los juristas prácticos no sobreviene algunas veces el sentimiento evidente del vacío y la insuficiencia de su ocupación? ¿Qué otra clase de literatura posee, al lado de obras buenas, un semejante cúmulo de libros carentes de espíritu y de gusto, como le posee la literatura jurídica? La Santa Justicia es aún hoy en el pueblo objeto de burla. Inclusive el hombre culto, aunque defendiese la justa causa, teme a entregarse en sus manos⁵⁶⁵.

E continua o seu famoso ataque, que, não estivesse circunscrito ao contexto do século XIX no antigo ambiente prussiano, pareceria ter sido escrito no século XXI, retratando algum contexto jurídico-político abaixo da linha do equador:

En vano intenta orientarse entre sus formas y procedimientos. ¡Qué cantidad de leyes y, no obstante, cuántas lagunas! ¡Qué ejército de funcionarios y, no obstante, qué lentitud de la justicia! ¡Qué cuantioso empleo de estudios y erudición y, no obstante, qué incertidumbre en teoría y práctica! ¡Un Estado que proclama como su suprema misión la realización del Derecho y que, no

⁵⁶⁴ O texto utilizado parte da tradução castelhana, ‘El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho’, cuja primeira edição se deu em 1949. Cf. KIRCHMANN, Julio Germán von. El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho. In: _____. **La Ciencia del Derecho, Savigni, Kirchmann, Zitelmann, Kantorowicz**. Buenos Aires: Losada, 1949.

⁵⁶⁵ “A qual jurista prático não acontece às vezes o sentimento evidente de vazio e de insuficiência em seu labor? Que outro tipo de literatura possui, ao lado de trabalhos bons, uma quantidade tão grande de livros carentes de espírito e de prazer, como o possui a literatura jurídica? A Santa Justiça ainda hoje é objeto de zombaria. Mesmo o homem instruído, defendendo-se em uma causa justa, teme entregar-se em suas mãos.” (Tradução livre.) *Idem*, p. 252.

obstante, se hace pagar cada aplicación del mismo en dinero contante y sonante!⁵⁶⁶

A preocupação de Kirchmann reflete claramente o processo de transição a que se tem tratado até o presente momento, especialmente em relação ao momento histórico em que o campo de racionalidade jurídica ordinária (SCTJ) teve que ser moldado à luz de novas exigências. Por isso a questão central para Kirchmann consistia em saber se, em face das outras ciências, a *jurisprudenz* levaria vantagem ou ficaria em posição desfavorável⁵⁶⁷. Sobre o relevante significado para o pensamento jurídico das posições deste discurso, importantes considerações são feitas por Haba, para quem, apesar de “saber menos”, Kirchmann “viu melhor” que muitos filósofos do direito contemporâneos⁵⁶⁸. Sem aderir às pré-compreensões que estão na base do pensamento de Kirchmann, notadamente a sua ideia de direito natural⁵⁶⁹, ligada à imprecisa ideia de “sentimento jurídico”, Haba nota, todavia, que o debate por ele proposto, diferentemente de muitas “estrelas” da teoria do direito contemporânea, aponta para questões relevantíssimas. Primeiro, à luz da confrontação científico em face do não científico, Kirchmann viu algo que Viehweg, a seu modo, também percebeu, ou seja, que o discurso jurídico dominante na vida cotidiana do exercício do direito se mostra como retórico⁵⁷⁰. Dessa constatação emerge a ideia de a-cientificidade da Jurisprudência, à luz do seu famoso adágio sempre repetido quando se relembra seu posicionamento: “La ciencia, al hacer del azar su objecto [direito positivo], se convierte ella misma en azar: três palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papeles unúteles”⁵⁷¹.

A querela antigos *versus* modernos chega a conformar aquilo que comumente se denomina um paradigma com o positivismo jurídico. Será assim, na forma como o SCTJ se

⁵⁶⁶ “Em vão tenta orientar-se entre suas formas e procedimentos. Que quantidade de leis, e, não obstante, quantas lacunas! Que exército de funcionários e, não obstante, que lentidão da justiça! Que considerável emprego de estudos e conhecimento e, não obstante, quanta incerteza entre teoria e prática! Um Estado que proclama como sua suprema missão a realização do direito e que, não obstante, cobra cada aplicação em dinheiro vivo!” (Tradução livre.) *Idem, ibidem*.

⁵⁶⁷ KIRCHMANN, Julio Germán von. El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho. *Op. cit.*, p. 255.

⁵⁶⁸ HABA, Enrique P. Kirchmann sabía menos... ¡pero vio mejor!: vigencia de un antiguo diagnóstico, más algunas observaciones (que no son simpáticas) sobre la actual teoría del derecho. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 14, p. 269-318, 1993.

⁵⁶⁹ Em relação a este ponto, Kirchmann chega a afirmar que o conjunto de comentários, monografia e meditações desprezam o direito natural para se voltar ao ambíguo, ao contraditório campo das leis positivas. Assim: “Por culpa de la ley positiva los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de madera podrida.” KIRCHMANN, Julio Germán von. El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho. *Op. cit.*, p. 267.

⁵⁷⁰ *Idem*, p. 274.

estabilizar neste paradigma, que a metafísica da consciência passa a hegemonizar suas manifestações. Para isso, o modelo da Escola da Exegese é emblemático.

⁵⁷¹ “A ciência, ao fazer do azar seu objeto [direito positivo], se converte ela mesma em azar: três palavras retificadoras do legislador, e bibliotecas inteiras se convertem em papéis inúteis” (Tradução livre.). *Idem*, p. 267-268. *Idem*, p. 267-268.

3.2.3 O Positivismo Jurídico novecentista como modelo: verdade e texto

Como visto amplamente nos capítulos precedentes, pode-se falar, então, em um positivismo típico do final do século XIX, como retratado no capítulo 1, que, no âmbito da ciência, desenvolveu-se, à luz do ideário de Comte, um pensamento sedimentado a partir dos visíveis avanços e afirmação das chamadas ciências da natureza, como a Física e a Biologia. A ciência (*episteme*), neste momento, era encarada como vetor principal da vocação humana para um constante avanço que se fazia “sentir” pelo uso da técnica.

É preciso pontuar que o ideário positivista da virada do século XIX, até meados do século XX, no âmbito da ciência, teve como foco importante, dentre as várias questões que circundam a afirmação do seu estatuto, o problema da objetividade do conhecimento e a neutralidade axiológica. Há, neste aspecto, um componente histórico fundamental que revela a importância de tal debate no âmbito da epistemologia: o desenvolvimento das chamadas ciências sociais, notadamente a Sociologia. A ciência positivista, tomando-se Augusto Comte como marco teórico, no final século XIX, pautava-se em uma não diferenciação de estatuto, no qual os pressupostos epistemológicos atenderiam às demandas tanto do investigador da realidade natural como aquelas decorrentes da realidade social.

O exegetismo continental, saber típico dos juristas franceses do século XIX, é um grande exemplo moderno de adequação dos cânones do positivismo filosófico com um quadro de pensamento especificamente jurídico. No plano epistêmico, a nota característica dessa Escola foi a fetichização extrema da lei e da limitação do jurista ao texto legal. Não se tratou mais de se buscar a legitimidade do jurídico baseado nos fundadores ancestrais, nos costumes ou na autoridade religiosa o que, num contexto iluminista e burguês, marcado pela crescente laicização, passou a se fundar numa razão também contemplativa, mas fundamentalmente instrumental. O SCTJ, nesse contexto, revela novos pontos de apoio para o este projeto epistemológico próprio: a ideia de método subsuntivo e a noção de vontade do legislador.

Na escola da exegese, o foco, como já se fez presente ao longo da tormentosa história dos juristas, estava no forte controle epistêmico de suas verdades institucionais, na busca da resposta correta (verdadeira), trazendo à baila a questão da hermenêutica, anteriormente arraigada no plano mítico, tópico-retórico ou dogmático-canônico, para o campo epistêmico-racionalista. O mais curioso é que, na primeira versão forte do positivismo jurídico ocidental, o legado próximo veio do jusnaturalismo racionalista do século XVI, e não diretamente dos

influxos do citado positivismo comteano do século XIX. Aqui, mais uma vez, apela-se para um breve excuroso.

Especialmente na Europa continental, a modernidade se instaurou sob o signo do nascimento do Estado nacional, absolutista, retornando, no plano das ideias, aos fundamentos do humanismo clássico, como o racionalismo, o individualismo e a estética greco-romana, o que se ampliou nas novas feições secularizadas dos cânones vindos da filosofia iluminista do século XVIII. A preparação do ideário jurídico positivista do século XIX foi antecedida pela fixação do paradigma jusnaturalista racional, que marcou justamente a transição entre as duas fases da modernidade: a pré-capitalista (monárquica) e a capitalista (liberal-burguesa). Nesse ponto, conforme Vera Andrade, fechou-se o ciclo de heranças fundamentais do moderno paradigma da dogmática jurídica como “ciência do direito” nos países de tradição continental⁵⁷². Deste paradigma genérico de dogmática jurídica, a ideia de sistema foi um legado fundamental.

A ideia de um sistema jurídico completo, coerente e uno era o ideal dos juristas dessa época, o que, por óbvio, contrastava com o quadro concreto formado pelos diversos sistemas de direito costumeiro que se estabeleceram na Europa ao longo do feudalismo. A ideia de sistema pressupõe a existência de elementos invariáveis, tais como os da geometria e da matemática, dos quais se poderia obter perfeita coerência, completude e precisão. Dessa forma.

[...] las especulaciones de los juristas racionalistas vigentes, tuvieron una decidida influencia en la reforma del derecho positivo y dieron origen, junto con otros factores, al movimiento de codificación que se difundió en Europa desde mediados del siglo XVIII y durante todo el siglo XIX, siendo su punto culminante el Código Civil francés de 1804⁵⁷³.

Ocorre que, mesmo com a influência do jusnaturalismo racionalista, a afirmação da escola da exegese anunciou, conforme destaca Lafer, a erosão deste antigo paradigma para a formação do paradigma da filosofia ou da teoria do direito. Essa fratura de paradigmas, motivada pela ideia burguesa de preponderância do direito positivo, fez nascer uma outra distinção importantíssima: uma filosofia do direito dos filósofos e uma outra filosofia do

⁵⁷² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica**: esboço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

⁵⁷³ “[...] as especulações dos juristas racionalistas da época tiveram uma influência decisiva na reforma do direito positivo e deram origem, junto com outros fatores, ao movimento de codificação da reforma do direito positivo na Europa desde meados do século XVIII e durante todo o século XIX, culminando na edição do Código Civil francês de 1804.” (Tradução livre.) NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 11 ed. Barcelona: Editorial Arriela, 2003. p. 323-324.

direito dos juristas mencionada. A crescente formação de uma autônoma “filosofia do direito” ou “teoria do direito” é uma das características fundamentais do saber jurídico moderno, sobretudo a partir da crescente incorporação de problemas metodológicos⁵⁷⁴.

Assimilada essas preocupações da epistemologia do século XIX, a escola da exegese francesa obteve síntese metafórica na expressão que designava o jurista como “*la bouche qui prononce les paroles de la loi*”⁵⁷⁵. Esse “espírito exegético” também tem redução exemplar no dizer de Bugnet: “Eu não conheço o direito civil, eu ensino o Código de Napoleão”⁵⁷⁶. O que essas sentenças caricaturais enunciam é mais que um novo estilo; é o sintoma mais evidente e concreto da adaptação histórica do saber dos juristas positivistas à cisão entre *doxa* e *episteme* no ambiente moderno-burguês. O que sustentava, no plano dos fundamentos epistêmicos, essa atitude fetichizadora da lei que inaugurou os cânones do positivismo exegético francês foram as tensões latentes entre: vontade da lei e vontade do legislador, objetivismo do ordenamento e o subjetivismo do juiz. O que esteve na raiz histórica destas dicotomias, avaliando semiologicamente as relações de poder da época, era justamente a necessidade concreta de limitação dos magistrados, sobretudo no momento mais forte de afirmação burguesa no poder, na medida em que o parlamento burguês deveria ser a fonte única da legitimidade política (vontade geral). Não era possível, por suposto, deixar ao arbítrio dos juízes, muitos deles ainda influenciados pelo antigo regime, a possibilidade de contrariar o texto da lei positiva (Código Civil), esta última concebida como expressão suprema da vontade popular. Tendo em mente todos esses fatores reais do poder, que influenciaram diretamente a *episteme* positivista do século XIX, a chamada codificação, para Lafer, foi a ponte entre o ideário comteano (positivismo filosófico) e o positivismo jurídico propriamente dito⁵⁷⁷.

Evidentemente, esse “positivismo legal” (*Gesetzpositivismus*)⁵⁷⁸ conferiu ao saber ordinário dos juristas, notadamente aqueles imersos no ambiente da *Civil Law*, elementos filosóficos congruentes com o racionalismo burguês da época. Nesse instante se deu, apesar da influência acumulada do pensamento prudencial da *tópica* e do estilo escolar dos glosadores, uma ruptura mais profunda com as tradições pré-modernas no campo dos saberes jurídicos. Não se pode esquecer que nos séculos XVIII e XIX, como já abordado, verificou-se

⁵⁷⁴ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. *Op. cit.*, p. 50.

⁵⁷⁵ “a boca que pronuncia palavras da lei” (Tradução livre.). MONTESQUIEU. **De l’esprit des lois**. Oeuvres Complètes. Paris: Seuil, 1964. livre XI, chap. 6, p. 589.

⁵⁷⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995. p. 82.

⁵⁷⁷ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. *Op. cit.*

o auge do cientificismo moderno. Uma das chaves importantes para a compreensão dessa *démarche* foi a adoção do método literal ou gramatical como instrumento heurístico, fundamental dessa então nova “ciência do direito”; aqui, portanto, no plano gnosiológico, houve uma fusão direta entre verdade e textualidade. O jurista da *Ecole d’Exégèse* é jurista do texto legal.

Saber a vontade da lei pressupunha que essa vontade fosse capaz de se revelar aos olhos do intérprete. Precisou-se, com efeito, de um método racional capaz de efetuar tal leitura, assim como o paradigma dominante de ciência moderna, inspirada em Galileu, era única forma de ler o livro aberto da natureza. Houve, portanto, uma operação epistêmica capaz de revelar, de achar e de aplicar, em cada caso concreto, essa vontade imanente dos textos legais. Se a nota exemplar do pensar *tópico* era a forma indutiva de pensar (de elementos particulares até generalizações), o jurista legalista, apoiado no fetiche da lei positiva, passou a operar com uma ideia formal de dedução e de indução, realizando um duplo movimento. Um típico exemplo é a proposta metódica de Karl Bergbohm, para o qual, na análise de Ferraz Júnior,

[...] o único método da Ciência do Direito é, de um lado, a abstração e a generalização gradativa a partir de fatos concretos até premissas imediatas da dedução, e, de outro, a verificação de modo regressivo de proposições hipotéticas, mediante um movimento gradativo inverso, até os fatos concretos. Bergbohm aspira com isso, a um método científico, elevando a ciência jurídica ao nível das ciências da natureza, aspiração bastante difundida nos positivistas do século passado [XIX]⁵⁷⁹.

A interpretação literal, ou gramatical, era o meio de controle epistêmico básico do positivismo jurídico do século XIX. Nesse contexto, o conflito elementar entre *doxa* e *episteme* fora transposto para a dualidade opinião dos juízes (*crença/doxa*) e vontade da lei (*verdade/episteme*).

Ora, a vontade da lei não poderia, neste contexto de busca de certezas epistemológica e controle do poder político burguês, ser lida *ultra legem*, caso contrário, fosse tal raciocínio possível, padeceria a verdade como resposta correta (única), bem como a unidade do direito, a lógica da divisão dos poderes, e, da mesma forma, a segurança jurídica das relações. Nesse matiz de positivismo, o dilema acerca da resposta correta nasceu a partir destas demandas, pois, como justificar tantas possíveis respostas jurídicas diante do mesmo sistema legal? Não

⁵⁷⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. *Op. cit.*, p. 32.

⁵⁷⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. *Op. cit.*, p. 34.

seria possível, portanto, quando um jurista ensinava ou aplicava o Código de Napoleão, a produção de um novo direito. Compreendido como um momento bem específico de adaptação dos cânones da filosofia da consciência moderna no campo jurídico, a escola da exegese entendia que o método era justamente um caminho de mão única que ligaria a consciência de um sujeito (o jurista) a uma verdade imanente de um objeto (a lei). Com efeito, só um método literal poderia ligar o jurista à verdade da lei (vontade do legislador originário), sendo este um ventríloquo necessário somente em face da situação concreta de verificar o sentido abstrato da lei às particularidades variáveis dos conflitos reais. Invocando a dualidade platônica apenas como recurso heurístico, é possível dizer que a ideia de método agia como uma ponte entre dois mundos, o do ordenamento jurídico (inteligível) e o mundo dos fatos (sensível). É nesse elo metódico entre dois campos que se instaura o pensamento subsuntivo como elemento central do positivismo da escola da exegese.

Não se pode, com olhos contemporâneos, acreditar que a ligação linear entre textualidade e verdade era uma operação ingênua. Tal construção conceitual se deu permeada pelos limites dos horizontes históricos da época, marcados por correlações de forças sociais, econômicas e por visões de mundo e símbolos específicos. Para a operação subsuntiva da escola da exegese, além do método gramatical e da matriz gnosiológica que pressupõem sujeito e objeto do conhecimento, houve que se estabelecer uma dupla delimitação ôntico-ontológica: 1) o direito válido seria, em princípio, o direito positivo e 2) direito positivo seria igual a direito legislado (Código). É certo, como alerta Bobbio, que os positivistas jurídicos do século XIX não repudiavam, *in totum*, como já se pontuou na herança da ideia de sistema, a ideia de direito natural, como ocorreu agudamente no positivismo jurídico típico do século XX. Na verdade, esse ajuste aparentemente instável entre racionalismo-científico e jusnaturalismo foi uma resposta possível, à época, a uma forte aporia enfrentada pelos juristas de então: a da completude ou incompletude do ordenamento jurídico em face do princípio do *non liquet*.

Dispunha o parágrafo 4º do *Code*: “O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada”⁵⁸⁰. Tal obrigatoriedade, denominada princípio do *non liquet*, era derivada, no plano lógico dos dogmas da onipotência do legislador e da completude do ordenamento, bem como nos seus fundamentos políticos, estava radicada na desconfiança burguesa do poder discricionário dos juízes. Diante de situações aporéticas de vagueza ou de ausência do dispositivo legal para

⁵⁸⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. *Op. cit.*, p. 74.

determinado fato, foi utilizado como válvula de escape o instituto da integração. Essa solução “metodológica” era baseada na autointegração ou na heterointegração. Na autointegração, o jurista buscava o sentido ou o dispositivo a ser aplicado subsuntivamente dentro do próprio sistema jurídico, recorrendo aos diversos campos do direito legislado; na heterointegração, havia um recurso de *ultima ratio*, no sentido de que na ausência completa intrassistema, a solução jurídica deveria partir da equidade. Diante da anomia – esse aspecto nefasto da ação imperfeita do legislador, situação deveras incômoda para a *episteme* desta época –, o próprio Portalis admitia que “as leis positivas não poderão nunca substituir inteiramente o uso da razão natural dos negócios da vida”⁵⁸¹.

A equidade, baseada nos princípios de uma razão natural, portanto universal, era a porta dos fundos que dava saída à aporia da incompletude do ordenamento jurídico. Mesmo diante da total ausência da lei em face de um caso, a boca do juiz não poderia falar a partir do seu subjetivismo, mas, novamente com um apelo notoriamente subsuntivo, a fala do jurista seria apenas a reprodução dos princípios universais da razão (equidade). O próprio Portalis admite que, mesmo sendo o recurso à equidade uma volta aparente a certo arbítrio judicial, na medida em que ela não partiria da evidência de um direito positivo, ainda assim o seu uso seria melhor do que deixar o raciocínio do juiz entregue à inconstância das paixões⁵⁸².

Os problemas jurídicos da vagueza, da incoerência, da incompletude ou da anomia do ordenamento eram questões de cunho epistêmico que estavam visceralmente ligadas à configuração sociopolítica da época, e que encontraram estabilizados pelo campo de racionalidade (SCTJ) modulado por essa nova fala dos *experts* da lei, sedimentados por suas vozes articuladas nos princípios metodológicos da exegese.

A oposição entre variabilidade (insegurança) e invariabilidade (certeza) estavam na raiz deste projeto de positivismo jurídico, e que, para efeito deste trabalho, reproduziu, naquele específico horizonte histórico, a cisão entre *doxa* e *episteme*, o que se operou mediante artifícios linguísticos impregnados dos ideais racionalistas, iluministas e metódicos, mas que, no campo incongruente do fazer jurídico, teve que se apoiar em sentidos comuns teóricos específicos, para os quais o ajuste instável entre a ideia de ciência moderna e o jusnaturalismo racional era o eixo de sustentação fundamental. Esse *mos modernus* em que o jurista continental se apoiou decisivamente foi justamente o positivismo jurídico novecentista o qual, em linhas metafísicas, segue como modelo. Não será por acaso que os países herdeiros

⁵⁸¹ *Idem*, p. 75.

⁵⁸² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. *Op. cit.*, p. 76.

diretos desta tradição continental-francesa (somado ao conceitualismo germânico⁵⁸³), como o Brasil, até hoje carregam na sua constituição um *ethos* doutrinal-legalista fortemente sedimentado. É neste ambiente que nasce, decisivamente, a figura arquetípica, mais viva do que nunca, do jurista legalista.

3.2.4 Pós-positivismo e senso comum teórico em seu sentido metafísico

Evidentemente, a Escola da Exegese é apenas um exemplo tipológico. Como campo de racionalidade, o SCTJ obteve, neste paradigma, mecanismos metodológicos capazes de conferir à longa tradição jurídica a capa de legitimação necessária para seu novo contexto de afirmação. Assim, o SCTJ passa a ser a racionalidade que incorpora, via positivismo, toda a gnosiologia objetivante. Para avançar, já que o desiderato final é compreender como esse padrão epistêmico resiste em face de tantas mudanças paradigmáticas, é preciso fechar o terceiro capítulo percebendo a oposição entre positivismo e pós-positivismo. Será que houve, no plano hermenêutico, de fato, um rompimento com o positivismo jurídico? Não é possível avaliar todas as possibilidades dessa resposta. Mesmo diante de algumas dificuldades, algumas observações podem ser feitas, resgatando análises feitas em outros momentos⁵⁸⁴.

Pós-positivismo não é um termo unívoco. Assim, entende-se o pós-positivismo como um movimento amplo na teoria jurídica, manifesto por abordagens teórico-práticas que aglutinam certas tendências. Trata-se, assim, de uma denominação ampla referente a uma série de correntes, com importância destacada na teoria do direito ou na dogmática jurídica de viés constitucional, as quais se sedimentaram claramente a partir da metade do século XX na Europa. Tais correntes apresentam, cada uma a sua maneira, um programa de confrontação com o núcleo de teses do positivismo jurídico dos dois últimos séculos. Todavia, não é tão simples identificar exatamente como tal confrontação se opera, mormente no plano epistemológico, porquanto não seja autoevidente avaliar em que medida não haveria uma

⁵⁸³ Referência específica aos movimentos germânicos da “jurisprudência dos interesses” e da “jurisprudência dos conceitos”.

⁵⁸⁴ LUZ, Vladimir de Carvalho. Senso Comum teórico e pós-positivismo: os casos Dworkin e Alexy. In: Martel; Letícia Campos Velho. (Org.). **Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais**. v 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 2, p. 27-42.

certa assimilação e não totalmente uma superação radical do positivismo jurídico, o que justamente se pretende avaliar neste capítulo⁵⁸⁵.

Diante de uma aparente obviedade (pós-positivismo supera o positivismo), para Calsamiglia, poder-se-ia até admitir que uma determinada concepção seria pós-positivista se afrontasse dois aspectos nucleares do positivismo conceitual, notadamente a teoria monista ou formal das fontes do direito e a separação entre moral e direito, porém, adverte o mesmo autor que: “En cierto sentido la teoría jurídica actual se puede denominar postpositivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas y hoy en cierto sentido somos positivistas”⁵⁸⁶.

Em que sentido somos ainda positivistas? É preciso ter claro que, na tradição ocidental, durante alguns séculos, ser positivista significava não ser jusnaturalista. Este foi, ao longo do tempo, o confronto que afirmou o positivismo como matriz epistêmica dominante no campo jurídico.

Ora, mesmo com o refluxo jusnaturalista no imediato segundo pós-guerra, e não por acaso parecer datado e sem sentido, hoje, o secular debate Jusnaturalismo *versus* Juspositivismo, embate que ainda no tempo de Kelsen ocupava o cenário dos certames acadêmicos. Tal embate não é mais o cerne da epistemologia jurídica atual, como bem alerta Streck⁵⁸⁷. Com efeito, o que parece mencionar sutilmente Calsamiglia é o fato de que, contemporaneamente, o pensamento pós-positivista, seja ele qual for, deve ter assimilado, por exemplo, a ideia generalizada de positividade do direito, que foi uma das heranças centrais do positivismo jurídico da tradição anterior. É certo que a ideia de direito positivo do século XIX não é a mesma que se passou a trabalhar nas sociedades constitucionais atuais. Assim sendo, não está em questão na teoria das fontes que se tem à mão a vigência ou não de um direito natural, o que faz inexistir, salvo melhor juízo, uma abordagem jusnaturalista no pós-positivismo contemporâneo. Em suma: a ideia de direito como direito positivo continua como herança ainda vigente; ser pós-positivista não anula a ideia de validade do direito

⁵⁸⁵ Autores contemporâneos importantes, como Gregório Peces-Barba Martínez, Javier Santamaría Ibeas e Pérez Roy, questionam tal superação. Nesse sentido, ver: STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. *In: _____*; ROCHA, Leonel Severo (Orgs). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisnos, 2005. p. 156.

⁵⁸⁶ “Em certo sentido, a teoria jurídica atual pode ser denominada pós-positivista precisamente porque muitos dos ensinamentos do positivismo foram aceitos, e hoje, de certa forma, somos positivistas.” CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Universidad d’Alicante, n. 21, p. 209.

⁵⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. *Op. cit.*, p. 157.

positivo. Dessa maneira, o que está realmente em questão nos dias atuais é justamente de que direito positivo se fala, qual a sua amplitude, sua estrutura e como entender e/ou legitimar a validade de suas fontes. Nesse sentido, parece ter razão Calsamiglia, somos todos juspositivistas, ao menos do ponto de vista de rechaçar ou de desconsiderar, frontal ou omissivamente, a ideia secular de direito natural como elemento nuclear de uma *episteme* jurídica.

Um ponto de convergência dessas abordagens, basicamente radicadas em autores germânicos ou do ambiente anglo-americano, está na declarada tentativa de superação das aporias do positivismo jurídico do segundo pós-guerra. De forma geral, três preocupações atingiram em cheio a *episteme* contemporânea do direito, tendo por encruzilhada decisiva o triplo resgate de preocupações: 1) filosóficas, a partir de uma flagrante necessidade de uma fundamentação capaz de resgatar parâmetros gerais de uma razão prática no campo constitucional; 2) políticas, tendo em foco o problema da legitimidade das decisões judiciais, notadamente em face do controle de constitucionalidade; e 3) de fundamentação hermenêutica, tendo em mente as insuficiências epistêmicas dos métodos das teorias jurídicas analíticas, a partir de postulados que se desdobram em vertentes procedimentalistas ou substancialistas.

Desta miríade de abordagens e diante de uma plêiade de autores, optou-se, como anunciado na introdução, pela percepção de dois autores (Alexy e Dworkin) que têm ocupado os holofotes da teoria do direito contemporânea e que, além de serem expressões notórias do pós-positivismo jurídico, comungam entre si pontos de convergência que servem como ilustração para o problema esboçado na análise proposta, mormente se há no pós-positivismo a secular tensão entre *doxa* e *episteme* e a formação de novos sentidos comuns teóricos em sentido negativo, ou seja, de reforço da filosofia da consciência no campo jurídico.

3.2.4.1 A proposta de Dworkin

Ronald Dworkin é um dos mais conhecidos críticos contemporâneos do positivismo jurídico. Seu ponto de ataque geral ao positivismo, como anunciado em sua obra “Levando os direitos a sério”, é a versão positivista de seu antecessor Herbert Hart, embora se possa imaginar que sua abordagem também atingiria o sistema teórico-prático da *Civil Law*. Conquanto se possa levantar algumas distinções do positivismo hartiano do modelo

kelseniano levantado alhures, do ponto de vista genérico, ambos os modelos comungam dos pressupostos básicos já mencionados, pelo que se pode colocar a visão de Dworkin, apesar de sua localização precisa no ambiente anglo-americano, como uma crítica geral ao positivismo jurídico analítico.

O ponto central de Dworkin está na crítica a um ponto elementar do positivismo: a discricionabilidade judicial. Tanto Hart, ao apontar a “textura aberta da linguagem”, como Kelsen, ao admitir que no campo da aplicação do direito existe apenas uma moldura que limita a possibilidade de várias respostas juridicamente válidas, abrem espaço para a possibilidade do poder discricionário do juiz no ato interpretativo. Nesse sentido, justamente em razão da impossibilidade de fundamentar, lógica e cientificamente no campo deôntico, seria inadequado falar em uma única resposta correta. É contra tal concepção que Dworkin se insurge expressamente. Não é possível, tampouco objetivo da presente tese, verticalizar uma análise de toda a rica abordagem de Dworkin, mas apenas situá-la no debate sobre o pós-positivismo para o que importa na discussão até aqui desenvolvida neste tópico. Nessa perspectiva, três questões parecem fundamentais neste aporte: a diferença entre regras e princípios, o direito como integridade e o problema da resposta correta.

. A ideia da normatividade dos princípios, aqui referida como uma das marcas pós-positivistas do pensamento de Dworkin, atende aos parâmetros de sua “tese dos direitos”. Antes, porém, é preciso situar essa problemática geral da distinção entre regras e princípios. Partindo das apreciações de Streck, quando se tem em análise as teorias pós-positivistas e a distinção entre regras e princípios, devem ser verificados os modos distintivos em que elas se situam, ou seja, numa distinção a) estrutural, b) lógica ou c) material-conteudística. No modo em que se realiza uma distinção lógica, ter-se-ia o caso da proposta de Alexy, na qual os princípios são aplicados por ponderação e regras por subsunção. Na linha pós-positivista formal-enunciativa, ter-se-ia uma distinção em que regras seriam enunciados “fechados”, que permitiriam pouca margem de ampliação do seu sentido semântico, enquanto os princípios seriam “abertos”, levando-se ao campo dos princípios os eternos problemas da vagueza que antes estavam restritos ao campo das regras. Um terceiro modo distintivo, o material-conteudista, tenta operar uma diferenciação identificando “conteúdos” que seriam específicos dos princípios. Nessa visão, regras tratariam de situações mais estruturais e elementares do sistema jurídico, enquanto princípios tratariam da proteção de valores.⁵⁸⁸ Para Streck, então, os três modos distintivos (princípios e regras) que se apresentam genericamente nas teorias

⁵⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso...**, *op. cit.*, p. . 36 *et passim*.

pós-positivistas acabam reduzindo a importância dos princípios em tempos de um novo constitucionalismo, pois reduzem a sua transcendência, passando estes a serem capturados (reduzidos), algumas vezes, por modelos analíticos de cunho “topográfico”. Assim sendo:

Um princípio não é um princípio em face de um enunciado ou em decorrência de uma relação lógico-lógico-aplicativa, mas sim, em face daquilo que enuncia. Na verdade, uma concepção de princípio coerente e consistente como o novo constitucionalismo, superador do pós-positivismo nas suas três características fundantes (fatos sociais, separação entre direito e moral e discricionariedade), não pode se contentar com análises topográfico/analíticas.⁵⁸⁹

Feitas essas considerações, cumpre destacar que, em Dworkin, para além de se pensar o direito apenas como um sistema de regras, como era o caso do positivismo hartiano, no sentido de se vincular o direito estritamente à ideia de obrigação, deve-se ter em vista que sociedades democráticas se baseiam em padrões que não se restringem aos padrões do tipo “regras”.⁵⁹⁰ Basicamente, tais padrões normativos seriam as regras, os princípios e as políticas. Numa primeira diferenciação geral, uma “política” estabelece um padrão a ser seguido tendo em vista a promoção de uma situação econômica ou melhoria social ou política, aproximando-se da ideia de “políticas públicas”; um princípio, por sua vez, é um padrão a ser seguido não por objetivos econômicos ou políticos estritamente, mas por parâmetros de equidade ou justiça, ou seja, por uma dimensão da moralidade prática.⁵⁹¹

Conforme a tese dos direitos elaborada por Dworkin, além de se destacar a diferença inicial entre as três esferas de padrões, é central para este autor, a diferenciação específica entre regras e princípios, nos seguintes termos:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicadas à maneira tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então uma regra é válida, e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.⁵⁹²

Tem-se, então, em Dworkin, dentro de uma proposta crítica do positivismo, a distinção específica entre princípios e regras, que é nota fundamental do pós-positivismo em geral,

⁵⁸⁹ *Idem*, p. 520.

⁵⁹⁰ *Idem*, p. 36.

⁵⁹¹ *Idem*, p. 36.

⁵⁹² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

sendo uma tendência perceptível nas teorias do direito contemporâneas. Tal distinção, repita-se, no exato sentido de que “os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou da importância. Quando os princípios se entrecruzam [...] aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”⁵⁹³ É preciso, desde já, ter em mente o alcance do pensamento de Dworkin à luz do que esclarece Streck, no sentido de não se fazer essa rica distinção refém de um raciocínio subsuntivo, em outros termos, “as regras não acontecem sem os princípios”.⁵⁹⁴ É que, uma regra, ainda conforme Streck, nada mais é que uma “modalidade objetiva de solução de conflitos” e os princípios agem, conjuntamente a estas, são co-originários, e não cindidos, sendo determinantes da autoridade legítima que concretiza a moralidade prática do direito.⁵⁹⁵ A percepção de Dworkin sobre a distinção entre regras e princípios, conforme pensa Streck, não se restringe ao nível semântico, como nas teorias pós-positivistas que procuram estabelecer distinções estruturais, aproximando-se, dessa forma, de uma proposta hermenêutica (Filosófica) que será abordada algures.⁵⁹⁶

Outro ponto saliente na teoria de Dworkin é a distinção entre casos fáceis e difíceis, no sentido de combater a tese positivista da discricionariedade judicial. Para Dworkin, num caso difícil, onde não há uma regra clara a ser aplicada, o juiz não cria a regra, aplicando-a retroativamente, mas deve, sempre, encontrar o melhor direito para as partes em litígio. Porém, logo adverte Dworkin:

Já devo adiantar, porém, que essa teoria não pressupõe a existência de nenhum procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis. Ao contrário, o argumento pressupõe que os juristas e juízes sensatos irão divergir freqüentemente sobre os direitos jurídicos como os cidadãos e os homens de Estado divergem sobre direitos políticos⁵⁹⁷.

Mais adiante, nessa mesma obra, há uma crítica explícita de Dworkin de um velho problema da filosofia, qual seja, uma ideia de verdade que só é verdade se for comprovada, teoria esta que o autor duvida possa ser aplicada para o caso de conflitos jurídicos. Vê-se, então, que, diferentemente de Alexy, Dworkin não tem uma “sedução” metódica, aproximando-se do paradigma hermenêutico de cariz filosófico em tempos de

⁵⁹³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42.

⁵⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso...**, *op. cit.*, p. 517.

⁵⁹⁵ *Idem, ibidem*.

⁵⁹⁶ *Idem*, p. 522.

⁵⁹⁷ *Idem*, p. 127-128.

neoconstitucionalismo. Ocorre que esse autor é marcado pelo sistema jurídico anglo-americano, cujo *ethos*, diferentemente da tradição germânica, se constitui por uma racionalidade jurídica que preza a crônica fática e o precedente como fio condutor da argumentação jurídica. Apesar de muitas imbricações teóricas entre os autores mencionados, não se pode deixar de se ter em mente dois estilos diferentes de construção teórica. Contudo, ainda que Dworkin não construa uma metódica, como é a ponderação alexyana, seu alvo também está na decisão judicial, ou de como, diante de regras, princípios e políticas, os juízes decidem os casos. Pode-se dizer que, em Dworkin, há uma ideia de verdade construída, muito próxima da proposta hermenêutica que já existe em esboço.

Um dos problemas a serem levantados está na recepção a-crítica, mormente no Brasil, desta abordagem, num ambiente romano-germânico como o nosso, cuja gramática, inclusive do senso comum teórico ordinário, tende a capturar tais investidas sem levar em conta os limites, o contexto e os objetivos que encaminharam tal aporte teórico. Transladar uma teoria dos casos difíceis, num ambiente legal-doutrinário há séculos, pode subverter aquilo que, em seu ambiente de formação originário, era o horizonte de sentido de uma tradição singular. Basta observar a casuística citada por Dworkin para detectar, com olhos de jurista herdeiro do sistema continental, situações que, de longe, passariam como casos difíceis. Com isso, não se está dizendo que não exista uma força heurística em tal abordagem, ao contrário. É preciso, nesse sentido, precisar exatamente, como faz Streck, a raiz do problema sobre a diferenciação entre casos fáceis e difíceis no campo das teorias pós-positivistas: essa cisão é problemática especificamente no campo das teorias procedurais (Habermas, Günter e Alexy), alcançando o positivismo de cariz hartiano.⁵⁹⁸ Para Streck, a distinção feita por Dworkin entre *easy case* e *hard cases* não significa “cisão”, como no caso das teorias procedurais e positivistas mencionadas. Nesse sentido:

Embora Dworkin também faça essa (indevida) distinção (veja-se: ele distingue, e não cinde), o faz por outras razões. Dworkin trabalha com a noção de ‘casos difíceis’ a partir da crítica que elabora ao positivismo discricionário de Hart. A diferença é que Dworkin não distingue discursos de fundamentação de discursos de aplicação. Consequentemente, não ‘desobriga’ ou ‘desonera’ o juiz (discursos de aplicação) de elaboração de discursos de fundamentação, que se dão previamente.⁵⁹⁹

Evidente que há, por tudo que foi pontuado até aqui, nessa vertente pós-positivista, um grau relevante de confrontação das teorias positivistas, mas não se pode colher seus

⁵⁹⁸ STRECK, Lenio. **Verdade e consenso...**, *op. cit.*, p. 246.

pressupostos sem o devido cuidado, sobretudo no campo de fundamentação ordinária, sob pena de refundar os mesmos sentidos comuns teóricos positivistas do passado. No caso de Dworkin, por exemplo, é possível identificar no campo prático do direito, ao menos no Brasil, uma “captura” desse aporte de forma a contrariar as bases do pensamento deste autor. Para ilustrar os perigos dessa “assimilação” distorcida, Streck destaca um caso pontual – cuja emblematicidade vale o registro – de um aresto do TJMG, em que o magistrado assim se pronuncia:

Segundo a moderna doutrina de Dworkin, ‘Teoria da Aceitação Racional’, no julgamento do caso concreto, o julgador há de trabalhar construtivamente, os princípios e regras construtivas do direito vigente, para reforçar a segurança jurídica e a certeza do direito, proporcionando a aviventando na sociedade o sentimento de justiça. O julgador deve ter o espírito imbuído da certeza de que o ordenamento jurídico é mais complexo do que o simples conjunto hierarquizado de regras, definido pelos positivistas. O sentimento de justiça, que deve revestir o espírito do juiz, é o único capaz de assegurar a solidez do Estado Democrático de Direito⁶⁰⁰

Como alerta Streck, em relação ao excerto supra, tais considerações não guardam vinculação como pensamento de Dworkin, mormente ilações que identifiquem uma interpretação oriunda do “espírito do juiz”, sendo necessário ter cuidado com esse imaginário que captura as teorias e seus autores a partir de uma perspectiva que lhe são inversas. Prosseguindo ainda à guisa de registro, mesmo reconhecendo o nítido potencial antipositivista do pensamento de Dworkin, uma crítica aguda ao seu pensamento é bem delineada por Enrique P. Haba, para o qual o pensamento do jurista anglo-americano reproduziria apenas “trivialidades”, um “realismo ingênuo”, não se constituindo, portanto, como uma abordagem teórica digna de ser qualificada como “nova”, capaz de superar as reflexões já operadas no campo da filosofia do direito como nas abordagens clássicas de Radbruch, Kelsen ou Frank⁶⁰¹.

Críticas pontuais à parte, para efeito desta tese, diferentemente da proposta de Alexy que será abordada doravante, percebe-se que a reflexão hermenêutica apta a romper com o núcleo do positivismo tem especial destaque nas considerações de Dworkin. Além do debate exposto acerca da diferença (e não cisão) entre princípios e regras, o que faz pensamento de Dworkin um exemplo típico de superação dos cânones do positivismo é a noção do direito como

⁵⁹⁹ *Idem*, p. 247.

⁶⁰⁰ TJMG – Apelação n. 1.059.03.013587-2/001 *In*: STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 29-30.

⁶⁰¹ HABA, Enrique P. Una discusión: quien son los ‘irracionalistas’ en la teoría del derecho? (por qué algunos nos confiamos en que sean tan ‘racionales’, ni ‘razonables’, los enfoques hoy dominantes en esa Teoría). **Revista Doxa**. Universidad d’Alicante, n. 19, p. 7.

integridade. Qual o sentido e o alcance dessa ideia seminal de “integridade”? Dworkin aponta dois sentidos: o legislativo e o jurisdicional. Em seu sentido legislativo, a integridade é um princípio que “... pede aos legisladores que tentem o conjunto de leis moralmente coerente...”, enquanto o jurisdicional é um princípio que “demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como um conjunto coerente [no sentido moral].”⁶⁰²

Uma interpretação construtiva tal qual propõe Dworkin, assenta-se na premissa de que os juizes não podem interpretar fora das balizas morais/políticas legadas pela tradição, de forma discricionária, pois suas decisões não estão isoladas do “corpo” total do direito, de forma que as decisões não podem ser alheias à trama da rede de concepções, da longa narrativa, objetivos e valores que justificam a própria atuação do Estado e do direito. A integridade, portanto, é a baliza hermenêutica em que uma interpretação, mesmo sendo construtiva, não pode deixar de ser apoiada na coerência geral instituída pela moralidade política e expressa pelo direito, cuja garantia de higidez é o antídoto contra a discricionariedade típica do positivismo. Decidir-se à luz da coerência que marca a noção do direito como integridade não é decidir de qualquer maneira, tampouco decidir baseando-se na premissa equivocada da cisão entre moral e direito, mas em atenção a um conjunto de princípios que justificam o direito como modelo civilizacional contrário ao arbítrio. Nesse sentido:

[...] sustentarei que a prática jurídica é um exercício de interpretação não apenas quando os juristas interpretam documentos ou leis específicas, mas de modo geral. O Direito, assim concebido, é profunda e inteiramente político. Juristas e juizes não podem evitar a política no sentido amplo da teoria política. Mas o Direito não é uma questão de política pessoal ou partidária, e uma crítica do Direito que não compreenda essa diferença fornecerá uma compreensão pobre e uma orientação mais pobre ainda. Proponho que podemos melhorar nossa compreensão do Direito comparando a interpretação jurídica com a interpretação em outros campos do conhecimento, especialmente a literatura. Também suponho que o Direito, sendo mais bem compreendido, propiciará um entendimento melhor do que é a interpretação em geral.⁶⁰³

Registre-se, ainda, que o adendo construtivo do juiz não é, nessa perspectiva, ação solipisista do intérprete. Nessa linha, tem-se o enfrentamento da tese positivista da impossibilidade da resposta correta na interpretação do direito. O positivismo, conforme aborda Dworkin, em suas diversas versões, oferece uma perspectiva cética em relação ao tema da resposta correta a partir de vários argumentos. O problema, ao que tudo indica, é a perspectiva e o conceito de direito que tais teorias positivistas têm por ponto de partida. Supondo fosse possível uma situação em que inexistisse a possibilidade de uma resposta

⁶⁰² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 213.

juridicamente correta, ter-se-ia, para este autor, não um problema lógico ou empírico, mas uma problemática de cunho moral.⁶⁰⁴ A questão, portanto, parte por se conceber o direito não como um conjunto de proposições descritivas (Kelsen), mas, e acima de tudo, como uma combinação da atividade interpretativa baseada em elementos de descrições e de valorações⁶⁰⁵ Tendo em vista isso, o positivismo erra ao circunscrever o problema da interpretação da resposta no direito a um campo muito restrito, lembrando as aporias do historicismo, no qual “...as proposições de Direito descrevem decisões tomadas por pessoas ou instituições no passado”.⁶⁰⁶ Para Dworkin, ao contrário, deve-se ter em vista o fato de que a interpretação não parte de um marco zero (ou formal) de sentido, como se a tal “resposta correta” encerrasse apenas uma dimensão lógico-semântica, como se ela fosse um dado a ser encontrado pela mente do intérprete, uma parâmetro abstrato de correspondência proposicional obtido metafisicamente, a partir de um padrão metódico-descritivo que se pretende estar “fora” (e imune) da cadeia ético-política do direito como integridade. Desse modo, se o direito é um conjunto coerente de padrões éticos e políticos, é possível, por suposto, com base na sua integridade, obter a sua melhor resposta possível, ou seja, uma resposta substantiva e não apenas formal oferecida pelo próprio direito. O direito, assim, não é aleatório, é uma narrativa, a partir da qual o seu intérprete já se encontra. O juiz, nessa perspectiva, não tem uma licença discricionária para encontrar a melhor resposta, de qualquer maneira, mas, ao contrário, tem o dever de “... interpretar a história jurídica que encontra”.⁶⁰⁷ Daí surge a proposta da literatura como paradigma que ilumina a interpretação do direito, refutando o relativismo que se engendrou paradoxalmente a partir da ideia de objetividade cética do positivismo. Na interpretação literária, por exemplo, coloca-se a questão de se uma obra pode ser vista como valiosa ou não, e para tanto o intérprete deve se valer dos elementos referentes às características formais, coerência e integridade.⁶⁰⁸ Enquanto na arte se tem em pauta um valor artístico, no Direito, para Dworkin, tem-se um empreendimento político que busca assegurar a justiça entre as pessoas, assim este deve se pautar também na melhor resposta que assegura a coerência e a integridade que satisfazem essas exigências morais e políticas. Tem-se, portanto, para o que importa no debate de base da presente tese, uma proposta anti-relativista no pensamento do Dworkin, o que fica evidente na sua construção da necessidade ético-política da resposta correta. Como assevera Streck, com Dworkin (e Gadamer)

⁶⁰³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 217.

⁶⁰⁴ *Idem*, p. 215.

⁶⁰⁵ *Idem*, p. 219.

⁶⁰⁶ *Idem*, p. 220.

⁶⁰⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**, *op. cit.*, p. 240.

recupera-se a possibilidade hermenêutica de se distinguir boas e más decisões, o que é fundamental para a pretensão de legitimidade que se construiu no paradigma do Estado Democrático de Direito.⁶⁰⁹ Com base nessas reflexões, conforme trabalha Streck, e atento à matriz de uma Nova Crítica do Direito que não seja restrita à epistemologia, a proposta de Dworkin, juntamente com os lineamentos da hermenêutica de Gadamer, oferece um giro paradigmático capaz de ser compreendido, de fato, como pós-positivista.

3.2.4.2 A proposta de Alexy

Um exemplo paradigmático do pensamento pós-positivista no campo da *episteme* contemporânea do direito é a obra de Robert Alexy. Como apontado na introdução, a escolha específica deste aporte conceitual para uma breve avaliação não é de todo arbitrária, ao menos por conta de duas razões. Primeiramente, Alexy, seguindo as trilhas de uma tradição germânica de longa data, tem por estilo próprio expressar claramente sua visão epistêmica, preocupando-se em delimitar, como pontos de partida, seus pressupostos teóricos. Essa característica do estilo alexyano faz revelar os elementos epistemológicos do seu discurso. Com tal preocupação, Alexy constrói, juntamente com Ralf Dreier, uma visão tridimensional do saber jurídico ordinário, o que serve de parâmetro para se avaliar em que medida seu pensamento rompe ou não com algumas questões da filosofia da consciência ou supera problemas anteriores do positivismo jurídico⁶¹⁰; em segundo lugar, a proposta alexyana, que tomou força e popularidade, ao menos no Brasil, na sua sugestão de “ponderação de interesses”, reflete um ponto de contato com o pensamento de Dworkin e outros teóricos do “núcleo duro” do pós-positivismo, que é a distinção lógico-operativa entre normas e princípios.

Para uma visão panorâmica inicial, quatro são as preocupações centrais das pesquisas de Robert Alexy, professor de Direito Público e Filosofia do Direito na Universidade Christian-Albrechts, em Kiel na Alemanha, a saber: 1) argumentação jurídica, com base no seu trabalho de doutoramento publicado em 1978; 2) estudo voltado para o estabelecimento de uma teoria processual geral do sistema jurídico, a partir do estabelecimento de 22 regras e

⁶⁰⁸ *Idem*, p. 239.

⁶⁰⁹ STRECK, lenio Luiz. **Verdade e consenso...**, *op. cit.*, 570.

⁶¹⁰ Sobre o modelo Dreyer-Alexy ver: SOARES, Guilherme. Elementos para caracterização tridimensional da dogmática jurídica: o modelo Dreier-Alexy. **Revista Seqüência**, n. 43. Curso de Pós-Graduação em Direito - UFSC, dez. 2001, p. 69-88,

seis formas de argumentação, em 1981; 3) uma análise lógica dos julgados do Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha; e 4) A Teoria dos Direitos Fundamentais, a partir da qual se expõem um modelo tridimensional de dogmática jurídica e uma teoria geral das normas estruturadas na distinção entre regras e princípios⁶¹¹.

Quando Alexy propõe realizar uma Teoria dos Direitos Fundamentais, duas questões iniciais são postas de maneira bastante claras: 1) trata-se de uma teoria do direito positivo, de uma ordem jurídica determinada e 2) trata-se de uma teoria dogmática do direito. Ocorre que, mesmo reconhecendo estar longe de encontrar um critério único que determine exatamente o que faz de uma teoria uma teoria dogmática, Alexy prefere orientar-se por aquilo que usualmente se chama de “jurisprudência” ou ciência do direito em sentido estrito, reconhecendo, assim, um critério oriundo da prática como elemento determinante que definirá a área epistêmica própria do jurista⁶¹². Seria possível, então, perceber três dimensões da *práxis* histórica do que se denominou ciência do direito: a dimensão analítica, a empírica e a normativa.

A dimensão analítica tem por meta analisar conceitos fundamentais do direito, concentrando preocupações sistemáticas e conceituais acerca da estrutura do ordenamento jurídico, bem como preocupações com aspectos de fundamentação no campo dos direitos fundamentais, como é o caso da ponderação de interesses. A dimensão empírica é percebida em dois sentidos. Num primeiro aspecto, o termo empírico se liga ao conhecimento do direito positivamente válido, notadamente em relação à sua eficácia e fontes; numa segunda perspectiva, trata-se da utilização das premissas empíricas (validade do direito positivo) na argumentação jurídica. Por fim, Alexy aponta a dimensão normativa como uma terceira perspectiva racional do trabalho dos juristas, na qual se trata de ir além de analisar conceitos, fundamentar ou constatar empiricamente a validade do direito positivo, e, sobretudo, orientar criticamente a atividade jurídica, mormente no campo das decisões judiciais. No fundo, é na orientação da decisão judicial que todas essas perspectivas confluem.

Percebendo essas múltiplas abordagens constitutivas do saber jurídico é que Alexy entende que, na contemporaneidade, o que se denomina ciência do direito tem um caráter prático, de fundamentação racional de juízos de valor, saber este que foi e continua sendo atravessado, com diferentes importâncias ao longo do tempo, pelas três dimensões apontadas.

⁶¹¹ ALEXY, Robert. [sem título] **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Universidad d’Alicante, n. 1, 1984, p. 15 *et passim*.

⁶¹² ALEXY, Robert. [sem título] **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**. *Op. cit.*, p. 29.

Ora, se a pergunta básica deste multidimensional fazer epistêmico dos juristas é “o que é devido em casos reais ou imaginários?”, por mais abstrato que seja olhar sobre tal questão, seu *telos* será sempre o de dar resolução a tais conflitos, o que se materializa fortemente na atividade do juiz. Com efeito, para cumprir esse mandato, esse *telos* prático, uma ciência do direito deverá vincular reciprocamente essas três dimensões, pois todas elas são importantes na atuação dos juristas. Em suma: para responder o que é devido, qual a resposta, necessita-se saber qual o direito positivo válido e vigente (dimensão empírica), como também, em casos mais complexos, é necessária uma fundamentação capaz de elucidar como se estabelece o juízo de dever-ser, com valorações adicionais (dimensão normativa) e, claro, demanda-se igualmente por elementos ou pressupostos de toda a ciência, que são a clareza conceitual, a não contradição e coerência (dimensão analítica). Esta necessária integração deve ser vista diante de sua proposta maior, qual seja, a de construir uma Teoria dos Direitos Fundamentais. Assim sendo:

La vinculación de las tres dimensiones, tomando en cuenta la orientación hacia la tarea práctica de la ciencia del derecho, constituye lo dogmático y, con ello, lo jurídico en sentido estricto. Si, sobre esta base, se define el concepto de la teoría jurídica, entonces una teoría jurídica de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es una teoría inserta en el contexto de las tres dimensiones a la tarea práctica de la ciencia del derecho⁶¹³.

Eis, então, um primeiro ponto que importa para a reflexão de fundo deste capítulo. Ou seja, em que sentido essa percepção tridimensional do saber jurídico, para Alexy, confronta, inova ou supera antigas aporias, sobretudo a do positivismo analítico?

Primeiramente, a proposta tridimensional do modelo Dreier-Alexy rompe fortemente com o modelo kelseniano de ciência, no sentido de recuperar uma ideia de ciência como um guia racional prático das decisões. É cediço que o projeto de uma Teoria Pura do Direito se baseava num modelo descrito de normas válidas e não um sistema prescritivo para a autoridade jurídica que criaria o direito numa interpretação autêntica. Em Alexy, portanto, a recuperação de uma razão prática é fundamental. Com efeito, o atravessamento das três dimensões evidentes do saber dos juristas busca, de fato, superar o que Bobbio denominou

⁶¹³ “A vinculação das três dimensões, levando-se em conta a orientação para a tarefa prática da ciência do direito, constitui a dogmática e, com ela, o jurídico no sentido estrito. Se, sobre esta base se define o conceito da teoria jurídica, então uma teoria jurídica de direitos fundamentais da Lei Fundamental é uma teoria inserida no contexto das três dimensões da tarefa prática da ciência do direito” (Tradução livre.) ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 34.

“duplicação do saber jurídico”⁶¹⁴, ou seja, de estabelecer, em nome de uma *episteme* jurídica, o campo da descrição separado do campo da aplicação, resgatando, *mutatis mutandis*, aquilo que Gadamer já havia notado como algo fundamental na tradição histórica da hermenêutica jurídica, quer dizer, a não separação da *subtilitas intelligendi* da *subtilitas aplicandi*⁶¹⁵. Neste aspecto, há uma outra forma de se perceber a tensão entre *doxa* e *episteme*, superando os formalismos excessivos da teoria analítica verificacionista, de um lado, e os essencialismos jusnaturalistas de outro. A questão por saber é se esse nítido resgate de uma razão prática, de uma fundamentação racional de valores como elemento basilar desse saber tridimensional, superou a proposta discricionária do paradigma de verdade anterior. Para melhor enfrentar essa questão, é fundamental ver o segundo elemento relevante do pensamento alexyano, derivado de sua compreensão tridimensional, que seria o modelo argumentativo capaz de tratar com problemas complexos, sobretudo a ponderação de interesses utilizada na solução de antinomias principiológicas.

Entendo-se que direitos são mais que regras formais, porquanto em sua versão contemporânea constitucional os princípios integram normativamente o ordenamento jurídico, surge o problema de como solucionar contradições normativo-principiológicas. Afinal, entendendo-se o direito como um sistema de regras, o saber jurídico ordinário, voltado à aplicação, valia-se da solução de antinomias pelos critérios lógico-formais da hierarquia, anterioridade e especialidade. Mas como, em um contexto de constituição rígida, tal qual ocorre massivamente na atualidade ocidental, fundamentar e decidir numa hipótese de colisão de princípios?

Neste ponto, Alexy traz uma proposta tipicamente pós-positivista, qual seja, a distinção lógico-operativa entre normas e princípio. Para esse autor “As regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem ser apenas cumpridas ou descumpridas. Se uma regra válida, então é obrigatório fazer precisamente o que ela ordena, em mais nem menos”. De outra maneira, princípios

[...] son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida

⁶¹⁴ SOARES, Guilherme. Elementos para caracterização tridimensional da dogmática jurídica. *Op. cit.*

⁶¹⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. *Op. cit.*, p. 464.

debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas⁶¹⁶.

Indo mais adiante, a solução para conflitos que estejam sob a tutela de direitos fundamentais, sobretudo num sistema regido por constituições rígidas, não poderia estar pautada numa forma de interpretação baseada na antiguidade, especialidade, tampouco na hierarquia. A solução estaria, portanto, numa ponderação entre os princípios, mediante uma sistemática precisa, a partir da qual, 1) com base no interesse público, avalia-se se a medida é necessária, 2) verifica-se se a medida escolhida para a solução é necessária e não extrapola os limites que põem em xeque seus próprios objetivos e 3) o aplicador deve ponderar (ponderação em sentido estrito) se a finalidade alcançada é proporcional ao meio.

No plano gnosiológico, Alexy, de fato, juntamente com Ralf Dreier, procura romper com ideias típicas do positivismo kelseniano, a de uma ciência puramente descritiva. Contudo, a ideia de ponderação, necessária ao seu projeto de aplicação do direito, esbarra, mais uma vez, numa aporia irresoluta. Ou seja: não há como escapar de momentos discricionários na arquitetura geral da ponderação. Afinal, uma razão metódica, no âmbito dos princípios, pressupõe escolhas, pontos de partida que surgem de uma escolha a-metódica, um horizonte de sentido que Alexy não pode responder porque, ainda, de alguma forma, seu horizonte de sentido não permite colher, como faz a hermenêutica filosófica, tais escolhas da tradição ou do mundo da vida. Com efeito, por mais que a técnica da ponderação dê racionalidade a juízos práticos, sua estrutura, justamente por ser um método, tem sempre um ponto de partida, mormente da decisão sobre, por exemplo, como verificar se a medida é ou não necessária e assim por diante, um apelo indireto a uma verdade metafísica (no sentido heideggeriano). O que se fez, agora no campo dos princípios constitucional, foi adequar a *episteme* do jurista ordinário a um procedimento compatível com a lógica de princípios normativos, sem eliminar, contudo, as aporias que tanto atormentavam os positivistas de outrora. Afinal, com a mesma técnica da ponderação, qualquer resultado, dependendo dos pontos de partida, seria válido.

O que se tem, portanto, é uma sedução metódica mais elaborada, no sentido de ser, como infere Warat, um senso comum teórico, pois articula, implicitamente, uma crença

⁶¹⁶ “são normas que ordenam que algo será realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Para tanto, os princípios são mandatos de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas” (Tradução livre.) ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. *Op. cit.*, p. 86.

epistemológica de racionalidade, a partir de um *corpus* procedural, mas, ao final, legitima-se no campo da aplicação como *doxa* nos hábitos e na linguagem ordinária dos juristas.

Reforçando tudo o que se viu no capítulo 1, o caminho da crítica jurídica de tradição continental, ao menos no campo da teoria do direito, seguiu, *grosso modo*, as trilhas da crítica epistemológica. Esse caminho, por suposto, foi um reflexo tardio da revisão epistemológica crítica que já havia assolado parte da filosofia e da teoria social clássica, a partir do impacto derivado das abordagens do marxismo ortodoxo, num primeiro momento, e, num segundo, da crítica neomarxista, e dos seguimentos voltados à crítica da linguagem, com seus inúmeros influxos pragmatistas na filosofia e no pensamento social. Nesse cenário, de consolidação de teorias voltadas ao campo da Jurisdição constitucional, forjou-se uma forte crítica ao paradigma positivista, ou, pelo menos, ao ideário geral que o positivismo jurídico poderia significar na ação prática dos juristas.

Dentre algumas possibilidades heurísticas, o elo entre o ideário pós-positivista e positivista está num mesmo *background* analítico, qual seja, o não rompimento com o modelo gnosiológico típico da filosofia da consciência, matriz esta que marcou a epistemologia moderna das ciências sociais. Em suma: ainda há uma “sedução” metodológica baseada na separação entre sujeito e objeto do conhecimento. Essa permanência da “filosofia da consciência” como base do pensamento jurídico já vem sendo denunciada por Streck, para o qual “no campo da interpretação do direito, não houve ainda a invasão da filosofia pela linguagem”⁶¹⁷. Assim, as contemporâneas teorias discursivas do direito, como é o caso de Alexy, recuperam em certa medida o “objetivismo do texto”, ainda pautadas na premissa de que a linguagem é uma “terceira coisa” que se coloca entre um sujeito (intérprete) e a norma (texto). É possível apontar, à guisa de hipótese de trabalho, que a crítica pós-positivista à discricionariedade não se realizou completamente, mas é uma tarefa ainda aberta, pois, para não ceder ao relativismo dos valores ou a “irracionalismos” absolutistas, esta cedeu espaço a uma razão de fundo metódica. Em Alexy, como se viu brevemente, herdeiro de uma tradição analítica germânica, há uma clara reflexão sobre a função da razão prática e sua conexão com a dogmática jurídica; já em Dworkin, numa linha de crônica judiciária anglo-americana, a reflexão epistêmica fica subjacente, implícita em seu discurso.

Em suma, a ideia moderna de uma verdade jurídica obtida metodicamente ainda parece ser uma herança que se reproduz, velada ou não, em maior ou menor grau, no interior

⁶¹⁷ Cf. STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 4, p. 223-262, 2006.

dos discursos que se dizem contrários ao próprio positivismo jurídico, na modalidade de novos sentidos comuns teóricos. Há motivos para se imaginar as razões políticas pelas quais o sentido comum teórico, no campo jurídico, em sua versão objetificante, resiste há séculos com as premissas de um positivismo novecentista camuflado de vanguarda. Uma outra questão, não menos importante, é saber como tais discursos são (re)apropriados e (re)produzidos na prática hermenêutica e nos discursos cotidianos dos juristas práticos, o que demandaria uma pesquisa de maior fôlego. Para o momento, resta pensar que os sentidos comuns teóricos não são apenas formas de pensamento, razões que se fundamentam, abstratamente, em si mesmas, meramente como ideologias. Ir além desta constatação parece ser a tarefa de uma crítica que possa, de fato, e não apenas retoricamente, superar os impasses do positivismo jurídico.

Esse movimento crítico, de fundo hermenêutico, deverá, com efeito, ter por o sentido comum teórico dos juristas como um campo de racionalidade, do qual se manifesta a forma de se dizer o direito em cada contexto. Assim, deverá ser ciente das estruturas metafísicas inautênticas dos discursos jurídicos, observando-os no campo prévio e mais originário. Terá, portanto, que ser uma hermenêutica do SCTJ crítica porque, na raiz, é capaz de problematizar a verdade dos juristas no seu campo mais originário: a pré-compreensão.

4 PRÉ-COMPREENSÃO E SENSO COMUM TEÓRICO DOS JURISTAS: POSSIBILIDADES E MANDATOS DE UMA CRÍTICA HERMENÊUTICA CONTEMPORÂNEA

4.1 O TEMA DA PRÉ-COMPREENSÃO NO PENSAMENTO JURÍDICO

A crise da tradição crítica e os limites da teoria crítica do direito já foram fartamente explorados ao longo dos capítulos anteriores. Também foi possível vislumbrar que a hermenêutica filosófica e todos os seus desdobramentos colocam em xeque a metafísica da consciência, cujos pressupostos estão na raiz gnosiológica das crises e aporias que esvaziaram e imobilizaram a discussão da crítica geral e do campo jurídico. Viu-se, igualmente, que o SCTJ é uma noção-chave, com um rico potencial heurístico para se pensar a forma como os saberes jurídicos da tradição ocidental (dogmática jurídica e Filosofia do direito), e mais propriamente nos sistemas baseados na *Civil Law*, estruturaram-se em uma peculiar, quiçá única, maneira de estabelecer a noção de verdade no campo da decisão jurídica. Assim, mimetizando-se e equilibrando-se em face de demandas jurídico-políticas nem sempre harmônicas, e em contextos diversos, na modernidade, essa verdade dos juristas – orientados a partir do campo de racionalidade do SCTJ – passou a ter uma feição dominante com o predomínio do positivismo jurídico. Esse predomínio foi sedimentado fortemente a partir do século XIX, e este processo foi atravessado pela hegemonia do positivismo em suas diversas variantes, desde a exegética até a lógico-normativista. Essa identificação havida entre o positivismo e os discursos jurídicos ordinários, pelo menos em *terra brasiliis*, fez com que a própria categoria SCTJ fosse praticamente sinônima, apesar de seu amplo espectro construído por Warat, daquilo que as teorias das ideologias apontaram na teoria social, ou seja: uma espécie de “falsa consciência” discursiva, legitimadora de visões alienadas, um saber instrumental da *práxis* gremial dos juristas. Esse predomínio de base do positivismo no direito, à luz do que isso significa em termos de teto metodológico e agir prático, coloca em dúvida, inclusive, o real alcance inovador das tendências contemporâneas denominadas “pós-positivistas” como foi abordado no final do capítulo precedente, a partir de dois exemplos clássicos. Todavia, a denúncia dessa feição dominante do SCTJ, a positivista, mistificadora e redutora do ser do direito, foi necessária e importante num primeiro momento histórico. Todavia, ao menos na crítica jurídica brasileira, a simples identificação do SCTJ como um elemento negativo dos discursos jurídicos, como simples mistificador de uma verdade

baseada no sujeito, não foi capaz de romper com o próprio positivismo. A crítica do SCTJ, nascida na semiologia, assim, não rumou para o campo fenomenológico ou hermenêutico. Em suma: o SCTJ foi tratado epistemologicamente, e não hermeneuticamente.

Não basta, apenas, constatar todo esse processo. Assim, neste quarto e último capítulo, o esforço empreendido passa por apontar uma reflexão, ainda que não original em sua totalidade, capaz de esboçar uma crítica do SCTJ, mas uma crítica no sentido hermenêutico, ou seja, uma crítica das condições de possibilidade de uma interpretação jurídica consciente dos seus limites e, também, de sua capacidade criativa, forjada pelos pré-juízos autênticos. Limites e criatividade, frise-se, a partir da tradição e não como um “Estrangeiro”. Dessa forma, as análises finais postas nesse quarto capítulo são compatíveis com todo acúmulo feito anteriormente. Ou seja, a partir de uma compreensão hermenêutica das tradições (Gadamer), é possível, e viável, considerar uma dupla possibilidade constitutiva desse campo de racionalidade dos juristas (SCTJ). Portanto, ao mesmo tempo em que o SCTJ forma um imaginário que se coloca como “véu” (Streck) encobridor de anseios legítimos e autênticos da juridicidade, refém das características da filosofia da consciência e do positivismo, este também se mostra como o lugar com o qual os juristas podem (ou não) desvelar o modo de ser do direito, ou, falando hermeneuticamente, de habitar o direito. Diante de tudo isso, a questão central que se coloca neste último capítulo é: quais as atuais condições sociopolíticas, teóricas e os obstáculos que estão colocados para que se possa, com respaldo hermenêutico e sem repudiar todos os contributos da teoria crítica, avançar? Será, assim, a partir da abordagem desta questão, que uma Nova Crítica do Direito, já lançada no horizonte temático dos juristas, pode avançar no sentido de ser não mais um método, tampouco mais uma vertente teórica, mas uma língua comum, uma *koiné*. O processo de debate esboçado até aqui culmina, pois, numa proposta de se recolocar a temática hermenêutica da pré-compreensão à luz do SCTJ como campo de racionalidade. Ou, dito de outra forma, empreender uma reflexão do SCTJ como condição, possibilidade, como campo de racionalidade que gera as possibilidades de velar ou desvelar o direito, impõe situá-lo numa análise do campo prévio que lhe constitui. Só a partir da percepção desse horizonte prévio em que se forma o conjunto de teorias, valores, tensões sociais, saberes-poderes, a hermenêutica poderá recuperar o seu mandato crítico. Uma hermenêutica crítica, assim delineada, trata de pôr à fala os limites e as condições hermenêuticas de uma crítica do e no direito. Tudo isso passa, inicialmente, por resgatar os pontos de contato entre a hermenêutica filosófica com o pensamento jurídico. O primeiro passo, então, é indagar como o tema da pré-compreensão foi e pode ser abordado no

direito, para além da perspectiva de uma teoria da ideologia moderna típica da tradição crítica em crise.

A noção de pré-compreensão está no cerne do diálogo entre hermenêutica filosófica e hermenêutica jurídica. Sem a pretensão de exaurir todos os possíveis pontos de contato, no campo jurídico de tradição romano-germânica, o pensamento de Josef Esser se mostra como fundamental. Para Esser, o conceito de pré-compreensão inserto na hermenêutica de Gadamer, voltado à questão da verdade, pode, no direito, ser transferido para o debate da justiça⁶¹⁸. Nesse sentido, inspirado em Gadamer⁶¹⁹, Esser tratou especificamente do tema da pré-compreensão em sua obra “Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien richterlicher Entscheidungspraxis”⁶²⁰. Para Haba, essa obra de Esser retoma alguns aspectos presentes em seu trabalho principal “Grundsatz und norm in der richterlichen fortbildung des privatrechts”, de 1956⁶²¹. A menção expressa ao pensamento de Gadamer fica evidente ao longo da primeira obra mencionada, especialmente a noção de pré-compreensão, círculo hermenêutico e o caráter exemplar da hermenêutica jurídica em relação à unidade entre interpretação e aplicação⁶²².

Esser parte do pressuposto de que existe uma racionalidade específica do saber jurídico, e essa racionalidade se expressa pelos múltiplos aspectos do labor do juiz que busca “extrair”, encontrar o direito (*Rechtsfindung*), e, assim, não se limita ao campo da dogmática como também não se esgota em uma análise do tipo sociológica do direito. Essa postura segue as linhas gerais da jurisprudência alemã do pós-guerra, a qual trilhou orientações antiformalistas, rejeitando o projeto de uma epistemologia fora do campo da *práxis* decisória

⁶¹⁸ ESSER, Josef. **Precompresione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto**. Fondamenti di razionalità nella prassi decisonale del giudice. Napoli: Università di Camerino, 1983. p. 7.

⁶¹⁹ HABA, Enrique P. Precompresiones, racionalidad y método, en las resoluciones judiciales. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 22, p. 49-78 (p. 53), 1999.

⁶²⁰ Trata-se do título original, de 1970, que recebe uma pequena modificação em seu subtítulo dois anos após a primeira edição, conforme assinala Haba, trocando-se o termo “Rationalitätsgarantien” por “Rationalitätsgrundlagen” (base ou fundamento de racionalidade). Cf. HABA, Enrique P. *Idem*, p. 52. Não há tradução dessa obra para o português nem para o espanhol, sendo trabalhada a tradução feita para o italiano, ESSER, Josef. **Precompresione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto**. Fondamenti di razionalità nella prassi decisonale del giudice. Napoli: Università di Camerino, 1983. Uma tradução aproximada do título completo seria: Pré-compreensão e escolha do método no processo de individualização do direito: fundamento de racionalidade na prática da decisão judicial. Em espanhol, Haba discute o sentido do termo “*Rechtsfindung*” que, em espanhol, “*findung*” apontaria o sentido de “labor”, “encontrar” ou “desentranhar”, sendo uma tradução plausível “obtenção do direito”. HABA, Enrique P. *Idem*, p. 53.

⁶²¹ Edição em espanhol: ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1961.

⁶²² ESSER, Josef. **Precompresione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto**. *Op. cit.*, p. 134-135.

do direito⁶²³. Nessa perspectiva, Esser defende que a interpretação do direito se estabeleceria a partir da mediação entre dois polos, num campo da *lex scripta* e noutro que seria o do direito não escrito⁶²⁴. A norma jurídica não é, portanto, apenas o produto de um destes aspectos, mas surge a partir de um ato criativo (com certos limites) advindo da combinação de ambas as dimensões. Assim, está claro, para Esser, que existe um campo valorativo pressuposto, que influenciará na determinação do sentido normativo específico no ato de interpretação. Com efeito, a interpretação jurídica corresponde às operações cognoscitivas capazes de “extrair”, a partir e com o ordenamento jurídico posto, o sentido do conjunto de valorações prévias cujo conteúdo é moldado pela política jurídica⁶²⁵. Explicitando melhor essa percepção, Haba identifica no pensamento de Esser três planos determinantes para a interpretação jurídica: i) a norma jurídica a ser interpretada não é o texto legal em si mesmo, mas uma *ratio* que está por detrás desta lei, ou seja, um sentido não aparente; ii) para a determinação do conteúdo normativo, são decisivos os condicionamentos das “infraestruturas dogmáticas” e as pré-compreensões gerais, seja porque ambas servem de ponto de referência ao legislador, seja porque, no ato de interpretação, elas determinam os juízos prévios acerca da finalidade da norma e sua relação com outras regras do sistema. Diante destes planos, a decisão resultante do processo de *Rechtsfindung* é orientada por quatro categorias: a) os precedentes judiciais, que fixam uma tradição com certo grau de aceitação; b) a dogmática ou lógica jurídica; c) meios de interpretação corretamente utilizados; e d) o caráter de justeza material que a sentença deve mostrar, ou caráter de razoabilidade (*Vernünftigkeit*), com o qual a decisão se vincula à vida concreta⁶²⁶. É nesse campo de forças que se colocam as condições em que a *Rechtsfindung* se estabelece na *práxis* operativa dos juristas, e a possibilidade de esta ser racional, no sentido de não estar adstrita a mero ato discricionário, fruto de vontades e subjetividades, reside justamente na forma como se dá a interpretação jurídica. Ou seja: “Es en la interpretación, como camino hacia la comprensión de normas dadas de antemano pero no mecánicamente aplicables, en donde están puestas las esperanzas de alcanzar clarificación y racionalidad para dicha labor de aplicación”⁶²⁷.

⁶²³ JUST, Gustavo. Josef Esser. In: BARRETTO, Vicente. **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006. v. 1, p. 282-283.

⁶²⁴ “Ogni interpretazione rappresenta un collegamento fra la *lex scripta* e lo *ius non scriptum*, che solo crea la norma positiva vera e propria”. (“Cada interpretação representa uma conexão entre a *lex scripta* e o *ius scriptum*, que só cria a norma positiva real e própria”) (Tradução livre.). *Idem*, p. 131, cf. nota 57.

⁶²⁵ HABA, Enrique P. Precomprensiones, racionalidad y método, en las resoluciones judiciales. *Op. cit.*, p. 57.

⁶²⁶ *Idem*, p. 56.

⁶²⁷ “É na interpretação, como caminho para a compreensão de normas dadas de antemão, mas não mecanicamente aplicável, onde residem as esperanças de alcançar clarificação e racionalidade por este trabalho de aplicação” (Tradução livre.). *Idem, ibidem*.

Para Esser justificar a existência da racionalidade própria relativa ao modo de ser da *Rechtsfindung*, que é justamente sua preocupação de fundo, foi necessário enfrentar a questão paradoxal para o positivismo jurídico, especialmente em relação à possibilidade de se eliminar os juízos de valor, na busca de uma objetividade relativa à decisão judicial. Assim, esse autor tratou por explicitar que tais valorações não são fruto de uma única racionalidade, mas que elas provêm de uma esfera pré-dogmática, ou seja, do campo da pré-compreensão. Coerente com os postulados gerais da hermenêutica filosófica, essa pré-compreensão, antes de ser obstáculo, é justamente o que faz com que o jurista seja capaz de compreender e, por conseguinte, interpretar. Essa pertença, para Esser, não significa que o juiz possa decidir arbitrariamente. Nesse sentido, a racionalidade da interpretação jurídica estaria vinculada aos meios capazes de se alcançar um “acordo geral” sobre a obtenção da solução razoavelmente obtida. A solução jurídica, então, para ser plausível, para servir como parâmetro de correção, vale-se, dentro de um quadro de alternativas legais dadas, de motivos extrassistêmicos decorrentes do contato com o meio social em cada contexto⁶²⁸. Com essas premissas, a experiência interpretativa dos juristas, e mais propriamente a do juiz, não deixa de ser racional, porquanto a meta da *Rechtsfindung* é realizar os processos de obtenção de um resultado plausível, razoável, politicamente responsável e satisfatório, não por via do argumento da autoridade ou por mera imposição arbitrária do ponto de vista pessoal do juiz, tampouco é uma racionalidade que se pauta apenas pela via lógico-dedutiva⁶²⁹. Essa racionalidade seria um tipo especial de labor decorrente de razões fundadas no diálogo entre o quadro legal e a expectativa de uma solução justa do ponto de vista social (extralegal). Esse resultado não é obtido sem certo controle. Para melhor visualizar este controle, é preciso entender as funções da dogmática jurídica, a *tópica* e o círculo hermenêutico no bojo da proposta de Esser.

Do ponto de vista intrassistema jurídico, embora a dogmática seja orientada por critérios de justiça social, nem sempre estes se compatibilizam com outros de caráter “extrassistêmico” ou de justiça material. Segundo Haba, a partir dessa tensão, tem-se um campo de controle que se colocaria no caminho que leva à obtenção da solução jurídica. Esse controle se dá com a necessidade de apresentação de argumentos convincentes (*tópica*) desde o ponto de vista de um “consenso geral”, seja a partir de critérios de compatibilidade com

⁶²⁸ HABA, Enrique P. Precomprensiones, racionalidad y método, en las resoluciones judiciales. *Op. cit.*, p. 58.

⁶²⁹ Esser não nega o uso do silogismo da lógica formal, clássica, no conjunto dos planos que formam a *práxis* decisória. Todavia, essa lógica não pode se colocar como controladora das premissas, das situações de fato fundado em conteúdos valorativos.

outras soluções legislativas ou mesmo com elementos colhidos no interior da dogmática⁶³⁰. Dessa maneira, a sentença seria uma síntese de uma interpretação capaz de ter em conta elementos gerais de “justiça material”, bem como elementos colhidos no interior do sistema jurídico (legislação, decisões e dogmática jurídica). A lógica própria da interpretação jurídica seria, como efeito, uma lógica material (*sachlogik*). Nesse ponto, a lógica jurídica se aproxima da *tópica*, conforme apreciação feita anteriormente. A ideia de Esser, especialmente de que a interpretação trabalha com ideias de “consensos gerais”, vincula-se à *tópica*, tendo-se por base de análise a classificação dos discursos no pensamento aristotélico (Cap. 1), no qual a verdade, mormente para esse tipo de discurso, estabelece-se a partir do que a maioria ou os sábios assim a entendem⁶³¹. Será a partir dessas características do raciocínio jurídico que Esser destaca a pré-compreensão e a noção de círculo hermenêutico. O sentido do direito a ser interpretado se dá a partir de uma “capa” de significações relativas aos membros de uma comunidade que se encontram envolvidos por regras comuns. Essa “capa” de significados, segundo Haba, é justamente o veículo de todos os pré-juízos estabelecidos em cada época, configurados pelos valores sociais e máximas utilizadas como parâmetros de resposta para questões determinadas em cada contexto histórico. Essa “capa” de sentidos prévios com a qual certa comunidade é abrangida por um sistema normativo, congruente com a noção de Gadamer de tradição, é irrenunciável; ela está posta previamente e também não está à disposição dos intérpretes no sentido de sua renunciabilidade. Disso resulta que a compreensão do sentido específico de uma norma jurídica se dá necessariamente pelo círculo hermenêutico. Tomando-se por referência a ideia de Esser que a solução esperada deve atender a certos parâmetros de justiça material, sua consecução deriva de um processo hermenêutico circular, com o qual o intérprete interpela e se movimenta continuamente em dois polos: parte da pergunta específica gerada pelo caso, indo aos parâmetros capazes de materializar a solução esperada (justiça material) e vice-versa. Sem os pré-juízos legítimos, ou seja, sem um campo de pré-compreensão, o intérprete não poderia fazer esse movimento e, portanto, estabelecer os parâmetros cognitivos para pensar a decisão esperada⁶³². Esse “ir e vir” que representa a ideia do círculo hermenêutico, especificamente no campo jurídico, não tem um sentido tautológico como bem alerta Larenz. Para esse autor, o movimento circular não indica que o intérprete volte constantemente ao mesmo ponto de partida, mas é um processo em que os juristas, ao perceberem que o sentido inicial não se revela adequado,

⁶³⁰ HABA, Enrique P. Precomprensiones, racionalidad y método, en las resoluciones judiciales. *Op. cit.*, p. 64.

⁶³¹ *Idem*, p. 67.

⁶³² *Idem*, p. 89.

realizam um movimento de retificação. Com efeito, o intérprete do direito está imerso num processo em que se “anda para frente”⁶³³ e, dessa forma, o círculo se movimenta de forma prospectiva, uma vez que o aplicador do direito não se movimentaria de maneira linear, mas sempre em deslocamento, num constante teste hipotético de suas asserções⁶³⁴.

Avançando, para Gizbert-Studnicki, seria possível estabelecer algumas críticas ao pensamento de Esser. Primeiro, a noção de pré-compreensão trabalhada por esse autor não se mostraria clara, sendo esta composta de vários níveis ou âmbitos, o que torna tal conceito ainda obscuro. Segundo, por Esser rechaçar uma teoria hermenêutica de viés empírico-descritivo, conforme classificação que será abordada a seguir, valendo-se do programa da hermenêutica filosófica, fica sem uma prova empírica – no sentido de prova empírica das ciências sociais – a tese de que os juristas, ao interpretarem, valem-se de seus ideais de justiça material a partir de uma solução plausível ou razoável na busca de um consenso. Quando, a este respeito, para tentar comprovar a sua tese, Esser supõe certo caráter uniforme da ideia de justiça que orienta os juristas, aduz que isso seria perceptível quando vários intérpretes dão ao mesmo caso soluções similares. É que, nesse caso, a pré-compreensão da ideia de justiça não teria uma conotação individual, mas representaria os sentidos político-sociais prévios que se estabelecem em um grupo profissional e que são repassados pelas experiências tradicionais e pelo processo educativo. Sendo que, mesmo se utilizando como exemplos ratificadores de sua teoria as experiências cotidianas ou a intuição do investigador, o máximo que se poderia afirmar é que existe uma inclinação do intérprete do direito a partir de tais premissas. Não se poderia afirmar, assim, que em todos os casos a interpretação o aplicador do direito se manifestaria dessa maneira⁶³⁵. Em segundo lugar, a partir da teoria de Esser, os métodos interpretativos teriam apenas uma função de controle de compatibilidade entre as ideias de justiça pré-positivas e a solução de um caso específico. Assim, para Gizbert-Studnicki, esse controle sempre ocorreria *a posteriori*, o que esvaziaria a função heurística dos métodos de interpretação do direito, uma vez que o intérprete já não mais partiria da pergunta de qual a melhor solução para o caso, mas de como se poderia ajustar os termos da solução já encontrada ao campo pré-positivo.

⁶³³ É possível se falar num movimento em espiral. Cf. HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito**: O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. Coimbra: Almedina, 2007. p. 538.

⁶³⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. *Op. cit.*, p. 286- 287.

⁶³⁵ GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz. El concepto de precomprensión en la hermenéutica jurídica. **Revista Chilena de Derecho**, v. 22, n. 1, p. 7-22 (p. 17), 1995.

No mesmo sentido, Larenz destaca que a pré-compreensão, em Esser, não apenas fornece ao aplicador do direito um quadro de sentidos prévios que se colocará em face do sentido da norma e da solução a ser encontrada, mas também possibilita que o juiz construa, a partir de sua experiência profissional, a sua “particular” concepção de justiça. Assim, como dito acima, os métodos jurídicos de interpretação perderiam a sua função heurística, podendo ser, inclusive, comutados entre si. Nessa perspectiva, decorrente da concepção de Esser, então, “[...] é natural que o juiz eleja em cada caso os métodos de interpretação que lhe permitam qualificar como conforme à lei a solução considerada justa”⁶³⁶. A essa questão Larenz alerta o perigo de se esconder uma “boa dose de arrogância judicial”⁶³⁷, no sentido de que assim procedendo se colocaria em risco a vinculação à lei e ao direito, em detrimento da perspicácia particular do juiz legitimada por sua pré-compreensão. O que parece chamar atenção de Larenz é o perigo de, em certa medida e ao seu modo, a pré-compreensão passar a justificar a discricionariedade judicial.

Após a pontual percepção do legado de Esser, é possível ampliar a abordagem do tema e sua relação com as inúmeras teorias que se ligam, diretamente ou não, à hermenêutica filosófica e jurídica. O termo “pré-compreensão”, como alerta Gizbert-Studnicki, teve uma notável trajetória. Sua visibilidade foi além do campo da filosofia, sendo também abordado fortemente na filosofia e teoria do direito, bem como na hermenêutica jurídica, principalmente a alemã, como foi o caso emblemático de Esser. Tratou-se de uma espécie de “fórmula mágica”, que, mesmo sendo utilizada para sanar complexos problemas colocados pela teoria do direito, ainda seria imprecisa. Nesse sentido, o termo “pré-compreensão” é utilizado também por filósofos do direito nem sempre alinhados com a hermenêutica filosófica, fazendo com que o termo seja utilizado em vários sentidos⁶³⁸. Gizbert-Studnicki nota, ainda, que, não obstante o uso geral do termo, poucas vezes ele é parte de uma reflexão profunda. O mais curioso desse processo é que isso ocorre em trabalhos que estampam a dita expressão em seu próprio título. Ademais, para esse autor, é igualmente surpreendente que a expressão pré-compreensão tenha um papel menos evidente na hermenêutica filosófica, cujo “pai espiritual” foi Gadamer, do que no campo próprio da hermenêutica jurídica. Isso é corroborado ao se verificar a presença desta noção nas duas obras principais da hermenêutica moderna, quais sejam, “Verdade e método”, de Gadamer e “A teoria geral da interpretação como método das ciências do espírito” de Betti. Na obra de Gadamer, *v.g.*, a expressão

⁶³⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. *Op. cit.*, p. 291-292.

⁶³⁷ *Idem.*

⁶³⁸ GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz. El concepto de precomprensión en la hermenéutica jurídica. *Op. cit.*, p. 7.

específica “pré-compreensão” (*Vorvetändnis*) aparece com raridade, sendo destacados, em contraste, os termos “‘*Vorurteil*’ (*prejuízo*), ‘*Vormeinung*’ (*ideia preliminar*), ‘*Vorentwurf*’ (*esboço previo*)”⁶³⁹. Betti, na obra citada, utiliza o termo em apreço apenas em uma única oportunidade e, ainda assim, no bojo de uma abordagem polêmica⁶⁴⁰. Obviamente que as referidas noções gadamerianas estão vinculadas à ideia de base que é a pré-compreensão, na medida em que ela envolve ou engloba tais conceitos; o que Gizbert-Studnicki faz notar, entretanto, é que, a julgar pelo seu uso específico, pontual, o termo parece ser quase de “propriedade exclusiva” da hermenêutica jurídica⁶⁴¹.

A discussão proposta por Gizbert-Studnicki é importante nesse momento do trabalho. Ela revela, dentre outras coisas, a dificuldade preliminar de se perceber os diversos usos do termo pré-compreensão, em razão da desorientação conceitual vinculada ao tema. Tudo isso demonstra a dificuldade de se compor uma tipologia das distintas concepções do termo, porquanto seja igualmente tortuoso perceber, mormente nos trabalhos teóricos à disposição, o sentido em que este é utilizado, ou seja, qual a base ou estatuto epistemológico de que se parte. Mesmo o uso do termo no campo da hermenêutica jurídica não é unívoco. O termo em apreço, com efeito, dependerá de qual vertente ou de qual sentido se dá ao campo da hermenêutica. Variando a perspectiva hermenêutica, variará o uso e o sentido do conceito “pré-compreensão”. Ainda com Gizbert-Studnicki, esses sentidos podem ser vistos a partir de uma tipologia que estabeleça a hermenêutica como: i) filosofia transcendental da interpretação; ii) teoria empírica e descritiva da interpretação; iii) teoria analítica da interpretação; e iv) teoria normativa da interpretação⁶⁴².

Na filosofia hermenêutica, de caráter transcendental⁶⁴³, a pré-compreensão aparece em dois sentidos. Como já abordado no terceiro capítulo, tem-se o sentido deste conceito como um condicionante global em que se instaura a possibilidade de qualquer compreensão, inclusive a jurídica. Retomando algumas reflexões, em um primeiro sentido, o termo pré-compreensão indicaria um pertencer do intérprete a uma tradição já dada. Noutra sentido, individual, o termo se referiria às condições da compreensão de um texto específico. Nesses dois sentidos, calcados na hermenêutica filosófica, não se estabeleceriam cânones da

⁶³⁹ GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz. El concepto de precomprensión en la hermenéutica jurídica. *Op. cit.*, p. 7.

⁶⁴⁰ *Idem, ibidem.*

⁶⁴¹ *Idem*, p. 8 e 22.

⁶⁴² *Idem*, p. 9-10.

⁶⁴³ Transcendental não clássico, conforme classificação feita por Stein (cap. 3), baseada nas teses gerais de Heidegger. Assim sendo, neste ponto, ao se reportar ao termo “transcendental”, Gizbert-Studnicki está se referindo à hermenêutica filosófica de Gadamer.

interpretação. Dessa forma, a interpretação em sentido transcendental trabalha a noção de pré-compreensão em seu aspecto mais prévio, não sendo, assim, uma perspectiva normativa, pois não estabelece o que deve fazer o intérprete. Com efeito, a pré-compreensão tem um sentido de ser uma premissa da perspectiva transcendental, perspectiva esta, portanto, refratária ao estabelecimento de um método no sentido analítico do termo. Essa característica da hermenêutica filosófica, como pensa Amado, implica duas relações possíveis com o campo teórico prático do direito. Uma, a mais óbvia, seria a de que o labor jurídico, e também a teologia, é praticamente voltado à interpretação, logo, sua conexão com o pensamento de Gadamer seria relevante. Todavia, outra percepção é possível, uma vez que o jurista sentiria que a hermenêutica caminha além daquilo que proporciona a sua tradição própria, evidenciando o fato de que a hermenêutica existencial não se mostra como instrumento metódico e racional para decidir os casos⁶⁴⁴. Essa percepção crítica de Amado sobre a ontologia jurídica de cunho hermenêutico, que a torna difusa, abstrata, de forma que, “De tanto ser, acaba el derecho por ser nada”⁶⁴⁵; será retomada em seguida, quando se tratará dos problemas de comunicabilidade da hermenêutica como uma nova *koiné* no campo da verdade dos juristas.

No sentido empírico-descritivo da hermenêutica, e não filosófico, tem-se a tarefa de explicar como se dão os atos interpretativos. No direito, essa perspectiva pode interrogar acerca da interpretação de qualquer espécie de direito, de um direito de uma determinada tradição ou ordenamento jurídico. Do ponto de vista geral, Gizbert-Studnicki também identifica nessa perspectiva teorias de cariz mentalista ou behaviorista⁶⁴⁶, as quais procuram explicar as condutas humanas a partir de fatores internos incorporados e não observáveis de imediato. Assim, em tais teorias, a conduta é explicada a partir da descrição dos fatores ou motivações do ato humano, e aí a pré-compreensão entra como o conjunto desses condicionantes ou o conjunto de motivos prévios que determinariam a conduta. Ter-se-ia, então, a ideia de pré-compreensão utilizada em três sentidos: i) intelectual, ou seja, como os fatores atuantes no intelecto do intérprete, relativos aos conhecimentos específicos e gerais que participam da interpretação, tais como, no direito, a famosa *voluntas legislatore*; ii) o

⁶⁴⁴ AMADO, Garcia. Filosofía hermenéutica y derecho. *Azafra – Revista de Filosofía*, n. 5, 2003, p. 192.

⁶⁴⁵ *Idem*, p. 199.

⁶⁴⁶ Behaviorismo (ou comportamentalismo) é um segmento teórico da psicologia que teve como grande expoente, entre outros, a versão metodológica/experimentalista de Burrhus Frederic Skinner. Tal perspectiva está baseada, dentre outras coisas, na premissa de que o ser humano seria uma “caixa preta”, na qual são incorporados condicionamentos que determinam sua conduta externa. A partir, então, do binômio castigo ou recompensa, poder-se-ia condicionar o aprendizado e o agir.

conjunto de conhecimentos emocionais que fazem parte do acervo subjetivo do intérprete; e iii) a esfera volitiva do intérprete, como o conjunto de suas aspirações, o seu “querer”. Essas perspectivas operam de forma limitada com a ideia de pré-compreensão, pois tratam de estabelecer uma explicação *ex post factum* dos atos interpretativos, girando em torno da trivial premissa de que todo ato interpretativo depende do saber, das emoções e da vontade do intérprete. Nessa perspectiva, poder-se-ia, a partir de qualquer situação previamente descrita, explicar as condicionantes subjetivas da interpretação. Para Gizbert-Studnicki, as teorias que se situam nessa perspectiva, no máximo, podem ser tomadas como ponto de partida, e ainda assim a noção de pré-compreensão segue não tão clara quando tais tendências são postas ao conhecimento jurídico, como apontado pela apreciação crítica do pensamento de Esser. Tais percepções da pré-compreensão no marco das teorias descritivas redundam em visões psicossociológicas que, ao contrário do que sua denominação indica, não são capazes de se fundar empiricamente em termos gerais, sendo que a “prova” empírica da pré-compreensão como condicionante de toda interpretação só poderia, nessa perspectiva, ser estabelecida *ad hoc*. Dito em termos cotidianos, isso ocorreria, v.g., quando, para vincular ou justificar determinados ponto de vista, se diz “cada caso é um caso”, sendo que, não obstante a esta obviedade presente no jargão jurídico, não haveria como, empiricamente (no sentido aqui tratado), estabelecer a comprovação de como essa singularidade prévia do caso justificaria uma decisão “x” ou “y”.

Para compor esse cenário tipológico de orientações teórico-hermenêuticas e suas respectivas formas de conceber a “pré-compreensão”, tem-se uma terceira perspectiva, a analítica. Enquanto as teorias descritivas se preocupam com a vinculação entre a pré-compreensão e o “descobrimento” de como o intérprete interpreta, as teorias analíticas se orientam em explicar a trajetória do intérprete rumo a este campo prévio. Assim: “[...] La teoría analítica de la interpretación analiza la fundamentación posible o fáctica de las decisiones interpretativas”⁶⁴⁷. Dentro dessa tipologia, nessa perspectiva analítica, apresentam-se duas variações: i) teorias lógico-analíticas, que buscam a reconstrução lógica do material de fundamentação da interpretação; e ii) teorias analítico-argumentativas, nas quais a pré-compreensão assume a função de indicar os pontos de partida da interpretação e, em paralelo,

⁶⁴⁷ “[...] A teoria analítica da interpretação analisa a fundamentação possível ou fáctica das decisões interpretativas.” (Tradução livre.). GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz. El concepto de precomprensión en la hermenéutica jurídica. *Op. cit.*, p. 22.

tal noção cumpre uma função de esclarecer as noções de comunidade argumentativa ou “auditório”⁶⁴⁸.

As teorias do primeiro tipo (lógico-analíticas) tendem, na prática, a não se vincular às ideias de pré-compreensão, pois esta se liga à sua antípoda perspectiva, qual seja, a Hermenêutica filosófica, a qual refuta uma possibilidade lógico-metódica de reconstrução dos elementos da pré-compreensão. Nas teorias lógico-analíticas, *grosso modo*, ao se estabelecer, v.g., duas premissas *PI*, *Pn* e conclusão *C*, a conclusão depende obviamente da veracidade das premissas utilizadas⁶⁴⁹. Tais premissas precisariam, assim, de uma fundamentação lógica para serem aceitas e resultarem em uma conclusão logicamente falsa ou verdadeira. Ocorre que a avaliação lógica das premissas deve ser estancada em algum momento para que se chegue a alguma conclusão. Assim, a pré-compreensão, em tal enfoque, seria o conjunto de nexos lógicos de tais premissas. Tal abordagem, como já visto, tem um caráter lógico e não sociológico, eis que, no mundo vivido, a determinação dessas premissas se baseiam em critérios axiológicos, políticos etc.⁶⁵⁰.

A segunda variedade de teorias analíticas da interpretação (analítico-argumentativa), ao esclarecer como são postas as noções prévias do campo da argumentação (auditório, comunidade de intérpretes etc.), objetivaria elucidar os limites da interpretação que se opera sempre a partir destas noções. Interpretar, nessa perspectiva, só seria possível a partir de um processo de comunicação que se dá a partir de um conjunto mínimo de convenções linguísticas, pontos de vista e conceitos que são partilhados entre um orador (formulador do discurso) e um auditório. Como condição necessária para existência de toda argumentação, não seria possível aos intérpretes colocarem em xeque o lugar prévio da fala do qual partem inexoravelmente. Não aceitando como dadas certas condições prévias do discurso, em que se situa a pré-compreensão, colocar-se-ia em risco a possibilidade de interação comunicativa entre os falantes, pois restariam desmontadas as estruturas significativa/simbólicas do “modo

⁶⁴⁸ “[...] em matéria de retórica, parece-nos preferível definir o auditório como o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação. Cada orador pensa, de uma forma mais ou menos consciente, naqueles que procura persuadir e que constituem o auditório ao qual se dirigem seus discursos.” Cf. PERELMAN, Chaim. **Teoria da Argumentação**: a nova retórica. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 22.

⁶⁴⁹ *Idem*, p. 19.

⁶⁵⁰ Veja-se, por exemplo, o problema que Kelsen enfrentou ao ter que traçar uma cadeia lógica derivativa da validade do direito positivo de um ordenamento. O exemplo de Kelsen, frise-se, não é em relação à interpretação ordinária do direito, mas no campo da estrutura de sua ciência rigorosa e descritiva do direito. Essa derivação chegaria em um ponto limite, capaz de quebrar a cadeia lógica de derivação, porquanto anteriormente à primeira Constituição histórica haveria o poder concreto instituinte do ordenamento, e esse poder está no campo aberto do ser e não no campo deontico do dever-ser. Como é sabido, a estratégia utilizada foi se valer da “Norma fundamental” como uma premissa lógico-transcendental, uma condição pressuposta de validação lógica das premissas que sustentam a validade global de um sistema jurídico.

de vida” comum, impossível seria a argumentação numa dada comunidade. Com tais premissas, essa vertente pugna por distinguir e reconstruir esses elementos prévios que estão na base de toda interpretação e que viabilizam o processo comunicativo/interpretativo baseado na argumentação⁶⁵¹.

Impende, pois, tratar do tema da pré-compreensão no campo de aplicação, do raio decisório que se pretende materializar as conquistas não cumpridas da modernidade, eis que o direito não pode ser visto como mera “terapia conceitual”.⁶⁵² Nesse sentido, primeiramente, a questão da pré-compreensão, como defende Streck, evidencia a premissa inarredável fixada pela hermenêutica de que o sentido do direito está sempre antecipado, pois os juristas não “fabricam” estes conceitos; o direito, assim, não está inteiramente à disposição. Dessa forma, conforme exprime a máxima gadameriana, não interpretamos para compreender, mas a interpretação nada mais é que a explicitação da compreensão com a qual se torna possível dizer o direito. No pós-fácio da edição recente de “Verdade e Consenso”, Streck reafirma claramente o ponto de vista hermenêutico na esfera da decisão, refutando, assim, as propostas baseadas em teorias procedurais e a dicricionariedade positivista. Fica patente, então, que nenhuma teoria lógico-argumentativa pode preceder o campo da pré-compreensão, no sentido desta tratar, como propugna Stein, de um campo de racionalidade transcendental no sentido não clássico.⁶⁵³ Isso fica evidente, pois

As teorias que se preocupam com o nível apofântico, explicativo, acabam tentando colocar esse nível lógico no lugar da pré-compreensão, condição de possibilidade para a compreensão. Volto, pois, com a pergunta: de que modo um processo lógico-argumentativo pode ‘acontecer’ sem pré-compreensão?⁶⁵⁴

A hermenêutica, assim, posta não apenas no nível apofântico, não se opõe à epistemologia, mas deixa evidente os limites desta em face dos processos compreensivos do campo do direito, evidenciando a premente necessidade de legitimação dos processos cognitivos.⁶⁵⁵ Com efeito, o que está em jogo quando a questão da hermenêutica jurídica vem à baila é, no fundo, um debate crucial à democracia, na medida em que, no modelo democrático, a decisão não pode ser produto discricionário da vontade do intérprete.⁶⁵⁶ A maioria das críticas que a hermenêutica angariou, mercê da ideia de pré-compreensão e seu

⁶⁵¹ GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz. El concepto de precomprensión en la hermenéutica jurídica. *Op. cit.*, p. 22.

⁶⁵² STRECK, Lenio Luz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. p. 427.

⁶⁵³ *Idem*, p. 437.

⁶⁵⁴ *Idem*, p. 441.

⁶⁵⁵ *Idem*, p. 438.

⁶⁵⁶ *Idem*, p. 457.

cariz a-metódico, seja pela perspectiva de Castanheira Neves, bem como à luz das críticas de autores brasileiros como Sarmiento são diretamente enfrentadas. Primeiramente, o regaste da pré-compreensão, naquilo que propugna Streck, não significa delimitar a hermenêutica à *questio facti* em detrimento da *questio júris*. Ao contrário, a hermenêutica é refratária a tal cisão dualista, pois o sentido do direito não ocorre nesse plano, mas na diferença ontológica.⁶⁵⁷ A hermenêutica, então, ao explicitar o campo em que toda compreensão se dá contribui na esfera da decidibilidade, da determinação da validade do direito. Outrossim, críticas como as de Sarmiento, relativas ao tópico em apreço, fundam-se na ideia de irracionalismo da hermenêutica, na qual se associa “pré-compreensão” à noção de irracionalidade. Nesse aspecto, tais críticas reproduzem tantas outras sofridas por Gadamer, mormente os ataques sofridos sob a alcunha de “relativismo”.⁶⁵⁸ Para rebater tais críticas, a proposta de Streck evidencia que o lugar de tais críticas é o lugar das teorias da argumentação, as quais não percebem que a hermenêutica transitaria no nível da racionalidade I (transcendental não clássica), e que seu campo é o da intersubjetividade, de uma relação entre sujeitos, e não entre sujeito e objeto, tal como ocorre no plano das teorias de caráter procedimental.⁶⁵⁹

Ainda no plano de explicitação da Nova Crítica do Direito propugnada por Streck, é preciso notar que esta se vincula à ideia de Dworkin do direito como integridade, apesar de serem também relevadas certas críticas tanto em relação à separação entre casos fáceis e difíceis, quanto ao “panpricipiologismo”⁶⁶⁰ que vem se desenvolvendo na teoria jurídica brasileira. Na visão de Streck, Dworkin, tal qual a proposta hermenêutica, pugna pela superação da discricionariedade judicial, tendo em mente que o juiz (intérprete) tem a responsabilidade política de obedecer a integridade do direito, de forma a se refutar o decisionismo voluntarista contrário ao Estado Democrático de Direito.⁶⁶¹ De outro lado, se a proposta de estabelecer o alcance da pré-compreensão na perspectiva hermenêutica, com apoio no pensamento de Dworkin, Streck alerta para a distorção que se corre com o uso dos princípios. Uma longa lista de princípios são colocados à disposição do intérprete como verdadeiros “*standards* interpretativos”, cuja identificação, em tempos de pós-positivismo, é de difícil aferição.⁶⁶² Essa aberta principiologia, travestida de vanguarda, acaba por reforçar

⁶⁵⁷ STRECK, Lenio Luz. **Verdade e Consenso** ..., *op. cit.*, p. 439.

⁶⁵⁸ *Idem*, p. 448-449.

⁶⁵⁹ *Idem*, p. 449.

⁶⁶⁰ *Idem*, p. 475.

⁶⁶¹ *Idem*, p. 446.

⁶⁶² *Idem*, p. 492.

não só o velho esquema sujeito-objeto, como cria uma espécie de enunciados que gozam de uma “supraconstitucionalidade”.⁶⁶³

Para, enfim, elucidar o ponto de chegada da presente pesquisa, mormente aquele que se estabelece a partir dos nexos entre a hermenêutica filosófica, hermenêutica jurídica e pré-compreensão, é relevante tratar da última perspectiva abordada por Gizbert-Studnicki: a de uma teoria normativa da interpretação relacionada ao campo jurídico. O campo jurídico, ao menos na modernidade, foi, mormente com o positivismo, impregnado pela discussão metódica. A questão-chave, então, tanto para o campo operacional do direito, mais ligado aos saberes doutrinários espontaneamente repassados, como para a esfera da discussão da filosofia ou teoria do direito, pode ser reduzida à indagação de como o jurista deve interpretar o direito, ou melhor, como interpretar o direito no bojo de uma sociedade complexa, marcada pelos cânones da democracia representativa, separação entre poderes, supremacia e força normativa da Constituição⁶⁶⁴. Essas demandas, lembrando toda trajetória de afirmação do positivismo jurídico, foram concentradas num saber que fosse capaz de estipular cânones pretensamente racionais e controláveis da atuação do juiz quando concretiza o ato decisório⁶⁶⁵. Essa tentativa de estabelecer regras metódicas de interpretação está na base de uma teoria normativa da interpretação jurídica moderna. Como, então, relacionar todo o material de uma teoria filosófica (hermenêutica) com as demandas operacionais típicas das teorias normativas da interpretação jurídica? Primeiro, como assevera Gizbert-Studnicki, toda teoria ou campo de pensamento que trate de regras operativas da interpretação jurídica depende das condições pressupostas em que os intérpretes se movem. Assim: “La amplitud de una teoría normativa de la interpretación, que se conecte a la filosofía hermenéutica, estará limitada por las condiciones transcendentales de la posibilidad de comprender por ella misma descubiertas”⁶⁶⁶. Dessa forma, a questão que se coloca no bojo de uma interpretação jurídica consiste em saber como seria possível estabelecer um processo hermenêutico adequado do direito diante das limitações impostas por tais condições pressupostas. Para o autor em destaque, uma teoria baseada na hermenêutica filosófica teria justamente a função de determinar quais os limites de

⁶⁶³ STRECK, Lenio Luz. **Verdade e Consenso** ..., *op. cit.*, p. 493.

⁶⁶⁴ Força normativa no sentido propugnado por Konrad Hesse.

⁶⁶⁵ Ou, de outro modo, no positivismo kelseniano (*vide* cap. 1), pugnar pela impossibilidade de, racionalmente, estabelecer um método para se chegar a uma resposta jurídica correta, o que abriria azo, mesmo não fosse esse o seu foco, à discricionariedade judicial.

⁶⁶⁶ “A amplitude de uma teoria normativa da interpretação, que se conecta à filosofia hermenêutica, estará limitada pelas condições transcendentais da possibilidade de compreender por ela mesma descobertas.” (Tradução livre.) GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz. El concepto de precomprensión en la hermenéutica jurídica. *Op. cit.*, p. 20.

uma teoria normativa da interpretação. Há quem defenda, como Fernández-Largo, que a hermenêutica gadameriana representa, para o direito, a superação do positivismo jurídico. Isso ocorre na medida em que a hermenêutica, concebida e convalidada como uma ontologia de todo compreender, funda-se no questionamento da pretensão absoluta de verdade dos métodos e da separação entre sujeito e objeto, entre objetividade e subjetividade que se encontram na raiz do positivismo jurídico. Assim vista a contribuição profunda da hermenêutica para o direito, esta não pode estar restrita ao campo da metodologia ou propedêutica jurídica, mas como uma filosofia ou teoria universal que trata do conhecimento jurídico, não sendo um simples meio a ser utilizado para preencher as lacunas da dogmática jurídica em relação ao tema⁶⁶⁷. Nesse processo, a hermenêutica opera uma reontologização do direito, tratando, pois, de se apresentar (ou capaz de recuperar – a fundamentação humanística dos saberes jurídicos⁶⁶⁸.

Partindo dessas ponderações, considera-se que hermenêutica filosófica é um campo reflexivo capaz de demonstrar três coisas: i) que só é possível compreender um texto, no caso os textos jurídicos, assumindo a condição de o jurista ser um partícipe da tradição, da qual este pode ser um “Estrangeiro”, e, assim, demonstrar que ao intérprete não é possível abdicar dos seus pré-juízos; ii) que, não obstante toda tentativa das teorias críticas, uma teoria normativa da interpretação é sempre derivada, ou seja, já parte de conceitos e condições previamente estabelecidos e, assim, não pode aspirar o mesmo ideal metódico das ciências exatas. Essa inferência deve ser suficientemente forte para fazer com que os juristas abdicuem do ideal metafísico de objetividade já tratado anteriormente e que serviu de blindagem ao positivismo, na medida em que uniu o ideal de controle racional da verdade com a neutralidade do ato de decidir (o SCTJ em sua forma ideológica ou mistificadora); e, por fim, iii) mesmo considerando o fato de que, no direito, a tradição funda a possibilidade de todo compreender, uma filosofia hermenêutica, ao se relacionar com uma teoria normativa da interpretação do direito, deve ser capaz de apontar os perigos da aceitação irrefletida da pré-compreensão, e não postular a renúncia a seus condicionamentos, pois é neste campo que se estabelece o diálogo em que o direito se desvela autêntica ou inautenticamente, em que é

⁶⁶⁷ FERNANDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer**. Valladolid, España: Universidad de Valladolid, 1993. p. 113 *et passim* e p. 106.

⁶⁶⁸ *Idem*, p. 123. No mesmo sentido, de recuperação da hermenêutica filosófica, como uma possibilidade de renovação paradigmática do direito em sua perspectiva moderna e idealista, trabalhando com as teses de Streck, tem-se o trabalho de referência da professora Ivone Lixa. Cf. LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. **Hermenêutica e direito: uma possibilidade crítica**. Curitiba: Juruá, 2008.

possível decidir a partir da experiência concreta do direito e não a partir de formas abstratas e subsuntivas de interpretação.

A hermenêutica filosófica, no e do direito, ao retomar a reabilitação da pertença do intérprete às tradições e a reabilitação dos seus pré-juízos, joga importante papel para a superação da tensão que se operou na modernidade, mormente quando o SCTJ se acomodou em um equilíbrio instável nos campos da dogmática jurídica e da filosofia ou teoria do direito. Para não se limitar a estas aporias, a hermenêutica retoma o primado da vida prática sem abdicar da filosofia. Dessa forma, ao elucidar o caráter prévio da pré-compreensão, a hermenêutica faz com que surja um mandato novo para os juristas, o qual, segundo Schroth, seria o de ter em conta que “[...] a consciência de sua pré-compreensão só pode ser tomada como hipótese. O intérprete tem que ser capaz de testar a sua própria pré-compreensão”⁶⁶⁹.

Chega-se, assim, ao cerne da questão: quais as possibilidades de uma Nova Crítica do Direito assentadas em tais perspectivas? A resposta não deve traçar parâmetros metódicos, mas, coerentemente com tudo o que se desenvolveu até aqui, apresentar as condições históricas em que, no campo do direito, a tarefa hermenêutica crítica – porque crítica de seu lugar prévio, da percepção da história efetual no ato da interpretação – deve dialogar com os horizontes políticos, éticos e sociais construídos pela tradição do direito contemporâneo. Como marco paradigmático do horizonte contemporâneo do direito está o papel central da Constituição, o novo constitucionalismo e suas demandas jurídico-políticas. Para pensar as tradições jurídicas, o SCTJ e o novo cenário contemporâneo para afirmação de uma hermenêutica crítica, é preciso retomar a noção de “horizonte” abordado pontualmente no terceiro capítulo.

É com o horizonte que se verifica o elo contínuo entre o intérprete, sua intencionalidade (visão) e as coisas abarcadas por este mundo, pois “tudo o que está dado como ente está dado como mundo, e leva consigo o horizonte do mundo”⁶⁷⁰. Como já abordado alhures, o intérprete, desde sempre imerso na tradição, deve buscar o máximo possível obter consciência da histórica efetual que é ínsita a toda compreensão. Em outras palavras, o trabalho hermenêutico e crítico pugna por iluminar – e não “eliminar” –, o quanto possível, a situação hermenêutica do intérprete, no caso, o jurista. O fato de o jurista não poder desfazer-se metafisicamente das determinações da história efetual, nos moldes de uma

⁶⁶⁹ SCHROT, Ulrich. *Hermenêutica filosófica e jurídica*. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfred (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 384.

⁶⁷⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.*, p. 373.

pretensa neutralidade axiológica – antes um problema para o historicismo e paradigma objetivante e positivista – passa a ser encarado como a virtude inerente à característica própria deste saber das coisas humanas. O jurista, então, como visto na metáfora do “Estrangeiro”, não pode ter consciência plena e total dos condicionamentos da história prévia e seus elementos valorativos, pois é-lhe impossível a capacidade sobrehumana de sair do atoleiro da história efetual no qual se encontra irremediavelmente imerso, puxando a si próprio pelos cabelos tal qual o Barão de Münchhausen. Todavia, diante dessa impossibilidade, o jurista pode, e deve, ser capaz de constantemente problematizar os limites de sua visão em face dos horizontes já postos e com os quais se dá a sua compreensão e interpretação do direito. Aí se coloca claramente um dos grandes elementos que fazem da hermenêutica uma abordagem crítica, pois ela alerta o jurista de que o seu mandato se cumpre no dever de elaborar, na sua *práxis*, o quanto possível, os contornos de sua situação hermenêutica e, dessa forma, obter o questionamento juridicamente adequado no horizonte de sentido que reflete a tradição a ele referido⁶⁷¹. Para o correto (autêntico) compreender, postas assim tais questões, é fundamental a colocação correta do problema. Quanto maior o grau de tomada de consciência do intérprete de sua situação hermenêutica, maior será a possibilidade de correta colocação do problema para o intérprete. Essa correta colocação do problema tem o sentido de ser o esclarecimento das limitações existenciais impostas pela sua pertença a uma tradição e que se revela pelo horizonte de sentidos postos. Como dito algures, se não fosse possível ao intérprete estabelecer meios, ainda que não absolutos, aptos a evidenciar e clarificar os contornos legítimos do problema dos quais parte sua interpretação em um dado horizonte, impossível seria qualquer interpretação fundada na tradição ou com pretensão.

O horizonte, por ser justamente “o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que é visível a partir de um determinado ponto”⁶⁷², não é estático, move-se na medida em que o intérprete também se desloca. Ou seja, “Um horizonte não é uma fronteira rígida, mas algo que se desloca com o intérprete e que convida a que se continue penetrando”⁶⁷³. Diante de tudo isso, levando-se em conta as demandas que surgem e se consolidam os horizontes do direito, mormente com o primado contemporâneo das Constituições que se colocam como o novo modo de ser legítimo do direito, é que os juristas terão, como sempre fizeram ao longo de sua trajetória histórica, condições de traçar suas verdades legitimamente.

⁶⁷¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. *Op. cit.*, p. 452.

⁶⁷² *Idem, ibidem*.

⁶⁷³ *Idem*, p. 373.

4.1.1 Horizonte jurídico político do Estado Democrático de Direito

“Ontem os Códigos; hoje as Constituições”⁶⁷⁴ é o diagnóstico lapidar de Paulo Bonavides, que sintetiza o horizonte prático-jurídico em que o pensamento crítico do e no direito pode efetivamente se consolidar na contemporaneidade. Nessa perspectiva, uma hermenêutica crítica, de caráter filosófico, capaz de enfrentar as crises da teoria crítica do direito já abordadas, deve ser capaz de ter em vista o horizonte histórico da experiência do direito que se estabeleceu com o constitucionalismo europeu do pós-guerra e que, por diversas vias, encontra ainda dificuldades de afirmação em contextos de modernidade tardia, como o Brasil. Esse processo histórico, nascido das demandas próprias do ambiente europeu e dos Estados Unidos da América, pode ser colocado como experiência paradigmática não artificial em relação aos países em desenvolvimento, porquanto estes também enfrentaram, em seus específicos contextos, processos econômicos, sociais e políticos alicerçados na matriz jurídica do direito continental, evidenciando, assim, impasses comuns sofridos pela democracia⁶⁷⁵ representativa à luz do modelo correlato de Estado Constitucional de direito. Assim sendo, para que se estabeleçam as condições efetivas para uma análise crítica do SCTJ, tendo em mira o contexto de produção da pesquisa em apreço, é preciso compreender o alcance dessas novas demandas jurídico-políticas e teórico-práticas que afetaram a cultura do direito ocidental. É desse contexto, diante do quadro de novos poderes-saberes a ele vinculados, que novos horizontes de sentido fazem vir à tona o direito contemporâneo, cuja abordagem não mais se compatibiliza com o paradigma hermenêutico outrora estabelecido, este último refém das orientações epistemológicas do positivismo.

Como, afinal, deu-se o que os teóricos alemães denominam de *Allgegenwärtigkeit der Verfassung* (onipresença da Constituição)? Se, no campo da filosofia se viu um processo gradativo da invasão da filosofia pela linguagem, no campo jurídico se observou o crescimento de importância dos textos constitucionais. Muitas das crises que ainda se operam

⁶⁷⁴ Segundo Barroso: “A primeira parte da frase (“Ontem os Códigos; hoje as Constituições”) foi pronunciada por Paulo Bonavides, ao receber a medalha Teixeira de Freitas, no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1998. O complemento foi feito por Eros Roberto Grau, ao receber a mesma medalha, em 2003, em discurso publicado em avulso pelo IAB: “Ontem, os códigos; hoje, as Constituições. A revanche da Grécia sobre Roma, tal como se deu, em outro plano, na evolução do direito de propriedade, antes justificado pela origem, agora legitimado pelos fins: a propriedade que não cumpre sua função social não merece proteção jurídica qualquer”. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 13 out. 2009.

⁶⁷⁵ Alguns países da América Latina passaram por regimes de exceção democrática, todavia, isso não faz supor que o desafio da implementação democrática não existiu ou deixe de existir em tais contextos.

no ambiente jurídico prático, tendo-se por exemplo paradigmático o Brasil e a América Latina, é fruto de disfunções decorrentes do descompasso entre as demandas de um Estado Democrático de Direito em conflito com uma cultura jurídica média pautada num modo de ser ainda preso às categorias do paradigma liberal-legal ineficaz para garantir e efetivar tais demandas legitimamente conquistadas. Se, na filosofia, a hegemonia dos cânones da metafísica do sujeito resultou no cientificismo, no direito, o efeito produzido, como visto anteriormente, foi a estabilização do SCTJ numa cultura média positivista. Crise do Estado, crise de efetividade da Constituição, crise do sistema de justiça etc. não são causas, mas sintomas dessa ineficácia global, tal como também foram sintomas de inadequação paradigmática as crises da filosofia e da teoria social pautadas no teto da epistemologia moderna em face da complexidade pós-moderna e suas novas leituras impostas pelo *linguistic turn*. *Mutatis mutandis*, a crise de paradigmas no campo da hermenêutica jurídica tem seu aspecto mais evidente com a não incorporação teórico-prática das exigências de um constitucionalismo compromissário. Não se busca, por evidente, recompor todo esse processo histórico de afirmação dessa nova juridicidade constitucional, cujo advento se iniciou com a formação do Estado Moderno no continente europeu nos séculos XVII e XVIII. Todavia, por ser esse o fenômeno que revela o mundo vivido em que se pode restaurar uma crítica jurídica adequada e criativa, algumas notas de suas características, autores e abordagens devem ser feitas.

Primeiramente, é de se ter em mente que a ideia atual de Constituição como documento jurídico especial, colocada no centro de toda essa evolução, não nasce, pois, com o advento do Estado Moderno, mormente em razão de a sua primeira expressão ter sido materializada pelo absolutismo monárquico⁶⁷⁶. Mesmo na França pós-revolucionária, a Constituição de 1791 não tinha ainda a conotação jurídico-política que tem hodiernamente um texto constitucional, atentando-se ainda para o fato de que a sua promulgação foi deliberadamente posterior à *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 26 de agosto de 1789⁶⁷⁷. Nesse contexto, o Código Napoleônico de 1804 era, em detrimento do texto constitucional, o documento jurídico que melhor expressava o racionalismo burguês da época. Dito de outra forma, o direito legislado e codificado representava, com muito mais evidência na tradição continental francesa, o horizonte ético-jurídico autêntico das forças sociais

⁶⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. *Op. cit.*, p. 225.

⁶⁷⁷ Houve intenso debate entre os revolucionários franceses se, após a tomada do poder, seria mais apropriado proclamar uma Constituição ou uma Declaração de Direitos. Cf. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 19. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992. p. 85.

dominantes naquele contexto. Nessa perspectiva, a ideia de um texto escrito autônomo e superior denominado Constituição está historicamente vinculada ao processo específico de compreensão, legitimação e explicação dos liames políticos havidos entre súditos e soberanos, cidadãos e Estado. Não será por acaso, então, que a grande hipótese teórica moderna apta a explicar a subordinação entre governantes e governados, bem como o surgimento e justificativa do Estado, baseou-se nas doutrinas do contrato social⁶⁷⁸. A fundação da ordem política necessitava, no mundo ocidental, de uma justificação racional e de aparatos jurídicos aptos a legitimar a sua reprodução. O constitucionalismo, *grosso modo*, é o produto maduro deste processo complexo em que o Estado passa a ser visto como ente jurídico derivado da vontade de sujeitos racionais e autônomos e, assim, deveria ter o seu poder conformado ou delimitado por estes. Daí que, nessa linha de construção paulatina, como aponta Cadermatori, inspirado em Bobbio, é possível traçar, diacronicamente, as características básicas desse trajeto a partir de concepções de governo *per leges, sub lege* até chegar-se ao paradigma de um Estado Constitucional de Direito⁶⁷⁹.

A primeira concepção que está na raiz do desenvolvimento do constitucionalismo ocidental é a de governo *per leges*. Sua configuração, no plano histórico-sociológico, expressa-se na substituição de um modelo de autoridade tradicional para outro racional-legal. A autoridade pessoal e o *status* individual não fundam mais a legitimidade da autoridade política sobre os cidadãos. A lei, concebida doravante como regra abstrata e impessoal, passa a ser a protagonista dos meios sociais de legitimação do poder do Estado como expressão de uma “vontade geral”. Esse novo fundamento para a existência e legitimação do corpo político autônomo, ao lado de uma sociedade civil, estava baseado na soberania da vontade popular como parte do ideário que sedimentou a hegemonia do pensamento liberal burguês no século XVIII. Tem-se, assim, um Estado de direito porque fundado numa legalidade abstrata que passa a ser a antítese do despotismo pessoal do regime monárquico. O arbítrio pessoal passa a ser diluído num poder difuso e impessoal da norma jurídica. Refuta-se, assim, o sentido político expresso pela famosa máxima de Luís XIV “L’État c’est moi”. Com efeito, abstração,

⁶⁷⁸ Importante ressalva é feita por Santos: “A ideia de contrato social para justificar uma obrigação política não é nova. Segundo Lessnof (1990:5), a sua origem remonta à obra de monge alsaciano, Manegold de Lautenbach, que nos finais do século XI defendeu a ideia de contrato social em nome do Papa Gregório VII na sua luta contra o Imperador. O que de novo existe nas teorias de Hobbes, Locke e Rousseau é o facto de todas elas serem fruto do debate sobre o direito natural racionalista, do qual, evidentemente, partem, e de se considerarem parte da nova ordem social e política e do novo método científico moderno de análise da realidade (Weinreb, 1987: 67). SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**. *Op. cit.*, p. 129.

⁶⁷⁹ CADERMATORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 19.

generalidade e impessoalidade foram as características principais que fizeram parte desse processo de “juridificação do poder”. Tudo isso foi determinante para a consolidação da dominação racional-legal, o que, mais adiante, estabeleceu as condições para a identificação positivista entre lei e direito⁶⁸⁰. Não se pode esquecer, ademais, que a noção de governo *per leges* vem se desenvolver ao longo de um processo de hegemonia burguesa, mas já se inicia ao longo das doutrinas de fundamentação racional do direito e do poder, bem como nos quadros de afirmação da soberania jurídica dos nascentes Estados modernos europeus. A ideia de soberania, potestade estatal e poder de império, tanto no exercício interno quanto externo de uma comunidade política, está na raiz da maturação dessas concepções fundamentais e preparatórias do constitucionalismo.

Não basta, ademais, que esse modelo de governo se expresse numa soberania constituída pela legalidade abstrata, o próprio Estado deveria igualmente estar submetido aos limites desta legalidade, ou seja, um governo *sub lege*. Num sentido fraco, então, essa característica significa que todo governo deve atender às formas, aos procedimentos legais estabelecidos; em sua acepção forte, significa que todo poder deve ser limitado pela lei, não apenas formalmente, mas também em relação à preservação de bens e direitos subjetivos públicos⁶⁸¹. Na raiz desses dois sentidos, pode-se identificar, desde a Inglaterra do século XIII, a origem do denominado *due process of law* em sua suas versões procedimental, e, mais tarde, substantiva. A versão material do devido processo legal foi inicialmente caracterizada por estabelecer os princípios jurídicos que justificariam o controle de atos normativos que violassem o direito à vida, à propriedade e à liberdade⁶⁸². As primeiras manifestações dessas características de um governo *sub lege* são observáveis nos documentos de declaração de direitos que antecederam, inclusive, a famosa *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão* francesa. Nesse passo, um marco desse tipo de produção normativa é a *Declaração de Direitos da Virginia* (1776) que representa, no dizer de Pedrollo e Martel, o resultado de um longo processo de evolução do constitucionalismo inglês, desde a Carta Magna de 1215 ao *Bill of Rights* de 1689. Para esses autores, a *Declaração de Direitos da Virginia* é exemplar por deixar evidente este amplo momento histórico originário do constitucionalismo ocidental,

⁶⁸⁰ CADERMATORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**. *Op. cit.*, p. 19-23.

⁶⁸¹ *Idem*, p. 38.

⁶⁸² Segundo Martel, o devido processo legal em sua versão procedimental remonta à cláusula *Law of the land* na Carta Magna de 1215, sendo que sua versão substantiva é cercada pelo enigma de decifração de sua origem histórica exata. MARTEL, Letícia Campos Velho. **Devido processo legal substantivo**: razão abstrata, função e características de aplicabilidade. A linha decisória da Suprema Corte Estadunidense. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 1-2, *passim*.

que se estende desde o ideário de Sir. Edward Coke, na Inglaterra, passando pela influência das sucessivas Cartas das Colônias da América, tudo isso à luz da emergência das teorias contratualistas⁶⁸³. O dispositivo inserto na segunda seção do referido documento histórico é muito significativo à luz do que foi ponderado até aqui, mormente ao declarar que: “That all Power is vested in, and consequently derived from, the people; that magistrates are their trustees and servants and at all times amenable to them”⁶⁸⁴. A partir deste germe do constitucionalismo presente nas Cartas e Declarações oriundas das demandas históricas no ambiente anglo-americano, cria-se a percepção de que existe um campo de indisponibilidade formal e material ao poder político (Estado), fonte de inspiração do princípio da legalidade e mesmo, mais tarde, fundamento para elaboração jurídico-dogmática da noção de cláusulas pétreas, as quais se apresentariam como esfera normativa (material e formal) indisponível às maiorias legislativas⁶⁸⁵. É o fortalecimento dessa concepção de limites do poder engendrada historicamente pela hegemonia da burguesia, inicialmente marcada pela limitação do poder do rei, que se expande até o controle dos atos do legislativo, que está na raiz do constitucionalismo ocidental como um modo de ser próprio, autêntico e legítimo de manifestação do direito.

As características acima apontam para a fase do paradigma do Estado em uma percepção de hegemonia do legislativo sustentado pelos cânones do modelo liberal. Para Campilongo, esse Estado se configurou pela presença de três elementos, quais sejam, o princípio da legalidade, da impessoalidade e do equilíbrio e controle recíproco entre os poderes do Estado⁶⁸⁶. Nesse último aspecto, a identificação do abuso do poder à unidade de seu exercício monocrático serviu de suporte para a teoria da separação tripartite dos poderes estatais. Na base dessa concepção vigia a ideia de que a divisão dos poderes estatais não só evitaria o exercício arbitrário do poder, mas, também, destacava a percepção de que cada poder controlaria o outro reciprocamente. Ainda que se fale que a doutrina da separação dos poderes já se apresentasse em Locke⁶⁸⁷, será na obra de Montesquieu que esse princípio, revisitado e aprimorado via doutrina do *check and balances*, situa-se como uma pedra angular

⁶⁸³ PEDROLLO, Gustavo; MARTEL, Letícia Campos Velho. À guisa de introdução: a declaração de direitos da Virgínia. **Amicus Curiae – Revista do Curso de Direito da UNESC**, Criciúma, v. 1, p. 313-314, 2004.

⁶⁸⁴ “Seção 2. Que todo poder pertence ao povo e, conseqüentemente, dele deriva; que os governantes são seus fiéis depositários e servidores, e estão a todo o tempo sujeitos ao seu controle.” Tradução do texto original: *In*: PEDROLLO, Gustavo; MARTEL, Letícia Campos Velho. *Op. cit.*, p. 332.

⁶⁸⁵ *Idem*, p. 24.

⁶⁸⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 112.

⁶⁸⁷ Locke, por exemplo, ao seu modo, já trabalhava com a ideia de Poder Executivo, Legislativo e Federativo, sendo este último que tem a legitimidade de declarar guerra e paz e fazer alianças com entidades políticas externas. Cf. LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 516, *passim*.

que servirá de base aos modernos Estados liberais modernos e democracias constitucionais atuais.

O passo seguinte para a emergência das Constituições e do constitucionalismo foi a crise funcional desse modelo clássico. Isso se deu, *grosso modo*, à luz do descompasso revelado pela equação instável entre demandas sociais crescentes por afirmação e gozo de direitos e a ineficácia da regulação jurídica ordinária, o que se agudizou nos países europeus com o advento da revolução industrial. Há, tendo por pano e fundo o que significou socialmente a hegemonia do modo de produção capitalista, desdobramentos específicos, ou constitucionalismos localizados, vinculados às realidades e tradições de países com grau de desenvolvimento econômico nem sempre similar. Dessa forma, por exemplo, na leitura crítica de Wolkmer, houve um constitucionalismo espontâneo na Inglaterra em razão do quadro institucional em que o desenvolvimento econômico adequou-se ao capitalismo industrial, cenário em que a burguesia já se encontrava numa fase “distributivista”. Por isso, é preciso ter em conta como tais demandas geraram diferentes processos de constitucionalismo. De forma geral, Wolkmer também percebe o processo histórico do constitucionalismo ocidental em etapas estratégicas, nas quais foram evidentes, em cada contexto, o grau de consensualidade havido em entre o binômio estruturas autônomas do Estado *versus* estruturas subordinadas da sociedade civil. O constitucionalismo, assim, não é apenas um campo teórico monolítico, na medida em que abriga forças em que se expressariam as tensões, os “rearranjos” e os “compromissos” que emergem do conflito entre os dois elementos citados⁶⁸⁸. Assim, a Constituição poderia ser vista, como na visão de Lassale, como os fatores reais de poder que regulam uma nação, incorporados pela escrita e positivados em instituições jurídicas⁶⁸⁹.

Depois da revolução industrial, o modelo liberal-legal entra em crise. Essa crise passou pelas dificuldades enfrentadas pelo modelo capitalista em 1929, também por conta das demandas por reconstrução social e política verificadas após as duas grandes guerras, a afirmação de novos grupos sociais demandantes de bens e serviços do Estado, demandas estas cuja regulamentação por vezes seguia ainda amparada pela lógica totalitária e individualista dos grandes códigos novecentistas. A realidade social nesse contexto, pluralista e complexa, articulada numa lógica de economia de mercado passava a impor uma nova regulamentação jurídica prestacional do Estado, pois não se amoldava à lógica da cultura jurídica monológica, autorregulativa, baseada na autonomia da vontade que informava a estrutura dos grandes

⁶⁸⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil**. São Paulo: Acadêmica, 1989. p. 21-22.

⁶⁸⁹ LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 32.

códigos de direito privado e servia de base para cultura jurídica que lhe dava sustentação. O modelo de Estado liberal com primazia no legislativo passa a não ser capaz de regular essas demandas da vida social, ou, em termos luhmannianos, estabilizar congruentemente as expectativas normativas desse novo contexto pós-revolução industrial. Cadermatori anota as origens da crise deste modelo de Estado liberal clássico já nas primeiras décadas do século XX, quando se observou os riscos práticos do absolutismo legislativo à luz das crises entre o modelo liberal e sua *práxis* socioeconômica, o que resultou, no extremo, em Estados totalitários. Do ponto de vista formal, os Estados nazi-fascistas poderiam ser vistos como Estados *sub e per leges*. Todo esse processo gerou, inclusive no pós-guerra, o refluxo do pensamento jusnaturalista na sua saga de eterno retorno⁶⁹⁰. Em suma: a regra abstrata e tida como impessoal poderia, em face de um legalismo esvaziado da filosofia prática, dar suporte e legitimar a barbárie. Estaria em xeque, pois, as promessas emancipatórias da modernidade, pois o direito seria instrumento não apenas incapaz de promovê-las, mas, também, de destruí-las.

No vocabulário que se constituiu no processo mencionado, a ideia de um Estado democrático ou constitucional de direito representa um marco significativo que demandará modificações efetivas na esfera da cultura jurídica ordinária, na mentalidade dos juristas práticos e sua tradição interpretativa herdada de outros contextos, ou, seus pré-juízos inautênticos porque não mais operativos e aptos a concretizar as novas demandas éticas e funcionais para as quais o direito deveria subsidiar. Viu-se, como é cediço, que as concepções de governo *per leges e sub lege* estavam presentes no processo de transição do modelo liberal clássico de direito ao modelo do *Welfare State*. O chamado Estado de bem-estar social, assim, deveria se constituir por leis e a elas se subordinar, mas, também, do ponto de vista funcional, sua legitimidade orientava-se pelo parâmetro ético da solidariedade, cujos primeiros exemplos ainda não uniformes já se apresentavam nas Constituições Mexicana (1917) e de Weimar (1919)⁶⁹¹. Há, nesse processo, o poder jurídico-político do Estado posto para intervir nos campos da educação, habitação e políticas públicas, de forma a garantir direitos subjetivos de todos os cidadãos, de cujo cumprimento colocava em dúvida sua legitimidade, porquanto cumprir tais direitos não mais corresponderia à mera faculdade estatal⁶⁹².

⁶⁹⁰ É caso específico de Gustav Radbruch. Sobre a denominada “inversão” presente no pensamento de Radbruch, verificar: KAUFMANN, Arthur. Discurso histórico. *In*: _____; HASSEMER, Winfred (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. *Op. cit.*, p. 136. Sobre o “eterno retorno” da doutrina do direito natural, ver: MACHADO NETO, Antonio Luis. **Para uma sociologia do direito natural**. Salvador: Livraria Progresso, 1957.

⁶⁹¹ MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado. *In*: _____ (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 18.

⁶⁹² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. *Op. cit.*, p. 64.

O Estado Democrático de Direito, nessa perspectiva, como assinala Streck, é um *plus*, uma síntese histórica que passa a aprofundar tanto os escopos do Estado de Direito, *per leges* e *sub lege*, quantos aqueles típicos do *Welfare State* prestacional e interveniente, trazendo à baila a constante questão social de inclusão qualitativa dos cidadãos⁶⁹³. Esse processo histórico não ficou imune a crises e contestações. A teoria política registra o cenário em que essas tensões passaram por várias perspectivas, desde a questão de fundo, da concepção liberal de indivíduo que estava em jogo em tais modelos, sendo que o primeiro caso, *v.g.*, partia da premissa individualista da igualdade formal em face de sociedades pluralistas, marcadas por desigualdades sociais efetivas, e, de outro lado, no modelo social, especificamente os problemas de gestão e de pactuação política decorrentes da necessidade de se promover ações custosas aos caixas públicos e que, do ponto de vista jurídico, impunha uma engenharia administrativa complexa. Em razão de todas essas variáveis, o constitucionalismo passou a se referir diretamente às utopias e às promessas não cumpridas ou inacabadas da modernidade. Tal caminho não foi linear. O Estado liberal clássico sempre fora tensionado pelas questões conceituais e práticas decorrentes do problema da legitimidade por decorrência dos problemas revelados pelo sistema representativo. A questão da representação não é nova. Baseada na figura jurídica do mandato, uma “ficção” já debatida em Rousseau⁶⁹⁴, o sistema representativo evidenciava a quase impossível identidade entre vontade do mandante e vontade do mandado⁶⁹⁵. Para a afirmação da democracia moderna e contemporânea, esse fator foi decisivo para o desenvolvimento desse modelo de Estado e, também, do constitucionalismo democrático dele decorrente⁶⁹⁶. Não se pode, aqui, abordar todas as linhas principais em que o problema da democracia emerge nesse processo, mas, como já visto, esta questão guarda similitude histórica com a famosa querela entre antigos e modernos (cap. 3). Participação e liberdade estão no cerne do debate democrático promovido

⁶⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. *Op. cit.*, p. 64.

⁶⁹⁴ “A soberania não pode ser representada pela mesma razão que não pode ser alienada; consiste essencialmente na vontade geral, e a vontade geral não se representa: ou é a mesma, ou é a outra – não existe meio termo. Os deputados do povo não são, pois, nem podem ser os seus representantes; são simples comissários, e nada podem concluir definitivamente. Toda a lei que o povo não tenha ratificado diretamente é nula, não é uma lei. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 114.

⁶⁹⁵ A questão da unidade da soberania e da representação, por ocasião dos debates para a formulação da Declaração francesa de 1789, foi de suma importância, pois representava o fim do poder distribuído em ordens ou estamentos, o que se tornou princípio fundador, segundo Bobbio, de todo governo democrático futuro. Cf. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. *Op. cit.*, p. 97.

⁶⁹⁶ Não só a representação está na base de construção do conceito de um Estado Democrático de Direito, como também um dos pontos mais visíveis das inúmeras crises do Estado contemporâneo. Assim, a questão da representação política vai expressar todo o debate contemporâneo sobre a democracia como instrumento capaz de atender às demandas complexas da sociedade e não ser mero elemento formal. MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado**. *Op. cit.*, p. 25.

pelo Ocidente e, como tal, são questões que também estiveram presentes quando o modelo de juridicidade estatal mudou para as balizas de um modelo constitucional. Antes de fechar o quadro de abordagem do Estado Democrático de Direito, que é justamente o espectro que interessa ao novo constitucionalismo e que arranca os problemas postos para uma hermenêutica crítica, algumas notas, resgatando reflexões feitas alhures⁶⁹⁷, podem iluminar mais ainda o presente tópico. Se, no capítulo 3, foi fundamental a análise da querela entre antigos e os modernos no campo da ciência e do direito, essa tensão também se fez presente na história do pensamento político com o debate entre a liberdade dos antigos e a dos modernos para a justificação de um modelo de democracia representativa.

Se na democracia antiga (modelo grego clássico), alicerçada na liberdade como virtude cívica, qualquer cidadão livre poderia e seria “naturalmente” instado ao exercício do poder político, atendendo ao ideal de cidadania vigente à época, na democracia dos modernos a ideia de participação política vai estar vinculada a duas noções bem diferentes: i) a participação política passará a ser o próprio sacrifício da vida privada, algo externo, portanto, à sua condição de cidadão; e ii) o exercício do poder passaria a ser visto como consequência dessa manifestação de prerrogativas privadas, possível, dessa forma, de ser “algo” delegável.

Desse modo,

[...] o individualismo moderno pode ser concebido como a admissão, no nível ético-político, do eclipse, ou colapso, daquele *summum bonum* em que a moral clássica (e clássico-cristã) via o objeto e a meta do bem viver. Pois o substrato ético da ordem liberal moderna seria a dispersão do bem comum – a tendência ao empirismo em moral, cuja encarnação mais característica viria a ser o utilitarismo⁶⁹⁸.

Os contrastes, e mesmo as incompatibilidades, entre os antigos e os modernos são cabalmente expressos por Constant:

[...] De lo que acabo de decir resulta que nosotros no podemos gozar de la libertad de los antiguos, la cual se componía de la participación activa y constante del poder colectivo. Nuestra libertad debe componerse del goce pacífico y de la independencia privada. La parte que en la antigüedad tomaba cada uno en la soberanía nacional no era, como entre nosotros, una suposición abstracta: la voluntad de cada uno tenía una influencia real; y el

⁶⁹⁷ LUZ, Vladimir de Carvalho. Democracia dos pós-modernos? Notas sobre a democracia representativa e a liberdade no mundo contemporâneo. *Amicus Curiae – Revista do Curso de Direito da Unesc*, Criciúma, ano 3, n. 3, p. 11-33, 2006.

⁶⁹⁸ MERQUIOR, José Guilherme. *Da democracia entre os antigos e os modernos*. Disponível em: <<http://jgmerquior.motime.com/post/452473>>. Acesso em: 10 maio 2006.

ejercicio de esta misma voluntad era un placer vivo y repetido: por consecuencia, los antiguos estaban dispuestos a hacer muchos sacrificios por la conservación de sus derechos políticos, y de la parte que tenían en la administración del Estado; pues, conociendo cada uno con orgullo cuánto valía su sufragio, encontraba en este mismo conocimiento de su importancia personal un amplísimo resarcimiento⁶⁹⁹.

O deslocamento da política, percebida como manifestação da uma vida soberanamente privada, parece ser o fosso que separa os ideais políticos antigos dos modernos. A delegação da ação política na democracia moderna via representação, em certa medida, “desresponsabilizou” o homem pelos destinos da cidade (vida pública), o que era impensável para os antigos. Não é por acaso, dentre vários motivos, ser a própria ideia de Estado soberano, concebido como uma esfera de poder oposta e distinta da sociedade civil – na imagem de um homem artificial como asseverou Hobbes – uma típica criação moderna, o que para os antigos soaria como algo sem sentido, na medida em que o cidadão livre era, *ab ovo*, a manifestação própria e orgânica do poder da *pólis*. A democracia dos modernos, então, tentará conciliar os desafios de um novo modo de produção da vida social e econômica muito mais complexo internamente, a partir de uma concepção de vida calcada no individualismo, bem como na hegemonia gradativa do paradigma de ciência como espaço de produção da verdade. A construção desses cânones políticos pode revelar, *mutatis mutandis*, como se deu a afirmação, agora na seara política, das matrizes básicas da moderna filosofia da consciência mediante a formação de instituições e teorias políticas.

Mais que um arranjo para operacionalizar a síntese de vontades individuais em sociedades de grande contingente populacional, a democracia representativa dos modernos teve como condição de possibilidade aquela ideia de liberdade decorrente de um indivíduo tipicamente burguês, trabalhada no bojo das doutrinas liberais; a mesma liberdade capaz de forjar um indivíduo autônomo, na esfera moral, e, na esfera produtiva, dotado de livre-iniciativa e de capacidade jurídica para contratar. Com efeito, a ideia antiga de democracia, nascida sob o signo do “autogoverno”, cede, na modernidade, para a ideia de democracia

⁶⁹⁹ “Do que eu acabo de dizer resulta que nós não podemos desfrutar da liberdade dos antigos, a qual era composta da participação ativa e constante do poder coletivo. Nossa liberdade deve ser composta do prazer pacífico e da independência privada. A parte que na antiguidade tomava cada um na soberania nacional não era, como entre nós, uma suposição abstrata: a vontade de cada um tinha uma real influência; e o exercício desta mesma vontade era um prazer vivo e repetido: por consequência, os antigos estavam dispostos a fazer muitos sacrificios para a conservação de seus direitos políticos, e da parte que eles teriam na administração do Estado; bem, sabendo cada um com orgulho o quanto valia seu voto, encontrava-se nesse mesmo conhecimento de sua importância pessoal uma amplíssima indenização.” (Tradução livre.). CONSTANT, Benjamin. Da libertad de los antiguos comparada con la de los modernos. *In*: DEL ÁGUILA, Rafael (Org.). **La democracia en sus textos**. Madrid: Alianza Editorial, 1998. p. 139.

como síntese indireta e delegada de uma vontade geral dos indivíduos que agem por representantes. Para Bobbio,

[...] as democracias representativas que conhecemos são democracias nas quais por representante entende-se: a) na medida em que goza da confiança do corpo eleitoral, uma vez eleito não é mais responsável perante os próprios eleitores e seu mandato, portanto, não é revogável; b) não é responsável diretamente perante os seus eleitores exatamente porque convocado a tutelar os interesses gerais da sociedade civil e não os interesses particulares desta ou daquela categoria⁷⁰⁰.

A democracia moderna nasce, portanto, com esse ideal individualista-burguês, formado no interior de uma sociedade civil que, aos poucos, torna-se complexa e pluralista, distanciando-se do ideal orgânico do mundo antigo, na qual passou a vigor o ideal secular: cada cabeça um voto⁷⁰¹. Esse modelo passa a gerar impasses e crises quando se afirmam as linhas mestras de um Estado Democrático de Direito, baseado numa sociedade de massas, de grupos organizados e setores de diversas orientações ideológicas, a partir do qual a democracia também deverá ser o sistema capaz de, à luz do princípio da tolerância, preservar os direitos das minorias mesmo em um sistema representativo.

Afinal, qual democracia estará apta a qualificar um Estado como Estado Democrático de Direito? O debate sobre esse modelo de Estado, para além do paradigma liberal, portanto, está no centro daquilo que se denominou “paradoxo da democracia constitucional” e que pode ser interpretado duplamente. Num primeiro sentido, como o conflito entre um Estado *sub lege*, limitado normativamente por uma Constituição, em face do ideal de governo democrático orientado pela vontade do cidadão e suas prerrogativas de autocondução; em segundo lugar, esse paradoxo pode ser lido como a convivência tensa entre instituições que são alheias à política ordinária, tais como aquelas em que se manifestam a liberdade de imprensa, igualdade socioeconômica, colocadas, assim, como vitais aos princípios que são pré-requisitos para a própria democracia. A eventual correção de rumos dessas instituições alheias à política ordinária, na hipótese de elas conjurarem, v.g., o fim do próprio Estado de Direito, só pode se dar pelas próprias regras da democracia⁷⁰². Assim, cresce em importância

⁷⁰⁰ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 34-35.

⁷⁰¹ *Idem*.

⁷⁰² Essas duas visões sobre o paradoxo do constitucionalismo fazem parte das reflexões de Frank Michelman e de Larry Kramer abordadas em pesquisa realizada por Guilherme Soares. Cf. SOARES, Guilherme. **Os direitos, os juízes, o povo: a cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais e o controle judicial de constitucionalidade das emendas à Constituição de 1988**. 2006. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006. p. 256.

nos paradoxos típicos do constitucionalismo a necessidade de fixação de critérios que não levem à ditadura do princípio majoritário, visando perverter as conquistas e a possibilidade própria de sobrevivência do modelo de Estado. Como lei fundadora dos pactos políticos essenciais de uma sociedade, esses paradoxos levam à construção de limites à contingência política majoritária, na medida em que estes se impõem à vontade das maiorias deliberativas mediante um catálogo de direitos intangíveis, também indisponíveis formal e materialmente às instâncias legislativas ordinárias, remanescendo, em Constituições rígidas, um raio de poder constituinte derivado capaz de realizar alguns reajustes de rumos. O qualificativo “democrático”, com efeito, não significa apenas um Estado que garante, via procedimentos como o sufrágio, a viabilização do princípio majoritário, mas que, antes de tudo, positiva, por uma lei fundamental, regras jurídicas estruturantes dos valores ético-políticos fundamentais de um povo. A fixação deste catálogo de direitos intangíveis presentes nas Cartas políticas contemporâneas passou a impor, assim, o horizonte do constitucionalismo, que teve de construir um arcabouço teórico-prático compatível com essas novas expectativas normativas. Isso implicou não apenas a construção adequada de uma teoria dos direitos fundamentais apta a influenciar duplamente a dogmática e a teoria do direito, como também forjou elementos de uma jurisdição constitucional, na qual os problemas dos meios de controle e a concretização destes direitos ocupam lugar central.

4.1.2 Horizonte prático-teórico do neoconstitucionalismo: direitos fundamentais e jurisdição constitucional

Três primados articulados entre si estão na base do novo constitucionalismo ocidental. Primeiro, a noção contemporânea de direitos fundamentais, o que levou a se pensar toda a teoria das cláusulas pétreas; em segundo lugar, a rigidez constitucional que se verifica com o princípio da supremacia da Constituição em um dado ordenamento jurídico; e, em terceiro, a noção de jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade, das quais todos os esforços da teoria constitucional contemporânea trataram de explicitar suas exigências e particularidades em face de princípios democráticos e republicanos. Tais primados não são isoláveis, pois estão, em verdade, imbricados numa mesma estrutura lógico-jurídica; apesar de ser difícil isolar cada aspecto, um novo constitucionalismo teve que enfrentar esses primados e dar respostas compatíveis para os conflitos alçados ao campo da discussão destes direitos.

Assim, tanto o campo de racionalidade do SCTJ como as diretrizes de uma teoria da interpretação constitucional, por suposto, foram afetados por essas novas demandas prático-teóricas. É nessa tessitura política e social, neste mundo vivido, que a hermenêutica pode vindicar o posto crítico de ser uma língua comum aos juristas que, passados séculos, não pode abdicar do mandato que lhes constituiu como juristas, ou seja, obter as respostas para a casuística. Essa língua comum, consciente do âmbito prévio em que se estabelecem todos os elementos do SCTJ, passa a ser o *topos* de uma crítica hermenêutica do e no direito à luz do seu modo de ser contemporâneo criado pela tradição, ou seja, com e a partir da Constituição jurídica de um país.

Um olhar mais percuciente desse processo deve trazer à tona a noção de Direitos Fundamentais. A trajetória de ampliação da concepção histórica de direitos do homem e do cidadão⁷⁰³, que no imediato pós-guerra pugnou pela revisão dos resultados do modelo liberal clássico, transcendeu o sentido de Direitos Fundamentais circunscritos ao âmbito de liberdades públicas, os quais impunham ao Estado apenas obrigações negativas. Essa mutação do vocábulo “Direitos do Homem” para “Direitos Humanos” e “Direitos Fundamentais” reflete esse processo de uma nova configuração do Estado de direito para o campo de proteção de direitos que não mais se radicam na esfera individual. É esse processo, denominado, própria ou imprópria, de “Gerações de direitos”⁷⁰⁴, que remonta à clássica análise de Marshall sobre a mutação histórica do conceito de classe e de cidadania. É possível, assim, observar, com todas as limitações e propriedades, o avanço e a consolidação do Estado Constitucional, à luz do que Marshall pondera acerca dos elementos de liberdade postos na Inglaterra de sua época.

A ideia de exercício da liberdade tem relação direta, para Marshall, com a questão da cidadania e do *status* social em sua obra “Cidadania, classe social e *status*”. Para esse autor, a concepção de liberdade está imbricada com o desenvolvimento histórico de direitos, a partir de sua observação da realidade europeia. A relação entre liberdade e cidadania, que eram elementos antes vinculados organicamente no medievo, no século XVIII passam a se manifestar isoladamente em três elementos: o civil, o político e o social. O elemento civil, no século XIX, à luz de sua formação histórica específica, legou, no seu início, a sinonímia entre os termos “cidadania” e “liberdade”. Da mesma forma, a “liberdade” deixaria de ser um *status*

⁷⁰³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. *Op. cit.*

⁷⁰⁴ Mesmo considerando que essa classificação de “gerações de direitos” tenha sido divulgada por Norberto Bobbio, sabe-se que foi Karel Vasak quem utilizou essa denominação pela primeira vez em 1979, numa aula inaugural. Consultar: BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

local para ser elemento de cunho nacional. Nessa percepção, o segundo elemento, o político, teria um vínculo de derivação com os direitos individuais, pois era “próprio da sociedade capitalista do século XIX tratar os direitos políticos como um produto secundário dos direitos civis”⁷⁰⁵. O terceiro elemento, o social, cresce com a industrialização, com os novos padrões de contratação que, em grande medida, contrastavam com a forma e os princípios de contratação do elemento individual civilista. Marshall, ao destacar o elemento social da cidadania, insere no rol dos direitos sociais – além da assistência aos pobres da *Poor Law* e das regulamentações do trabalho fabril e dos salários – a educação. A educação é vista antes como um pressuposto para o gozo das liberdades individuais, do que como um direito propriamente dito. É nesse sentido que assevera Marshall: “A educação é um pré-requisito necessário da liberdade civil”⁷⁰⁶.

O esquema analítico de Marshall, trazido à guisa de enriquecer o debate proposto, tornou-se um esquema clássico para se visualizar a distinção dos direitos de liberdade em direitos sociais a partir do cenário inglês da época. É importante, ademais, ter-se uma análise crítica desta tipologia no que se refere à compreensão da relação entre direitos fundamentais e cidadania. Como se pensar a assimilação desta tipologia de Marshall em relação à tendência de identificação dos direitos fundamentais apenas na dimensão do seu elemento civil, por um lado, e político, no sentido de cidadania passiva, unicamente sedimentada no sufrágio universal, por outro? Esse processo de “universalização” da concepção de cidadania, aparentemente abrangendo os três elementos citados, fez parte de um discurso jurista que conviveu paradoxalmente num contexto de intensa estratificação típica do regime capitalista. A aparente ampliação da cidadania no campo jurídico, para além dos rígidos critérios do *status* dos regimes pré-modernos, conviveu com profundo acirramento de desigualdades materiais havidas entre as classes. Assim, deve-se alertar que o processo de consolidação do que hoje se denomina direitos fundamentais, ligados historicamente aos aspectos civis, políticos e sociais, sempre conviveu com o paradoxo de sua pretensa universalização indistinta em face de uma crescente estratificação social. Esteve em jogo, nesse processo de ampliação da liberdade formal, a tensão com as desigualdades materiais e o risco de o direito paulatinamente constitucionalizado assumir apenas um papel simbólico-declarativo. Daí ser possível o risco de se implementar um processo de constitucionalização simbólica, no qual o sentido formal e declarativo das Constituições passa a ter mais importância que a sua

⁷⁰⁵ MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 70.

⁷⁰⁶ *Idem*, p. 73.

efetivação material⁷⁰⁷. Além do mais, essa tendência de se imputar aos direitos fundamentais um caráter apenas simbólico, de generalidade abstrata e programática, aumenta o risco de enfraquecimento da democracia, na medida que sociedades plurais passam a demandar, legitimamente, que o próprio direito constitucional ofereça os instrumentos para a sua efetivação. O direito constitucional, não conseguindo superar estas questões, arrisca-se em ser veículo de um programa meramente declarativo de direitos. Essa tendência que ronda os misteres do direito constitucional não só enfraquece o sentido prático dessas conquistas, como também pode evidenciar o sentido negativo que a tradição marxista se referia, qual seja: ser um instrumento ideológico de ocultação das desigualdades reais que estão na base de qualquer conceito de cidadania e igualdade formais. Nas palavras de Andrade: “[...] a cidadania interposta discursivamente, como mediação entre o Estado e a sociedade, aparece como instância generalizadora que oculta a fragmentação da sociedade e as clivagens de classe, ignorando seus conflitos, divisões e ambigüidade”⁷⁰⁸. Essas breves observações servem para ressaltar o risco de esquecer que a histórica afirmação dos direitos fundamentais e do constitucionalismo não pode ser vista como um processo ideal, fora dessas contingências e tensões que desafiam a teoria e a prática do direito. É isso que alerta Andrade, na medida em que se criou, ao menos no Brasil, uma fala jurídicista na qual a cidadania, antes fundadora e cerne do constitucionalismo democrático, passou ser um epifenômeno derivado, elemento externo às lutas sociais, caracterizado por meros elementos formais, esvaziados de historicidade, presentes nos manuais como as categorias de povo, território e soberania⁷⁰⁹. É nesse contexto de necessidade de afirmação prática dos direitos fundamentais que Canotilho, à luz do que significou em termos de avanço à Constituição portuguesa de 1976, cria a noção de “Constituição dirigente”. Tal conceito aponta para o fato de que as Constituições não só estabelecem programas que limitam o poder, mas também orientam e dirigem os rumos com que os sucessivos governos devem estar vinculados e, portanto, tais comandos não são destituídos de cogência normativa⁷¹⁰. A Constituição não só constitui uma ordem ético-

⁷⁰⁷ Este autor confere à constitucionalização simbólica dois sentidos, um negativo, relativo ao problema de eficácia ou concretização, e outro, positivo, nos seguintes termos: “... cabe advertir que não se confunde o simbólico com o ‘ideológico’. Inegavelmente, o simbólico da legislação pode ter um papel relevante na tomada de consciência e, portanto, efeitos ‘emancipatórios’. Lefort aponta para a relevância das declarações ‘legais’ dos ‘direitos do homem’ no Estado democrático de direito, cuja função simbólica teria contribuído para a conquista e ampliação desses direitos.” NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 101.

⁷⁰⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Cidadania: do Direito aos Direitos Humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 72.

⁷⁰⁹ *Idem*, p. 28-29.

⁷¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

política, ela serve de bússola que orienta os rumos do Estado; dessa forma, seus princípios e programas não podem estar destituídos de força normativa sob pena de esvaziar esse núcleo dirigente que legitima o Estado Democrático de Direito. Apesar da própria revisão operada por Canotilho acerca desta ideia-chave, Streck pontua que é necessário precisar o sentido, o alcance e o contexto no qual a viragem do pensamento de Canotilho ocorre. Nesse sentido, a nova compreensão de Canotilho volta-se especificamente contra a concepção de um dirigismo normativista, bem como não se pode perder de vista o processo de sucessivas emendas sofridas pela Constituição portuguesa, matriz de onde partiu sua tese, o que restou por enfraquecer o seu caráter “revolucionário” originário. Assim, a noção em debate pode, ainda, referir-se a contextos constitucionais diversos, remanescendo seu vigor heurístico e urgência de afirmação prática. Dessa forma, as premissas de um constitucionalismo dirigente e compromissário são parte do acervo do pensamento constitucional contemporâneo, mormente quando se trata, v.g., de contextos como o brasileiro e sua respectiva ordem constitucional de 1988, carente, passados mais de vinte anos, de implementação em vários aspectos⁷¹¹.

Outrossim, para Canotilho, o constitucionalismo clássico baseou-se na ideia “criacionista” de um poder constituinte originário e que o texto constitucional fundava juridicamente o estatuto político de uma nação. Esse processo de eticização do direito constitucional, que caminhou ao lado da ampliação de eticização do direito internacional, buscava recuperar, via o estabelecimento jurídico de um catálogo de direitos, a então perdida indiferenciação ou distanciamento entre o direito e a política⁷¹². Com toda essa carga axiológica e tensões, os direitos fundamentais podem ser vistos como essa construção histórica que acompanha a trajetória do constitucionalismo, como valores ético-políticos positivados em catálogos de direitos e que tratam das estruturas mínimas da convivência societal, das liberdades públicas, direitos políticos e sociais, estabelecendo parâmetros para a forma democrática e pluralista de convivência, estrutura e limites do Estado, e que gozam de proteção em face das maiorias legislativas infraconstitucionais. Tendo em foco a Constituição brasileira, Sarlet entende tais direitos a partir da sua fundamentalidade material e formal. Nessa concepção marcada por duas dimensões, os direitos fundamentais mostram-se

⁷¹¹ Para ver o conjunto global desta avaliação do sentido da viragem do pensamento de Canotilho, ver: STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. *Op. cit.*, p. 106-126.

⁷¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 190.

como aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentabilidade formal), bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam-lhes ser equiparados, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui consideramos a abertura material consagrada no art. 5, 2 CF, a qual prevê o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, bem como direitos expressamente positivados em tratados internacionais)⁷¹³.

As ideias-chave do constitucionalismo contemporâneo, como já referidas, caminham imbricadamente. Uma noção, por suposto, só tem sentido a partir de outra. Ou seja, são inseparáveis da noção de direitos fundamentais conquistados pelo constitucionalismo as noções de supremacia da Constituição e sua força normativa. Emerge, pois, com vital relevância na história recente do constitucionalismo as ideias de supremacia da Constituição e de força normativa. Como visto, ainda para apresentar os elementos históricos dessas noções, o germe de todo esse processo já se insinuava no ambiente anglo-americano. Data de 1803, antes mesmo da promulgação do *Code Civil*, a decisão do juiz John Marshall que se constituiu como a pedra-de-toque do sistema *Judicial Review of Law*. No famoso caso *Marbury v. Madison*, o princípio basilar da supremacia da Constituição pode ser resumido da seguinte forma: “um ato legislativo contrário à Constituição não é Direito”⁷¹⁴. Nascido a partir da construção jurisprudencial oriunda da tradição do direito norte-americano, o princípio estruturante da supremacia da Constituição implicou se juridicizar a esfera da proteção da Constituição. Esse debate, colocado nas balizas do direito europeu continental, implicou um debate profícuo acerca de como se estabelecer os mecanismos formais de uma jurisdição constitucional apta ao controle abstrato da constitucionalidade dos atos e das leis infraconstitucionais. Ficou marcado como momento importante deste processo o célebre debate *Kelsen v. Schmitt* sobre quem deveria ser o “guardião” da Constituição.

Assim foi que, em 1918, Karl Renner, então Chanceler do governo provisório austro-alemão, conferiu a Kelsen a incumbência de ajudar na elaboração da Carta Política daquele país. Assim, apesar de a parte elaborada por Kelsen, que tratava dos direitos fundamentais e de liberdade, não ter sido considerada, uma comissão de especialistas acatou, em 1920, na

⁷¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1998. In: _____. **O direito público em tempo de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 140.

⁷¹⁴ Soares pondera que, apesar de o caso *Marbury v. Madison* ser paradigmático, o uso do termo “*judicial review*” é bem posterior, sendo uma criação dos doutrinadores norte-americanos do século XX. Cf. SOARES, Guilherme. **Os direitos, os juízes, o povo**. *Op. cit.*, p. 35, nota n. 6.

íntegra, a proposta que tratava do controle da constitucionalidade, capítulo este que mais interessava ao jurista de Viena⁷¹⁵. Como marco deste constitucionalismo, é importante registrar que Kelsen tinha em mente que uma Constituição, por ser basicamente um documento jurídico limitador do poder, deveria igualmente ser dotada de mecanismos técnicos para afirmar a sua juridicidade. Isso implicava, pois, ter-se um campo específico no qual a jurisdição se voltasse especialmente para a realização jurídica da Constituição no controle dos atos a ela contrários. Tal concepção levou ao inevitável debate do constitucionalismo contemporâneo: afinal, quem deveria estar incumbido de tão alto *mister*, tendo em vista o tênue liame político que o debate constitucional suscita?

Dessa indagação resulta um dos debates clássicos do constitucionalismo. É importante notar que, nas palavras de Sérvulo da Cunha, enquanto o *judicial review* norte-americano nasce e se desenvolve num ambiente libertário e democrático, a ideia de supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade havidos no ambiente em que se situavam Kelsen e Schmitt emergem num contexto constitucional de cariz autoritário⁷¹⁶. Kelsen parte da premissa de que não é o legislativo quem deve tutelar a Constituição, apesar de este Poder se considerar livre para criar o direito e não ser um simples ente aplicador do direito vinculado aos limites do texto constitucional. Essa tarefa, a de anulação de atos inconstitucionais capazes de afirmar os limites impostos pela própria Constituição, deveria ser exercida por um órgão judicial, um tribunal constitucional⁷¹⁷. Em contraposição a esta visão, em 1929, Schmitt lança seu libelo, “O guardião da Constituição”, apresentando posição que refutava o controle da Carta Política via judiciário, mediante uma jurisdição especial. Contando com os pontos de partida de sua posição antiliberal, e tendo em vista que o artigo 42 da Constituição de Weimar determinava, por juramento, que o Presidente do Reich “defenderá a Constituição”, Schmitt lança o argumento de que o presidente é eleito pela totalidade do povo, e a legitimidade de impor seu poder político em face dos órgãos legislativos encontra respaldo na possibilidade de dissolução do parlamento e convocação de plebiscito. Tudo isso conferiria ao presidente a legitimidade de se colocar como um “contrapeso” capaz de equilibrar as tensões decorrentes do pluralismo de setores econômicos e sociais para, assim, “defender a unidade do povo como uma totalidade política”⁷¹⁸. Em resposta, em 1931, Kelsen oferece sua réplica, num opúsculo

⁷¹⁵ BASTOS, Aurélio Wander. **Hans Kelsen**. *Op. cit.*, p. 35 e 37.

⁷¹⁶ CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Introdução. In: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. xiv.

⁷¹⁷ KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 150.

⁷¹⁸ SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 233-234.

intitulado “Quem deve ser o guardião da Constituição?”. Kelsen assevera que Schmitt retirou anacronicamente os fundamentos da tese do Chefe de Estado como guardião da Constituição baseando-se em Benjamin Constant, defensor da monarquia constitucional, o que seria incompatível em um cenário de constitucionalismo republicano⁷¹⁹. Para Kelsen, além de todas as impropriedades e objetivos não científicos ocultos em seu libelo, Schmitt desconsiderava uma análise da experiência concreta da jurisdição constitucional austríaca que, àquela altura, já contava com mais de um decênio de funcionamento organizado⁷²⁰.

Desses inúmeros conflitos e debates acerca da natureza do órgão que determinaria a invalidade de atos infraconstitucionais, com os quais o debate Kelsen *v.* Schmitt é um exemplo clássico, sobrelevaram-se inúmeros outros problemas relativos ao debate político democrático que determinadas decisões constitucionais não poderiam se desviar, o que, atualmente se encontra pautado pelo debate acirrado do “ativismo judicial” ou “judicialização da política”. O processo de afirmação da juridicidade constitucional, engendrou, necessariamente, passo a passo, os cânones de uma nova teoria da Constituição, ou, no sentido hermenêutico, um conjunto legítimo de valores, regras e saberes que afirmaram uma nova tradição jurídico-constitucional.

Em seguimento, não bastaria, para concretizar a supremacia da Constituição em face de atos de governo ou do legislativo, sua mera enunciação; para sua efetivação, pelo menos em um sistema democrático de garantias, era necessária uma engenharia jurídico-processual inserta numa esfera jurisdicional extraordinária, na qual haveria o pronunciamento juridicamente legítimo para invalidar atos inconstitucionais. Em uma palavra: meios difusos e concentrados de controle de constitucionalidade. Esse debate foi e é crucial ao pensamento jurídico ocidental, na medida em que, no extremo, estar-se-ia trocando a ditadura liberal-clássica do legislativo, ao menos, em tese, fundada na vontade popular expressa pelo princípio majoritário, pela ditadura dos juízes, agentes não eleitos do Estado. O primado da soberania da Constituição e seu respectivo controle judicial fez com que, marcadamente desde o século XX, a importância do legislativo tenha sido amenizada em contraposição à imensa relevância com que o judiciário passou a protagonizar em países que adotam um constitucionalismo destes moldes. Se é verdade, assim, que o anterior império dos códigos fazia parte do ideário jurídico-político do Ocidente, hoje, com o primado da Constituição, a juridificação das esferas da vida pública e privada, os juízes passaram a assumir um posto de extrema visibilidade.

⁷¹⁹ SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. *Op. cit.*, p. 243.

⁷²⁰ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? *In*: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 261.

Repita-se que, em arremate, sem olvidar toda a riqueza do pensamento estaduniense em relação à matéria, o debate Kelsen *v.* Schmitt ilustra bem essa fase de afirmação.

Tudo isso não teria sentido se a Constituição na contemporaneidade fosse, utilizando-se a metáfora lassaliana, mera folha de papel⁷²¹. Autores da tradição alemã com certa visibilidade no pensamento jurídico brasileiro, como Konrad Hesse, Peter Häberle e Friedrich Müller, são expoentes dessa nova percepção. Hesse, por exemplo, afirma a necessidade de não se opor a ideia de Constituição real com a de Constituição jurídica, visto que ambas estão em processo mútuo de coordenação⁷²². Assim, a força normativa de uma Constituição depende da simbiose de alguns elementos, mormente a relação dinâmica da Constituição com os fatos e, também, ao mesmo tempo, a capacidade de o comando constitucional apresentar-se como força ativa na consciência geral e especialmente naqueles responsáveis pela ordem constitucional vigente, ou seja, ter-se não só uma “vontade de poder”, mas também uma “vontade de Constituição”. A força normativa, para Hesse, dependerá de alguns pressupostos: a) uma vinculação do seu conteúdo à singularidade do presente, o que lhe assegura sua defesa na consciência geral, à luz de um catálogo sintético de princípios fundamentais não vinculados a interesses momentâneos, suscetíveis a reformas oportunistas, o que enfraquece sua força normativa; b) não é o conteúdo de uma carta política que determina sua força normativa, mas a *práxis* constitucional que a viabilize e seja capaz de mediar sua legitimidade no campo fático. Disso resulta importante conclusão, a de que este novo constitucionalismo deve ser capaz de gerar as condições para afirmar a força normativa da Constituição.

[...] o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento **da dogmática e da interpretação constitucional**. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*), que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa. Essa orientação torna imperiosa a assunção de uma visão crítica pelo Direito Constitucional, pois nada seria mais perigoso do que permitir o surgimento de ilusões sobre questões fundamentais para a vida do Estado. (Destaque ausente no original)⁷²³

O que Hesse afirma, em outras palavras, é que a força normativa da Constituição dependerá igualmente da capacidade de os juristas, via dogmática e interpretação, elevarem a

⁷²¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)**. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 25.

⁷²² *Idem*, p. 15.

⁷²³ *Idem*, p. 27.

eficácia deste novo padrão normativo, concretizando ao máximo as regras constitucionais. Nesse sentido, para Hesse, não só o conteúdo constitucional é determinante para o seu desenvolvimento pleno, mas igualmente as formas de interpretação devem atentar para essa nova realidade normativa. A ideia de eficácia, presente no vocabulário do positivismo, passa a ter, com essa nova gramática constitucional, o sentido de concretização. Daí que, uma dogmática e teoria do direito que se mostrem ainda reféns dos esquemas da metafísica da consciência, revelados pelas orientações metodológicas do positivismo, não serão capazes de desvelar esses novos sentidos ético-políticos normatizados. Portanto, a revolução paradigmática realizada pelo neoconstitucionalismo fornece os pré-juízos legítimos postos pela realidade existencial do direito contemporâneo, todavia, o que algures se chamou de crise é justamente o conjunto de práticas e saberes (*habitus*) que se colocam como obstáculos ao reconhecimento desses pré-juízos vinculados que necessitam de uma nova *praxis* concretizadora. Uma hermenêutica filosófica, então, na quadra de uma hermenêutica normativa da interpretação constitucional, pode ser apresentada como um novo (*habitus*), uma disposição para ação em que a cultura média dos juristas, antes presa ao universo pré-compreensivo do positivismo, possa ser vigilante em relação aos limites dos seus pré-juízos que atuam na tomada de decisão. Assim, antes de interpretar constitucionalmente, o jurista já deve ter compreendido constitucionalmente. Essa mudança, por evidente, opera tanto quanto o tema da pré-compreensão deixe de ocupar, na *práxis* jurídica ordinária ou teórica, um sentido negativo que há muito foi consolidado pela crítica ideológica e que se revelou, paradoxalmente, no mito da neutralidade que tentou dar ar de cientificidade à pura discricionariedade que não mais se coaduna com o Estado Democrático de Direito.

Nesse compasso, a partir de pesquisas no âmbito da jurisprudência constitucional, Müller visa superar as abordagens tradicionais do direito que trabalham de forma equivocada a relação entre “norma” e “fato”, a partir de uma teoria estruturante do direito. Tal teoria, do ponto de vista geral, refuta a tentativa de aproximar a ciência jurídica dos critérios absolutos das ciências naturais, buscando, a partir de suas peculiaridades, indagar sobre como atuam os diversos elementos sociais num processo de concretização da norma jurídica⁷²⁴. A posição de Müller é a mais exponencial tentativa de superar as aporias decorrentes da separação entre “ser” e “dever” na construção de uma teoria jurídica que tenha capacidade reflexiva própria, sem negar os influxos sociais com os quais a norma se concretiza. Dessa forma, os postulados

⁷²⁴ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 18-19.

básicos das teorias positivista são colocados em xeque: a ideia de norma como juízo hipotético de dever-ser, bem como a lógica formal aplicada mecanicamente à casuística, a dedução abstrata do comando linguístico da norma, e também há uma contestação dos métodos gramatical e sistemático entendidos como superados à luz do que acontece na *práxis* constitucional, observando, ainda, que Savigny, pai fundador desses cânones metodológicos tradicionais, não desenvolveu suas concepções no campo de um direito constitucional⁷²⁵. Por conseguinte,

O problema normativo da relação existente entre direito e realidade somente pode ser entendido por uma teoria da prática jurídica (aqui, a constitucional) que investigue as condições essenciais de realização do direito, sem perder-se em uma análise limitada exclusivamente aos pormenores da técnica metodológica⁷²⁶.

A teoria de Müller, portanto, estabelece-se nos quadros de uma teoria da *práxis* constitucional, a partir da análise da atuação da Corte Constitucional alemã, que visa superar a radical separação entre realidade e normatividade, uma vez que essa separação é artificial no que tange ao processo de aplicação próprio do direito, e com especial destaque o direito constitucional, no qual os elementos materiais da realidade só se integram ao âmbito normativo na medida em que concretizam uma norma em um caso. Müller opera, talvez, a mais direta crítica à forma metafísica de separação entre “ser” e “dever-ser”, verdadeiro princípio epocal que orientou o campo de racionalidade positivista e seu apego metodológico. Essa revisão, frise-se, é operada a partir da *práxis* do próprio direito constitucional e não fora dele. Com efeito, a concepção de norma jurídica, a partir da realidade constitucional lida por uma teoria estruturante do direito, passa a ter outros contornos. O primeiro elemento a ser elucidado é a normatividade. Tal conceito, colhido dos exemplos e da *práxis* constitucional, não significa nem uma força normativa *a priori* tampouco força normativa vinda do mundo fático⁷²⁷. Normatividade indica uma característica não estática da norma que compreende dois âmbitos: a normatividade concreta, como a qualidade de impor comandos à realidade a ela subjacente, e a normatividade materialmente determinada, que designa que essa qualidade de ordenar também é condicionada e estruturada pela realidade⁷²⁸. Tem-se, assim, ao lado da ideia de normatividade, a noção de estrutura da norma que justifica a denominação da teoria

⁷²⁵ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**. *Op. cit.*, p. 20.

⁷²⁶ *Idem*, p. 21.

⁷²⁷ *Idem*, p. 41.

⁷²⁸ *Idem*, p. 40.

de Müller. Uma teoria e uma metódica pautadas nos pressupostos anteriormente citados deixam evidente que a estrutura de uma norma será formada por um conjunto de dados da linguagem, como textos de normas, textos de outra espécie e os dados do real, que são os dados referidos normativamente pela linguagem, mas não como realidade abstrata, e sim como realidade ligada aos dados da linguagem normativa. Esses dados, vistos de maneira dinâmica, Müller denomina Estrutura da norma.

Dessa acepção estruturante de norma, decorre uma outra designação de norma jurídica: a norma não está contida abstratamente no texto (dado linguístico da estrutura da norma); ela é o resultado de um processo de concretização. A dicotomia metafísica do positivismo novecentista, marcada pela identidade entre textualidade e normatividade, é atingida em cheio por essa nova abordagem prático-conceitual emanada do constitucionalismo. Como afirma Müller, essa noção composta de norma jurídica, por ele adotada desde a década de 1960, implicou romper com os axiomas que sustentavam o velho paradigma do direito. Assim, a norma jurídica não é texto, ela é criada pelo processo posterior, não preexiste “ontologicamente” (no sentido da metafísica tradicional) imanente aos códigos, os quais devem ser concretizados para revelarem-se como normas⁷²⁹. Cabe, ao final, para compor o quadro reflexivo em análise, esclarecer o que Müller, em face percepção estrutural da norma, denomina de programa da norma e âmbito da norma. Assim, âmbito da norma é um “projeto tipificador dos campos de possibilidades reais [e não abstratos campos de validade] daquilo que aparece regulado realmente como caso particular no âmbito de validade da norma concretizada”⁷³⁰. Aquilo que, na teoria dogmática tradicional, designava-se abstratamente área de incidência ou vigência da norma. O programa da norma, por sua vez, parte do teor literal da norma expressa apenas pelo seu comando, mas não é, em si mesmo, a norma, mas apenas um dos elementos que fará parte do processo de concretização. Os dados textuais do programa da norma, como visto, não correspondem à norma, mas podem e devem ser tomados como ponto inicial do processo de concretização normativa. A par de todos esses elementos, a operação de concretização que desvela a norma jurídica pode ser assim descrito:

Na medida em que os dados reais do âmbito material ou do âmbito do caso (ainda) são relevantes diante do programa da norma e compatíveis com ele, eles constituem o âmbito da norma [*Normbereich*]. O jurista interliga então o programa e o âmbito da norma formulada genericamente (“em um caso como este [...]”) – expressa nas frases que formulam os argumentos

⁷²⁹ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**. *Op. cit.*, p. 276.

⁷³⁰ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 199.

determinantes (*Leitsätze*) nos considerandos da sentença. Essa norma jurídica ele individualiza num último passo na direção da norma decisória (a parte dispositiva da sentença, o teor; por exemplo “A lei é inconstitucional”; “A medida não viola o direito fundamental ‘x’”; “O prazo previsto pela Constituição não foi observado”)⁷³¹.

O processo de concretização de uma norma jurídica dá-se no processo individual de decisão, na sua interpretação-aplicação, momento em que a norma é “trazida para fora” (*hervorgebracht*)⁷³². Diante dessa ruptura paradigmática presente na proposta de Müller, deve-se tocar no ponto em que seu pensamento trata da pré-compreensão. Primeiramente, o trabalho de Müller refere-se especificamente aos elementos já abordados, mormente a proposta hermenêutica de Gadamer e a *tópica*. Todavia, negando ser herdeiro de algum paradigma específico, tendo em vista que sua teoria teve a prática como modelo, Müller rejeita a associação de sua proposta à geração de uma teoria material ou da nova hermenêutica, sendo tal associação fruto da ausência de traduções dos seus textos no Brasil⁷³³. Apesar de seu posicionamento nitidamente próximo à hermenêutica, esse autor parece refutar uma associação direta do seu pensamento com essa abordagem. Como teoria da *práxis* jurídica, Müller crê que as contribuições da hermenêutica, notadamente a pré-compreensão, o caráter modelar da tradição e sua referência à vida prática, perdem sua generalidade presente originalmente na reflexão de Gadamer – que não está preocupado especificamente com o direito, tampouco com o direito constitucional contemporâneo – e passam a ser “deixados para trás”⁷³⁴ pelas descobertas da teoria estruturante. Assim procedendo, Müller enfrenta o problema da generalidade da hermenêutica filosófica e de seu escopo transcendental, em face das exigências de uma teoria jurídico-normativa da interpretação, o que está no centro de sua proposta estruturante. Essa substituição da generalidade da hermenêutica para a especificidade da teoria estruturante do direito se deu nos seguintes termos: i) em substituição da pré-compreensão geral da hermenêutica, compostas por inúmeros elementos como orientações de comportamentos, preconceitos etc., tem-se a pré-compreensão especificamente jurídica e da teoria do direito, como sendo aquela “cujos pontos referenciais principais são normas ‘vigentes’, *i.e.*, normas sancionáveis com violência e tentativas de sua sistematização científicas ou ‘teorias’; ii) o caráter fundador e modelar da tradição passa a ser, nos campos de uma teoria estruturante do direito, o caráter modelar da validade, ou seja, o caráter modelar da

⁷³¹ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**. *Op. cit.*, p. 152.

⁷³² *Idem*, p. 149.

⁷³³ *Idem*, p. 273.

⁷³⁴ *Idem*, p. 226.

tradição que estabelece a vinculação de um comportamento exigível mediante a coerção jurídica; iii) a vida e a *práxis* presentes na hermenêutica passam ser tematizadas no quadro em que se estabelece o processo de normatividade, “cuja integridade é assegurada nas suas fronteiras por meio do uso da violência legitimada pelo Estado”⁷³⁵.

Müller não refuta, *in totum*, a validade da hermenêutica filosófica, defende, apenas, que, com os pressupostos da teoria estruturante do direito, as noções tratadas genericamente no campo da hermenêutica orientada para as outras ciências sociais ganham singularidade própria com o foco na estrutura da norma jurídica e seu processo de concretização. Essa questão apontada por Müller é relevante e será tratada mais ao final, quando serão expostos alguns obstáculos para a afirmação da Nova Crítica do Direito, a partir do problema indicado como “jargão profissional” próprio do campo jurídico.

Para fechar o quadro exemplificativo de como esse novo constitucionalismo é um horizonte em que se fundam novos pré-juízos a informarem o labor dos juristas, segue a ideia de “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, de Peter Häberle. A principal tarefa desse autor é construir uma teoria da interpretação contrária à tese tradicional que partiria da noção de uma sociedade fechada, com a qual se estabeleceu um rol *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. Busca, assim, construir uma teoria capaz de aumentar a base daqueles que, num sistema constitucional democrático, vivem a realidade constitucional, sendo eles: os órgãos estatais, potências públicas, cidadãos em geral e grupos. A necessidade de uma teoria aberta dos intérpretes é cada vez mais demandada quanto mais evidente for o pluralismo social⁷³⁶. Häberle, então, busca esclarecer um catálogo sistemático destes participantes, tendo como referência o sistema jurídico alemão. Assim, seriam estes: i) intérpretes ligados às funções do Estado, como a Corte Constitucional, órgãos estatais com poder de decisão vinculante inseridos na jurisdição em geral, órgãos legislativos, executivos, este último especialmente quando orientado pelo interesse público; ii) os participantes dos processos nas Cortes Constitucionais, requerentes e requeridos, bem como outros que integram a lide processual, convocados pelas regras da Corte Constitucional, pareceristas, *experts* tal como se verifica no assessoramento legislativo, bem como peritos judiciais convocados por audiências públicas, associações, partidos políticos, segmentos parlamentares que “atuam, sobretudo, mediante a *longa manus* da eleição de juízes, grupos de pressão

⁷³⁵ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**. *Op. cit.*, p. 226.

⁷³⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 13.

organizados, requerentes ou partes nos processos administrativos de cunho participativo; iii) opinião pública mediante seus meios de ação, mídia radiofônica, televisiva, que não integra lides constitucionais, o pronunciamento dos leitores, cidadãos e associações e partidos não organizados, “Igrejas, teatros, editoras, as escolas da comunidade, os pedagogos, as associações de pais; iv) a doutrina constitucional que influencia os diversos partícipes do processo constitucional participa diretamente e, também, tem por escopo pensar a participação de novos integrantes da interpretação constitucional⁷³⁷.

Partindo do debate introduzido por Esser, Häberle entende que a interpretação não é um processo passivo. Assim, ao se reconhecer que a norma, e fundamentalmente a norma constitucional, não é um produto pronto e acabado, cresce em importância a necessidade de se integrar a realidade a este processo móvel e criativo mediante a ampliação daquelas forças que são os destinatários que vivem a realidade constitucional, mesmo aqueles que não estão diretamente afetados por este processo. Não se perderia, segundo esse autor, a unidade da Constituição, pois esta é justamente garantida pela conjugação de vários intérpretes⁷³⁸. A partir dessas ideias gerais, tem-se um sentido muito preciso que Häberle atribui à teoria constitucional, qual seja, a de participar do debate capaz de constitucionalizar formas cada vez mais ampliadas de participação no processo interpretativo⁷³⁹.

Esse quadro muito amplo, aqui descrito em linhas pontuais, compõe o que se convencionou denominar neoconstitucionalismo. A oposição deste horizonte ao antigo quadro do positivismo, seja em qualquer uma das suas versões⁷⁴⁰, não se dá, conforme Pozzolo, por motivações internas do próprio positivismo, mas porque o modelo positivista revela-se, diante da complexidade das realidades constitucionalizadas, como obsoleto⁷⁴¹. Sob a rubrica “neoconstitucionalismo”, então, uma plêiade de autores nem sempre confluentes em termos de abordagens passaram a tematizar os problemas funcionais que o paradigma mimético do positivismo passou a representar com o avanço do constitucionalismo compromissário. Por se ter

⁷³⁷ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. *Op. cit.*, p. 20-23.

⁷³⁸ *Idem*, p. 30-32.

⁷³⁹ *Idem*, p. 55.

⁷⁴⁰ Duarte lista dois modelos gerais de positivismo, o exclusivo, cujo cerne está em defender que o direito não se estabelece em função da moral, e o inclusivo, que admite a vinculação entre direito e moral sem acreditar que esta vinculação seja necessária. Cf. DUARTE, Écio Oto Ramos. Parte I – Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas do positivismo jurídico. *In*: _____; POZZOLO, Susana. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2006. p. 41.

⁷⁴¹ POZZOLO, Susana. Parte II – O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico: a reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito. *In*: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susana. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2006. p. 87-88.

como alvo comum a superação do positivismo, é possível relacionar “neoconstitucionalismo” e “pós-positivismo”, ainda que a segunda denominação tenha maior vinculação com a teoria do direito em sentido estrito. A superação do positivismo via emergência e concretização dos Direitos Fundamentais, implica, como bem propugna Ferrajoli, criticar o conceito da validade formal do positivismo, resgatando a necessidade de fundamentação ética que alicerça o Estado democrático de direito e seu sistema de garantias⁷⁴². É possível, de posse destas dimensões políticas, éticas e jurídicas que compõem o horizonte de sentido do neoconstitucionalismo, traçar uma relação direta entre a superação do positivismo jurídico, por ter sido este o vetor que orientou o SCTJ em sua feição cientificista. Essa visão já não é compatível com uma percepção dos valores autênticos do direito que se revela a partir da afirmação da experiência constitucional pontualmente descrita. Em uma palavra: neoconstitucionalismo. Um campo teórico que pretenda, assim, mostrar-se como pós-positivista, deverá ser capaz de confirmar uma cultura jurídica (dogmática e teoria do direito) apta a operar e, para não perder o sotaque fenomenológico, mediante a experiência concreta da decisão, desvelar a força normativa da Constituição. É na fusão desses horizontes paradigmáticos (Constituição e neoconstitucionalismo) que será possível resgatar os mandatos de uma crítica jurídica do e no direito. Essa noção de normatividade quebra o abstracionismo, o objetivismo propugnado pelo positivismo, baseado numa concepção cerrada de validade formal separada da eficácia.

A uma hermenêutica jurídica crítica do SCTJ, então, deve se impor o desafio de ser mais que uma denúncia da feição ideológica dos saberes jurídicos. A possibilidade de sua emergência ocorre no momento em que as disfunções do positivismo jurídico chegam ao seu ápice na vida prática sob a forma de crises de legitimidade. Os efeitos dessas crises não são apenas importantes por questões de orientação intelectual dos juristas. Tais crises afetam invariavelmente a vida cotidiana, pois elas surgem na forma concreta da discricionariedade judicial, na pouca permeabilidade do sistema em relação às demandas sociais, e no encastelamento dos juristas que passam a perder o protagonismo dos movimentos emancipatórios da sociedade porquanto cingem-se ao teto de uma burocracia estatizante que o seus saberes revelam e legitimam. Por outro lado, no epicentro dessas mesmas crises, há o campo aberto do constitucionalismo a estabelecer o horizonte de uma nova tradição legítima, não no sentido salvacionista ou messiânico, mas no sentido de reconectar o labor jurídico com a vida prática, à luz da modificação paradigmática que implica concretizar valores e formas de sociabilidade demandantes de efetividade.

⁷⁴² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 803, *passim*.

4.2 SIGNIFICADO E AMPLITUDE DE UMA HERMENÊUTICA (FILOSÓFICA) DO SENSO COMUM TEÓRICO DOS JURISTAS

4.2.1 Obstáculos para uma nova crítica hermenêutica: *koiné* versus jargão profissional

Nessa parte final da pesquisa, não se pode deixar de abordar os limites ou obstáculos que se colocam na possibilidade de renovação da crítica jurídica à luz do que se trabalhou até aqui. Na verdade, no processo de evidenciação dos problemas que orientaram a pesquisa, capítulo a capítulo, ficaram mais claros aos olhos do intérprete (autor) os limites e os obstáculos de toda empreitada. Apresentá-los, trazê-los à fala, então, é um exercício que pode ilustrar aquilo que pretende ser o labor hermenêutico, ou seja, como sendo a reflexão crítica que é decisivamente orientada pela pergunta. Mais até do que um método, esse exercício aponta para uma postura que deveria ser comum também aos juristas. Tal atitude é uma constante disposição ao autoquestionamento, à percepção dos limites de seu horizonte que são impostos pelo lugar de onde se fala; essa atitude se expressa por um agir disciplinado de que nos fala Gadamer⁷⁴³, com o qual as ciências do espírito e as *humanidades* convivem há séculos sem necessitar de cânones metodológicos para se estabelecer legitimamente. Esse exercício, que pode bem denominar-se autocrítica, o autor, por coerência, não poderia deixar de exercitar, no sentido de apontar algumas dificuldades que se apresentam.

Há um dado facilmente perceptível no pensamento jurídico, seja na dogmática, seja no campo da Filosofia e Teoria do Direito, que foi a presença ambivalente de tendências sincretistas ao lado de outras isolacionistas. Para se afirmar como *episteme*, mediante os parâmetros da filosofia da consciência, o SCTJ sustentou discursos acadêmicos e profissionais capazes de consolidar sua verdade como não influenciada por fatores externos comprometedores da sua “pseudo-objetividade”. Essa tendência fica evidente com o positivismo. São célebres, ao menos na teoria do direito, as palavras de Kelsen no prefácio da TPD, com as quais esse autor confessa sua grande meta de purificar a teoria jurídica das influências da política e dos elementos da ciência natural. Ademais, ao estabelecer o princípio da imputação, a meta de Kelsen cumpre seu destino final, o de afirmar o saber jurídico como um saber próprio ao lado das outras ciências causais do espírito⁷⁴⁴. Ainda como exemplo

⁷⁴³ “O que a ferramenta do ‘método’ não alcança tem que ser conseguido e pode realmente sê-lo através de uma disciplina do perguntar e do investigar, que garante a verdade.” GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. *Op. cit.*, p. 709.

⁷⁴⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. *Op. cit.*, p. 91-94.

histórico, o legalismo francês novecentista também defendia o dogma da completude do ordenamento jurídico e a possibilidade de resolução dos casos a partir de um campo normativo cerrado. O próprio realismo jurídico norte-americano atende a essas exigências de autorreferência, à luz do *stare decisis*⁷⁴⁵, do campo do direito. Em adendo, com a genealogia proposta no capítulo 2, viu-se que as imagens, os arquétipos dos juristas, também foram construídos a partir do processo de especialização do campo de racionalidade particular dos *experts*, fossem eles iniciados na sagrada arte pontifical, canonistas, juízes blindado pela soberania estatal de dizer o direito ou advogados fechados em seus símbolos e práticas corporativas.

Ao lado dessa *vis atractiva* do isolacionismo, o pensamento jurídico ocidental sempre demonstrou fluxos sincretistas. Mesmo na França, palco do legalismo, tem-se o caso de Géný e a Escola de livre interpretação do direito. Outrossim, tem-se o exemplo da viragem sociológica⁷⁴⁶ com Ehrlich, ou as inúmeras abordagens criadas pela antropologia do direito e história do direito. Ademais, clássico é o exemplo dos “juristas sociólogos”, cujo nome sempre lembrado é León Duguit, os quais, acreditando que o direito é um setor da sociologia, acabaram por fortalecer campo diverso, a sociologia jurídica⁷⁴⁷. Ainda que muitas dessas correntes clássicas do pensamento jurídico europeu sejam desenhadas a partir do debate sobre a questão pragmática da aplicação do direito, o que esteve em jogo foi sempre um problema transversal: visão interna e externa do fenômeno jurídico. Um olhar ainda que panorâmico sobre essa questão demonstra a tendência de criação de disciplinas que os juristas julgam como “auxiliares” numa teia de campos com abordagens às vezes conflitantes. Há, pois, no cerne desse debate um conflito muito latente, como se observou ao longo dos capítulos anteriores, que, na verdade, é uma amplificação prática da dicotomia matricial *doxa v. episteme*. Essas questões culminaram na formação dos campos próprios da dogmática jurídica e da teoria do direito, ou, *mutatis mutandis*, na perspectiva de Viehweg, as relações possíveis entre enfoques zetéticos e dogmáticos. O certo é que, sob qualquer aspecto que se observe esta questão, em meio aos conflitos entre visões sincretistas e isolacionistas, consolidou-se a separação quase abissal entre labor dos práticos e labor dos teóricos do direito. Bem vistas

⁷⁴⁵ “A regra que impede ir-se para além das decisões jurídicas anteriores, *stare decisis*, para se decidir juridicamente é para o pensamento jurídico o que o preceito durkheimiano de ‘explicar o social pelo social’ é para o pensamento sociológico: **apenas um modo diferente de afirmar a autonomia e a especificidade do raciocínio e do juízo jurídicos**” (Destaque ausente no original). BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006. p. 230-231.

⁷⁴⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. *Op. cit.*, p. 83.

⁷⁴⁷ MACHADO NETO, Antonio Luis. **Sociologia jurídica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 118.

todas essas abordagens, também o equilíbrio instável entre tendências isolacionistas e outras sincretistas pode ser um reflexo do equilíbrio instável entre os elementos doxológicos e epistemológicos que constitui o próprio modo de ser do SCTJ.

O que revela essa tendência histórica tendo em vista uma proposta de renovação da crítica jurídica que evoque uma reflexão filosófica fora do discurso paroquial – e não menos legítimo por isso – dos juristas? Significa, primeiramente, que não se deve nutrir ilusões a respeito da blindagem realizada pelos consensos acerca de doutrinas e teorias que o campo dos práticos e dos teóricos do direito realizam em seus espaços secularmente. Por detrás dessa couraça travestida de autonomia, os juristas observam tais aportes filosóficos como ameaça à higidez da identidade própria do campo jurídico. Essa é a outra face que a alegoria do “Estrangeiro”: o lado reativo da autonomia da racionalidade jurídica que no extremo gera uma intensa alienação. Ao legitimamente pugnares por um campo de racionalidade próprio, os juristas criam, além de toda a estratégia de isolamento corporativo, uma espécie de “dialeto profissional”. Propostas teóricas, portanto, que se arrisquem a renovar o campo secular do direito, também enfrentarão, num primeiro nível, uma tensão linguística *prima facie*. Explica-se. Para a sociolinguística, a língua pode sofrer variações, tais como o dialeto e o idioleto. O radical “leto”, conversa, indica que o uso da língua, e mais acentuadamente o uso oral, forma variações que vão se estabilizando em um código particular. O dialeto pode ser concebido como uma variação linguística particular que se dá em função de fatores geográficos, étnicos, religiosos, e, particularmente, por fatores profissionais. O dialeto, assim, é conformado no uso linguístico determinado regularmente por um grupo e suas demandas profissionais específicas. Nessa modalidade, tem-se o “jargão profissional”. Nesse sentido, as profissões tradicionais se afirmam mediante o estabelecimento dessa linguagem especificamente variada. Isso ocorre para que uma profissão possa se afirmar como *episteme* dominante, na qual apenas certos membros iniciados são capazes de decifrar os códigos fundamentais do campo em jogo. Com tais pressupostos, *v.g.*, uma sociolinguística das profissões poderia observar que os materiais linguísticos que o teórico do direito denomina de teorias da justiça, “ser” e “dever-ser” ou o discurso que o prático do direito utiliza como brocardos e máximas da experiência forense são, em verdade, um código linguístico profissional que, dado o seu cerramento, manifesta-se como verdadeiro “dialeto”, ou seja, uma variação destoante da língua comum dos não iniciados. Com o SCTJ ocorre algo paradoxal: ao mesmo tempo que a linguagem cerrada dos profissionais se afirma pela sua diferenciação da linguagem comum, ela também busca no mundo da vida elementos para compor um quadro de aceitabilidade. Bourdieu é

claro nesse aspecto: “Se há um acordo para notar que, como toda linguagem doutra (a linguagem filosófica, por exemplo), a linguagem jurídica consiste num uso particular da linguagem vulgar, os analistas têm muita dificuldade em descobrir a verdadeira mistura de dependência e independência”⁷⁴⁸.

O uso livre, quiçá arriscado, da ideia de “dialeto” para se pensar os obstáculos que qualquer proposta hermenêutica tenha para o direito se justifica pelo seu caráter de oposição à noção de língua comum, *koiné*. Não se pode perder de vista que o próprio Vattimo destaca como hipótese *debole*⁷⁴⁹ a identificação da hermenêutica como uma *koiné* que se instaurou nos anos oitenta do século passado para além de correntes e autores específicos. Esse autor, como é cediço (*vide* item 2.3 do Cap. 2), defende a hipótese, também não consensual, de que a hermenêutica atende muito mais a uma vocação niilista do que a feição difusa de uma língua comum das *humanidades*. De todo modo, o entendimento da hermenêutica como uma *koiné* das ciências humanas resultou, como visto, em sua extrema generalidade que esvaziou seu sentido específico. Essa generalidade se dá porque a raiz antimetódica da hermenêutica a faz ter que abandonar os domínios operativos – espaço privilegiado do *logos* apofântico – que são fundamentais para determinadas áreas como o direito. Assim, todo esforço de isolar a hermenêutica a um autor, a uma corrente ou, no campo jurídico, a uma teoria normativa da interpretação, depõe contra essa sua generalidade que lhe é constitutiva. Uma *koiné*, uma língua comum seria, com efeito, a tendência oposta do que fazem os discursos jurídicos para se afirmarem no interior das instituições em que se alojam e se protegem de ameaças externas, ou seja, um “dialeto” avesso a inovações. Não se pode perder de vista, assim, que todas as profissões, inclusive os campos da teoria e da filosofia produzem “jargões”, dialetos próprios. A própria cisão entre *doxa* e *episteme* só se realiza profissionalmente com o uso estratégico de signos e significantes que constroem um discurso cerrado capaz de revelar, na ação, a hegemonia ou primazia de um desses dois elementos. Em suma: desconsiderar os obstáculos práticos da disseminação da hermenêutica no campo blindado da linguagem ordinária dos juristas seria um grave equívoco, inclusive hermenêutico. É que, parte desse dialeto profissional, doutrinário e teórico, participa, também, da tradição própria dos juristas. Isso não significa que, diante o uso linguístico profissional não se possa opor qualquer contestação, aprimoramento ou reorientado a partir de novas demandas. O risco que se busca evidenciar é, *grosso modo*, o risco de todo material da reflexão hermenêutica ser vista com um corpo

⁷⁴⁸ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. *Op. cit.*, p. 226.

⁷⁴⁹ VATTIMO, Gianni. **Para além da interpretação**. *Op. cit.*, p. 13.

estranho e, dessa forma, barrar sua importante contribuição para a criticidade do pensamento jurídico em tempos de neoconstitucionalismo. O risco latente em não se ter isso em vista é deixar que o diálogo entre os práticos e os teóricos se perca no estranhamento dessas línguas tão diferentes e, assim, perca-se a potencialidade de se aproximar às ricas contribuições de ambos. O sentido e o alcance de uma hermenêutica jurídica crítica, uma Nova Crítica do Direito, são diretamente proporcionais aos problemas de criação de interfaces capazes de romper com o isolamento do dialeto próprio dos juristas e, ao mesmo tempo, force sua constante renovação crítica. Os juristas, assim, não abdicarão de sua forma de dizer a verdade, mas, envolvidos pela língua comum da hermenêutica, fomentada nas áreas de formação jurídica, seriam capazes de rever, ampliar, retificar sua *práxis* sem nutrir dogmas da metafísica da consciência que tendem a se incorporar silenciosamente no bojo das instituições de saber e de aplicação estatal do direito.

4.2.2 A verdade dos juristas e o mito de Jano: *habitus*, hermenêutica e o campo do direito

O que significa, afinal, esse repensar o pensamento crítico a partir da hermenêutica? Como tem sido expediente comum na filosofia do direito a utilização de figuras mitológicas para iluminar pontos de vista⁷⁵⁰, o problema encerrado nesta pesquisa, que propugna a renovação do pensamento jurídico via crítica hermenêutica do SCTJ, pode ser criativamente compreendido pelo mito de Jano.

Jano era o porteiro do céu. Era ele que abria o ano, e o seu primeiro mês até hoje o relembra. Como divindade guardião das portas, era geralmente apresentado com duas cabeças, pois as portas se voltam para dois lados. Seus templos em Roma eram inúmeros. Em tempos de guerra suas portas principais permaneciam abertas. Em tempos de paz, eram fechadas. Só

⁷⁵⁰ Tem-se, por exemplo, o juiz Hércules criado por Dworkin. “Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei Hércules. Eu suponho que Hércules seja um juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa.” Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. *Op. cit.*, p. 165. Há, também, os três modelos de juiz propostos por Ost. Cf. OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 14, p. 169-194, 1993.

foram fechadas, porém, uma vez no reinado de Numa e outra no reinado de Augusto⁷⁵¹.

A figura de Jano é aqui utilizada, diferentemente de outras apropriações mitológicas, não para estabelecer uma associação a um modelo de juiz. A divindade romana representa a dupla possibilidade de todo saber, metaforicamente caracterizada por sua face bifronte: o duplo olhar, como duplo também é o movimento de qualquer porta que veda ou viabiliza o acesso a algum lugar. Seu olhar duplo, voltado ao passado e ao futuro, reafirma a ideia de ser uma divindade da temporalidade, das transições, zelador de tudo que principia e finda. É, pois, mais uma imagem mitológica que faz pensar o trajeto temporal da hermenêutica e da crítica nesse caminho em que o acesso aos lugares ainda hoje míticos da lei se deve fazer pela conjugação de todas as forças acumuladas pela rica tradição do direito e da filosofia, do passado e do presente. O constitucionalismo não conseguirá, assim, abrir a porta de entrada para a sua efetivação, mormente pela voz dos juristas ainda impregnados pelo positivismo, sem um olhar zeloso do passado que fez dos juristas parte do que são. Também a filosofia e todas as suas conquistas esboçadas nesta pesquisa, ao prestarem contas a Jano, só poderá abrir as portas que levam a uma articulação criativa com o direito contemporâneo se for capaz de observar que o passado revela que os juristas são atores (arquetipos) de cuja verdade se baseia numa decisão, e a porta deste campo só se abre quando o pensamento opera não só como método, mas também como força inspiradora para dizer o direito.

Diante disso, o que a hermenêutica filosófica pode trazer a mais para a verdade dos juristas, a qual, inclusive, serve-se do modelo paradigmático do direito segundo Gadamer, dentre outras coisas, é o reencontro do direito com a filosofia prática. O incremento da jurisdição constitucional nas últimas décadas é a prova de que os juristas necessitam reconectar criticamente o acúmulo da experiência secular da dogmática e da teoria do direito com as novas demandas funcionais do Estado Democrático de Direito. Como parte final da percepção desses novos mandatos, resta ainda perceber o que, ao longo da pesquisa, foi ventilado esparsamente e que agora pode ser colocado como arremate: a questão do *habitus* como dimensão concreta de uma hermenêutica capaz de se mostrar como uma filosofia do e no direito.

Fenomenologicamente, a verdade dos juristas se manifesta como *habitus*. Mundado a forma de sua abordagem, mais que um conceito classificador de um fenômeno teórico-

⁷⁵¹ BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia (a idade da fábula)**: História de deuses e heróis. Rio de Janeiro: Ediouro, 2005. p. 17.

linguístico, o SCTJ pode ser visto como o conjunto estável de certas disposições para agir, ou seja, um *habitus*. Assim sendo, “Escola da Exegese”, “pensamento crítico”, “positivismo”, “tópica”, “crítica” etc. são “etiquetas”, denominações que se revelam (ram) no mundo da vida e na história não apenas como formas de pensar abstratamente classificadas, mas como disposições para a ação, tal qual Bourdieu entende o termo “*habitus*”. O conceito de *habitus*, em Bourdieu, seguiu um trajeto próprio, sendo utilizado no campo sociológico. A noção de *habitus* tem relação com o objetivo de Bourdieu em observar a teoria como um *modus operandi*, a partir de uma teoria das práticas, como um conjunto de sentidos adquiridos e articulados em práticas, e, assim: “romper com a complacência um pouco fetichista que os ‘teóricos’ costumam a ter para com ela [a prática científica]”⁷⁵². Buscando superar as dicotomias “interior” e “exterior” que orientavam as correntes sociológicas de sua época, inclusive o estruturalismo, Bourdieu propõe um conjunto de reflexões que trabalham conceitos como “campo” e “violência simbólica”, estabelecendo uma “terceira via”, ou, como entende Dossie, uma “via mediana”, capaz de dialetizar os esquemas de interpretação de sua época, procurando escapar tanto do objetivismo como do subjetivismo⁷⁵³. Nesse sentido, o *habitus* é uma noção que refuta as abordagens comuns do tipo psicologista ou objetivista oriundas da filosofia da consciência e do sujeito como as principais alternativas epistemológicas em que estavam presas as ciências sociais do seu contexto. Assim, Bourdieu ressignifica uma palavra de uso corrente na tradição, que remonta à tradição aristotélica, como *hexis*, passando pela escolástica e pela filosofia de Husserl como *Habitualität*. Os vários campos sociais produzem esquemas mais ou menos estáveis e homogêneos, “inculcados” e repassados socialmente, os quais se manifestam duplamente em seus “agentes”. Tendo-se por exemplo o campo científico, o *habitus* é

[...] uma regra feita homem, ou, melhor, um *modus operandi* científico que funciona em um estado prático segundo normas da ciência sem ter estas normas na sua origem: é esta espécie de sentido do jogo científico que faz com que se faça o que é preciso fazer no momento próprio, sem ter havido necessidade de tematizar o que havia que fazer, e menos ainda a regra que permite gerar a conduta adequada⁷⁵⁴.

Bourdieu trata especificamente do *habitus* no campo jurídico, conforme se verá doravante, mas é possível, à luz do caso do *habitus* científico, imaginar a importância de

⁷⁵² BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. *Op. cit.*, p. 60.

⁷⁵³ DOSSIE, François. **História do estruturalismo – O campo do signo, 1945/1966**. *Op. cit.*, p. 373.

⁷⁵⁴ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. *Op. cit.*, p. 23.

compreender, por exemplo, o positivismo jurídico não apenas como uma “teoria”, mas também como *habitus*. Imagine-se, v.g., um hipotético juiz que possa ser classificado, de acordo com o consenso teórico atual, como um positivista. Esse juiz manifesta-se positivista porque, na sua atuação, o positivismo se revela como uma regra que orienta sua ação, uma crença ou conjunto de convicções profissionais. Isso se revela, fenomenicamente, como uma decisão que deixe evidente que não há fundamentos morais aptos a resolver uma controvérsia jurídica de fundo constitucional em que direitos fundamentais entram em colisão. O que o exemplo em apreço faz pensar? Primeiramente, não significa pensar o positivismo idealistamente, como um conjunto de cânones abstratos, nem tampouco apenas como pura prática desprovida de regras capazes de fazer o agente jogar o jogo do seu campo. Para Bourdieu, a ideia de racionalidade (Weber) como calculabilidade e previsibilidade se sustentam

[...] antes de mais nada, na constância e na homogeneidade dos *habitus* jurídicos: **as atitudes comuns, afeiçoadas, na base de experiências familiares semelhantes, por meio de estudos de direito e da prática das profissões jurídicas, funcionam como categorias de percepção e de apreciação que estruturam a percepção e a apreciação dos conflitos correntes e que orientam o trabalho destinado a transformá-los em confrontações jurídicas**⁷⁵⁵. (Destaque ausente no original)

A noção de *habitus*, dentre várias virtudes, faz evidenciar, para além de uma teoria ortodoxa das ideologias, que existem saberes práticos que se objetivam no indivíduo não como ideias abstratas, mas como disposições duráveis e que são tanto determinadas como determinantes. Aqui reside uma questão fundamental que a noção de *habitus* suscita, pois, se não há “teorias” abstratamente consideradas, mas formas incorporadas de agir sob regras, determinantes e determinadas, como é possível pensar a efetividade de se propor novos construtos teóricos ao campo do direito? Dizendo de outro modo: uma teoria não revoga outra teoria como numa disputa retórica. A hermenêutica não será aplicada pelo conjunto de suas virtudes teóricas, por meio de um debate escolástico acerca dos seus acertos. É preciso atingir, para se fazer uma modificação paradigmática no direito, os agentes (os juristas), no cerne das forças que geram os esquemas de orientação do campo em questão: a educação jurídica, as práticas institucionais e os cenários de força do campo jurídico onde se produzem as regras para que o “jogo” do direito seja jogado. Dizendo de outra forma, não será por uma crença na “coerção da razão”, de a fenomenologia ou a proposta de Gadamer ser a mais “adequada”,

⁷⁵⁵ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. *Op. cit.*, p. 231.

apenas que a hermenêutica pode se colocar como uma teoria da *práxis* ou língua comum dos juristas. Ter tudo isso em mente consiste, por si só, um passo importante para que as legítimas considerações lançadas pela hermenêutica não caiam nas *trampas* do campo do positivismo, a partir de uma cooptação operada pela língua própria dos juristas e seus esquemas de interpretação, e seja, como já aconteceu em tentativas outras, mimetizada como mais uma teoria absorvida à luz de fundamentos conservadores travestidos como novidades.

O mandato de uma hermenêutica crítica do SCTJ, portanto, é o de explicitar, trazer à fala todas essas questões, do *habitus*, da pré-compreensão, do neoconstitucionalismo, no percurso e a partir das formas e “sotaques” próprios em que elas se revelam. Isso pode (e deve) ocorrer nos espaços sociais em que o direito ocupa privilegiado impacto: na educação jurídica ordinária, na crítica doutrinária e teórica, na apreciação da política e da ética nos arrazoados, nos tribunais e corporações, nos termos das sentenças, nos pareceres, na postura corporal dos juristas e nos ritos simbólicos do direito. Igualmente, essa postura crítica há de provocar o debate que a hermenêutica se propõe para todo o campo das ciências sociais e humanidades, que é a busca da resposta adequada a partir da tradição, o que no direito ganha relevada importância porque uma decisão jurídica, ao menos no Estado Democrático de Direito, não é, apenas, uma decisão jurídica: é poder aceito como legítimo e, por isso, deve espelhar a autenticidade histórica das forças que o produziu.

Juristas, assim, não são deuses nem heróis. Podem, no máximo, invocar, a partir de sua história, suas verdades próprias. Podem até mudá-las de foco para cumprir o mandato para o qual seu labor se justifica. Devem, assim, os juristas, a partir da hermenêutica, estar no cerne dos conflitos não para “naturalizá-los”, mas para colher deste embate vivo o horizonte de sentido que orientará sua decisão. O deslocamento paradigmático, como já comprovou a tradição crítica, só se dá no conflito, e a hermenêutica, igualmente, apenas se justifica se há uma tensão que move o pensamento rumo à interpretação. Talvez isso justifique o fato de que as portas de Jano, a que dão acesso ao lugar sagrado do sentido, entre o passado e o futuro, entre filosofia e direito, estejam sempre fechadas na paz e se abram apenas em tempos de guerra.

CONCLUSÃO

A tradição é o que nos possibilita pensar a verdade. As tradições de pensamento, com efeito, não se mostram apenas como imposição arbitrária de ilusões, simulacros, agentes traidoras da verdade metafísica ou veículo ditatorial da verdade de alguns, de um sujeito cognoscente privilegiado, em face de tantos outros sujeitos enganados, como queria a teoria ortodoxa das ideologias. Ao contrário, as tradições fornecem não só molduras para um campo de saber, mas também estabelecem as condições histórico-existenciais em que toda verdade ocorre, vela-se ou desvela-se.

Há, contudo, diante dos contributos do passado, na percepção autoconsciente do pensamento moderno, principalmente no campo da filosofia e da teoria social forjadas no *Aufklärung*, uma sensação paradoxal, na qual, apesar de se nutrir o sentido profético do avanço e do progresso, alenta-se também um certo “peso” em relação aos edifícios monumentais estruturados pelos sistemas de pensamento. Isso é perceptível na filosofia, na teoria social e no pensamento jurídico. É que, sob certo ângulo de análise, mesmo quando se pensa a tradição como fundadora sagrada, os grandes pensadores do passado tendem a legar aos contemporâneos um pesado ônus. Primeiro, cria-se uma sensação desencantadora de que nada de inovador há por ser feito, de que as oportunidades mais brilhantes já foram totalmente exauridas; depois, surge outro encargo, decorrente da primeira conclusão, que relega ao intelectual do presente o posto de ser apenas “zelador” destes monumentos, restando à crítica do pensamento trabalhar nos estreitos limites reverenciais do comentário, da glosa marginal, já que a superação se mostra impossível, restringindo a tarefa da inovação ao campo de áreas técnicas mais especializadas⁷⁵⁶. O campo do saber jurídico, mormente da tradição jurídica crítica, também sofre com difíceis encargos. Atualmente, o saber crítico do direito, *grosso modo*, viu-se refém do peso de antigas aporias, penhor gerado pelos sistemas e pelos métodos dominantes herdados do vocabulário próprio do mundo crítico, a partir dos quais qualquer inovação passaria a soar como traição do mandato dos pais fundadores, uma profanação dos cânones e do lugar seguro de antigas convicções. Como resultado disso tudo, qualquer movimento de mudança fora da bula da crítica moderna gerava mal-estar, e os estigmas de irracionalismo e de pós-modernismo foram os símbolos mais evidentes deste processo de refutação quase *a priori*, baseada numa reverência geradora de letargia. O próprio *pathos* da

⁷⁵⁶ Cf. UNGER, Roberto Mangabeira. **Direito e sociedade moderna. Contribuição à crítica da teoria social.** *Op. cit.*, p. 11.

crítica do pensamento ocidental moderno, seja na raiz kantiana ou marxista, que se afirmou justamente por ser esse movimento capaz de se instaurar criativamente no equilíbrio instável entre continuidade e inovação, viu-se, no direito, nos últimos trinta anos, nitidamente sem fôlego, exibindo, quando muito, rara criatividade. Observou-se, assim, um duplo movimento: de um lado, a hegemonia do formalismo positivista, em suas diversas versões e disfarces sincréticos, reproduzido secularmente como verdadeiro *habitus* (Bourdieu) e, de outro, confrontações críticas valiosas, porém isoladas, marcadas ora pelo realismo ingênuo, ora pelos ativismos bem intencionados. Todos esses “ismos” mantinham na base estruturante (e inconsciente) de suas ações os mesmos fundamentos que sustentavam as deturpações que buscavam combater, ou seja, os parâmetros de uma filosofia da consciência, a metafísica do sujeito. Dito de outro modo, as teorias críticas não souberam identificar que, no alvo aparente de todo tecnicismo e cientificismo, existe, latente, uma base metafísica. Sem tentar romper com essas bases metafísicas comuns, os resultados seriam, no atacado e no varejo do pensamento jurídico, meramente reprodutivos das formas de entender e aplicar o direito em descompasso com a democracia em tempos de constitucionalismo. Assim, o grande “outro”, o positivismo, escapou ileso, pois foi capaz de se mimetizar no interior dos diversos discursos jurídicos contemporâneos, seguro que esteve nas bases de uma racionalidade não questionada em seus fundamentos e que, igualmente, serviam-lhe de nutrição conceitual. Apenas como exemplo, como será pormenorizado a seguir, a grande e fundadora dicotomia sujeito/objeto, debatida intensamente desde o *linguistic turn*, apenas para citar uma das questões, não fez parte do acervo temático de muitas teorias que ostentaram o mandato da crítica no direito.

Essas questões ficam evidentes e crescem de importância em realidades sociais de modernidade tardia ou incompleta, como no Brasil, local de onde o autor da pesquisa fala, e que não pode, por isso mesmo, deixar de estar implicado, ambiente este em que se observam perplexidades que geram inúmeros obstáculos à efetivação de uma jurisdição constitucional condizente com as exigências de um Estado Democrático de Direito capaz garantir eficazmente a pluralidade da sociedade contemporânea em contextos de extrema complexidade. Vinga-se, ainda neste contexto, a disseminação e reprodução de uma cultura jurídica ordinária baseada numa dogmática e numa teoria do direito (discursos de verdade) por vezes incapazes de encarar os desafios de um pensamento jurídico inovador, que se coloque ao menos como mitigador de tais impasses teórico-práticos.

Esses impasses, no direito, surgem de uma indagação aparentemente simples: como *expert*, qual o mandato do jurista em um Estado Democrático de Direito? Essa questão subjaz

outra: como esse mandato histórico deve estar compatível com a capacidade pública de interpretação das tradições que conforma o direito contemporâneo? Tais indagações revelam dificuldades que se expressam, como vem alertando há tempos Streck, num *déficit* de racionalidade prática dos juristas em geral, padrão dominante em diversos níveis e planos sobrepostos de fundamentação e decisão do direito. A crise, portanto, deste modelo de racionalidade ordinária do direito, em que a dogmática jurídica alçou o posto dominante e mais visível em função do seu escopo doutrinário, manifesta-se negativamente pelas dificuldades de os juristas manterem diálogos com a arte, com a filosofia, com as juridicidades insurgentes, com a política e com toda a contribuição da hermenêutica em seu sentido filosófico (Gadamer). Tais dimensões da cultura e do mundo vivido ainda são vistas, ante a hegemonia da técnica e do perito, como meros coadjuvantes desnecessários à operação da interpretação e aplicação do direito.

Outro não poderia ser o resultado desse processo, senão a abertura de um abismo entre filosofia e direito, entre as demandas por efetivação de direitos e mentalidade jurídica ordinária, tensões essas que refletem outros dois abismos correlatos: a distância cada vez maior entre práticos e teóricos, fatos e direito. Tais separações, com efeito, arrimam-se nas dicotomias que marcam a própria estrutura fundacional da metafísica da consciência, inicialmente desenhada a partir da cisão ancestral entre *doxa* e *episteme* (Platão) e, na modernidade, sujeito e objeto. Como um campo que se estruturou paulatinamente ao longo das emergências de poder da tradição ocidental, os saberes jurídicos, apesar de certa tendência ao isolacionismo, também incorporaram os cânones da metafísica do sujeito em seus construtos e pretensões metodológicas. Como visto, essa incorporação da metafísica obteve singular consolidação no positivismo jurídico. Todo esse quadro se verifica como vigente e forte, mesmo após toda a denúncia e ação de movimentos críticos na academia e na prática do direito aqui no Brasil e na América Latina nos últimos trinta anos. Também é verdade que, atualmente, esse *déficit* de racionalidade dos juristas resiste mesmo em face de um contexto intelectual, ao menos em países economicamente desenvolvidos, em que autores denominados pós-positivistas há muito já decretaram a agonia e a morte do positivismo jurídico. Todavia, para avançar, a própria ideia de *déficit* de racionalidade deve ser ampliada. Como, então, retomar o pensamento crítico sem cair nas armadilhas da metafísica da consciência e, ao mesmo modo, sem desperdiçar a experiência e a tradição construída pelo pensamento jurídico? Como elemento central para se pensar toda essa temática, a presente tese retomou a

noção de senso comum teórico dos juristas (SCTJ), a partir da criativa perspectiva de Warat, como categoria-chave para avançar nos estudos já realizados até então.

À guisa de contribuição para uma hermenêutica crítica, no caminho já iniciado de uma Nova Crítica do Direito (Streck), recolocou-se o debate do SCTJ em um patamar que possa gerar novas reflexões e motivações. Como o título do trabalho anuncia, a meta da pesquisa foi a de contribuir com a crítica jurídica contemporânea, tendo por eixo de análise do SCTJ e a pré-compreensão. Com esse dois elementos, pode-se tratar o tema da crise do pensamento jurídico (A verdade dos juristas), considerando duas perspectivas: a perspectiva em que nasceu a noção de SCTJ, na crítica jurídica semiológica, e a partir da abordagem hermenêutica, na perspectiva de Gadamer, desenvolvida no Brasil por Streck. Assim procedendo, os mencionados *déficits* de racionalidade, na dogmática e na teoria do direito, passam a ser vistos por um olhar capaz de tematizar o campo de racionalidade própria dos juristas a partir de uma leitura hermenêutica. Com efeito, ao se buscar caminhar criticamente a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica, não se muda apenas um registro teórico, mas um modo de racionalidade. Assim, sem orbitar na lógica da epistemologia moderna – matriz das crises mencionadas –, foi possível indicar como a percepção do SCTJ no campo da pré-compreensão revela ricas possibilidades para construção de pontes que interliguem a comunicação entre os espaços separados pelos abismos indicados. A abordagem propiciada pela Hermenêutica Filosófica também indica a necessidade de ressignificar e ampliar o sentido da noção de SCTJ como imperativo para a renovação de pensamento crítico do e no direito.

A partir destas considerações que traduzem o “espírito” que moveu toda a reflexão ao longo de quatro capítulos, pode-se, agora, como convém a um trabalho que preza pela abordagem fenomenológica, apresentar o conjunto análises efetivadas em cada etapa.

I) Diante das perplexidades e desafios revelados pela crise da modernidade, a presente tese tratou então de perceber o conjunto de abordagens que poderiam contribuir para um novo (não como negação da tradição) pensamento jurídico crítico. Tal criticidade partiria, então, de uma atitude hermenêutica fundamental, a de se pôr em revista os pontos centrais da tradição crítica e sua influência no campo do pensamento jurídico. O que, afinal, significou, no quadro geral da tradição moderna ser “crítico” e como essa questão se relaciona com o esgotamento o pensamento crítico do direito, particularmente no Brasil? Esse exercício de revisão crítica da crítica foi o ponto de partida elaborado no primeiro capítulo. Diante de tantas possibilidades, dois cortes foram necessários: primeiro, teve-se que circunscrever a tradição crítica a partir da

noção de “modernidade” e, em segundo lugar, estabelecer quais as correntes críticas modernas deveriam ser abordadas. O primeiro “corte”, aquele que teve que situar a experiência crítica num campo denominado modernidade, como debatido ao longo da tese, refere-se a uma tipologia que, apesar de inúmeras críticas, serve apenas como elemento heurístico, capaz de situar o leitor diante de uma gama imensa de tendências e autores. Assim, identificou-se a crise da tradição crítica na filosofia, na teoria social e no direito como um processo geral que refletiu a macrocrise da modernidade. Ainda que não seja uma tipologia consensual, sociólogos como Bauman, Boaventura de Sousa Santos, historiadores do direito como Hespanha e Grossi servem de apoio a este tipo de reflexão. Paralelamente, a tradição crítica moderna revisitada foi aquela vinculada aos legados kantiano e marxiano. Essa delimitação, redutora e problemática por um lado, pode ser justificada, no sentido de serem tanto o marxismo como o kantismo os principais vetores críticos da filosofia e da teoria social que dialogaram com o pensamento jurídico de tradição continental, especialmente na teoria jurídica e no conjunto de orientações dos movimentos antidogmáticos no direito.

No primeiro capítulo, pode-se constatar que a trajetória da crítica, à luz de Kant e Marx, desenvolveu-se e consolidou-se a partir do mesmo *background*: os cânones modernos da metafísica da consciência. A tradição kantiana, para muitos, ao lado de Descartes e Hegel, fundadora da metafísica moderna do sujeito, instaurou, ao menos no campo da filosofia, da teoria social e das *humanidades*, a noção de limite da razão. A crítica, no sentido kantiano, guindou a filosofia, como pensamento racional, ao posto de uma teoria do conhecimento, de apreciação das condições transcendentais de todo conhecimento válido. Por outro lado, a crítica no sentido marxiano, entre muitas possibilidades de análise, consolidou uma nota típica de todo o pensamento crítico posterior: a noção de crítica como crítica da ideologia. O problema da verdade estava circunscrito ao problema da ideologia, como um conjunto de ideias invertidas, falsas e a serviço da legitimação de classes. Para essa tradição crítica, assim, o problema da verdade estaria vinculado aos limites e ao dirigismo da razão, bem como ao problema da ideologia como instrumento de poder. *Grosso modo*, as neofilosofias do século XX retomaram e ampliaram a percepção dos problemas que esses elementos do pensamento de Marx e Kant legaram.

As neofilosofias, marcadas pelos legados desafiadores de seus “pais fundadores”, seguiram as trilhas do debate epistemológico. Viu-se, com as propostas de Liebmann e Cohen, no âmbito da Escola de Maburgo, por exemplo, que o neokantismo centrava-se no debate da fixação das condições transcendentais das ciências do espírito. O debate acerca do

estatuto próprio das ciências do espírito foi a pauta do início do século XX. Essa discussão promovida pela Escola de Maburgo, diferentemente da sudocidental – de Baden, teve repercussão clara na teoria do direito. O exemplo paradigmático da apropriação crítica kantiana no direito foi a Teoria Pura do Direito de Kelsen. A crítica kantiana, com suas típicas preocupações gnosiológicas, sedimentou o positivismo na teoria do direito de Kelsen, à luz de um racionalismo que pugnava o abandono da velha metafísica (como queria Kant) rumo à epistemologia. A ruptura que Kelsen pretendeu obter com as correntes jurídicas do seu tempo, mormente as sincréticas sociologias, as vertentes jusnaturalistas remanescente e a jurisprudência tradicional aceita como ciência, foi eminentemente epistemológica. O que sempre esteve em pauta foi o valor do saber jurídico como ciência. O positivismo jurídico, então, foi maturado nesse processo: a partir das condições sociopolíticas do processo de codificação e racionalismo iluminista, no século XIX, até, no kantismo do século XX, obter uma amarração final com o logicismo do Círculo de Viena. Por outro lado, houve, mormente no século XX, inúmeras tendências que reafirmaram serem legatárias do pensamento crítico marxiano. Na presente pesquisa, optou-se por evidenciar dois desdobramentos da crítica de Marx: a retomada do legado de Marx e a crítica da ideologia a partir da versão do Estruturalismo (Althusser) e a crítica do Iluminismo efetuada pela Escola de Frankfurt. No caso de Althusser, francamente influenciado pelo programa estruturalista de sua época, também se viu a teoria crítica de Marx enredada num cientificismo que dominava o ambiente acadêmico da época. Apesar de ampliada por Althusser, a teoria da ideologia não rompeu com o primado da separação entre sujeito e objeto, bem como a teoria passa a ser uma espécie de guia metodológico da ação política. O marxismo, assim, também se estabeleceu no teto básico da metafísica moderna. Por outro lado, viu-se que a tradição crítica marxiana ganha, na Escola de Frankfurt, uma clara possibilidade de renovação a partir da retomada do problema do iluminismo e a hegemonia de uma razão instrumental. As várias perspectivas de abordagem dessa Escola, com Adorno, Horkheimer, Benjamin, Marcuse e Habermas, *grosso modo*, têm por elemento comum a crítica da modernidade sem com isso implicar a abdicação do legado humanista. Não seria a razão a culpada pelos mal-estares da civilização e da ciência, mas a sua versão tradicional, baseada no racionalismo cartesiano. Não se precisaria, assim, abdicar do *telos* da emancipação para se concretizar uma teoria crítica da sociedade, poder-se-ia, ainda, continuar a trilha da teoria crítica a partir de novos enfoques. Todavia, também as versões revisitadas do marxismo ocidental, conquanto identificassem no cartesianismo o germe da razão instrumental, a raiz mistificadora, não conseguiram problematizar o sentido profundo que a relação sujeito e objeto representou para a tradição ocidental, e mais propriamente a sua

utilização no campo da teoria social. Assim, a crítica marxiana, também seduzida, na base, por parâmetros de verdade da epistemologia, teve que conviver com inúmeras crises que se revelaram a partir do dirigismo teórico a que elas se prestaram em razão dos regimes políticos que as tinham como guia da ação. A crise dos metarrelatos, a complexidade de sociedades pós-industriais, bem como a crise da noção de sujeito, e de uma razão ligada ao humanismo, afetaram todo esse conjunto de teorias críticas de raiz marxista.

Se, na crítica kantiana, o reflexo teórico mais visível foi o formalismo kelseniano, por outro lado, a crítica marxista do direito sempre se mostrou como um corpo estranho no pensamento jurídico. A vinculação entre juridicidade, luta de classes e ideologia fez com que os juristas alinhados com a matriz marxiana se encontrassem sempre envoltos nesses paradoxos. Esses paradoxos ficaram evidentes quando da apreciação dos clássicos do marxismo em matéria de teoria do direito, Pachukanis e Stucka. Por outro lado, a teoria crítica no direito teve que, como é parte do ideário crítico, se colocar como alternativa para ação prática. Assim, sob a rubrica crítica, o ideário marxista foi, direta ou indiretamente, assimilado por um conjunto de movimentos de juristas na Europa do pós-guerra. O resultado da ampliação democrática, a consolidação dos direitos fundamentais, recolocou em debate o papel do direito e dos juristas que se autoidentificavam com o pensamento crítico. Esses movimentos, dos quais o Uso Alternativo do Direito Italiano é um paradigma, influenciou notadamente a Espanha e países da América Latina, como o Brasil. Seguiram-se, assim, tendências teórico-práticas de manifestação da crítica marxiana, o que foi abordado a partir de certas experiências brasileiras na academia e no campo da assessoria jurídica popular. Esses movimentos elegeram como guia uma forte contestação ao positivismo jurídico e o que essa concepção significava para a efetivação de direitos no campo prático. A crítica jurídica, mesmo com longínqua inspiração marxiana, a partir da retomada de Gramsci, retomou a discussão do papel do jurista no campo da emancipação. Esse movimento foi necessário porque o marxismo tradicional imputava ao direito um papel legitimador da dominação de classe. O grande paradoxo, então, foi: é possível ser jurista e crítico? Todavia, as tantas crises por que passaram a filosofia, a teoria social e o Estado afetaram em cheio o fortalecimento desses movimentos críticos. Por um lado, tais impasses conviviam com o paradoxo de ter que encontrar no direito um elemento emancipatório, o que negava as raízes de seu pensamento; por outro, não se encontravam bases teóricas capazes de fundar uma crítica consistente ao positivismo e suas raízes metafísicas. O marxismo, no direito, não dialogou com o processo de superação paradigmática representado pela viragem linguística e ontológica. De certa

forma, a resistência da crítica a esses movimentos renovatórios se deu porque isso representaria colocar em xeque a noção de sujeito, de ideologia e de ciência que estão em sua base. Representaria, em sentido estrito, colocar em debate o problema do humanismo, do progresso e da emancipação que também estão no *ethos* da tradição crítica ocidental. O resultado foi a estagnação da crítica, ao menos no Brasil, por não saber superar as crises que o seu pensamento teve que enfrentar no campo específico do direito. Esses impasses geraram ativismos de diversas ordens, os quais, bem ou mal, tentando atacar o positivismo, acabaram reproduzindo ou reforçando seus cânones e seu *modus operandi* na prática do direito. Viu-se, ao final do primeiro capítulo, que uma Nova Crítica do Direito, iluminada a partir de outros cânones, deve fazer uma autocrítica desse trajeto. Uma Nova Crítica do Direito não nasce como marco zero, assim todo o primeiro capítulo demonstrou o ponto-chave em que se poderia avançar: uma perspectiva crítica que colocasse em xeque os fundamentos da crise da modernidade, ou seja, uma perspectiva hermenêutica. É dessa autocrítica da tradição crítica que a abordagem hermenêutica pode arrancar como proposta teórico-prática, ou, para além de uma teoria salvadora, como uma língua comum capaz de contribuir na diminuição do *déficit* de racionalidade dos juristas, seja na dogmática seja na teoria do direito. Feita a autocrítica, a hermenêutica, para ser uma nova *koiné*, deve começar também por não menosprezar o sentido das verdades dos juristas já construídas ao longo de uma secular tradição.

II) Se, uma Nova Crítica do Direito deve ter seu começo por uma autocrítica da tradição crítica (Cap. 1), o seu desenvolvimento deve estar baseado a partir da percepção da tradição histórica em que o direito construiu um campo de racionalidade muito particular, ou seja, como foram sedimentados discursos específicos de verdade no direito. Em suma: o segundo passo para renovação da crítica passa por uma genealogia das verdades dos juristas. Uma teoria crítica de cunho hermenêutico, capaz de superar os impasses mencionados, deve levar em conta essa raiz da tradição do direito ocidental. De certa forma, o debate sobre o positivismo empreendido pelas teorias críticas em geral menosprezara o fato de que, no direito, existe uma longínqua tradição de verdade tão secular que é anterior aos cânones modernos da ciência. O direito e seu respectivo pensamento forjaram inúmeras estratégias de verdade que não podem ser desprezadas. Uma genealogia crítica, mesmo que incipiente, poderia ser capaz de alertar como todo esse material secular se reproduz, consciente ou inconscientemente, no campo do direito. É nessa genealogia que se perceberá, por exemplo, que o campo de racionalidade dos juristas, em cada momento de emergência histórica, dialoga com elementos doxológicos e epistemológicos, procurando, nesses polos, o seu equilíbrio e

justificação. Para realizar tal genealogia, partiu-se de três estratégias: como inspiração, foi descrita uma alegoria, a do “Estrangeiro” e, em seguida, discutiu-se os arquétipos dos juristas em momentos específicos da tradição jurídica ocidental e, por fim, a identificação da racionalidade jurídica como um senso comum teórico, como um campo secular de dizer a verdade sobre a legalidade humana.

A alegoria do “Estrangeiro” permitiu imaginar que não é possível observar uma tradição “por fora”, e que, assim, é preciso entender as tradições por elas mesmas, ou levando em conta que não existe um observador histórico a-temporal. Para trabalhar essa proposta genealógica teve-se em vista a perspectiva de Nietzsche e Foucault. Buscou-se não apenas um inventário de teorias, como tradicionalmente se faz. A verdade dos juristas não nasceu como teoria externa à *práxis* dos juristas. A partir da percepção dos saberes jurídicos forjados em momentos específicos da tradição, tentou-se vislumbrar os vários arquétipos dos juristas no ocidente. Teorias, saberes, não se movem fora do universo simbólico dos seus agentes. Buscou-se perceber essas emergências de poder, que fizeram dos juristas símbolos sociais de uma verdade muito particular: a decisão jurídica. Com a ideia de arquétipo (Jung), pode-se perceber a riqueza dessas tramas de verdade que se misturam com a figura simbólica do jurista ocidental em vários instantes de sua afirmação. Esse quadro, mais que um quadro literário, foi importante no sentido de afirmar que as verdades dos juristas emergem em contextos muito diferentes, e que nenhuma teoria conseguirá adentrar neste campo secular sem perceber essas características muito próprias dos *experts* na lei. Viu-se, assim, com Legendre, que a gênese do discurso dogmático não nasceu fora de certas emergências, de certas demandas de verdade que exigiram dos juristas um papel crucial. Essa incipiente montagem genealógica mostrou como os discursos jurídicos remontam aos contextos pré-modernos e que sempre se utilizaram de construtos teóricos muito particulares. Enquanto a metafísica clássica (Platão) se estabeleceu com a cisão epocal entre aparência e essência, verdade e opinião, os saberes jurídicos, *grosso modo*, retrabalharam esses elementos de forma muito particular. Essa forma secular é o que se entendeu por Senso Comum Teórico. Em suma: enquanto a tradição tentou impor um modelo de *episteme* como única válida aos saberes das *humanidades*, o campo do direito adequou essas demandas de forma a se utilizar de elementos do senso comum com elementos da *episteme* dominante. A intenção inicial de Warat ao cunhar essa expressão era demonstrar como os saberes jurídicos naturalizavam, omitiam as questões políticas num movimento paradoxal entre *doxa* e *episteme*, a partir da prática profissional que tenderia a legitimar esses saberes. A noção de SCTJ, portanto, foi

fundamental para uma crítica semiológica dos saberes jurídicos no Braisl. Tal neologismo indicava a ocultação das estruturas de poder naturalizadas pelo discurso jurídico e que se expandia às regiões das opções éticas, das crenças epistemológicas e dos conhecimentos “vulgares”. A riqueza dessa noção, propositalmente deixada em aberto pelo próprio Warat, passou a servir de base para a presente pesquisa. Partiu-se da ideia, iniciada por Warat, de que uma teoria crítica no direito teria que ser uma teoria crítica do senso comum teórico dos juristas. Todavia, era preciso aceitar o risco de avançar. O SCTJ poderia ser abordado não apenas como uma estrutura ideológica dos discursos, mas à luz da hermenêutica, como um campo de racionalidade próprio que se estabelece na pré-compreensão e que orienta a interpretação dos juristas. Essa ressignificação do SCTJ deveria passar, doravante, por uma outra abordagem que não fosse baseada na teoria das ideologias, cujo teto epistemológico não foi capaz de suplantar o positivismo jurídico.

III) Para abordar o SCTJ a partir da hermenêutica, foi necessário recompor os passos da *linguistic turn*. É que, se a superação da metafísica da consciência, da dicotomia sujeito e objeto, não se realizou nos pilares kantianos e marxianos, o processo histórico legou um rico debate, um movimento com inúmeras tendências na filosofia e na teoria social, que conformaram a hermenêutica em perspectiva filosófica (Gadamer). Todo esse processo se deu com a invasão da filosofia pela linguagem (Streck). Na filosofia e no pensamento social, as raízes deste processo se encontram já no pragmatismo norte-americano, nos trabalhos de Wilhelm von Humboldt, na semiologia de Saussure e na Semiótica de Peirce. No ambiente europeu, a filosofia analítica da linguagem se desenvolve a partir do legado de Wittgenstein, perpassando a teoria analítica do Círculo de Viena. Nessas tendências, como abordado, as questões centrais da metafísica, como a objetividade, a relação entre pensamento e linguagem, sujeito e objeto passam a ser desenvolvidas fortemente. A hermenêutica, contudo, ainda se restringia a uma disciplina isolada, restrita ao campo religioso e filológico, sendo que, com Schleiermacher, apesar dos limites impostos pelo pensamento romântico de seu tempo, a hermenêutica tem um tratamento específico. Schleiermacher trouxe à colação questões que seriam rediscutidas posteriormente, como o círculo hermenêutico e a distância temporal entre o intérprete e o texto.

Viu-se, ademais, que o grande passo que preparou a virada fenomenológica que desembocará na proposta de Gadamer foram as reflexões insertas nas chamadas filosofias da vida, como Dilthey e Husserl. A partir das ideias seminais de “mundo da vida” e de fenomenologia, pôde-se apresentar as linhas gerais do pensamento heideggeriano. Com

Heidegger, a questão dos fundamentos da metafísica da consciência é posta em xeque. Partindo de algumas análises de *Ser e tempo*, bem como a partir da abordagem feita por Stein, deixou-se evidente que o problema da tradição metafísica moderna estava radicado no esquecimento do problema mais fundamental do pensamento: a questão do ser. Não era, pois, a diferença entre sujeito e objeto que deveria fundar o pensamento, como ocorreu na metafísica moderna, mas a diferença ontológica entre ente e ser. Essas reflexões repercutiram com demasiada no campo da filosofia e da teoria social. No capítulo 3, assim, o pensamento de Heidegger é trazido à colação para se perceber como a ideia de verdade deixa de ser pautada pela adequação proposicional, e se vincula ao modo de ser do *Dasein*, do ser-aí, com o qual se estabelece toda e qualquer possibilidade de mundo e, com efeito, de verdade. O que a metafísica operou no campo das coisas humanas foi a hegemonia da pergunta pelo ente, a partir da indagação pelo “como aponfântico”. O pensamento de Heidegger deixará evidente, assim, que a compreensão não se limita ao dispositivo metódico das ciências, o qual teve primazia nas sociedades modernas à luz da energia da técnica, do pensamento calculador e mensurador. A linguagem, assim, como morada em que o homem habita, passa a ser não uma terceira coisa, entre um sujeito cognoscente e um objeto cognoscível. A filosofia, como o próprio tópico indicou, tem um caráter hermenêutico, uma hermenêutica da faticidade.

Todas as dimensões estudadas confluíram até o pensamento de Gadamer, fundamental para a presente tese. Neste ponto, foi possível iniciar o diálogo entre hermenêutica e direito. A partir de sua obra “Verdade e método”, foi possível estabelecer os elementos fundamnetais da hermenêutica em sentido filosófico. Primeiramente, viu-se que Gadamer aceita de Heidegger o ponto fundamental, de que a compreensão não é uma forma específica com a qual um sujeito se relaciona com um objeto, mas, antes de tudo, é um modo de ser do *Dasein*, do ser-aí. A verdade, em seu sentido existencial, não é uma adequação, mas um modo de ser que se desvela e vela, no sentido em que os gregos atribuíram à expressão *alethéia*. Daí que, em segundo lugar, a partir dessa percepção de Heidegger, Gadamer passa a tematizar e a criticar a hegomonía do método vindo das exatas para as ciências humanas. Nas ciências humanas, o modo de ser do *Dasein* se dá na faticidade. Não há como, analiticamente, operar-se uma separação entre sujeito e objeto, posto que o intérprete é constituído pelos pré-juízos legados pela sua tradição. Com Gadamer, portanto, a tese pôde colher preciosos subsídios para se repensar a hermenêutica no e do direito. No vocabulário gadamerinao, rompe-se com a ideia de verdade e falsidade, para a noção de autenticidade, como a forma de ser dos pré-juízos autênticos de uma dada tradição. Pôde-se, então, ir além da noção negativa que a modernidade

e a teoria da ideologias imputaram ao “pré-conceito”, e isso preparou o terreno para se repensar a própria noção de SCTJ como elemento que, como todo produto humano, poderia se expressar autenticamente. Há, na proposta de Gadamer, apesar de todas as críticas, a prevalência da hermenêutica não como um método, mas como uma atitude há muito exercitada pelas *humanidades*, e que deve ser uma atitude apta a proplemmatizar a história efetual no horizonte em que o intérprete se localiza. O intérprete, inclusive o jurista, não interpreta corretamente porque compreende algo como correto, mas, ao contrário, a possibilidade de interpretação “correta” (autêntica) já se deu com a compreensão. A criticidade da proposta de Gadamer está na atenção que se deve ter para com os horizontes de sentido prévio, da situação hermenêutica em que o intérprete está imerso e não pode escapar. Assim, falham todas as pretensões objetivantes dos métodos importados das ciências naturais, diante das condições prévias da compreensão das coisas humanas.

Chegou-se, com todo esse acúmulo feito na primeira parte do capítulo 3, ao ponto nodal da tese, ou, a tese da Tese. Uma hermenêutica crítica, que se esbeleça no direito, com sua tradição própria, e do direito, a partir das conquistas da virada linguística e ontológica, deve ser aquela capaz de ressignificar a noção-chave SCTJ. A partir da proposta sedimentada de uma Nova Crítica do Direito (Streck), com a qual o SCTJ pode ser concebido com o véu que encombe o sentido autêntico do direito, pode-se igualmente pensar, ampliando tudo o que foi conquistado, que também se abre a outra possibilidade: o SCTJ deve se colocar na sua possibilidade existência de desvelar o sentido autêntico do direito. É que, ao se conceber o SCTJ não mais como uma ideologia, não mais como apenas um discurso da dogmática jurídica, mas como um modo de ser de dizer o direito, como um campo de racionalidade a partir do qual se disse o direito em nossa tradição, sua possibilidade deve ser dupla: por um lado, aponta para horizontes de abertura para o sentido legítimo do direito, em cada momento, ou, de outro, vela esse sentido legítimo e se restringe a horizontes não mais legítimos em um dado momento histórico. Nessa perspectiva, por exemplo, o positivismo jurídico é expressão histórica de um horizonte de sentido dominante que não mais se coaduna com o horizonte histórico do constitucionalismo contemporâneo. Mas, esse constitucionalismo contemporâneo também, para se firmar, deve partir dos horizontes da racionalidade jurídica que não surgem fora dessa mesma tradição. Coerentemente com a perspectiva da hermenêutica filosófica, o SCTJ manifesta essas duas possibilidades, e não compreender essa dupla possibilidade foi justamente o teto epistemológico que as teorias críticas não souberam superar.

Durante essa trajetória inconclusa da crítica, imputou-se ao senso comum teórico dos juristas a responsabilidade por todas as crises do campo jurídico. Essa percepção, legítima e válida, todavia, partia inicialmente de um horizonte específico: os cânones modernos da teoria crítica. Mesmo quando o tema era abordado em um campo de discussão baseado numa hermenêutica filosófica, ainda assim ficava restrito à ideia única de “velamento” do ser do direito. É preciso, repita-se, à luz de todos os riscos que isso implique, rever as conclusões latentes nesses dois campos. No primeiro caso, o mais evidente, a simples denúncia do senso comum teórico dos juristas, restrita ao campo da epistemologia crítica, não o fez perder sua suposta força tida como exclusivamente negativa, ao contrário. Muitos são os motivos aptos a explicar por que a crítica não avançou neste âmbito, mas talvez um deles, quiçá o principal, esteja localizado num “ponto cego” das correntes críticas, num certo teto que limitou sua autopercepção, que na verdade representa, no campo da filosofia, o mesmo teto de racionalidade configurado pela metafísica moderna da consciência. Diante disso, uma criativa percepção do SCTJ pode, e deve, ampliar essa percepção, sem com isso negar a validade de tudo que fora antes considerado. Não é preciso, outrossim, matar simbolicamente os pais da crítica para que ela possa se autocriticar e avançar. Também não é necessário buscar uma reabilitação ingênua e oca da noção de senso comum teórico dos juristas, mas percebê-lo, como categoria heurística, a partir de outros pressupostos. É isso que implica compreender todo o rico potencial heurístico da noção de senso comum teórico a partir de uma análise hermenêutica.

IV) Todas essas reflexões forjaram as análises do quarto e último capítulo. Afinal, qual o sentido e os limites de uma hermenêutica crítica do SCTJ? Foi preciso, então, realizar uma última relação, a do SCTJ com a noção de pré-compreensão. Uma hermenêutica crítica, portanto, é aquela capaz de conceber o SCTJ em sua dupla possibilidade e que também está atenta ao campo prévio onde se funda toda compreensão. Viu-se, a partir de autores como Esser, Larenz, Kaufmann, Fernandez-Largo e, no Brasil, Streck, que há inúmeras possibilidades de abordagem hermenêutica da pré-compreensão no campo do direito. Num primeiro momento, viu-se algumas dificuldades apontadas por Gizbert-Studnicki, no sentido de explicitar que, em razão de seu cunho transcendental, é difícil relacionar o mandato da hermenêutica filosófica às exigências de uma hermenêutica aplicativa do direito, de uma hermenêutica normativa, capaz de traçar cânones de interpretação ao jurista prático. Esse caráter muito geral, apontado por Vattimo, portanto indefinido (Garcia Amado), poderia

direcionar a percepção da hermenêutica para uma reflexão não operativa, não vinculada à *práxis* decisória do direito.

Todavia, foi possível perceber que, não obstante tais questões, a hermenêutica filosófica cumpre importante papel no campo do direito, não só no sentido de alertar, para os juristas práticos e teóricos, o sentido positivo da pertencer a uma tradição, mas também em fomentar a atitude de autocrítica, explicitando os horizontes de sentidos com os quais o intérprete do direito atual concretamente opera. Daí, a relevantíssima noção gadameriana da fusão dos horizontes de sentido. Estar atento a esse processo é o mandato do jurista crítico. E a superação do positivismo passa, dentre outras coisas, pela tomada de consciência dos novos horizontes com que o direito contemporâneo se estebece: como a emergência das Constituições, dos direitos fundamentais e do neoconstitucionalismo.

Uma interpretação crítica do e no direito, então, para além da metafísica da consciência, do positivismo e de seus métodos, passaria pelo fomento dessa atitude intelectual que a hermenêutica filosófica aponta, que é justamente essa capacidade (necessidade) de se trazer à fala, sempre, os limites e as possibilidades dos horizontes prévios de sentido em que os intérpretes (juristas) se encontram ao estabelecer os parâmetros de uma decisão. A decisão correta, assim, não é aquela que é obtida por um método, como algumas teorias pós-positivistas ainda propugnam. A possibilidade de uma “correta” interpretação, não como uma correção no sentido matemático, só é possível a partir de uma explicitação crítica do lugar e fala dos juízes, dos advogados, dos intérpretes, da sociedade, do horizonte e do sentido legítimo do direito a ser aplicado. Assim, uma cultura jurídica média, incapaz de trazer à fala essas questões, operará no sentido de velar o sentido legítimo do direito, adotando pré-juízos inautênticos. Dizendo de outra forma, quando se propugna pela superação do positivismo jurídico, está se dizendo, em termos hermenêuticos, que este campo discursivo não traz à fala o sentido legítimo das juridicidades contemporâneas, e que, assim, gera impasses e crises de legitimidade. Mostrou-se, para exemplificar o que foi exposto, que as categorias do positivismo geram no ambiente do constitucionalismo democrático contemporâneo inúmeras disfunções. Essas disfunções colocam em risco, inclusive, as conquistas legítimas do direito moderno. As dicotomias metafísicas em que se fundam o campo do positivismo, como texto e norma, fazem parte de um acervo que fomenta justamente o caráter mistificador do SCTJ.

As Constituições democráticas, a complexidade das sociedades contemporâneas e a necessidade de se implementar as promessas da modernidade não cumpridas fomentam o

horizonte, o mundo prático em que a hermenêutica pode ser uma *koiné*, no sentido forte do termo. O neoconstitucionalismo, à luz dos autores trabalhados, como Canotilho, Müller, Häberle, Hesse, aponta para a formação de um neoconstitucionalismo que se apresenta nos campos da dogmática e da teoria do direito. Viu-se que o advento do constitucionalismo impôs ao campo do direito novas formas operativas que não mais se adequam ao modelo rígido de regras e à impossibilidade positivista de fundamentação de valores. Para isso, todavia, a tese também apontou alguns obstáculos. A hermenêutica como língua comum, da qual os juristas se valeriam em seus espaços de atuação, tem um poderoso desafio, o qual foi identificado a partir da percepção de dois elementos: o *habitus* e o jargão profissional.

É preciso ter em mente que uma Nova Crítica do Direito não poderá se afirmar sem precisar os limites impostos pelos *habitus* dos juristas em razão do campo cerrado do dialeto profissional que estes produzem e se autoidentificam. Com base em Bourdieu, alertou-se que, no campo do direito, o positivismo pode ser visto, sociologicamente, não mais como uma teoria abstrata, mas como uma disposição para a ação que se manifesta e se reproduz pelo discurso dos juristas. Ao que tudo indica, como uma disposição estável, o positivismo jurídico é incorporado, reproduzido e relido no interior das instituições em que o direito circula e nas quais os juristas são formados. A hermenêutica, assim, só poderá ser língua comum, uma atitude comum, se também for capaz de se impor como *habitus*, ou seja, se for capaz de, nos espaços mencionados, gerar as condições de sua reprodução como um discurso aceito pelos juristas. Assim, a hermenêutica poderá efetivamente ser uma ponte entre os abismos mencionados, entre práticos e teóricos, aberta à tradição e consciente dos limites de toda interpretação. A importância de todas as reflexões, apesar do sotaque filosófico, atende às demandas democráticas concretas. A verdade dos juristas sempre esteve vinculada, ao menos na modernidade, às demandas sociais de legitimação da força, e, por isso, não são verdades que emergem fora do campo da vida social concreta. Diante de tudo isso, a tese em apreço se coloca como uma singela contribuição para se pensar todas essas possibilidades e obstáculos, sem nutrir, portanto, ilusões salvacionistas, como se verificou em determinadas vertentes críticas, e também sem abdicar do *pathos* da emancipação, o que, no fundo, se não é uma verdade absoluta, pode ser aquilo que cada tradição é capaz de se colocar como desafio legítimo. A tarefa do pensamento crítico do e no direito, na atual quadra da história, seria justamente esse, recolocar como mandato próprio dos juristas a produção de novos desafios que gerem o diálogo necessário entre filosofia e direito, entre passado e presente, justiça e lei.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Bernadete Siqueira. **História da Filosofia**. São Paulo: Nova Cultural, 2004.
- ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência** (através de um exame de Nicolai Hartmann). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.
- ADORNO, Theodor W. Conceito de Iluminismo. *In: Textos escolhidos*. São Paulo: Nova Cultural, 2005.
- ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon, Althusser, a ideologia e as instituições. *In: ALTHUSSER, Louis. Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado*. Tradução de Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1995.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- _____. [sem título]. **Revista Doxa**. Universidad d'Alicante, n. 1, 1984.
- ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado**. Tradução de Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1995.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1.
- AMADO, Garcia. Filosofía hermenéutica y derecho. **Azafea – Revista de Filosofía**, n. 5, 2003.
- ANDERSON, Perry. **Considerações sobre o marxismo ocidental: nas trilhas do materialismo histórico**. Tradução de Isa Tavares. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.
- ANDRADE, Lédio Rosa de. **O que é direito alternativo**. 2. ed. Florianópolis: Habitus, 2001.
- _____. **Introdução ao Direito Alternativo Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- _____. **Cidadania: do Direito aos Direitos Humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- ARENDT, Hannah. **A dignidade da política: ensaios e conferências**. Tradução de Helena Martins e outros. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993.
- ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2005.
- ARISTÓTELES. **Órganon: ... Tópicos...** Bauru: Edipro, 2005.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. **Direito moderno e mudança social: ensaios de sociologia jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. **Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa – Ensaio sobre Direito numa sociedade de classes**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

_____; GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o direito**. Florianópolis: Cesus, 2002.

_____; BORGES FILHO, Nilson (Orgs.) **Gramsci: Estado, Direito e Sociedade – Ensaio sobre a atualidade da Filosofia da Práxis**. Coleção Ensaio – v. 1. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 13 out. 2009.

BASTOS, Aurélio Wander. **Hans Kelsen: resumo biográfico 1881-1973**. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Pesquisas Jurídicas, 2003.

BAUDRILLARD, Jean. A Verdade oblíqua. **Revista Época**. Rio de Janeiro, n. 264, jun. 2003. Entrevista concedida a Luís Antônio Giron. Também disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Epoca/0,6993,EPT550009-1666,00.html>>. Acesso em: 30 jul. 2009.

BEANI, Thaís Curi. **À escuta do silêncio: um estudo sobre a linguagem no pensamento de Heidegger**. São Paulo: Cortez, 1981.

BENNETT, Walter. **O mito do advogado: reavivando ideais da profissão de advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BERMAN, Harold J. **Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BITTAR, Eduardo C. Semiótica jurídica. In: BARRETTO, Vicente. **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006. v. 1, p. 758.

BLOCH, Marc Léopold Benjamin. **Introdução à história**. Mira Sintra: Publicações Europa-América, 1976.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007.

_____. Kelsen y Max Weber. In: CORREAS, Oscar (Org.). **El otro Kelsen**. Segunda reimpresión. México: UNAM, Ediciones Coyacacán, 2006.

_____. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 19. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

_____. **Contribución a la teoría del derecho.** Valencia: Fernando Torres, 1980.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico.** 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

_____. Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva. **Jueces para la democracia**, n. 47, p. 3-5, data.

BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia (a idade da fábula):** História de deuses e heróis. Rio de Janeiro: Ediouro, 2005.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade:** uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho.** Universidad d' Alicante, n. 21.

CAMPBELL, Joseph. **A epopéia do pensamento ocidental:** para compreender as idéias que moldaram nossa visão de mundo. 4. ed. Tradução de Beatriz Sidou. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Assistência Jurídica e advocacia popular: serviços legais em São Bernardo do Campo. *In:* _____ (Org.). **O Direito na Sociedade Complexa.** São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 15-52.

_____. **Direito e democracia.** Sao Paulo: Max Limonad, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade:** itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador.** 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido:** uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CAPUTO, John. **Desmitificando Heidegger.** São Paulo: Instituto Piaget, 1993.

CARVALHO, Olavo de. **Aristóteles:** os quatro discursos. Disponível em: <<http://www.olavodecarvalho.org/livros/4discursos.htm>>. Acesso em: 13 maio 2009.

CASTANHEIRA NEVES, António. **A crise atual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia:** tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Universidade de Coimbra – Boletim da Faculdade de Direito, 2003.

CASTORIADIS, Cornelius, 1922-1997; BOAVENTURA, Rosa Maria; GUEDES, Carmen Sylvia. **As encruzilhadas do labirinto.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987-1992. 2 v. (Coleção Rumos da Cultura Moderna, v. 53-54)

CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o estado**: pesquisas de antropologia política. 5. ed. [s.l.]: Francisco Alves, 1990.

COELHO, Luiz Fernando. O pensamento crítico no direito. **Seqüência**, Florianópolis, n. 30, 1995.

COMTE, Augusto. **Discurso Sobre o Espírito Positivo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

CONSTANT, Benjamin. Da libertad de los antiguos comparada con la de los modernos. *In*: DEL ÁGUILA, Rafael (Org.). **La democracia en sus textos**. Madrid: Alianza Editorial, 1998. p. ____-____.

CORREAS, Oscar (Org.). **El otro Kelsen**. Segunda reimpressão. México: Unam, Coyacacán, 2006.

_____. **Kelsen y los marxistas**. México: Coyoacán, 1994.

COUTINHO, Carlos Nelson. Introdução *In*; GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do Cárcere**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. v. 1.

_____. **Marxismo e política**: a dualidade de poderes e outros ensaios. São Paulo: Cortez, 1994.

COUTINHO, Jacinto Miranda de. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 1, n. 3, p. 37-44, 2005.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Introdução. *In*: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DESCARTES, René. **Discurso do método; Meditações; Objeções e respostas; As paixões da alma; Cartas**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os Pensadores: História das Grandes Idéias do Mundo Ocidental – XV)

DILTHEY, Wilhelm. **Crítica de la razón histórica**. Barcelona: Península, 1986.

DOSSIE, François. **História do estruturalismo – O campo do signo, 1945/1966**. Tradução de Álvaro Cabral. Bauru: Edusc, 2007. v. 1.

DUARTE, Écio Oto Ramos. Parte I – Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas do positivismo jurídico. *In*: _____; POZZOLO, Susana. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2006.

DUCOS, Michèle. **Roma e o direito**. São Paulo: Madras, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio**, São Paulo: Martins Fontes, 2000,

EIZIRIK, Marisa Faermann. **Michel Foucault**: um pensador do presente. Ijuí: Unijuí, 2002.

ESSER, Josef. **Precompresione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto**. Fondamenti di razionalità nella prassi decisonale del giudice. Napoli: Università di Camerino, 1983.

_____. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1961.

FARIAS, Victor. **Heidegger e o Nazismo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

FERNANDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer**. Valladolid, España: Universidad de Valladolid, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Função Social da Dogmática Jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1988.

_____. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

_____; MARANHÃO, Juliano. Função pragmática da justiça na hermenêutica jurídica: lógica do ou no direito? **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 5, p. 273-318, 2007.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2003.

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 1999.

_____. **Qu'est-ce que la critique? Critique et Aufklärung**. **Bulletin de la Société Française de Philosophie**, v. 82, n. 2, p. 35-63, avr./juin. 1990 (Conferência proferida em 27 de maio de 1978). Tradução de Gabriela Lafeté Borges e revisão de Wanderson Flor do Nascimento. Disponível em: <<http://www.unb.br/fe/tef/filoesco/foucault/critique.html>>. Acesso em: 26 jul. 2008.

_____. **As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

_____. **Microfísica do poder**. 22. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

FRANK, Manfred. Introdução do editor. *In*: SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. I. **Hermenêutica e crítica**. Ijuí: Unijuí, 2005. v. 1, p. 13-85 (Coleção Filosofia).

FREITAG, Bárbara. **A teoria crítica ontem e hoje**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

_____. Homem e linguagem. *In*: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de. **Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer**. Porto Alegre: Edi-PUCRS, 2000.

_____. Da palavra ao conceito. *In*: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de. **Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer**. Porto Alegre: Edi-PUCRS, 2000.

_____. **Verdade e método**: traços fundamentais da hermenêutica filosófica. 2. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. **Entrevistas do *Le Monde***. São Paulo: Ática, 1990.

_____. **A razão na época da ciência**. Tradução de Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Tópica**, derecho y método jurídico. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 4, p. 161-188, 1987.

GASTON, Bachelard. **A formação do espírito científico**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

GIDDENS, Anthony. Estruturalismo, pós-estruturalismo e a produção da cultura. *In*: _____; TURNER, Jonathan. **Teoria social hoje**. São Paulo: Unesp, 1999.

GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz. El concepto de precomprensión en la hermenéutica jurídica. **Revista Chilena de Derecho**, v. 22, n. 1, p. 7-22, 1995.

GONZÁLEZ, Felipe. Sobre el neokantismo lógico-jurídico. **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 2, 1985.

GONZÁLEZ, Mario Ariel P. “Zurück zu Kant” – (Adolf Trendelenburg, la superación del idealismo y los orígenes de la filosofía contemporánea). **DoisPontos**, Curitiba, São Carlos, v. 2, n. 2, p. 35-59, out. 2005.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRONDIN, Jean. En defensa de la hermenéutica. **Conciencia activa**, n. 9, Julio 2005. Entrevista concedida a Teresita Jiménez Flores, p. 95-96. Também disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/6755699/Entrevista-a-Jean-Grondin>>. Acesso em: 15 out. 2009.

_____. **Introdução à hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Boiteux, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GUERREIRO, Mário A. L. **Cetismo ou senso comum?** Porto Alegre: Edi-PUCRS, 1999.

HABA, Enrique P. Precomprensiones, racionalidad y método, en las resoluciones judiciales. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 22, p. 49-78, 1999.

_____. Una discusión: quien son los ‘irracionalistas’ en la teoría del derecho? (por qué algunos nos confiamos en que sean tan ‘racionales’, ni ‘razonables’, los enfoques hoy dominantes en esa teoría). **Revista Doxa**, Universidad d’Alicante, n. 19.

_____. Kirchmann sabía menos... ¡pero vio mejor!: vigencia de un antiguo diagnóstico, más algunas observaciones (que no son simpáticas) sobre la actual teoría del derecho. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 14, p. 269-318, 1993.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-metafísico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

_____. **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. **Dialética e Hermenêutica**: para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Tradução de A. Valls. Porto Alegre: LPM, 1987.

HALLER, Rudolf. **Wittgenstein e a filosofia austríaca**: questões. São Paulo: Edusp, 1990.

HEIDEGGER, Martin. **Os conceitos fundamentais da metafísica**: mundo, finitude e solidão. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. **Qu'est-ce Que la Philosophie?**. São Paulo: Abril Cultural, 2000.

_____. **Introdução à metafísica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

_____. **Ser e tempo**. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. Parte I.

_____. **Ser y tiempo**. Tradução de Jorge Eduardo Rivera C. Chile: Editorial Universitária, 1998.

HEISCHBERGER, Joannes. **História da filosofia na antiguidade**. 2. ed. São Paulo: Herder, 1969.

HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito**: O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

_____. As fronteiras do poder: o mundo dos rústicos. **Seqüência**, Florianópolis, ano XXV, n. 51, p. 47-105, dez. 2005.

_____. Os juristas como couteiros. A ordem na Europa Ocidental dos inícios da Idade Moderna. **Análise Social**, n. 161, p. ____-____, 2002.

_____. **A História do Direito na História Social**. Lisboa: Livros Horizonte, [s.d.].

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HORKHEIMER, Max. Filosofia e teoria crítica. In: **Textos Escolhidos**. Tradução de Zeljiko Loparic et al. 5. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1991 (Coleção Os Pensadores - 16).

HOUAISS, Antonio; VILLAR Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HUPFFER, Haidê Maria. **Ensino jurídico**: um novo caminho a partir da Hermenêutica Filosófica. Viamão: Entremeios, 2008.

HUSSERL, Edmund. **Meditações Cartesianas**: introdução à fenomenologia. São Paulo: Madras, 2001.

JAEGER, Werner. **Paidéia**: a formação do homem grego. 2. ed. São Paulo: Martins fontes, 1989.

JUNG, Carl Gustav. **Os arquétipos e o inconsciente coletivo**. Petrópolis: Vozes, 2000.

JUST, Gustavo. Josef Esser. *In*: BARRETTO, Vicente. **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006. v. 1.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

KARAM, Munir. **Estudos de Filosofia do Direito**: uma visão integral da obra de Hans Kelsen. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo do tempo. *In*: _____; HASSEMER, Winfried (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. ____-____.

_____. Discurso histórico. *In*: _____; HASSEMER, Winfried (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. ____-____.

KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. *In*: _____. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. Quem deve ser o guardião da Constituição? *In*: _____. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **O problema da justiça**. 3. ed. Tradução de João Baptista. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria Geral das Normas**. Tradução de Roberto Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

KIRCHMANN, Julio Germán von. El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho. *In: _____*. **La ciencia del derecho**, Savigni, Kirchmann, Zitelmann, Kantorowicz. Buenos Aires: Losada, 1949.

KONDER, Leandro. Entrevista. *In: PINASSI, Orlanda Maria; LESSA, Sérgio (Orgs.)*. Georg. Lukács e a atualidade do marxismo. São Paulo: Boitempo, 2002.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LEGENDRE, Pierre. **O amor do censor**: ensaio sobre a ordem dogmática. Rio de Janeiro: Forense Universitária/Colégio Freudiano, 1983.

LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. **Hermenêutica e direito**: uma possibilidade crítica. Curitiba: Juruá, 2008.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPARIC, Zeljko. **Heidegger réu**: um ensaio sobre a periculosidade da filosofia. Campinas: Papyrus, 1990.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Curso de história do direito**. São Paulo: Método, 2006.

LÖWY, Michel. **As aventuras de Marx contra o Barão de Münchhausen – Marxismo e positivismo na Sociologia do Conhecimento**. 12. ed. São Paulo: Cortez, 1998.

_____. Romantismo e Marxismo. *In: COGGIOLA, Osvaldo (Org.)*. **Marxismo Hoje**. São Paulo: Xamã, 1994. p. ____-____.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

_____. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUIJPEN, Wilhelmus Antonius Maria. **Introdução à fenomenologia existencial**. São Paulo: EPU, Editora da Universidade de São Paulo, 1973.

LUZ, Vladimir de Carvalho. Senso Comum teórico e pós-positivismo: os casos Dworkin e Alexy. *In: MARTEL, Letícia Campos Velho (Org.)*. **Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 2, p. 27-42.

_____. **Assessoria Jurídica Popular no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Formação da Assessoria Jurídica Popular no Brasil. **Revista do SAJU: para uma visão crítica e interdisciplinar do direito**, v. 5, p. 97-114, 2006/2007.

_____. A invisibilidade da crítica kelseniana sobre os limites da dogmática jurídica: um senso comum teórico ainda não desvelado? **Cadernos UNDB – Estudos Jurídicos**

Interdisciplinares – Revista do Curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco, v. 1, p. 11-37, 2006.

_____. Servicios Legales Universitarios en Brasil: breve cotejo de dos paradigmas. **El Otro Derecho**, v. 35, p. 281-297, 2006.

_____. Democracia dos pós-modernos? Notas sobre a democracia representativa e a liberdade no mundo contemporâneo. **Amicus Curiae – Revista do Curso de Direito da Unesc**, Criciúma, ano 3, n. 3, p. 11-33, 2006.

_____. Neopositivismo e Teoria Pura do Direito - Notas sobre a influência do verificacionismo lógico no pensamento de Hans Kelsen. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 47, p. 11-32, 2003.

LYOTARD, François. **A condição pós-moderna**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1988.

MACHADO NETO, Antonio Luis. **Sociologia jurídica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. **Para uma sociologia do direito natural**. Salvador: Livraria Progresso, 1957.

MACHADO, Roberto. **Foucault, a ciência e o saber**. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

MALISKA, Marcos Augusto. Operadores jurídicos enquanto intelectuais orgânicos. *In*: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo de Lima; BORGES FILHO, Nilson (Orgs.). **Gramsci: Estado, Direito e Sociedade – Ensaio sobre a atualidade da Filosofia da Práxis**. Coleção Ensaio – v. 1. Florianópolis: Letras Contemporâneas.

MARCONDES, Danilo. Desfazendo mitos sobre a pragmática. **ALCEU (PUC/RJ)**. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. ____-____, jul./dez. 2000.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MARTEL, Leticia Campos Velho. **Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade**. A linha decisória da Suprema Corte Estadunidense. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. Tradução de Rubens Enderle e Leonardo de Deus. São Paulo: Boitempo, 2005.

_____. **Manuscritos Econômico-filosóficos e outros textos escolhidos**. Tradução de José Carlos Bruni et al. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1991.

_____. **O 18 de Brumário e Cartas a Kugelmann**. Tradução de Leandro Konder e Renato Guimarães. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

_____; ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã (I – Feuerbach)**. Tradução de Carlos Bruni e Marco Aurélio Nogueira. 11. ed. São Paulo: Hucitec, 1999.

_____; _____. **A sagrada família ou A crítica da crítica crítica – contra Bruno Bauer e consortes**. São Paulo: Boitempo, 2003.

_____; _____. Manifesto do Partido Comunista. *In*: _____. **Cartas filosóficas e Manifesto Comunista de 1848**. São Paulo: Moraes, 1987.

MATOS, Olgária C. F. **A Escola de Frankfurt: luzes e sombras do Iluminismo**. São Paulo: Moderna, 1993.

MAZUREK, Per. Teoria(s) marxista e socialista do direito *In*: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

MERQUIOR, José Guilherme. **Da democracia entre os antigos e os modernos**. Disponível em: <<http://jgmerquior.motime.com/post/452473>>. Acesso em: 10 maio 2006.

_____. **O véu e a máscara: ensaios sobre cultura e ideologia**. São Paulo: T. A. Queiroz, 1997.

MEZÁRÓS, István. **A teoria da alienação em Marx**. São Paulo: Boitempo, 2006.

MONDARDO, Dilza. O mestre: luz e sombras. *In*: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (Org.). **O poder das metáforas: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. ____-____.

MONTESQUIEU. **De l'esprit des lois**. Oeuvres Complètes. Paris: Seuil, 1964. livre XI.

MORAIS, José Luiz Bolzan. As crises do Estado. *In*: _____. (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. ____-____.

MORUJÃO, Alexandre F. Prefácio *In*: KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Teoria estruturante do direito**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEDEL, António Carlos. **Uma tópic jurídica: como clareira para a emergência do ser do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NEVES, Marcelo. **A constutucionalização simbólica**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da moral: uma polêmica**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 11. ed. Barcelona: Arríela, 2003.

NOBRE, Marcos. Max Horkheimer – A teoria crítica entre o nazismo e o capitalismo tardio. *In*: NOBRE, Marcos (Org.). **Curso livre de teoria crítica**. Campinas: Papyrus, 2008.

OHLWEILER, Leonel Pires. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 1, n. 3, 2005.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (Org.). **O poder das metáforas**: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

ONATE, Alberto Marcos. Vontade de verdade: uma abordagem genealógica. **Cadernos Nietzsche**. São Paulo, v. 1, p. 7-32, 1996.

ORLANDI, Eni Pulcinelli. **As formas do silêncio**: no movimento dos sentidos. Campinas: Unicamp, 1997.

OST, François. **O tempo do direito**. Bauru: Edusc, 2005.

_____. Multilicite et discontinuite du temps juridique. Quelques observations critiques. **Contradogmáticas**, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 4/5, 1985.

_____. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 14, p. 169-194, 1993.

PACHUKANIS, E. B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. Tradução Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.

PALMER, Ricard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1989.

PAULSON, Stanley L. La distinción entre hecho y valor; la doctrina de los dos mundos y el sentido inmanente – Hans Kelsen como neokantiano. **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 26, p. 547-582, 2003.

PEDROLLO, Gustavo; MARTEL, Letícia Campos Velho. À guisa de introdução: a declaração de direitos da Virgínia. **Amicus Curiae – Revista do Curso de Direito da UNESC**, Criciúma, v. 1, 2004.

PEIRCE, Charles Sanders. **Escritos coligidos; Sobre a justificação científica de uma conceitografia; os fundamentos da aritmética**. São Paulo: Abril, 1974.

PÊPE, Albano Marcos Bastos. **Racionalismo aplicado**: uma categoria bachelardiana. Porto Alegre: Movimento, 1987.

PERELMAN, Chaim. **Teoria da Argumentação**: a nova retórica. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PETRAS, James. Os intelectuais em retirada. In: COGGIOLA, Osvaldo (Org.). **Marxismo Hoje**. São Paulo: Xamã, 1994. p. 83-92.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. **A lei**: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo: teoria social e política**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2005.

PORTELLI, Hugues. **Gramsci e o Bloco Histórico**. Tradução de Angelina Peralva. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

POZZOLO, Susana. Parte II – O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico: a reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito. *In*: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susana. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. São Paulo: Landy, 2006.

PRADE, Péricles. **Duguit, Rousseau, Kelsen e outros ensaios**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997.

PRADO FILHO, Kleber. **Michel Foucault – Uma história política da verdade**. Rio de Janeiro: Editora Insular, 2006.

RAMOS, Graciliano. **Vidas Secas**. 80. tiragem. Rio de Janeiro: Record, 2000.

RAMOS, Roberto José; JARDIM, Letícia Coronel. Althusser e Barthes: vértices epistemológicos. **Revista FAMECOS**, Porto Alegre, n. 17, abr. 2002.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RECÁSENS SICHES, Luis. **Tratado de sociologia**. Porto Alegre: Globo, 1965. v. 1.

RENNER, Karl. As fundações econômicas e sociais das instituições legais. *In*: BOTTOMORE, Tom (Org.). **Karl Marx**. Tradução de Nathanael C. Carneiro. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981. p. ____-____.

RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.

ROCHA, Leonel Severo. Semiologia e desejo. *In*: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (Org.). **O poder das metáforas: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 1998.

ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: tópica, discurso e racionalidade**. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

ROHDEN, Luiz. Hermenêutica e linguagem. *In*: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de. **Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer**. Porto Alegre: Edi-PUCRS, 2000.

RORTY, Richard. **Essays on Heidegger and others**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. v. 2.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal: bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RUEDELL, Aloísio. Schleiermacher e a atual discussão hermenêutica. **Veritas**, Porto Alegre, v. 44, n. 173, mar. 1999.

SAFRANSKI, Rüdger. **Heidegger**: um mestre da Alemanha entre o bem e o mal. São Paulo: Geração Editorial, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **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. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000. v. 1.

_____. **Um discurso sobre as ciências**. 11. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1998. *In*: _____. **O direito público em tempo de crise**: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SCHEID, John. O sacerdote. *In*: GIARDINA, Andrea (Dir.). **O homem romano**. Lisboa: Editorial Presença, 1992.

SCHIAVONE, Aldo. O jurista. *In*: GIARDINA, Andrea (Dir.). **O homem romano**. Lisboa: Editorial Presença, 1992.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica e crítica**. Ijuí: Unijuí, 2005. v. 1 (Coleção Filosofia).

_____. **A arte e a técnica da interpretação**. Petrópolis: Vozes, 1999.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHROT, Ulrich. Hermenêutica filosófica e jurídica. *In*: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfred (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

SEGAL, Charles. O ouvinte e o espectador. Capítulo VII. *In*: VERNANT, Jean-Pierre. **O homem grego**. Tradução de Maria Jorge Vilar de Figueiredo. Lisboa: Editorial Presença, 1991.

SILVA JÚNIOR, Almir Ferreira da. **Estética e hermenêutica**: a arte como declaração de verdade em Gadamer. Tese (Doutorado em Filosofia) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Departamento de Filosofia. São Paulo, 2006.

SOARES, Guilherme. **Os direitos, os juízes, o povo**: a cláusula pétreia dos direitos e das garantias individuais e o controle judicial de constitucionalidade das emendas à Constituição de 1988. 2006; ____ f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

_____. Elementos para caracterização tridimensional da dogmática jurídica: o modelo Dreier-Alexy. **Revista Sequência**, n. 43, p. 69-88. Curso de Pós-Graduação em Direito - UFSC, dez. 2001.

SPANIOL, Werner. **Filosofia e método no segundo Wittgenstein**: uma luta contra o enfeitiçamento do nosso entendimento. São Paulo: Loyola, 1989.

STEGMÜLLER, Wolfgang. **A filosofia contemporânea**: introdução crítica. São Paulo: EPU, 1977.

STEIN, Ernildo. **Sobre a verdade**: lições preliminares ao parágrafo 44 de Ser e Tempo. Ijuí: Unijuí, 2006.

_____. **Exercícios de fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: Unijuí, 2004.

_____. **Pensar é pensar a diferença**: filosofia e conhecimento empírico. Ijuí: Uninui, 2002.

_____. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Unijuí, 2001.

_____. **A questão do método na filosofia**: um estudo do modelo heideggeriano. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1983.

_____. **Melancolia – Ensaio sobre a finitude no pensamento ocidental**. Porto Alegre: Movimento, 1976.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

_____. **Crise dogmática. Manuais de Direito apresentam profundo déficit de realidade**. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=25&dir=DESC&order=date&Itemid=40&limit=10&limitstart=10>. Acesso em: 10 maio 2009.

_____. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 4, p. 223-262, 2006.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Hermenêutica Jurídica. *In*: BARRETTO, Vicente. **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/ Renovar, 2006. v. 1, p. ____- ____.

_____. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo. *In*: _____; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2005.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma Nova Crítica do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. 8 Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. A revelação das “obviedades” do sentido comum e o sentido (in)comum das “obviedades” reveladas. *In*: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **O poder das metáforas**: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____; ROCHA, Leonel Severo (Orgs). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisnos, 2005.

STUCKA, Petr Ivanovich. **Direito e luta de classes**. Tradução Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

TROPER, Michel. **A filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. **Direito e sociedade moderna. Contribuição à crítica da teoria social**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

VATTIMO, Gianni. **Para além da interpretação**: o significado da hermenêutica para a filosofia. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

VERNANT, Jean-Pierre. **Os gregos inventaram tudo**. Entrevista. Disponível em: <<http://www.unir.br/~primeira/artigo43.html>>. Acesso em: 10 out. 2007.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. (Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo, v. 1)

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WACQUANT, Loïc. **Esclarecer o Habitus**. Disponível em: <http://sociology.berkeley.edu/faculty/wacquant/wacquant_pdf/ESCLARECEROHABITUS.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2006.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *In*: _____. **Epistemologia e ensino do Direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. II, p. 27-34.

_____. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1995.

_____. Metáforas para a ciência, a arte e a subjetividade. **Seqüência**, n. 30, ano 16, jun. 1995.

_____. **Introdução Geral ao Direito. Interpretação da lei e temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Fabris, 1994. v. 1.

_____. **A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica.** Florianópolis: UFSC, 1983.

WEBER, Max. **Economia y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva.** México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

_____. **Economia e sociedade.** Brasília: UnB, 1999. v. 2.

WIACKER, Franz. **História do direito privado moderno.** Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Introdução ao pensamento jurídico crítico.** 2. ed. São Paulo: Acadêmica, 1995.

_____. **Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil.** São Paulo: Acadêmica, 1989.

WU, Roberto. A experiência como recuperação do sentido da tradição em Benjamin e Gadamer. **Anos 90**, Porto Alegre, v. 11, n. 19/20, p. 169-198, jan./dez. 2004.

ZILLES, Urbano. Fenomenologia e teoria do conhecimento em Husserl. **Revista da Abordagem Gestáltica**, XIII(2), p. 216-221, jul./dez. 2007.