

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

AS NOVAS TENDÊNCIAS DA HERMENÊUTICA JURÍDICA

Dissertação apresentada pela mestranda Marlova Jaqueline Macedo Mendes como requisito parcial à obtenção do título de mestre, no Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Paraná.
Orientador: Prof. Dr. Ivan Guérios Curi.

CURITIBA, JULHO DE 2002

TERMO DE APROVAÇÃO

MARLOVA JAQUELINE MACEDO MENDES

AS NOVAS TENDÊNCIAS DA HERMENÊUTICA JURÍDICA

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, no Curso de Mestrado, do Programa de Pós-Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Membro da Banca Examinadora: _____

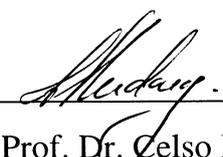

Professor Orientador

Doutor Ivan Guérios Curi

Membro da Banca Examinadora: _____


Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

Membro da Banca Examinadora: _____


Prof. Dr. Celso Ludwig

Caxias do Sul, julho de 2002

Dedico este trabalho ao Ivo, Ramon e Isadora, que na minha presença sentiram minha ausência.

Aos amigos,

Ivam Guérios Curi, Maria Helena B.
Rech, Clara Brogliato, Alindo Butzke,
pelas diferentes contribuições.

“Os valores não devem ser vistos como significações estáticas, relacionadas a algo absoluto, imutável. É na própria história das civilizações que podemos verificar a presença de valores em mutação.” (Rios, 200:19)

SUMÁRIO

RESUMO	vii
ABSTRACT	x
INTRODUÇÃO	1
PARTE I	5
CAPÍTULO I - A CIÊNCIA JURÍDICA: CATEGORIAS E FORMAS	5
Seção I -A FORMAÇÃO DA CIÊNCIA JURÍDICA	5
1.1 - A pré-cientificidade	5
1.2 - A controvérsia do século XIX	7
1.3 -Consolidação paradigmática: o caráter científico da Ciência do Direito	13
Seção II -AS CATEGORIAS DA CIÊNCIA DO DIREITO	17
1.1 - A norma jurídica	17
1.2 - A controvérsia da teoria das fontes.....	22
1.3 - A questão dos modelos jurídicos	29
1.4 - O problema dos métodos	33
Seção III – AS FORMAS DA CIÊNCIA DO DIREITO	35
1.1 - O modelo positivista	35
1.2 - O modelo jusnaturalista	39
1.3.- As controvérsias do século XX	42
CAPÍTULO II – O DIREITO COMO SISTEMA	43
Seção I – O CONCEITO DE SISTEMA NAS CIÊNCIAS EM GERAL E NA CIÊNCIA DO DIREITO	43
1.1 - O sistema como organicidade e como teoria	43
1.2 - A sistematização da Ciência Jurídica	45
Seção II – O PROBLEMA DO CONCEITO DE SISTEMA NO DIREITO EM SENTIDO MODERNO	50
1.1 - A escola clássica do direito natural	50
1.2 - A concepção positivista do século XIX.....	51
1.3 - Os modelos sistemáticos e a viragem para o século XX	53
Seção III – A TEORIZAÇÃO CONTEMPORÂNEA DA IDÉIA DE SISTEMA	54
1.1 – Sistemática e raciocínios analíticos	54
1.2 – Sistemática e tópica: um falso dualismo	56

Seção III – O NEOPOSITIVISMO CONSOLIDADO NO SÉCULO XX E AS SUAS DIVERSAS FASES	123
1.1 – Introdução	123
1.2 - O Extremismo Kelsiano	125
1.3 - A moderação da teoria de Bobbio.....	130
1.4 - A visão inovadora de Herbert Hart	134
PARTE III	138
CAPÍTULO I – HERMENÊUTICA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA	138
Seção I – HERMENÊUTICA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA: A QUIMERA TEÓRICA	138
1.1 – Contextualização	138
1.2 - Os movimentos alternativos de uma nova hermenêutica	141
1.5 - As teorias críticas do Direito: o Brasil dos anos 70 e 80	147
CAPÍTULO II – HERMENÊUTICA E SEMIOLOGIA	152
Seção II – HERMENÊUTICA E SEMIOLOGIA	152
1.1 - A Semiologia	152
1.2 - Gadamer e Heidegger como marcos teóricos	157
1.3 - Uma (re) construção da jurisprudência das valorações	162
CONCLUSÃO	165
BIBLIOGRAFIA	169

RESUMO

A pesquisa diz respeito à análise das variáveis jusnaturalista e sociológica para o estabelecimento da disciplina jurídica como fenômeno científico da modernidade. Delineada como uma ciência causal, nos moldes das ciências naturais, a ciência jurídica interpreta os fatos sociais através de procedimentos lógicos formais, tratando de forma generalizante e abstrata a dinâmica social, donde esses procedimentos têm a função de tornar a linguagem jurídica purificada, já que os conceitos surgem como esquemas mentais fechados. Analisa-se a concepção do Direito originada da metafísica individualista, na qual, tanto a criação como a interpretação da lei, ocorre sem a intervenção do homem como constituinte da realidade, mas como ente desvinculado do fazer social. A necessidade de mudança dessa ficção é demonstrada a partir da teoria hermenêutica, hermenêutica filosófica e hermenêutica crítica as quais delineiam o caminho percorrido na modernidade para a superação da teoria metafísica e, conseqüentemente, da obtenção de uma verdade incontestável. O trabalho traz a contribuição do estudo dos métodos utilizados pela teoria hermenêutica como meios exclusivos de retirar da lei o seu sentido, de forma a planificar a linguagem jurídica e, assim, os comportamentos humanos. Procuram-se demonstrar as contribuições da hermenêutica filosófica no que diz respeito à desconstrução que é operada dos métodos jurídicos para torná-los uma forma de compreensão dos diferentes sentidos que a linguagem jurídica, imbricada com a historicidade, proporciona. Critica-se, assim, a construção do fenômeno jurídico como uma instituição estática, que nega o devir humano e, também, a complexibilidade que o homem cria ao constituir a realidade. Por isso, o trabalho fundamenta a necessidade de encarar o Direito como algo em construção devido à diversidade das ações humanas. Nesse caminho, a teoria crítica propõe demonstrar que vivemos num tempo de fragmentação ideológica, originada da pluralidade de sentidos fornecidos à linguagem jurídica, através da percepção de que ela traz em si o “sentido do poder”, o qual serve para a manutenção de um determinado *status quo*. Uma hermenêutica crítica que desvele a simulação dos conceitos, à medida que os mesmos não revelam as suas reais intenções e

subjetividades, mas a objetividade inadequada às formas de organização social. Tal constatação é sentida a partir dos estudos da semiologia, para a qual os signos, além de expressarem somente significados, expressam significantes, o que torna a linguagem permeada de variações, sobretudo por designarem uma determinada representação social que só é conhecida quando se faz uma leitura do interior do ato de significação. Procura-se demonstrar que a semiologia tem a difícil tarefa de demonstrar que não existem verdades absolutas, como queria os adeptos da metafísica, mas que a linguagem jurídica é um discurso de poder que somente é conhecido quando se aceita a inclusão do homem como ente ideológico, na tentativa eterna de construir e desconstruir sua história.

Palavras-chave: Semiologia, comportamento, hermenêutica, interpretação, jusnaturalismo, linguagem jurídica, metafísica, Direito, sentido, pluralidade.

ABSTRACT

This research has as an objective the analysis of the variables of natural law and sociology to the formation of juridical subject as scientific phenomenon of modernity. Outlined as a causal science, according to natural science, the judicial science organizes and interprets social facts through formal logical procedures, considering a general and abstract form social dynamics, having in mind specific procedures that aim at purifying the juridical language, considering that the concepts come up as mental closed plans. The conception of the Law originated by individualistic metaphysics, where the creation and interpretation of the rules occurs without human intervention as reality member, but as an agent who is not linked with "social tasks" is going to be analyzed. The necessity to change this fiction is demonstrated by hermeneutics theory, philosophical hermeneutics and critical hermeneutics, which outline the way to overcome metaphysics in modern times and, consequently, the idea of an absolute truth. This text gives a contribution to the study of the methods used by hermeneutics theory as exclusive means, so that it is possible to use rules to find out its reasons, in order to give the same treatment to all human behaviors. The text, in addition, has as intention to demonstrate the contributions of philosophic hermeneutics to the deconstruction that is put into practice on the juridical methods to end up as a form of comprehension of distinct meaning that results in the juridical language, linked with historicity. So, it is going to criticize the construction of the juridical phenomenon as a static instruction that does not recognize the human evolution compartment and, also, the complexity that men generate when building reality. That is why, this research supports the necessity to face Law as something that is being built having as cause the diversity of human actions. This way, the criticism theory tries to show that we live a time when ideology is fragmented, that has as origin the diversity of meanings supplied by juridical language, through a perception that considers itself the "power sense", used to keep the establishment. A critical hermeneutics that discloses the simulation of concepts, considering that they do not show their true intentions and subjectivities, but the inadequate objectivity of the forms of social

arrangement. This perception, as it has been explained, is extracted from the studies of semiotics, which states that signs, besides expressing meanings, express the origin of the meanings, what have as a consequence a diversified language, that, first of all, shows a kind of social representation, only known when an inside reading of the signification act is made. It is an intention to demonstrate that semiotics has a hard duty when it tries to show that there is no absolute truth, such as intended by metaphysics followers. The juridical language is a powerful speech only known when the inclusion of man as an ideological being is accepted, on the continuous attempt to construct and deconstruct his history.

Key words: semiotics, behavior, hermeneutics, interpretation, natural law, juridical language, metaphysics, law, signification, plurality.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho caracteriza-se pelas averiguações, especialmente aquelas que destituíram de valor o sujeito, aquelas em que o sujeito foi deposto. É a averiguação da necessidade de um retroagir para preencher as lacunas deixadas pelo tempo sem a presença do Ser.

Começamos a caminhada em um tempo longínquo quando ainda o caráter lúdico, a criatividade e a liberdade estavam livres. Diz-se de um tempo em que a objetividade era superficial, justamente pelo fato de a crítica ser pouco significativa. É o tempo da pré-cientificidade, quando o homem ainda era objeto de saber, porquanto esse domínio pertencia aos entes de seu pensamento criativo.

A necessidade de socialização dos homens, o não viver em “estado de guerra”, de amenizar a falta de sentido da vida, perdida com o advento da modernidade, - e sua “necessária” cientificidade -, a par da dominação pela burguesia, trouxe o imperativo de fundamentar a origem do direito. Como concebê-lo, como uma ciência causal, ou como um fenômeno metafísico, fruto de construções intelectuais?

As constatações dizem respeito a presença inicial do direito como um fenômeno natural, depois como metafísico e, finalmente como um fenômeno positivo. Contudo, a constatação é que um e outro se imbricam, o natural é metafísico, o metafísico é positivo, e o positivo é metafísico e natural.

A controvérsia sobre a origem do Direito, nesse sentido, permeia as três possibilidades. Contudo, afóra a positividade que lhe é mais aparente, pois os olhos precisam ver, bem como os olhos, como elemento físico, precisam de referencial teórico, e mesmo porque sem padrões de conhecimento, não se vai a lugar nenhum, o Direito é concebido como fruto de causas e efeitos.

Idealiza-se uma igualdade de condições entre os fatos sociais com as ciências naturais, ou seja, se constrói uma ciência consubstanciada numa realidade não mutável, com vistas a controlar o comportamento humano e, assim, a dominação pelo poder das falas autorizadas.

Criam-se as condições para edificar o direito como uma ciência, a Ciência Jurídica, delineada através de um sistema fechado, da linearidade de comportamentos, da segurança jurídica.

E nesse ínterim, misturam-se quer a empiria pura e o idealismo extremo, um e outro, com suas razões, na tentativa de justificar o Direito como racionalidade humana.

Na formação científica do Direito constata-se que algumas categorias a caracterizam, ou seja, dão a ela condições de possibilidade de existência: a sua fonte, a norma jurídica e os métodos que a instrumentalizam. Noutras palavras, é o solo dos “*a priori*” não tematizáveis, é o lugar de onde a pré-compreensão Heideggeriana, como lócus cultural e de abertura, torna-se inexistente, em vista da consecução paradigmática do Direito.

O trabalho aponta que, na trajetória do Direito, foi necessária a sua construção sistemática, na qual criam-se condições formais que sustentam o ideal científico. Em verdade, constatou-se que os sistemas são ideais porque o vir-a-ser do homem, a mutabilidade é negada, pois o sistema foi configurado para antecipar os acontecimentos, com vistas a administrar as conseqüências antes mesmo que elas ocorram. Mesmo ao se pregar o Direito como sistema valorativo, não se foge de sua caracterização positivista, e, por isso mesmo, dogmática, no sentido de cercear a liberdade humana.

Contudo, o sistema valorativo torna-se mais aberto, permite o adentrar-se na dinâmica da vida, ao contrário dos sistemas conceituais, em que a vida é manipulada.

Procura-se demonstrar que é utópica a idéia do desejo de um sistema fechado para o Direito, que não se paute na abertura que a interdisciplinariedade permite, porque, afinal, trabalha-se com a ciência da vida, da vida que é eterna tentativa de acertos, de desacertos, mas nunca a imutabilidade de pseudoverdades.

Busca-se com a pesquisa identificar quais os fatores que levaram o homem a considerar a ciência do direito em sinonímia com as ciências naturais, o que possibilitou a presunção de que os fatos sociais podem ser absorvidos por uma gama de conceitos e, assim, como possibilidade de resolver os conflitos sociais, através da neutralização de expectativas.

A questão dessa caracterização, a de um sistema fechado que se autoreproduz, contudo, não é pacífica. Pode um sistema fechado resolver questões que se apresentam totalmente novas em vista da dinâmica e dos avanços sociais?

A concepção positivista do Direito, porém, é uma questão de escolha da racionalidade moderna que preferiu os raciocínios analíticos, das verdades consagradas pelo empirismo, às probabilidades da retórica. O porquê dessa escolha está na própria característica de dominação, na qual a imposição de condutas é mais conveniente do que o consenso e a competência comunicativa.

Procuramos delinear no trabalho, o caminho percorrido pela hermenêutica de forma a entender a passagem do direito como movimento paradigmático, centrado na interpretação lógico-dedutiva, bem como da desvinculação homem- realidade, para um movimento que anuncia a presença do homem como ente que constitui a realidade.

Dessa forma, se presume que a Teoria Hermenêutica é o lócus onde se procura criar uma teoria para a interpretação, onde se racionalizam formas e meios de sistematização, sobretudo através da ideologia teocêntrica, pois há, nos textos bíblicos, um sentido comum e uniforme que é necessário resgatar. Dessa forma, há a existência de uma hermenêutica teórica e não filosófica porque o homem não está incluído politicamente, mas excluído.

Diferentemente da Filosofia hermenêutica que surge com o Iluminismo (antropocentrismo), onde a hermenêutica é buscada na natureza do homem. Há o entendimento de que o homem tem capacidade de racionalizar por si mesmo e assim entender que a interpretação é a busca do sentido que se forma a partir do sujeito, como ente que funda a natureza pelos sentidos que a ela impõe e pelas experiências nela vivenciadas.

A interpretação não é vista como um fim em si mesma, independente da historicidade, mas é fundamentalmente o resultado do que o homem deseja que ela seja, pois ele é auto-suficiente para constituí-la.

Por fim, na Hermenêutica crítica, procura-se demonstrar que vivemos num tempo de fragmentação ideológica originada de uma pluralidade de sentidos

fornecidos à linguagem jurídica, percepção de que a linguagem traz em si o “sentido do poder”, que serve para a manutenção de um determinado *status quo*.

Uma hermenêutica crítica que desvele a simulação dos conceitos, à medida que os mesmos não revelam a suas reais intenções e subjetividades, mas a objetividade inadequada às formas de organização social.

PARTE I

CAPÍTULO I - A CIÊNCIA JURÍDICA: CATEGORIAS E FORMAS

Seção I - A FORMAÇÃO DA CIÊNCIA JURÍDICA

1.1 – A pré-cientificidade

O homem tem necessidade de acreditar nos fatos que o circundam, na existência do sol e da chuva, e nos fenômenos que o localizam dentro de uma realidade, porquanto são referenciais para sua existência e que o posicionam frente aos acontecimentos do mundo. Se, na modernidade, a atitude do homem frente à realidade é filosófica, de constantes tentativas de compreensão dos fenômenos, tendo-os como fonte de questionamentos, o que caracteriza uma atitude científica, já, em tempos remotos, essa atitude em nada se assemelha à inquietude que ora impera. O homem era um ser solitário nas suas indagações, e as respostas de suas dúvidas originavam-se não da realidade objetiva, fora de si mesmo, mas como obra de criações que iam além do mundo visível.¹

No dizer de Aftalión, o homem sempre encontrou formas para superar os desafios que o mundo lhe impôs. Ocorre, entretanto, que as respostas obtidas, mesmo sendo fruto de sua racionalidade, nem sempre foram atribuídas como obra sua, mas delegadas a seres superiores² que não se encontravam no mesmo lócus humano.³

Tal fato surge da necessidade de o homem demonstrar que a síntese de sua existência não pertence ao mundo no qual está inserido, mas de que sua origem é

¹ Para WARAT, “o complexo significativo da história é uma mistura indissolúvel de elementos reais e imaginários”. WARAT, L. A. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 103.

² Pode-se entender que a origem de tal fato ocorreu em função da força da linguagem, pois a palavra grega *mythos* significa linguagem, que explica a origem de tudo o que está no mundo, inclusive a existência dos deuses e dos homens. Assim, os mitos expressados pelo homem “têm o poder de fazer com que as coisas sejam tais como são ditas ou pronunciadas”. CHAUI, M. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, p. 138.

³ AFTALIÓN, E. R. et al. **Introducción al derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. p. 385-6.

divina, fruto de um mundo que constrói idealmente. Em outras palavras, segundo o autor, as respostas às necessidades sociais nem sempre estão onde o homem se insere de forma orgânica, mas sim como produtos dos estímulos que essa mesma realidade desperta nele.⁴

Dessa forma, à medida que as respostas aos enfrentamentos não se originam diretamente do homem, mas sim de construções divinas, isso constitui um estágio pré-científico da ciência.

A pré-cientificidade pode ser caracterizada, então: 1. por um conhecimento da realidade e se desenvolve sem programação e de uma forma tal que explicita a condição inata do homem que é seu poder criativo;⁵ 2. por representar, também, a sua imbricação com a realidade mesma, fazendo parte de sua natureza,⁶ representando um conhecimento mediano, sem aprofundamento significativo das razões de sua existência;⁷ e 3. por distinguir-se pela objetividade superficial,⁸ à medida que produz um poder de crítica pouco significativo.

Enfim, pode-se consignar que a pré-cientificidade é uma construção metafísica, pois as causas não estão no mundo, mas fora dele, em algo que se vislumbra superior à existência humana.

Podemos exemplificar tal fato no período romano, sobretudo pela teoria aristotélica (384-322 aC), na qual a essência do conhecimento está presente na natureza íntima dos fatos que são inerentes a eles, mas não aferíveis visualmente. O conhecimento surge, portanto, “de uma abstração indutiva das sensações provenientes dos sentidos e da iluminação do entendimento, agente que abstrai as particularidades individualizadas dessas sensações e constrói a idéia universal que representa a essência da realidade⁹.”

⁴ Ibid, p.386.

⁵ KÖCHE, J. C. **Fundamentos de metodologia científica**. Petrópolis: Vozes, 1997. p.24.

⁶ Um exemplo pode elucidar a assertiva: Questões ideológicas à parte, os índios têm o entendimento de que a terra lhes pertence não pelo bem material que representa, mas porque fazem parte dela, ou seja, não há uma dissociação entre ambos, o homem complementa o ser terra e este completa o ser homem. Ou, mais claramente, a terra não é um bem jurídico, como queira o Direito, mas parte integrante da existência do índio.

⁷ KÖCHE, op. cit., p. 24.

⁸ Segundo Chauí “...a objetividade é uma atitude imparcial que alcança as coisas tais como são verdadeiramente, enquanto a subjetividade é uma atitude parcial, pessoal, ditada por sentimentos variados...” CHAUI, op. cit., p. 11.

⁹ KÖCHE, op. cit., p. 46.

Para Ferraz, a forma como essas conclusões são obtidas pelos romanos origina-se de raciocínios alicerçados na prudência, de embates de idéias e opiniões, o que deu origem à hermenêutica dialética, por não se aceitarem resultados fixos, mas originados da realidade e da consciência de construir raciocínios de maneira responsável e não apenas contemplativa.¹⁰

1.2 - A controvérsia do século XIX

Os principais embates sobre a formação da ciência jurídica no século XIX referem-se à controvérsia entre concebê-la de um modo positivista, no qual ela equivaleria a uma ciência natural, consubstanciada em causas e efeitos, ou de identificá-la como um fenômeno metafísico, à medida que se originaria de construções intelectuais.

Faz-se necessário esclarecer, contudo, antes de entrar em pormenores, que essas teorizações só se originam devido às características peculiares que o homem possui em vista de ser um animal racional, pois, pelo fato de estar e se ver só, procura a socialização, busca mecanismos válidos universalmente para mudar essa disposição natural, para passar de uma condição de *homo naturalis* para a de *homo socialis*.

Para Aftalión, o Direito é uma ciência que se processa de forma positiva, fruto de causas e efeitos, pois se caracteriza por ser uma atitude dos sujeitos diante da realidade, com vistas à procura de sua essência, das causas primeiras, para que, a partir delas, se possa compreender os desencadeamentos que a constituem, através de métodos específicos.¹¹

Para ele, a idéia base da ciência do Direito engaja-se na proposta positivista de Comte, preconizada no início do século XIX, ao opor-se aos ideais metafísicos e idealistas da filosofia alemã, para criar uma ciência que se propugna à investigação e fundamentação da realidade com bases em dados reais.¹²

¹⁰ FERRAZ Jr., T.S. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas. 1980. p. 20-1.

¹¹ AFTALIÓN, op. cit., p.17.

¹² Ibid., p. 764.

A partir dessas premissas, expõe o autor que a ciência do Direito é a correta aplicação dos pressupostos de uma ciência positiva, como propugnada por Comte, ou seja:

Importa una adecuada aplicación al campo jurídico del principio positivista rectamente entendido como principio de la fundamentación científica. Significa que el jurista deberá controlar sus afirmaciones con los “datos” que le su ministre la realidad, teniendo en cuenta que esta presenta un carácter a la vez históricocontingente y axiológico necesario.¹³

Para Reale, a manifestação positivista se deve aos juristas romanos, pois conseguiram identificar padrões comuns de comportamento humano, seja das condições que esses comportamentos exigem para ocorrerem, seja das suas finalidades¹⁴.

Em outras palavras, mesmo diante das volubilidades que os homens enfrentam na vida social, os romanos identificaram, no dizer de Reale, “tipos de conduta” que, por sua vez, originaram os chamados “modelos jurídicos”. Por isso, através da identificação de que as condutas sociais possuem traços comuns, pode-se classificá-las como permitidas ou não permitidas e, assim, programá-las para serem ou não realizadas numa dada sociedade, através de seus valores culturais.¹⁵

Tendo por base a ciência positiva Comteana, Aftalión entende que, por mais diferentes que sejam as fundamentações, dois aspectos são intrínsecos a ela, quais sejam, a realidade, considerada como um dado concreto, e os elementos variáveis que acompanham o agir humano, que representam o dado abstrato.¹⁶ O concreto e o abstrato formam uma dupla, ou seja, a essência do Direito; nem só o concreto, como propugna a ciência positivista; nem só o abstrato, como queria a metafísica e a Escola de Direito Natural.

Nesse período, Hugo, citado por Larenz¹⁷, é o primeiro jurisconsulto a criticar veementemente o Direito oriundo de concepções metafísicas ou jusnaturalista, com a argumentação de que os povos autoproduzem legislação. Esse entendimento se dá por

¹³ AFTALIÓN, op. cit., p. 766.

¹⁴ REALE, M. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2000. p.185-6.

¹⁵ Ibid., p. 186.

¹⁶ AFTALIÓN, op. cit., p.766.

¹⁷ LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: FCG,1989. p. 65.

analogia com a linguagem que se transforma no tempo e no espaço, sem a interferência de outras entidades que não o próprio homem; tampouco é originada de um acordo entre os mesmos. O Direito, por semelhança, produz-se dessa mesma forma, isto é, a partir das necessidades materiais e valorativas dos homens.

Para ele:

O povo é o autor da língua, que a elabora espontaneamente, enquanto que a classe dos gramáticos surge somente mais tarde, com a função de promover o apuro técnico e estético da linguagem. Igual fenômeno se passaria com o Direito, que teria as suas regras formadas naturalmente pelo povo, como resultado das vivências sociais. A missão dos juristas e técnicos seria semelhante à dos gramáticos: prover a forma e não a criação do Direito.¹⁸

Hugo propõe a desconstrução do movimento da Escola jusnaturalista que fixou sua racionalidade na liberdade do homem como bem supremo. Coloca em seu lugar uma nova maneira de pensar o Direito, a partir de sua historicidade,¹⁹ contribuindo, assim, para a concretização da ideologia antropocentrista.

Nessa perspectiva, a fonte do Direito deve ser buscada na história dos povos, que possui como característica a cultura do tempo,²⁰ ou seja, o Direito não está apenas nas ações do homem enquanto ser que age no presente, mas sim num presente constituído pela própria história do homem.

Uma determinada cultura não é apenas o que se pode verificar em suas tradições definidas temporalmente, mas se estende desde a sua constituição até sua extinção. Nesse sentido, o Direito tem por essência este aspecto de não poder limitar-se temporalmente, mas extrapolar as contingencialidades e se propagar no tempo e no espaço.

Tal esclarecimento contribui sensivelmente para que o Direito seja considerado como ciência, apesar de não ter como objeto de investigação fatos imutáveis, que bem representam o modelo das ciências da natureza, mas sim os fatos que são extremamente mutáveis na sua essência.

¹⁸ NADER, P. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 191.

¹⁹ LARENZ, *op. cit.*, p. 67.

²⁰ FERRAZ Jr., **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 74.

De outra banda, a contingencialidade da ciência jurídica, ocasionada pela mutabilidade dos fatos, explica-se à medida que o homem possui uma característica que lhe é peculiar, que é a sua liberdade para modificar a “natureza das coisas”.²¹ Esse modificar a realidade significa a sua capacidade de fornecer significados aos fatos que permeiam sua existência, tornando-a repleta de sentidos.

Nessa perspectiva, a cientificidade do Direito está na singularidade que a caracteriza, ou seja, as condutas humanas que não escapam à mutabilidade de valores e à reação frente aos dilemas que o tempo e as circunstâncias econômicas e culturais lhe impõem.

Ao que parece, o historicismo, preconizado por Hugo, trouxe o entendimento de que o universal se projeta no tempo e no espaço, mas não os utiliza como limites, ou seja, a ciência do Direito, configurada nas condutas sociais, existe independentemente de condicionamentos temporais, mas os suporta e influencia.

Assim, embora o elemento valor seja intrínseco à ciência jurídica, o que é valorizado não é somente a realidade empírica, a sua representação objetiva, mas sim a significação atribuída a esses fatos, ou seja, significam-se os sentidos sem, contudo, olvidar que eles próprios são de origem metafísica, pois o homem não sobrevive sem utilizar-se de suposições ideais sobre a realidade.

Na mesma linha de raciocínio de Hugo, para seu precursor Savigni, o Direito também é fruto da historicidade, alicerçada na experiência do homem enquanto sujeito que age no tempo. Propugna um rompimento com o jusnaturalismo, por entender que ele estava desvinculado dos acontecimentos históricos, ensejado pelo Código Napoleônico de 1804.

Para ele, o Direito não pode ter como fonte idéias abstratas, originadas da razão, mas do agir inaudível e inconsciente do povo, que se forma sem ser visível e imposto à sociedade, da mesma forma como se consolidam outras instituições sociais, como a moral e a religião. Essas instituições, para Savigny,²² citado por Nader, deixam transparecer a alma do povo, os seus anseios mais íntimos, a sua subjetividade milenar.

²¹ AFTALIÓN, op. cit., p.19.

²² NADER, op. cit., p. 191.

Ademais, considerava o costume a forma ideal de revelação do Direito, superior à lei, pois “seria a expressão mais legítima da vontade do povo, que o cria diretamente”.²³

O embate entre Savigny e Thibaut é largamente conhecido a partir do choque de idéias entre os mesmos, à medida que Thibaut deseja o rompimento do Direito alemão não só materializado, em raízes romanísticas,²⁴ como também fragmentado, pois se engendra numa mescla de Direito alemão e romano, enveredando num tipo de pluralismo jurídico medieval que, no seu entender, se distancia sobremaneira das aspirações do povo alemão, inspirado nos ideais liberais da Revolução Francesa.

Para Canaris, Savigny é reticente à idéia de codificação por entender ser uma solução arbitrária, já que o Direito possui características que o identificam com instituições que não sofrem condicionamentos arbitrários, como a língua e os costumes de um povo,²⁵ fatores que são independentes de sujeições como os pretendidos por Thibaut, ou seja, o Direito possui como fundante uma índole cultural.²⁶

Em Aftalión, Savigny é o criador da ciência positiva do Direito, pois identifica seu objeto com os hábitos sociais dos povos ao abandonar raciocínios apriorísticos. Ademais, fornece ao Direito a capacidade de ser mutável e não estagnável, ou seja, sua teoria possibilita ao Direito criar vínculos culturais com a própria realidade, afora o fato de não propor a criação da norma em si, mas apenas o de identificar o local donde elas se originam.

Contudo, o pensamento de Savigny não contempla a questão de valorações, pois, ao entender que ele surge do espírito do povo, não se faz considerações sobre a possibilidade de se ter que lutar para ele vingar, pois no espírito do povo reside a imortalidade da alma. Nela, há ausência de perversidades que o ser humano é capaz de causar. Está presente nessa concepção o que Aftalión designa de tendência romântica do pensamento de Savigny.²⁷

²³ NADER, op. cit., p. 200.

²⁴ AFTALIÓN, op.cit., p. 772.

²⁵ Ibid., p.772.

²⁶ CANARIS, C.W. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: FCG, 1996. p. XCV.

²⁷ AFTALIÓN, op.cit., p. 776.

A partir do pressuposto de uma da concepção lírica do Direito, não há a presença do Direito como um fator de luta dos povos, conforme entendimento de Jhering, mas como fruto da contingencialidade dos povos, ou seja, de sua própria passividade e que necessariamente ocorre sem a intervenção político-crítica dos sujeitos.

No entendimento de Weber, o Direito surge através da racionalização polarizada no trabalho e na religião. O homem medieval acredita que é através da contemplação e reverência a Deus que lhe será proporcionado o ideal da infinitude da vida. Para tal fim, seu agir é apenas contemplativo, não é o homem suficientemente capaz de chegar a esse fim por si só, mas pela atuação da igreja. Com a reforma protestante, isso se inverte: Lutero insere a perspectiva de que é pelo trabalho que o homem alcança aquele objetivo, a vida eterna, ou seja, ele não precisa de intermediários.²⁸

Disso decorre a idéia de que o trabalho dignifica o homem, e que somente através dele, quando realizado com perfeição e afinco é que os sujeitos teriam a prerrogativa da vida eterna. Por outro lado, o trabalho torna o indivíduo um ser que se insere politicamente no mundo, a partir do fato de que o trabalho – e o lucro que advém dele – é central nessa nova ideologia, ao contrário do agir passivo e contemplativo, em que o sujeito não está no mundo de forma atuante. O Direito viria, então, organizar a burocracia necessária para que o lucro se tornasse perpétuo e acessível, enfim, seria um instrumento, um meio para a consecução de seus fins.

Nessa ordem de idéias, o Direito colabora para um agir político no e sobre o mundo. Funciona como um mecanismo racional de apoio para esse atuar, porquanto é uma racionalidade instrumental que possibilita uma maior eficiência técnica. Em outras palavras, o trabalho insere a perspectiva de segurança perdida com a queda do dogma da supremacia da igreja.

Da mesma forma, o Direito é um sistema burocrático, necessário ao mundo moderno, que se delinea a partir de um modo específico de ação, com um alto grau de

²⁸ WEBER, M. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Pioneira, 1996. p. 67.

eficácia técnica, superior a qualquer outro tipo de organização, graças a qualidades específicas, como rapidez, continuidade, precisão, hierarquização e impessoalidade.²⁹

Por outro lado, o Direito é técnica eficaz, utilizado como instrumento ideal para se obterem determinados fins, utilizando, para isso know-how, ou seja, o domínio de uma técnica específica que é a própria lei.

A cientificidade aqui se processa a partir da idéia de finitude humana, que é universal. A possibilidade de “salvação” da vida pelo trabalho submete no homem a crença de que o lucro não é imoral, é decorrência do trabalho. Assim, aliam-se ao valor lucro mecanismos para que se possa auferi-lo, sobretudo através dos Direitos subjetivos.

Enfim, pode-se constatar que existem fundamentos diferentes para consolidar a ciência jurídica como ciência positiva e como ciência de cunho metafísico. Não há, ainda, um consenso sedimentado sobre a característica que deve fundamentar o Direito. De um lado, propugna-se a ciência positiva, que não se adequa aos padrões valorativos das ciências humanas; de outro, aventa-se a sua idealização a partir de fenômenos que abstraem o ser humano como agente inserido na historicidade.

1.3 - Consolidação paradigmática: o caráter científico da Ciência do Direito

Segundo Ferraz,³⁰ não há um critério único para se saber o que é ciência. Modernamente ela tem sido idealizada através da metodologia que é empregada na sua formulação, sobretudo através da dualidade existente entre ciências sociais e da natureza. O Direito tem a tendência de ser classificado como uma ciência humana, o que ocorre de forma fragmentada, pois muitos acreditam que ele não é uma ciência, mas apenas uma técnica jurídica.

Os critérios comuns que atualmente caracterizam o que é Ciência dizem respeito ao fato de ela ser constituída de enunciados que explicitam determinadas constatações da natureza do ser humano, que podem já estar ocorrendo ou já terem ocorrido, ou ainda virem a ocorrer, que, por serem consideradas verdadeiras num

²⁹ WEBER, M. *Economia e sociedade*. Brasília: UNB, 1994. p. 64.

³⁰ FERRAZ Jr., *A ciência do direito*, op. cit., p.10.

momento da história, criam subsídios para compor um sistema de termos definidos, ou seja, de “enunciados verdadeiros”, que se tornam leis e não meras hipóteses, pois sua comprovação é duvidosa e, por isso mesmo, não aceita de forma unânime.³¹

Constata-se, na idéia de Ferraz, a necessidade de um objeto singular e universal, formado pelo consenso ou discurso comum de uma comunidade. Ao se absorver a totalidade do discurso dominante, têm-se enunciados conhecidos como princípios, os quais tanto podem representar “proposições jurídicas fundamentais”,³² ao absorverem os valores que a sociedade considera justos para aplicar, quanto podem explicitar a “natureza das coisas ou da instituição em causa”,³³ ao conformarem-se à medida que os fatos exigem.

No que se refere à diferença entre as ciências da natureza e as humanas, a abordagem deve ser feita a partir do método de investigação que se configura como uma forma específica de comprovação da veracidade das constatações. Cabe ao método definir se o enunciado é verdadeiro e não a verdade propriamente dita.³⁴

Para o autor, a diferença fundamental reside no fato de que nas ciências naturais procuram-se averiguar suas causas e efeitos e, nas ciências humanas, já se procede a uma valoração dos fenômenos constatados. Assim, a validade das ciências humanas repousa na validade das valorações que são atribuídas pelos homens aos fenômenos.³⁵

Contudo, as valorações que são fornecidas pelos sujeitos podem diferir, pois um fato, mesmo não havendo controvérsias sobre a sua ocorrência, pode causar dissensões negativas ou positivas sobre sua repercussão, já que os sentidos são polissêmicos.

Larenz opina de forma negativa no que diz respeito à cientificidade do Direito residir na sistematicidade, ou seja, em enunciados “metodicamente obtidos e

³¹ Id.

³² LARENZ, op. cit., p.150.

³³ Ibid., p. 161.

³⁴ FERRAZ Jr., op. cit., p. 11.

³⁵ Ibid., p. 13.

comprovados”, em consonância com o modelo das ciências da natureza, pois se denota uma preocupação maior com a forma e não com seu conteúdo empírico e valorativo.³⁶

Para Ferraz, a ciência do Direito compõe-se de enunciados que, além de descreverem uma realidade, são normativos porque prescrevem um dado comportamento como obrigatório para os sujeitos, ou seja, impõem-se aos sujeitos comportamentos escolhidos pelo legislador dentre várias possibilidades, para que algumas delas sejam executadas de forma sistematizada.

Esses comportamentos, no entanto, ao se direcionarem aos coobrigados nunca são os mesmos quanto à sua natureza, ou melhor, eles são “reinventados”, pois sofrem valorações, tanto daquele que os legisla, quanto daquele que os aplica de forma sancionatória e também como daqueles que são impelidos a cumprirem as normas, fatos esses que não estão presentes nas ciências da natureza, pois nela os fatos são apenas descritos como verdadeiros ou não verdadeiros e não valorados como nas ciências sociais.

Consoante, a ciência do Direito demonstra que os valores têm uma importância fundante, pois alguns são preteridos por outros, como é o caso da justiça. Por isso, não há como desassociar, na consecução científica do Direito, esse caráter que lhe é peculiar, de estar envolvido com a cultura e, portanto, com escolhas.

Por isso, para Canaris, a par da Ciência do Direito ser concebida como uma ordem sistemática, ao delimitar seu objeto de análise através de uma adequação interna, ela não deve olvidar da busca unitária de seus elementos a partir do valor justiça, como fim último a ser alcançado e que o sedimenta como sistema.

Nesse sentido, os princípios, ou seja, as constatações generalizantes dos valores sociais, representam o valor justiça que serve para guiar e direcionar a ciência do Direito. O justo, enquanto valor supremo, transita na historicidade e não se limita no tempo. Por isso, os princípios jurídicos contêm e desvelam esse significado último que está presente na história.³⁷

³⁶ LARENZ, op. cit., p. 199.

³⁷ Ibid., p. 200.

Entretanto, para que se possa materializar a “idéia de Direito” de forma sistemática, faz-se necessário apreender os valores que cercam esse conceito através de referenciais como ordem e unidade. A ordem diz respeito à possibilidade de o conhecimento ser decodificado pelo homem, e a unidade é a possibilidade de torná-lo um instrumento eficiente na busca da justiça.³⁸

De outro lado, o sistema jurídico do Direito se alicerça em conhecimentos objetivos, na delimitação de um objeto de investigação, o que corrobora para que se realizem as características de ordem e unidade, as quais deverão também partir de um ponto comum: os princípios de Direito.³⁹

A justiça, como cerne da ciência do Direito, também será importante para que o sistema tenha o mínimo de contradições internas, possibilitando, também, que tal princípio se generalize e se disperse pelo sistema.⁴⁰

Para Coelho, a ciência do Direito é um processo de interação entre o sujeito e a realidade, pois o homem, quando contempla a natureza, não consegue se abster do fato de querer modificá-la a partir de valorações e de compreender de maneira múltipla os fenômenos culturais.⁴¹

Assim, o Direito, caracterizado como ciência, tem a particularidade de que os sujeitos captam os fenômenos sensíveis através de processos de semelhanças e diferenças com outros objetos, criando-se a partir daí determinados conceitos.⁴² Significa dizer que o ato de cognição da realidade exige uma pré-compreensão dela mesma, à medida que só se conhece através de um processo de comparação.

Além disso, entende que a ciência jurídica realiza um processo de conhecimento ao tornar indispensável a presença de um sujeito que é o suporte subjetivo do conhecimento, dos objetos de análise – realidade social – e das idéias ou valorações sobre esses objetos.

Nessa ordem de idéias, tendo presente a necessidade do sujeito, como ente subjetivo dos fenômenos sensíveis e das valorações sobre os objetos, Coelho entende

³⁸ CANARIS, op.cit.,p.12.

³⁹ Ibid., p.13.

⁴⁰ Ibid., p.16.

⁴¹ COELHO, L. F. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p.36.

⁴² Id.

que a ciência do Direito projeta-se em três planos: o epistemológico, em que há uma relação indireta entre o sujeito e o objeto, pois este – o objeto – é organizado pelo sujeito de forma a que possa ser compreendido e que tenha um significado enquanto fenômeno científico; o plano lógico, em que a ciência do Direito é conformada pelo sujeito de forma a se relacionar com o objeto o mínimo possível, é a organização intelectual do conhecimento jurídico; por derradeiro, entende o Direito em sentido próprio, à medida que considera o seu objeto por si mesmo, a partir de sua ontologia e sua inserção dentro do contexto histórico-social.⁴³

Ao constatar esses parâmetros conformativos da ciência jurídica, Coelho explicita que ela é um “objeto cultural”, porque, ao aplicar o Direito, o sujeito se fundamenta nos valores sociais e também os reproduz à medida que aplica o Direito.⁴⁴

Assim declina-se da análise normativa considerada de forma abstrata, para entendê-la como uma pauta valorativa individualizada. Nesse compasso, o Direito se insere como um fenômeno presente, capaz de, alicerçado nos valores sociais, agir como um instrumento de transformação da realidade.⁴⁵

Seção II - AS CATEGORIAS DA CIÊNCIA DO DIREITO

1.1 A norma jurídica

As normas, consideradas do ponto de vista de um preceito, são diretivas para que os sujeitos direcionem seu comportamento de maneira previamente definida. São determinações que subordinam o destinatário à determinada conduta, haja vista que o não cumprimento regrado implica uma violação da ordem emanada.⁴⁶

⁴³ Ibid., p. 41.

⁴⁴ Ibid., p. 42.

⁴⁵ COELHO, L. F. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 43.

⁴⁶ COELHO, S. C. N. *Teoria geral do tributo e da exoneração tributária*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 40.

No entender de Austin, citado por Aftalión,⁴⁷ a norma jurídica caracteriza-se, sobretudo, por ser emanada de uma autoridade, fato esse que a diferencia de qualquer outro tipo de regramento, sendo indispensável, também, que se identifiquem elementos imprescindíveis para sua aplicação, como o tipo de ordem, a quem ela se dirige e o momento de ser aplicada. Para que seja obedecida, ela implica que os sujeitos a interpretem, o que demanda contextualizá-la no tempo e no espaço em que vige. Isso significa dizer que a norma jurídica difere de uma norma moral, pois esta se caracteriza pela contingencialidade, ou seja, não é necessária nem imposta pelo Estado num período delimitado, mas sua imposição é de caráter ontológico.

Diniz, em certo sentido, enfatiza o caráter autoritário da norma, visto que ele é necessário para que se objetivem determinados valores de um conjunto de fatos sociais, pois, se assim não fosse, as normas jurídicas seriam “uma reunião de palavras vazias; sem conteúdo substancial, esse ”Direito fantasma”, como todas as assombrações, viveria uma vida de mentira, não se realizaria, e a norma jurídica foi feita para se realizar”.⁴⁸

Assim, a norma existe para que se cumpra determinada finalidade, tem caráter teleológico, eis que inserida na sociedade, a qual, por si só, está sempre a se realizar através dos homens, cujas condutas as normas jurídicas direcionam.

Por outro lado, Wright⁴⁹ descreve outras distinções da norma, constituídas pelo seu caráter teleológico, qual seja, uma obrigação, permissão ou proibição, que representam as condições necessárias para sua aplicação; na origem, as normas são emanações de autoridade com poder⁵⁰ para tal ou constituem-se de pactos voluntários, que criam leis entre os contratantes; a promulgação – publicação da norma – que é o

⁴⁷ AFTALIÓN entende que a obediência à autoridade somente se efetiva por medo da sanção que esta pode aplicar, e não por fatores psicológicos, como as censuras, ou sociológicos como a moral. AFTALIÓN, op. cit., p. 829.

⁴⁸ Diniz, M.H. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1990-91. p. 7.

⁴⁹ WRIGHT, V. citado por COELHO. In: NAVARO COELHO, **Teoria geral do tributo e da exoneração tributária**. Belo Horizonte, Del Rey, 1999. p. 44.

⁵⁰ Para Diniz, há uma estreita relação entre norma e poder, pois este é indispensável para a criação da norma, visto que o Direito sempre envolve um processo de decisão, “escolha de um caminho dentre muitos caminhos possíveis”. O poder, contudo, nem sempre será um ato de arbitrariedade, mas realizado em vista da finalidade exigida pelos destinatários. **Curso de direito civil brasileiro**. DINIZ, M.H. São Paulo: Saraiva, 1991, op.cit., p. 7.

seu conhecimento e, por fim, a sanção, que tem por escopo permitir eficácia à norma, ou seja, fazer com que ela produza os efeitos desejados pelo legislador.⁵¹

Segundo Ferraz, para a norma jurídica existir, faz-se necessária a presença dos chamados “operadores lógicos normativos”, constituídos em obrigação, proibição ou permissão, os quais são condições intrínsecas de aplicação prática.⁵²

Ademais, esclarece que o estudo das normas é imprescindível para a configuração sistemática do Direito. Sob esse aspecto, entende que elas podem ser organizadas distintamente: de modo formal, através de princípios – modelo sistemático –, e de modo material – modelo problemático, divididas em áreas específicas, penal, família, etc.⁵³

O Direito, através da configuração formal, nos leva a entendê-lo como uma instituição construída pelo homem, originada culturalmente, como no entender de Savigny, bem como no de Geny, para o qual a tradição fornece informações - o “dado” -, cuja realização se concretiza nos instrumentos que o jurista utiliza para aplicá-lo, no “construído”.

Assim sendo, o “dado” é o resultado das valorações da sociedade, que formam a sua realidade e a direcionam para determinados objetivos, a serem concretizados pela técnica jurídica, através de instrumentos próprios, ou seja, o “construído”.⁵⁴

No entender de Diniz, o “dado” precisa necessariamente do “construído” para se realizar; este, por sua vez, somente se concretiza no “dado”, porquanto é nele que reside a possibilidade de interpretação do Direito.⁵⁵

Aftalión expõe que a vontade é fator irrelevante para tornar a norma eficaz, pois ela subsiste independente disso. Considera a vontade como uma ficção, porquanto

⁵¹ Para Bobbio, a eficácia da norma jurídica diz respeito a sua efetiva aplicação, ou seja, a sua receptividade para com uma consciência coletiva de coobrigados. Um curioso exemplo de autor para elucidar a questão: de nada adianta prescrever que os extraterrestres pousem com suas naves só em aeroportos autorizados, esta norma não tem aplicabilidade, pois o fato de uma aeronave deste tipo pousar na terra é muito remota. Nesse sentido, a eficácia diz respeito à validade da norma, ao fato da mesma ser útil, de servir. Nesse mesmo sentido Kelsen, ao determinar que se uma norma jurídica ficar por um longo tempo em desuso, ou seja, não possuir um mínimo de eficácia, ela não poderá ser válida. Percebe-se, assim, uma conexão entre validade e eficácia, pois esta é pressuposto necessário para a validade da norma jurídica. BOBBIO, N. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UNB, 1997.

⁵² FERRAZ Jr., **A ciência do direito**, op. cit., p. 63.

⁵³ Id.

⁵⁴ Ibid., p.64.

⁵⁵ DINIZ, M. H. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1994. p.136.

somente irá existir numa relação individualizada, quando muito entre alguns sujeitos,⁵⁶ subordinados uns aos outros. Nessa ordem, a norma deve ser estudada e analisada em si mesma, como um juízo hipotético. Assim, à medida que uma consequência foi determinada, ao ocorrer uma hipótese anterior a ela, a norma irá caracterizar um juízo hipotético. Para melhor compreensão, “ [...] juicios hipotéticos aquellos cuya verdad está subordinada a la de outro juicio. La verdad del juicio hipotético se encuentra relacionada com la de otro juicio ya que se encuentra puesta bajo la condición de que el otro juicio sea verdadero”.⁵⁷

Para o mesmo autor, ao se condicionar um determinado comportamento diante da hipótese de que o comportamento anterior tenha efetivamente ocorrido, trata-se de condicionar a própria liberdade humana, que é uma lei da natureza, e, em consequência, o que se condiciona é a própria natureza, vista sob o prisma da liberdade e a partir de uma racionalização específica que é a limitação pela ordem coativa.⁵⁸

Kelsen, ao levar em consideração sua obstinação em consolidar o Direito como uma ciência, desconsidera na formação das normas jurídicas as valorações que lhe possam ser atribuídas, pois o que importa para ele é criar as condições para que as condutas humanas sejam apreendidas. As condutas em si são elementos secundários às normas. O que importa é que se construa uma maneira eficiente de apreender a realidade desorganizada do mundo, de forma a colocá-la em ordem.⁵⁹

Kelsen desconhece na construção da norma jurídica o dado, para se ater somente ao construído, que é, por conseguinte, a norma jurídica. Esta, por sua vez, tendo na sanção sua eficácia, é meritória no sentido lógico-racional por erigir um estatuto próprio para o Direito, contudo frágil, no sentido social e humano, porque não indaga, na sua constituição, sobre a conformidade com a realidade, mas apenas a estrita obediência ao aspecto formal.

Pode-se ver o universo de outra forma e com outros olhos quando o “desconforto, o inconformismo ou a indignação perante o que existe suscita impulso

⁵⁶ AFTALIÓN, op. cit., p. 829.

⁵⁷ AFTALIÓN, op. cit., p. 828.

⁵⁸ Ibid., p. 829.

⁵⁹ WARAT, L. A. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1994. p.133.

para teorizar a sua superação”. É dessa desilusão com a situação que estava relegado o Direito que Kelsen suplanta obstáculos e cria um método que eleva o Direito à categoria de uma ciência, conferindo a ela um estatuto de autonomia.

O Direito, concebido de forma científica, insere-se no próprio projeto da modernidade, ao possibilitar que todos os fatos sejam vistos sob uma ótica sistemática e calculável, bem como um eficiente instrumento no controle dos abusos que poderiam comprometer o modelo de Estado moderno.

Nessa ordem de idéias, Kelsen participa da construção da modernidade, ou seja, de um projeto para a sociedade de forma científica e sistematizada, pois trabalha no sentido de construir o conhecimento como idêntico à regulação e, o que é pior, amputa as possibilidades de interpretação, monopolizando-a no próprio sistema.

Como explicitado, Kelsen constrói a ciência do Direito à medida que inaugura uma forma própria de pensar e fazê-la pura, com autonomia própria, o que trouxe para o Direito uma rigidez na construção das categorias e conceitos fundamentais. Cabe indagar, entretanto, quais são os pressupostos filosóficos que apoiaram Kelsen na sua conformação epistemológica.

Para ele, a ciência do Direito é uma formulação compreensiva da estrutura axiomática e hierárquica da ordem jurídica em que as normas estão coerentes e sistematicamente ordenadas.⁶⁰ Contrapõe o paradigma então consolidado da Escola do Direito Natural, à medida que seu fundamento se encarna num Direito ideal, de índole metafísica, mas que é veementemente negado por Kelsen.

Por outro lado, há que se considerar nessa conjectura o entendimento de Kelsen sobre o conhecimento. Nessa tarefa, utiliza-se dos ensinamentos de Kant, entendendo-o, tanto de maneira racional, ao referir-se aos objetos que dão origem às leis da natureza como formal, que são as formas do entendimento ou da razão, as regras de organização do pensamento, sem diferenciar o objeto.⁶¹

A filosofia de Kant propõe o estudo da racionalidade do universo e da vida, através do método crítico ou transcendental, que é o conhecimento que não se ocupa

⁶⁰ BASTOS, A. W. O conceito de Direito e as teorias jurídicas da modernidade. In: *Juris Poiesis*. Revista dos cursos de Direito da Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 1999. p. 37.

⁶¹ BONAVIDES, P. *Do estado liberal ao estado social*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 98.

tanto dos objetos, mas de como se conhecem os objetos, pelo homem, à medida que isto seja possível *a priori*.

Kant rompe com o paradigma empírico, porque permite um papel de supremacia às estruturas transcendentais do sujeito, que, por si só, não consegue conhecer a realidade em si, mas deve construí-la e organizá-la segundo as formas do espaço e do tempo, agregadas ao seu entendimento.

Para Kelsen, ao embasar-se nos ensinamentos de Kant, os objetos do mundo sensível não possuem um significado específico, que lhes dê objetividade, o que vai advir somente quando inseridos dentro dos parâmetros normativos.

Podemos dizer, como exemplo, que a morte é um acontecimento do mundo da natureza, independente da forma como ela ocorre, mas que, pelo fato de ela ser conceituada como um crime, com a sanção da pena de morte, isso somente acontece porque é fornecido a ela um “significado deontico adjudicado à situação morte”.⁶²

Em Kant, o conhecimento é realizado de forma separada da realidade, os objetos não precisam se relacionar com o intelecto para ele se concretizar enquanto instância formadora dessas possibilidades. Assim, o conhecimento, para esses filósofos, se realiza numa relação do sujeito com sua razão, desvinculado da realidade em que está inserido.⁶³

Nessa ordem, somente a partir da construção de um conhecimento *a priori*, Kelsen pode conhecer o seu objeto, ou seja, criar as normas jurídicas, no sentido de um dever-ser – deonticamente -, maneira pela qual se constitui o objeto da ciência do Direito. Estabelece-se, assim, uma relação entre o conhecimento *a priori* e a norma criada.

1.2. A controvérsia da teoria das fontes

Segundo pensamento de Erlich,⁶⁴ a ciência do Direito atualmente se formaliza na lei, cuja fonte é proveniente de um Direito que pertence ao passado e não ao

⁶² WARAT, op. cit., p. 133.

⁶³ Ibid., p. 135.

⁶⁴ EHRLICH, E. **Fundamentos da sociologia do direito**. Brasília: UnB, 1986. p. 386.

presente, porque, na sua composição material, utiliza-se de antigos registros jurídicos para a inspiração das leis atuais, as quais não se aplicam à época de quem as legisla.⁶⁵

O Direito feito em função de prescrições do passado representa apenas um ideal do legislador, não da sociedade. Ademais, ter como fonte referenciais históricos e políticos de séculos passados, como o Direito romano, denota uma profunda crise nas instituições modernas, que não servem como referenciais para a construção do Direito que hoje é reivindicado. Em outras palavras, como explicar que nossas instituições ainda estejam arraigadas no passado, utilizando como conteúdo diretivo fatos históricos e culturais totalmente distanciados da atual realidade.⁶⁶

Acredita que somente com um método de investigação jurídico do Direito vivo (atual) é que tal panorama pode se modificar, pois esse método legitima o que acontece efetivamente na sociedade.⁶⁷ Em outras palavras, para Erlich, as fontes do Direito são os acontecimentos diários, fruto das necessidades prementes de cada sociedade.

Para Bobbio, tanto o Direito natural como o Direito positivo eram até o final da idade média considerado Direito. Entretanto, com o advento da ciência positiva, o Direito se pressupõe ciência adequando-se a uma forma positiva de existência. Nesse sentido, predomina o Direito positivo – normatizado – ao Direito natural – não positivado, como aquele que legitima as necessidades sociais.⁶⁸

A respeito de tal fato, expõe: “São fontes do Direito aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui à competência a capacidade de produzir normas jurídicas”,⁶⁹ ou seja, existem determinados critérios de validade formal, no qual a lei é a principal fonte de origem. Ela funciona como um filtro que valida ou não certos atos humanos como jurídicos.

⁶⁵ Segundo Engels, a origem do Direito está intimamente relacionada com a produção de bens, pois à medida que a sociedade evoluiu, passando de estágios primitivos de produção para outros onde ocorre seu excedente, há a alavancagem de outras atividades produtivas, como a pecuária e o artesanato. Essas novas modalidades de produção incorporam-se na vida cotidiana não somente como uma atividade de subsistência, mas de exploração, tendo, então, o Estado de intervir coativamente para que esta sociedade, já complexa, subsista. ENGELS, F. **A origem da família, da propriedade e do estado**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991. p. 213.

⁶⁶ ERLICH, op. cit., p. 376.

⁶⁷ Id.

⁶⁸ BOBBIO, N. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995. p. 27.

⁶⁹ Ibid., p.161.

Por outro lado, “uma norma é válida se for produzida por uma fonte autorizada, ou, em outros termos, pode remontar a um dos fatos ou atos competentes ou capazes, segundo o ordenamento, de produzir normas jurídicas”.⁷⁰

Para o autor, deve haver uma fonte predominante de onde se originam as normas jurídicas, sendo condição necessária para isso que o ordenamento seja do tipo complexo,⁷¹ no qual existam várias fontes jurídicas, inseridas num ordenamento estruturado em planos diferentes de produção de normas, com valores normativos diferentes.⁷²

Ademais, sustenta que a fonte predominante dentro de um ordenamento jurídico hierarquicamente estruturado é a lei, porquanto ela é a manifestação do poder do Estado.

Outras fontes de normatividade não são reconhecidas como normas válidas, somente as normas inseridas no ordenamento jurídico do Estado, em cujo teto piramidal se encontra uma norma-matriz.

Dessa forma, para que uma norma ingresse neste ordenamento e tenha validade e, portanto, eficácia, é necessário que ela seja reconhecida, isto é, seja absorvida pelo ordenamento vigente, ou que valha pelo fato de o Estado delegar a outras instituições, e não a ele mesmo, que reconheça outras fontes de normatividade.⁷³

O Poder legislativo, por exemplo, tem delegação da Constituição para produzir normas jurídicas, e o Poder Judiciário, por sua vez, tem delegação do Legislativo para disciplinar os casos concretos que a ele são solicitados, através de leis, na forma de sentença.

No que diz respeito aos costumes como fonte de direito, para Austin, segundo Bobbio, esses serão fonte legal quando recepcionados pelo Direito, visto que são regras de domínio da moral, não reconhecidas pelo Direito, mas tornam-se Direito ao serem absorvidos por este estatuto jurídico, ao receberem uma sanção que lhe dá

⁷⁰ Id.

⁷¹ BOBBIO, op. cit., p. 162.

⁷² Ibid., p. 163.

⁷³ Ibid., p. 164.

eficácia, ao contrário dos costumes onde a eficácia é pouco expressiva, porquanto não impõe ao sujeito deveres objetivos que, se descumpridos, acarretam uma sanção.

Para Ferraz, a questão das fontes nos remete à idéia de que a origem normativa não é um dado acabado, tampouco oriundo de concepções metafísicas, mas construídas dentro do seio social, a partir da valoração de seus modos e formas de agir – da cultura.

Por certo, a ciência jurídica lida com a dualidade da forma e do conteúdo. Nem sempre o conteúdo se amolda na forma, até pode extrapolá-la ou ser insuficiente para preenchê-la, mas a forma, necessariamente, é uma só, aquela emanada do Estado,⁷⁴ necessária para que o objeto Direito possa ser identificável.⁷⁵

Assim, ao pensarmos em fontes de Direito, delineia-se uma forma de instrumentalizar o conteúdo - o construído – e a substância que preenche essa forma – o dado⁷⁶ – não há que se pensar num sem a existência do outro.

No que diz respeito ao surgimento das fontes de Direito, Ferraz coloca esse fato como forma de “racionalização” e “justificação”. A racionalização é o reconhecimento da origem do Direito a partir do Estado, infere-se pela configuração de um novo modelo político e econômico, o liberalismo. Na Idade Média, o domínio de um sujeito sobre o outro se alicerçava de forma antidemocrática, sob o fundamento de um querer divino. Ocorre, entretanto, que a própria natureza contingencial desse período histórico, ou seja, a complexidade das relações econômicas e políticas não avocavam mudanças nos padrões de justificação do poder, o que só irá ocorrer a partir do Renascimento, à medida que a sociedade apresenta uma teia de complexidade muito ampla, no sentido da existência de múltiplas racionalidades para os acontecimentos.

Com o renascimento, impõe-se “disciplinar” as fontes argumentativas que surgiam invocando-se instrumentos que servirá a todos de igual forma, qual seja a lei originada do Estado, através de sua soberania.

Ocorre, entretanto, que a idéia de lei está eminentemente atrelada ao poder econômico, porquanto foi “criada” sob o fundamento de alicerçar e determinar

⁷⁴ FERRAZ Jr., *Introdução ao estudo do direito*, op. cit., p. 220.

⁷⁵ *Ibid.*, p.221.

⁷⁶ *Id.*

condutas sociais para a preservação das relações econômicas e de segurança de uma determinada classe social: a burguesia. Assim, se no feudalismo o valor econômico estava na propriedade da terra, no capitalismo este valor está no lucro originado do capital, consolidado em reiteradas práticas mercantis e na dependência de seus agentes a essas práticas.⁷⁷

Assim o Direito é fonte de segurança para os proprietários do capital e manifesta-se na potencialidade coativa do Estado, através da regulação da proteção do capital, das decisões que sobre ele são tomadas, bem como na sujeição a qual devem se submeter aqueles que dele dependem. Assim, justifica-se a necessidade da lei pelos imperativos econômicos, que são também necessidades vitais de sobrevivência humana.

Dessa forma, o Direito e a economia estão atrelados um ao outro, pois não há que se admitir a produção econômica sem se pensar na sua regulação.⁷⁸

A idéia de disciplina nesse modelo significa um “fazer obedecer” tendo em conta uma fonte legitimada e legitimadora: o Estado e a partir das leis emanados desse poder. Ela – a disciplina - se manifesta, sobretudo, a partir de processos burocráticos que, segundo Weber, contém um alto grau de eficácia técnica, superior em relação a quaisquer outros tipos de organizações, graças a qualidades específicas, como rapidez, continuidade, precisão, hierarquização e impessoalização.

Sob esse prisma, a lei, como fonte do Direito, é um dos pressupostos da economia moderna, porque o Direito assim concebido é um Direito “calculável”, ao lado de outros princípios do Estado Liberal, como a liberdade contratual, a proteção jurídica oferecida pelo Estado, as liberdades individuais,⁷⁹ entre outras.

Nesse mesmo sentido, entende Ferraz que na lei está inclusa tanto a idéia de organização como a idéia de poder,⁸⁰ ou seja, o Estado emite sua vontade através de uma determinada forma, e as vontades particulares devem aderi-la. Se o Estado avocou para si essa tarefa, declinou de um pluralismo jurídico para a unicidade jurídica,

⁷⁷ WOLKMER, A C. **Pluralismo jurídico**. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994. p. 24.

⁷⁸ SANTOS, B.S., **A crítica da razão indolente**. São Paulo: Cortez Editora, 2000. p. 117.

⁷⁹ WEBER, **Economia e sociedade**, op. cit., p. 34.

⁷⁹ Id.

⁸⁰ FERRAZ, Jr. op. cit., p. 222.

automaticamente cerceou a vontade do todo para impor já a sua vontade, cerceando o dado no construído.

Para Reale, o Direito, originado através das chamadas “fontes de Direito”, não condiz com a complexidade estrutural da modernidade, sendo que um dos motivos dessa assertiva refere-se à submissão da origem do Direito ao querer do Estado, seja na forma de lei, seja através de decisões judiciais, pois o Direito, para ele, surge não apenas de comandos legais, mas de uma pluralidade de centros de decisão que são negados pelo Estado.

Para ele, as fontes do Direito serão substituídas paulatinamente pelos chamados “modelos jurídicos”, que representam processos de conhecimento da realidade, da experiência social, e sua positivação inteira-se de forma harmônica com a realidade, sistematizando os elementos que a caracterizam.⁸¹

Os modelos têm a incumbência de trazer para o Direito as experiências sociais, juntamente com o sentido ideológico do ordenamento jurídico, abrangendo-se, assim, a ampliação dos valores que estão nas estruturas da sociedade.⁸²

Em outras palavras, o fato de se harmonizar a normatividade com a experiência social, não significa regradar o comportamento tal como ele se manifesta, mas extrair desses comportamentos os seus elementos significativos.

O termo fonte de Direito, para Reale, indica os métodos de produção de normas jurídicas; apenas as fontes formais do Direito que, no seu entender, indicam “uma estrutura normativa que processa e formaliza, conferindo-lhes validade objetiva, as diretrizes determinadas de conduta ou determinada esferas de competência”,⁸³ as quais, para possuírem validade, estão atreladas a uma “estrutura de poder”.

Nesse sentido, as fontes formais do Direito se originam daqueles entes que têm poder para fazer com que elas se concretizem, à medida que irão possuir existência concreta, da qual irá projetar-se a sua validade. Para Reale, as fontes formais do Direito, devidamente processadas e formalizadas, são as leis, os costumes, as sentenças e os contratos que ocorrem naturalmente na sociedade.

⁸¹ REALE, M. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 40.

⁸² *Ibid.*, p. 168-70.

⁸³ *Ibid.*, p. 2.

Em Kelsen, nas fontes de Direito, tanto estão inclusas as chamadas fontes materiais como as formais. Seu entendimento é o de que somente é fonte de Direito as normas positivadas, pois são elas que vinculam o sujeito a um dever-ser.⁸⁴

Pela sua teoria, que tem como proposta um método isento de questões axiológicas, somente será fonte de Direito as normas que estão inseridas dentro do ordenamento jurídico, ou seja, na unidade sistemática que ele representa. Ademais, pela teoria Pura do Direito, somente a norma superior terá competência jurídica para criar outras normas, estas inferiores, pois a estrutura normativa de Kelsen é piramidal, ou seja, as normas superiores sempre criam normas inferiores e jamais o contrário.

Assim, as normas jurídicas somente serão válidas se criadas dentro desses pressupostos: pertencer ao ordenamento jurídico, donde já se deduz que são válidas, pois somente o Estado as cria, e são válidas porque norma superior válida as criou.

Resumindo, estamos inseridos dentro de um modelo de juridicidade em que o Estado detém a prerrogativa de ser fonte legal de Direito. Tal fato ocorre porque o Direito tem que se submeter a determinadas exigências de validade, sendo a lei a fonte primeira dessa manifestação científica, ficando as outras fontes, como os costumes, a jurisprudência e a doutrina, com o papel coadjuvante.

Contudo, tal paradigma se encontra em crise, porquanto os centros de juridicidade se alastram tomando rumos diferentes daqueles desejados pelo Estado, ou seja, a sociedade torna válidos contratos, acordos bi e plurilaterais sem avocar o Estado para os legitimar. Assim a juridicidade se divide entre a estatal, o Direito elitizado e a de domínio de parcelas populacionais cada vez maiores na sociedade, sobretudo para aqueles setores cuja prestação jurisdicional é de difícil realização.

Nesse sentido, muitos direitos e deveres são cumpridos à margem da lei, tendo em vista várias fatos causadores, como o difícil acesso à justiça e a demora de sua realização. Criam-se, assim, a par da unicidade estatal em produzir o Direito, foros onde a justiça não pode ser alcançada pela lei, mas surge da vontade das partes, da vontade dos excluídos da juridicidade.

⁸⁴ KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1984. p. 86.

1.3 - A questão dos modelos jurídicos

Entende-se que o homem é um ser que indiscutivelmente transforma o mundo a sua volta e por ele é transformado, quer sobre a natureza considerada em si como um bem corpóreo, quer a considere como um valor; o que não se discute é a sua presença atuante sobre o mundo sensível e o inteligível. No dizer de Palmer, o homem não vive momento algum sem interpretar, seja ao dizer⁸⁵ que algo é ou não é; seja para explicar⁸⁶ - compreender - e finalmente traduzir⁸⁷ - tornar compreensível uma determinada mensagem.

Dessa forma, o viver é sempre significação sobre o mundo, da relação que o homem tem com duas realidades distintas, a “realidade natural” e a “realidade cultural”.⁸⁸

Nesse aspecto se inserem os modelos jurídicos, pois representam a superação dos infinitos valores que são fornecidos à natureza, quer seja ela natural ou cultural. É através das opções feitas sobre os valores que o Direito, como modelo jurídico, se consolida.

Para Reale, os modelos jurídicos são oriundos da experiência jurídica, através de estruturas normativas, que se ocupam sobretudo com o estudo da validade do Direito e sob a forma de modelos jurídicos, categorizados na dualidade jurídico-prescritiva e na hermenêutica ou dogmática,⁸⁹ as quais tratam do problema da significação e da eficácia/aplicação dessas normas.⁹⁰

Para Reale, é através dos jurisconsultos romanos que se originam os modelos jurídicos, pois identificam na sociedade comportamentos comuns, valorados de maneiras semelhantes, tornando possível a realização de estruturas normativas que demonstram assiduidade num comportamento social.⁹¹ Essas estruturas, em síntese, são os modelos jurídicos, formados pela ligação com a realidade onde estão inseridos.

⁸⁵ PALMER, R. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1969. p. 25.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 30.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 37.

⁸⁸ REALE, M. **Lições preliminares de direito**, op. cit., p. 24-5.

⁸⁹ REALE, M. **Fontes e modelos do direito**. São Paulo: Saraiva, 1994. p.XV.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 2.

⁹¹ REALE, **Lições preliminares de direito**, op. cit., p.185.

Conformam-se, assim, os alicerces para o entendimento do Direito como uma ordem valorativa, mas, sobretudo, porque tais valorações podem ser agrupadas de forma sistemática, coordenadas entre si, com vistas a obter determinados resultados, quais sejam: por um lado, porque possibilitam prever os comportamentos humanos, já que antevê-los permite a realização de medidas preventivas para que tais comportamentos não se realizem quando prejudiciais ao homem; e, por outro lado, para que se possam realizar as condutas também desejadas.

Os modelos apresentam-se como arcações onde estão inseridos os valores que são atribuídos pelos homens aos fatos. Nesse sentido, as normas antecipam os acontecimentos futuros, já detectados pelo legislador através de certas tendências, fazendo com que a norma diminua a multiplicidade de “respostas” sobrepostas aos fatos,⁹² diminuindo-lhes, assim, a complexidade.

Para Reale, os modelos jurídicos somente têm existência objetiva quando vinculados à realidade, à experiência humana, pois, se isso não ocorrer, carecem de operacionalidade, visto que distanciados da finalidade que os valores manifestam.⁹³

Expõe que “a normatividade jurídica marca sempre um momento de racionalidade volitiva, de equacionamento de fatos segundo valores, numa necessária conversão do axiológico em teleológico”. O fim, assim, é a veste racional do valor, valor enquanto reconhecido como motivo determinante da ação.⁹⁴

Assim, pode-se compreender a normatividade em dois sentidos, isto é, o social e o legal. No primeiro, o legislador age com discricionariedade, entendida como liberdade de decisão valorativa para a configuração da norma; no segundo momento, ele a lapida colocando-a dentro do contexto do sistema do Direito,⁹⁵ das formas que configuram o Direito como sistema, concernentes a sua objetivação positiva.

Contudo, para que o sistema jurídico não exclua os atores sociais, impõe-se os verbos compreender e encontrar na constituição da norma. O primeiro nos leva a ter presente que a normatividade não prescinde de um processo de escolhas, ou seja, da

⁹² REALE, **Direito como experiência**, op. cit., p. 164.

⁹³ Ibid., p.165.

⁹⁴ Ibid., p.164.

⁹⁵ REALE, **O direito como experiência**, op. cit., p. 197.

compreensão das prioridades; já no segundo caso, a convicção é a de que se faz necessário encontrar alternativas para que as escolhas, realizadas necessariamente em função de valores, atinjam uma maior parcela de interesses possíveis, ou seja, de excluir – já que a escolha não prescinde de exclusão - a menor parcela possível de subintegrados nos sistemas funcionais da sociedade.

Reale entende que a restrição das normas em abranger a dinâmica social surge pelo fato de sua configuração abstrata, donde, através do processo lógico-dedutivo, se pretende resolver os conflitos sociais. No seu entender, “a juridicidade ou não da hipótese examinada decorrerá, por isto, do ajuste ou do desajuste entre o evento concreto e o que está enunciado na regra *in abstracto*”,⁹⁶ em outras palavras, apresenta-se aqui o processo lógico dedutivo que enseja uma limitação das soluções através da idéia de que os padrões conceituais são as soluções necessárias para a convivência humana.

Nota-se que os modelos normativos *in abstracto* são utilizados de forma equivocada pelo Direito, pois há a preocupação de se encontrarem soluções “verdadeiras” através da lógica aristotélica.

Aristóteles explicou que a dialética e os processos comunicativos são a forma ideal de conhecimento das disputas oratórias da política e para os assuntos em que cabe a persuasão, mas não para a ciência, porque nessa interessa a demonstração ou a prova das verdades.⁹⁷

Contudo, ao se focalizar o entendimento lógico aristotélico, pode-se analisar que os modelos lidam com realidades contingenciais, por isso não há que se falar em premissas verdadeiras a nos levar a obter conclusões necessárias, mas sim que, ao partir-se de *topóis* – lugares comuns - suas conclusões são apenas prováveis,⁹⁸ ou seja, a norma, enquanto conclusão silogística, possui apenas a realização de expectativas parciais e não totais.

O entendimento de Coelho acerca da lógica em Aristóteles é que ela não é uma concepção individualista do sujeito, mas inerentemente solidária, pois o sujeito,

⁹⁶ Ibid., p. 191.

⁹⁷ CHAUI, op. cit., p. 82.

⁹⁸ COELHO, L.F., op. cit., p. 66.

este ao descobrir novos conhecimentos que embasam a razão e a realidade, não o faz dissociado dos processos de comunicação, de valores presentes nos sujeitos, sobretudo na ciência jurídica, haja vista que ela é um processo de comunicação, não dando vazão à lógica do pensador solitário.⁹⁹

Já para os medievais terministas e para os modernos, a lógica se configurava como o dom do pensar, de abrir caminhos corretos à razão.¹⁰⁰ Tinha-se o pensamento lógico como aquele oriundo na intuição intelectual, proveniente de verdades absolutas, existentes em si e por si mesmas, sem a interferência do intelecto humano”.¹⁰¹ Contudo, contemporaneamente, percebe-se a falibilidade desse modo de agir, haja vista que o homem é um ser que está a raciocinar dentro de um contexto histórico, que é o seu habitat, ou seja, não há que tentar separar o ser cognoscente dos fenômenos que o circundam, que conformam a sua realidade objetiva e subjetiva.

Coelho, referindo-se sobre o mesmo assunto, especifica que, em Aristóteles, a totalidade somente existe no movimento que se perfaz em tudo aquilo que é edificável, que tem a potencialidade de crescimento, pois o que não está nessa condição não pertence ao mundo. Assim, não há que se configurar o pensamento lógico desvinculado da realidade, pois ele próprio – o pensamento - é movimento, negar-lhe é negar o movimento; é negar o sujeito dentro do espaço e do tempo.¹⁰²

O movimento, por sua vez, é indissociável da historicidade dos seres, de todo o processo cultural que o conforma num dado momento, por isso a lei, ao desvincular-se da realidade, nega ao homem ser sujeito caracterizado por um constante devir.

Por fim, a maneira encontrada por Reale para que os modelos jurídicos possam estar mais próximos da realidade, diz respeito à sua formação a partir do *normativismo concreto* no qual a logicidade é ampliada para ser exercitada de forma ética e abrangente,¹⁰³ o que permite que os modelos sejam configurados como modos específicos de comportamento, aptos à sujeição dos atores sociais. Nesse modelo, a normatividade conforma-se a partir de determinadas “essências sociais”, como a moral

⁹⁹ Ibid., p. 68.

¹⁰⁰ CHAUI, op. cit., p. 195.

¹⁰¹ Ibid., p. 196.

¹⁰² COELHO, L. F. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p.12-3.

¹⁰³ REALE, *O direito como experiência*, op. cit., p. 191.

coletiva que não agride a sociedade, mas é significativa a todos,¹⁰⁴ porquanto referem-se aos seus usos e costumes, suas características e necessidades preponderantes e que existem para “edificar”, segundo Aristóteles, o ser humano.

1.4 O problema dos métodos

Determinados fatos, por mais que sejam contestados, não podem ser admitidos como inverdades. A vida humana, por exemplo, é um fato incontestável. Descartes colocou essa questão ao expor que para descobri-los se deve esmiuçá-los até que se consiga provar que realmente os fatos existem e não podem ser contestados. Descartes é o precursor da famosa frase “Penso, logo existo”, contribuindo, assim, definitivamente para que o modelo de cientificidade empírica fosse levado às últimas conseqüências.

Por essa frase chega-se a determinadas conclusões: a de que o homem está no mundo como um ser que possui racionalidade e que é capaz de interpretá-lo, no sentido de compreender os fenômenos que estão a sua volta e de dar significado a eles, que indaga o porquê de sua existência, e, sobretudo, do porquê da necessidade de querer compreender o mundo.

Essa percepção mais cuidadosa da realidade inicia de forma crítica com o advento da filosofia, cuja teoria procura conhecer o mundo através de um esforço racional, no sentido de entender o sentido e o fundamento da realidade. Tudo isso está a serviço do homem para que se torne possível a ele conhecer melhor o mundo, munindo-se de determinados métodos para a busca das “verdades” dos fatos.

Dissemos métodos e não método porque a moderna filosofia entende que cada ramo da ciência tem suas especificidades, e estas exigem por si métodos de compreensão exclusivos. As fontes dos diversos ramos da ciência são diferentes, assim como os sujeitos que se ligam a elas, bem como a verdade que se procura pode ser

¹⁰⁴ REALE, *Lições preliminares de direito*, op. cit., p. 188.

diferente, e, tal como na ciência do Direito, o próprio sentido de verdade pode ser contestado,¹⁰⁵ dependendo do método que a produz.

Contudo, a partir da tese estruturalista de Husserl, percebe-se que a consciência fornece vários sentidos e significados para o mundo, que ela particulariza os fatos, percebe-os de forma diferente na sua individualidade. A própria consciência é percebida como uma estrutura e atividade necessária para se saber e conhecer.

Husserl amplia o conceito de fenômeno, pelo fato de o conhecimento não se limitar à análise dos fenômenos físicos ou psíquicos separadamente, mas que esses fenômenos são únicos, necessitando-se, para a sua completa percepção, de compreendê-los através da união de *a priori* e *a posteriori*.¹⁰⁶

O conhecimento, ao ser formado por uma pluralidade de fenômenos, necessita de métodos específicos para a compreensão de cada realidade, pois ele não vem ao sujeito pronto e acabado, ao contrário, é o sujeito que precisa ir ao encontro dele, através de suas idéias.¹⁰⁷

A tarefa dos métodos é apreender os fenômenos, com vistas a explicar seu funcionamento ou mesmo a buscar sua essência, a qual, para Aristóteles, era una, e para nós, homens modernos, é plural, pois é ela que possibilita um conhecer pleno.¹⁰⁸

Contudo, a prática metódica se diferencia da prática natural à medida que é necessário expor as razões do entendimento obtido. Assim, ao utilizar-se de um método que investigue e compreenda a realidade, perquire-se um controle das compreensões imediatas. A atitude natural, que adviria de um espírito despojado de prévios controles e limitações, é suspenso, o que permite um distanciamento entre o leitor e o escritor, com o objetivo de “neutralizar o pré-conceito natural da compreensibilidade imediata”.¹⁰⁹

¹⁰⁵ CHAUI, op. cit., p. 159.

¹⁰⁶ REALE, **Fontes e modelos de direito**, op. cit., p. 46.

¹⁰⁷ CHAUI, op. cit., p. 235.

¹⁰⁸ A plenitude para o homem é sempre limitada, haja vista entender-se que o conhecimento total e absoluto não é possível, pois a realidade sempre depende daquele que a investiga, que para captá-la necessita das formas de espaço e tempo. Assim a realidade sempre depende do sujeito, não conseguimos chegar a ela através sem estarmos nela inseridos, através da razão. CHAUI, p. 235

¹⁰⁹ BRAIDA, C. **Aspectos semânticos da hermenêutica de Schleiermacher** In: Filosofia Hermenêutica. Santa Maria: Ed. UFSM, 2000.

Esse controle da pluralidade de sentidos, com vistas a obter determinados fins, interfere de modo negativo nas relações jurídicas, pois não permite uma abertura à experiência humana, sendo, assim, uma forma de dogmatismo.

Para Warat, o uso dos métodos jurídicos direcionados para a manutenção da ideologia científica, através do controle das teorias, sufocou a possibilidade de o homem refletir o valor do conhecimento como um projeto coletivo, de maneira que os utiliza apenas para vincular o sujeito na sua “ordem simbólica”.¹¹⁰

Em verdade, os métodos funcionam como um mecanismo que impossibilitam às instituições de penetrarem na realidade permeada de valores, para se manterem na superficialidade com vistas a “sancionar um núcleo inalterável de valores abstratos”.¹¹¹

Os métodos são, enfim, meios de conformação da realidade ao modo de pensar tecnológico moderno e à necessidade – e vontade – de poder que está na sua base, o que nos leva a usar os métodos como formas de dominar um determinado tema e, através desse domínio, a obtenção de poder.

Dessa forma, os métodos científicos não deixam de ser técnicas de domínio da realidade, seja ela cultural, como é o caso do Direito, seja para dominar as ciências naturais.

Seção III - AS FORMAS DA CIÊNCIA DO DIREITO

1.1 - O modelo positivista

No que concerne à idéia de ciência positiva, esta é anunciada por Augusto Comte.¹¹² Para ele, cada ciência deve ter uma existência própria, independente dos diferentes ramos do conhecimento. Para tanto, faz-se necessário verificar paulatinamente como e de que maneira os fatos ocorrem em cada um desses ramos,

¹¹⁰WARAT, L. A. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1995. p. 103.

¹¹¹ Ibid., p. 104.

¹¹² COMTE, A. **Curso de filosofia positiva**. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 11.

pois essa é a maneira pela qual podem ser descritos minuciosamente suas causas ou princípios primeiros, de modo que um não se confunda com o outro.¹¹³

Esse método de fazer ciência, de organizar os acontecimentos a partir de uma ordem pela qual possamos identificar facilmente o seu objeto de estudo, tem por objetivo também o fato de, a partir deles, prever ações, determinar o desenvolvimento dos fatos em seus estágios superiores, pois, ao descrevê-los e mostrar suas relações, possibilita-se averiguar se os mesmos se repetirão.¹¹⁴

Assim, para a humanidade, o empreendimento de “antecipar” o futuro se torna de grande valia, pois, através da ciência, pode-se organizar o funcionamento da sociedade através de uma técnica única, na qual determinam-se, num primeiro momento, os fatos gerais de cada ciência fundamental e, posteriormente, seu agrupamento e sistematização.¹¹⁵

A filosofia positiva (...), considera impossível a redução dos fenômenos naturais a um só princípio (Deus, natureza...) ... a experiência nunca nos mostra mais do que uma limitada interconexão entre determinados fenômenos, irreduzíveis uns aos outros. A unidade que o conhecimento pode alcançar seria, assim, inteiramente subjetiva, radicando no fato de empregar-se um mesmo método, seja qual for o campo em questão: uma idêntica metodologia produz convergência e homogeneidade de teorias.¹¹⁶

Historicamente, Comte explica que a racionalidade humana passa por três estágios: o teológico, o metafísico e o positivo. No primeiro, tudo é explicado através de dogmas religiosos; no segundo, através de entidades metafísicas, como a alma, o espírito e as formas, e, no terceiro, a forma de razão se funda na análise dos fatos e de suas relações. Entretanto, somente o terceiro “estado” é definitivo, pois assegura a solução dos problemas sociais e a felicidade da humanidade. Nos outros “estados”, o conhecimento não se forma em cima de dados que possam ser visualizados empiricamente, eles são o produto de um conhecimento imaginado pelo homem, isto é, de um “*a priori*”.¹¹⁷

Para que o conhecimento científico se concretize, deve-se partir de uma análise

¹¹³ Ibid., p. 23.

¹¹⁴ ABBAGNANO, N. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 32.

¹¹⁵ LINS, I. **Perspectivas de Augusto Comte**. Rio de Janeiro: São José, 1965. p. 15-6.

¹¹⁶ COMTE, op. cit., p. 4.

¹¹⁷ GALVES, C. N. **Manual de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 240.

minuciosa das ciências naturais, da observação da causa e efeito de seus fenômenos. Entretanto, à medida que não se possam fazer experimentações fazem-se comparações que somente ficam na linha dos fatos observáveis.

Comte, na verdade, é adepto da ciência fenomenológica, inaugurada por Kant, na qual o homem cria determinadas formas para conhecer a realidade, isto é, para que os objetos tenham existência. Para esse feito, usam-se, por exemplo, o tempo e o espaço, que não são objetos, mas que se impõem a algo, tornando-o, assim, objeto. Kant alia a razão e a idéia, ou seja, a coisa em si junto com a coisa em mim, e a realidade passa a existir a partir da união dessas duas formas.¹¹⁸

Para Kant, o homem precisa criar o objeto no mundo, ou seja, superar a idéia para concretizar o objeto, à medida que as coisas que nós compreendemos são aquelas moldadas ao nosso espírito, à nossa idéia, tornando-se objeto de experiência e que podemos vivenciar.

Entretanto Kant reconhece que o conhecimento só é possível no plano da ação e dos deveres, no âmbito da vida prática. Para ele, pensar, ou seja, representar algo segundo as idéias, seguindo conceitos que podem ser verificados, nos dá a possibilidade de pensar a coisa em si, mas não através do transcendental (*a priori*), mas sim através da repetição e da experiência.

Dessa forma, Comte absorve a teoria Kantiana e cria um positivismo filosófico, no qual romantiza a ciência, à medida que ela é um guia da vida individual e social dos homens, única moral e única religião.

Na concepção Comteana, o positivismo se apresenta de duas formas: a) social, nascendo como fundamento da exigência de uma nova organização social e religiosa; b) evolucionista, estendendo a todo o universo o conceito de progresso, procurando impô-lo a todos os ramos da ciência.

Concluí-se que a filosofia Comteana foi muito útil para a concretização do progresso econômico, sobretudo no período em que ocorreu o ápice da Revolução Industrial, visto que, nessa fase, houve um profundo interesse em se pesquisarem métodos e processos que alavancassem novos mecanismos de produtividade, mais

¹¹⁸ REALE, M. **Introdução à filosofia**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 89-92.

rápidos e eficazes.

Assim, as teses fundamentais do positivismo ressaltam que a ciência se constitui num método de conhecimento possível e válido; que se trata de um método puramente descritivo, no sentido de descrever os fatos e mostrar suas relações através de leis, as quais permitem a previsão dos próprios fatos, ou no sentido de mostrar sua gênese evolutiva, dos mais complexos aos mais simples; que o método da ciência, para ser único e válido, deve ser estendido a todos os campos de indagação da atividade humana, para toda a vida humana, quer individual quer social.¹¹⁹

Depara-se na ótica Comteana a utilização do método científico de análise das ciências naturais a ser utilizado para as ciências sociais, ou seja, de que o fenômeno jurídico tivesse um tratamento de descoberta de suas causas idêntico aos fenômenos da natureza, fato esse que fez desenvolver a sociologia do Direito.¹²⁰

Para Coelho,¹²¹ entretanto, o Direito positivo se concebe dentro de um modelo dogmático de Direito, eis que seu conhecimento se produz a partir de uma mudança paradigmática de suas fontes, não mais oriundas de divindades metafísicas, mas do querer coletivo através do contrato social, no qual o Estado é o único ente autorizado a produzir Direito.

Ademais, para Warat, o positivismo tem a pretensão de ser um ideal de racionalidade, ou seja, de um conhecimento supremo, porque desde a sua ascensão, juntamente com o desabrochar do Estado Moderno, foi-lhe permitido reconhecer-se a si mesmo com a presunção de racionalidade única, como se a realidade se unificasse no modelo positivista.¹²²

Assim, o Direito positivo é revelado a partir do entendimento que se faz do querer do Estado, por isso, esclarece Coelho “... o cerne da teoria dogmática do Direito é a hermenêutica jurídica, cujo escopo é esclarecer aquele sentido normativo, seja em seu significado semântico, seja em seu alcance operacional. Trata-se de explicitar o sentido das chamadas fontes ou formas de expressão do Direito, com vistas à sua

¹¹⁹ ABBAGNANO, op. cit., p. 776-7.

¹²⁰ COELHO, L. F. *Lógica jurídica e interpretação das leis*, op.cit.,p. 48

¹²¹ Ibid., p. 36.

¹²² WARAT, *Introdução geral ao direito*, op. cit., p. 107.

aplicação aos fatos da vida humana”.¹²³

A dogmática jurídica, dessa maneira, é a compreensão do fenômeno jurídico pautado na lei, independente das escolhas feitas pelo Estado para legislar. Entretanto, segundo o autor, a dogmática compreende uma visão mais abrangente do fenômeno jurídico à medida que nessa perspectiva não está somente a produção do Direito em si, mas a crítica desse Direito.¹²⁴ Ademais, quando se cria Direito, parte-se sempre de um processo dialético, porquanto quem o cria emite valores sobre os objetos, bem como se deixa assim influenciar. Por outro lado, a dogmática é a interpretação do Direito a partir de sua normatividade, do Direito posto e vigente, o que importa à presença constante do operador jurídico, seja de maneira a estudar o fenômeno jurídico em si - ontologicamente, seja para organizar sistematicamente o complexo de normas ou para agir como hermenêuta jurídico, com vistas a fornecer o entendimento das normas, através de sua inserção em contextos sócio-culturais, sendo que, nesse último caso, ele participa ativamente da criação do Direito, o que não corre quando ele estuda a origem do Direito e sua sistematização.

Cabe esclarecer, contudo, a importância significativa da linguagem nessas três esferas de atuação do jurista, pois ele a utiliza como instrumento de organização externo do Direito, como para enunciar a multiplicidade de significados que ela possui.

1.2 - O modelo jusnaturalista

O entendimento de uma Escola jusnaturalista nasce, segundo Aftalión,¹²⁵ referindo-se a Grócio, da impossibilidade histórico-contingencial de respeitar como fonte o Direito internacional, na medida que seu fundador tem que se subordinar à autoridade política da Igreja. Nesse sentido, preconiza como sua verdadeira fonte não a história cultural de cada Estado e, conseqüentemente, sua autonomia, mas, respeitando esse aspecto, inverte a abordagem, elegendo como sua fonte a produção intelectual do homem, alicerçada na racionalidade que o diferencia dos demais seres.

¹²³ Ibid., p. 45.

¹²⁴ Ibid., p. 45.

¹²⁵ AFTALIÓN, op. cit., p. 736.

Dessa forma, entende-se ser o Direito natural de origem metafísica, porquanto alicerçado na natureza humana¹²⁶ a qual entende ser imanente ao ser humano, presente na sua consciência independente da vontade dos sujeitos.

Dessa forma, o Direito natural rompe com a idéia de que a fonte do Direito é de origem divina, mas ao mesmo tempo não rompe com o paradigma metafísico de formas apriorísticas para a concepção do Direito.

Por outro lado, em Grócio,¹²⁷ o Direito Natural é tido como um referencial para as ações humanas, as quais serão justas se coincidirem com a justiça do Direito e, ao não conciliarem com essa forma de racionalidade, serão considerados atos “ilícitos”. Acrescenta que os atos oriundos do Direito natural são obrigatórios, incorrendo daí que a realização de atos não conforme ao Direito natural serão execrados, pois não estão conforme a razão dominante.

Para Leibniz, o Direito natural é essência divina, presente no homem como uma luz, “lei ética geral”, na qual o Estado e o homem – na consolidação da solidariedade que é de sua natureza – devem harmonizar-se através da obediência a seus princípios éticos.¹²⁸

No período clássico, conforme nos ensina Bobbio,¹²⁹ Aristóteles entendia o Direito Natural como aquele universal, que possibilita sempre um mesmo resultado e existe independentemente de suas ações agradarem ou não a todos, ou seja, é um Direito que já possui em si a vantagem de não necessitar interpretações, pois que lhe é imanente ser justo. Além disso, não se manifesta pela imposição, já que nasce no interior das culturas onde circula, independentemente da vontade humana. Já para Paulo,¹³⁰ o Direito natural se caracteriza por ser bom, universal e imutável.

Para Bobbio,¹³¹ o Direito natural, que vingou até o século XVIII, sendo superado pelo Direito positivo, pressupõe uma norma fundada na vontade de Deus e

¹²⁶ Ibid., p. 739.

¹²⁷ BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*, op. cit., p. 20-1.

¹²⁸ FREITAS, J. *As grandes linhas da filosofia do direito*. Caxias do Sul: EDUCS, p.54-5.

¹²⁹ BOBBIO, N. *O Positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 17.

¹³⁰ Ibid., p.18.

¹³¹ Ibid., p.22.

por ele embutida na racionalidade dos homens, ou seja, citando São Paulo, o Direito natural são aquelas normas redigidas por Deus dentro do coração dos homens.

Precisa-se esclarecer de que a Escola Jusnaturalista, ao contrário do que se possa pensar, insere-se na perspectiva da modernidade, à medida que o homem se desvincula de elementos teológicos,¹³² ou seja, o homem se insere politicamente no mundo, é o sujeito que pensa e constrói sua história.

Para Ferraz, o jusnaturalismo nos deixou a herança da racionalidade, na qual o homem é um coadjuvante problemático na construção teórica do Direito, haja vista a sua ambigüidade, que torna o mundo altamente complexo.

No séc. XIX, entretanto, surge o dogma do positivismo do Direito que, no entender de Luhman, pode ser conceituado no sentido decisional, ou seja, para ele a multiplicidade das expectativas sociais estão condicionadas às decisões do Estado, através de uma forma específica, a lei.¹³³

Nesse sentido, a validade das decisões oriunda dos conflitos sociais só terá validade se sobre elas recair um “poder” decisional, à medida que é poder formal, porquanto institucionalizado pelo Estado.

Se, através do jusnaturalismo, tínhamos o dogma da certeza absoluta, oriunda de uma instituição ideal, a modernidade, através da racionalidade depositada na razão humana, fragmenta essa fonte unívoca de poder. Ocorre, então, o fenômeno, que é inerente a essa nova realidade, depositado na insegurança diante das escolhas realizadas pelo Estado, já que é a fonte legal emanadora das leis,¹³⁴ as quais não satisfazem a sociedade de forma generalizante, haja vista a diversidade de interesses que aí residem.

¹³² AFTALIÓN, E.R., op. cit, p. 736.

¹³³ FERRAZ, Jr., *A ciência do direito*, op.cit.,p. 41.

¹³⁴ Id.

1.3 - As controvérsias do século XX

Segundo Canaris,¹³⁵ o século XIX marcou um período de profícua atividade para a Ciência do Direito. Delineia-se, nesse período histórico, o método histórico de Savigny, ao caracterizar os fatos históricos como fonte de Direito e como modelo de entendimento. Cite-se também a implantação, de forma prática, do positivismo jurídico, através das codificações, sobretudo o Código Napoleônico, de 1804, bem como o entendimento das profundas deficiências que esse modelo apresenta, à medida que não capta a dinâmica social nas normas jurídicas.

Entretanto, se no século XIX (1800) constroem-se diretrizes basilares para a ciência do Direito, ou seja, delineia-se um perfil tanto no que diz respeito ao seu conteúdo quanto à sua aplicação, o século XX(1900) vai caracterizar-se como um período de desconstrução desses pressupostos.

Em outras palavras, no séc. XIX, o homem utiliza-se de toda a sua capacidade intelectual para conformar a ciência do Direito. Com a implantação do Código Civil Alemão, em 1900, traça-se a trajetória do Direito como um instrumento marcado de maneira formal, alicerçando a tendência do século XIX.

Em Stammler, vamos encontrar a continuação do Direito na perspectiva formal, a partir de um ideal de Direito justo com validade universal, ou seja, Stammler resgata a concepção do Direito através de modelos apriorísticos de cunho Kantiano – Direito natural –, à medida que idealiza o Direito justo através de sua conformação numa forma e método abstratos e universalmente válidos que, segundo Canaris,¹³⁶ estaria consubstanciado em categorias outras, como o dualismo entre ser e dever-ser e na separação entre Direito e moral.¹³⁷

Nessa ordem de idéia, Stammler propugna, mesmo que de forma relativamente acentuada, um retorno ao Direito de cunho natural – racional –, mas sem subverter a ciência jurídica positiva. Por isso, propõe a conformação de um “Direito natural de conteúdo variável”, ou seja, que se ajuste ao Direito positivo.

¹³⁵ CANARIS, op. cit., p. IX-XI.

¹³⁶ Ibid, p. XII.

¹³⁷ CANARIS, op. cit., p. XII.

CAPÍTULO II - O DIREITO COMO SISTEMA

Seção I – O CONCEITO DE SISTEMA NAS CIÊNCIAS EM GERAL E NA CIÊNCIA DO DIREITO

1.1 - O sistema como organicidade e como teoria

O termo sistema se origina, sobretudo, da necessidade que o homem tem de entender os fenômenos que o circundam para poder organizar seu ambiente, com vistas a obter determinados resultados. É essa a assertiva de Kant, para quem o sistema deve resultar de uma unidade de princípio que o fundamenta, mas que, para consolidá-la, deve ter um fim determinado e almejado, tornando necessária sua articulação interna.¹³⁸

Dessa forma, o sistema se configura como um método, um meio¹³⁹ pelo qual a realidade pode ser conhecida a partir de uma análise de conjunto. Em outras palavras, o homem não consegue viver com as incertezas que estão presentes na fragmentação social, e, por isso, precisa agrupar, classificar, dividir os fenômenos de forma a se sentir seguro e resolver os fantasmas do caos e das incertezas que o circundam.

Dentro desse parâmetro, as inseguranças que o mundo confuso apresenta ao homem, e que ele deseja organizar, são provenientes da alienação por ele vivenciada, ou seja, do estranhamento do mundo e dos fatos que o rodeia, sendo impossível estabelecer conexões para justificar os motivos últimos de suas ações, pensamentos e emoções. Pode-se dizer que o homem procura sistematizar para encontrar a perda do sentido do mundo, o rumo certo, enfim, o elo perdido.

Nessa ordem, o sistema possibilita a organização da realidade, pois é um meio de conseguir um fim, de chegar a resultados aceitáveis. Contudo, como a satisfação jamais é plena, o descontentamento se torna uma constante, pois que originado de necessidades subjetivas. Nesse sentido, cabe ao próprio sistema decidir como deve ser resolvida essa negação do sistema.

¹³⁸ KANT, I. *Crítica da razão pura*, Rio de Janeiro: Ediouro, 1999. p. 67.

¹³⁹ CURI, I. G. *Dilemas do direito penal: reflexão a partir da hermenêutica do sistema*. Curitiba, 1999. 283 p. Tese (Doutorado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Dentro desses parâmetros, levando-se em conta as necessidades de satisfação cognitiva do homem, dois fatores podem ser considerados de grande importância para o surgimento dos sistemas sociais.

Um deles diz respeito ao imperativo da guerra, pois através dela houve a necessidade de organizar meios físicos e materiais para o combate, bem como a correspondente constituição de um comando ideológico de sua necessidade, processos esses que irão influenciar a organização de todo o Estado moderno.¹⁴⁰

Nesse caso, o Império Romano é a sociedade onde a sistematização dos meios de “fazer as guerras” teve grande evolução, visto a necessidade de tornar os processos de combate conhecidos e absorvidos pelos povos dos territórios conquistados, sob pena de haver um comprometimento ideológico do avanço imperial romano.

O outro acontecimento refere-se a fatores econômicos, pois sempre se fez necessária uma estrutura organizacional na qual as atividades decorrentes desses fatores fossem praticadas de forma ordenada, no intuito de uma constante produção de bens de consumo.

Esse fato é analisado por Weber, para quem os sistemas de administração são necessários para a manutenção do Estado, tendo em vista que somente a gestão realizada de forma ordenada – sistematizada – pode suportar a dinâmica de uma sociedade em crescente desenvolvimento econômico.

A sistematização, para Weber, compreende uma forma específica da sociedade moderna atuar, com vistas a auferir determinados resultados através da lei, ou seja, do desejo de um ente artificialmente constituído, ente estatal – que, por sua vez, distribui a ideologia do lucro em todo o sistema, que trabalhará de forma orgânica em vista desse fim. Assim, para ele, molda-se uma racionalidade necessária para o desenvolvimento econômico com vistas a materializarem-se as metas do Estado Moderno de forma eficiente.

Para exemplificar, podemos citar os princípios do Direito administrativo, como o da legalidade e da eficiência, que já estão embutidos na formação do Estado, como meio para chegar à obtenção de seus resultados.

¹⁴⁰ FERRAZ Jr., *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 174.

Nota-se que, em ambos os casos, se elaboram meios para auferir diferentes fins. No caso da logística militar, operacionalizam-se formas para o alojamento, equipamento e transporte de tropas, produção, distribuição, manutenção e transporte de material; já na logística administrativa, elaboram-se processos de organização de recursos humanos, de capital, de estoques de produtos, entre outros.

Diante do exposto, conclui-se que o homem não consegue viver com as incertezas, fruto do desconhecimento da realidade, e, no momento em que ele se sente insatisfeito com esse desconhecimento, vai procurar resolver esses “fantasmas” de caos e incertezas através de formas específicas, qual seja, no processo de conhecimento dos fatos sociais, de forma a organizá-los sistematicamente e dominá-los, no sentido de prever os acontecimentos.

1.2 - A sistematização da Ciência Jurídica

O estudo do Direito de forma sistemática nos leva a entendê-lo como uma atividade ordenada segundo princípios e regras próprias, que designam a própria forma de se fazer ciência moderna, através de critérios específicos, tais como a utilização de enunciados que procuram purificar a linguagem comum, tornando-se verdades¹⁴¹ contingenciais que outros enunciados constatados posteriormente os podem refutar.

Para Larenz, entretanto, sistema significa algo mais do que a facilidade ou a obtenção de mecanismos específicos de apreensão da realidade por que ele informa qual a via possível de se buscar a verdade de forma ideal,¹⁴² ou seja, o sistema compreende uma unidade de sentidos e de respostas.

Para Puchta, o Direito será um sistema a partir de seu desencadeamento de um conceito supremo, geral e abstrato, que desemboca na lógica formal.¹⁴³ O Direito, para ele, só pode ser concebido de forma piramidal, um ideal “supremo” dotado de conteúdo jurídico, de onde se origina o restante do ordenamento jurídico.

¹⁴¹ FERRAZ Jr., T. S. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1980. p. 5-6.

¹⁴² LARENZ, op. cit., p. 19.

¹⁴³ Ibid., p. 20.

A par de seu dogmatismo, sua proposta sistemática provém da preocupação em possibilitar ao homem ser um sujeito de direitos, dos quais se originam conceitos jurídicos,¹⁴⁴ através de um *a priori* formal – resquícios do idealismo Kantiano –, e cuja viabilidade se concretiza através do método lógico-formal.

No mesmo sentido, para Winscheid, citado por Larenz, o sistema se expressa numa norma suprema, na qual reside a possibilidade ou a capacidade de as pessoas realizarem sua liberdade moral.¹⁴⁵

Já para Canaris, a idéia de um sistema do Direito surge devido à constatação de relações estáveis nas condutas humanas, originadas da repetição dos fenômenos. A regularidade, no seu entender, é a chave que possibilita ao Direito existir enquanto tal, porque é a partir dessa previsibilidade que poderá dar um tratamento diferenciado àqueles que dele necessitam.¹⁴⁶ Mas, além disso, é também uma ciência de ordem prática, que serve para resolver problemas humanos.

Contudo, pode haver dúvidas se realmente as relações humanas ensejam a formação de um sistema, ou seja, se possibilita a existência de unidade entre elas. Para Canaris, isso é possível se pensar, porquanto as mesmas existem à medida que objetivam a realização de um fim, de um ponto de vista que conforma o atuar conjunto, ou seja, a unidade existe enquanto moldada por valores,¹⁴⁷ os quais têm por objetivo realizar a justiça.¹⁴⁸

A unidade, contudo, deve ser compreendida para além da repetição de relações estáveis que caracterizam o sistema interno, mas sim para o fato de que as relações são passíveis de modificações, a partir da troca de informações do sistema interno com o meio externo – sistema externo –, eis que, em vista da evolução social, a sistematização se compreende na aprendizagem de trocas comunicativas com o universo exterior.¹⁴⁹ Essa concepção difere da proposta do sistema da Escola da

¹⁴⁴ Ibid., p. 22.

¹⁴⁵ Ibid., p. 24.

¹⁴⁶ CANARIS, op. cit., p. 62.

¹⁴⁷ O valor, como medida para a unidade do Direito, para Canaris, também é citado por Larenz, para quem não é possível ao Direito funcionar através de um sistema do tipo da jurisprudência dos conceitos, porquanto sua matriz são os valores.

¹⁴⁸ CANARIS, op. cit., p. LXIV.

¹⁴⁹ CANARIS, op. cit., p. 65.

Exegese que, a partir da impossibilidade de o juiz se abster de julgar – art. 4º do Código de Napoleão –, enveredou para a existência de um sistema completo, sem lacunas e sem ambigüidades, uma vez que estas podem incitar o julgador a buscar subsídios fora do sistema.¹⁵⁰

A par dessa dialética necessária, o sistema se abre voluntariamente para recepcionar o meio externo, com vistas a dirimir conflitos a partir de novos valores recepcionados. Temos como exemplo o caso das presunções legais, que são utilizadas pelo julgador quando não há como mensurar a objetividade das provas apresentadas, por isso – pela falta de receptividade por parte do julgador –, as mesmas se presumem verdades, como a da inocência, paternidade e legalidade, a partir de valores que o sistema não quer desprezar,¹⁵¹ mas que, ao mesmo tempo, flexibiliza sua rigidez.

A comunicação recíproca não descaracteriza a unidade, pois o sistema interno elabora “fórmulas redutoras que permitam exprimir grandes categorias de casos...” o que se obtém através da busca de uma ordem de regularidades.¹⁵²

A concepção de um sistema de Direito construído a partir de princípios é avocada por Engisch, pois não acredita que a construção conceitual possa absorver toda a matéria que regula a vida humana. Para ele, o ideal seria um sistema composto de princípios orientadores abrangentes que oportunizassem um delineamento de soluções através de uma coesão de sentido, donde a unidade se realizaria através da objetivação teleológica e normativa, fornecidas no interior da ordem jurídica.¹⁵³

Esser, citado por Larenz, também é favorável à idéia de sistema para o Direito, pois existe algo que é histórico para ele, que é a procura de soluções através de princípios, os quais, após um processo de consolidação, são sedimentados na jurisprudência.¹⁵⁴ Por outro lado, também é partidário da necessidade de renovação do

¹⁵⁰ Há que se levar em conta que no auge da Escola da Exegese, de 1840 em torno a 1880, isso era praticamente impensável, tendo em vista o fascínio que o Código exercia.

¹⁵¹ PERELMAN, C. **Lógica jurídica**. Martins Fontes: São Paulo, 2000. p. 44-5.

¹⁵² CANARIS, op. cit., p. LXIV.

¹⁵³ LARENZ, op. cit., p. 196-7.

¹⁵⁴ Id.

sistema, o que é permitido através de soluções que devem ser originadas pelos chamados “casos difíceis”.¹⁵⁵

Para Coing, a importância do sistema está no fato de ele permitir o conhecimento do Direito e a conseqüente solução de problemas. Entretanto, tal tarefa somente se concretiza a partir de sua abertura, ou seja, de uma constante dialética do interno com o externo.¹⁵⁶

Parece claro que a questão que ainda se faz premente é a de como considerar o Direito, ou seja, se um sistema aberto ou se um sistema fechado. Se fechado, como explicar que ele precisa constantemente estar sendo renovado pelo fato de suas lacunas deverem ser acolmatadas com vistas a possibilitar o maior número possível de decisões; se aberto, tal fato pode descaracterizar a sua permanência como ciência, eis que, segundo Coing, é a partir da unidade e adequação que o Direito procura ser ciência, com vistas à busca da justiça,¹⁵⁷ que fundamenta a existência axiológica do Direito.

Muitas respostas podem ser fornecidas a essas questões, porém, segundo Curi,¹⁵⁸ a característica do sistema não é nenhuma nem outra, são as duas, “aberto e fechado, completo e incompleto”, sendo que a completude, deve ser buscada em processos analógicos, na relação de semelhança entre coisas que têm alguns traços em comum.

Para Perelman, há diferenças de raciocínios no que diz respeito às técnicas jurídicas para acolmatar as lacunas. Na Suíça, por exemplo, a analogia é usada no processo de interpretação da lei, enquanto que os princípios gerais do Direito é que

¹⁵⁵ Sobre os chamados casos difíceis, existem entendimentos diferentes a respeito de se saber como resolvê-los, já que se caracterizam pela possibilidade de mais de uma solução, quer porque a resolução da questão está contida em princípios que se colidem; por não haver uma norma para se aplicar ao caso, ou ela existindo seja injusta, e, por fim, quando existe um precedente judicial, à luz de um novo caso, se considere necessário modificá-lo.

As soluções apresentadas são expostas, sobretudo pela posição extremista de Bobbio, para o qual não há como solucionar esses casos; a posição intermediária de Hart, na qual o juiz pode solucionar o caso, através de sua discricionariedade, mesmo que limitada, e, por fim, a solução de Ronald Dworkin, em que ao juiz não cabe criar Direito, tarefa do legislador e diz respeito à legalidade, mas de que sempre é possível uma resposta correta, pois sempre existiria uma solução melhor que a outra e, portanto, uma norma que deveria ser preferencialmente aplicada.

¹⁵⁶ LARENZ, op. cit., p. 188-9

¹⁵⁷ CANARIS, op. cit., p.14.

¹⁵⁸ CURI, op. cit., p. 49.

servirão para a tarefa de preenchimento de lacunas. Difere esta da Alemanha, porquanto, neste país, a interpretação apóia-se em princípios e preenchem-se lacunas pelo raciocínio analógico.

Contudo, como a complexidade é um fato presente no Direito, o uso da analogia é um critério estritamente subjetivo que não permite que se demonstre com logicidade se efetivamente há ou não semelhança entre os termos. Em outras palavras, a busca da analogia significa a procura de um conhecimento outro que não pode ser utilizado com a mesma significação do conceito positivado. Entretanto, como não há critérios específicos que possam medir essa comparação, não há que se falar em validade, mas, sobretudo, em adequação e eficácia dentro do sistema.

Como pode ser analisado, parece não haver respostas definitivas para essa questão da configuração aberta ou fechada do sistema jurídico. Contudo, Canaris nos indica alguns caminhos que podem ser percorridos. Em primeiro lugar, o sistema jurídico se caracteriza por ser inacabado, à medida que sua complementação parte da necessidade de adaptação às contingencialidades, sempre apto a se transformar em vista das necessidades.¹⁵⁹ Em segundo lugar, o sistema reflete a transitoriedade dos conhecimentos que o compõem, ou seja, como ele expressa um sentido, em mudando esse sentido na sociedade, esse fato se reflete no sistema fazendo com que mude também.¹⁶⁰ Essa mudança se manifesta de forma lenta e gradual, de maneira que novos princípios são absorvidos pelo princípio então existente. Por fim, a abertura do sistema tem ligação com o seu objeto, que são os comportamentos humanos, presentes na historicidade e extremamente mutáveis.

¹⁵⁹ CANARIS, op. cit., p. 106.

¹⁶⁰ Ibid., p. 109.

Seção II – O PROBLEMA DO CONCEITO DE SISTEMA NO DIREITO EM SENTIDO MODERNO

1.1 – A escola clássica do Direito natural

A origem da palavra sistema vem do grego *synistemi*, cujas características aludiam à completude, construída pela idéia de um conglomerado, constituído de forma ordenada e organizada.¹⁶¹

A partir do séc. XVII, o homem sente a necessidade de ordenar seu conhecimento na forma de sistemas, ou, conforme Lambert,¹⁶² citado por Ferraz, em mecanismos de partes unidas e dependentes uma das outras, de forma que o conhecimento tenha uma ordem tal, que se possa pressupor o que vai ocorrer posteriormente aos fatos.

A trajetória histórica pode ser definida com a integração do homem à natureza no período romano, fato que desencadeou a necessidade de constituição de um sistema que permitisse aos homens viverem em sociedade, regido por leis artificiais, fruto de seu próprio consenso, impedindo o uso da força de forma indiscriminada.

Assim, o Direito aparece como regulador das condutas humanas, sendo que a racionalidade, o formalismo e a sistematização são suas características primordiais, não prescindindo da idéia de um todo completo e harmônico.

Nesse sentido, o Direito é considerado como uma forma de organização, que surge através de uma racionalidade própria e sistematizada, em comum acordo com o paradigma científico da modernidade, abarcando dele todas as características construtivas, como formalismo e sistematização.

Em verdade, essa posição está presente em vários autores. Em Weber, o Direito natural se manifesta por conta da racionalidade moderna, donde se propugna a tão sonhada “ordem e progresso”, através da sistematização do conhecimento por outro, e também se amputam o respeito às individualidades do homem, à medida que

¹⁶¹ FERRAZ Jr., *Conceito de sistema de direito*. São Paulo: RT, 1976. p. 9.

¹⁶² *Ibid.*, p.25.

não conseguem resolver os conflitos sociais, que se intensificam sobremaneira diante dos avanços tecnológicos.

Em outras palavras, a lei dos homens vem substituir a segurança proporcionada pela lei de Deus, destruída pela Reforma Protestante de Lutero. Agora o que existe é um mundo onde o homem está só consigo mesmo, nesse novo modelo a segurança perdida é readquirida na lei.

Para Pufendorf, citado por Ferraz¹⁶³, o Direito natural manifesta a natureza decaída do homem. O Direito positivado, por sua vez, vem para organizar esse caos, age de maneira a impor - através de um aparato burocrático específico - a ordem numa natureza que é desorganizada por si só. Assim, a sistematização do Direito ordena imperativamente a realização de determinadas condutas e não apenas as indica.¹⁶⁴

Segundo Mello,¹⁶⁵ o fundamento da sistematização jurídica está em que o Direito representa uma lei natural, porquanto o homem, à medida que está isolado no mundo, tende à socialização, procura mecanismos válidos universalmente para que ele passe de uma condição de *homo naturalis* para um *homo socialis*.

A Escola jusnaturalista se fixou racionalmente na liberdade como um bem supremo e que manifesta-se através de Direitos subjetivos, positivados através da lei.

Nota-se na Escola do Direito Natural a vinculação do conhecimento a partir do querer divino que, em outras palavras, significa originá-lo da razão humana e de sua capacidade imaginativa, ao contrário do que vai ocorrer no modelo positivista, no qual se verifica uma estreita vinculação empírica, ou seja, uma relação com a realidade objetivada.

1.2 - A concepção positivista do século XIX

A concepção positiva do Direito está intrinsecamente ligada à doutrina Comteana, pela qual o homem está impossibilitado de conhecer o âmago das coisas, a essência constitutiva dos fatos, porquanto é sujeito limitado às aparências, aos aspectos

¹⁶³ FERRAZ Jr., **Conceito de sistema de direito**. São Paulo: RT, 1976. p. 30.

¹⁶⁴ Indicar no sentido de possibilitar uma convivência harmônica social e não natural.

¹⁶⁵ MELLO, M.B. **Teoria do fato jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 15.

exteriores dos fatos e não às suas causas constitutivas.¹⁶⁶ Assim, ao homem é permitido apenas conhecer as conseqüências que os fatos produzem na realidade e não as suas causas.

O positivismo provoca uma mudança na concepção do conhecimento, pois este, inicialmente, não era conhecimento científico, visto que surgia do querer divino, no qual o homem apenas contemplava os desígnios do Criador, sem interferência crítica sobre o mesmo. O positivismo, ao contrário, vem superar esse modelo através de uma análise minuciosa das causas formadoras da realidade, caracterizando, com isso, o modelo de cientificidade para a modernidade.

Do ponto de vista das ciências humanas, o positivismo é o conhecimento das causas do agir humano, ou seja, é conhecimento sociológico e não constituinte dos fenômenos, mas apenas de seus resultados.

Ademais, pode ser considerado nocivo diante da criatividade, haja vista que sua base conceitual fica circunscrita a padrões formalísticos do agir, sendo permitido ao homem apenas a realização de determinadas ações, prévia e racionalmente calculadas, embutidas em conceitos, fórmulas e princípios.

Contudo, de outro lado, é mecanismo facilitador da convivência social, pois diminui as expectativas diante do enorme número de respostas que a sociedade permite.

Há que se indagar, também, o aspecto do surgimento do positivismo, pois ele somente aparece diante de fatos econômicos até então desconhecidos da sociedade feudal onde o lucro era tido como um pecado. É a que essa teoria – o positivismo – vai ao encontro das necessidades emergentes das práticas mercantis do capitalismo,¹⁶⁷ com a finalidade de evitar a ocorrência de arbitrariedades, que poderiam colocar em risco a segurança social, engendrando a sociedade numa racionalidade cognitivo-instrumental.

Ademais, no modelo anterior, no feudalismo, há uma pluralidade de fontes de poder e, portanto, de fragmentação política, que não é mais adequada para o novo modelo, centrado no monismo jurídico, haja vista que é indispensável para a

¹⁶⁶ FERRAZ Jr., **Conceito de sistema de direito**. São Paulo: RT. op. cit., p. 31.

¹⁶⁷ Id.

consolidação do capitalismo que o poder de decisão esteja nas mãos dos donos do capital.

O positivismo jurídico se consolida como meio propulsor do capitalismo através do trabalho notável da Escola da Exegese que intensifica o movimento de sistematização do Direito, pelo apego à vontade da lei e de seu estabelecimento de origem estatal, ou seja, do Estado como monopólio que dita o Direito.

Em termos de sistema jurídico, o positivismo engendra um sistema fechado, sem lacunas, porquanto se auto-reproduz através da interpretação de determinados princípios, constantes do ordenamento jurídico e pela subsunção conceitual, donde, a partir de uma premissa maior (no caso o princípio genérico) e de uma menor (caso concreto), surge uma conclusão lógica e dedutiva.

A crítica ao positivismo direciona-se no sentido de que os conceitos e proposições unilaterais não captam a totalidade da realidade.¹⁶⁸ Há, de certa forma, uma recusa em recepcionar a complexidade social. Como se trata de um sistema que transpõe a realidade da natureza para a realidade social, pode negar esta e falsear as conclusões obtidas.¹⁶⁹

1.3 - Os modelos sistemáticos e a viragem para o século XX

Para Canaris, o sistema jurídico se constitui a partir de valores humanos. Contudo, para que ele se sedimente como tal, deve estabelecer ordem e unidade nesses valores, como premissas indispensáveis de sua função primeira, que é a busca da justiça através de uma adequação valorativa e unidade interior do Direito”.¹⁷⁰

Por isso, a justiça – ou a idéia de Direito –, segundo ele, deve permear todo o sistema, como fonte que o subsidia e que o justifica, sendo que o agir do jurista que não esteja conforme esses valores não está adequado ao sistema. Assim, a justificação desse modelo sistemático não corrobora com outros modelos, como o sistema conceitual, em que a idéia de justiça, como finalidade primeira, não está presente.

¹⁶⁸ FERRAZ Jr., op. cit., p. 34.

¹⁶⁹ Id.

¹⁷⁰ CANARIS, op. cit., p.279.

O conceito de sistema, para Canaris, definido a partir da adequação valorativa e unidade interior, deve se pautar, como acima especificado, por ter nos princípios gerais de Direito o seu norte indicativo.

Seção III – A TEORIZAÇÃO CONTEMPORÂNEA DA IDÉIA DE SISTEMA

1.1 - Sistemática e raciocínios analíticos

A Tópica é um dos elementos do pensamento lógico, uma forma de pensar e, conseqüentemente, de produzir conhecimentos. Surge, sobretudo, através do pensamento aristotélico, porém, como modelo hermenêutico jurídico, é introduzido pela obra de Wiehweg, *Tópica e Jurisprudência*, de 1953.

Para Aristóteles, nossos pensamentos originam-se de conclusões obtidas de proposições – verdades - anteriormente conhecidas. Raciocinamos porque fazemos juízos sobre essas proposições, formando um silogismo, que é objetivado numa conclusão, ou seja, numa forma de demonstrar, de provar o que se pretende. Em verdade, Aristóteles considera o silogismo uma forma de pensar na qual deve haver uma relação necessária e verdadeira entre o ponto de partida e o ponto de chegada – a conclusão.¹⁷¹

Diferencia dois tipos de silogismos ou duas formas de raciocinar: 1. os dialéticos, nos quais as premissas são apenas hipóteses, suposições feitas sobre uma coisa possível ou impossível, acontecimentos incertos, passíveis ou não de acontecer, resultando que as conclusões também serão apenas prováveis. A dialética é uma discussão entre opiniões contrárias que oferecem argumentos contrários, vencendo a argumentação que for mais persuasiva para o público que deseja atingir, e pressupõe do orador capacidade oratória e criativa.

Os raciocínios dialéticos surgem de pontos de vista que fazem parte do consenso comum, das coisas que estão presentes em toda a parte e que levam a um

¹⁷¹ CHAUI, op.cit.,p. 187.

modo de raciocínio em que as respostas obtidas não são unânimes, mas parciais, pois há divergências de sentido das conclusões a que os sujeitos chegam.

Além dessa forma de raciocinar, existem também os silogismos científicos. Estes se referem diretamente às premissas que, por sua vez, são evidentes e demonstráveis, sendo impossível que exista contradição entre elas. Elas devem ser universais e necessárias, e sua conclusão não admite discussão, refutação ou dissensão entre os oradores, mas a demonstração de relação entre elas a partir das premissas anteriormente expostas, sem a qual não terá valor.¹⁷² Em outras palavras, no silogismo científico há uma conexão direta entre as premissas e a conclusão.

Nessa ordem, o esquema clássico do silogismo se enuncia dessa forma: Se todos os B são C e se todos os A são B, todos os A são C, não há que se levar em consideração para a validade desse raciocínio o conteúdo do que é argumentado, mas sim a disposição dos argumentos, pois “é a forma do raciocínio que garante a sua validade”,¹⁷³ ao contrário do raciocínio dialético em que as proposições são consideradas em si mesmas.

Como foi dito acima, Aristóteles concebeu duas formas do pensar humano: o raciocínio apodíctico (científico-analítico) e os raciocínios dialéticos. Contudo, são os raciocínios analíticos que vingam na base da ciência moderna, pois os discípulos de Aristóteles consideraram tanto a lógica¹⁷⁴ como a metafísica ensinamentos filosóficos, e não conhecimentos sobre a realidade empírica, sendo que o apogeu desse modelo foi a interpretação escolástica que considera a obra de Aristóteles como um “sistema imóvel de idéias”.¹⁷⁵

Para Santos, o pensamento dialético – ou a retórica - sempre teve um lugar de destaque no pensamento ocidental, contudo, a partir da revolução científica, iniciada no século XVI, perde em significação, pois Descartes concebe um método de produzir conhecimento no qual este somente será verdadeiro se se puder analisar

¹⁷² Ibid., p.189.

¹⁷³ Ibid., p. 204.

¹⁷⁴ Para Levy, a lógica equivale a um processo cognitivo de caráter provisório diante das tecnologias virtuais, pois as mesmas tendem a tornar “irracionais”, ou pelo menos muito rudimentares os raciocínios da lógica clássica. LEVY, P. **As tecnologias da inteligência**. Rio de Janeiro: Editora 34, 1993. p. 155.

¹⁷⁵ COELHO, L. F. op. cit., p.67.

meticulosamente o objeto do conhecimento até não restarem mais dúvidas quando a sua existência e veracidade. Assim, “tudo aquilo que for provável deve ser considerado falso”, se dúvidas persistirem, conhecimento não há.

Ocorre, assim, o apogeu de uma racionalidade específica para o novo mundo que se inicia com a revolução científica e que dá origem a dogmas que devem ser seguidos por todas as demais ciências, um poder totalitário das regras do jogo do conhecimento.¹⁷⁶ Em outras palavras, a cientificidade nega o caráter racional a todas as formas de conhecimento que não se pautarem pelos seus princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas,¹⁷⁷ ou seja, da produção do conhecimento enjaulada, usando a terminologia de Weber.

Nesse sentido, a racionalidade cartesiana influencia decisivamente para o forjamento de um modelo cultural calcado na experiência e na evidência, colocando num segundo plano o pensamento argumentativo, como forma de conhecimento.

1.1 - Sistemática e tópica: um falso dualismo

Modernamente, porém, verifica-se a necessidade de se retornar a pensar dialeticamente, fato esse iniciado, sobretudo, com a obra de Wiewegh, pois o modelo silogístico científico de interpretação limita-se a teses que são consideradas verdadeiras sob o enfoque científico, não se adequando ao modelo das ciências interpretativas, como é o caso do Direito no qual não há que se ater a determinadas premissas, no caso os conceitos, como verdades postas, mas pontos de referências abertos – princípios – que se adequam às necessidades sociais.

No entender de Schleiermacher, precursor da hermenêutica moderna, a dialética propicia um conhecimento provisório, pois está atrelada à linguagem, visto que ela mesma – a linguagem - não torna toda a realidade conhecível, apenas uma parte dela, o que não possibilita total transparência, nem tampouco controle total sobre ela.¹⁷⁸

¹⁷⁶ SANTOS, p. 61.

¹⁷⁷ Id.

¹⁷⁸ SCHLEIERMACHER, F. D. E. **Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Vozes, 1999. p. 11.

Nessa ordem, a linguagem e seus sentidos modificam-se através da historicidade dos fatos, “linguagem como um universo infinito”, não se podendo falar em verdades absolutas.

Ademais, o raciocínio dialético se adapta ao Direito por oportunizar a possibilidade de decisões a partir do consenso entre as partes, a par da multiplicidade de significados que o homem fornece aos fenômenos e que precisam ser equalizados diante da limitação da lei. Considerar, pois, determinadas premissas como verdades absolutas entre as partes, é paralisar as percepções do homem sobre o mundo, significa colocá-lo no mesmo patamar das coisas inanimadas, fato esse que a história nos mostra ser impossível, visto ser ele um ser histórico.

De outro modo, o Direito, como forma de regulação – condizente com o modo de produção de conhecimento da modernidade –, não libera o homem das amarras da regulação, ou seja, não o emancipa, pois ela serve somente para regular ações entre capital, trabalho e produção. Assim, o ter é fonte de regulação e não o ser.

Ocorre que, com o processo de consolidação do capitalismo, a regulação deixou lacunas na emancipação do homem, como a falta de solidariedade, de participação social, fatos esses que desencadearam um processo de desencantamento do mundo.¹⁷⁹

A questão que se coloca premente é o uso do raciocínio dialético, a partir da tópica, como instrumento contributivo para que o Direito possa preencher as lacunas que foram criadas por uma linguagem artificial. Utiliza, para tanto, da retórica como uma fonte alternativa de construção de outro modelo de conhecimento, de novas percepções da realidade, que não só o científico positivista, mas também a produção de saberes que permitem libertar o homem das amarras da regulação.

Para tanto, o uso da retórica funcionaria como uma habilidade de “competência comunicativa”¹⁸⁰ com força suficiente para fazer valer uma determinada percepção em detrimento de outra.

¹⁷⁹ SANTOS, op. cit., p. 113-4.

¹⁸⁰ HABERMAS, J. *La logica de las ciencias sociales*. Madrid: Tecnos, 1996. p. 27.

Contudo, o conhecimento retórico, diagonalmente ao conhecimento apodíctico, enfrenta dificuldades de aceitação por parte daqueles que não admitem a emergência de um novo paradigma. Mas, contudo, se se aceita essa possibilidade – da emergência do conhecimento retórico – sob quais formas e maneiras ele pode consolidar-se?

A retórica, ao contrário do conhecimento científico, parte de premissas prováveis para conclusões prováveis, ou seja, declina-se da concepção de verdade absoluta, como no conhecimento científico, para verdade relativa. No raciocínio tópico, o processo de argumentação parte do senso comum, ao contrário do pensamento moderno que se realiza dedutivamente a partir de uma premissa. Contudo, para que o processo argumentativo possa ter início, é necessário preencher duas condições: ou as premissas serão objetos suficientemente aceitáveis pelo auditório, ou, não havendo uma maior vinculação entre orador e auditório, necessitar-se-á de reforços argumentativos.¹⁸¹ Por outro lado, para que o discurso argumentativo possa ser eficaz, há que se levar em consideração o auditório que se pretende persuadir ou convencer.¹⁸²

Os “pontos de partida” são “acordos” realizados com o auditório através de determinados vínculos, seja pelo “conteúdo das premissas”, de “ligações particulares”, seja pelas formas em que essas “ligações” são utilizadas”.¹⁸³

Esses elementos criam uma identidade entre o orador e o auditório, pois, se ela não se realiza, não haverá persuasão, tampouco convencimento. Pode ocorrer também que, mesmo que haja esse vínculo as premissas podem vir a se desgastarem, e isso anula o seu valor persuasivo. O orador terá, então, que utilizar de outros recursos argumentativos para persuadir. Isso irá acontecer quando no auditório ingressarem novos membros, ou mesmo quando eles não se convencerem suficientemente dessas

¹⁸¹ Perelman expõe que a retórica é uma arte, a arte de falar com convencimento ao público através de determinados meios, com vistas a conquistar ou aumentar sua adesão às teses desenvolvidas pelo orador. PERELMAN, *Retóricas*. São Paulo: Martins Fontes, SP, 1997. p. 177.

¹⁸² SANTOS, op.cit., p. 99.

¹⁸³ PERELMAN, *Tratado da argumentação*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 73

premissas. Há, então, que se utilizar, nessa ocasião de argumentos persuasivos muito abrangentes.¹⁸⁴

Os “lugares” são conhecidos como *topói*, “lugares-comuns”, pontos de vista amplamente aceitos, de conteúdo muito aberto, inacabado ou flexível, e facilmente adaptável a diferentes contextos de argumentação”,¹⁸⁵ que têm a função de serem pontos de apoio argumentativo, de forma a reforçar a argumentação¹⁸⁶ e que possibilita, em última instância, lidar com problemas que se referem a diferentes valores existentes na sociedade.

É por isso que, se a lógica utiliza de “argumentos lógicos” para decidir, no caso os argumentos *a fortiori*, *a maiori* e *a minori*, *a simili* e *a contrari*¹⁸⁷, a retórica irá utilizar os “lugares comuns” como apoio argumentativo.

Esses argumentos são “premissas de ordem geral”,¹⁸⁸ e nelas estão impregnados valores que justificam as escolhas realizadas pelo orador.¹⁸⁹ Esses lugares gerais abrangentes seriam, por exemplo, os de quantidade, de qualidade e de ordem, da essência e da pessoa.¹⁹⁰

Os *lugares da quantidade* são os lugares-comuns onde a escolha é realizada em função da quantidade. Assim, quando utilizamos esse axioma para a constituição do Estado Moderno, fica claro que “o todo é maior que as partes”. Por isso o Estado configurado na sua forma *una* é mais condizente do que uma pluralidade de ordens jurídicas e políticas.¹⁹¹

Pode-se utilizar esse *topói* também no que diz respeito ao Direito, pois o que é positivado são as condutas normais que existem, bem como é o maior número de condutas humanas que possibilita a realização da norma, ou seja, aquilo que comumente acontece é o que deve acontecer, é o dever-ser.

¹⁸⁴ SANTOS, op. cit., p. 98-9.

¹⁸⁵ Ibid., p. 99.

¹⁸⁶ PERELMAN, *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 159.

¹⁸⁷ COELHO, L. F. op. cit., p. 212.

¹⁸⁸ PERELMAN, op. cit., p. 85.

¹⁸⁹ Ibid., p. 95.

¹⁹⁰ Ibid., p. 96.

¹⁹¹ Ibid., p. 98.

Nas palavras de Perelman:

O que se apresenta mais amiúde, o habitual, o normal, é objeto de um dos lugares utilizados com mais freqüência, a tal ponto que a passagem do que se faz ao que é preciso fazer, do normal à norma, parece, para muitos, ser natural. Apenas o lugar da quantidade autoriza essa assimilação, essa passagem do normal, que expressa uma freqüência, um aspecto quantitativo das coisas, à norma que afirma que tal freqüência é favorável, um aspecto quantitativo das coisas, à norma que afirma que tal freqüência é favorável e que cumpre conformar-se a ela.¹⁹²

Os lugares da qualidade são aqueles contrários aos da quantidade e têm em vista obter a adesão do auditório mostrando que determinado valor é mais adequado e melhor que outro, conquanto não se possa fazer sequer comparações. O normal aqui deixa de ser o aspecto principal da argumentação; é o anormal, o extraordinário que prepondera, porque há que se valorizar o único, aquilo que é inigualável.¹⁹³

Para Perelman, “O que é único não tem preço, e seu valor aumenta pelo próprio fato de não ser avaliável (...) o único é original, distingue-se, por isso é digno de nota e agrada mesmo à multidão”.¹⁹⁴

Pode-se utilizar também os chamados “brocardos” ou frases de convencimento consuetudinário¹⁹⁵, *nullum crimae, nulla poena, sine lege*, ou, “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”.

No que diz respeito ao auditório a que se dirige o orador, este deve ter em conta que, para influenciar seu público, muitas vezes, elementos ou fatos pré-discursivos auxiliam a adesão do público, como o cargo ou função que ocupa o orador, seu *status* social, sua condição econômica, entre outros. Muitas vezes, porém, essas qualidades não se apresentam de forma a auxiliar a adesão do público ao orador, tampouco se conta com uma instituição que intermedie o discurso, como uma faculdade.¹⁹⁶

Nesse caso, faz-se necessário verificar que outras possibilidades podem ser utilizadas para vincular o auditório, ou seja, “o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação”.¹⁹⁷

¹⁹² Ibid., p. 99.

¹⁹³ Ibid., p.101.

¹⁹⁴ PERELMAN, **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 102.

¹⁹⁵ BASTOS, A.W. O conceito de direito e as teorias jurídicas da modernidade. *JurisPoieses*, p. 39.

¹⁹⁶ PERELMAN, op. cit., p. 21.

¹⁹⁷ Ibid., p. 22.

Há que respeitar, nesse sentido, a diversidade de níveis e ambientes, a época e o lugar do discurso, eis que esse não é um monólogo, mas configura-se como um diálogo.¹⁹⁸ Em outras palavras, o discurso, como construção do orador, “tem de conceber o auditório presumido tão próximo quanto o possível da realidade”,¹⁹⁹ pois o conhecimento do público que se deseja atingir é uma condição antecedente da eficácia da argumentação.

Cabe ao orador, em última instância, adaptar-se ao auditório que vai se dirigir, conhecê-lo e conformar-se a ele, classificá-lo dentro de uma pluralidade de auditórios e, se heterogêneo, cumpre-lhe também agir com heterogeneidade de discursos.

A bem dizer, conhecer o auditório é um elemento a mais – além dos tópicos de persuasão –, necessário para a argumentação; por isso, conhecê-lo significa moldar-se a ele²⁰⁰ e, diretamente, potencializar que a argumentação tenha êxito.

Para Coelho, a tópica faz parte da quebra de paradigma do Direito formal para o não formal, verificada em fins do século XIX, pois sua origem não procede somente de uma criação racional, mas resulta de uma multiplicidade de fatores sociais e de sua interpretação, o que a torna de suma importância para a concreção do raciocínio jurídico atual.²⁰¹

Em outras palavras, o modelo logístico não é adequado para tratar das “ciências humanas”, mas é o ideal para o conhecimento da natureza e das idéias.²⁰²

Para Santos, o momento é de retorno ao uso da retórica, porque se vive um momento paradigmático, no sentido de que o paradigma científico – e, portanto, da verdade – está sendo sucumbido por um outro paradigma – o emancipatório, não oportunizado quando o paradigma científico estava consolidado.

A retórica será importante porque tanto um quanto o outro paradigma irão consolidar-se fazendo uso dela. Então, não será a crise uma crise retórica, à medida que um e outro modelo devem fazer-se prevalecer ante a comunidade (científica)?²⁰³

O que está em jogo não é uma decisão sobre a validade das novas descobertas, mas a existência ou não de uma nova percepção a realidade. Assim, a questão será decidida, em

¹⁹⁸ Para Coelho monologar é um atributo do raciocínio, enquanto que dialogar é argumentar. COELHO, L. F. op. cit., p. 159.

¹⁹⁹ PERELMAN, op. cit., p. 22.

²⁰⁰ SANTOS, op. cit., p. 100.

²⁰¹ COELHO, L. F. op. cit., p. 68.

²⁰² Ibid., p. 159.

²⁰³ SANTOS, op. cit., p. 98.

última análise, através da força dos argumentos que os grupos utilizem, dentro da comunidade relevante, em defesa de uma determinada percepção global.²⁰⁴

Outro autor, defensor do uso do raciocínio tópico, é Viehweg. Para ele, existem dois tipos de raciocínio, o antigo ou retórico, caracterizado pelo processo dedutivo, e o moderno ou crítico, que tem como ponto de partida aquilo que é de todos, ou seja, do senso comum.²⁰⁵

Nessa ordem, identifica-se o Direito moderno como aquele preocupado com a criação de uma ciência do Direito, através de um processo dedutivo-axiomático, comprometido com a construção ideal do Direito, e o modelo tópico, comprometido “com a formatação histórico-social da formulação de postulados de senso comum que podem ser utilizados juridicamente para a resolução de problemas(...)”.²⁰⁶

Os *topóis*, para Viehweg, não se caracterizam pelo uso axiomático; ao contrário, servem para uso interpretativo e para o “conhecimento do axioma ou para o reconhecimento jurídico do problema”. São conceitos elásticos, lugares comuns da argumentação²⁰⁷, “de reconhecida força persuasiva que se utiliza para definir uma discussão problemática ou colocar fim a um quadro retórico indefinido”.²⁰⁸

Ademais, laboram no sentido de evitar que existam reduções lingüísticas e de possibilitar que a ação seja procurada interdisciplinarmente,²⁰⁹ ao contrário do pensamento não retórico, no qual a finalidade do discurso é totalmente pragmática.²¹⁰

Se no discurso pragmático se obtém soluções que estão dissociadas do contexto histórico, os *topói* são úteis para aclarar essas situações porque direcionam o agir lingüístico do orador, são como propostas orientadoras e de entendimento, visto que criam comunicação entre os debatedores.

Entende-se não haver um dualismo interpretativo entre o Direito formal e a tópica, pois um método não exclui o outro, o raciocínio dedutivo precisa do raciocínio tópico para se fundamentar, haja vista que em ambos se procura defender pontos de

²⁰⁴ SANTOS, op. cit., p. 98.

²⁰⁵ BASTOS, op.cit., p.41.

²⁰⁶ Id.

²⁰⁷ Ibid., p., 42-3.

²⁰⁸ Id.

²⁰⁹ VIEHWEG, T. *Tópica y filosofía del derecho*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1991. p. 199.

²¹⁰ Ibid., p.198.

vista específicos. A diferença reside em que a tópica permite uma maior elasticidade interpretativa pelo uso de consensos sociais reais, ao contrário do modelo axiomático, no qual as premissas são “consensos” artificiais, ou seja, uma ficção jurídica concebida pelo Estado Moderno.

Em outras palavras, a adesão aos tópicos não está ligada a sua evidência e aceitação de forma acrítica, mas alicerçada justamente nas dúvidas que eles trazem, e na pluralidade de suas aplicações, ou não, pois, muitas vezes, aceita-se o uso de um tópico ou axioma em seu sentido ideológico ou valorativo, mas não a sua aplicação em determinado caso.

Aristóteles também expõe a necessidade de uma conjugação do conhecimento “contemplativo”(ser) e do dialético (dever-ser). O primeiro nos traz as idéias necessárias para que se façam bons cidadãos, mas estes não podem se contentar somente com elas, pois isso não determina se a ação será boa ou eficaz. Essa só se obtém através de nossa deliberação, ou seja, enquanto produto de nossas argumentações, pois só assim serão ações ponderadas e refletidas.²¹¹

Dessa forma, “na medida em que diz respeito aos primeiros princípios, necessários e imutáveis do ser e do conhecimento, a filosofia primeira não pode dispensar-nos do estudo dos tópicos e da retórica que nos ensinam o uso das provas dialéticas para testar as opiniões e persuadir um auditório”.²¹²

Os tópicos estão mais de acordo com o real e não com verdades absolutas; servem para uso interpretativo e não axiomático e são os lugares comuns, aquilo que é razoável, conforme a reta razão aristotélica.

Ademais, os conceitos surgem de uma ficção jurídica que é o Estado; já os argumentos da tópica, ao contrário, surgem do senso comum, do que é aceitável pela maioria.²¹³

²¹¹ PERELMAN, **Retóricas**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 178.

²¹² Id.

²¹³ Os topóis podem ser aplicáveis em situações específicas. BASTOS, op. cit., p. 41.

PARTE II

CAPÍTULO I – HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

Seção I – HISTÓRICO

1.1 - O surgimento do problema hermenêutico: a interpretação dos textos sagrados

Ao iniciar o estudo do processo hermenêutico ao largo da história, cabe o esclarecimento de que ele se divide em três momentos distintos, o da Teoria Hermenêutica, o da Filosofia Hermenêutica e o da Hermenêutica Crítica.

No que diz respeito à Teoria Hermenêutica, esta diz respeito à teoria geral da interpretação, utilizada como um método próprio de investigação das ciências sociais e humanas, haja vista a capacidade de o homem dominar uma “linguagem natural”. É o momento em que se descobre a Hermenêutica como arte de entender aquilo que é comunicado para torná-lo acessível no caso de “comunicações conturbadas”, pois equívale à habilidade de persuadir e convencer em situações de controvérsia sobre seu sentido. Em outras palavras, é nesse período que se disciplina a competência comunicativa²¹⁴ entre os sujeitos.

Ademais, a Hermenêutica, como teoria, tem função terminantemente prática, porquanto funciona com um meio que possibilita o esclarecimento funcional de todos os sistemas sociais, desde os mais simples até os altamente complexos, o que permite uma consciência utilitarista, e daí a pretensão de universalidade.²¹⁵

Se a Teoria Hermenêutica diz respeito à arte da perfeita interpretação, a fornecer as condições estéticas para a objetivação da linguagem, a Filosofia Hermenêutica será o momento de crise dessa arte, através da inquirição sobre os fatores que são utilizados nos processos interpretativos, ou seja, procura-se ultrapassar a fase de criação de regras para buscar as razões da interpretação. E, por fim, a

²¹⁴ HABERMAS, J. *La logica de las ciencias sociales*. Madri: Tecnos, 1996. p.277.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 282.

Hermetica Crítica, que é o lugar onde se interroga sobre a justeza da Hermetica em vista da realidade, diz respeito à adequação dos modelos interpretativos às verdadeiras necessidades sociais, através do estudo do uso da linguagem.

É o momento de refletir filosoficamente sobre as experiências que foram vivenciadas a partir de seu uso e daí fazer um balanço sobre as suas condições de possibilidade de emancipação do homem.

Dentro de uma concepção moderna de ciência, podemos dizer que o entendimento primeiro da origem da hermetica deve-se a um fato não-científico, ou seja, acredita-se que a palavra tenha sido usada pelo deus Hermes, cuja função seria aclarar aos homens o que não é possível a eles compreender²¹⁶ sozinhos, pois que esses entendimentos somente são dignos dos deuses.

Hermes tem a incumbência de tornar as coisas inteligíveis aos homens, de maneira a converter aquilo que não tem um significado claro em algo perceptível à inteligência.

Acredita-se que a cultura grega, utilizando-se da compreensão que Hermes atribuía aos fenômenos, é significativa para o conhecimento lógico e sistemático que os gregos propiciaram para a cultura ocidental, haja vista que, segundo Heidegger, essa maneira específica de racionalizar tem o mesmo significado que filosofar.²¹⁷

Assim, no momento em que Hermes postula uma atitude filosófica, esta pressupõe, da mesma forma, uma compreensão sistemática, à medida que torna essa compreensão imparcial.

Pode se fazer um paralelo entre a tarefa do deus Hermes e o pensamento de Parmênides. Para este, o pensar as coisas leva à percepção das aparências, de suas transformações qualitativas e quantitativas, é o devir das coisas que pode ser perceptível sensorialmente. Hermes, ao contrário, não se liga ao devir, mas ao ser em si, naquilo que existe e que não pode ser transformado, isto é, a existência pura e imutável.

²¹⁶ Entendemos que toda a compreensão tem um sentido oculto, um desejo encoberto.

²¹⁷ PALMER, op. cit., p. 24.

Significa que Hermes, ao transpor as aparências, traz novos significados à existência, pois a entende de forma ontológica em que o pensamento verdadeiro exige o encontro de sua identidade, que é a não contradição e a não transformação do Ser, é o ser em si e não o ser do outro.

Para Dilthey, a arte de interpretar nasceu na Grécia, originada, num primeiro momento, da necessidade de se terem regras claras para se ensinar, as quais são encontradas na obra aristotélica *Retórica a Alexandre*, a antítese, a metáfora e a ironia. Um novo uso da Hermenêutica é encontrado na filologia Alexandrina, quando se fazem apreciações críticas de obras literárias, pelo uso técnico de signos, ao anotar-se nesses textos o resultado das avaliações feitas, sobretudo das apreciações valorativas. De grande uso interpretativo, mormente para averiguar a autenticidade de certos textos, foi o uso da analogia e da antítese e, posteriormente, da interpretação alegórica, por Crates de Mallos.

A hermenêutica cristã propõe-se a resgatar um sentido que está oculto na Bíblia, através de quatro níveis de significação com o objetivo de permitir aos fiéis entender os signos emitidos pela mensagem divina. São eles: o sentido literal ou histórico, quando procura o significado primeiro das palavras e se estabelece os dados factuais; o sentido alegórico, quando se restitui o sentido espiritual dos textos, que estão escondidos sob as letras; o sentido tropológico, ou moral, que diz respeito ao fundo ideológico que deve nortear a interpretação, no caso a “conversão do coração”; e, por fim, o sentido anagógico quando a interpretação alça vãos para elevar a alma para um sentido divinizado, do literal para o místico.

Tais recursos fazem parte não somente de uma técnica, mas de uma racionalidade específica que plantea os discursos morais da modernidade e que, por via direta, vai orientar todo o discurso ocidental em vários vieses, sobretudo, econômico e científico.²¹⁸

Após o período clássico, a hermenêutica adquire novos contornos, ligados a um novo desenvolvimento da linguagem, das condições de vida e da nacionalidade, o que demarca o surgimento do Renascimento. Nesse período, a hermenêutica se

²¹⁸ Nesse sentido a obra de Max Weber.

segmentariza em duas linhas de pesquisa, uma para os textos literários e outra para os textos bíblicos. É essa última que se vai definir a constituição da hermenêutica.

Tal fato ocorre, sobretudo, com a obra *Clavis* de Flacius, ao dar os primeiros passos para o caminho da sistematização, através de um conjunto de regras que contribui para que os textos tivessem uma compreensão indiscutível.

Flacius talvez tenha sido o precursor de uma hermenêutica histórica, haja vista que “se o intérprete encontra dificuldades no seu texto, dispõe de um meio sublime para as resolver: a unidade que as Escrituras encontram na religião cristã viva”.

Introduz, como é de se notar, uma base real para a interpretação, haja vista que os fatores históricos irão influenciar a compreensão dos textos. Além disso, propaga, por outros princípios interpretativos, a interpretação gramatical e a intenção da obra como um todo.

Para Gadamer, é no iluminismo que a linguagem (hermenêutica) é tratada de forma central, pois “o fato da pergunta pela origem de linguagem não ser mais respondida aí através da criação, mas buscada na natureza do homem”. Nesse período, o homem vai de encontro a sua natureza, ao que lhe é peculiar e o diferencia dos outros seres, ao *logos*, ou seja, a sua racionalidade e, conseqüentemente, aquilo que a fundamenta e dá sentido, que é a linguagem.

Em Gadamer se introduz uma base inviolável de constituição da interpretação, que reside na linguagem. É ela que conforma o ser, ao contrário da interpretação bíblica em que se procura por um porto seguro para guiar a tarefa de clarear a palavra sagrada.

Pode-se dizer que na interpretação bíblica o outro é o responsável pelos acertos e desacertos da sociedade, ou seja, um deus, na interpretação Gadameriana, impõe-se ao próprio ser a responsabilidade sobre esses desacertos.

Assim, se, num primeiro momento, os textos são interpretados a partir de contribuições buscadas no seu interior, no iluminismo tal fato modifica-se, pois a interpretação torna-se crítica a partir de outros elementos que não os implícitos em seu texto, o que projeta o nascimento de uma hermenêutica filosófica, mas que tem na exegese bíblica seu ponto de partida.

Em resumo, o desenvolvimento da formação hermenêutica, enquanto arte e técnica de interpretação correta de textos, inicia a partir da necessidade dos gregos em compreender a produção de textos e prossegue na tradição judaico-cristã, com a exegese das Sagradas Escrituras.

A partir do iluminismo, fixam-se tipos básicos de exegese, a saber a Hermenêutica Teológica (sacra), a Filológica (profana) e a Jurídica (juris).

1.2 - A hermenêutica epistemológica de Schleiermacher e Dilthey

Schleiermacher é considerado o fundador da hermenêutica moderna porque rompe com a paradigma anterior de criar formas de interpretação específicas, como a filológica, a jurídica e a teológica. Seu trabalho se dirige no sentido de procurar entender o que subjaz a compreensão humana, o que é comum e dá sentido a todos os processos de interpretação, para, a partir daí, poder sistematizar a tarefa de compreender.

Em outras palavras, Schleiermacher ingressa no processo de racionalização do conhecimento, tendo por base os ensinamentos kantianos que propugnam fornecer padrões de conhecimento *a priori* que sirvam de base para o conhecimento das ciências naturais e não a pluralidade cultural e ideológica contida nos textos. Procura, assim, “analisar as condições gerais sob as quais a compreensão ocorre e de fornecer as razões do processo de interpretação”²¹⁹ ou, em outras palavras, “deve-se medir a capacidade de conhecer antes de se enfrentar a natureza do ser”.²²⁰

Schleiermacher entende que o homem, através do processo de racionalização, deve fazer uso de sua autonomia, à medida que é um ser concreto e que pode agir por si e assim atuar no processo de “compreensão do diálogo”.²²¹

Para ele, o ponto de partida para a Hermenêutica é o entendimento do que seja compreensão, da capacidade de interligar as palavras soltas de quem fala e captar o seu

²¹⁹BRAIDA, C. **Aspectos semânticos da hermenêutica de Schleiermacher**. Santa Maria: Ed. UFSM, 2000.

²²⁰ RICOEUR, P. **Interpretação e ideologias**. Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves, 1990. p. 20

²²¹ PALMER, op.cit. p. 92

significado. Por isso é que, em Schleiermacher, a compreensão é um processo de reconstrução.²²²

A compreensão também se torna fundamental na obra de Dilthey, a ponto de objetivá-la afirmando que ela é a forma correta de se entender a interioridade e a espiritualidade do homem, em contraste com as ciências positivistas, próprias para os fenômenos naturais, que seriam as ciências explicativas.

Somente a “ciência do espírito” seria a adequada para compreender o homem na sua totalidade, pois conseguiria captar as individualidades que constituem o todo e, por conseqüência, o todo que se compreende na individualidade das partes.²²³ Ou, em outras palavras, tal ciência preconiza o entendimento de que tudo no universo está interligado.

Em outras palavras, a individualidade, concebida como um fragmento da vida, um fato marcante, pode ser entendida numa determinada época de nossa existência como algo bom e proveitoso, ao passo que, em momento posterior, o mesmo acontecimento nos entristece e magoa. Assim, somente a ciência do espírito consegue captar essa dinamicidade de sentidos²²⁴ que se originam dos fatos. Não somos hoje o que fomos no passado, contudo o passado é importante para se entender a forma como somos hoje, ou melhor, é imprescindível. Assim, o todo de nossa existência deve ser compreendido de forma global, composta de todas as individualidades. Não há como entender as partes sem contextualizá-las.

Dessa maneira, não pressupõe verdades acabadas, aliás, a obra de Schleiermacher não traz a verdade como ordem central, mas a compreensão que, alicerçada no diálogo, se abre a uma multiplicidade de prerrogativas e entendimentos, pois “o significado ou a esfera de possíveis sentidos de uma palavra é determinada por uma

²²² Ibid., p. 93

²²³ Ibid., p. 94.

²²⁴ A ciência do espírito a que se refere Schleiermacher nos parece aquela que consegue expressar que a conflituosidade é inerente às sociedades. Não há que se estagná-la a partir de métodos que almejam a construção de uma ciência que não capte essa dinâmica. Concordamos com Warat que, para a construção de uma ciência, as condições de possibilidade “não podem ser pensadas como condição de garantia, senão como possibilidades de referência à complexibilidade significativa (...)” WARAT, **Introdução geral do direito**, op. cit., p. 106.

intuição e não por um conceito. O que significa dizer: a formação das palavras e do seu significado é da ordem da sensibilidade, e não da ordem do entendimento ou lógica”.²²⁵

Portanto, a dinâmica subjetiva do espírito humano não pode ficar presa em regras estabelecidas para se relacionar com o meio em que habita, o qual é culturalmente plural, em vista da forma como é compreendido pelo homem.

Schleiermacher pressupõe duas formas de interpretação, ou seja, de apreender o sentido dos signos lingüísticos: a forma gramatical e a técnica. Na primeira, a compreensão surge da linguagem, e o intérprete se baseia nas características que são comuns a uma cultura, à linguagem geral e ao contexto em que ela se situa; na segunda, o sentido é manifestado na individualidade e nas especificidades do que diz o seu autor, porquanto há um sentimento de identificação entre o autor e o intérprete. Independente da averiguação de verdade ou não da obra daquele, procura-se aclarar sua real intenção, com o objetivo de atingir a real percepção e objetivos propostos quando da realização do texto.

Na unificação, desses dois modos de interpretação, Schleiermacher vislumbrava tanto o processo de uma lógica dialética como o seu Circulo Hermenêutico, pois há uma correspondência e reciprocidade que atua entre eles, visto que, na interpretação psicológica, busca-se a individualidade do autor, que é forjada através de sua relação com a língua.²²⁶

Na interpretação gramatical, dá-se destaque ao texto escrito, o que estabelece limites para a compreensão, daí que a crítica está somente nas palavras erradas. Na segunda, pressupõe-se o esquecimento da língua, enquanto sistema de signos, para se atingir a subjetividade, aquilo que pertence ao sujeito, ao seu pensamento.²²⁷

É a interpretação subjetiva que se destaca para Schleiermacher, mas não reside somente numa relação de afinidade com seu autor, mas de crítica na atividade de comparação, pois as individualidades não são compreendidas em si mesmas, mas sim na relação a outras e a si mesmas.²²⁸

²²⁵BRAIDA, op.cit.,p.64.

²²⁶ PALMER, op. cit., p. 96.

²²⁷ RICOEUR, P. **Interpretação e ideologias**. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1990. p. 21.

²²⁸ Ibid., p. 23

O referido autor pensou numa forma de unificar a interpretação, o real com o ideal, ou, de outra forma, “ o universal e o particular, o ideal e o histórico”. O pensamento, para ele, é relativo, e conseqüentemente o saber é relativo. Argumenta no sentido de não haver separação entre o pensamento e a linguagem, bem como a impossibilidade de uma linguagem única, à medida que ela mesma cria a relatividade.²²⁹

Além disso, ao se criar uma única linguagem estar-se-ia criando também uma única maneira de pensar, uma única fonte de conhecimento. Ora, a linguagem está permeada de discontinuidades e de indeterminações, pois ela representa a interpretação do real que, por sua vez, tem como pressuposto aquele que se projeta individualmente sobre o objeto. O projeto de uma linguagem ideal é, nesse sentido, impossível, pois o homem é ser histórico” e, além disso, os próprios conceitos são produtos de interpretações sobre a realidade.

Dessa maneira, Schleiermacher preconiza que a interpretação não é apenas um *a priori*, um ente transcendental, como preconizado por Kant, que carrega condições de possibilidade através de juízos universais, mas que está unida com a cultura, entendida essa na música, nas artes, na poesia, que são linguagens, signos comunicantes. Com ele, a Hermenêutica se historiciza.²³⁰

Ademais, fornece grande importância ao que é histórico porque, no seu entender, o universal se projeta no particular e este sempre traz uma parcela do que é universal. Por outro lado, é na dialética que a Hermenêutica se completa, pois ela é a possibilidade do ser Hermenêutica, até os limites do alcance do discurso.

Já com Dilthey, projeta-se outra forma de compreensão do fenômeno jurídico, tendo por base a descoberta e criação de seus significados. Nesse sentido, diferencia em duas formas ou dois métodos a compreensão da realidade: as ciências da natureza, que, para ele, são objetivadas através da explicação, e as ciências do espírito, que são entendidas a partir da compreensão.

²²⁹ SCHLEIERMACHER, **Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Vozes, 1999. p. 11.

²³⁰ Id.

Contudo, para se compreender as ciências do espírito, o homem tem que se projetar de forma diferenciada sobre os fenômenos, tendo por base a historicidade, ao entender que o texto está intimamente ligado à realidade humana, que vai identificar o homem no tempo e no espaço.

Noutras palavras, a interpretação do mundo está relacionada com a vida do sujeito que o interpreta, pois é nela que estão depositadas as experiências que possibilitam significar os fatos. Por outro lado, da mesma forma que Schleiermacher, em Dilthey, a compreensão da realidade só se efetiva dentro do círculo hermenêutico. É nele que pode prosperar uma visão mais abrangente da realidade, à medida que o global é definido pelas individualidades, e, da mesma forma, as individualidades têm sua significação a partir de uma compreensão não atomista.

O sentido torna-se elemento essencial de sua obra para a efetivação da compreensão, já que propicia que se identifique a essência objetivada na individualidade e na articulação final desta com o todo. Por isso, para ele, o referencial comunicativo, com vistas à compreensão, são os signos lingüísticos e demais formas de expressão humana, os quais vão se estruturando até que se consiga expressar para o outro e para si mesmo a partir da apreensão das significações objetivadas.

Dilthey traz importante contribuição ao entender a mutabilidade da essência humana ao projetá-la como uma compreensão realizada de forma global, que traz consigo a necessidade de se perquirir a análise da historicidade dos fatos, pois esses têm significados que são compreendidos de formas diferentes no seu percurso pela humanidade. Eis a importância de se interpretar historicamente.

Nesse mesmo sentido Streck entende que o equívoco de filósofos da antigüidade, como Platão e Aristóteles, foi o de não terem percebido que a essência das coisas é mutável e não pode ser realizada através da unidade de sentidos. Para ele, esse erro de abordagem ocorre em vista de que Platão estudou o estado primeiro das coisas, sua essência e interioridade, apenas pela exterioridade – a aparência. Em Aristóteles, essa essência não é buscada na aparência, mas na significação única que cada palavra possui, a qual designa sua própria essência.²³¹

²³¹ STRECK, L. L. op. cit., p.102-4.

Assim, em ambas as teorias se dá maior significado aos aspectos objetivos, aquilo que o ser é no momento de sua compreensão pelo sujeito, “pela correspondência entre o intelecto e a coisa visada” e não as várias faces e fases que ele pode vir a ser.

Nas suas palavras,

O caminho da omissão do ser, ou do engano de se pensar o ser a partir do ente levou fatalmente à falsa concepção do ser como efetividade, como estrutura estável que domina o devir e dá sentido ao conhecimento e às normas da conduta – que é justamente a concepção que resulta estar em crise neste fim de século.²³²

Em síntese, tanto Schleiermacher como Ditley propugnam uma Hermenêutica geral e ampla, na qual as ciências do espírito requerem uma compreensão diferenciada das ciências naturais, tendo em vista a especificidade de os sujeitos “estarem” incluídos no processo de percepção e não serem considerados abstratamente.

1.3 - Hermenêutica ontológica

A Hermenêutica, a partir de sua teorização ontológica, marca o início do pensar a humanidade em crise, da chamada “crise da razão moderna”, sobretudo pelo fato de que a linguagem assume o papel de transformadora de uma realidade estática.

Assim, compreende-se que a linguagem, através das diferentes possibilidades em que é analisada, permite ao homem estabelecer novos paradigmas.

No âmbito da filosofia hermenêutica, Heidegger, em seu trabalho de superação da teoria hermenêutica, voltada para o problema de uma teoria geral da interpretação, caminha no sentido de superação da ontologia teológica para radicá-la no ser.²³³ Para isso, adentra no estudo, tanto da existência quanto na história da filosofia, para descobrir que, nesses dois sentidos, o ser foi encoberto no ente, e que o homem tende a esquecer esse velamento.²³⁴

²³² Ibid., p. 13.

²³³ Nesse sentido **Ser e tempo**. HEIDEGGER, M. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

²³⁴ STEIN, Ernildo. **As conferências e escritos filosóficos**. São Paulo: Nova Cultural, 1989. (N.T)

Propõe, para tanto, uma nova ontologia que supere tanto o realismo, que afirma a existência de uma realidade racional em si mesma, independente do homem – razão objetiva-, como do idealismo, pelo qual há a existência de uma razão subjetiva, donde a realidade só existe em função e por meio das idéias do homem.

Por outro lado, entende que o conhecimento científico é causa do esquecimento do ser, não porque seja contrário ao avanço tecnológico, mas porque ele pode torná-lo inexistente dentro desse processo e aniquilar com “a visão do todo”,²³⁵ à medida que se canaliza numa razão instrumental, em que ele não serviria para a elevação do espírito humano, mas como um instrumento de dominação e poder.

A nova ontologia proposta por Heidegger propõe, nesse sentido, o adentramento no estudo do ser antes de qualquer tipo de sentido que lhe seja fornecido, a fim de esclarecer as condições primeiras da epistemologia. Assim, “ao invés de nos perguntarmos como sabemos, perguntaremos qual o modo de ser desse ser que só existe compreendendo”.²³⁶ Dito de outra forma, significa que devemos nos perquerir, não pelo sentido que deve ser dado ao ser, mas sobre quem é o próprio ser.

Para ele, a Hermenêutica não é método, tampouco regras da interpretação, mas é uma explicação do ser, pois compreender e interpretar são fundantes da existência humana.

Assim, segundo Ricoeur, Heidegger busca o *Dasein*, o lugar de onde o ser se origina, o qual necessita, ele próprio, buscar uma pré-compreensão de si mesmo, o que caberá, então, à própria Hermenêutica descobrir, ou seja, descobrir “os conceitos fundamentais que determinam a compreensão prévia da região, fornecendo a base de todos os objetos temáticos de uma ciência e que orientam, assim, toda pesquisa positiva”.²³⁷

A compreensão, na Obra *Ser e Tempo*, é delineada a partir da posição do ser inserido na natureza do mundo, e não a partir da situação do sujeito no outro, numa relação subjetiva. Nesse sentido, a inversão é feita no sentido de deslocar o ser como fazendo parte do círculo hermenêutico, para compreendê-lo numa relação com o mundo, originando, assim, diferentes significações para ele.

²³⁵ Id.

²³⁶ RICOEUR, op. cit., p. 30.

²³⁷ Id.

Ademais, a compreensão é realizada através de um conhecimento prévio da realidade, pois o sujeito que compreende só conclui essa tarefa quando tem interiorizado uma pré-compreensão do que analisa, haja vista que a compreensão é originada de um processo de comparação.

Por isso mesmo é que trata nessa obra de questões pertinentes ao homem se relacionando com o mundo, como a morte, por exemplo, que é impessoalizada pelo cotidiano, através de um vir a ser um dia, retirando-lhe a certeza de que tem um espaço na ausência,²³⁸ a partir do subterfúgio da cura e do consumo.²³⁹

A linguagem, dessa forma, é central para Heidegger, haja vista que o pensamento que queira extrapolar o ideal metafísico, terá que usar a via da linguagem, pois é ela que propicia ao ser a sua identidade própria, à medida que as coisas somente são a partir dela.

A esse respeito Vattimo:

Se é na linguagem que se abre a abertura do mundo, se é a linguagem que dá o ser às coisas, o verdadeiro modo de ir às próprias coisas será ir à palavra. Isto deve entender-se no seu sentido mais literal: as coisas não são fundamentalmente coisas enquanto presentes no mundo exterior, mas na palavra que as nomeia originariamente e as torna acessíveis até na presença espaciotemporal.²⁴⁰

Gadamer trabalha com as implicações do contributo de Heidegger e relaciona a Hermenêutica com a Estética e com a Filosofia do conhecimento histórico (com a experiência artística, histórica e lingüística) na obra *Verdade e Método*, 1960.

Da mesma forma que em Schleiermacher e Dilthey, para Gadamer a compreensão da linguagem se concretiza num plano distante da individualidade, mas na percepção que se tem de si mesmo no outro, ou melhor, na compreensão de que a soma das individualidades propicia o todo.²⁴¹

Expõe, ademais, que somos seres parciais no que diz respeito à interpretação do universo. A própria linguagem, nesse sentido, demarca os horizontes de nossa capacidade de interpretação, mas, ao mesmo tempo, já se encontra além de nós²⁴².

²³⁸ HEIDEGGER, *Ser e tempo*. Rio de Janeiro: Vozes, 1997. p. 40-1.

²³⁹ *Ibid.*, p.223.

²⁴⁰ VATTIMO, G. *Introdução a Heidegger*. Roma: Instituto Piaget, 1996.

²⁴¹ ALMEIDA, C. L. S. *Homem e linguagem*. In: Coleção Filosófica. EDIPUCRS, 2000. p. 122.

²⁴² *Id.*

Apresenta-se, assim, um paradoxo: a linguagem é limite de expressão do homem, mas, concomitantemente, não limita a sua leitura do mundo, pois se pode interpretar o que foi interpretado, num círculo vicioso que não tem fim, à medida que sempre se compreende de forma diferente o que foi compreendido anteriormente.

Por isso, para ele, todo ser é linguagem. A Hermenêutica é um encontro do ser através da linguagem, bem como o estudo dos problemas que surgem na relação ser e linguagem, com a compreensão, a história, a existência e a realidade. A compreensão é um tema epistemológico e ontológico.

Em suma, sua obra propõe que a hermenêutica seja condicionada historicamente, não admite que sejam feitas interpretações independentes do vínculo histórico que ela necessariamente possui.

Gadamer, em sua obra *Verdade e Método*, propugna uma identidade comum para as várias formas de interpretação, realizadas a partir da interação do sujeito com o objeto e que se constrói a partir da experiência, do adentramento dialético entre ser e coisa.

Além disso, Gadamer não é partidário de um tipo de interpretação para as ciências da natureza e de um outro para as ciências do espírito, como propugna Schleiermacher, mas sim que todos os fenômenos devem ser compreendidos porque estão no mundo.

Dessa forma, os instrumentos para compreender a realidade não são nem métodos nem procedimentos específicos, mas uma interação dialética entre o sujeito cognoscente e os fatos. Somente através de um conhecimento profundo, as coisas se tornam convincentes para o homem.

Gadamer, contudo, não exclui totalmente os métodos científicos para que a compreensão se efetue, uma vez que eles auxiliam no conhecimento, porque são formas organizadas de quebrar a resistência das coisas, ou seja, de sua natureza e identidade. Porém, para ele, na compreensão dos fatos, o método sozinho não consegue ser totalmente eficiente, é necessário o conhecimento que se processa de forma livre, pela intuição. Assim, uma doença é, num primeiro momento, uma

resistência para o médico e paciente, porque ambos não a conhecem. Depois de diagnosticada por métodos científicos, torna-se conhecida, mas somente através da arte, ou seja, da habilidade do médico é que ela vai ser inteiramente domesticada e concomitantemente tratada.

Seção II - HERMENÊUTICA

1.1 - Hermenêutica como interpretação e compreensão

Segundo Palmer,²⁴³ a interpretação literária tomou para si – para os intérpretes – o modo de ser científico, ou seja, deixou-se dominar pelas concepções onde os fenômenos²⁴⁴ são fatos que devem ser dissecados, conforme modelo Cartesiano, para poderem ser realmente compreendidos. Assim, dentro da concepção científica que molda a modernidade, a interpretação transforma tudo em objetos estáticos e praticamente sem vida, ou melhor, a vida, os significados que eles porventura venham a ter são fornecidos pelo homem a partir dessa percepção instrumental da realidade, em desconexão com o mundo onde essas obras foram criadas, em desrespeito à magnitude da vida daqueles que os conceberam e, por conseqüência, à inteligência de seus criadores e aos fatos históricos e sociais que os engendraram.

A interpretação é um fenômeno que não se dissocia da vida humana. Sem interpretar – dar significados aos fatos que o circundam, sua existência não teria sentido. O homem interpreta o mundo enquanto presente nele e o interpreta segundo o futuro que nele há de estar.²⁴⁵

Para o homem, ao se entenderem as obras literárias não como meros objetos, mas fatos impregnados de valorações que partem do homem enquanto ser que age no mundo e o transforma, não se devem utilizar os mesmos métodos de análise propostos para os objetos, mas um método específico que compreenda a marca humana no

²⁴³ PALMER, op. cit., p.18.

²⁴⁴ STRECK, op. cit., p.17.

²⁴⁵ PALMER, op. cit., p. 20.

mundo, que clareie o seu entendimento sobre ele e, conseqüentemente, seus desejos e vontades enquanto sujeito pensante. Essa tarefa cabe à Hermenêutica.²⁴⁶

Registre-se, contudo, que o próprio conceito de compreensão sobre o que seja o sujeito e o objeto do conhecimento restringe sobremaneira a percepção da realidade, pois, conforme Santos, as condições do conhecimento são sempre escolhidas de forma arbitrária e não de forma a separá-las do objeto do conhecimento, ou melhor, o objeto do conhecimento se confunde com aquele que produz as condições do conhecimento, que vai interferir nesse processo através de determinados métodos.²⁴⁷ Assim, por exemplo, na Sociologia, aquele que detém as condições de conhecimento é, ao mesmo tempo, objeto do conhecimento.

Ademais, essa compreensão equivocada transforma o humano em coisa, materializa-o como um mero objeto de investigação, produz ignorância e não emancipação e demonstra a não-modernidade do homem, entendida essa como a transformação dos sujeitos em objeto, de lhes negar a condição de homens.

Nesse sentido, à medida que o processo hermenêutico não se limita às amarras de concepções metafísicas, ele se torna uma forma de compreensão que, necessariamente, deve estar vinculada a uma consciência que se insere na realidade para ser completa.

Contudo, a vinculação científica não pode ser desprezada, pois estamos inseridos numa sociedade que se moldou sob os pilares da cientificidade, que trocou a segurança teológica pela segurança científica, mas que não pode realizar somente uma compreensão prudente – científica -, mas, acima de tudo, uma compreensão no qual o homem tenha uma vida digna.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a compreensão deve desvincular o homem de padrões de comportamento pré-concebidos, pois neles a sua capacidade de expressão estética fica alijada; nela, o homem é limitado por padrões que cerceiam seu pensamento e sua criatividade. Assim, é na arte, como possibilidade liberta de expressividade, que ele busca compreender-se a si mesmo e ao outro, utilizando-se de

²⁴⁶ Ibid., p. 19.

²⁴⁷ SANTOS, op. cit., p. 82-3.

uma linguagem criadora e sedutora – retórica -, mantendo assim um poder que perdura na história por muito tempo.

Warat expressa esse pensamento através da “semiologia do desejo como estética do significado” e, neste significado, o ser humano – e também os operadores jurídicos - sobrepõe o pensamento cotidianizado por novas formas de lidar com a realidade, um pensar, sentir, ver e ouvir novos, manifestados pela espontaneidade. Para ele, esse espaço do desejo diz respeito à realização de sonhos através da autonomia, um campo de criação de significações realizadas a partir do querer do imaginário coletivo, com vistas a quebrar “simulacros objetivos”.²⁴⁸

Pode-se até dizer que é um lugar ideal, contudo é um vir-a-ser que necessita concretizar-se com vistas a recuperar a dimensão poética dos indivíduos, a liberdade que tenta alforriar-se dos estigmas de padrões eminentemente conceituais.

Nas suas palavras:

Há muito tempo recusei considerar minhas enunciações semiológicas como doutrinas científicas. Optei por aceitá-las como matéria de expressão estética, criadora de inéditos agenciamentos existenciais. O que compreendem por contaminação poética. O “motivo existencial” que estabelece um ponto de mutação na subjetividade. A estética como forma de tentar apreender a subjetividade em sua criatividade processual. É preciso se afastar das referências científicas, para encontrar a subjetividade em sua processualidade criativa. A distância objetiva não pode funcionar como foco de mutação.²⁴⁹

Para Santos, há, de certa forma, um esgotamento da compreensão estabelecida em padrões formais, à medida que ela bitola a potencialidade criativa do ser humano. Por outro lado, essa mesma compreensão foi realizada de forma monopolista por várias instituições sociais, entre elas a igreja e o Estado, pela família e não por todos os atores sociais que deveriam envolver-se na criação da regulação, dando lugar “à renúncia à interpretação, renúncia paradigmaticamente patente no utopismo automático da tecnologia e também na ideologia e na prática consumista”.²⁵⁰

Ademais,

²⁴⁸ WARAT, **O Direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995. p.118.

²⁴⁹ Id.

²⁵⁰ SANTOS, B.S., op. cit., p. 95.

A racionalidade estético-expressiva une o que a racionalidade científica separa (causa e intenção) e legitima a qualidade e a importância (em vez de verdade) através de uma forma de conhecimento que a ciência moderna desprezou e tentou fazer esquecer, o conhecimento retórico.²⁵¹

Gadamer, em sua obra *Verdade e Método*, no capítulo sobre a *Lenguaje y Comprensión*, expõe a tese de que todo o processo de compreensão – e também de incompreensão – é um problema lingüístico visto que sem a linguagem não existe entendimento.

Entende que existem várias formas de expressão, que não somente a verbalizada lingüisticamente, mas realizadas de formas tácitas, que ecoam seja do próprio silêncio, de formas exageradas de expressão, onde a linguagem é realizada de maneira não “convencional”.

Nesse ínterim, a compreensão não se completa porque somente compreendemos o outro quando conseguimos fazer um juízo do ele quis dizer, temos que ter a certeza de que o que ele disse é realmente o que ele quis dizer. Caso isso não ocorra, ou seja, se as nossas expectativas e pré-compreensões não se cumprirem, estarão criadas incompatibilidades, pois não se confirmaram as certezas do universo que conhecemos.²⁵²

Contudo, ao que parece, Gadamer entende que essas incompreensões são resultado do modelo científico dos séculos XVII e XVIII, através do conhecimento empírico e da tendência determinística que ele nos legou,²⁵³ onde não há lugar para frustrações, tampouco para ditos não-ditos, ou ditos objetivamente não demonstrados, fruto de formas lingüísticas que não temos a capacidade de compreender significativamente.

Além do mais, observa-se que o conceito metodológico científico se ajustou ao processo de compreensão, porque media os mal-entendidos, visto que a compreensão é tida como um fato negativo para os homens, fazendo com que os meios metodológicos

²⁵¹ Ibid., p. 78.

²⁵² A esse respeito PERELMAN, diz que o orador sempre deve conhecer o seu auditório, para que haja um discurso harmônico, que não fira as possíveis probabilidades esperadas.

²⁵³ GADAMER, op. cit., p. 184

oferecidos pelo conhecimento científico diminuíssem essa distância de incompreensibilidade.²⁵⁴

Porém, essa distância somente poderá ser diminuída através da própria linguagem – ou de uma linguagem reciclada –, através de novos objetivos a serem alcançados por ela, pois o que se tem da realidade, muitas vezes, é uma “falsa consciência” que não permite o consenso, causado, sobretudo, pelo conformismo lingüístico originado das instituições sociais.²⁵⁵

Para ele,

“(...) algunos casos especiales de consenso perturbado pueden exigir formas peculiares de restablecimiento que se basan em um conocimiento explícito del trastorno. Pero tales casos vienen a confirmar la función constitutiva del consenso como tal.”²⁵⁶

Isso significa que Gadamer reconhece que o modelo científico positivista deve ser redimensionado no sentido de não perturbar a livre iniciativa e criatividade dos sujeitos, para permitir o estabelecimento de novas formas de consenso, pois a cultura ideológica que a modernidade impõe coloca o homem numa situação de alienação da própria realidade.

Veja-se, por outro lado, que o processo de compreensão, entendido como um momento de relação com o presente, necessita ser criativo, e nisso está incluída a necessidade de entendimento de outras formas de expressão, para se adaptar às mudanças sociais de uma sociedade altamente complexa, diferentemente da sociedade do século XVII e XVIII, concebida dentro de um modelo de cientificidade empírico. Significa dizer que a compreensão, para ser significativa, deve-se imbricar à realidade através de falas tácitas, ensejando a que dizeres que não são ditos, possam ser expressos de outras formas.

1.2 - As teorias tradicionais: hermenêutica e interpretação

Segundo Curi, o fenômeno da interpretação é dotado de uma diversidade de significados, haja vista que a linguagem possui uma pluralidade de sentidos e

²⁵⁴ Id.

²⁵⁵ GADAMER, op. cit., p. 185-6.

²⁵⁶ Ibid., p. 186.

conotações que se desenvolvem a partir dos sujeitos historicamente situados, responsáveis pelo sentido do texto. Assim, o sentido é algo individual, é considerado a partir do sujeito que o compreende.²⁵⁷

Nesse mesmo sentido, Reale considera que o ato de interpretação é uma tomada de posição dos sujeitos, a partir do conhecimento prévio da natureza da norma jurídica, pois lhe parece injustificada uma atitude passiva do intérprete, cega de valores. Contudo, não corrobora o fato de a interpretação ficar à mercê de opções ideológicas, por isso, além dessa tomada de posição, entende haver algo que condiciona esse processo.²⁵⁸

Para Kelsen, o término do processo de interpretação, a que se refere Reale, será finalizado pelos atos de vontade dos órgãos competentes para a criação ou execução de atos jurídicos, haja vista que os conteúdos normativos são lingüisticamente plurívocos, ou seja, trazem em si o problema da equivocidade,²⁵⁹ daí, portanto, que a conclusão do processo interpretativo se dá pelo poder do Estado.

O *plus* necessário à interpretação de que fala Reale diz respeito a outros pressupostos que não somente a análise da norma positivamente considerada, mas de considerações a respeito do lugar que ocupa a Hermenêutica. Isso significa dizer que se necessita olhar a norma de forma valorativa, a partir da própria Sociologia Jurídica, considerando-se os contornos sócio-culturais a que se conformaram as normas jurídicas. Quanto à Política do Direito, à medida que analisa as razões de conveniência ou oportunidade pelo Estado da escolha das normas a vigirem, possibilita não limitar ao jurista somente a norma considerada fora da realidade social e política, a fim de não interpretá-la como se fosse concebida magicamente ou por obra de Deus.

Assim, a interpretação é algo que se alonga a partir da norma, seja de forma retrospectiva, seja de forma prospectiva, o que significa, em outras palavras, analisá-la filosoficamente, porque ela jamais é algo estanque, pois que suporta em si uma totalidade de significados através da literalidade de suas palavras. Isso ocorre porque as palavras possuem uma variabilidade de significados, signos lingüísticos que co-

²⁵⁷ CURI, op.cit., p. 198.

²⁵⁸ REALE, **O direito como experiência**, op. cit., p. 235-8.

²⁵⁹ KELSEN, **Teoria pura do direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1984. p. 154.

referem / ou auferem diferentes significados com o tempo, que ficam à mercê das intempéries que condicionam a personalidade humana.

Nas palavras de Reale.

(...), parece-me destituída de significado a antiga distinção entre “hermenêutica”, como conjunto de processos ou regras de interpretação, e esta como aplicação daquela. Trata-se de uma distinção de escolasticismo abstrato que não atende à natureza necessariamente concreta do ato interpretativo, inseparável dos meios dialeticamente ordenados à consecução dos fins.²⁶⁰

Palmer nos explica que o sentido usual da palavra hermenêutica significa, segundo o *Webster Third New International Dictionary*, o estudo dos princípios metodológicos de interpretação e de explicação. Contudo, para ele, esta é uma explicação por demais superficial, fazendo-se necessário um adentramento mais profundo para entender seu verdadeiro significado.²⁶¹

Nota-se em Palmer uma grande preocupação quanto ao sentido e alargamento da Hermenêutica, pois acredita que a interpretação hodiernamente é feita de forma “realista”, ou seja, o intérprete vê a obra como um ente em si, separada de seu autor. Ele a apreende através de uma análise textual de forma estritamente científica, ocorrendo um distanciamento entre o sujeito cognoscente e a própria obra literária, considerada como um objeto.

As obras literárias serão consideradas mais perfeitamente não enquanto objectos de análise, mas como textos que falam, criados por seres humanos. Há que arriscar o nosso “mundo” pessoal se queremos penetrar no mundo vivo de um grande poema lírico, de um romance ou de uma obra. E para isso, não precisamos de qualquer método científico disfarçado, ou de qualquer “anatomia de uma crítica”, como tipologias e classificações muito brilhantes e subtis, mas sim de uma compreensão humanística daquilo que implica a interpretação de uma obra.²⁶²

Para Ricoeur, a Hermenêutica é a teoria dos meios em que a compreensão ocorre em sua relação com a interpretação dos textos. Cabe à Hermenêutica um árduo trabalho porque sua tarefa está em selecionar, diante da polissemia que caracteriza a

²⁶⁰ REALE, *O Direito como experiência*, op. cit., p. 238.

²⁶¹ PALMER, op. cit., p. 16.

²⁶² PALMER, op. cit., p. 16.

língua o sentido real que o locutor quis dar a um determinado discurso. Para se resolver essa questão, expõe que a análise contextual do discurso assume relevância primordial.²⁶³

Dessa forma, a interpretação resulta da análise contextual do discurso e da polissemia dos signos utilizados. Dessa forma, a interpretação não deixa de ser uma habilidade específica de entender, na pluralidade de significados existentes, a verdadeira mensagem que o locutor quer manifestar. Daí a utilização do diálogo, do qual já nos falava Schleiermacher é fundamental.

Contudo, Ricoeur entende que mesmo o diálogo superou as possibilidades de apoio ao desentranhamento dos significados da escrita, necessitando-se, para tanto, de uma crítica a esses padrões de interpretação.²⁶⁴

Pelo exposto, mergulha-se numa imensidão de significados para a Hermenêutica, ora entendida como uma Teoria Geral do Direito, ora como disciplina interpretativa, ora como disciplina de aplicação do Direito, sem deixar de considerar-se que, para cada divisão, oportuniza-se um leque de ideologias interpretativas que condicionam as formas e os métodos de aplicação do Direito.

Dentro desse espectro, a questão que se impõe para os juristas é a resposta à pergunta de qual critério utilizar-se para interpretar as normas jurídicas, sabendo-se que, formalmente, o que deve ser interpretado são as normas formalmente consideradas, mas que não prescindem de uma análise filosófica de seu conteúdo, estando incluídos, nesse sentido: 1. a política jurídica que visa a atingir determinados fins almejados pelo Estado; 2. a dogmática jurídica, que almeja o estudo das leis, com o intuito de adequá-las às finalidades para as quais foram criadas; 3. e a Hermenêutica jurídica, que estuda os fins da interpretação das normas e estabelece as regras para o equacionamento entre objetivos e fins.

Por isso, a tarefa interpretativa é, sempre em si, um processo de síntese e de reconstrução, pois se analisa a norma em vista de seus próprios objetivos e dos objetivos do Direito em geral. É isso que lhe dá o exato alcance, mais longo e importante que a norma subsumida a um fato concreto.

²⁶³ RICOEUR, **Interpretação e ideologias**. op. cit., p.18.

²⁶⁴ Id.

Contudo, não há que esquecer de que a norma existe em função da vida prática, do cotidiano que almeja o progresso científico, cultural e social dos homens. Daí a limitação de análises superficiais e da necessária adequação através da Hermenêutica às constantes evoluções sociais.

Segundo Coelho, a Hermenêutica tradicional, também considerada como “teoria subjetivista” ou “teoria da vontade”,²⁶⁵ tem por fundamento central, no processo de compreensão, a tendência de destacar do texto o sentido das normas jurídicas, seja de forma a reconstruir a vontade histórico-psicológica do legislador, em que o intérprete não utiliza a lei como uma pauta aberta para a recepção de influências externas.

Já a Hermenêutica crítica, ou “teoria subjetivista”, ou “teoria da interpretação imanente à lei”, impõe à apreciação das vontades sociais emanadas através da cultura, ou seja, o sentido da norma é criado através da autonomia do intérprete, é ele que atribui os sentidos para a norma, sendo ela, nesse sentido, uma pauta de valores que não rejeita a ideologia, mas questiona seus efeitos na vida social que não é estanque.

O que se pode destacar de ambas as teorias é que nenhuma delas pode ser analisada de forma limitada, uma vez que a teoria subjetivista expressa a criação de uma ordem quanto possível justa, ou seja, por detrás da lei está uma intenção reguladora e valorativa de aspectos históricos à época de sua criação, a teoria objetivista dá continuidade àquela intenção adequando-a às realidades sociais. Poder-se-á dizer que a teoria subjetivista, ou tradicional, é a nascente da teoria objetivista, que tem a tarefa de adequar-se à realidade social.

Em outras palavras, a teoria objetivista ou crítica, ao ser aplicada, transcende o que o legislador valorou como justo. Ela “intervém em relações da vida diversas e em mutação, cujo conjunto o legislador não poderia abranger e dá resposta a questões que o legislador ainda não tinha colocado a si próprio. Adquire, com o decurso do tempo, cada vez mais como que uma vida própria e afasta-se, desse modo, das idéias dos seus autores”.²⁶⁶

²⁶⁵ LARENZ, op. cit., p. 380.

²⁶⁶ LARENZ, op. cit., p.381.

Em consequência disso, pode-se afirmar que todo o ato de compreensão do fenômeno jurídico é também ato de conhecimento podendo bifurcar-se em dogmático e lógico. No primeiro, compreende o estudo da norma jurídica considerada a partir dos valores que dele fazem parte; já o segundo, refere-se ao conhecimento do fenômeno jurídico, caracterizado pela própria normatividade.

Assim, não há que se conhecer o Direito de forma dividida, pois, ao se conhecerem as normas, conhecem-se os valores ali contidos; ao se estudarem os valores, estes estão presentes nas normas, que são o objeto de estudo da ciência do Direito, e ao se estudarem os fatos que integram as normas, estes se espraiam nas normas e estão presentes como valores.

Por isso, para Reale, a ciência do Direito é uma realidade tridimensional, composta por valores, fatos e normas, que estão intimamente imbricadas na realidade jurídica.

O intérprete do Direito não tem como escapar a essa realidade, que é, ao final, o conhecimento da normatividade e o autoconhecimento da ciência jurídica.

(...) o jurista que, ao absorver o momento normativo, integra o processo da juridicidade, definindo o conteúdo da norma, situado assim no plano dogmático do conhecimento jurídico; e ao absorver o momento lógico organiza os conceitos, juízos e raciocínios, referidos às normas jurídicas segundo os critérios que o fazem conceber essa tarefa como de hierarquia científica; e ambos os processos se imbricam na técnica jurídica, como o momento culminante do processo de compreensão do Direito.²⁶⁷

Para concluir, acredita-se que as tentativas das teorias tradicionais de interpretação não têm possibilidades de vingarem diante de uma sociedade altamente complexibilizada como a nossa. É uma utopia pensar que ela pode solucionar os conflitos sociais através da literalidade da lei e processos de subsunção a partir do que pensou o legislador. Ao contrário, a compreensão é uma forma de construção, de recomposição das profundas perdas sofridas por um processo de compreensão estanque.

²⁶⁷ COELHO, L. F. op. cit., p. 184.

1.3 - Hermenêutica como linguagem: das idéias de linguagem no meio para a idéia de linguagem como sujeito

Do ponto de vista dogmático, a ciência jurídica se erige dentro de um sistema cujo objeto de validade está circunscrito na norma jurídica, a partir do encadeamento lógico de seus institutos, de forma que se delimitem tanto o surgimento como a exclusão das mesmas.²⁶⁸

Contudo, além do sistema lógico, há o sistema simbólico, representado por todos os signos que caracterizam a língua, para o qual conforma a sua estrutura lógica, imprescindível para sua atuação prática.²⁶⁹ Ademais, os signos caracterizam-se e modificam-se a partir de aspectos culturais e históricos daquele que faz uso dela, utilizados por uma sociedade através de sua fala, que pode ser entendida como a configuração valorativa dos símbolos, à medida que o homem os qualifica.²⁷⁰

Nessa ordem, os conceitos jurídicos funcionam como um redutor de complexidades, à medida que, intermediando falas ou discursos, amenizam as expectativas sobre a multiplicidade de significados dos símbolos.

Pode-se dizer que os conceitos reduzem a complexidade porque agem como mecanismos de controle da seletividade,²⁷¹ ao discriminar os sinais desejáveis dos indesejáveis.

Nesse sentido, a linguagem configura-se como um instrumento para se obter um fim desejado, porque, como tal, ela pode ser manipulável a partir dos fins almejados e nisso está implícito o dogma científico moderno, com seu ideal de designações limitadas e inequívocas, ao fornecer uma natureza e identidade artificial para a língua.

Nesse sentido, no modelo científico oriundo da modernidade, as palavras desvinculam-se da realidade, pois só designam algo porque lhes possibilita atingir determinados fins, fora de sua conformação cultural.

²⁶⁸ FERRAZ Jr. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 251-2.

²⁶⁹ *Ibid.*, p.253.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 255.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 256

Contudo, segundo Gadamer, a linguagem não pode ser utilizada como instrumento de manipulação porque o homem não tem domínio sobre ela, considerando-se o seu caráter eminentemente dinâmico, haja vista que nós, como seres culturais, a tornamos assim.

Gadamer expõe que as palavras, quando utilizadas pelos homens, não pertencem a ele, mas aos fatos, sem os quais não seriam expressas. O homem apenas as apreende, mas, porque elas precedem os fatos, o homem não age com arbitrariedade quando designa algo com palavras. As palavras é que designam algo, elas já são em si significativas de algo.

Para Palmer:

A natureza da experiência não é um dado não lingüístico para o qual encontremos subsequente palavras, por meio de um acto reflexivo; a experiência, o pensamento e a compreensão são totalmente lingüísticos e ao formular uma asserção apenas usamos palavras que já pertencem à situação. A invenção de palavras para descrever uma experiência não é um acto gratuito, antes se conforma com as exigências da experiência.²⁷²

Ademais, segundo Gadamer, a compreensão não se conclui somente através da ciência e de seus símbolos lingüísticos, porque, ao colocarmos nossa razão a pensar, não fazemos somente ciência, mas se produz conhecimento também pela intuição, pelos *insights*. Mas para que seja possibilitada essa compreensão mais ampla e aberta do outro, desvinculada dos signos lingüísticos, é necessário que se compreenda não somente a partir da palavra ao conceito, mas “do conceito à palavra”.²⁷³

Por isso, “(...) minha necessidade era de tornar-lhes claro que a Hermenêutica, enquanto filosofia, não é qualquer disputa de métodos com outras ciências, teorias das ciências ou coisas que tais, senão um modo de mostrar que (...) em cada momento em que pomos nossa razão a trabalhar, não fazemos apenas ciência (...). Só assim temos a possibilidade de recolher-nos, para deixar valer o outro”.²⁷⁴

²⁷² PALMER, op. cit., p. 206.

²⁷³ ALMEIDA, op. cit., p. 26.

²⁷⁴ Id.

Por fim, o que se propõe é desocultar o feitiço da linguagem, ou seja, desenfeitiçá-la de seus conceitos, porque a linguagem, ao ser concebida como um conceito, molda a visão do homem sobre o mundo, cria determinados hábitos que passam a ser verdades absolutas.

Esse desenfeitiçamento, segundo Wittgenstein, decorre de algum mal-entendido gramatical, em função do uso que fazemos das palavras. Para ele, a gênese dos problemas está na linguagem, porque ela é o “meio em que se desenvolve todo nosso pensamento, não apenas na filosofia, mas também nas ciências de qualquer tipo, bem como em nossa comunicação diária”.²⁷⁵ É pela linguagem, não como um meio, mas como compreensão do todo, que o homem pode ascender para uma existência mais digna, pois ele é a própria linguagem, nada há que não esteja na linguagem. A linguagem, portanto, é força fundante, como condição para a significação e para o nascimento do sujeito.

A fenomenologia também trata dessa questão ao procurar uma significação essencial dos objetos à consciência, uma estrutura que permita conhecer as coisas antes de serem conceitos, ou seja, antes dos conceitos serem preenchidos historicamente.²⁷⁶

Nesse sentido, se em Kelsen o *eidōs* do Direito, a sua significação essencial, é o sistema de normas, as palavras ao ingressarem nesse sistema já ingressam como conceitos normativos. A fenomenologia procuraria, então, o significado das palavras antes de seu surgimento normativo, de suas estruturas típicas.

²⁷⁵ Ibid, p.194.

²⁷⁶ MIAILLE, M. **Introdução crítica ao direito**. op.cit., p. 286.

CAPÍTULO II - HERMENÊUTICA JURÍDICA TRADICIONAL: CONTEXTUALIZAÇÃO

Seção I – O RACIOCÍNIO PARADIGMÁTICO

1.1 – O significado da hermenêutica tradicional

Entende-se por hermenêutica jurídica tradicional aquela em que o sujeito cognoscente tem uma atitude passiva diante da lei, é uma forma de interpretação que apenas expõe conteúdos com uma função meramente reprodutiva e, por isso mesmo, dogmática. Os conteúdos jurídicos são aplicados em obediência e limitação à vontade do criador da lei, aos limites históricos que condicionaram seu pensamento. Ao hermeneuta caberia apenas a tarefa de adequar os fatos sociais às leis, seja de maneira conceitual, lógico-formal ou analítica, procurando sistematizá-los.

A crítica a essa conduta reside na falsa noção de estabilidade das relações sociais, do desconhecimento de que a sociedade é dinâmica, em prol de uma suposta segurança jurídica, objetivo maior da formulação da ciência jurídica.

Ora o Direito, como ciência dos homens, não há que fechar os olhos para a espiritualidade, para as criações de sentido que os homens têm da realidade. Negar isso, é negar a evolução social, é recusar atitudes reflexivas sobre a lei em prol da construção de uma ciência improdutiva para a sociedade.

Para Aftalión, a hermenêutica racionalista - tradicional - cai no “cárcere” de que o Direito é a lei e nenhuma outra coisa. Ora, se o Direito é a lei, ele somente irá se reproduzir através dela, à medida que é interpretada, expondo-se assim todos os sentidos que dali advêm.²⁷⁷

Dessa forma, a superação dessa atitude passiva está em quebrar o paradigma de que o Direito pressupõe condutas humanas fixas, ou seja, de que seu objeto se iguala aos objetos das ciências naturais, com fatos estáveis e repetitivos.

Cabe ao jurista, ao intérprete da lei, pressupor que o agir humano não é estático; ao contrário, é extremamente dinâmico face às necessidades impostas a ele

²⁷⁷ AFTALIÓN, op. cit., p.162-3.

pela natureza. O Direito tem por função resolver os conflitos de uma sociedade eminentemente cultural e, por isso, a de transformar a realidade à sua volta face às instituições que dignifica e estima.²⁷⁸

Assim, uma nova interpretação da lei também decorre do novo homem que essa sociedade cria, um sujeito que, se por vezes parece mais convicto de suas necessidades, de outras questiona a forma com essas necessidades lhe são impostas.²⁷⁹

Savigny e Puchta são os maiores representantes da Escola tradicional do Direito, assim como grande parte dos juristas da Alemanha do século XIX. Para Savigny, o Direito é fruto da história dos povos, captada de forma intuitiva pelo legislador através dos institutos jurídicos, que representam instituições sacramentadas em gerações passadas e presentes, como a família e a propriedade. Assim, o Direito é ente que congrega, nas normas jurídicas, tanto o passado como presente histórico, ou seja, a evolução histórica dos povos.

A interpretação das normas se realizaria através da reconstrução do pensamento apregoado na lei, sendo que o intérprete deveria se colocar na posição do legislador e deixar que a lei lhe viesse livremente à mente.

Puchta apregoa a necessidade de o Direito, se conformar através de conceitos, inaugurando a jurisprudência dos conceitos. Assim, entende o Direito como uma pirâmide, onde as proposições jurídicas estão uma em relação às outras, de forma orgânica e sistemática.

A interpretação, por sua vez, é feita dentro da pirâmide que constitui o Direito, pois do conceito superior emanam todas as diretrizes do conceito inferior, ou seja, o conceito superior “codetermina os restantes através do seu conteúdo”.²⁸⁰

Se, por um lado, Savigny entendia o Direito como fruto da história dos povos,²⁸¹ cujo conteúdo é transitório, diante de uma realidade mutável, Puchta entende que o homem é sujeito que constrói a própria história que, por sua vez, deveria ser

²⁷⁸ MONDIN, B. **Introdução à filosofia**. São Paulo: Edições Paulinas, 1980. p. 166.

²⁷⁹ MARQUES, C. L. **Contratos no código de defesa do consumidor**. São Paulo: RT, 1998. p. 23

²⁸⁰ LARENZ, op. cit., p. 23.

²⁸¹ Savigny preocupa-se em construir a Ciência do Direito através de fatos históricos do povo. Contudo, não deixa de preocupar-se com sua elaboração sistemática, a partir de uma taxinomia própria, um “nexo interno” existente no Direito, que tem por fim último colaborar tanto no preenchimento de lacunas quanto na distribuição das normas jurídicas e na elaboração dos conceitos. LARENZ, op. cit., p. 11.

condensada em conceitos jurídicos, rompendo assim com a dinâmica social presente nos institutos jurídicos de Savigny e passando o Direito para uma nova fase constituída pelo Direito positivo, enquanto forma de solução dos conflitos.²⁸²

O Direito positivo se caracteriza como o Direito posto pelo legislador, tendo por fundamento o positivismo Filosófico de Augusto Comte, cuja doutrina caracteriza-se pela “subordinação da imaginação e da argumentação à observação”, em vista de que cada ramo epistemologicamente existente possua um método próprio de análise, seja de seu conhecimento como de seus resultados, e que, a partir desses pressupostos, se possa “socializá-los com as demais ciências²⁸³.”

A orientação da hermenêutica tradicional ou dogmática orienta-se no sentido de que o Direito deve estar contido na lei, restando ao intérprete apenas subsumir os fatos à lei. Isso ocorre porque está presente a idéia do Direito natural, de um sistema que propugna a justiça em todos os lugares e em todos os tempos, que tem por essência a imutabilidade, sendo impossibilitado ao homem modificá-lo ou revogá-lo, porque imposta por um chefe maior, que sabe quais os caminhos que devem seguir o povo, e este caminho está na lei. Por isso não é possível sequer interpretá-la, deve ser utilizada na sua integridade e pureza.²⁸⁴

O homem é impelido a respeitar as leis à medida que elas representam uma moral universal, ou seja, um Direito ideal, que a todos serve sem distinções.²⁸⁵ Esse princípio moral foi profundamente interiorizado no século XIX e alastrou-se por toda a Europa. Seu apogeu deu-se no Código Napoleônico que, para a mentalidade daquela época, foi um instrumento escrito pelo homem, em obediência a um ente supremo que a todos governava. Entendia-se que o Código trazia a natureza das coisas para as mãos humanas, através da lei, cabendo, assim, ao legislador descobri-las e aos homens respeitá-las integralmente.

²⁸² FERRAZ Jr., **Introdução do estudo do direito**.op. cit., p. 78.

²⁸³ COMTE, op. cit., p.23.

²⁸⁴ PERELMAN, **Lógica jurídica**, op. cit., p. 16.

²⁸⁵ Ibid., p. 17.

As escolas hermenêuticas que defendem sobremaneira o princípio como dogma são: na França, a Escola da Exegese; na Alemanha, a Escola da Jurisprudência Conceitual; e no sistema do *commom law*, a Escola da Jurisprudência Analítica.

Larenz²⁸⁶ critica esse modelo, porque os conceitos jurídicos e as proposições que deles decorrem mudam com o tempo, e a coerência lógica não significa sua validade prática, declinando assim da jurisprudência dos conceitos. Esclarece que “a vida não é o conceito; os conceitos é que existem por causa da vida. Não é o que a lógica postula que tem que acontecer; o que a vida, o comércio e o sentimento jurídico postulam é que tem de acontecer, seja logicamente necessário ou logicamente impossível”.

Larenz, referindo-se ao entendimento de Jhering, explica que o Direito romano, ao legar para o mundo moderno uma infinidade de conceitos jurídicos, consolidou a idéia de homem como um sujeito de direitos, os quais se originam de sua vontade – autonomia privada –, obrigando os seus pares ao dever de respeitar esse querer. Ocorre, entretanto, que o Direito romano privilegiou o sujeito detentor de bens de propriedade, dentro de uma economia já bastante desenvolvida.²⁸⁷

Entretanto, o mundo que o Direito romano “encontra” no século XIX caracteriza-se não somente por relações de troca, mas por profundas conturbações, fruto de novas idéias políticas e múltiplas necessidades sociais, decorrendo daí indagações a respeito da “função social do Direito privado”, haja vista mormente a situação da maioria que não possui posses.²⁸⁸

Nesse sentido, entende que “acreditar na inalterabilidade dos conceitos jurídicos romanos é uma posição perfeitamente imatura, que deriva de um estudo da História completamente acrítico”, ou seja, de determinados conceitos jurídicos não se pode deduzir proposições jurídicas que encerram em si toda a dinâmica social; os conceitos jurídicos não são e não podem ser uma simples adequação prática da realidade.²⁸⁹

²⁸⁶ LARENZ, op. cit., p.51.

²⁸⁷ Ibid., p. 50-1.

²⁸⁸ Id.

²⁸⁹ Ibid., p. 52.

1.2 - Glosadores e pós-glosadores

O Direito, na sua trajetória histórica, evolui do Direito ariano, ao grego, romano e medieval. O Direito romano, especificadamente, se torna conhecido – revive para Aftalión –, a partir de sua recepção, na Idade Média com a fundação da Universidade de Bolonha, século XII através da interpretação feita por parte de juristas pertencentes à chamada Escola dos Glosadores.

Os glosadores foram os responsáveis pela implantação no Direito, através de seu labor ao comentarem o *Corpus iuris civiles*, de anotações entre linhas e margens dos textos de Justiniano.²⁹⁰

Para alguns autores,²⁹¹ os glosadores introduziram o método literal de interpretação das leis, pois era o método adotado para decifrar o significado das palavras presentes na bíblia e textos religiosos. Nesse sentido, não lhes era permitido criar, mas ater-se rigorosamente ao enunciado das palavras.

Por isso mesmo, o Direito romano não evolui em termos sistemáticos, ficando sedimentado no *Corpus iuris civiles*, sem uma ordenação que lhe permitisse caracterizar-se como ciência, pois os responsáveis pela sua perpetuação – glosadores - não introduziram um método de interpretação que possibilitasse sanar as lacunas e contradições existentes.²⁹²

A tarefa dos pós-glosadores tem por função ajustar a doutrina dos glosadores durante a Idade Média, época em que dominava o Direito Natural da Escolástica, propulsionada por São Tomaz de Aquino.²⁹³

Há uma tentativa de manter intocáveis os textos romanos, em que pese entender-se que o trabalho dos glosadores e pós-glosadores evidencia uma certa sistematização do Direito, à medida que agrupavam títulos, resumiam suas glosas, como na “Glosa Grande”.

²⁹⁰ GOMES, O. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. op. cit., p. 54.

²⁹¹ WARAT e AFTALIÓN.

²⁹² CANARIS, op. cit., p. LXXVI

²⁹³ AFTALIÓN, op. cit., p.200.

Seção II – A HERMENÊUTICA COMO TEORIA

1.1 - A questão dos métodos de interpretação

O procedimento caracteriza-se por um meio, uma forma de retirar da lei o seu sentido, tarefa realizada por determinados métodos de interpretação que, ao longo da história, tentaram predominar uns sobre os outros, fato atualmente superado pela dinâmica social, na qual a crítica prepondera sobre qualquer método estanque de interpretação.²⁹⁴

A crítica se manifesta no sentido de analisar os resultados da interpretação e os critérios que são utilizados para clarificar o verdadeiro sentido da lei. Contudo, a verdade que emana da lei vai depender da expectativa de cada sociedade,²⁹⁵ ou seja, a verdade será a valoração a ser depositada nas condutas sociais e não uma mera subsunção dos fatos à lei.

Os critérios de clarificação da lei, segundo Coelho, são dois: o primeiro diz respeito ao conteúdo das expressões, o que elas significam, o segundo, o alcance desse dizer, ou seja, a quem ela se aplica. Em resumo, “a compreensão e a extensão dos conceitos”.²⁹⁶

Nessa ordem, a compreensão representa a expressão que o conteúdo quer significar, ou seja, a essência da lei, e a extensão, a quantidade de objetos à que a norma se dirige. Assim, quanto mais abrangente for o número de significados que uma norma tenha, maior será a possibilidade de sua abrangência, e o contrário, quanto maior o número de significações, menor será essa possibilidade.²⁹⁷

Várias Escolas trabalharam para que esses significados fossem desvelados, cada qual priorizando um método de interpretação, os quais seguem uma determinada dinâmica evolutiva.

²⁹⁴ COELHO, L. F. op. cit., p.203-4.

²⁹⁵ Ibid., p. 204.

²⁹⁶ Id.

²⁹⁷ Id.

1.2 – A interpretação literal

Também denominada de interpretação filológica e gramatical, surge concomitantemente à edição do Código Civil Francês, à medida que se necessitava de descobrir o significado verdadeiro das palavras escritas na lei, presentes nas expressões naturais da coletividade, de maneira que os primeiros avanços para a configuração de um método específico para se fazer ciência não está desvinculado de fatores históricos que conformam a linguagem.

Tanto para Aftalión como para Warat, os glosadores foram os grandes responsáveis pela introdução desse método, pois sua tarefa consistia em interpretar textos sagrados, como a bíblia e os escritos dos apóstolos. Utilizavam, para atingir esse objetivo, de um método em que a pureza da palavra era conservada ao máximo, utilizando-se, assim, de sinónímias para a sua decifração.

De entendimento semelhante, Coelho²⁹⁸ explicitou em sua obra que os glosadores da Escola de Bolonha, no séc. XI cumpriam a tarefa de interpretar os textos romanos inserindo, quer na margem ou entre as linhas dos mesmos seus comentários, o que, segundo esse autor, deu origem no século XVI, ao *Corpus Juris Civilis*. Os glosadores, por sua vez, foram seguidos pelos pós-glosadores, os quais, utilizando-se do mesmo método, compilaram o Direito romano, o canônico e o Direito local, formando assim o *jus commune*.

Para essa Escola, a língua tem significados próprios que devem ser conservados para que ela atinja o objetivo para a qual foi designada. Não se busca, nesse modelo, os vários sentidos da lei e, assim, a multiplicidade de significados, fato esse que desviaria sua tarefa. Para essa Escola, não existem interpretações que sejam equivocadas, quem se engana não é a lei, mas seu intérprete.²⁹⁹

O fundamento dessa Escola pode ser atribuído ao filósofo Platão, para o qual as palavras possuem uma pureza que a constituem que é o seu significado original, verdadeiro e próprio, que as caracterizam desde o seu nascimento. Assim, “o

²⁹⁸ COELHO, L. F. op. cit., p. 208.

²⁹⁹ WARAT, op. cit., p. 66.

significado das palavras devia refletir aquelas características que constituíam a essência das coisas”,³⁰⁰ sem se atentar para uma possível pluralidade de significações.

Para Aftalión, o sentido das palavras deve ser analisado em conjunto com outras leis, de forma orgânica, dentro do ordenamento, pois as palavras analisadas do ponto de vista isolado são signos que expressam apenas uma parte do todo, não conseguem explicar a verdadeira ideologia que um ordenamento traz em si, que somente é captada na totalidade de sentido. O juiz ao aplicar o Direito, aplica o todo, não o parcial.³⁰¹

De forma crítica, pode-se constatar o prejuízo desse método à sociedade, pois muitas vezes os textos legais não são escritos com correção gramatical, oportunizando interpretações equivocadas, que ensejam verdadeiros retrocessos sociais.³⁰²

A norma vista na sua literalidade oportuniza apenas uma análise parcial do Direito, pois, ao se proceder desta forma, ela se torna isolada, não dando vazão a uma visão de conjunto. Somente a análise global do Direito faz transparecer, diretamente, a dinâmica na qual se engendra a sociedade. Em outras palavras, a norma, literalmente considerada, deve ser interpretada no ordenamento, pois somente assim se obtém resultados positivos, à medida que funciona como um ponto de partida que transmite “um terreno de cultura” para a sua adequação à realidade social, seus costumes, valores e, sobretudo, necessidades.³⁰³

Depreendemos disso, na análise que Ascensão faz com o Instituto Jurídico de Savigny, que

É este o sentido mais útil que resulta da contraposição de Savigny da lei ao instituto jurídico, cuja natureza orgânica a lei, na sua forma abstracta, jamais poderia esgotar. A interpretação deve reconstituir a unidade global da realidade, exprimindo através de normas a síntese que lei e ordem social tornam possível.³⁰⁴

Contudo, não se pode olvidar que a letra da norma é um ponto de início da interpretação, à medida que ela é um instrumento que possibilita a comunicação, ou

³⁰⁰ Ibid., p. 67

³⁰¹ AFTALIÓN, op. cit., p. 367.

³⁰² STRECK, op. cit., p. 91.

³⁰³ ASCENÇÃO, op. cit., p.387.

³⁰⁴ Id.

seja, a norma contém a linguagem da palavra como medida possível para a comunicação. Dessa maneira, o “texto funciona [...] como limite da busca do espírito”, que se encontra na lei.³⁰⁵

Entretanto, a palavra, mesmo sendo um instrumento extraordinário de expressão do pensamento humano, no qual o sujeito pode aclarar o que de mais profundo seu espírito sente, possui sentidos duvidosos e ambíguos. Muitas vezes a mesma palavra pode ter significados completamente diferentes,³⁰⁶ o que faz com que o intérprete procure no contexto global do ordenamento o lugar que a norma tem, como numa parede de alvenaria, onde cada tijolo é indispensável para que ela se torne segura e tenha a aparência de uma parede. Assim, no Direito, cada norma representa o tijolo, e cada tijolo individualmente considerado fornece a concretude que o ordenamento almeja.

De forma análoga, para Ferraz,³⁰⁷ a interpretação gramatical tem por finalidade decifrar o sentido literal do texto, o que a norma quer dizer por seus vocábulos. Tal análise, contudo, não pode se efetivar isoladamente, mas deve ser realizada em comunhão com outras formas de interpretação, que delimitam o espaço onde a norma está contextualmente inserida, o que se obtém através da interpretação lógica e sistemática.

Segundo Coelho, o método literal, na atualidade, não é predominante na análise jurídica, pois, para que a interpretação seja o mais completa possível, ou seja, que não se invista apenas na aparência das palavras, torna-se imprescindível a integração com outros ramos da ciência, como o histórico, sociológico, filosófico, entre outros.³⁰⁸

Nas suas palavras:

(...) se considera que a proposta da teleologia jurídica é justamente essa, a prevalência dos fins sobre as palavras; mas é que a teoria crítica vai além dos fins, e autoriza o intérprete a

³⁰⁵ Ibid., p.390.

³⁰⁶ ASCENÇÃO, op. cit., p.390.

³⁰⁷ FERRAZ Jr., *Introdução do estudo do direito*. op. cit., p. 97.

³⁰⁸ COELHO, L. F. op. cit., p. 208.

atuar como agente transformador do Direito, e não um mero expectador dos eventuais malefícios de uma lei injusta. Este é o alcance que a teoria crítica atribui à interpretação lingüística, como alternativa à vetusta interpretação gramatical ou filológica.³⁰⁹

Em síntese, a interpretação literal figura inadequada para o atual momento histórico, pois a tarefa do Direito transcende a análise parcial, oriunda da desvinculação das palavras com os contextos históricos, para integrar-se de forma dinâmica à heterogeneidade que caracteriza a sociedade.

1.3 – A interpretação lógica

Esse modelo de interpretação já foi útil e necessário para um determinado período histórico, caracterizado pela ascensão da burguesia, vitoriosa na Revolução Francesa, que procurou colocar no modelo positivista sua visão de mundo.

Caracteriza-se pela solução dos conflitos a partir da busca da coerência dos fatos com verdades previamente estabelecidas pelo poder dominante, chamadas premissas, manifestadas como atos de conhecimento pelo poder da época.³¹⁰

A lógica ultrapassa a interpretação literal para se realizar de maneira sistemática, a partir de quatro leis que a direcionam e que servem como meios para demonstrar as verdades do ponto de vista de sua validade,³¹¹ a saber: o princípio da identidade, sob o qual alguma coisa só pode ser ela mesma e não outra coisa; o princípio da não contradição, no qual algo não pode ser e não ser ao mesmo tempo, algo é ou não é; o princípio do terceiro excluído onde, entre uma proposição verdadeira e outra falsa, não pode haver uma intermediária, ou seja, “não há outra opção entre a verdadeira e a falsa” e o princípio da razão suficiente pelo qual em tudo há uma racionalidade intrínseca que motiva um determinado comportamento.³¹²

No princípio da razão suficiente, está contida a assertiva de que as mudanças somente ocorrem por algum motivo; de que se algo é igual a outra coisa e causas modificativas iguais venham a lhes interferir, o resultado da mudança será idêntico, ou

³⁰⁹ Id.

³¹⁰ COELHO, L. F. op. cit., p. 84.

³¹¹ Ibid., p. 84.

³¹² Ibid., p. 210.

seja, “sob idênticas circunstâncias, as mesmas causas produzem os mesmos efeitos” e, finalmente a assertiva de que qualquer atuar é realizado tendo em vista um fim”.³¹³

A interpretação lógica utiliza esses princípios como norteadores para o seu atuar, através de “argumentos lógicos”, denominados por Coelho de *a fortiori*, *a maiori e a minori*, *a simili* e *a contrari*.³¹⁴

O argumento *a fortiori* permite que uma lei ampla possa interpretar fatos que ela repute “menos importantes” daqueles que nela estão discriminados, ampliando sua abrangência³¹⁵. Já para Perelman, esse argumento apóia-se principalmente no raciocínio ou razão que foi utilizado para resolver um conflito antecedente, os quais serão utilizados para resolver o conflito atual.³¹⁶

O argumento *a contrario sensu* expressa que somente o que a lei prescreve deve ser rigorosamente cumprido, aquilo que ela não expressa é permitido ao sujeito,³¹⁷ ou seja, não há um raciocínio jurídico no qual o alcance de uma decisão possa ser estendido para outras decisões.

O argumento *a simili* diz respeito ao “raciocínio analógico”, de tal modo que uma lei possa abranger casos semelhantes, que não possuem uma lei específica a lhes reger, enfim, é um processo de preenchimento de lacunas,³¹⁸. Em Perelman, a construção desse raciocínio embasa-se em argumentar que uma decisão anterior é a mais justa possível, não importando de que forma ela foi aceita, se justa ou injusta, ou seja, se há uma conveniência na sua aplicação.

Por outro lado, na argumentação *a simili* e *a fortiori*, o resultado de uma decisão é estendido a outras decisões. Contudo, pelo fato de que a utilização de tal raciocínio pode não ser condizente em todos os casos, surge a argumentação *a contrari* que delimita a utilização de ambos, sempre que não conveniente.

³¹³ Ibid., p. 211.

³¹⁴ Ibid., p. 212.

³¹⁵ Id.

³¹⁶ PERELMAN, A **lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 11.

³¹⁷ COELHO, L. F. op. cit., p.212.

³¹⁸ Ibid., p. 211-12.

Também na interpretação lógica, as normas podem ser analisadas através de seu conteúdo material, utilizando, como procedimentos de investigação, os princípios de Direito, que, fundados na sabedoria popular, direcionam o agir do hermeneuta.³¹⁹

A análise do conteúdo da lei, dentro da lógica, permite que seja considerado o motivo de sua existência, o que a lei representa socialmente e a circunstância histórica em que ela foi elaborada, fatos a serem sopesados a partir do princípio da justiça e equidade, que fundamentam a interpretação material.³²⁰

No raciocínio lógico-material, ao contrário do lógico formal, a “verdade” é almejada através de um processo dedutivo e é buscada em elementos que extrapolam a procura de argumentações conclusivas para perquirir os elementos que subjetivamente interferiram na sua elaboração, como a sua finalidade social, os motivos de sua realização, entre outros, de forma que os fatos tenham importância como um valor preponderante para a sociedade e não apenas como um processo objetivo e avalorativo.

O modelo lógico-formal, que acabamos de referir, caracteriza-se por formular conclusões ou argumentos a partir de um raciocínio silogístico, consistente em três proposições: a primeira, chamada premissa maior; a segunda, premissa menor; e a terceira, conclusão. Admitida a coerência das premissas, a conclusão se infere da maior por intermédio da menor.

Esse processo de dedução da premissa maior para a menor e daí para a conclusão é também chamado de silogismo e teve origem com Aristóteles. Por silogismo entende-se, pois, um “discurso em que, afirmadas certas coisas, algo diferente do que foi afirmado, resulta necessariamente daquilo que se afirmou”.³²¹

Em outras palavras, pelo silogismo se infere uma proposição como conclusão de uma outra ou de várias outras proposições que a antecedem e são sua explicação ou causa.³²²

³¹⁹ Ibid., p. 214.

³²⁰ COELHO, L. F. op.cit., p.214-15.

³²¹ BODENHEIMER, E. **Ciência do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1961. p. 370.

³²² CHAUI, op. cit., p. 187.

Bodenheimer vê um aspecto altamente positivo do silogismo, pois, a par de sua utilização nas relações entre proposições, serve também como um método de indagação na busca da verdade, pois ele cuida para que as indagações sejam controladas, a fim de que as respostas obtidas sejam as mais seguras possíveis,³²³ haja vista a objetividade que esse método proporciona, pois o campo de incidência das respostas fica circunscrito às premissas e à conclusão.

Contudo, apesar dos aspectos positivos, o silogismo é um método insuficiente para encontrar soluções satisfatórias para o Direito, pois determinados conceitos não têm uma acepção suficientemente ampla da qual se possa auferir determinada conclusão. Por outro lado, além da restrição de sentido, esse pode sofrer equívocos por parte do aplicador, propiciando desajustes entre as premissas e, conseqüentemente, na conclusão. Dessa forma, para que a conclusão silogística se adeque ao caso concreto, seria necessário que as palavras possuíssem somente um significado e qualificação,³²⁴ o que não é possível dentro do Direito, pois se trata de uma ciência que tem por pressupostos valores, os quais adquirem contornos específicos entre os homens devido à sua diversidade cultural.

Desse modo, sendo os valores qualidades que se originam dos fenômenos da natureza através da interação com os sujeitos, tendo em conta certas contingencialidades culturais, muitas serão as valorações fornecidas aos conceitos, não podendo falar-se em univocidade conceitual e interpretativa, tampouco na sua relativização.

Outra crítica a ser feita ao método lógico refere-se ao fato de não haver segurança na escolha da premissa maior para ser lançada ao caso concreto – entenda-se a premissa maior como a lei a ser aplicada –, pois muitas dessas premissas podem não se adequar ao caso em questão, ou mesmo muitas delas podem ser utilizadas. Assim, a escolha de qual premissa utilizar fica reduzida à discricionariedade do aplicador, o que possibilita múltiplas formas de interpretação.

³²³ BODENHEIMER, op. cit., p. 371.

³²⁴ Ibid., p. 373.

Contudo, se se parte da premissa de que é impossível ao juiz aduzir todas as suas conclusões através de raciocínios silogísticos, Bodenheimer, ao citar Dennis Loyd, entende que existe uma lógica que é própria do juiz ao escolher esta ou aquela solução, pois que suas escolhas – decisões – não são arbitrárias, mas trazem em si o resgate da cultura jurídica, ou seja, os elementos racionais que diminuem a possibilidade da arbitrariedade.³²⁵

Para Reale, o ato de interpretação é ato racional, no sentido de penetrar na essência dos fatos. Contudo, essa forma de ação do sujeito, de conhecer pelo método lógico, não o leva a praticar atos de sensatez e moderação, haja vista que o mesmo abstrai o sujeito de conhecer o âmago das coisas, ou seja, o ser desvincula-se do objeto e o vivencia de modo separado.³²⁶

Além do mais, explica que a lógica racional, ao analisar os fatos de modo matemático, faz parte da lógica do razoável, contudo, não deve reduzir a interpretação a meras conexões formais, onde prepondera a abstração e onde se produz o alheamento do espírito.³²⁷

Para Aftalión, cada ciência possui um método específico de estudo e de descoberta de suas “verdades”. A ciência jurídica, no seu entender, é uma ciência cultural, que possui para análise objetos culturais, sendo que o método adequado para seu estudo não é o lógico-formal, mas o empírico dialético, o qual diz respeito àqueles objetos que são vivenciados pelo homem, que fazem parte de sua experiência, sendo que o ser vivenciado não se esgota em si mesmo, necessitando que a ele se atribua um valor, sem o qual o objeto vivenciado nada significa.³²⁸

Destarte, como ciência cultural, está sempre a criar valores sobre a experiência humana e ao mesmo tempo recriando valores sobre os valores criados, o que origina um círculo vicioso.

Queremos, contudo, explicar que, conforme Reale, o fato de se obterem “conclusões” através do Direito, é de grande valia, pois demonstra a capacidade de

³²⁵ BODENHEIMER, op. cit., p. 377.

³²⁶ COELHO, L. F. op. cit., p. 84.

³²⁷ Id.

³²⁸ AFTALIÓN, op. cit., p. 39.

síntese do ser humano, de solidificar, diante de tanto valores, algum ou alguns que irão nortear o caminho do homem.³²⁹

Por outro lado, explica que a lógica, sobretudo a analítica, serve como instrumento de esclarecimento e de operacionalidade para o Direito, quando aliadas à interpretação, pois é esta que permite ao intérprete captar a realidade da dinâmica do Direito.³³⁰

Contudo, ao se regerem valores, tem-se por objetivo atingir determinados fins, os quais representam “a versão racional de um valor que se quer alcançar graças a meios idôneos”. Assim, como o Direito é uma ciência cultural³³¹ que valora fatos, há que se delimitar essas valorações para não se chegar a um caos jurídico, tendo-se como instrumento para essa delimitação o fim objetivado pelo legislador.³³²

A norma tem assim a função de objetivar um fim, de dar concretude jurídica aos valores. Por exemplo, se se valora a vida, esta aparece no ordenamento como um princípio, mas é objetivada através de leis específicas que disciplinam comportamentos.

1.4 – A interpretação sistemática

Na interpretação sistemática, a lei é analisada tendo-se por base o todo, ou parte do todo. A plenitude da lei não pode ser considerada desvinculada do local de sua inserção numa dada ordem normativa. Assim, analisa-se um artigo considerando o estatuto legal onde ele se insere, ou pode-se interpretar o próprio estatuto a partir de uma norma jurídica.

Esse modelo de interpretação é equivalente ao Círculo Hermenêutico, da Hermenêutica Filosófica, e seu ordenamento é determinado pelo valor de cada norma, e cada norma, por sua vez, traz o todo em si, ou seja, as partes não podem se dissociar do todo, pois este representa as partes na sua unidade.

³²⁹ REALE, *O direito como experiência*, op. cit., p. 262.

³³⁰ COELHO, L. F. op. cit., p. X.

³³¹ AFTALIÓN, op. cit., p. 19.

³³² REALE, op. cit., p. 253.

Nesse método, procura-se um sentido global para a norma dentro de um conjunto amplo de possibilidades, mas que não extrapola o ordenamento jurídico, ou seja, vincula-se a interpretação dentro do modelo lógico-jurídico, o que se pode denominar como uma crítica, já que a interpretação, de qualquer forma, fica restrita a este universo que é o ordenamento em que a norma está circunscrita.

Coelho também explicita que a interpretação sistemática não necessita ser somente de ordem lógica, mas pode alçar novos vãos ao fazer prospectivas que a aproximem da realidade social, utilizando para isso de conhecimentos buscados em outras ciências, com vistas a se obter uma solução mais próxima da realidade.³³³

1.5 – A interpretação histórica

Nesse modelo, busca-se decifrar a intenção do legislador no momento em que a lei foi elaborada. No momento, entende-se compreender os fatos que tornaram a lei existente, além disso procura-se ampliar essa visão considerando não somente os fatos, mas os valores a que eles foram agregados.

Nesse intento, buscam-se tais fatos a partir do emprego de análises, tanto dos elementos preparatórios de uma lei como das circunstâncias históricas em que a mesma foi elaborada, bem como a proposta de sua elaboração, com vistas a analisar o enfoque que foi priorizado para a sua promulgação.

Contudo, a interpretação histórica não deve ser vista como um processo estanque, no qual o passado é desvelado apenas para o conhecimento isolado das leis. Ao contrário, ela serve como subsídio interpretativo que condicionou o presente.

Em outras palavras, o momento histórico atual tem uma indissociável ligação com o passado e, assim sendo, toda a lei é, de certa forma, o resgate cultural do passado, já que ela vige a partir dele, ou seja, é oriunda dos aspectos culturais do passado modificados no presente. Por isso, como explica Coelho, a interpretação histórica também é interpretação interdisciplinar.

³³³ COELHO, L. F. op. cit., p.216.

A corrente dominante para interpretar a lei nesses moldes foi a da Escola da Exegese, que se formou em vista da idealização do Código Civil Francês,³³⁴ que representou um profundo avanço científico de síntese³³⁵ e mesmo cultural do povo francês, à medida que sua existência constituiu, *a priori*, o sepultamento de uma pluralidade de outras fontes jurídicas. Ademais, caracterizou-se por um excelente trabalho de sistematização e organização de diferentes realidades jurídico-políticas e culturais a um modelo de Direito feito de forma unificado e sistematizado.³³⁶

O Código Francês, em vista de sua ineditividade, foi idolatrado na França, porque representou um instrumento salvador para todos os problemas jurídicos, à medida que a interpretação tinha como limites somente a lei, totalmente desvinculada de fatos históricos.

Uma das explicações para a caracterização de um modo limitado de interpretação surge, segundo Ascensão,³³⁷ do fato de que o hermenauta era aquele que analisava textos, os quais vinculavam-se aos contextos sociais em vista de uma interação com a realidade histórica, diferente da lei, idealizada a partir do legislador, de sua vontade e individualidade,³³⁸ motivo esse que tornou sua figura idolatrada, enquanto entidade que detinha o poder de direcionar e comandar a vida das sociedades através de suas decisões.

Dentro dessa linha de entendimento, a Escola da Exegese não despertou para o fato de que o fenômeno da interpretação, ou seja, da compreensão do mundo³³⁹ é inerente ao homem, e que deve ser feito não somente de maneira unilateral – no caso da vontade do legislador.

Ademais, para Ascensão,³⁴⁰ não existe interpretação da lei separada de seu contexto histórico. Para que ela possa se efetivar, é necessário vê-la imbricada com a

³³⁴ CANARIS, op. cit., p. LXXXV.

³³⁵ Codificar e compilar determinado assunto são fatos distintos. Aquele diz respeito à “sujeição das fontes ao pensamento sistemático”, e este, “implica sempre um conjunto de fontes, submetido a determinada ordenação”. CANARIS, op. cit., LXXXIV.

³³⁶ CANARIS, op. cit., p. LXXXIX

³³⁷ ASCENÇÃO, **O direito**. Lisboa: Almedina, 1999. p. 392.

³³⁸ WARAT, **Introdução geral do direito**. Porto Alegre: Fabris, 1994. p. 68.

³³⁹ PALMER, **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1969. p. 18.

³⁴⁰ ASCENÇÃO, op. cit., p. 393.

realidade, à medida que o querer de uma sociedade somente se efetiva na solidariedade, jamais na individualidade.

Para Warat, pode-se encontrar resquícios de uma solidariedade entre o querer do legislador e o querer social, pelo fato de que aquele representa a sociedade, mesmo que idealmente considerado. O papel do judiciário, nessa ótica, surge como mero coadjuvante, apenas um instrumento de concretização da lei, nada lhe restando a não ser operacionalizar o Direito, ou seja, um papel secundário dentro da teoria jurídica.³⁴¹

Ademais, concebe um artifício no qual o “espírito do povo”, como fonte de Direito, representa o espírito da maioria, por mais fragmentado que seja, bem como sua união sem discordâncias, num mesmo sentido político e ideológico, agora unificado na figura daquele que concebe a lei, o legislador. Assim há um vício de consentimento claro entre a lei e a vontade da sociedade, pois ela incorpora as vontades ideológicas de uma determinada classe e, por via direta, a sua concepção de mundo, seus ideais e valores, por isso uma falsa aparência que traz em si, de forma oculta um programa político idealmente concebido.³⁴²

Ao designar um papel coadjuvante para o judiciário, trouxe junto de si uma desconfiança e um desmerecimento profundo para com a figura da instituição judiciário, pois à medida que a lei é criticada certamente suscita indagações sobre o momento político então reinante. Nesse sentido, tal interpretação era interessante para o domínio de uma determinada classe, pois ela própria, a interpretação exegética, torna-se fundamental para a sedimentação do novo processo político, pois o arbítrio dos juízes poderia comprometer a sedimentação do *status* político então conquistado.

Várias são as críticas atualmente feitas a esse entendimento, à medida que se venera o idealizador da lei e, conseqüentemente, a sua vontade em detrimento da figura do juiz. Ademais, dentro da configuração política do Estado moderno, a tarefa do legislador deve ser limitada à elaboração da lei, e ao juiz – judiciário –, cabe valorá-la.

Nesse sentido, a crítica de Streck, na qual a interpretação da vontade do legislador representa um retrocesso, pois que se processa *ex tunc*, na contramão da

³⁴¹ WARAT, **Introdução geral do direito**, op. cit., p. 70.

³⁴² *Ibid.*, p.69.

história,³⁴³ sedimenta uma postura do Direito de forma dogmática, que negligencia a crítica, pois é tão somente a compreensão do pensamento do legislador.

Sob o prisma da segurança jurídica, Warat explica também que esse fato foi pensado ideologicamente pela Revolução Francesa em união com a interpretação exegética da lei, à medida que somente a interpretação limitada da lei poderia assegurar o programa político nela engendrado.

Dentro dessa concepção, podemos fazer um paralelo com a Escola exegética e o Direito natural. Enquanto neste as normas têm como fonte a racionalidade do sujeito, ou seja, a sua vontade, eis que a providência divina generosamente depositou no homem a possibilidade de desvelar princípios que lhe regem a vida. A exegese do Direito lhe proporciona uma certa comunidade, pois ele já sabe de antemão o que o dever lhe reserva, já que suas condutas estão delimitadas na lei. Nessa ordem, suas expectativas são absorvidas também pela lei, pois de antemão conhece os seus Direitos e seus deveres.

Segundo Cossio, citado por Warat,³⁴⁴ a Escola Exegética, denominada também por ele de formalista, produz o dogma de que o juiz deve subsumir-se à lei, para que as decisões sejam justas, pois se cria a figura da pessoa – o juiz – descomprometido politicamente, ou melhor, não envolvido com os fatos sociais, porquanto deve ser neutro e se ater ao estritamente legal, sem outros interesses que não ser servil ao Estado.

Para Streck, o método interpretativo representa a própria dogmática jurídica, à medida que se almeja entender as concepções ideológicas do criador da norma, e, nesse sentido, os valores em que acredita.³⁴⁵

Todavia, os valores em que acredita o legislador são difíceis de serem determinados, porquanto o próprio sentido exato de valor é difícil de se definir porque, na maioria das vezes, esta palavra exprime um conceito mutável, “... uma passagem do fato ao Direito, do desejado ao desejável”.³⁴⁶

³⁴³ STRECK, op. cit., p. 79.

³⁴⁴ WARAT, **Introdução geral do direito**, op. cit., p. 73.

³⁴⁵ STRECK, op. cit., p. 91.

³⁴⁶ MONDIN, B. **Introdução à filosofia**. São Paulo: Paulinas, 1980. p. 164.

Entretanto, por mais que o apego à lei seja contundente, ela traz consigo uma carga muito grande de ditos que não são ditos de forma aparente, ou seja, o não dito nela se esconde. Assim, os Direitos que o Estado se reserva estão objetivamente não ditos, mas subjetivamente ditos, nas entrelinhas. Esse fato, para Warat engendra um apego maior à lei, o não dito, pois segundo ele, ao fornecer a necessária segurança, e, conseqüentemente gera apego à lei.

No desenvolver dos métodos formulados pelos homens para o agir científico do Direito, temos o método histórico, oriundo da Escola do Direito alemão. Surge, sobretudo, como a possibilidade de ter um padrão uniforme de interpretação da então dispersa legislação alemã, na qual havia resquícios de leis próprias e de Direito romano.

O método de interpretação histórico tem por objeto os costumes do povo, ou seja, o sentido das normas deve culminar numa decisão que tenha embasamento nos fatos sociais, políticos, econômicos e culturais da sociedade.

Assim, Savigny cria a ficção de que a lei traz contida em si o “espírito do povo”, o qual se materializa em institutos jurídicos, como a família, a igreja, entre outros. Contudo, isso pode não contemplar a realidade, mas tem sido oportuno como forma de contraposição ao movimento liberal vindo da França, ou seja, o historicismo como ideologia contra outra ideologia que não a alemã.

Assim, uma das atitudes para o enfrentamento dessas investidas liberais se perfaz à medida que não se positivava o Direito nos moldes napoleônicos, através da racionalidade do legislador, mas se utiliza dos costumes do povo como fonte do Direito, em contraposição ao caráter formal da lei.

CAPÍTULO III – HERMENÊUTICA JURÍDICA TRADICIONAL: ESCOLAS

Seção I - AS ESCOLAS DO SÉCULO XIX

1.1 - Introdução

As Escolas tanto subjetivas quanto objetivas têm por objetivo a sistematização de determinados processos de interpretação, com os quais expressam o olhar dos homens sobre o Direito, ou seja, a maneira como se entende e se utiliza dos fenômenos jurídicos num dado período histórico, no sentido de lhe determinar a força e o alcance da lei. As escolas, na verdade, irão refletir o grau e a profundidade do conhecimento das civilizações.

Pode-se dividir as Escolas hermenêuticas em dois grandes grupos as dogmáticas e zetéticas, ou Escolas com tendência subjetivista ou objetivista.

No intuito de esclarecer as principais diferenças entre os dois grupos destacamos os argumentos críticos que os adeptos de uma Escola faz à outra.

As Escolas subjetivistas contestam as Escolas objetivistas, porque não há que se ignorar o responsável pela construção da lei, bem como os instrumentos que possibilitaram edificá-la; ao tornar o intérprete da lei o responsável pela sua aplicação, os objetivistas o colocaram no lugar do legislador, criando, assim, uma subjetividade apenas disfarçada, visto que, nessa situação, reside no poder do intérprete, que também está sujeito a dúvidas, ensejando, assim, várias interpretações. Por fim, os subjetivistas acrescentam ainda que a lei, sendo sempre interpretada pelo aplicador do Direito, não fornece segurança jurídica.³⁴⁷

Em contrapartida, os objetivistas criticam os subjetivistas, porque não há como identificar o legislador, pois é um ente fictício; o legislador não possui eficácia jurídica, mas apenas a lei, que estaria em seu lugar. Ademais, expressam que nenhuma

³⁴⁷ FERRAZ, *Introdução ao estudo do direito*. op. cit., p. 263-4.

norma é inteligível por si só, precisa ser interpretada; e, por fim, há que haver sempre uma interpretação objetiva, pois é ela que respeita as mutações sociais.³⁴⁸

As Escolas de cunho dogmático podem ser consideradas aquelas que predominaram, sobretudo, no século XIX, tendo como suas representantes mais destacadas a Escola da Exegese, da Jurisprudência dos Conceitos, da Jurisprudência Teleológica, de Interesses, a Escola do Direito Livre. Já, como representantes da Escola crítica, podemos destacar o Realismo Jurídico Americano e Escandinavo.

1.2 - Escola da exegese

Escola de tendência dogmática, uma forma primitiva de interpretação, à medida que se funda num comentário real,³⁴⁹ e não seria de modo diferente, pois é a primeira forma de interpretação adotada após o advento da Revolução Francesa.

A característica primitiva que faz menção Palmer se refere justamente à impossibilidade do julgador em dar um sentido contingencial para a lei, pois, a Revolução Francesa ocorreu justamente para acabar com o pluralismo jurídico que até então existia, colocando em seu lugar concepções positivistas na forma de princípios, que resguardavam os Direitos humanos.

Nesse sentido, predomina o método exegético de interpretação, consistente em apenas expor a matéria dos “Códigos artigo por artigo” já que, segundo a ideologia revolucionária, todas as soluções para as controvérsias humanas estavam presentes na lei, tanto que, a cabo das primeiras interpretações realizadas, Napoleão relata a morte de seu Código.

Na verdade, o Código Napoleônico traz em si a tendência ideológica da burguesia que, incorporando na lei benefícios para si, via-os seguros diante da impossibilidade de interpretá-los, ou seja, a interpretação exegética aliada aos Direitos sedimentados de forma positiva demonstram uma forma de racionalidade, “a do modo de produção capitalista”.³⁵⁰

³⁴⁸ Ibid., p. 263.

³⁴⁹ PALMER, op. cit., p. 44.

³⁵⁰ MAILLE, *Introdução crítica ao direito*, op. cit., p. 281.

Nesse sentido, Aftalión afirma:

Por otra parte, la creencia según la cual las leyes sólo brindarían una sola interpretación correcta, a extraerse mediante un método rigurosamente intelectual, se compaginaba a las mil maravillas con la posición antihistórica e intemporal del racionalismo que estaba en el transfondo de la codificación.³⁵¹

As características primordiais dessa Escola caracterizam-se pelo culto à lei e à vontade do legislador. Contudo, sempre a lei deveria ser respeitada sem precedentes, pois o intérprete se caracterizava como um escravo da lei.

Ocorre, porém, que muitas vezes não havia como interpretar, tendo em vista as lacunas do sistema jurídico. Nesse caso, o apego à lei preponderava sobre o caso concreto, resolvia-se a questão através da analogia e recorria-se aos princípios gerais do Direito, resquícios do jusnaturalismo, identicamente como ocorre atualmente na Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro que possui como linha mestra o Código Civil Napoleônico, monumento característico da Escola da Exegese.

Para Curi, a fraqueza dessa Escola está justamente na quebra de seu sistema cujo eixo central diz respeito à questão conceitual, quebrado através do uso dos princípios gerais do Direito e da analogia.³⁵²

Para finalizar, há que se destacar que a principal característica dessa Escola é a adoção do princípio silogístico, a partir dos conceitos obtidos como verdades absolutas.

Nesse sentido, os juristas não tinham a prerrogativa da interpretação, mas caracterizavam-se como simples técnicos, pois sua tarefa era a de subsumir os casos concretos às leis, para então chegar às conclusões.

³⁵¹ AFTALIÓN, **Introducción al derecho**, op. cit., p.753.

³⁵² CURI, op. cit., p. 123.

1.3 - Escola da jurisprudência dos conceitos

Também classificada de dogmática, a Escola Histórica, surge na contramão da tendência jusnaturalista e racionalista, ou seja, defende-se a idéia de que o Direito não é uma construção do livre-arbítrio dos homens. Ao contrário, nasce das condutas humanas que, por sua vez, são fruto dos fatos históricos, de sua liberdade de consciência, presentes na vida dos povos.

Se na Escola Jusnaturalista o Direito é originado da liberdade racional do homem, na Jurisprudência dos Conceitos ele se funda em circunstâncias históricas e culturais da sociedade, de forma subjetiva surge do “espírito do povo”, como propunha Savigny, o que manifesta uma característica contingencial.³⁵³ Em outras palavras, a Escola Jusnaturalista observa que a lei, antes de ser uma criação arbitrária do legislador, produto de sua razão, deve espelhar o desenvolvimento histórico de cada povo, pois, à medida que as condições sociais vão mudando, deve a lei se adequar a essas novas situações.

Por outro lado, o historicismo representa a maneira ideal de uma comunidade ser livre, pois é nos valores culturais, sociais e históricos que ela encontra a liberdade de forma plena, “fora da qual não chegará jamais o homem à sua condição de ser livre”.³⁵⁴ Enfim, é através do Direito positivo, originado de fatores históricos do povo, que essa liberdade se consolidará.

O objeto de estudo do Direito, para Savigny, é representado pelo Direito como fruto da experiência, vale dizer o Direito positivo, que, em verdade, funda a ciência jurídica moderna e daí todas as ramificações posteriores.

Ademais, percebe que as normas jurídicas – constituídas de conceitos - são fruto dos chamados institutos jurídicos, que representam a própria sociedade enquanto estruturas organizadas, como, por exemplo, a família e a propriedade, mas que, contudo, nunca conseguem expor inteiramente as normas que dizem respeito a toda a sociedade.

³⁵³ NADER, op. cit., p. 190-1.

³⁵⁴ BONAVIDES, op. cit., p. 143.

Por outro lado, os institutos jurídicos funcionam como as principais fontes de regras jurídicas, à medida que surgem através de um processo de abstração do julgador.³⁵⁵ Significa dizer que não são os diversos indivíduos os autênticos criadores da lei, através das vontades individuais, porque, se isso ocorresse, haveria um conflito de interesses. Na verdade, é o espírito popular que emana dessa vontade que propugna a realização da lei, é esse espírito o seu autêntico criador.

Nessa ordem, o julgador deve ter um relacionamento muito próximo à sua comunidade, porquanto os costumes da mesma devem estar sempre na sua intuição, “constantemente presente ao intérprete, para que este possa compreender com justeza o sentido da norma particular”.³⁵⁶

Savigny, a par da significação histórica dos institutos jurídicos, rompe com a estrita observância da lei, defendida em suas obras iniciais, para ampliar a sua função, tendo em conta que ela possui uma função teleológica que é mais significativa do que a apreciação literal.³⁵⁷

Ademais, sua teoria aponta para a sistematização do Direito, ou seja, “significações lógicas que, em sua coordenação e subordinação sistemática com outras, integram um ordenamento em sua totalidade, de modo a abranger – com suas propriedades lógicas – todas as possibilidades que se apresentam de forma concreta no mundo do Direito”.³⁵⁸

Em verdade, podem ser consideradas dogmáticas todas as escolas que surgem a partir da Escola Historicista, como a Jurisprudência dos Interesses, a Teoria Objetivista da Interpretação, entre outras, na Alemanha e na Itália, tendo por cume a Jurisprudência dos Conceitos.

Por dogmática, pode-se entender o estudo do Direito a partir de normas gerais expressas em textos legais; o estudo das normas através dos conceitos que nela estão

³⁵⁵ As críticas feitas à origem das leis oriundas do espírito do povo referem-se ao fato de que não se pode conceber a origem real das mesmas a uma consciência espiritual. Designam-se, por isso, que esse espírito é uma concepção romântica e metafórica. Por outro lado, na concepção de Ihering, não há Direito que surja espontaneamente. Ele é sempre uma luta dos povos, e para Stammler, a criação do Direito é sempre revolucionária.

³⁵⁶ LARENZ, op. cit., p. 17.

³⁵⁷ Ibid., p. 18.

³⁵⁸ CURI, op. cit., p. 125.

inseridos, não se levando em conta a forma como elas são aplicadas,³⁵⁹ ou seja, a centralidade está na concepção positiva da norma e não se sua aplicação está de acordo com a realidade em que se insere.

Nesse sentido, a Jurisprudência dos Conceitos seguiu à risca os objetivos da dogmática que, na França, se caracteriza pela centralidade da lei, e na Alemanha, pelas normas positivas. Contudo, a par da semelhança que há entre as duas, pois a lei não deixa de estar expressa em normas jurídicas, na Alemanha, a dogmática é radical, pois a interpretação se obtém através da lógica, ou seja, de processos de subsunção, e, na França, a interpretação está atenuada pela vontade do legislador .

A ligação entre a Escola Histórica do Direito e a Jurisprudência dos conceitos pode ser assinalada pelo fato de que se sistematiza o conteúdo jurídico; negligencia-se a valoração e a aplicação de seu conteúdo; o Direito desvincula-se totalmente da realidade para vincular-se tecnicamente, como um expediente que cumpre sua função com abstração da realidade.³⁶⁰

Assim, a jurisprudência dos conceitos limita-se a aclarar os conteúdos normativos, sistematizando-os com vistas a harmonizar suas diretrizes primeiras com as últimas conseqüências. É tarefa meramente reprodutiva.

Temos, como exemplo dessa tarefa de repetição dos conteúdos, a “Genealogia dos Conceitos de Puchta”, na qual se parte de um conceito piramidal para se chegar à sua base normativa, podendo ser assim caracterizado:

O conceito “supremo” que ocupa o vértice da pirâmide, paira muito acima da base, embora seja isso que lhe permite (...) uma extensão de perspectiva maior. À medida que subimos da base para o vértice, vai-se estreitando a largura dos estratos; de estrato para estrato , perde a pirâmide em largura o que ganha em altura. Quanto maior a largura, ou seja, a abundância de matéria, tanto menor a altura (...). À largura corresponde a compreensão e à altura, a extensão (o âmbito de aplicação) do conceito “abstrato”. O ideal do sistema lógico é atingido quando no vértice se coloca o conceito mais geral possível em que se venham a subsumir, como espécies e subespécies, os outros conceitos, de sorte a que de cada ponto da base possamos subir até ele, através de uma série de termos médios e sempre pelo caminho da eliminação do particular.³⁶¹

³⁵⁹ AFTALIÓN, op. cit., p. 243.

³⁶⁰ Ibid., p. 244.

³⁶¹ LARENZ, op. cit., p. 19-21.

1.4. Jurisprudência teleológica

A Jurisprudência Teleológica inova no campo da Hermenêutica, pois introduz o conceito de fim, no qual os elementos extrajurídicos, como os fatos sociais, históricos e sociológicos, são entendidos não apenas como conteúdo das normas, mas verdadeiras fontes de criação de novos Direitos.

Seu maior representante é Ihering, para quem a principal característica da ciência jurídica é sua destinação à consecução de fins específicos, e não o resultado fixo da interpretação de cunho lógico-abstrato. Nesse sentido, fatores extrajurídicos, como os dados históricos, sociais e sociológicos, não apenas representam o conteúdo das normas, mas são impulsionadores da realização de novos direitos.

O amadurecimento teórico de Ihering comporta, na primeira fase de sua obra, uma característica menos contestadora, fiel à concepção de Puchta, da Jurisprudência dos Conceitos, eis que aliado ao Direito de cunho romanístico, já que, na segunda fase, filia-se à concepção Savigniana, na qual o Direito é fruto da historicidade, e as concepções conceitualistas são por Ihering contestadas.

Contudo, Ihering traz um contributo a mais à teoria de Savigni, isto é, a de que o Direito é o resultado da não acomodação dos povos, que em batalhas incessantes, sejam políticas, sejam de guerra, lutam para que ele se realize e afirme seus compromissos com o povo.

Está presente também para essa corrente a questão da vontade como elemento preponderante a justificar a interpretação finalística, pois é ela que guia o ser humano para a ação, em direção a algo que se deseja concretizar. Por isso, a finalidade é a razão de ser do Direito e, conseqüentemente, da sociedade.

Nesse sentido, nota-se que Ihering torna-se um divisor de águas, pois está na contramão de entender a interpretação apenas como um fenômeno lógico-abstrato. Em verdade, a sociedade se organiza e se burocratiza no sentido de objetivar determinados fins e, por isso, surgiram as instituições sociais.

Em resumo, através do Direito se elegem os fins que devem ser atingidos pela sociedade, o Direito serve como um instrumento para a consecução dos mesmos.

1.5. Jurisprudência dos interesses

Essa Escola se caracteriza por uma reação contra o Direito de vertente dogmático-racionalista, o que a coloca como precursora das Escolas Modernas do Direito. Seu objetivo é aproximar a distância que existe entre o Direito, sobretudo o Direito privado, dos fatos sociais, à medida que a lógica imperante da Escola exegética trata a dinâmica da vida de forma abstrata.

Esta Escola entra em ascensão com declínio da jurisprudência dos conceitos, sobretudo a partir do advento do Liberalismo e da Revolução Francesa, à medida que esses fatos marcam a necessidade de contar com diretrizes jurídicas mais adequadas à nova realidade, seja no que concerne a novas concepções políticas, tecnológicas e sociais, o que marca a influência advinda da sociologia.

Seu maior representante é, sem dúvida, Ihering, cujos métodos dessa Escola estão presentes na obra “Espírito do Direito Romano”, de sua autoria.

A idéia de Ihering é a formatação de um Direito com função prática. Parte do pressuposto de que o legislador representa a vontade da sociedade, então esta se transforma no próprio sujeito de Direito que objetiva fins comuns a serem promovidos pelo Direito, enquanto ente que assegura a realização da vontade global pela coação.³⁶²

Outro representante dessa Escola é Heck, que preconizou por uma hermenêutica que efetivasse a valorização e realização da vida, tanto nos aspectos morais como materiais.

Para ele, o Direito tem como função delimitar e proteger as vontades sociais, de cuja norma jurídica é portadora, tendo como método de interpretação o conhecimento dos interesses sociais que influenciaram a sua realização.

Nesse sentido, é a sociedade que “introduz” na norma determinadas causas, as quais deverão ser investigadas pelo hermeneuta com vistas a entender corretamente seus efeitos e, por isso mesmo, atendê-los.³⁶³

A crítica de Heck para com a Escola Exegética diz respeito à forma de preenchimento das lacunas no sistema jurídico. Entende que o método lógico-formal,

³⁶² LARENZ, op. cit., p. 55.

³⁶³ Ibid., p. 60.

denominado por ele de método de inversão, não é o adequando, pois nem todos os conceitos podem ser originários “de um complexo dado de normas”. Assim, para que a lacuna seja preenchida, deve haver um processo de valoração dos princípios que estão na lei, somando-se a isso a análise do interesse contido em cada caso, ocorrendo o mesmo com a analogia, a qual, não sendo idêntica à situação dos interesses, deve ampliar sua abrangência através da lei em “harmonia com os juízos de valor”. Assim, deve-se partir num primeiro momento para uma investigação valorativa dentro do próprio sistema, para depois analisar o caso específico, tendo em conta os interesses que estão em jogo.³⁶⁴

Por fim, essa Escola passa por uma crise, conquanto há uma confusão terminológica entre a jurisprudência dos interesses e dos valores. Tal confusão decorre do fato de que os valores ou juízos podem ser confundidos com interesses que também possuem conteúdo valorativo, embora a preferência seja atribuída ao termo valor, que, de alguma forma, possui um conteúdo mais objetivo.³⁶⁵

1.6. Escola do Direito livre

De modo geral, as Escolas de cunho dogmático não se opõem à estatalidade das normas jurídicas, o que não ocorre com as de cunho mais crítico, as quais, e sobretudo na Escola do Direito Livre, se propugnam por uma Hermenêutica que não esteja confinada à lei e que, em alguns casos, poderá inclusive deixá-la de lado.³⁶⁶

O movimento do Direito livre vem de encontro às reações ao dogmatismo, tendo como expoente máximo as idéias de Gény.

De forma ampla, entende que o intérprete deve sempre procurar as fontes formais para a solução de um litígio, como os costumes, a autoridade, a jurisprudência, as doutrinas modernas e antigas, caso esses pontos de apoio sejam insuficientes, aí sim deve fazer uso de fontes não formais que se configuram para Aftalión como “la

³⁶⁴ LARENZ, op. cit., p. 63.

³⁶⁵ Id.

³⁶⁶ AFTALIÓN, op. cit., p. 257.

naturaleza viva de las cosas, los elementos objetivos revelados por una libre investigación científica”.³⁶⁷

A causa que permite essa investigação autônoma do juiz encontra fundamento no fato de que o Direito se constrói a partir da natureza, sobre o que é cultural e histórico. Em outras palavras, o dado fornece a matéria para que se verifique o construído. Assim, a matéria prima do construído é a natureza.

A par dessas considerações, a Escola do Direito Livre tem em conta que não há um critério específico para a determinação da solução de um problema. Esta solução poderá ser buscada tanto de forma teleológica como principiológica, mas não em critérios pré-especificados, a não ser no Direito justo.³⁶⁸

Seção II- AS ESCOLAS DO SÉCULO XX

1.1 - Realismo jurídico

A principal característica pela qual podemos denominar o Realismo Jurídico é sua vinculação à realidade, tendo em conta o fato de se entender a existência do Direito através do empirismo e da negação à metafísica.

Assim, há uma estreita vinculação com a realidade, a qual fundamenta a própria lei, por isso, há que se falar num certo distanciamento com os princípios do Direito, da própria legislação e da idéia de valor, tornando o Direito uma técnica ao serem prolatadas sentenças com maior preocupação com a realidade efetiva.

1.2 - Realismo americano

O fundamento de um fazer jurídico imbricado com os fatos sociais está ligado ao advento da Constituição Americana de 1787, idealizada para assegurar a formação de um Estado neutro, imparcial, feito de leis e não de homens, por isso denominado

³⁶⁷ Ibid., p. 259.

³⁶⁸ LARENZ, op. cit., 69-72.

pensamento jurídico clássico, donde a interpretação das leis dar-se-ia através do estudo de *cases*, ou seja, daquilo que pensaram seus fundadores, os - *Founding Fathers*.³⁶⁹

Essa forma clássica de interpretação vem a ser questionada devido à necessidade de adaptação do sistema do *Common Law* – estudo de casos - à realidade americana em franca expansão, pois a neutralidade da lei dificultava a efetivação do direito que favorecia a determinadas parcelas da sociedade, sobretudo, dos grandes cartéis econômicos. Daí o caráter político do movimento realista.

Ademais, com a crise americana de 1929, o movimento realista foi revigorado, à medida que introduziu a necessidade de funções renovadas para o Estado, através de novas teorias interpretativas, para fazer frente ao caos social imposto pela economia.

Em verdade, o que os realistas desejam é a interpretação do Direito com base em fatores interdisciplinares, com vistas a sua efetivação prática. Por outras palavras, interessa-lhes o Direito como técnica jurídica.

Nesse sentido, a interdisciplinariedade do Direito irá se manifestar sob várias formas, seja através de uma base psicológica, seja lingüística ou cultural.

Para Coelho, a base psicológica predomina nos Estados Unidos, sobre a qual se acentam as premissas de que o Direito real é aquele prolatado pelo juiz, cuja decisão não está nos princípios jurídicos e nas leis, não sendo, assim, um processo lógico, que vai das premissas à conclusão, mas que é intuído pela conclusão.³⁷⁰

A decisão só é possível porque o juiz se abstrai da lei para encontrar fundamento em realidades outras que estão intrínsecas aos fatos sociais, tendo por princípio de que é o homem o objeto de interesse das decisões jurídicas. Por isso, é na interpretação que devem ser considerados todos os fatores que influenciam a tomada de decisão, como os costumes, a cultura, as opiniões, debilidades e fraquezas humanas. Ou seja, o juiz incorpora um ente que analisa holisticamente os fatos, para, só após, mensurar qual a decisão mais eficaz.³⁷¹

³⁶⁹ AGUILLAR, F. H. **Metodologia da ciência do direito**. Max Limonad: São Paulo, 1996, p. 110.

³⁷⁰ Para Curi, a tese psicologista esta na busca dos fatos que não tem uma interpretação objetiva, mas que surgem do sentimento e intuição, destacando-se, nesse sentido, as teses de Freud. CURI, op.cit., p.182.

³⁷¹ COELHO, op. cit., p. 277-8.

Por tudo isso, para John Chipmann Gray, precursor desta Escola, o Direito é aquele que surge da decisão judicial, em verdade ele só passa mesmo a ter sentido depois de prolatada a sentença, cujas fontes se originam dos juízes³⁷² que buscam inspiração para estabelecer as regras efetivas da sentença.

Já para Karl Llewellyn, o realismo é levado a efeito através da sociologia jurídica, donde entende que “a sociologia jurídica é o único fundamento científico para a ciência do Direito”, constatando que o Direito, ao recepcionar a dinâmica social, se torna mutável, e que não são os juízes fontes de Direito, mas apenas se subordinam à lei, à medida que são seus interlocutores.³⁷³

Contudo, para ele, em verdade os juízes não utilizam a lei positivada para julgar, mas sim as leis efetivas, que podem ou não ser declaradas, só utilizando-se das leis objetivadas para dar a aparência de que a elas se vinculam.³⁷⁴

Dessa forma, podemos sintetizar o pensamento dessa Escola à medida que o Direito é declarado nas sentenças é o Direito vigente e real, que, muitas vezes, pode até ser o Direito das normas jurídicas. Contudo, a realidade é quem dita as regras de forma intuitiva e dinâmica pelo juiz.

1.3 – Realismo escandinavo

O Realismo Escandinavo tem alguns pontos de contato com o Positivismo Lógico do Círculo de Viena, sobretudo no que diz respeito à reação dessa Escola à metafísica e a não vinculação dos sentidos das proposições jurídicas com a realidade efetiva.

Assim, tendo em conta essas peculiaridades, o Realismo Escandinavo propõe a superação do dualismo que explica que o Direito seja concebido a partir de fatores sócio-causais ou como consequência de um universalismo, tal qual o Direito natural.

As figuras de destaque dessa Escola são os suecos Vilhelm Lundstedt e Karl Olivecrona e o dinamarquês Alf Ross.

³⁷² Ibid., p. 280.

³⁷³ Id.

³⁷⁴ CURI, op.cit., p.187.

No que diz respeito à crítica a formação do Direito a partir do jusnaturalismo – universalismo -, refere-se à ficção implícita na formação de certos conceitos, como o de direito subjetivo, à medida que, para Grócio, esse conceito seria um poder espiritual de possuir um objeto, e, assim, de vincular os sujeitos a ele.

Assim, para Ross, e aqui está a crítica ao Direito como fator sociológico, cada asserção, ou cada enunciado descritivo, “tem uma significação na medida em que, seguindo certos procedimentos, obter-se-ão certos resultados. Submete-se certos objetos a testes empíricos, de modo a obter certos dados que permitam a verificação do conteúdo real” da asserção”.³⁷⁵

Pode-se verificar que, para essa Escola, deve haver uma relação muito estreita entre o conceito e a realidade, de forma que o conceito deva ser provado, residindo na esfera da experiência, entendida como concretude.³⁷⁶

Em verdade, a Escola Realista Escandinava é extremista, pois não concebe o Direito, e assim suas proposições jurídicas, que não estejam em total acordo com a realidade, no tempo e no espaço, verificando-se, de certa forma, uma excessiva preocupação com detalhes e porque, no entender de Aguillar,³⁷⁷ não há uma preocupação real em designar conceitos reais, mas mais de descrever as etapas da realidade de forma cética, como se fosse apenas uma experiência

Em resumo, para essa Escola, o historicismo, enquanto disciplina que pressupõe significados e métodos plurais para o entendimento do fenômeno jurídico, é relegado ao adotar-se exatamente uma postura contrária, a de uma metodologia individualista, na qual o Direito é somente aquilo que é empiricamente constatado e que possa confirmar um enunciado em relação às normas jurídicas.

³⁷⁵ AGUILLAR, op. cit., p.118.

³⁷⁶ CURI, op.cit., p.191.

³⁷⁷ Id.

Seção III - O NEOPOSITIVISMO CONSOLIDADO NO SÉCULO XX E AS SUAS DIVERSAS FASES

1.1 – Introdução

O Neopositivismo, também conhecido como Empirismo Lógico, Fisicalismo, refere-se à tendência circunscrita pelo Círculo de Viena (Wiener Kreis), cuja tese central era a de reduzir a filosofia à análise da linguagem lógica, por negarem, assim, terminantemente a existência da metafísica,³⁷⁸ pois que vazia de sentido, à medida que seus enunciados não são verificáveis empiricamente.³⁷⁹

Teoricamente, essa corrente tem por finalidade fazer com que a objetividade se manifeste; é ela que produz a “verdade objetiva” como condição de significação, através da verificabilidade de seus axiomas. Assim, o sentido da verificabilidade, para os neopositivistas, não foge do padrão epistêmico de relacionar as verdades com uma determinada metodologia que, no caso, são os padrões lingüísticos de semântica, em que se verificam os sentidos dos ditos e de suas condições sintáticas, ou seja, da disposição adequada das palavras para seu correto entendimento.³⁸⁰

A essa corrente de pensamento pertencem renomados filósofos,³⁸¹ cujas teses propugnam a construção para a filosofia de uma linguagem científica com base nas ciências matemáticas, à medida que se fazem deduções a partir de determinados fatos, cuja repetitividade produz axiomas, verdades por convenção – que, no caso do Direito, seriam os princípios jurídicos.

Na base desse modelo de cientificidade estão as contribuições de Wittgenstein, que propugnava a eliminação de toda a inexactidão da língua, objeto da Filosofia. Para isso, concebe a linguagem semelhante ao jogo, onde cada conceito tem uma função determinada, representada pelos seus significados. Assim, se num jogo de xadrez cada

³⁷⁸ Uma total negação da Metafísica é um ideal, pois muitas vezes a intuição leva a grandes descobertas; de outro lado, o puro empirismo chega ao patamar de um ceticismo, haja vista que a indução pode não corresponder à realidade devido às falhas de seu observador. SCHMITZ, M. **Neopositivismo**. In: Ensaios e Conferências. Porto Alegre, UFRGS, p. 15-6.

³⁷⁹ ABBAGNANO, op. cit., p. 328.

³⁸⁰ COELHO, L. F. **Teoria crítica do direito**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.p. 69.

³⁸¹ ENTRE ELES RUDOLF CARNAP, HANS REICHENBACH E WITTGENSTEIN.

peça representa uma jogada, as palavras, como parte do jogo, também representam limitadamente uma esfera de significados.³⁸²

Pode-se dizer que a filosofia é uma ciência de investigações; contudo, o Neopositivismo chegou à conclusão de que ela deve ser a mais exata possível para explicar os fenômenos da ciência da natureza. Assim, cada fenômeno deve ser explicado através de signos lingüísticos pré-concebidos que, no caso, são os axiomas.

A produção do conhecimento baseia-se, em última análise, numa construção a partir da realidade, não permitindo erros advindos do mundo metafísico, teoria criticada pelo positivismo, pois o conhecimento seria aquele que tem o sentido empírico e objetivo, ao contrário da tese idealista, que não é uma realidade empírica e que não pode ser medida quantitativamente.

Contudo, a par da observação da realidade por essa corrente, a linguagem que dela – a sociedade – é extraída não é absorvida na sua heterogeneidade, pelo método lógico, mas é purificada com vistas a entrar no sistema fechado do Direito.

Nas palavras de Warat,

O modelo ideal de ciência jurídica é ideológico na medida em que objetiva como unívocas as ambigüidades do fazer significativo. Para isto parte da suposição de que a práxis é intrinsecamente unitária, situando como conseqüências desta crença, a ambigüidade como incerteza da linguagem, e a ideologia como um de seus efeitos simultaneamente lingüísticos e psicológicos. Isto explica o culto positivista pelo método, pensado como solução de superação da ideologia, a partir da construção de linguagens, que sejam a expressão objetiva de significados unívocos.³⁸³

Vários foram os representantes desse movimento, contudo, pensamos que, afora o caráter ideológico presente nesses teóricos acerca da pureza da linguagem, ela mesma representa uma forma de inefetividade dessas teorias, porque a dinamicidade e os vários sentidos da linguagem se interpõem entre a teoria e a prática jurídica.

³⁸² SCHMITZ, **Neopositivismo**. op. cit., p. 18.

³⁸³ WARAT, **Introdução geral ao direito**, op. cit., p. 105.

1. 2 - O extremismo Kelseniano

De tal forma, a ideologia do Direito também está presente em Kelsen, para o qual Direito e Estado são a mesma instituição, ensejando não apenas o Direito como um processo de conhecimento, mas valorando-o de forma a menosprezar outros sistemas normativos. A ideologia, nesse sentido, não é senão a negação dos saberes plurais da sociedade, em prol de uma racionalização construída artificialmente, como se a sociedade não interagisse culturalmente.

Pode-se afirmar, nesse ínterim, que Kelsen, no intuito de criar uma teoria científica do Direito, cujo objeto central norteia-se na norma jurídica, não permite que os valores sociais venham a subsidiá-la, preponderando, na solução dos litígios, o método lógico-formal, onde o valor dos fatos está na sua adequação subsuntiva Direito legislado.

Sua principal obra é a Teoria Pura do Direito, na qual sofre influências neokantianas, no que concerne à tentativa de construir um sistema puro de influências axiomáticas, bem como pelo fato de fundá-lo a partir de uma norma hipotética.

A estrutura de sua teoria edificou a construção de uma ciência com dois cortes muito distintos, o primeiro epistemológico e o segundo axiológico.

No primeiro explicita que o objeto da ciência jurídica são as normas estatais, no segundo a de que a função do Direito é a de descrever com neutralidade a realidade normativa.

Segundo Warat, a construção do objeto da ciência jurídica de Kelsen sofre influência kantiana, na qual os dados são considerados antes de os mesmos obterem significação pelo homem, o que denota a necessidade de organizá-los pelo processo de sistematização.

Nesse sentido, a pureza é objetivo primeiro de Kelsen; por isso, no sistema criado por ele, há uma neutralidade com relação às influências valorativas externas e o que importa é a forma, a moldura pela qual se absorve a realidade, através do processo lógico-formal.

De outra forma, em analogia às ciências naturais, nas quais a objetividade está intrinsecamente ligada a uma relação de causa e efeito, no Direito, Kelsen elege a imputação como categoria objetiva. Assim, se nas ciências naturais A então B, na imputação prescreve-se se A, então deve ser B.

O enunciados deônticos são afirmações que expressam que algo deve ser assim e não de outra forma, ou seja, dado o fato m (matar alguém), deve ser o ato de coação p (prisão). Nesse sentido, temos o antecedente normativo m conectado ao deonticamente conseqüente p³⁸⁴. Portanto, esses enunciados se referem a uma construção da realidade que deve ser ao que deve acontecer, enquanto que as ciências da natureza referem-se à realidade que acontece.

No sistema Kelsiano, todo o ato humano tem uma significação jurídica, ou seja, o ato humano, que é caracterizadamente subjetivo, na teoria pura passa a ser objetivo, porque deve, necessariamente, estar vinculado a uma norma posta pelo ordenamento. Assim, segundo Kelsen, todo o ato humano tem significação semântica produzida por um ato jurídico,³⁸⁵ o qual, por sua vez, recebe seu significado de outras normas jurídicas.

Não há, nesse sentido, no sistema jurídico de Kelsen, preocupação com o seu sentido pragmático, porque o objetivo foi constituir uma teoria do Direito separada dos acontecimentos da realidade.

A estrutura da norma jurídica é caracterizada por estabelecer uma sanção para os atos positivados como ilícitos, ou seja, que a sociedade não deseja que sejam cometidos. Possuem força normatizadora por trazer em si um sentido deôntico (moral), isto é, o dever-ser.³⁸⁶

Desse modo, as normas que não estatuem atos de coerção somente podem ser vistas como dependentes das normas de índole sancionadora e, para existir, sempre estarão ligadas a outras normas. Assim, todas as normas jurídicas podem ser descritas como a imposição de penalidade contra certa conduta.

³⁸⁴ COELHO, F. U. **Para entender Kelsen**. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 27.

³⁸⁵ KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1984. p. 20-4.

³⁸⁶ COELHO, F. U. op. cit., p. 29.

Pode ocorrer que a vontade de um sujeito se equipare ao conteúdo objetivo da norma, mas isso é apenas uma causalidade dentro da concepção Kelsiana, pois a norma se relaciona ao dever ser e não ao ser que é o sentido subjetivo dos sujeitos, portanto ato de vontade, no plano do ser.

A vigência da norma jurídica, como prescrição de dever-ser, objetivada através de uma sanção, somente serão legítimas se se originarem do próprio sistema jurídico, à medida que, em seu vértice, exista uma norma fundamental, identificada por um “juízo sintético *a priori*”.

Kelsen utiliza na construção de sua teoria jurídica os ensinamentos de Kant, a começar pelo que seja a expressão “sintético *a priori*”. Tendo em conta esse termo, pode-se dizer que existem para ele duas formas de conhecimento: o chamado *a posteriori*, que é aquele originado a partir de uma visão objetiva da realidade, ou seja, dos dados fornecidos pela experiência sensível, e o conhecimento *a priori*, que não depende de qualquer experiência sensível, que é puro, universal e necessário. Como exemplo: a relação entre o comprimento de uma circunferência qualquer e seu diâmetro é sempre constante e igual ao número *Pi*.

Uma das questões mais contundentes da teoria de Kelsen diz respeito à validade e eficácia das normas jurídicas. Entende que elas estão relacionadas com a sua origem, ou seja, se ela é originada da norma fundamental, se ela estiver dentro da estrutura normativa, ela é uma norma válida. O seu conteúdo é irrelevante, importando que seja emanada de uma autoridade competente para editá-la.

Entretanto, para que ela seja válida em sua plenitude, é necessário um mínimo de eficácia. Por isso, tanto as normas como o ordenamento jurídico deixam de ser válidos se perderem a eficácia. Nesse sentido, validade e vigência se relacionam. Contudo, caso uma norma deixe de ser observada por um determinado tempo, ou em determinadas situações, nem por isso ela deixa de ser válidas.

A teoria da validade e da eficácia se desenvolve em dois planos. No plano das normas singularmente consideradas e no Plano da ordem positiva.

Assim, qualquer norma que seja totalmente ineficaz, que não é mais utilizada por dezenas de anos, é inválida, pois não é mais útil à sociedade. Entretanto, a norma

não utilizada por um determinado tempo, ou em casos específicos, não perde a sua validade. A ineficácia episódica ou temporária não compromete a vigência de uma norma jurídica em particular.

O ordenamento jurídico deixaria de ter validade somente se houvesse uma troca na fonte emanadora das normas, ou seja, se estas não fossem mais oriundas do Estado, mas de criminosos, revolucionários, de um estado estrangeiro invasor.

Outro ponto crucial em Kelsen diz respeito à Norma Fundamental que dá validade ao ordenamento jurídico. Tal norma, em verdade, não existe, e até hoje não se conseguiu uma verdade sólida sobre sua origem. Contudo, é através dela, à medida que fundamenta seu sistema jurídico que se consegue distinguir o Direito de outras formas de sistematização, como os sistemas embasados em conceitos morais e nos costumes.

A Norma Fundamental projeta a forma de construção do objeto de análise de sua teoria, pois demarca o princípio metodológico de subordinação como eixo construtivo do Direito.

Em síntese, ela separa o mundo da realidade dos dados com o mundo do construído. Kelsen absorve a realidade mesma para construir sua teoria, seja através do sentido do tempo, ou do espaço, mas, ao construí-la, a estagna para não permitir mais sua integração com o sistema do ser, mas apenas com o do construído, do dever-ser, cujo princípio de subordinação deixa de ser o de causa e efeito para ser o da imputação.

A par das críticas que se pode fazer a Kelsen, sobretudo pela negação axiológica de sua teoria, há que se atentar para a importância em tornar o Direito uma construção do homem, e por aí, da derrocada efetiva do paradigma jusnaturalista, bem como o fato de que é um meio político que serve para o atual modelo ocidental, que vê na lei o elemento garantidor dos direitos civis, sociais, trabalhistas, entre outros.³⁸⁷

Ademais, se é difícil explicar a ontologia da norma fundamental, parecer ser conveniente aceitá-la como uma verdade necessária para poder legitimar a realidade sensível e, sobretudo, a existência jurídica, à medida que fornece critérios de

³⁸⁷ OLIVEIRA Jr., J. A **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro:Lumen Júris, 2000. p.188-9.

significação às normas. Contudo, esse legitimar não deve significar o apego irrestrito às formas que nossa imaginação desenvolve, a par de serem verdades incontestes, mas representa sua natureza criativa e, através dela, pode se efetivar um estado democrático de Direito, cuja vontade popular deve ser o simulacro, no que concorda Kelsen, pois, na segunda versão da sua Teoria Pura do Direito, concebe as normas como ato de vontade.³⁸⁸

Nas palavras de Oliveira Jr.,

(...) esses juízos, que se formam a partir de nossa imaginação e que voam segundo a nossa liberdade cultural (racionalidade), podem tudo desde que não se choquem com evidências resultantes de nossa condição de seres humanos (...) Somos organismos que em si mesmos são fatos, aos quais podem ser atribuídos muitos sentidos, bons ou maus, mas nenhum ignorando a condição de sermos partes de um mundo todo, e dependermos de certas regras inerentes a esse todo, e que teriam de ser tomadas como parte constitutiva de uma norma fundamental que visasse descrever um Direito que respeitasse o projeto originário do homem.³⁸⁹

Uma das principais críticas realizadas ao sistema de Direito Kelsiano vem exatamente de um neopositivista, Bobbio que, se num primeiro plano, tinha o Direito como necessidade de controle social, na emergência do Estado Social passa a pensá-lo como instrumento de emancipação social.

Esse autor expressa que, nas sociedades modernas, o Direito se apresenta como um instrumento para manter a paz entre os indivíduos, ou seja, funciona de forma a oprimir condutas desleais através de sanções para os transgressores da ordem, fazendo com que o ordenamento seja obedecido. Ocorre que, nas sociedades já desenvolvidas, o Direito necessita intervir no processo de desenvolvimento econômico, através do incentivo de determinadas ações.

Para Oliveira Junior, Bobbio³⁹⁰ se preocupa não somente com a validade do ordenamento jurídico, mas também com a sua eficácia, pois o Direito que nasce no Estado Liberal vale para o Estado de Bem-Estar-Social.

³⁸⁸ AFTALIÓN, *Introducción al derecho*, op. cit., p. 270.

³⁸⁹ OLIVEIRA Jr., op. cit., p. 191.

³⁹⁰ *Ibid*, p.45

Nesse caso, a sua função sancionadora, que é utilizada para manter a ordem política e garantir as relações civis, dá lugar a outras ações, mais ligadas às necessidades contemporâneas, cujas relações privadas de ordem já estão mais sedimentadas através de um aparato jurídico já consolidado.

Nesse sentido, as sanções positivas representam a possibilidade de controle social, a partir da premiação dos sujeitos que fizeram uso dela, ou seja, do encorajamento a aderir a uma norma que vai beneficiá-lo, ao contrário de Kelsen que afirma que o controle social é realizado através da coação.

Tudo isso significa dizer que a Teoria Funcionalista de Bobbio inverte os valores pelos quais a sociedade é tratada. Se em Kelsen as normas servem como mecanismos para apaziguar uma sociedade nitidamente Hobesiana, através de punições, que não deixam a maldade e a desordem prosperar, Bobbio, ao contrário, vê a sociedade pelo seu aspecto positivo, ao reforçar e premiar as condutas sociais. Entendemos, aqui, o papel fundamental e antecipador do Estado, no sentido de prescrever condutas que promovam e beneficiem o Estado.

1.3 - A moderação da teoria de Bobbio

Para Bobbio, a tarefa da ciência do Direito, e bem assim de seus operadores, pode se bifurcar em dois sentidos, dependendo da opção do sujeito cognoscente. Em um, ela declara o Direito já existente; no outro, o objeto não existe em si, necessita ser criado e, por isso, é atividade produtiva de um novo Direito, à medida que se interpreta a partir dos signos existentes, com vistas à criação de novos significados.³⁹¹

Diante desse quadro, para Bobbio, o positivismo caracteriza-se para uma atividade voltada para a reprodução do Direito, a partir de uma linguagem conceitual, utilizando-se de métodos interpretativos que ficam limitados à reconstrução do ordenamento, ou seja, o lógico-formal.

Contudo, segundo ele, mesmo sem descurar do Direito positivo, sobretudo da compreensão de que deve ser analisado a partir do ordenamento e não das regras,

³⁹¹ BOBBIO, *O positivismo jurídico*, op. cit., p.219.

tornando as proposições isoladas menos importantes que os conjuntos normativos, a interpretação deve ser realizada a partir da compreensão dos signos, pois os sentidos dados à realidade e, assim, a toda a natureza são convenções que precisam ser decodificadas pelos homens.³⁹²

O intérprete pode, então, fazer prevalecer, na interpretação, tanto o signo em si, no caso a norma, na sua literalidade, ou os significados que se originam dos signos, ou seja, possibilitar uma expressão maior aos vários sentidos contidos nos textos. Dessa forma, irá prevalecer ou a tendência estática do Direito ao enfatizar o que diz o legislador ao analisar a norma em si, independente dos fatores históricos que a consideraram, ou a tendência de interpretar o Direito como uma textura aberta,³⁹³ ou ainda dinâmica, ao se enriquecer o significado dos signos.

Para Bobbio, o positivismo utiliza-se de diversos meios para captar a vontade do legislador; o meio léxico, no qual se chega a um consenso do significado lingüístico a partir de seu uso comum; o teológico, ao procurar alcançar a finalidade de lei; o sistemático, no qual não só a razão do legislador é invocada como também o “conteúdo de uma forma, considerando-a em relação a todas as outras”; e por fim o meio histórico, que consiste na pesquisa das condições históricas preparativas ou auxiliares da elaboração de uma lei.³⁹⁴

Veja-se que Bobbio, como neopositivista que é, acredita ser o Direito a forma ideal de manter a ordem social e, por isso mesmo, deve se reproduzir por si só. Entende ser o Direito um sistema que se centraliza na ordem, mas que possui lacunas a serem integralizadas, a partir de seu próprio sistema ou pela “auto-integração”, quer pelo uso da norma geral exclusiva que permite sejam realizados todos os comportamentos não previstos pelo ordenamento, ou através da norma geral inclusiva, ao se submeter os casos não regulados à disciplina de casos semelhantes, chamado argumento *a simili*.³⁹⁵

³⁹² Ibid., p. 212.

³⁹³ HART, **O conceito de direito**. Lisboa: FKG, p. 135.

³⁹⁴ BOBBIO, **O positivismo jurídico**, op. cit., p. 211-20

³⁹⁵ Ibid., p. 215-6.

Ademais, é pela analogia que outros casos semelhantes são levados à interpretação como parte integrante do ordenamento jurídico. Significa dizer que, sempre que determinado fato tem a mesma razão de ser de outro fato normado, ou “quando o elemento que induziu um legislador a dar ao primeiro caso uma certa disciplina jurídica se encontra também no segundo caso”, se presume a vontade do legislador em atingir todos os outros casos não previstos. Dessa forma, o positivismo apenas justifica o raciocínio por analogia, através da vontade presumida do legislador.³⁹⁶

Pode-se dizer, assim, que o legislador expressamente não prescreveu uma determinada norma, mas indiretamente ela foi conjecturada, ao utilizar-se do raciocínio analógico, não se necessitando, portanto, sair do ordenamento.

Explicita outros meios de interpretação,³⁹⁷ mas todos eles mantêm a característica de observar a unidade sistemática no que se refere à não extrapolação, pelo menos ideologicamente, do ordenamento jurídico e, assim, mantendo as características indicadas por Canaris para a configuração de um sistema, concernente à unidade valorativa.

Por outro lado, cabe destacar que Bobbio se identifica como um positivista de linha moderada por entender que o único meio de alcançar a justiça é pela legalidade, a qual se torna um instrumento de efetividade da justiça. A ética, por sua vez, não pode ser obtida pela lei, mas por outras formas responsáveis.³⁹⁸

Em outras palavras, o Direito para ele é a forma ideal de socialização porque possui condições organizacionais e instrumentais de chegar aos fins objetivados pelo Estado, qual seja a ordem. Assim, não é um positivista extremista, porque estes alegam o ser do Direito válido por si mesmo, sem levar em consideração a sua eficácia, mas pelo fato de ter uma concordância semântica entre a norma e sua validade, ao contrário de Bobbio, que vê nele um sentido pragmático.

³⁹⁶ Ibid., p. 218.

³⁹⁷ *Analogia legis, analogia juris* e interpretação extensiva, op. cit., p. 219-20.

³⁹⁸ BOBBIO, *O positivismo jurídico*, op. cit., p. 231.

Nas suas palavras:

Poder-se-ia objetar que o fim próprio do Direito não é a ordem, mas sim um fim superior: a justiça; ou, em outros termos, que o fim do Direito não é uma ordem qualquer, mas a ordem justa. Pode-se, entretanto, responder que, no sentido tradicional, mais comum e mais amplo desse termo, a justiça nada mais é do que a legalidade, isto é, o respeito e correspondência à lei e, portanto, ordem.³⁹⁹

Como nos referimos anteriormente, a interpretação do Direito, para Bobbio, é também dedutiva justamente porque faz surgir do seu próprio ordenamento, a partir das diversas formas de interpretação, os conceitos jurídicos que vão formando o ordenamento.

Nesse sentido, mesmo dentro de uma visão conceitual e dogmática, o ordenamento pode se expandir e abarcar a diversidade dos fenômenos sociais sem sair de sua estrutura fechada, mas que, ao mesmo tempo, é aberta, porque não prescinde de ser realimentada constantemente.

Contudo, Bobbio não foge à estrutura organizacional do Direito, porque é através da legalidade que entende ser possível a emancipação do homem, em vista dela ser o reduto onde se concretizam os direitos humanos.

Ademais, essa abertura significa a flexibilidade do ordenamento, ao permitir que novas regras nele ingressem, a partir da dinâmica social e, conseqüentemente, das várias formas de interpretação. Porém, não há que olvidar que os sujeitos devem estar presos ao ordenamento jurídico, até como obrigação moral ou legal, haja vista o pacto realizado entre eles.

Nesse sentido, o positivismo é um discurso ideológico, à medida que não apenas mostra o Direito como ele é, mas que deseja a sua perpetuação através da lei, do processo de subsunção e do dever do homem obedecê-lo, de forma a configurar um positivismo ético, introjetado no homem como uma forma pactuada do Estado Moderno.

³⁹⁹ Id.

1.4 - A visão inovadora de Herbert Hart

Hart se coloca também entre os teóricos que superaram o realismo. Professor da Universidade de Oxford, sua teoria está diretamente relacionada com a procura de uma resposta para o que é o Direito, haja vista a dificuldade que se tem de separá-lo de outros sistemas sociais, como os costumes e a moral.

A característica de seu trabalho é a de descrever com neutralidade o Direito, enquanto procura seu significado conceitual. Nos seus estudos, tanto se liga ao Direito de cunho realista, ao entender que sua validade não deve ser fundamentada em critérios apriorísticos e também por ser um fenômeno social, como a linguagem analítica, através dos estudos de J.L.Austin e Ludwig Wittgenstein.

Por manter uma atitude cognosciva da realidade jurídica, Hart assimila os ideais do Direito natural, da justiça e da moral⁴⁰⁰ como fenômenos metafísicos, justamente pela impossibilidade de serem tomados na sua concretude, colocando-se, assim, num ponto médio entre o formalismo e o realismo, haja vista que não desconstitui a idéia do Direito como necessidade e característica do Estado Moderno.

Entende que a linguagem analítica, através do positivismo lógico, não contribui no sentido de dignificar a pessoa humana, porque os conceitos jurídicos relegam os valores da justiça, à medida que os considera não científicos, por não serem empiricamente verificáveis, tema central do Neopositivismo.

A sua tese é de que os valores morais são inerentes à realidade humana e, assim, não podem ser dissociados dela e, nesse sentido, teorizou com vistas a colocá-los dentro do fenômeno jurídico como fatos verificáveis.

Essa nos parece a grande contribuição de Hart, de unir o aspecto de manutenção da cientificidade, mas, ao mesmo tempo, não relegar e não ignorar os Direitos humanos, a partir de pautas valorativas constitucionalizadas.

As concepções centrais de sua teoria são destacadas na obra O Conceito de Direito ao procurar a definição do que ele seja, pois a sua concepção usual, como regra de comportamento através de comandos, é demais superficial e não abrange todas as

⁴⁰⁰ HART, op. cit., p. 22.

manifestações do espírito humano, sobretudo por entender que existem outros subsistemas que têm características semelhantes ao Direito. A pergunta está então em saber o que difere o Direito desses outros sistemas.

Nesse sentido, duas características estão presentes em seus estudos: uma que tem o propósito de descrever o Direito, a outra de descrever a sua linguagem.

O Direito, no seu entender, é a possibilidade de algumas pessoas ou grupo de pessoas emitirem ordens baseadas na ameaça, que pode ser utilizada no caso de desobediência, bem como deve ter o reconhecimento interno da existência de um escalão superior, de onde as normas emanam. Como última exigência, faz-se necessário o reconhecimento internacional da soberania e independência de um país.

As regras que compõem o seu ideal de sistema jurídico podem ser divididas em regras primárias e secundárias. As primeiras são normas de obrigação e se dirigem à conduta em si, impõem deveres positivos (ações) ou negativos (omissões) aos sujeitos, servindo de medida para os julgamentos.

Contudo, essas regras não são suficientes para que um sistema jurídico seja isento de falhas, porque, se assim for, pode ocorrer tanto a insegurança em se saber que regras usar quanto à inoperância dessas regras em acompanhar a dinâmica social e a coação ineficaz.⁴⁰¹

As regras secundárias existiriam justamente para solucionar essas falhas, como regras complementares às primárias, que são de obrigação designadas por ele de:

a) regras de reconhecimento - É aquela que reconhece o sistema jurídico como tal, sua existência é, de fato, a regra última.⁴⁰² Especifica as características das regras primárias, como pertencente ao sistema jurídico, de forma que haja o seu reconhecimento e obediência;⁴⁰³

b) regras de alteração ou mudança - Estas conferem aos sujeitos a possibilidade de introduzirem no ordenamento novas regras e de eliminar as regras antigas,

⁴⁰¹ CURI, op. cit., p. 197.

⁴⁰² HART, op. cit., p. 117

⁴⁰³ Como exemplo de regra última de reconhecimento, o Parlamento, na Grã-Bretanha. Aftalíon, et. al., op. cit., p. 272.

possibilitando que o sistema se inove em virtude das mudanças sociais.⁴⁰⁴ Definem o processo legislativo;

c) regras de adjudicação ou julgamento - São normas referentes ao exercício da função judicial, no sentido de determinarem se as normas primárias foram ou não infringidas. Por isso, determinam e esclarecem todos os fatores necessários para sua execução.

Há que se esclarecer que todas essas regras estão interligadas, pois as regras de reconhecimento sempre se reportaram às de alteração, como forma de identificar as demais normas como sendo jurídicas. Ademais, as regras de julgamento deverão se reportar sempre às regras de reconhecimento.

Nesse sentido, o seu sistema jurídico estaria completo se contivesse tanto as regras primárias como as secundárias, pois, e aqui está a sua crítica a Kelsen, os ordenamentos jurídicos não podem ser compostos apenas de regras sancionadoras, visto que as normas, embora nem todas as normas assim se caracterizem, pois há aquelas que apenas delegam poderes, aquelas que são regras de procedimentos, de esclarecimentos de conceitos, entre outras.

Por isso, para ele, não há como acreditar nas argumentações de Kelsen, ou seja, a de que todas as normas são sancionadoras à medida que a nulidade seria a sanção dos atos jurídicos que não cumprem determinados procedimentos, de que as normas que não possuem sanções se ligam a outras com essas características.

Outra crítica refere-se justamente ao fato de Kelsen não admitir que os costumes sejam fonte de Direito, quando na verdade o são, sobretudo pelo fato de que os legisladores o utilizam para compor leis e os aplicadores do Direito para a complementação das lacunas existentes no sistema jurídico.

Ademais, se em Kelsen o sistema jurídico está fundamentado e validado num pressuposto metafísico, que é a Norma Fundamental, para Hart a regra de reconhecimento é uma prática objetivada, não sendo necessário se vincular a pressupostos não objetiváveis.

⁴⁰⁴ HART, op. cit., p. 105.

Em verdade, Hart critica toda a ordem jurídica Kelsiana ao potencializar outros tipos de normas jurídicas, que não possuem somente a característica sancionadora, o que possibilita o ingresso de elementos e fatos que estão fora do sistema jurídico, já que a criação de normas não seria auto-referencial.

Em síntese, o que tanto Bobbio como Hart propõem é a superação do rigorismo metodológico imposto pela Teoria Pura do Direito que aniquila a diversidade, a criatividade, o plural, enfim, que caracterizam o ser homem. Contudo, ainda restam dúvidas se o Direito puramente sociológico seria eficiente. O que ocorre é que se procuram novos caminhos, pois, se o Direito tem o desejo de continuar sendo uma ciência, é necessário manter-se como sistema, e daí a necessidade de normas jurídicas, que são objeto da ciência jurídica.

O ideal de sistema jurídico está sendo criado por todos, porém alguns pontos são de comum acordo, como assinalam Hart e Bobbio, uma textura aberta, apta a recepcionar as vontades sociais.

PARTE III

CAPÍTULO I – HERMENÊUTICA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA

Seção I – HERMENÊUTICA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA: A QUIMERA TEÓRICA

1.1 - Contextualização

Pensamos que, num primeiro momento, os questionamentos devem ser feitos no sentido de entender que fatores podem nos apoiar para identificar a atual crise vivida pelo Direito, na qual, no dizer de Santos, reside “um desassossego (...)”, que resulta da “vivência simultânea de excessos de determinismo e de excesso de indeterminismo”.⁴⁰⁵

Temos em mente que a atual sociedade se caracteriza pela complexidade, no sentido de poder fornecer respostas múltiplas a uma infinidade de perguntas, caracterizando, assim, o indeterminismo. A questão que se levanta, ou seja, o porquê de tantas racionalidades se deve ao fato de que vivemos num momento histórico onde o homem perdeu o rumo de sua história, pois, tanto o paradigma teológico como o racionalismo liberal e o formalismo positivista, não suprem as necessidades coletivas, pois a maioria de suas respostas são verdadeiros fetiches que não se adequam às reais necessidades clamadas pela sociedade “real” e não aquela idealmente concebida pelos estatutos jurídicos.

Em outras palavras, em que acreditar ou no que acreditar que possibilite uma certa determinação de condutas, a partir de valores objetivados, que não seja o determinismo da rotina, como se refere Santos,⁴⁰⁶ e nem os indeterminismos de filosofias idealistas.

⁴⁰⁵ SANTOS, op. cit., p. 41.

⁴⁰⁶ Id.

Como dissemos, se para o homem do medievo a racionalidade se originava de um comando celestial, e bem assim todo o agir político e econômico, para o homem moderno, o rumo de suas ações está em função do lucro - originado da reforma protestante de Lutero - e daí todas as concepções modernas para cada vez mais auferi-lo, como a própria investigação científica que deu origem ao surgimento de modelos econômicos que têm como objetivo o aumento da produção pelo trabalho, e assim o fordismo, o taylorismo e todos os métodos logísticos e de *clusters*⁴⁰⁷ para cada vez mais alcançá-lo.

Ocorre, entretanto, que, com as crises financeiras vividas nas décadas de 70 e 80, se necessitou redimensionar os investimentos em capital e trabalho, até então assombrosos, sobretudo devido ao movimento monopolista dos países ricos, no sentido de potencializar novas estratégias competitivas. A partir dessas crises, investe-se em meios e mecanismos que diminuam a necessidade de mão-de-obra, surgindo daí tecnologias de ponta, que redimensionaram não só a forma de produção de capital, como os hábitos e costumes de toda a sociedade global.⁴⁰⁸ Como exemplo, podemos citar os avanços em comunicação que oportunizam aos indivíduos acessarem, automaticamente, a um número de informações extraordinário, da virtualização da informação e do próprio capital.

Assim, as empresas, utilizando-se desses meios de comunicação, preocupam-se, sobremaneira, em agregar valor aos produtos e serviços,⁴⁰⁹ com o intuito de gerar mais lucro. Dessa forma, é através do domínio da capacidade de influenciar valores – e também de determiná-los - que o capital atual se mantém e se inova manipulando desejos e vontades.

⁴⁰⁷ Leia-se um conjunto de meios para a obtenção de determinadas finalidades.

⁴⁰⁸ Um dos principais fatores para a construção da sociedade global ou “aldeia global” diz respeito à televisão, numa perspectiva de Marshall McLuhan, onde os órgãos sensoriais do homem são estendidos pelas mídias. Por elas, unem-se etnias, comportamentos passam a se assemelhar, as distâncias “deixam de existir”, sobretudo atualmente, com as tecnologias eletrônicas, que permitem tramas humanas em constante estado de trocas e partilhas.

⁴⁰⁹ GUERRA, F.W. S. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. op. cit., 22.

Ocorre, entretanto, que é nesse ponto, ou seja, nessa multiplicidade de informações que o gênero humano se confunde,⁴¹⁰ a ponto de não saber que rumo andar. Diante de tantas informações, qual delas escolher, à medida que todas se utilizam de referenciais próprios de racionalidade, tornando impossível a escolha de um “rumo histórico”,⁴¹¹ já que cada direção apresentada parece ser mais atrativa que a anterior.

Assim, o Direito (sobre) vive sob a influência de uma diversidade de culturas, o que dificulta sua regionalização, mas que, ao mesmo tempo, impõe sua abertura à diversidade ideológica, fruto, sobretudo, da globalização da comunicação.

A partir daí coloca-se a questão de se saber que hermenêutica utilizar para resolver conflitos configurados dentro dessa fragmentação ideológica,⁴¹² a qual é inerente às sociedades modernas, cabendo ao Direito não ficar alheio a essas profundas mudanças, mesmo porque há uma exigência social de que ele se manifeste no sentido de dirimir os conflitos sociais, e não de se configurar de maneira metafísica ou a partir da vontade unilateral do “legislador”.

Contudo, o Direito está ainda inserido dentro de um paradigma privatista, onde a interpretação e decisão dos conflitos tendem a efetuar-se de forma limitada, entre o sujeito e o objeto,⁴¹³ cujas bases foram lançadas pelo modelo liberal, e não interdisciplinarizando suas decisões.

Pode-se dizer que ainda vivemos dentro de um modelo no qual o liberalismo, como movimento ideológico, ainda vige, sobretudo pela “conceitualização do Ser” – o ente de direito -, mas cujas conseqüências dão causa a uma sociedade que necessita de regras, não para o liberalismo, já consolidado, mas para um Estado Social que procura se estruturar a partir de faltas ou lacunas deixadas por aquele modelo, como forma de emancipação dos sujeitos, a partir da sua inclusão social, e não de exclusão.

⁴¹⁰ A visão de homem que surge dessa nova realidade de mundos em conexão, através de comportamentos em rede, é antropológica, porque não se produz somente uma revolução tecnológica, mas faz surgir um novo homem.

⁴¹¹ GUERRA Fº, op. cit., p. 23.

⁴¹² No entender de Luhman, os entes dominantes do mundo são aqueles que possuem maior capacidade de domínio de comunicação e de adequação de sua linguagem, o que não corre com o Direito, “em razão de seu baixo nível de integração social”. GUERRA Fº, op. cit., p. 89.

⁴¹³ STRECK, op. cit., p. 17.

Entende-se, assim, que a Hermenêutica, como possibilidade de abertura do sistema jurídico e da recepção das necessidades sociais, é uma concepção que esteja comprometida com a vida e com o outro, derrocando de vez o paradigma estritamente conceitual.

1.2 - Os movimentos alternativos de uma nova hermenêutica

O homem, cuja natureza é a racionalidade, procura, através das teorias que concebe, a conquista de alguns bens, por certo não atinge a “forma do bem”, mas aquilo que lhe é possível perceber na realidade.⁴¹⁴ Ocorre que os bens que o homem almeja são de vários tipos e possuem várias aparências, se na medicina ele é a saúde e na estratégia é a vitória,⁴¹⁵ qual será o bem para o Direito?

Queremos dizer que as várias teorias tentaram encontrar um determinado bem para o Direito, se a partir de Aristóteles esse bem era a essência imutável que caracterizava a natureza do homem, hoje se percebe que essa mesma natureza é dinâmica e mutável.

Nesse sentido, se a teoria positivista e suas variantes, têm em comum o fato de que o homem deve nortear suas ações pelo conteúdo das normas jurídicas, as quais seriam o padrão preestabelecido de verdade científica, para as teorias críticas essas verdades são contestáveis, porque se afirmam sempre em formas metodológicas que desqualificam como não científicas o saber que não se utiliza delas para o legitimar.

A crítica é profunda, porque nos coloca num mesmo barco, ou seja, nos empurra a aceitar a objetividade como bem supremo para a emancipação do homem, deixando de lado todos os aspectos da subjetividade e da sociabilidade, como determinantes para os processos de significação humana.⁴¹⁶

⁴¹⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*, op. cit., p. 22.

⁴¹⁵ *Ibid.*, op. cit., p. 23.

⁴¹⁶ Para SALDANHA, a crítica é “uma posição tomada pelo pensar diante da ordem, ou seja: não apenas diante do real, ou do ser, mas diante de uma realidade que se apresenta como ordenação, conjunto de coisas que se dá (senão mesmo que se impõe) como algo a ser aceito e seguido ou ao menos constatado e registrado”. A crítica está em não aceitar o paradigma dominante, através de suas apologias, de negá-lo e contestá-lo. SALDANHA, N. *Ordem e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 216.

Dessa forma, as teorias alternativas ou críticas objetivam declinar da objetividade que se prende ou ao idealismo ou ao realismo extremado, que declinam de conceitos éticos fundamentais não analisáveis por métodos formais, “pois nenhum critério pode servir como referencial para sua validade, e só é possível argumentar sobre questões morais pressupondo-se um sistema de valor”⁴¹⁷ que, segundo Wieacker, estaria já impregnado no ordenamento, sobretudo nos princípios gerais do Direito.⁴¹⁸

Para Streck, a virada lingüística rumo a um novo movimento de interpretação do Direito deve originar-se a partir de seus modos de produção, a qual está presente na historicidade dos sujeitos,⁴¹⁹ que, a partir desse movimento, é o criador de sua história.

Para Rorty, a alternatividade do Direito passa por uma crítica à epistemologia que é o local onde está a segurança das verdades incontestadas, existentes na forma de estruturas objetivas e concretas que representam uma determinada forma de pensar, “É a quantidade máxima de terreno comum com os outros”, de vez que a comunidade que não compactua com tais verdades não tem seu conhecimento legitimado, mais ainda, sequer pode-se falar em conhecimento, pois como falar do que não é “conhecido”?⁴²⁰

Assim, quando não se adere ao epistemológico já construído, a essa situação ideal, através de determinadas regras,⁴²¹ todo o conhecimento contrário é não conhecimento. “A hermenêutica é em grande parte uma luta contra essa suposição”.⁴²²

Por essa linha de pensamento, o dogmatismo é a inserção do homem nas formas idealizadas pela sociedade, é o contentamento com uma racionalidade representada por autores que reivindicam para si – ou que nós assim decidimos e convenciamos - a verdade de seus ditos.⁴²³

⁴¹⁷ COELHO, L. F. **Teoria crítica do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 70.

⁴¹⁸ CANARIS, op. cit., p. 118.

⁴¹⁹ STRECK, op. cit., p.17.

⁴²⁰ Nesse mesmo sentido WARAT, na obra **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

⁴²¹ Aqui se pode dizer dos enunciados verdadeiros de Popper, bem como dos processos de conhecimento por indução e dedução. Para Reale, em “A Ciência do Direito”, não há um critério que diga o que é ciência, mas que modernamente ele tem sido representado por enunciados que, num determinado momento, parecem verdades. Assim, aqueles enunciados frágeis, de constatação duvidosa, denominada de hipóteses, são excluídos para designar a ciência. Somente ficam as leis, cujas verificações plenas servem de base para a sistematização.

⁴²² RORTY, **A filosofia e o espelho da natureza**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994. p.15.

⁴²³ Gadamer corrobora em certa medida com Rorty ao entender que as verdades, no caso “a experiência da verdade”, é aquela que “ultrapassa o campo de controle da metodologia científica” para ir ao encontro de sua própria legitimação, onde quer que a encontre. Explica que, tanto a experiência da filosofia como da arte e da própria história, são verdades que não podem ser verificadas com métodos científicos. A partir disso, expõe que existem verdades sim, que são as compreensões das teses de grandes pensadores, não acessíveis por outros

Para Rorty, esse terreno comum de racionalidade é fruto do dualismo entre mente e corpo, à medida que a mente tem por única tarefa “espelhar” a natureza, e daí o pressuposto da obtenção da “verdade” pela representação íntegra e sem erros da realidade.

Para ele, o grande problema da filosofia e, portanto, da hermenêutica, é quebrar com os paradigmas que nos legaram a possibilidade de acessar a verdade, sobretudo originada da teoria de Descartes.⁴²⁴

O autor mostra que muitas das atuais teorias contemporâneas que tentam sair do paradigma epistemológico não conseguem deixar de compartilhar os pressupostos conceituais de verdade de Descartes. Tais possibilidades de superação do paradigma dominante foram descritas de várias formas, seja “fora de nós”, na oposição entre o Ser e o Devir, na possibilidade de uma racionalidade individualista, que é à busca das verdades através do intelecto, através dos métodos científicos, bem como de forma analítica, em que a linguagem é o meio, o instrumento de reconhecimento de todas as verdades e inverdades.⁴²⁵

Essas teses são o “senso comum teórico do jurista”, para utilizarmos a expressão de Warat, ao contrário da Hermenêutica que seria o lugar da desconstrução, do não dito, não verificado, não constatado e, por assim dizer, o plano do imaginado, mas que não pode ser alcançado através do epistemológico, porque ele é o lugar comum que não serve à Hermenêutica como forma de superação dos ditos. A pergunta que se faz então é de que maneira construir o conhecimento sem suportes teóricos que ditam a verdade oriunda da racionalidade?

meios, e que é uma reivindicação de verdade que “não pode ser rejeitada nem sobrepujada pela consciência contemporânea”, porque não se adequa a padrões pré-concebidos. GADAMER, **Verdade e método**. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1999. p. 31-3.

⁴²⁴ Na obra “O Erro de Descartes” expõe o autor que este separou nitidamente o intelecto do corpo na proposição “Penso logo Existo”, pois a afirmação sugere que pensar conscientemente é o substrato da existência, ou melhor, o fato de se raciocinar pressupõe que se diz a verdade, a qual também foi utilizada por Santo Agostinho, “Sou enganado, logo existo”. Para o autor, o erro de Descartes é a separação entre o corpo e a mente, como condições que caracterizam o ser humano, criando assim uma profunda cratera entre eles. E, por assim dizer, deduz-se que para Descartes só existe racionalidade quando a realidade está separada das emoções. DAMÁSIO, António R. O erro de Descartes. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 279-80.

⁴²⁵ RORTY, op. cit., p. 11-14.

A resposta para Rorty está em que nenhuma teoria pode ser concebida como verdadeira, que poucos privilegiados têm a graça de alcançá-la e de ter direito a ela.⁴²⁶ Assim, “a saída” desse enjaulamento está na “grande conversação”, num diálogo aberto e constantemente crítico, cuja interdisciplinaridade é uma constante na sua construção, ou seja, é a sua estruturação através de *clusters*.

Ele chama a esse diálogo como uma “concordância” que encara as relações entre discursos variados como as relações entre partes integrantes de uma conversação possível, uma conversação que não pressupõe nenhuma matriz disciplinar,⁴²⁷ mas que se imbrica com vários movimentos teóricos e culturais.

Nesse sentido, o conceito de racionalidade na epistemologia e na Hermenêutica é diametralmente diferente, pois na Hermenêutica a racionalidade é a abstenção da epistemologia,⁴²⁸ do lugar comum, mas o encontro de seres que se unem não por causa de convenções pré-estabelecidas, de acordo com um discurso comum e pertencente à maioria, mas porque a união, permeada pelos processos comunicativos, é um acontecimento, um evento natural.

A racionalidade epistemológica é o conhecimento da maioria, da legitimação formal e material que se forma para a consecução de fins, de interesses mútuos,⁴²⁹ fruto da racionalidade e intelecto humano os quais, originados de Descartes, sobrevivem até hoje.⁴³⁰

Rorty faz conexões entre epistemologia e Hermenêutica relacionando-as entre o que é “ciência normal” e a “anormal”, ou entre ciência normal e revolucionária. A primeira seria aquela do paradigma dominante, tal qual ensejada por Kuhn, onde as controvérsias seriam resolvidas a partir de meios já conhecidos, de consenso da comunidade científica, “dentro de um conjunto combinado de convenções sobre o que

⁴²⁶ No que diz respeito à interpretação do direito, Streck expõe que várias teorias legaram para si o poder da verdade sobre os métodos de interpretação, sobretudo a teoria subjetivista, na qual o legislador desfrutava de um “autoritarismo personalista”, à medida que colocava a sua vontade acima de quaisquer outros desejos e intenções. op. cit., p. 81.

⁴²⁷ Sobretudo a matriz positivista do Direito.

⁴²⁸ Para Coelho, a própria epistemologia impulsiona a crítica aos seus pressupostos de cientificidade, seja ao questionar-se a pretensão da verdade e dos sentidos da realidade ao que seja empiricamente verificável. COELHO, L.F., op. cit., p. 70.

⁴²⁹ RORTY, op. cit., p. 14.

⁴³⁰ DAMÁSIO, op. cit., p. 281.

conta como uma contribuição relevante, o que conta como responder a uma pergunta, o que conta como ter um bom argumento para aquela resposta ou uma boa crítica da mesma”.⁴³¹ O discurso anormal é aquele em que os sujeitos ignoram as possíveis respostas, ou seja, é o não consenso, o não-construído e o não organizado.

A Hermenêutica na sua concepção é a “ciência anormal”, seu produto pode ser, segundo o autor:

Qualquer coisa desde uma bobagem até uma revolução intelectual, e não há nenhuma disciplina que o descreva, assim como não há uma disciplina dedicada ao estudo do imprezível, ou da “criatividade”. Mas a hermenêutica é o estudo de um discurso anormal desde o ponto de vista de algum discurso normal – a tentativa de tirar algum sentido do que está ocorrendo num estágio em que ainda estamos por demais inseguros a respeito para descrevê-lo, e assim começar um relato epistemológico sobre o mesmo. O fato de que a hermenêutica inevitavelmente assume como garantida alguma norma torna-a, daí por diante, “*whiggish*”. Porém, enquanto avança não-redutivamente e na esperança de captar um novo ângulo a respeito das coisas, pode transcender sua própria *whiggishness*.⁴³²

Pode-se concluir que, para o autor, a hermenêutica não diz respeito a nada que esteja construído e alicerçado, ou seja, algo pelo qual se esteja familiarizado, tenha uma certa confiança, ao contrário, é o lócus do não sabido, daquilo que está para construir, mas em que o sujeito admita como não sabido.

Em verdade, entende-se como um caminho em construção que, por sua vez, já é a própria desconstrução, porque, se construído fosse, não haveria a mudança, o devir.

Streck expõe que a Hermenêutica é uma nova matriz de racionalidade que se propõe a construir novos horizontes para o Direito a partir da filosofia da linguagem e da superação das teorias da consciência e de seu suporte metafísico. Ademais, para ele, a Hermenêutica não é uma simples relação entre sujeito e objeto sem interveniências lingüísticas, como queria Descartes. Ao contrário, a Hermenêutica é um processo de pré-compreensão, no qual o objeto precedido é definido pelo sujeito, ou seja, adquire sentido a partir dos fatores culturais por que sofrem os sujeitos.

De igual forma, Coelho se alinha à crítica de Streck ao concordar que esse construir novos horizontes é a capacidade de não se deixar aprisionar por estereótipos,

⁴³¹ RORTY, op. cit., p 316.

⁴³² Id.

sobretudo o epistêmico, pois esses limitam a capacidade criadora do cientista, que é mais importante do que fazer ciência, “mais importante que o padrão metodológico é o projeto político, e, mais importante do que a descrição do projeto, é a sua realização”.⁴³³

Uma das contribuições de Streck para a nova Hermenêutica está embasada na Semiótica e na Hermenêutica filosófica, porque ambas procuram demonstrar que a linguagem está inserida entre o discurso e a realidade, e não na metafísica, de que ela não pode ser separada do processo de captação do fato a ser normado, de sua base legislativa e judiciária, pois, em todas essas fases, o que importa, para ele é que “existe no devir da inserção do ser-no-mundo um processo de produção, circulação e consumo do discurso jurídico, em que, somente pela linguagem – vista como condição de possibilidade e não como mero instrumento ou terceira coisa que se interpõe entre sujeito e objeto – é possível ter acesso ao mundo”.⁴³⁴

Entende-se que a linguagem não é um retrato do mundo, tal como ele se mostra através de uma análise demonstrativa de suas leis, funções e da verificação dos processos empíricos, ou seja, para usar a expressão de Rorty, a linguagem não é um simples espelho que reflete a realidade, não é a capacidade de responder a estímulos, como o da dor, ao contrário, é ela que constitui o mundo e o homem, que manifesta determinados comportamentos construídos para justificar suas atitudes e sentenças.

São as imagens mais que as proposições, as metáforas mais que as afirmações que determinam a maior parte de nossas convicções filosóficas. A imagem que mantém cativa a filosofia tradicional é da mente como um grande espelho, contendo variadas representações – algumas acuradas, outras não – e capaz de ser estudado por meio de métodos puros, não empíricos.⁴³⁵

O giro lingüístico que ocorre a partir do estudo dos processos de compreensão do ser e dos fenômenos a partir da linguagem é o de que a linguagem, enquanto fenômeno de representação simbólica, constitui a realidade humana, suas crenças e ideologias, o ser enquanto ente que tem consciência de sua inserção no mundo.

⁴³³ COELHO, L. F. **Teoria crítica do direito**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 69.

⁴³⁴ STRECK, op. cit., p.22-5.

⁴³⁵ RORTY, op. cit., contracapa.

Contudo, pensamos que, em momento algum, o homem declina de concepções apriorísticas que interferem na realidade, podemos até dizer que nossas ações são uma tomada de decisão na qual pretendemos ser “bem-aventurados e felizes”, porque os deuses que povoam nossas crenças assim o são, por isso acreditamos que a linguagem é um meio que serve ao homem também para um agir produtivo no mundo, mas, se porventura “privarmos um ser humano da ação, e mais ainda de produzir alguma coisa, que lhe deixaremos senão a contemplação?”⁴³⁶

Em resumo, a alternatividade diz respeito ao novo como uma possibilidade para a suplantação do velho, o que não é mais condizente com as novas necessidades sociais. Há um consenso entre determinados autores que a alternatividade reside no debruçar do olhar para a realidade, unindo-a com o sujeito e respeitando o diálogo como produto desse casamento.

Outros, e não excluindo essa imbricação entre o sujeito e a realidade, entendem que a alternatividade refere-se ao respeito à principal característica humana que é a sua eterna mutabilidade – o homem camaleão –, em função de sua natureza provocadora.

1.3 – As teorias críticas do Direito: o Brasil dos anos 70 e 80

Quando se fala em crítica, tem-se em conta que se olha para algo a fim de desmistificar o que está posto, mas também como maneira que potencializa novas possibilidades para a criação de um Direito novo. Foi esse o papel desempenhado pelo Direito Alternativo, tendo por proposta a superação da crítica jurídica tradicional.

Em verdade, esse movimento surge de forma peculiar, porque era a nomenclatura de uma disciplina ministrada na Ajuris – Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul, por Carvalho,⁴³⁷ a qual foi associada a um grupo de magistrados que vinham proferindo sentenças de cunho progressista.⁴³⁸

⁴³⁶ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômacos*, op. cit., p. 205.

⁴³⁷ AMILTON BUENO DE CARVALHO.

⁴³⁸ WOLKMER, *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Saraiva, 2000.p. 142.

Em verdade, para os “alternativos”, o valor segurança e ordem não são os únicos que devem ser assegurados pelo Estado, pois, muitas vezes, a estabilidade é desviada em nome do aperfeiçoamento das relações sociais que se modificam continuamente, o objetivo maior é a garantia da justiça.

O Direito Alternativo apresenta grande similitude com a Escola do Direito Livre, para a qual o único critério ou método que deve se utilizar o jurista para julgar é a realização do que é justo, e do “reconhecimento de que toda decisão judicial é uma atividade criadora, dirigida pelo conhecimento”.⁴³⁹

Contudo, diferentes interpretações foram atribuídas a esse movimento. Para alguns, seu objetivo é o de ampliar a interpretação da lei no sentido de torná-la comprometida com o aspecto social. Tal fim seria oportunizado por um conjunto de elementos teóricos abrangentes e dialéticos, cuja característica seria a interdisciplinaridade, utilizando-se para isso de um pluralismo jurídico, onde confluiriam conhecimentos psicológicos, sociológicos e até mesmo marxistas, no intuito de compreender a realidade como ela ocorre na sua práxis.⁴⁴⁰

Os dois maiores representantes dessa Escola têm posições similares sobre a “função alternativa” da citada Escola, sobretudo de sua caracterização e comprometimento em efetivar a justiça às classes menos favorecidas.

Assim, para Carvalho, o movimento alternativo se caracteriza pelo:

1. Uso alternativo do Direito: trata-se da utilização, via interpretação diferenciada, “das contradições, ambigüidades e lacunas do Direito legislado numa ótica democratizante”. 2. Positivismo de Combate: uso e reconhecimento do Direito Positivo como arma de combate, é a luta para a efetivação concreta dos Direitos que já estão nos textos jurídicos mas não vêm sendo aplicados. 3. Direito Alternativo em Sentido Estrito: é o “Direito paralelo, emergente, insurgente, achado na rua, não oficial, que coexiste com aquele emergente do Estado. É um Direito vivo, atuante, que está em permanente formação/transformação.”⁴⁴¹

Nesse sentido, o Direito alternativo é um meio que possibilita aos menos favorecidos serem diferenciados pelos operadores jurídicos frente àqueles com melhores condições jurídicas; objetiva também a edificação de uma sociedade onde os

⁴³⁹ FREITAS, J. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 1983. p. 34.

⁴⁴⁰ PINHEIRO, W. V. **Teoria geral do direito civil**. Frederico Westphalen, Ed. URI, 1997. p. 129.

⁴⁴¹ CARVALHO, A.B. **Magistratura e direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1992. p. 89-90.

sujeitos sejam considerados como partícipes da construção social; preceitua a utilização de procedimentos onde são ponderadas primordialmente as práticas sociais, de forma que a cultura tenha grande significação para as escolhas procedimentais, a par de sua atuante prática dialética; a efetivação das necessidades e anseios das classes menos favorecidas.⁴⁴²

Assim sendo, o Direito alternativo preceitua a possibilidade de livre arbítrio do juiz, como no seguinte texto de autoria de Carvalho “No que tange ao subjetivismo do Juiz ao negar aplicação da lei, é de se ter claro que toda e qualquer decisão, seja legislativa ou não, passa necessária e obviamente pelo subjetivismo do julgador”.⁴⁴³

Enfim, é um movimento que se caracteriza não apenas pelo uso alternativo da lei, tampouco por uma interpretação da lei em favor dos menos favorecidos, mas cujo caráter principal é que a revoluciona no sentido de ir contra a mesma em nome da justiça social.

É a opção pelo justo, e não pela segurança jurídica, pois, como expressou Portanova⁴⁴⁴, da 8ª Câmara Cível de Porto Alegre, “nem toda lei é justa”.⁴⁴⁵

Essa Escola talvez tenha sido infeliz na nomenclatura que lhe foi dada, pois alternativo significa uma sucessão de duas ou mais coisas ou pessoas que são mutuamente exclusivas. Não é o caso, porque a valoração a ser realizada pelo juiz deve conciliar a natureza das coisas, dos fatos sociais que clamam por justiça e, assim, pelo uso da subjetividade do julgador com a das conveniências sociais. Nesse sentido, não há exclusão, mas inclusão.

Daí que, para todas as Escolas aliadas ao movimento do Direito livre, a regra jurídica, quando não satisfatória aos ditames da justiça, pode ser negligenciada.

Por isso, para Erlich, representante da Escola Sociológica, o desenvolvimento jurídico não está nem na lei, nem na ciência jurídica, mas na sociedade humana. Para Geny, a busca de soluções contrárias à lei não é devida, porém necessária para que o Direito seja realizado em sua perfeição. Já para Kantorowicz, o juiz pode prescindir da

⁴⁴² WOLKMER, op. cit., p. 144.

⁴⁴³ CARVALHO, “A lei. O juiz. O justo”, In: *Ajuris*, 39/133 e segs. p. 140.

⁴⁴⁴ RUI PORTANOVA.

⁴⁴⁵ EMERIM, D, Reacesa polêmica sobre direito alternativo. *JORNAL ZERO HORA*. Porto Alegre, 28 de outubro de 2001, Seção Política, p. 20.

lei sempre que esta lhe aparentar dúvidas e não se adequar a sua livre convicção, tendo em conta que a sua decisão seria aquela adotada pelo Estado, pois este a teria decretado, se houvesse pensado no caso dos autos.⁴⁴⁶

A conclusão a que se chega é a de que a Escola do Direito Alternativo é a contínua tentativa de superação de um modelo jurídico calcado em conceitos, em troca da valoração dos fatos sociais pelo juiz, estando ele habilitado à fuga da segurança metafísica sempre que a lei lhe parecer injusta, e que se distancia de suas próprias convicções ideológicas.

Outro movimento que tem fortes raízes no Direito alternativo diz respeito ao pluralismo jurídico, no qual Wolkmer é seu representante maior.

Conjugando a “alternatividade” com o pluralismo, Wolkmer expõe, no Seminário Nacional de Direito Alternativo,⁴⁴⁷ que a crítica a ser feita ao Direito atualmente diz respeito à possibilidade dele ser utilizado como um instrumento de emancipação do homem, de maneira a inseri-lo politicamente no mundo, e não apenas para descrever a realidade através da normatividade, mas de utilizá-la como forma estratégica.⁴⁴⁸

Essa proposta se fundamenta, assim como a de Streck, no esgotamento das teorias que abstraem a realidade na sua elaboração.

Para isso, o mote fundamental dessa estratégia do Direito está em configurar ações de emancipação do homem, na qual a própria coletividade tem a responsabilidade de planejá-las e executá-las, bem como de que as mesmas serão destinadas, de forma genérica, a entes coletivos e não a individuais. Ou seja, é um processo de construção do Direito que não se modela ao Estado Liberal, que preceitua a liberdade dos sujeitos de forma irrestrita, com vistas à edificação de uma economia emergente, mas de um Estado de emergências sócio-plurais, onde o Ser homem deve ter elevação moral respeitada.

⁴⁴⁶ SOBRINHO, E.C. **Justiça alternativa**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991. p. 64.

⁴⁴⁷ SEMINÁRIO NACIONAL DE DIREITO ALTERNATIVO. SELEÇÕES JURÍDICAS - COAD-ADV., p. 53.

⁴⁴⁸ WOLKMER, **Teoria crítica e pluralismo jurídico**, op. cit., p. 53.

O novo Estado se configura plural, seja do ponto de vista de sua constituição como destinação, porque os sujeitos são oprimidos e fragilizados devido ao modelo econômico, onde somente os fortes sobrevivem, ou melhor, onde os fortes são aqueles que possuem a capacidade de consumo, porque quem assim não age está alijado da inserção política, econômica e jurídica. É um Estado onde prepondera a igualdade dos sujeitos através de mecanismos que respeitem as desigualdades.

Por outro lado, Wolkmer afirma que a crítica se constitui num movimento que possa “esclarecer” de forma pedagógica o que significa a legalidade nos moldes em que está configurada, e porque essa sua característica formal não emancipa nem permite a autoconsciência humana.⁴⁴⁹

Para ele, o Direito alternativo é crítico porque nele “criam-se as reais condições da passagem do paradigma legal convencional para a eficácia de uma “juridicidade alternativa”. Essa “juridicidade alternativa” envolve, presentemente, a percepção de um certo tipo específico de pluralismo jurídico que contempla a ação histórica de novos sujeitos coletivos”.⁴⁵⁰

Veja-se que essa nova hermenêutica do Direito, ao dar vazão ao coletivo, acentua a tese gadameriana da dialética, que é crítica porque produz – e não reproduz – um novo Direito, visto que rompe com idealismos e realismos,⁴⁵¹ nos quais o intérprete está fora da realidade para inseri-lo como construtor da juridicidade.

Conclui-se que esse movimento vai ao encontro das expectativas da hermenêutica filosófica, à medida que, quando se respeita a pluralidade, está-se respeitando a historicidade, através de um processo de pré-compreensão da realidade, até então escamoteada e escondida na legalidade formal, e, ao fim, para compreendê-la objetivamente no momento em que a dialética encontra mecanismos de fazê-la tornar-se parte da construção social.

⁴⁴⁹ Ibid., p. 54.

⁴⁵⁰ Id.

⁴⁵¹ STREK, op. cit., p. 194.

CAPÍTULO II – HERMENÊUTICA E SEMIOLOGIA

Seção II– HERMENÊUTICA E SEMIOLOGIA

1.1 – A semiologia

A semiologia tem como tese central o estudo dos diferentes sistemas de signos, no qual a linguagem, como categoria sígnica, tem relevo fundamental, pois se entende que a partir dela os sujeitos conformam a realidade através da utilização arbitrária⁴⁵² dos significantes lingüísticos, o que difere de seu uso como meio de descrever a realidade pelos seus significados.⁴⁵³

A semiologia tem por conjectura a configuração de uma ciência dos signos, da clarificação de suas categorias e das regras metodológicas de seu fazer, isso porque sua proposta foi a de formar uma tese científica sobre os pressupostos que implicam a formação da linguagem⁴⁵⁴ e, bem assim, de sua autonomia para configurá-la como uma ciência.⁴⁵⁵

Para se obterem tais respostas, Saussure, o codificador dessa ciência, concebeu os estudos dos signos no seio da vida social, por isso ela seria constitutiva de uma parte da psicologia social e da psicologia geral, visto que a linguagem, além de ser articulada através de sons, como uma unidade acústica, tem um lado social, que estabelece a sua evolução, sendo assim, ao mesmo tempo, uma instituição atual e um “produto do passado”.⁴⁵⁶

⁴⁵² A arbitrariedade aqui é contrária a convenionabilidade, pois “cada palavra transmitida a nós em cada língua humana é um signo arbitrário e convencional: arbitrário, porque qualquer das milhares de outras palavras correntes entre os homens, ou das dezenas de palavras que poderiam ter sido fabricadas, poderiam igualmente ter sido aprendidas e usadas para o mesmo fim; convencional, porque a razão do uso desta palavra em vez de uma outra está somente no fato de que esta palavra já está sendo usada na comunidade à qual o falante pertence. Witney, William Dwight. **The life and growth of language**. Hildesheim: Olm, p. 19 In: NÖTH, Winfried. **A semiótica no século XX**. São Paulo: Annablume, 1996.

⁴⁵³ Os três termos do modelo sígnico de Saussure são: signo, significado e significante. O primeiro diz respeito ao objeto em si, o segundo ao conceito do objeto e o terceiro a sua imagem acústica, ou seja, os vários sentidos que se pode fornecer aos signos.

⁴⁵⁴ WARAT, **O direito e sua linguagem**, op. cit., p. 11.

⁴⁵⁵ Evidentemente que Saussure não negava no seu sistema lingüístico outros modos de expressão, pois além da língua como sistema de idéias, referiu-se a escrita, a linguagem dos surdos e mudos. A língua, contudo, é a mais perfeita forma de expressão de idéias. NÖTH, op. cit., p. 21.

⁴⁵⁶ SAUSSURE, F. **Curso de lingüística geral**. São Paulo: Editora Cultrix, 1999. p. 15-7.

Por outras palavras, o som emitido configura a língua de um povo e este, por sua vez, se modela conforme as subjetividades individuais e coletivas.

Importante salientar que uma das alavancas dessa teoria deve-se ao fato de sua utilização pragmática, pois se asseverou não somente uma coerência lógica entre os termos, através de sua análise sintática e semântica, mas pelo seu uso pragmático, no sentido de que pela linguagem poderia se produzir sentidos adequados a determinados contextos históricos, evidenciando-se, assim, a relação funcional, ou seja, a manipulação do signo no sentido de influir no comportamento das pessoas.

Por isso, para Saussure, “bem longe de dizer que o objeto precede o ponto de vista, diríamos que é o ponto de vista que cria o objeto”.⁴⁵⁷

Nessa ordem, para Streck, os signos assinalam sempre uma designação psicológica e não um conceito desvinculado de sentido, ou melhor, os signos possuem uma ressonância da “impressão psíquica” que lhe adjudicamos.⁴⁵⁸

Ademais, as características dos signos dizem respeito à arbitrariedade, porque, no seu entender, o que é arbitrário é o significante e não o significado, pois este é fixo. Acrescenta também que a arbitrariedade existe pela sua desvinculação a qualquer pressuposto ontológico-metafísico, é ela uma convenção⁴⁵⁹. Deve se considerar que os signos lingüísticos são dependentes do processo histórico que os conformam⁴⁶⁰, o que os torna imutáveis por um determinado lapso de tempo, o que permite seu uso, embora, no decurso do tempo, possibilita que se forneça a eles significantes diferentes dos de outrora.⁴⁶¹

Em síntese, os signos carregam junto de si um paradoxo; seus significantes precisam de uma certa permanência histórica que os configure paradigmaticamente, para que, após sua maturação, venham a ser substituídos por outros que consigam expressar mais eficazmente a vontade dos sujeitos.

⁴⁵⁷ Ibid., p. 15.

⁴⁵⁸ STRECK, op. cit., p. 126.

⁴⁵⁹ Ibid., p. 81-4.

⁴⁶⁰ Ibid., p. 85.

⁴⁶¹ O termo utilizado por Saussure é a linearidade, mas Streck prefere utilizar o termo imutabilidade.

Tanto a arbitrariedade como a convencionalidade dos signos fazem parte da semiologia de Saussure. A primeira faz parte da própria natureza do signo lingüístico, representa um primeiro princípio:

O laço que une o significante ao significado é arbitrário ou então, visto que entendemos por signo o total resultante da associação de um significante com um significado, podemos dizer mais simplesmente: o signo lingüístico é arbitrário. Assim, a idéia de “mar” não está ligada por relação alguma anterior à seqüência m-a-r que lhe serve de significante; poderia ser representada igualmente bem por outra seqüência, não importando qual.⁴⁶²

A convencionalidade, por sua vez, é o resultado da arbitrariedade, pois, segundo ele:

Quando a Semiologia estiver organizada, deverá averiguar se os modos de expressão que se baseiam em signos inteiramente naturais (...) lhe pertencem de direito. Supondo que a Semiologia os acolha, seu principal objetivo não deixará de ser o conjunto de sistemas baseados na arbitrariedade do signo. Com efeito, todo meio de expressão aceito numa sociedade repousa em princípio num hábito coletivo ou, o que vem a dar na mesma, na convenção (...).⁴⁶³

Para Warat, o reconhecimento de Saussure percorre vários caminhos: exprime a necessidade de sistematização das mais variadas categorias de signos, verbais e não verbais, sobretudo usando como meio de constituição dessas outras categorias a lingüística, que é uma categoria verbal de excelência para sistematizar, por exemplo, a teoria da música, das imagens, do som, entre outras.⁴⁶⁴

Outra contribuição da semiologia, enunciadas por Streck, está em que ela admite análises interdisciplinares, que possibilitam a reconstrução de diversos tipos de signos, mesmo tendo em conta que sua proposta não decline de um caráter positivista, o que faz com que ele tome as diversas categorias sígnicas como objetos da semiologia.⁴⁶⁵

⁴⁶² SAUSSURE, op. cit., p. 82.

⁴⁶³ NÖTH, op. cit., p. 22.

⁴⁶⁴ WARAT, *O direito e sua linguagem*, op. cit., p. 12.

⁴⁶⁵ STRECK, op. cit., p. 128-9.

Pode-se de, certa forma, ver uma semelhança da semiologia de Saussure com a teoria jurídica de Kelsen, pois Saussure esquematiza um sistema científico para os signos, enquanto que Kelsen produz um sistema jurídico para as normas.

Ambos podem ser vistos a partir da semiologia como sistemas abertos ou fechados, pois a semiologia pode conceber a linguagem na sua forma sincrônica de análise, que representa o aspecto estático da lingüística, configurando-se o método de análise estrutural, onde os objetos são cristalizados num determinado momento histórico, e o diacrônico, quando se analisa a evolução dos signos, que corresponde ao método histórico.

Por analogia, Kelsen expõe que o sistema jurídico pode ser monoestático, quando se procede à análise de seus elementos estruturais, declinado-se do exame de suas categorias teóricas com o exterior, e a monodinâmica, quando é feita uma apreciação da criação e aplicação das normas, a partir da relação de seus órgãos com a exterioridade de seus conteúdos.

Para nós, a “viragem lingüística” Saussureana está em manifestar a natureza arbitrária dos signos, ao expor que eles não possuem somente significados, o que pressupõe uma característica mais conceitual do mesmo, mas de que eles manifestam inúmeras possibilidades significativas, o que faz com que se perceba a linguagem de maneiras diferentes, como uma categoria de poder e de dominação, por exemplo.

Para Warat, o objetivo de Saussure é o de tornar a semiologia uma unidade epistêmica independente, o que, de certa forma, é negativo, à medida que se impõe um processo positivista e formalista na sua configuração, a partir da utilização de determinados métodos de análise e significações específicas.

Entende que a Semiologia deva ser estudada como uma prática complexa, porque cada discurso está inserido num contexto social específico, dentro do qual existem discursos contrários e que, por isso mesmo, seus significados se estabelecem diante de uma multiplicidade de fatos,⁴⁶⁶ sobretudo pelas relações de poder que se impõem.

Ademais, tanto a semiologia como a semiótica tendem a se agregar nos imperativos de sistematicidade, em que os discursos devem ser coerentes com as

⁴⁶⁶ WARAT, *O Direito e sua linguagem*, op. cit., p. 13.

“verdades científicas” e, por via direta, onde a historicidade é um elemento que não integra seu âmbito de aplicação.

Nesse sentido, todos os “contradiscursos” que não obedecem aos critérios de verdades científicas ficam marginalizados, visto que não se adequam aos imperativos da sistematicidade, tampouco aos imperativos contextuais, haja vista que a linguagem científica não contempla a práxis social, ou seja, os discursos não elitizados pela linguagem jurídica.⁴⁶⁷

A semiologia proposta por Warat, em específico, traz consigo contribuições para a formação de uma “nova retórica”, ao constituir-se em uma teoria Hermenêutica em que os discursos são expressões que possuem uma carga ideológica bastante expressiva, à medida que as conclusões discursivas são vinculadas a determinadas representações sociais.⁴⁶⁸ Acrescenta-se o fator de que o autor propõe à análise e desfragmentação dos conteúdos ideológicos e das falas institucionais.

Expõe ainda que os processos de desestereotipação tornam-se estéreis quando são propostos como uma leitura ideológica exterior ao ato de sua significação.

Por isso, entende que a semiologia tem a tarefa de analisar o poder que plantea os discursos, os quais determinam a manutenção de uma sociedade idealizada pelo seu próprio discurso, ou seja, o dito discursivo molda os ditos sociais, ocultando os não-ditos.⁴⁶⁹

Para Coelho, a semiologia pressupõe que todo o discurso é ideológico porque ele se compõe de comportamentos humanos, que são sempre permeados de significações, acrescentando que também se caracterizam pela pragmática.⁴⁷⁰

Como resumo, pode-se dizer que os significados, quando vinculados objetivamente a determinados conceitos e signos, são um meio de acesso à consecução de determinados objetivos, previamente concebidos. Ao contrário, a partir de sua análise histórica e da averiguação da carga de poder que neles está submersa, eles são um instrumento de desalienação dos sujeitos, de forma a torná-los críticos de seu papel político na instância social, ou seja, a análise semiótica não deixa de ser uma instância onde se processa a cidadania.

⁴⁶⁷ Ibid., p. 16.

⁴⁶⁸ Ibid., p. 17.

⁴⁶⁹ Ibid., p. 18.

1.2 - Gadamer e Heidegger como marcos teóricos

Gadamer nos propõe uma nova dimensão à interpretação a partir da quebra do pré-conceito de interpretação como fenômeno epistemológico, ou seja, como um instrumento que possibilite ao homem conhecer a realidade. Tal posicionamento justifica-se porque há uma crítica no atual processo de interpretação, porquanto o homem o delinea como um método de conhecimento conceitual e objetivo, donde a experiência histórica é negligenciada, em prol de sua adequação às técnicas de conhecimento aceitos pela comunidade científica,⁴⁷¹ ou, por outras palavras, onde a ciência objetiva a experiência.⁴⁷²

Para ele, toda a experiência humana é moldada de forma a se adequar aos padrões de possibilidades formais do conhecimento, de maneira a dar uma pseudocerteza às incertezas humanas. Por isso mesmo, diz ele, para se fazer justiça à historicidade da compreensão, a hermenêutica deve negligenciar o conceito científico de verdade.⁴⁷³

Nas suas palavras:

El fenómeno de la comprensión y de la correcta interpretación de lo comprendido no es sólo un problema específico de la metodología de las ciencias del espíritu. Ya desde su origen histórico el problema de la hermenéutica va más allá de las fronteras impuestas por el concepto de método de la ciencia moderna. Comprender e interpretar textos no es sólo una instancia científica, sino que pertenece con toda evidencia a la experiencia de la verdad allí donde se encuentre e indagar su legitimación. De este modo las ciencias del espíritu vienen a confluír con formas de la experiencia que quedan (permanecem) fuera de la ciencia, con la experiencia de la filosofía, con la del arte, con la de la misma historia.⁴⁷⁴

Pelo exposto, entende-se que a verdade não pode ser do domínio de certas instituições, pois ela mesma não existe, é uma convenção, a própria historicidade mostra isso, pois elas não são mais do que projeções estruturadas a partir de nossas necessidades. Ora, nem todas as necessidades são iguais, em verdade são individuais, então não há que haver um padrão de verdade.

⁴⁷⁰ COELHO, L. F. op. cit., p. 78-9.

⁴⁷¹ PALMER, op.cit., p.199.

⁴⁷² GADAMER, *Verdad y metodo*. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1984. p. 420.

⁴⁷³ *Ibid.*, p. 331.

⁴⁷⁴ *Ibid.*, p. 694.

Gadamer propõe, em troca dessa forma de conhecimento, a compreensão dos fenômenos a partir da dialética, do encontro do objeto com a consciência, porque dessa união há uma enorme possibilidade de reinventar-se o objeto antes compreendido e tido como verdade, visto que quem interpreta o faz a partir de si, ou seja, das experiências acumuladas,⁴⁷⁵ pois, segundo ele, em cada ser humano, em cada individualidade, reside sempre a intuição da totalidade.⁴⁷⁶

Assim, o que se permite desse encontro é a possibilidade de uma nova experiência, de um conhecimento novo, que se adquire ao se negar o que antes era tido e aceito como certo e imutável.

Gadamer, porém, justifica esse processo como doloroso, pelo fato de ser pleno de expectativas das quais o homem não tem domínio, o que gera sempre insegurança. Toda a nova experiência é sempre um processo de negação, de dor, visto que o ser humano sofre ao ter que se expor, mas é por isso mesmo que ele cresce e se aperfeiçoa, pois nem sempre as expectativas são boas.⁴⁷⁷

Entendemos, por isso, que o Direito, a partir de sua característica normativa e de seu dogmatismo, diminui as expectativas e, portanto, a possibilidade do medo e angústia que daí advém. Nesse sentido, as expectativas mesmas deixam de existir, à medida que a normatividade as supre, e, ao assim fazê-lo, a experiência é retirada como um Direito do ser humano se aperfeiçoar.

Para Streck, Gadamer é expoente da interpretação filosófica ao procurar dar sentido ao texto através daquilo que foi compreendido pelo sujeito, pois entende que o sujeito também faz parte do processo interpretativo, ocorrendo uma abertura e potencialidade significativa, pois há a soma do conteúdo do texto e das contribuições do sujeito cognoscente.⁴⁷⁸

A partir dessas conclusões, percebe-se que Gadamer se preocupa sobremaneira com a dialética, pois ela é a própria experiência, é o envolvimento dos sujeitos com o mundo, prontos a acertos e desacertos, a partir da compreensão de seus signos lingüísticos.

⁴⁷⁵ PALMER, op. cit., p. 199.

⁴⁷⁶ GADAMER, *Verdad y metodo*, op. cit., p.527.

⁴⁷⁷ PALMER, op. cit., p. 199.

⁴⁷⁸ STRECK, op. cit., p. 168.

Segundo Streck, tanto a compreensão epistemológica da Hermenêutica e das condições de suas possibilidades deixam de ser agora fundamentais, o que importa é que ela seja totalmente livre para coexistir juntamente com os sujeitos na sua “existência humana”.⁴⁷⁹

Por existência humana, pode-se entender o homem existindo através de sua linguagem, fruto de sua racionalidade, de seu *logos*, tal como Aristóteles entendeu ser o *logos*, a diferença substancial entre o homem e o animal. Assim, o homem é o único ser que sabe o que é a dor e a evita, bem como sabe o que é injusto e justo, diferenciando-se assim dos outros animais. Por isso, somente a sua abertura para o mundo pode lhe permitir as escolhas entre o que lhe dá prazer e o que deve evitar.

Esse deixar vir o mundo significa uma abertura para a linguagem, pois somente ela expõe o homem ao *devoir – transformações* - de diferentes maneiras, sobretudo por sua característica heterogênea, visto que não se perfaz “através de signos, os quais não se encontram fixados como os signos expressivos dos animais, mas continuam variáveis, não somente no sentido de que há diversos idiomas, mas também naquele de que, na mesma língua, as mesmas expressões podem indicar algo diverso, e expressões diferentes podem indicar o mesmo”.⁴⁸⁰

Ademais, a experiência é o acúmulo de diferentes compreensões, mas não a partir de uma capacidade puramente pessoal. Trata-se de um conhecimento do modo como as coisas são, do outro, que não pode ser objetivado conceitualmente. Isso torna o ser humano vulnerável ao mundo; contudo, tal vulnerabilidade não o torna amargo, mas consciente das vicissitudes humanas.

Em verdade, ele aprende a conhecer aquilo que o positivismo negou, “os limites de toda a antecipação, a insegurança de todos os planos humanos”.⁴⁸¹

Aqui se coloca a questão explicitada no início, ou seja, a de que o homem está no mundo antes de qualquer objetivação científica da historicidade, onde ele está para a experiência, e donde a normatividade cede lugar à intuição, sem estar fechada,

⁴⁷⁹ Ibid., p. 169.

⁴⁸⁰ Ibid., p. 118.

⁴⁸¹ PALMER, op. cit., p. 199.

o que permite adquirir a maturidade na experiência que o coloca “numa abertura adequada ao futuro e ao passado”.⁴⁸²

Ademais, para Gadamer, a essência da experiência é uma herança adquirida pelos diferentes contornos lingüísticos que desabrocham dos textos literários que falam de si mesmo, porque todo o texto traz em si um conteúdo específico, apartado do sujeito que foi o autor do texto, mas que, por via direta, diz o texto, tendo em vista uma herança cultural de experiência que o possibilitou dizer o dito. De outra forma, aquele que lê o texto o faz também a partir de suas próprias experiências e que o capacitam à compreensão.

Dessa forma, para Palmer, há, nesse fato, uma relação de reciprocidade, na qual o sujeito deve estar aberto ao diálogo e à comunicação, porque justamente o texto vai levantar questionamentos.⁴⁸³

Tem-se em conta que, nesse diálogo, o sujeito é sempre um participante, é sujeito ativo, pois a “consciência integra a existência humana”, incumbindo ao sujeito o cumprimento de uma ação.⁴⁸⁴

Heidegger precisamente vai dizer o mesmo em *Ser e Tempo*, ou seja, de que o Ser para se conhecer precisa esquecer o que já foi dito e construído para chegar a uma nova interpretação. Contudo, o caminho para a “verdade” não significa uma ruptura com a história e também a sua negação, mas uma apropriação e transformação daquilo que foi transmitido.

Heidegger designa essa apropriação com a expressão destruição, que não quer dizer arruinar e, sim, desmontar, demolir e pôr de lado, abrir o ouvido, torná-lo livre para aquilo que, na tradição do ser, o ente nos inspira. Seguindo esse caminho, a estrutura fundamental do Ser-ai quotidiano revela-se como o ser-no-mundo, que é indicado, decomposto em seus diversos momentos, para enfim ser considerado na sua unidade como preocupação.⁴⁸⁵

⁴⁸² Ibid., p.199-200.

⁴⁸³ Ibid., p. 200.

⁴⁸⁴ SALDANHA, op. cit., p. 225.

⁴⁸⁵ ABBAGNANO, op. cit., p. 201.

Nesse sentido, Heidegger expressa que o homem é um Ser-aí,⁴⁸⁶ ou seja, um ser jogado no mundo⁴⁸⁷, juntamente com seus semelhantes, mas que não perde a sua individualidade, mas é construído, modelado a partir das vicissitudes que encontra, e que contra elas luta, atribuindo-lhes diferentes significados, bem como, diante delas, - das vicissitudes - assumindo diferentes posições.

Veja-se que, quando Heidegger expressa a existência do homem, entende que ela não é nunca uma existência metafísica ou a construção de um homem idealizado. Ao contrário, o homem está para o mundo, tem que enfrentar este mundo real, preocupar-se com a sobrevivência no dia-a-dia. Nesse sentido, a existência humana está fundamentalmente no mundo com os outros, pois existir é “ser no mundo com os outros”.

Para Streck, o ser – o homem – não admite um conceito único, sequer uma definição, por ser universal e, nesse sentido, também vazio.⁴⁸⁸ O ser é ser-no-mundo, está aberto às compreensões, sendo assim um poder-ser sem nunca ser, pois jamais absorve a totalidade dos significados do mundo. A definição que mais se aproxima da existência humana é, então, o devir – uma contínua transformação que interage com a realidade.

Para Saldanha, Heidegger entende que o estar no mundo passa necessariamente pela idéia de “mundo circundante”, pois os fatos estão localizados no todo histórico do mundo, por isso, para ele, a historicidade é um princípio hermenêutico.⁴⁸⁹

Para Gadamer, a historicidade resulta da pré-compreensão, fruto da tradição humana. A compreensão, por sua vez, é um processo no qual a intensidade, ou o nível de aprofundamento em direção ao objeto pode variar, às vezes ser mais verticalizado, noutras ser mais superficial em relação aos fatos que a antecedem. Contudo, para se

⁴⁸⁶ Compreende-se o Ser-aí aquele que está envolvido na historicidade, em contraposição ao idealismo. PEREIRA, M.B. O século da hermenêutica filosófica. In: **Revista filosófica de Coimbra**. p. 56.

⁴⁸⁷ Para Hegel, o homem também se sente jogado no mundo, o qual lhe apresenta perigos, por isso se sente alienado e perdido. O papel da filosofia é fazer com que ele compreenda a realidade que está a sua volta, que faça “as pazes” com ela, que lhe forneça um sentido e com isso se enriqueça. Por isso, a compreensão é tornar a realidade inteligível In: ABBAGNANO, op. cit., p. 197.

⁴⁸⁸ STRECK, op. cit., p. 171.

⁴⁸⁹ SALDANHA, op. cit., p. 226.

compreender um fato, necessita-se pré-compreender os contornos que os conformaram, ou “certos outros objetos que são seu *entourage*”.⁴⁹⁰

1. 3 - Uma (re)construção da jurisprudência das valorações

Se considerarmos que o fundamento do Direito pressupõe a procura do que é justo, como já dizia nos albores Aristóteles, temos que pressupor que essa busca passa, necessariamente, por um processo de conexões de valorações jurídicas, que caracterizam uma determinada ordem de coisas, bem como a sua unidade.

Significa dizer que se primarmos pela unidade do sistema, teremos que, conforme Canaris, reconduzir a multiplicidade a poucos princípios valorativos, como meios para a sua concretização hermenêutica e não para nos certificarmos de sua cientificidade.⁴⁹¹

A unidade do Direito é exigência ética, pois se deve pensar o sistema com adequação à idéia de igualdade,⁴⁹² já que assim se permite a ausência de contradições.⁴⁹³ Além disso, a unidade centraliza a ambigüidade valorativa em alguns poucos princípios gerais, que contém em si o sentido valorativo disperso no sistema. Além disso, o Direito pensado num sistema permite a desejável segurança jurídica para a realização.

Assim, a construção valorativa do Direito em sistema eleva-o, não à construção de meros postulados abstratos, mas, através de princípios ordenados, à segurança da sua efetiva realização.⁴⁹⁴

Por isso, para Streck,⁴⁹⁵ a Constituição Federal é o *topos* no qual, através de princípios valorativos, se garante um lugar que inclui e não exclui, um lugar garantidor das expectativas dos sujeitos do Estado Social.

⁴⁹⁰ Ibid., p. 227

⁴⁹¹ CANARIS, op. cit., p. 17-8.

⁴⁹² Ibid., p. 19.

⁴⁹³ Ibid., p. 20.

⁴⁹⁴ CANARIS, op. cit., p. 23.

⁴⁹⁵ STRECK, op. cit., p. 214.

Contudo, pergunta-se, é possível, através do sistema lógico-formal⁴⁹⁶ conseguir concretizar o ideal de um sistema valorativo?

Para Larenz, isso não é possível, pois o modelo lógico formal dificilmente se concretiza à maneira como foi concebido. Para ele, só pode haver um processo de subsunção “puro” quando houver a possibilidade de, através de um conceito, indicar de forma extrema “todas as notas distintivas que o caracterizam” no fato a ser subsumido,⁴⁹⁷ ou seja, os fatos devem estar totalmente previstos no conceito.

O problema está em que muitas das notas características presentes num conceito não se harmonizam àquelas presentes nos fatos jurídicos, que possibilitariam à subsunção.

De forma análoga, Canaris entende que se deve facultar, na ciência do Direito, pelo ato de ser teleológica e hermenêutica, que não esteja vinculada a raciocínios pré-concebidos de certeza, mas de uma variabilidade de valores que estão nos princípios que regem o sistema, a fim de admitir o Direito como uma ciência construtiva, apta a solucionar contradições com os valores já legislados.⁴⁹⁸

Assim, a formalização e adequação de conceitos não devem ser realizadas no sentido lógico, mas teleológico-valorativo, ou seja, qualquer decisão deve ser formalizada tendo em vista os princípios valorativos formalizados no sistema.⁴⁹⁹

No caso de não ser possível tal subsunção através da limitação das notas dos conceitos aos fatos, pode o julgador, no sentido de aumentar seu poder sentencial, utilizar-se de “notas alternativas” para ampliar o poder de subsunção, o que pode ocorrer se o mesmo utilizar-se dos chamados “tipos normativos”.⁵⁰⁰

⁴⁹⁶ Para Canaris, os conceitos lógicos permitem que se derive deles o sistema jurídico. Contudo essa derivação do tipo lógico, ou seja, a ampliação da norma inferior até o limite de conteúdo da norma superior, não é suficiente para alcançar a unidade do direito, já que ela deve residir na idéia de direito, que é a justiça, e não através de processos de derivação de normas superiores, mas da valoração da idéia de justiça que estão presentes nas normas. Além disso, para ele, a adequação de vários valores entre si e a sua conexão interna não se deixam exprimir logicamente, mas axiologicamente ou teleologicamente. A adequação lógico formal não implica unidade de sentido jurídica do ordenamento, ela deve ser buscada ao se procurarem decisões de valor. CANARIS, op. cit., p. 30-1.

⁴⁹⁷ LARENZ, op. cit., p. 260.

⁴⁹⁸ CANARIS, op. cit., p. 74.

⁴⁹⁹ Ibid., p. 75.

⁵⁰⁰ LARENZ, op. cit., p. 261.

Os tipos podem ser descritos como “coordenações valorativas” e de “concretização”, nos quais não se procede à subsunção, mas à valoração de certos pressupostos que tornam os fatos ligados a eles como uma orientação para o valor subjacente à lei. Por outras palavras, os “tipos” são pautas valorativas, nas quais as decisões almejam que se decida em função dos valores neles prevalecentes, ou de razões outras que possam tornar mais abrangentes as possibilidades de interpretação, como a própria razão da lei.

CONCLUSÃO

1. Não se pode dizer que existem respostas acabadas quando se perquire sobre qual é a Hermenêutica ideal para o Direito. Em verdade, ela vai sendo configurada a partir da maneira como o homem concebe a realidade, do modo como ele próprio nela se insere.

2. O homem, durante longos séculos, não se inseriu no mundo como agente capaz de atuar politicamente sobre ele e assim conformá-lo às suas necessidades; ao contrário, ele estava no mundo, mas ao mesmo tempo fora dele, pois que sua posição era de passividade e acomodação.

3. Diante da passividade humana, a interpretação não era configurada no sentido atual, de moldar o mundo através da linguagem, mas se configurava na forma de um esclarecimento primitivo e criativo dos fenômenos, fato esse que pode ser entendido como se o homem fizesse parte dela mesma, não necessitando, por isso, interpretá-la para o seu uso prático.

4. Com a evolução humana e determinados acontecimentos históricos, o homem se insere no mundo, passa a estar nele de forma política, originando a necessidade de usar determinados métodos para o esclarecimento dos fenômenos, sobretudo de suas causas, já que ele é inoperante para efetivamente saber a sua origem.

5. Os processos interpretativos da realidade, e assim do Direito no século XIX, caracterizam-se pela postura metodológica acrítica, ou seja, de formas hermenêuticas que apenas esclarecem a vontade de quem pôs as normas, ou sua significação sintática, literal ou quando muito histórica, mas sem levar em consideração que as normas existem dentro de um determinado contexto social, que estão imbricadas com os fenômenos culturais.

6. O modelo ideal de interpretação, haja vista determinadas necessidades sócio-econômicas, delineou-se através da filosofia da consciência ou da metafísica, abstraído da realidade social, mas com determinados objetivos bastante claros: foi utilizado como meio de explicação das causas dos fenômenos devido à limitação racional do homem em conhecer a origem dos fenômenos; como forma de poder para as instituições que impunham suas verdades e ideologias para com classes menos intelectualizadas e, por isso, como forma de manutenção de um *status quo* habilmente concebido; e finalmente como um paradigma epistemológico, dentro do qual existem formas adequadas à realização do conhecimento, através de determinados *a priori* formais.

7. Na filosofia ou hermenêutica da consciência, o sujeito e objeto são comprometidos um com o outro de acordo com o que preceitua os estatutos jurídicos, de forma limitada e abstrata, em que o sujeito só é incluído no sistema se tiver uma determinada personalidade jurídica – a patrimonial – em que o jurista não se compromete com a justiça de suas decisões, tampouco com sua conformidade com a realidade. Em verdade, seu papel é de letargia social.

8. A filosofia da linguagem, proposta a partir da constituição do homem enquanto ente circunscrito num mundo de significações modifica substancialmente a filosofia da consciência, pois se percebe que a realidade é composta de signos, os quais, quando imbricados com o homem, deixam de ser postulados metafísicos para serem meios de constituição de uma nova realidade, comprometida com o homem Ser e não com o homem Ter.

9. A historicidade é considerada como um princípio hermenêutico, pois é um fenômeno no qual o homem está integrado a uma realidade que muda constantemente, e da qual ele é resultado. Por isso, o julgador, ao sentenciar, deve fazer um retorno ao passado para verificar se sua decisão não fere os princípios éticos que influenciaram um determinado momento histórico.

10. A filosofia da linguagem serve como palco onde se processa desceitualização/desfragmentação dos conceitos, através da análise dos signos como processos de significações, frutos dos processos de compreensão histórica.

11. Não há que se aderir a um consenso conceitual universal, em que o fenômeno jurídico se caracteriza por uma textura fechada, da qual se reconstrói apenas o ser humano que se pressupõe pessoa enquanto tem capacidade patrimonial, ou seja, enquanto consome, e não pelo que é, como indivíduo, com personalidade enquanto ente humano e não jurídico.

12. As palavras ou signos não podem ser considerados como uma possibilidade de garantia, mas sim como um ponto de partida para uma realidade eminentemente complexa e significativa. Ao se entenderem os signos como conceitos fechados, alija-se o homem dos valores que o constituem para nomeá-los apenas como um ente de direitos e deveres jurídicos, ou seja, um ente codificado e não pleno na sua totalidade.

13. A Hermenêutica crítica consiste num lócus de insatisfação à dogmática jurídica, delineada esta como o “senso comum teórico do jurista” (Warat), porque se nega a perceber o homem como ente inserido numa realidade altamente complexa.

14. Ademais, a crítica postula por descortinar os sentidos que são utilizados pelos detentores do poder, em relação aos signos, à medida que os desmistifica para que as decisões sejam comprometidas com as necessidades sociais do homem.

15. A Hermenêutica crítica solicita que as decisões jurídicas respeitem as necessidades do homem real, que vive circunscrito a determinados modos de produção e tem por pressuposto a satisfação de determinadas necessidades que não são aquelas do homem padrão, delineado formalmente para satisfazer os pressupostos da ciência.

16. A crítica hermenêutica se propõe a criar um direito novo para o homem que se caracteriza pelo devir constante, que habita um mundo onde não há definições nem verdades absolutas, mas que necessita que as demandas sejam satisfeitas através de uma pauta de valores aberta.

17. Na atual conjuntura, a Hermenêutica não pressupõe padrões estigmatizados, tampouco modelos, mas é o lugar onde a emancipação do homem, como ser que está incluído no lócus político, se constitui através do diálogo, na inserção dos homens na problemática do Ser.

18. Na atual conjuntura, a Hermenêutica não pressupõe padrões estigmatizados, tampouco modelos, mas é o lugar onde a emancipação do homem, como ser que está incluído no lócus político constitui-se através do diálogo, na inserção dos homens na problemática do Ser.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)**. São Paulo: Saraiva, 1996.

AFTALIÓN, Enrique R., VILANOVA, José, RAFFO, Julio. **Introducción al derecho**. conocimiento y conocimiento científico. historia de las ideas jurídicas. teoría general del derecho. teoría general aplicada. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Metodologia da ciência do direito**. Prefácio de Eros Roberto Grau. São Paulo: Max Limonad, 1996.

ALMEIDA, Custódio Luís Silva de. FLICKINGER, Hans-Georg. ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer**. In: **Coleção Filosofia**, 117, POA: EDIPUCRS, 2000, 222p.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. 4. ed. Tradução de Mário da Gama Curi, Brasília: UNB, 2001.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. **O direito: introdução e teoria geral. uma perspectiva luso-brasileira**. 10. ed.: Lisboa: Almedina, 1999.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social**. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

_____. **Justiça distributiva e aplicação do direito**. Porto Alegre: Ed. Fabris, 1983.

BAPTISTA, Francisco de Paula. **Compêndio de hermenêutica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1984.

BASTOS, Aurélio Wander. **O conceito de direito e as teorias jurídicas da modernidade**. In: *JurisPoiesis*. Revista dos cursos de Direito da Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro. Ano I, v.1. mar.jul. 1999, 37-56.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: UNB, 1997.

_____. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

_____. **Dalla struttura alla funzione**. 2. ed. Milano: Edizioni di Comunità, 1984.

BODENHEIMER, Edgar. **Ciência do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

BRAIDA, Celso. **Aspectos semânticos da hermenêutica de Schleiermacher**. In: *Filosofia Hermenêutica*. Organizado por Róbson Ramos dos Reis e Ronai Pires da Rocha, Santa Maria: Ed. UFSM, 2000.

CAILLOIS, Roger. **Os jogos e os homens: a máscara e a vertigem**. Tradução de José Garcez Palha. Lisboa: Cotovia, 1958.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CARNEIRO LOUREIRO, Maria Francisca. **O papel da hermenêutica no curso de direito: uma abordagem pedagógica fundamentada na epistemologia**. Dissertação apresentada no curso de Pós-Graduação em Educação, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. Ano 1994. 82 p.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Magistratura e direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1992.

CAVALCANTI, Teófilo. (Org.). **Estudos em homenagem a Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 12. ed. São Paulo: Ática, 2000.

COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. **Teoria crítica do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Teoria geral do tributo e da exoneração tributária**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

COMTE, Augusto. **Curso de filosofia positiva**: discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo: catecismo positivista. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

CORETH, Emerich. **Cuestiones fundamentales de hermenéutica**. Barcelona: Editorial Herder, 1972.

CURI, Ivan Guérios. **Dilemas do direito penal**: reflexão a partir da hermenêutica do Sistema. Tese de Doutorado, apresentada na UFPR em 1999, para obtenção do título de Doutor.

DAMÁSIO, António R. **O Erro de Descartes**: emoção, razão e o cérebro humano. Trad. portuguesa Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

DILTHEY, Wilhelm. **Hombre y mundo en los siglos XVI y XVII**. Traducción y prólogo de Eugênio Ímaz. México: Fondo de cultura económica, 1944.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

ECO, Umberto. **Obra aberta**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1991.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Brasília: UnB, 1986.

EMERIM, Dulci. Reacesa polêmica sobre direito alternativo. **JORNAL ZERO HORA**, Porto Alegre, 28 de outubro de 2001. Seção Política.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da família, da propriedade e do estado**, cap. IX – Barbárie e Civilização, 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **A Ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. **Conceito de sistema no direito**. São Paulo, RT/EDUSP, 1976.

FREITAS, Juarez. **As grandes linhas da filosofia do direito**. 3.ed. Caxias do Sul: EDUCS, 1993.

_____. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 1983.

GADAMER, Hans Georg. **Verdad y metodo: fundamentos de una hermenéutica filosófica**. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1984.

_____. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: RJ: Vozes, 1997.

GALVES, Carlos Nicolau. **Manual de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GOMES, Orlando. **Introdução ao estudo do direito**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. Obra premiada pelo Instituto dos Advogados da Bahia, atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiesi do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **La logica de las ciencias sociales**. 3. ed. Madri: Tecnos, 1996.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 2. ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 5. ed. Trad. de Sá Cavalcante. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**, Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

KEGEL, Patrícia Luíza. **Uma análise do conceito de sanção no sistema jurídico de Hans Kelsen**. In: Paradoxos da Auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM, 1997. Organizado por Leonel Severo Rocha.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. **Teoria pura do direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

KÖCHE, José Carlos. **Fundamentos de metodologia Científica: teoria da ciência e prática da pesquisa**. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Trad. de José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LEVY, Pierre. **As novas tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática**. Tradução de Carlos Irineu da Costa, Rio de Janeiro: Ed. 34,1993.

LINS, Ivan. **Perspectivas de Augusto Comte**. Rio de Janeiro: São José, 1965.

MARQUES, C. L. **Contratos no código de defesa do consumidor**. São Paulo: RT, 1998.

MCLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões do homem**. São Paulo: Cultrix, 1969.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

MONDIN, Battista. **Introdução à filosofia: problemas, sistemas, autores, obras**. São Paulo: Ed. Paulinas, 1980.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

NÖTH, Winfried. **A semiótica no século XX**. São Paulo: Annablume, 1996.

OLIVEIRA Junior, José Alcebíades de. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2000.

PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1969.

PEREIRA, Miguel Baptista. O século da hermenêutica filosófica: 1900-2000. In: **Revista filosófica de Coimbra**. Coimbra. v. 9, n. 17, p. 52-61, 1900.

PERELMAN, Chain. **Retóricas**. Trad. de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____ e Olbrechts – Tyteca, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Trad. de Maria Ermantina Galvão G. Pereira.

_____ **Lógica jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **O Direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico.** São Paulo: Saraiva, 1994.

RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias: organização, tradução e apresentação de Hilton Japiassu.** Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990.

ROCHA, Leonel Severo.(Organizador). **Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea.** Curitiba: JM, 1997.

RORTY, Richard. **A filosofia e o espelho da natureza.** Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994. Revisão Técnica César Ribeiro de Almeida.

SALDANHA, Nelson. **Ordem e hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito.** Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

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. São Paulo: Cortez Editora, 2000.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de lingüística geral.** São Paulo: Cultrix, 1999. Organizado por Charles Bally e Albert Sechehaye, Colaboração de Albert Riedlinger.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Ermeneutica.** Introduzione, impostazione editoriale, traduzione e apparati di Massimo Marassi. Milano: Rusconi, 1996.

_____. **Hermenêutica: arte e técnica da interpretação.** Petrópolis. Tradução e apresentação de Celso R. Braidão. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

SCHMITZ, Mattias. **Neopositivismo: Lógica, Logística.** POA: UFRGS/Instituto de Filosofia, [19--].(Ensaio e Conferências; 3).

SOBRINHO, Elicio de Cresci. **Justiça alternativa.** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito: Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.**

VASCONCELLOS, Celso dos Santos. **Planejamento: projeto de ensino-aprendizagem e projeto político-pedagógico-elementos metodológicos para elaboração e realização.** São Paulo: Libertad, 2000.

VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger.** 10 ed. Roma: Instituto Piaget. 1996.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. Barcelona: Gedisa Editorial, 1991.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral do direito: interpretação da lei: temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1994.

_____. **O Direito e sua linguagem**. 2. versão, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

_____. **Ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001. v. 1.

WEBER, Max. **A Ética protestante e o espírito do capitalismo**. 11. ed. São Paulo: Pioneira, 1996.

_____. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. 3.ed.Brasília: UNB, 1994.

_____. **Ensaio de sociologia**. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1982.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 2.ed. revista e ampliada. São Paulo: RT, 1995.

_____. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**: São Paulo: Alfa-Ômega, 1994.

_____. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Teoria crítica e pluralismo jurídico**. In: **Direito Alternativo: Seminário Nacional sobre o uso Alternativo do Direito**. Rio de Janeiro: ADV. Evento do Sesquicentenário do Instituto dos Advogados Brasileiros. Seções Jurídicas. Junho. p. 53-55.

WRIGHT, Von. **Norma y acción**, Madrid: Tecnos, 1970.