

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE

JEAN LUCCA DE OLIVEIRA BECKER

**DA HERMENÊUTICA JURÍDICA MODERNA DE TRADIÇÃO
EUROCÊNTRICA AO HORIZONTE DECOLONIAL: a necessidade de novas
categorias teóricas e operacionais na defesa da emancipação e
humanização do Direito**

Rio Grande

2019

JEAN LUCCA DE OLIVEIRA BECKER

**DA HERMENÊUTICA JURÍDICA MODERNA DE TRADIÇÃO
EUROCÊNTRICA AO HORIZONTE DECOLONIAL: a necessidade de novas
categorias teóricas e operacionais na defesa da emancipação e
humanização do Direito**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FURG), como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito e Justiça Social.

Orientadora: Professora Doutora Raquel Fabiana Lopes Sparemberger

Rio Grande

2019

JEAN LUCCA DE OLIVEIRA BECKER

**DA HERMENÊUTICA JURÍDICA MODERNA DE TRADIÇÃO
EUROCÊNTRICA AO HORIZONTE DECOLONIAL: a necessidade de novas
categorias teóricas e operacionais na defesa da emancipação e
humanização do Direito**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FURG), como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito e Justiça Social.

Aprovado em: _____ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA

PROFESSORA DOUTORA RAQUEL FABIANA LOPES SPAREMBERGER
(ORIENTADORA)

PROFESSOR DOUTOR RENATO DURO DIAS – FURG

PROFESSORA DOUTORA MARCIA ANDREA BÜHRING – PUC/RS

*Para a Professora Doutora Raquel Fabiana Lopes
Sparemberger quem, sob sua orientação, tornou possível
a realização deste trabalho.*

Vencer limites significa observar que os desejos que procuramos alcançar têm mil rostos. Mas há máscaras que despertam e há máscaras que adormecem. As primeiras que despertam são as democráticas, que permitem expressar o imaginário e aproximá-lo de todos os outros; as segundas, “despóticas”, descrevem o comportamento por nós. As máscaras da ciência do Direito são disciplinadoras. Impedem fixar os limites da Lei, são carapuças impotentes frente à rotina cultural. Escritos estéreis que não conseguem procriar uma cultura jurídica visceralmente democrática. Um saber sobre o direito que reconcilie o homem com suas paixões, e tenha respostas de acordo com o mundo, e transforme a estagnação de suas verdades em desejos vivos.

Luis Alberto Warat

RESUMO

Desde uma perspectiva crítica descolonizadora visibiliza-se o fim do projeto civilizador moderno. Ao que parece vive-se tempos de naufrágio civilizatório emergindo o medo em suas múltiplas versões. Neste cenário, o Direito – uma das grandes edificações políticas e racionalizadoras da Modernidade – parece imobilizado e esgotado instaurando-se múltiplos e difusos discursos autodenominados críticos. O presente trabalho, de método hermenêutico-crítico-descolonial, retoma a construção de dois elementos basilares do Direito moderno: a epistemologia e a hermenêutica jurídica. Como ponto de partida é analisado o paradigma epistemológico jurídico moderno discutindo seu maior mito justificador: o tecnicismo instrumental que encontra em Hans Kelsen a maior expressão. Desde tal discussão é visibilizada a chamada “crise” do Direito que, na segunda metade do século XX, torna-se aguda e irreversível, momento em que a questão hermenêutica, tradicionalmente confinada no campo exclusivamente metodológico, assume relevância. Revisitando a hermenêutica jurídica moderna desde a tradição eurocêntrica vai-se buscando desde o horizonte decolonial a elaboração de novas categorias teóricas e operacionais na defesa da emancipação e humanização do Direito. O Método de abordagem é o analético de Enrique Dussel que, paradoxalmente, tem, na afirmação do Outro, a possibilidade de negação da opressão, do não-ser ou do eterno retorno do ser à totalidade sem diferença, sem história. A negação da opressão começa pela afirmação analética da exterioridade do Outro. É a passagem ao Outro numa atitude de despojar-se de si para servi-lo e a decolonialidade tem esse propósito. A Técnica de pesquisa utilizada é basicamente bibliográfica.

Palavras-chave: Direito; hermenêutica; crítica; decolonial.

RESUMEN

Desde una perspectiva crítica descolonizadora se visibiliza el fin del proyecto civilizador moderno. Parece que hemos vivido tiempos de naufragio civilizatorio en que el miedo emerge en múltiples versiones. En este escenario, el Derecho – una de las mayores edificaciones políticas y racionalizadoras de la Modernidad – parece inmovilizado y agotado instaurando múltiples y difusos discursos autodenominados críticos. El presente trabajo, de método hermenéutico-crítico-descolonial, retoma la construcción de dos elementos básicos del Derecho moderno: la epistemología y la hermenéutica jurídica. En el punto inicial se busca analizar el paradigma epistemológico jurídico moderno discutiendo y reflexionando su mayor mito justificador: el tecnicismo instrumental que encuentra en Hans Kelsen la gran expresión. Partiendo de esa discusión se visibiliza la llamada "crisis" del Derecho que, en la segunda mitad del siglo XX, se vuelve aguda e irreversible, momento en que la cuestión hermenéutica, tradicionalmente confinada en el campo exclusivamente metodológico, va teniendo mayor relevancia. Revisando la hermenéutica jurídica moderna desde la tradición eurocéntrica se ha buscado desde el horizonte decolonial la elaboración de nuevas categorías teóricas y operativas en la defensa de la emancipación y humanización del Derecho. El método de abordaje es el analítico de Enrique Dussel que, de manera paradójica, tiene, en la afirmación del Otro, la posibilidad de negación de la opresión, del no-ser o del eterno retorno del ser a la totalidad sin diferencia, sin historia. La negación de la opresión comienza por la afirmación analítica de la exterioridad del Otro. Es el paso al Otro en una actitud de despojarse de sí para servirle y la decolonialidad tiene ese propósito. La técnica de investigación utilizada es básicamente bibliográfica.

Palabras clave: Derecho; hermenéutica; crítica; decolonial.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A CONFIGURAÇÃO DA EPISTEMOLOGIA JURÍDICA TRADICIONAL.....	15
2.1 Aspectos conceituais do paradigma epistemológico tradicional	15
2.1.1 Considerações sobre a natureza do conhecimento versus relação sujeito-objeto e a diferença entre senso comum, ciência e conhecimento	18
2.2 Aspectos conceituais da ciência do Direito	24
2.3 Hans Kelsen e a construção do modelo de ciência do Direito	29
3 A CONFIGURAÇÃO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA TRADICIONAL.....	56
3.1 Conceito e características do termo hermenêutica: entre o univocismo e relativismo.....	56
3.2 Aspectos gerais da hermenêutica jurídica tradicional	69
3.3 Hermenêutica jurídica: um produto da racionalidade jurídica moderna ..	82
3.4 A experiência epistemológica da hermenêutica jurídica	88
4 DE LUIS ALBERTO WARAT AO DECOLONIAL: A RUPTURA DE SABERES PARA O REFLEXO DA REALIDADE	93
4.1 A “desconstrução” presente na obra de Luis Alberto Warat	93
4.2 Do paradigma da ciência ao “novo” paradigma de reconstrução do conhecimento	105
4.3 Os novos desafios: a decolonialidade como possibilidade	116
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	128
6 REFERÊNCIAS.....	131

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito e Justiça Social do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FURG), tem como objeto de análise as configurações da epistemologia e hermenêutica jurídicas tradicionais, bem como a crítica possível de ser realizada em face deste paradigma dominante, notadamente no que concerne a uma provável ruptura (ou passagem) de um paradigma centrado na epistemologia tradicional para outro de cunho hermenêutico criativo/produtivo e descolonizador. Sendo assim, o presente trabalho se relaciona com a linha de pesquisa “A realização constitucional da solidariedade”.

Dentro deste contexto, o problema que move esta investigação pode ser sinteticamente resumido nos seguintes termos: como, a partir das insuficiências da epistemologia e hermenêutica jurídicas tradicionais, pode-se arquitetar novas concepções de compreensão ou mesmo de construção do conhecimento capazes de caracterizar uma ruptura do paradigma epistemológico tradicional, centrado na reprodução, e contribuir para o surgimento de um “novo” paradigma (o paradigma hermenêutico) no âmbito do Direito com caráter criativo/produtivo e descolonizador?

A hipótese central que se levanta é a de que a epistemologia tradicional, sobretudo a epistemologia jurídica, está limitada a um tipo de conhecimento restrito, fechado, cujos limites mais produzem lacunas e vazios. A hermenêutica jurídica tradicional igualmente baseada na separação do sujeito que investiga e o objeto investigado, produz um paradigma dominante estreito, reduzido e simplificado de interpretar e investigar o Direito. Como consequência imediata, está o fato de que, de forma crescente, se assiste no interior dos Estados Democráticos, discursos e práticas fascistas, degradação humana e ambiental, profundas desigualdades sociais e econômicas, o crescimento do ódio e a intolerância em nome da sobrevivência de alguns, evidenciando de forma inquestionável que o discurso que sustentou a lógica epistemológica e hermenêutica jurídica moderna, bem como suas práticas, não passou de ficções e fantasias.

O fardo se tornou insuportável. Há que se reconhecer, em certa medida, o fracasso da existência humana, da racionalidade científica cartesiana, das contradições do positivismo, da inconsistência da epistemologia e a impossibilidade de se explicar o mundo pela metafísica. Para os pensadores do Direito, legítimos herdeiros das grandes promessas da modernidade, a entrada no século XXI não representou a vitória de nenhuma razão libertadora eis que se anuncia o esgotamento, ao que parece definitivo, do projeto civilizatório moderno e sua lógica científica instrumental.

Sendo assim, procurando ampliar o olhar e a análise do mundo jurídico sem circunscrevê-lo ao âmbito das teses juspositivistas, normativistas, formalistas, discursivas e institucionalistas que indicam o verdadeiro objeto de estudo do Direito (ao menos o Direito que predomina na cultura jurídica), que o entendem como um ente ou ser transcendente ou transcendental, metafísico, especializado e abstrato que funciona por si mesmo de maneira objetiva, neutra, mecânica, racional e universal, é que, na linha do pensamento crítico, se procura delinear um “novo” paradigma, o hermenêutico, que parte desde a concepção epistemológica, e possui caráter criativo/produtivo e descolonizador, o que significa que o Direito e sua forma de conhecimento deve tornar-se mais efetivo e solidário, atento às necessidades e às corporalidades humanas, sem exceções, e, neste caso, situado em sua realidade do Sul e latino-americana que, historicamente, sofreu a face colonizadora da Modernidade e sua racionalidade universal burguesa.

Transcender – no sentido Kantiano, onde uma ciência tem de aplicar leis aos dados empíricos, e que estes têm de ser coletados em experimentos reais – ao paradigma epistemológico e hermenêutico jurídicos tradicionais, que inviabilizam contextos relacionais, desprezando as relações de poder e seus diversos sistemas de dominação que atuam sobre seus atores e sujeitos produtores da realidade, caracteriza, portanto, o objetivo central do presente trabalho.

No que concerne aos aspectos metodológicos para a realização desta dissertação, utiliza-se o método analético de Enrique Dussel que, paradoxalmente, tem, na afirmação do Outro, a possibilidade de negação da opressão, do não-ser ou do eterno retorno do ser à totalidade sem diferença, sem história. A negação da opressão começa pela afirmação analética da

exterioridade do Outro. É a passagem ao Outro numa atitude de despojar-se de si para servi-lo e a decolonialidade tem esse propósito de rever epistemes e hermenêuticas, adotando como procedimento a análise descritiva e a técnica de pesquisa bibliográfica. No que se refere aos aspectos gráficos, as citações em língua estrangeira foram mantidas no original no texto e as suas respectivas traduções encontram-se em notas de rodapé. Os demais aspectos gráficos respeitaram rigorosamente as sugestões da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas).

Para a concretização dos objetivos propostos, organizou-se o trabalho em três capítulos, subdividindo-os em itens. Além disso, oferece-se ao final, como considerações finais, um resumo dos principais pontos de investigação e as constatações que a cada passo foram realizadas.

O primeiro capítulo, intitulado “A configuração da epistemologia jurídica tradicional”, procura demonstrar como se configura a ciência do Direito, sem, no entanto, adentrar em qualquer tentativa de “desconstrução” do paradigma jurídico dominante. Assim, inicialmente, tecem-se alguns aspectos relacionados a epistemologia tradicional, buscando compreender, nesta primeira parte, os valores e as interpretações de um tipo de conhecimento centrado na objetividade, ou na relação tradicional construída entre sujeito-objeto, relação esta estruturada como um paradigma tradicional de um tipo de conhecimento fechado para a criatividade, mas aberto para a reprodução nas mais diversas áreas do saber, inclusive no Direito.

Nesse sentido, o estudo da epistemologia tradicional, no primeiro momento do capítulo, faz-se necessária, uma vez que esta se caracteriza como um ramo da filosofia que estuda a investigação científica e seu produto, o conhecimento científico. Além das considerações sobre a natureza do conhecimento e a relação sujeito-objeto, aborda-se, ainda, a diferença entre senso comum, ciência e conhecimento no aspecto tradicional, ou seja, um tipo de relação em que há o predomínio do caráter reprodutivo do ato de conhecer o objeto pelo sujeito.

Estabelecidas as premissas iniciais, parte-se para a análise do modelo predominante da ciência do Direito, enfocando aspectos relacionados a sua conceituação e a sua problemática, método e objeto, no que concerne a construção do conhecimento. Para tanto, utiliza-se a obra “Teoria Pura do

Direito”, de Hans Kelsen, como expoente do paradigma epistemológico jurídico tradicional. A pureza kelseniana é projetada em diversas perspectivas positivistas e normativistas muito arraigadas na cultura jurídica que tem como consequências nefastas tanto a abstração do mundo jurídico do contexto sociocultural em que se encontra e que o condiciona quanto o esvaziamento e deslocamento do ser humano com seus atributos, dos sujeitos com nomes e sobrenomes, com necessidades e produtores de realidades. A ciência objetiva e racional parte de seres sem atributos, aparentemente fora da contingência, que, porém, na realidade, estão subordinados a suas próprias produções sócio históricas, tais como o mercado, o Estado, o capital e o próprio Direito.

O segundo capítulo, intitulado “A configuração da hermenêutica jurídica tradicional”, demonstra, inicialmente, a origem etimológica do vocábulo “hermenêutica”, explicitando suas características para, a partir daí introduzir as noções básicas do paradigma hermenêutico no campo do Direito, considerado, então, um produto da racionalidade jurídica moderna, sua experiência epistemológica e assim por diante. Tudo, para debater a provável superação da hermenêutica jurídica tradicional, presa a questões somente metodológicas, o que reduz a interpretação aos textos e à vontade de seu criador. Dessa forma, os tempos atuais, caracterizados anteriormente, desafiam a compreender hermeneuticamente a partir de novas categorias uma realidade plural e complexa, capaz de pensar-se na perspectiva de um “novo” paradigma para o Direito, não mais centrado na reprodução do objeto pelo sujeito.

O terceiro capítulo, por fim, intitulado “De Luis Alberto Warat ao decolonial: a ruptura de saberes para o reflexo da realidade”, procura compreender como se estrutura(ria) um “novo” paradigma de reconstrução do conhecimento na área do Direito, ou seja, a partir da leitura de que sendo o Direito a ciência social que é, não pode(ria) ser olhado como algo pronto, objetivo, fechado em si mesmo, sem possibilidades de adaptações, como estátua, mas caracterizar-se como um espelho que reflete a realidade. Logo, de pronto, expõem-se o pensamento de Luis Alberto Warat e dos novos desafios que suas observações colocam para o Direito. Assim, os aportes do autor são de suma importância ao reclamarem o compromisso efetivo pela vida, pela democratização do saber jurídico e não jurídico, a carnavalização, a politização e intertextualidade do Direito. São constantes os deslocamentos interpretativos que cada sujeito produz, onde os

corpos e as significações dos seres humanos vencem em sua diversidade, superando os limites e inovando desde seus desejos vivos e não com verdades vazias de conteúdos vitais. Aqui, a figura de Dona Flor, Valdinho e Teodoro são muito adequadas para expressar a castração simbólica feita pelas teorias formalistas, dogmático-positivistas e Kelsenianas.

Assim, neste último capítulo, observa-se ainda o florescimento de uma “nova” hermenêutica proposta por teóricos como Hans-Georg Gadamer, na tentativa de abrir novos caminhos e subverter a concepção de centralidade da epistemologia e da hermenêutica tradicional e buscar novas formas de reflexão capazes de dar conta das mudanças na sociedade, na ciência e na cultura características de uma época por meio do “rompimento” de um modelo liberal de interpretação para um modelo social de transformação. Modelo este em que a dicotomia sujeito-objeto estabelecida e defendida pelo paradigma epistemológico da filosofia da consciência vê-se superada em prol de uma nova relação sujeito-objeto. O que se quer com o “novo” paradigma de cunho criativo/produtivo e descolonizador é solucionar os problemas reais e necessários, reconhecidos como tal pela comunidade, refletindo de fato o que se quer como mudança, em busca da justiça e da paz social, bem como garantir a preservação da capacidade de resolver problemas, para com isso se manter como força viva de compreensão do fenômeno jurídico.

Neste marco, se vivencia um avanço no Brasil e em alguns países latino-americanos no campo da democratização e políticas sociais. Assim, foi sendo implantado um novo paradigma constitucional a partir da plurinacionalidade, diversidade e novos direitos vinculados a uma racionalidade descolonizadora. A complexidade deste novo contexto aliado à tradição do pensamento crítico, o pensamento acerca do Direito e da hermenêutica jurídica são repensados a partir de uma nova lógica, novos fundamentos e novos elementos epistemológicos, deslocando o campo de preocupação para uma dimensão distinta do que tradicionalmente lhe foi reservado e além do que até foi legado pela tradição eurocêntrica: para o decolonial, último ponto abordado neste trabalho.

Define-se um novo horizonte a partir de experiências até então invisibilizadas intelectualmente, mas, presentes nos movimentos populares, que ganha *status* acadêmico na década de 80 do século XX, a partir do diálogo com

os movimentos sociais e seus saberes. Embora nascido fora da academia, o pensamento descolonial desafia e também convida intelectuais para rever as tradicionais categorias desde uma nova epistemologia geográfica e politicamente periférica e marginal. Assim, o até então subalterno permite que se conheça um novo horizonte crítico para as “verdades” legadas pela tradição eurocêntrica.

Esclarece-se, por fim, que em nenhum dos três capítulos acalentou-se a pretensão de esgotar os termos propostos, o que se torna tanto mais plausível diante do incomensurável volume de escritos acerca dos mesmos. Houve, porém, o claro propósito de selecionar a bibliografia considerada nuclear de cada temática, ainda que algumas obras de referência fundamental possam ter eventualmente escapado à investigação. Não obstante, igualmente não se ofereceu respostas e soluções para as problemáticas aqui tão desafiadoras, mas, sim, tecer considerações que possam contribuir para o despertar da complexidade das discussões que se apresentam.

2 A CONFIGURAÇÃO DA EPISTEMOLOGIA JURÍDICA TRADICIONAL

O primeiro capítulo, intitulado “A configuração da epistemologia jurídica tradicional”, analisa o modelo predominante de ciência do Direito. Para tanto, inicialmente, tece-se considerações acerca do paradigma epistemológico tradicional, na medida em que busca-se compreender, nesta primeira parte do trabalho, os valores e as interpretações de um tipo de conhecimento centrado na objetividade, ou na relação tradicional construída entre sujeito-objeto, relação esta, conforme se verá, estruturada como um paradigma tradicional de um tipo de conhecimento fechado para a criatividade, mas aberto para a reprodução nas mais diversas áreas do saber, inclusive no Direito. Assim, parte-se para a análise da obra “Teoria Pura do Direito”, pois expoente do paradigma epistemológico jurídico tradicional, eis que Hans Kelsen procura demonstrar a pureza do Direito em seu aspecto tipicamente científico, sendo a ciência jurídica purificada de qualquer valor, tanto social, ético, moral ou político e de qualquer referência à realidade social. Para este autor, bibliografia considerada nuclear da presente temática, a ciência é uma atividade que se esgota na descrição das leis postas. Assim, avança-se com profundidade nos pressupostos Kelsenianos para explicação da ciência do Direito, discorrendo-se sobre o sentido da “pureza” empregado pelo jurista filósofo austríaco, sua norma fundamental hipotética, teste de validade, vigência, eficácia, princípio da imputação, entre outros, o que, por si, demonstra a importância do capítulo para os estudos de Teoria do Direito.

2.1 Aspectos conceituais do paradigma epistemológico tradicional

Para que se possa dissertar acerca da configuração da epistemologia jurídica tradicional, é necessário trabalhar-se, inicialmente, um conceito mais genérico de paradigma epistemológico tradicional, sem, no entanto, adentrar-se na tentativa de desconstrução de tal conceito. Isso porque, se “paradigma” significa exemplo, modelo, padrão a ser seguido, tem-se, no Direito, aquilo que Sparemberger (2016, p. 17) define como “‘paradigma’ epistemológico dominante

centrado na objetividade, na reprodução e aceito pelo chamado senso comum teórico dos juristas”¹.

O paradigma epistemológico tradicional, neste sentido, concentra-se em torno dos valores e interpretações ligados a um tipo de conhecimento centrado na objetividade, ou na relação construída entre sujeito e objeto. Assim, mesmo que o termo paradigma, introduzido por Thomas S. Kuhn na obra “Estrutura das Revoluções Científicas”, de 1962, utilizado no estudo dos fenômenos científicos, encontre atualmente muitas críticas por suas limitações e ambiguidades, é uma das discussões mais importantes no que concerne ao conceito e à crise de paradigmas nas diversas áreas do conhecimento. O núcleo do pensamento desse autor tenta estabelecer a assertiva, afirmando que o caráter normal de uma ciência está centrado na organização de cada campo de estudo do conhecimento científico, sobre uma base de visões ou concepções globais do objeto estudado, que tanto vai inspirar a análise e a teoria como a própria pesquisa. (OLIVEIRA, 2001, citado por SPAREMBERGER, 2016).

Com estas palavras é possível vislumbrar que a escolha do termo “paradigma” sugere alguns exemplos aceitos na prática científica real. Estes exemplos incluem, ao mesmo tempo, lei, teoria, aplicação e instrumentação, proporcionado dessa forma, modelos dos quais brotam as tradições “coerentes” e específicas da pesquisa científica. (PENNA, 2000, citado por SPAREMBERGER, 2016).

Neste sentido, a epistemologia ou filosofia da ciência caracteriza-se como o ramo da filosofia que estuda a investigação científica e seu produto, o conhecimento científico. Até meio século atrás, a epistemologia não era mais que um capítulo da teoria do conhecimento ou gnosiologia. Ainda não haviam surgido os problemas semânticos, ontológicos, axiológicos, éticos ou de outra natureza que se apresentam quer no curso da investigação científica quer no da reflexão metacientífica. Predominavam, então, problemas tais como o da

¹ “De uma maneira geral, a expressão ‘senso comum teórico dos juristas’ designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito. Trata-se de um neologismo proposto para que se possa contar com um conceito operacional que sirva para mencionar a dimensão ideológica das verdades jurídicas. Nas atividades cotidianas – teóricas, práticas e acadêmicas – os juristas encontram-se fortemente influenciados por uma contestação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente seus atos de decisão e enunciação [...]”. (WARAT, 1994, p. 13).

natureza e alcance do conhecimento científico – em oposição ao vulgar – o da classificação das ciências, e o da possibilidade de edificar a ciência indutivamente a partir de observações. (BUNGE, 1987).

Para Lalande (1968), a palavra inglesa *epistemology* é, com muita frequência, empregada (contrariamente à etimologia) para designar aquilo que em francês se denomina “teoria do conhecimento” ou “gnoseologia”. Epistemologia, gnoseologia, teoria do conhecimento ou mesmo metafísica do conhecimento constituem expressões equivalentes para efeito de se designar a reflexão sobre a natureza do conhecimento, suas formas, suas características, suas origens, seus limites, seus obstáculos e, sobretudo, sobre o tema da verdade. (PENNA, 2000, citado por SPAREMBERGER, 2016).

O significado de epistemologia como equivalente à filosofia das ciências, cujo significado foi perfeitamente explicitado pelo positivismo, que a definia como uma reflexão sobre os resultados da ciência a fim de entendê-los e unificá-los como conhecimento sistematizado, preciso, coerente e verdadeiro. Falar da filosofia das ciências é admitir para essa disciplina as características atribuídas a ela pela corrente positivista, o que se leva a indagar se o termo “epistemologia” também supõe tais princípios. É importante ressaltar que as epistemologias normalmente partem de novas perspectivas e chegam a outras concepções sobre a ciência. Assim, a epistemologia tradicional, ou filosofia das ciências essencialmente positivista, passa por um processo de ruptura ou transformação em busca de novos princípios e tarefas a serem cumpridas. Estas novas tarefas devem ser adequadas ao pensamento científico contemporâneo, em contínua evolução. Este aspecto torna a filosofia das ciências e/ou a epistemologia tradicional inadequadas para a construção da cientificidade atual. Isto significa que no passado tais sistemas conseguiam refletir a ciência de sua época, o que não acontece hoje, uma vez que as transformações sofridas pelo pensamento científico não foram acompanhadas pela epistemologia tradicional. (BULCÃO, 1999).

Assim, se a epistemologia permite a reflexão, é importante destacar aqui os vários problemas que permeiam tal discussão, tais como: a natureza do conhecimento, ou seja, primeiro se ele tem origem a partir da relação sujeito-objeto; o segundo diz respeito à questão de seu valor e de suas possibilidades; o terceiro aponta para as formas por ele assumidas; o quarto centra-se na

questão da verdade; o quinto volta-se para o problema de suas origens; e, finalmente, como sexto tema, ressalta-se o tipo de abordagem adotado em sua investigação. (PENNA, 2000, citado por SPAREMBERGER, 2016).

2.1.1 Considerações sobre a natureza do conhecimento versus relação sujeito-objeto e a diferença entre senso comum, ciência e conhecimento

A epistemologia tem como primeira tarefa a descrição do ato de conhecer. Ela pretende, assim, atingir a essência que o caracteriza e o define. Esse é, de resto, o objetivo que prioritariamente se impõe em qualquer área de pesquisa. Estabelecido o ponto de partida da epistemologia, é o momento então de escolha de um método próprio para alcançar este conhecimento que, para alguns autores, é o fenomenológico, basicamente caracterizado pela eliminação de pré-conceitos. Na verdade, na medida que se queira aplicá-lo, impõe-se a adoção de um nova e ingênua atitude que nada pressuponha acerca do objeto que se pretenda conhecer. O trabalho terá que ser conduzido visando apenas à pura e simples descrição do que efetivamente se mostre ao observador, convindo que a descrição seja exaustiva. (PENNA, 2000, citado por SPAREMBERGER, 2016).

Para Vancourt, citado por Penna (2000, p. 20-21), a descrição do ato de conhecer caracteriza-se pela seguinte maneira:

1) em todo ato de conhecimento um sujeito e um objeto encontram-se face a face. A relação que então se estabelece constitui o que definimos como conhecimento; 2) os dois termos da relação não podem ser separados sem que cesse a condição de serem sujeito e objeto. O sujeito não é sujeito senão em face de um objeto, do mesmo modo que o objeto só se revela nesse desempenho funcional se confrontado por um sujeito; 3) a relação constitutiva do conhecimento é dupla, mas não é reversível, e o fato de o sujeito desempenhar essa função é totalmente diverso do fato de o objeto desempenhar a função de objeto; 4) a função do sujeito consiste em apreender o objeto, a do objeto em ser assimilado pelo sujeito; 5) considerada do ponto de vista do sujeito, essa apreensão pode ser descrita como uma espécie de extravasão do sujeito relativamente à sua esfera e como uma incursão na esfera do próprio objeto; 6) o sujeito não pode apreender as propriedades do objeto sem se transcender, isto é, sem sair de si mesmo; por outro lado, o objeto, mesmo quando apreendido ou assimilado pelo sujeito, permanece qualquer coisa exterior, isto é, conserva-se na condição de objeto – condição que significa “estar diante de”.

O conhecimento que assim se descreve processa-se, portanto, em três tempos diversificados: primeiro, o sujeito sai de si; segundo, ele está fora de si;

terceiro, ele reentra em si mesmo. Vale, nesse sentido, a observação de que, ao assinalar que o objeto, mesmo quando apreendido ou assimilado pelo sujeito, permanece qualquer coisa de exterior, isto é, conserva-se na condição de objeto. (PENNA, 2000, citado por SPAREMBERGER, 2016).

Tal assertiva é explicitamente tradicional em razão de que mesmo que se empregue a expressão “o sujeito sai de si mesmo” para atingir o objeto, isso não implica que o objeto se altere. O objeto não se traduz em imanente, o que quer dizer que não é modificado pelo sujeito pensante. Pois, ao contrário. É o sujeito que sofre modificações por parte do objeto. É essa determinação do sujeito pelo objeto que possibilita a distinção entre o ato de conhecimento da ação propriamente dita. Nesta, realmente, é o sujeito que determina o objeto. Frisa-se, contudo, que o que se determina no sujeito quando um processo de aquisição de saber é a imagem do objeto conhecido, e por isso é que se está preso à descrição do conhecimento pelo sujeito, que necessita do objeto imanente para poder construí-lo como conhecimento científico. (SPAREMBERGER, 2016, p. 21).

Segundo a autora, dessa forma, a discussão sobre a construção do conhecimento e da cientificidade é tarefa difícil. Para se dissertar acerca de tal problemática, é necessário, primeiro, o entendimento de algo que é anterior ao conhecimento científico ou à ideia de ciência, já que é importante a compreensão da racionalidade do indivíduo e de como ele vivencia ou percebe pela inteligência os objetos exteriores mediante seus sentidos, suas representações de objetos no mundo.

Ainda afirma que o entendimento do senso comum como conjunto de informações não sistematizadas que se aprende por processos formais, informais e, até mesmo, inconscientes, inclui um conjunto de valorações e aprendizados comuns que, na verdade, servem de base para o conhecimento científico. Essas informações são, na maioria das vezes, fragmentárias, podendo incluir fatos históricos verdadeiros, doutrinas religiosas, lendas ou partes delas, princípios ideológicos às vezes conflitantes, informações científicas popularizadas pelos meios de comunicação de massa, como também a experiência pessoal acumulada. Quando se emite opiniões, lança-se mão desse expediente da maneira que pareça mais apropriada para justificar e tornar

aceitáveis tais argumentos. Valorações e crenças são, portanto, o substrato do senso comum, e de ações e comportamentos cotidianos.

Assim, pode-se entender que o chamado senso comum é a base para a construção de teorias. O senso comum não é ciência, mas por meio de suas teorias possibilita a configuração do conhecimento científico. Isso porque, se a construção da ciência advém de um conhecimento anterior, este com certeza é um conhecimento produzido pelo senso comum. (SPAREMBERGER, 2016, p. 22).

A construção do conhecimento acontece numa relação de conjunção entre o objeto e o que se pensou intelectualmente a respeito dele o sujeito que o observou. O conhecimento é fato e não se pode duvidar de sua existência. Pode-se indagar sobre a sua validade, objetividade e precisão, porque diversas são as formas de adquiri-lo. O conhecimento pode ser religioso, filosófico, histórico, político, sociológico, científico. É possível afirmar que não existe um único tipo de conhecimento que possa ter um sentido unívoco no mundo (MARQUES NETO, 2001). Diversos são os autores que abordam a relação existente entre sujeito e objeto, entre os quais cita-se Johannes Hessen.

Para Hessen (1999, p. 20), no processo de construção do conhecimento, defrontam-se a consciência e o objeto, o sujeito e o objeto. O conhecimento apresenta-se como uma relação entre estes dois elementos, que nela permanecem eternamente separados um do outro. O dualismo do sujeito e do objeto pertence à essência do conhecimento.

A relação entre estes dois elementos pode ser compreendida como uma “relação recíproca” (correlação): “o sujeito só é sujeito para um objeto e o objeto só é objeto para um sujeito. [...]. A função do sujeito é apreender o objeto; a função do objeto é ser apreensível e ser apreendido pelo sujeito” (HESSEN, 1999, p. 20).

Segundo este autor,

Vista a partir do sujeito, essa apreensão aparece como uma saída do sujeito para além de sua esfera própria, como uma invasão da esfera do objeto e como uma apreensão das determinações do objeto. Com isso, no entanto, o objeto não é arrastado para a esfera do sujeito, mas permanece transcendente a ele. Não é no objeto, mas no sujeito que algo foi alterado pela função cognoscitiva. Surge no sujeito uma “figura” que contém as determinações do objeto, uma “imagem” do objeto. (HESSEN, 1999, p. 20).

No que diz respeito ao objeto, o conhecimento apresenta-se como uma transferência das propriedades deste para o sujeito. O objeto tem preponderância sobre o sujeito. O objeto é aquele que determina ao sujeito sua imagem objetiva, seus traços, que possibilitam ao sujeito a apreensão a partir da consciência cognoscente construída a partir deste. (SPAREMBERGER, 2016, p. 23).

Ao determinar o sujeito, o objeto mostra-se independente dele, transcendente a ele. Todo conhecimento visa, intenciona, designa, entende... um objeto, que é independente da consciência cognoscente. (SPAREMBERGER, 2016, p. 24).

Todavia, parece existir uma contradição entre a transcendência do objeto em face do sujeito e a correlação constatada entre sujeito e objeto. Para Hessen (1999, p. 22):

Essa contradição, porém, é apenas aparente. O objeto só não é separável da correlação na medida em que é um objeto do conhecimento. A correlação entre sujeito e objeto não é si mesma indissolúvel; só o é no interior do conhecimento. Sujeito e objeto não se esgotam em seu ser um para o outro, mas têm, além disso, um ser em si. No objeto, este ser em si consiste naquilo que ainda é desconhecido. No sujeito, consiste naquilo que ele é além de sujeito que conhece. Além de conhecer, ele também está apto a sentir e a querer. Assim, enquanto o objeto cessa de ser objeto quando se separa da correlação, o sujeito apenas deixa de ser sujeito cognoscente.

“Assim como a correlação entre sujeito e objeto só não é dissolúvel no interior do conhecimento, ela também só é reversível enquanto relação de conhecimento” (HESSEN, 1999, p. 22). Uma reversão, entretanto, é possível. Ela ocorre, de fato, na ação, pois nesse caso não é o objeto que determina o sujeito, mas sim o sujeito ao objeto. O que se altera não é o sujeito, mas sim o objeto. Isso ocorre porque o sujeito cognoscente apreende o sentido do objeto. Essa apreensão, no entanto, para se concretizar como conhecimento verdadeiro, tem que concordar com o conteúdo demonstrado pelo objeto. (SPAREMBERGER, 2016, p. 24).

Não basta, porém, que um conhecimento seja verdadeiro. Há a necessidade de poder alcançar a certeza de que ele é verdadeiro. Isto levanta a questão: em que se pode conhecer se um conhecimento é verdadeiro? Essa é a questão acerca do critério da verdade. A essência do conhecimento está

estritamente ligada ao conceito de verdade. Só o conhecimento verdadeiro é conhecimento efetivo. “Conhecimento não-verdadeiro” não é propriamente conhecimento, mas erro e engano. Assim, a verdade do conhecimento deve consistir na concordância da “figura” com o objeto. Um conhecimento é verdadeiro na medida em que seu conteúdo está em consonância com o objeto intencionado. (HESSEN, 1999, p. 22-23).

Para melhor compreensão acerca da inter-relação entre sujeito e objeto na construção do conhecimento, faz-se necessária a presença de três elementos principais: o sujeito, a imagem e o objeto. Pelo sujeito, o fenômeno do conhecimento toca na esfera psicológica; pela imagem, com a lógica; pelo objeto, com a ontologia². (SPAREMBERGER, 2016, p. 24-25).

Tal relação mostra que a busca do conhecimento ocorre a partir da inter-relação dos três elementos: primeiro, ocorre que o se pode chamar de apreensão do objeto pelo sujeito, por isso refere-se à esfera psicológica, sendo, na verdade, o que o sujeito pensante pensou intelectualmente a respeito do objeto; segundo, esta imagem apreendida do objeto pelo sujeito é uma entidade lógica e, como tal, objeto da lógica. A lógica, todavia, não pode resolver o problema do conhecimento, pois investiga as entidades lógicas como tais, sua constituição interna e suas relações mútuas, e o problema epistemológico encontra-se fora da esfera da lógica. (SPAREMBERGER, 2016, p. 25). Para Hessen (1999, p. 24), quando se desconhece esse fato, caie-se no logicismo.

Da mesma forma que o logicismo, a ontologia não pode resolver o problema do conhecimento, pois se não é possível eliminar-se do conhecimento o objeto, também não se pode eliminar o sujeito. Ambos são conteúdos essenciais do conhecimento humano. Não entanto, quando se ignora isso e se vê o problema do conhecimento exclusivamente pelo lado do objeto, de maneira unilateral, o resultado é cair no que se pode chamar de ontologismo³. (SPAREMBERGER, 2016, p. 25-26).

Para Hessen (1999, p. 25),

² Em busca de uma melhor compreensão da palavra, ver: FERRATER MORA, José. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 523-524.

³ Entende-se, por ontologismo, em geral, a teoria da intuição racional do absoluto como fonte única, ou pelo menos principal do conhecimento humano. (HESSEN, 1999).

Poder-se-ia pensar que a tarefa da teoria do conhecimento estaria cumprida, no essencial, com a descrição do fenômeno do conhecimento. Mas não é assim. A descrição do fenômeno ainda não é uma interpretação e uma explicação filosóficas. O que acabamos de descrever é aquilo que a consciência natural entende por conhecimento. Vimos que, segundo a concepção da consciência natural, o conhecimento é uma afiguração do objeto e a verdade do conhecimento consiste numa concordância da “imagem” com o objeto.

O conhecimento significa uma relação entre um sujeito e um objeto que entram, por assim dizer, em contato um com o outro: o sujeito apreende o objeto. O que em primeiro lugar se deve perguntar é, finalmente, se esta concepção da consciência natural é justa, se realmente tem lugar este contato entre sujeito e objeto. Pode o sujeito realmente apreender o objeto? Esta é a questão da possibilidade do conhecimento humano. (SPAREMBERGER, 2016, p. 26).

Depara-se, então, com um outro problema quando se considera de perto a estrutura do sujeito cognoscente. Esta estrutura é dualista. O homem é um ser espiritual e sensível. Por conseguinte, distingue-se um conhecimento espiritual e um conhecimento sensível. A fonte do primeiro é a razão; a do segundo, a experiência. Pergunta-se de que fonte tira os seus conteúdos a consciência cognoscente. A fonte e o fundamento do conhecimento humano é a razão ou a experiência? Essa é a questão principal que deve-se levar em consideração para a compreensão da origem do conhecimento. (HESSEN, 1999, p. 27).

É-se conduzido ao verdadeiro problema central da teoria do conhecimento quando se fixa na relação sujeito-objeto. Na descrição feita anteriormente, caracterizou-se esta relação como uma determinação do sujeito pelo objeto, mas também pode-se indagar se esta concepção da consciência natural é justa. Um grande número de importantes filósofos define esta relação no sentido contrário. Segundo eles, a verdadeira situação, com efeito, é justamente inversa: não é o objeto que determina o sujeito, mas o sujeito que determina o objeto. A consciência cognoscente não se comporta receptivamente frente a seu objeto, mas sim ativa e espontaneamente. Pode-se perguntar, então, qual das duas interpretações do fenômeno do conhecimento é a correta. Esta é a questão principal da essência do conhecimento. (HESSEN, 1999, p. 27).

Até agora, ao tratar do conhecimento, sempre se pensou apenas numa apreensão racional do objeto. É natural questionar-se se, além deste conhecimento racional, há um conhecimento de outro tipo, o qual fosse possível

designar como oposição ao racional. Esta é a questão das formas, das espécies... do conhecimento humano. (HESSEN, 1999, p. 27-28).

Sabe-se que pelas representações (intuitivas) o homem se relaciona com os objetos, distinguindo-os como indivíduos e particularizando-os; e pelos conceitos, os objetos como que se indeterminam, pois, a relação intelectual que então se produz leva à abstração dos detalhes característicos da individualidade. (SPAREMBERGER, 2016, p. 27).

Para Coelho (1991, p. 32), citado por Sparemberger (2016, p. 28),

[...] existe, portanto, uma graduação entre a imagem que mentalmente se obtém de um objeto, e o conceito o mais genérico possível, de sorte que é o grau de abstração que determina a maior ou menor generalidade de um conceito.

O ser humano, o qual atua na apreensão intelectual das coisas do mundo, é o sujeito do conhecimento, e as coisas, ou seja, tudo o que revela o ser, tudo o que constitui o receptáculo daquela apreensão, o objeto; a síntese entre ambos é realizada pelo conceito; por conseguinte, os elementos do processo intelectual do conhecimento reduzem-se a três, o sujeito, o objeto e o conceito; os quais não se confundem com as simples representações.

Embora os elementos que compõem o processo intelectual de construção do conhecimento sejam o sujeito, o objeto e o conceito, o grande problema que se está a discutir é como este sujeito pensante constrói o conceito. Ou seja, é a partir da imagem representativa do objeto, da releitura que faz deste objeto ou da mera reprodução deste? De qualquer forma, está-se ainda atrelado a essa relação um tanto tradicional de compreensão/construção do conhecimento. (SPAREMBERGER, 2016, p. 28).

Enfim, é de suma importância inicialmente tecer considerações sobre os aspectos conceituais do paradigma epistemológico tradicional bem como sobre a natureza do conhecimento versus a relação sujeito-objeto e a diferença entre senso comum, ciência e conhecimento no aspecto tradicional, ou seja, um tipo de relação em que há o predomínio do carácter reprodutivo do ato de conhecer o objeto pelo sujeito. Estabelecidas as premissas iniciais, faz-se necessária a abordagem de como se configura a ciência do Direito

2.2 Aspectos conceituais da ciência do Direito

Qual é o modelo predominante de construção da ciência do Direito? O tópico enfoca tanto aspectos relacionados à sua conceituação quanto à sua problemática. Para SpareMBERGER (2016, p. 69), ainda que se possa discutir se o Direito constitui ou não uma ciência autônoma (a chamada ciência do Direito), fato é que pouco são os autores que ousam desafiar a visão dominante do Direito como ciência e suas principais consequências, notadamente após o advento da obra “Teoria Pura do Direito”, de Hans Kelsen, em que o autor se esmerou em demonstrar, como expoente do positivismo jurídico⁴, a pureza jurídica do Direito em seu aspecto tipicamente científico.

De acordo com a autora, a problemática da ciência do Direito reside justamente na questão do seu método e de seu objeto de conhecimento, pois para alguns juristas a ciência do Direito é uma atividade intelectual que tem por objeto o conhecimento racional e sistemático dos fenômenos jurídicos, enquadrando-se, então, num conhecimento unívoco e não variado. É este, portanto, o conceito de ciência do Direito presente em diferentes manuais estudados, ou seja, de uma ciência dogmática, estática, denominada dogmática jurídica. Por possuir tais características, seu papel seria tão somente o de avaliar o que está contido basicamente nas leis e nos códigos, não sendo de sua natureza a crítica, isto é, não penetra no plano da discussão quanto à conveniência social das normas jurídicas.

Nesse sentido, afirma que ao operar no plano da ciência do Direito, o cientista tão somente cogita de juízos de constatações a fim de converter as determinações contidas no conjunto normativo. É de pouca importância qualquer constatação sobre o valor de justiça, mantendo-se alheio a valores, de modo apenas a definir e sistematizar o conjunto de normas que o Estado impõe à sociedade.

A partir do exposto, a autora questiona como uma ciência como o Direito pode permanecer alheia a valores, se o princípio fundamental desta área do saber é trabalhar com questões humanas, que são variáveis, jamais estáticas ou vinculadas à norma posta? Se a ciência é conhecimento, ela é mutável, mesmo

⁴ As características fundamentais do positivismo jurídico podem ser resumidas em sete pontos ou problemas formulados por: BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 131 e seguintes; sendo que a cada um deles o autor dedica um capítulo à parte.

que se trabalhe com conceitos que afirmam que deve ser descritiva. Para que se concretize numa verdadeira ciência, tem-se de trabalhar com normas descritíveis, mas que estejam preparadas para possíveis modificações, de acordo com o progresso social que envolve o Direito e sua linguagem.

O que mais intriga a maioria dos juristas é como a ciência se constitui, se há divergência sobre a sua real existência (método e objeto). A dificuldade surge no aspecto da existência de uma ciência autônoma do Direito, o que traz à discussão se os fenômenos jurídicos podem ser ou não objetos de reflexão e análise sob os diversos pontos de vista de outros ramos do saber. (LATORRE, 1978).

A discussão sobre a existência de uma ciência do Direito é antiga. Os romanos a qualificaram como *jurisprudencia* e a definiram como ciência porque nasceu e se desenvolveu com a filosofia grega, que permitiu à ciência analisar e gerenciar seus materiais. Mesmo assim, havia incertezas quanto à doutrina jurídica e sua prática, pois existiam dúvidas se se poderia chamar ciência a uma doutrina que era incapaz de decidir com certeza os problemas a ela submetidos. Dessa maneira, somente no século XIX, foi possível conhecer melhor os aspectos da realidade social, possibilitando assim a certeza de estar-se adquirindo um conhecimento que permitiu investigar a lei e dar a ela um caráter mais científico. (LATORRE, 1978, p. 128).

Nesse sentido, Kirchmann (1961, p. 54) refere-se ao fato de que, estando a ciência jurídica vinculada à legislação e variando o aparato legislativo segundo a vontade do legislador, a obra do jurista é efêmera, na medida em que depende do capricho do legislador e não pode pretender descobrir nada de real e permanente. Para este autor,

Todas as ciências têm leis e as leis são a sua finalidade suprema. Todas as ciências em todos os tempos têm, além de leis verdadeiras, outras falsas. Mas a falsidade destas não exerce qualquer influência sobre seu objeto. O que é diferente do Direito, pois neste ocorrem fatores imprevisíveis, dados novos, a influência da vontade do legislador é bastante forte, por isso é difícil acatar a cientificidade do Direito. (KIRCHMANN, 1961, p. 54).

Se considerar-se como ciência qualquer tipo de conhecimento racional que engloba dados da realidade natural, social ou cultural, não se terá problemas

para falar de uma ciência jurídica, uma vez que esta estuda dados da realidade, embora de forma racional. (SPAREMBERGER, 2016, p. 71).

Para a autora, suponha-se, no entanto, que exista uma ciência cuja utilização seja ilícita. Assim, poder-se entendê-la como arbitrária, nada progressiva, distante da realidade social e tomar-se-ia como exemplo a ciência jurídica, pois seu problema reside aí: é a ciência jurídica, por ser “ciência”, arbitrária e nada progressiva?

Segundo LATORRE (1978) um dos maiores problemas da ciência do Direito é a sua arbitrariedade, por ser constituída de leis arbitrárias que se modificam com o tempo, pois uma mera palavra do legislador converte bibliotecas inteiras em lixo. Isso significa que, em havendo qualquer mudança na legislação, a maioria dos manuais de Direito tornam-se inúteis. Não se pode exagerar esse feito, pois um ordenamento jurídico num todo não se modifica, mas evolui. Assim, o que muda são algumas normas, o que ocorre na verdade é um progresso, uma evolução da ciência jurídica quando se busca atender a dados da realidade social. Este progresso, esta evolução, ocorre porque o sujeito intérprete busca reconstruir constantemente o objeto da norma, e não meramente reproduzi-lo.

Tem-se de ter presente, para Sparemberger (2016, p. 72), que se a ciência jurídica é arbitrária é porque o legislador, ou mesmo o operador do Direito, fica preso à doutrina tradicional, com métodos, sistemas e conceitos, e que este, mesmo querendo realizar inovações, prende-se a técnicas habituais de determinada época histórica. Por isso uma ciência jurídica, mesmo entendida no modesto sentido de ordenação de conceitos e métodos de análise de normas legais, não se improvisa, mas se adquire por meio de uma educação especializada que transmite seus métodos e suas rotinas de geração para geração.

Hoje, para a autora, por mais radicais e profundas que sejam as mudanças, o operador do Direito continua utilizando-se de técnicas e hábitos da tradição doutrinária, já que o processo social da ciência jurídica é discutível. Se considerar-se como objeto da ciência jurídica apenas o conhecimento do Direito, esse progresso é duvidoso.

Nesse sentido,

Na realidade, quando se fala de progresso da ciência jurídica, teria que se pensar especialmente na forma como, graças ao desenvolvimento desses métodos de análise, o jurista é capaz de enfrentar novos problemas e realidades partindo de um Direito que invariavelmente vai ficando ultrapassado pela evolução social. (LATORRE, 1978, p. 146).

A resolução de tal problema está em saber se existe ou não um progresso social da ciência do Direito e que importância tem o jurista na existência desse progresso. Tal constatação se dá pela própria evolução dos homens e de suas realidades, e é por meio destas que o Direito, ou o conhecimento do Direito (já que ciência é conhecimento), poderá realmente se caracterizar como progresso social, regulando e controlando a vida da comunidade. Esse controle, no entanto, só será possível pela redefinição constante da norma pré-estabelecida, para que seja possível atender as reais necessidades do Direito no caso concreto. (SPAREMBERGER, 2016, p. 73).

De acordo com a autora, quando se propõe a estudar a ciência jurídica, a primeira análise a ser feita é de que o Direito não pode ser algo diverso, ou que não faz parte da realidade social. Ele precisa fazer parte da realidade social global, deve ser ciência à medida que é conhecimento, pois o jurista deve integrar-se na construção desse progresso que o Direito persegue. Assim, questiona-se: o jurista também persegue esse progresso social, faz dele ciência jurídica, ou ela deve ser pura, livre de qualquer influência ideológica/política? Busca-se a concepção de ciência jurídica e para que isso ocorra é necessário examinar-se o seu verdadeiro método e objeto.

Para que se possa enfocar aspectos relacionados com o objeto e o método da ciência jurídica, uma primeira proposta pode ser a seguinte: “a ciência tem por objeto o conhecimento do conjunto de normas que constituem o Direito vigente ou positivo” (LATORRE, 1978, p. 152). O jurista, ao utilizar esse objeto de conhecimento, deve buscar e desenvolver seus conceitos, sua metodologia, utilizando-se somente da lei.

Nessa ótica, o jurista deve limitar-se ao Direito assim como ele é posto, estabelecido, não podendo adentrar-se e envolver-se em questões éticas ou valorativas, ou ainda ater-se a questões sociais ou, especificamente, a normas que se prendam à realidade social. O Direito normativo/dogmático e somente este é seu objeto de estudo. Diante disso, o jurista não precisa ficar indiferente no que diz respeito a valores éticos, morais e sociais; ele pode criticar o Direito

positivo e esforçar-se para modificá-lo, alcançando assim sua reforma e a estruturação de algumas normas quando julgar necessário. Agindo assim, entretanto, ele estará fora de seu campo de atuação como cientista do Direito. (SPAREMBERGER, 2016, p. 74).

Para LATORRE (1978, p. 152),

Um jurista analisa objetivamente leis, ainda que se esforce para que o Direito de seu país se ajuste aos conceitos éticos mais perfeitos, tal como ele os concebe. A atitude positivista não pressupõe e tampouco nega a importância dos estudos da sociologia jurídica, isto é, das indagações sobre a atuação do Direito na realidade social, mas simplesmente afasta da ciência jurídica e da análise das normas este tipo de consideração.

Isso significa que o objeto do Direito, nessa concepção, não só pode como deve ser estudado como algo diverso/separado dos fenômenos sociais. A relação sujeito-objeto na construção do conhecimento permanece de acordo com o paradigma epistemológico tradicional, ou seja, de reprodução do objeto pelo sujeito. Nesse sentido, Austin (1954, p. 10), em sua jurisprudência analítica⁵, diz que “se deve distinguir o Direito positivo de outros tipos de normas, como os usos sociais ou outros preceitos independentes daquele que é considerado somente o único e verdadeiro Direito”. Para o autor, a ciência jurídica deve ocupar-se só das leis positivas, sem ater-se se são boas ou más.

Depois de buscar-se entender a problemática que envolve a cientificidade ou a ciência do Direito, o próximo tópico procura focar aspectos relacionados à construção do modelo kelseniano de ciência do Direito que caracteriza, nesta dissertação, um exemplo do paradigma epistemológico tradicional, para, posteriormente, se demonstrar a possibilidade de um novo modelo não mais tradicional, mas crítico.

2.3 Hans Kelsen e a construção do modelo de ciência do Direito

O conceito de ciência jurídica apresentado por Hans Kelsen⁶ é o de uma ciência purificada de qualquer valor social, ético ou moral. Tal premissa tornou-

⁵ Acerca do termo “analítica”, ver: FERRATER MORA, José. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 23.

⁶ Hans Kelsen nasceu em 11 de outubro de 1881, em Praga, cidade que pertencia, então, ao império Austro-Húngaro, do qual Viena era a capital. Estudou em Heidelberg, em Berlim e em Viena, onde obteve, em 1906, o grau de doutor em Direito. Em 1911 publicou sua obra

se polêmica, dando margem para discussões, mas fato é, como frisa Sparemberger (2016, p. 76), que são poucos os que conseguem desafiar esse postulado com competência e de forma clara.

Propõem-se a analisar, nesta dissertação, quais são ou devem ser os métodos de estudo do Direito. Hans Kelsen, assim como os demais positivistas tradicionais, lembra a autora, parte do pressuposto de que a análise do Direito deve ser feita independentemente de qualquer juízo de valor ético ou político, e de qualquer referência à realidade social em que atua.

O Direito é um fenômeno autônomo, cujo conhecimento é o objeto da ciência jurídica, como atividade intelectual distinta da ética das ciências sociais. A autonomia da ciência jurídica requer que ela se liberte das contaminações ideológicas que, de forma mais ou menos consciente, têm perturbado o estudo do Direito. Kelsen (1998) parte de uma concepção de ciência que está fundada na objetividade, exatidão e neutralidade de suas proposições, que vão descrever o objeto dado. Seu objetivo é “purificar” a ciência jurídica de todos os elementos estranhos, fixando, como seu único objeto, o conhecimento do que é o Direito, sem tentar justificá-lo nem colocá-lo sob pontos de vista alheios a ele. Enfim, trata-se de uma teoria consciente da legalidade específica de seu objeto.

De acordo com Sparemberger (2016, p. 77), para constituir uma ciência tão purificada e limpa, sem quaisquer “impurezas”, o fundamental para Hans Kelsen é que o Direito se resuma exclusivamente à norma. Neste cenário, cabe à ciência jurídica transformar tais normas em regras, assim criando a fórmula lógica do jurídico. Aqui, o objeto é a norma e não o fato, devendo este obedecer

Hauptproblem der Staatsrechtslehre, na qual lançou as bases de sua “Teoria Pura do Direito” que seria depois sistematizada. Em 1917 foi nomeado professor de Direito Público e de Filosofia do Direito na Universidade de Viena e assumiu, também, as funções de conselheiro jurídico do Ministério da Guerra do Império. De 1921 a 1929 exerceu as funções de juiz-relator do Tribunal Constitucional da República Federativa da Áustria, de 1920. Em 1920, subintitulou um dos seus trabalhos “Contribuição para uma Teoria Pura do Direito”, lançando, pela primeira vez, a expressão que iria caracterizar a sua doutrina. Em torno dela formou-se a famosa Escola de Viena, na qual despontaram nomes de grandes juristas como Adolf Merkl, Alfred Verdross, Josef Kunz, Felix Kaufmann e Rudolf Allard MétaI, considerado, este, o principal biógrafo de Kelsen. De 1929 a 1933, Kelsen foi professor de Direito Internacional em Colônia, onde começou a sofrer a perseguição do regime nacional-socialista, por causa da sua origem judia. Fugindo ao regime nazista, Kelsen refugiou-se em Genebra, onde passou a lecionar no Institut Universitaire des Hautes Études Internationales, e onde, em 1934, lançou a primeira edição da *Reine Rechtslehre*. Em 1940 refugiou-se nos Estados Unidos da América, obteve a cidadania americana e exerceu o magistério nas Universidades de Harvard e da Califórnia. Depois da Segunda Guerra Mundial, Kelsen foi solicitado a pronunciar conferências em diversas universidades da América do Norte, da América do Sul e da Europa, tornando-se um nome universalmente conhecido. Morreu em 19 de abril de 1973. (AFONSO, 1984, p. 9-10).

ao que a lei ordena. Tal procedimento deve-se ao caso de que um dos grandes tributos que a doutrina jurídica tem prestado a Hans Kelsen é o de reconhecer o seu esforço para a consolidação ou mesmo construção definitiva da ciência do Direito. Logo, mesmo seus opositores reconhecem que nenhuma outra doutrina se mostrou tão dedicada ao fato de transformar o Direito em um sistema científico.

Hans Kelsen, lembra a autora, desenvolveu os seus trabalhos com o objetivo de delinear com precisão os exatos contornos do conhecimento jurídico no campo científico. Sua obra, “Teoria Pura do Direito”, foi por ele denominada “ciência do Direito”, bem como seus trabalhos sobre ciência natural e justiça sempre fizeram referência à ciência do Direito. Não obstante, observa-se em toda sua obra que o tema da ciência do Direito é o centro de suas preocupações.

É importante salientar a afirmativa de Sparemberger (2016, p. 77): o conceito de ciência do Direito desenvolvido por Hans Kelsen influenciou e traçou os limites do conhecimento jurídico na contemporaneidade. Tal influência é que possibilita a discussão do que é ser científico para o autor – qual o conceito de ciência que ele utiliza e transfere para o campo do Direito, o significado do termo “pura”, uma vez que este trabalha com a ideia de uma ciência do Direito isenta de todos os elementos considerados por ele estranhos para o mundo do Direito, como a Sociologia, a Psicologia etc.

O objetivo de Hans Kelsen foi desenvolver uma teoria do Direito purificada de todos os elementos ideológicos e de ciência natural, pois estes, fundados na indução experimental, faziam com que os juristas aderissem ao sociologismo, submetendo o Direito a diversas metodologias empíricas: a psicológica, a histórica, a sociológica etc. Com isso, não havia domínio científico no qual o cientista do Direito não se achasse autorizado a penetrar, levando a ciência jurídica à ruína ao tomar empréstimos metodológicos de outras ciências. (DINIZ, 1996, p. 106).

Reagindo contra tal situação, Hans Kelsen observou que sendo o Direito uma esfera específica não seria de bom alvitre transportar para a égide da ciência jurídica métodos válidos para outras ciências. Entendendo que o jurista deveria investigar o Direito mediante processos próprios ao seu estudo, este autor concluiu que isso só seria possível se houvesse “pureza metódica”. (DINIZ, 1996).

Então, com base no postulado kantiano de que “todo conhecimento é puro quando não se acha misturado com algo estranho que prejudique sua autonomia” (KELSEN, 1994, p. 82), e vendo-a ser diluída entre os conceitos de Psicologia, Biologia, da moral e da Teologia, Hans Kelsen se propõe a dela eliminar todos os elementos que lesam a sua pureza e independência, ensejando levar a ciência do Direito às últimas consequências do positivismo. É este, portanto, o sentido por excelência do termo “pura”, ou seja, uma teoria consciente da legalidade específica de seu objeto, como diz no prefácio a primeira edição da “Teoria Pura do Direito” e que está perfeitamente delimitada, com método e objeto próprios. Esta teoria procura conhecer o “que é” o Direito e “como é”, mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ser ele feito, é ciência jurídica e não política do Direito. (KELSEN, 1994).

A respeito desta purificação política e ideológica⁷, Hans Kelsen afasta do âmbito da ciência jurídica a ideologia política, os aspectos valorativos, ou seja, toda e qualquer investigação moral e política, relegando-a à ética, à política, à religião e à Filosofia da Justiça⁸. (DINIZ, 1996).

Na concepção kelseniana, o conhecimento jurídico é ciência e não política. A ciência do Direito necessita manter seu valor objetivo e absoluto, não deve, portanto, fazer considerações teleológicas, axiológicas, que são, como afirmado, política jurídica. Além disso, para Hans Kelsen, a ciência tem como missão precípua conhecer seu objeto, daí a nítida tendência antiideológica da “Teoria Pura do Direito”, uma vez que a ideologia emana da vontade e não do conhecimento. (KELSEN, 1994, p. 2).

Este autor parte da distinção entre ciências naturais e ciências sociais para poder caracterizar a ciência do Direito como normativa, buscando estabelecer um paralelo entre a natureza e a sociedade. A natureza é assim considerada “uma determinada ordem das coisas ou um sistema de elementos

⁷ Para um esclarecimento mais profundo acerca do assunto, ver: KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução e introdução por Antonio Pinto Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964.

⁸ A justiça é uma questão insuscetível de qualquer indagação teórico-científica, porque constitui um ideal a atingir, variável de acordo com as necessidades da época e de cada círculo social, dependendo sempre de uma avaliação fundada num sistema de valores. Dentro de um sistema de referência a justiça é uma, e em outro é outra. Toda valoração supõe a própria aceitação de uma ideologia. Assim sendo, cabe o seu estudo à filosofia, já que o conhecimento filosófico contém também uma natureza crítico-axiológica. (DINIZ, 1996, p. 15).

que estão ligados uns com os outros como causa e efeito, ou seja, portanto, segundo um princípio que designamos por causalidade” (KELSEN, 1998, p. 85). Para o autor, as chamadas leis naturais, com as quais a ciência descreve o seu objeto, são aplicações desse princípio. Para subsidiar seu argumento, cita a seguinte proposição: “quando um metal é aquecido, dilata-se”. Trata-se de um exemplo do princípio da causalidade, uma vez que a relação que se intercede entre o calor e a dilatação é de causa e efeito.

Já a ciência social deve descrever o seu objeto segundo um princípio diferente da causalidade. Isto porque, “como objeto de uma tal ciência [...] a sociedade é uma ordem normativa de conduta humana” (KELSEN, 1998, p. 85).

Hans Kelsen, no entanto, admite que o princípio da causalidade também é aplicável à conduta humana, isto é, o autor admite que algumas ciências sociais sejam ciências causais enquanto estabelecem entre os comportamentos humanos uma relação de causa e efeito.

[...] Não há uma razão suficiente para não conceber a conduta humana também como elemento da natureza, isto é, como determinada pelo princípio da causalidade, ou seja, para não explicar, como os fatos da natureza, como causa e efeito. Não pode duvidar-se de que uma tal explicação – pelo menos em certo grau – é possível e efetivamente resulta. Na medida em que uma ciência que descreve e explica por esta forma a conduta humana seja, por ter como objeto a conduta dos homens uns em face dos outros, qualificada de ciência social, tal ciência social não pode ser essencialmente distinta das ciências naturais. (KELSEN, 1998, p. 85).

Quando, contudo, se procede a análise sobre a conduta humana, verifica-se a conexão entre os atos de tal conduta com outros fatos, de modo a observar-se não apenas a intercorrência do princípio da causalidade, isto é, como causa e efeito, mas também segundo um outro tipo de princípio, o princípio da imputação: “uma distinção essencial existe apenas entre as ciências naturais e aquelas ciências sociais que interpretam a conduta recíproca dos homens, não segundo o princípio da causalidade, mas segundo o princípio da imputação” (KELSEN, 1998, p. 96).

A forma verbal em que são apresentados tanto o princípio da causalidade como o princípio da imputação é o de um juízo hipotético em que um determinado pressuposto é ligado com uma determinada consequência. O que difere, porém, entre os dois princípios, é o sentido da ligação. De acordo com o autor, “o princípio da causalidade afirma que, quando é A, B também é (ou será).

O princípio da imputação afirma que, quando A é, B deve ser” (KELSEN, 1998, p. 100).

Explica-se:

Para formular sua teoria, Kelsen introduziu em sua obra o dualismo neokantiano do ser e do dever-ser, que constituem duas categorias originárias ou a priori do conhecimento, isto é, que não derivam de nenhuma outra. São duas formas mentais correspondentes a dois domínios: o dos fatos ou da natureza física, espiritual e social, e o das normas. Com base nesta distinção fundamental entre ser e dever-ser, considerou o dever-ser como expressão da normatividade do Direito, que deve ser investigado pela ciência jurídica, que é uma ciência normativa, pois seu objetivo consiste em estudar normas que enunciam o que se deve fazer, e não o que se sucedeu, sucede ou sucederá. Em contraposição, o ser diz respeito à natureza, que é regida pela lei da causalidade, que enuncia que os objetos naturais se comportam de um determinado modo. A substância da concepção de Kelsen está nessa distinção e contraposição lógico-transcendental entre ser e dever-ser, isto é, entre o mundo físico, submetido às leis da causalidade, e o mundo das normas, regido pela imputabilidade (DINIZ, 1995, p. 108).

Enquanto o princípio da causalidade estabelece uma relação entre uma causa e um efeito, uma relação de necessidade segundo a qual se a causa produz, o efeito será produzido, o princípio da imputação estabelece uma relação entre uma condição e uma consequência que não se rege pelo vínculo da necessidade. Esta relação é estabelecida por atos humanos que estipulam que se a condição se realizar, a consequência deve ser produzida. (KELSEN, 1998).

Como exemplo de uma aplicação do princípio da causalidade numa lei natural concreta, o autor remete para a situação anteriormente referida, que descreve a ação do calor sobre os metais. Agora, alguns exemplos de aplicação do princípio da imputação, no domínio das ciências sociais, são: quando alguém faz algum bem, este outro alguém deve mostrar-se agradecido; quando alguém sacrifica a sua própria vida pela pátria, a sua memória deve ser honrada; quando alguém peca, deve-se fazer penitência etc. (KELSEN, 1998, p. 100).

Nesta seara, se se pode caracterizar a ciência jurídica como ciência normativa, essa, então, aplica o princípio da imputação que, como visto, pode ser compreendido como um vínculo normativo que une uma determinada consequência a uma condição previamente estipulada. (KELSEN, 1998).

A designação “ciência normativa” não deve ser entendida, segundo Hans Kelsen, como atividade criadora de normas, mas sim como uma atividade que

faz a descrição da realidade normativa. (SPAREMBERGER, 2016, p. 81). Em suas palavras:

Se estas ciências são designadas como ciências normativas, isto não significa que elas estabeleçam normas para a conduta humana e, conseqüentemente, prescrevam uma conduta humana, confiram competência para ela ou positivamente a permitam, mas que elas descrevem certas normas, postas por atos humanos, e as relações entre os homens através delas criadas. (KELSEN, 1994, p. 96).

A ciência, para Hans Kelsen, resume-se em uma atividade que possui como função a de descrever uma determinada realidade constatada pela experiência. Dessa forma, as ciências naturais, por exemplo, descrevem as relações que se processam entre fenômenos naturais, pela formulação das leis naturais que se expressam pelo princípio da causalidade, assim seguindo uma lógica de causa e efeito. As ciências normativas, entretanto, e aqui incluindo a ciência jurídica, descrevem as relações estabelecidas pelas normas segundo o princípio da imputação. (KELSEN, 1998).

Assim, a ciência jurídica pode ser caracterizada como uma ciência normativa, à medida que toma seu objeto como norma e constitui-se numa atividade somente descritiva, ou seja, para Hans Kelsen, a ciência é uma atividade que se esgota na descrição de leis postas – do Direito positivo. Dessa forma, a ciência do Direito é, para o autor, uma atividade descritiva, cuja única função é enunciar as normas jurídicas positivas por meio da formulação de proposições jurídicas. (SPAREMBERGER, 2016, p. 82).

Além disto, de acordo com Hans Kelsen, é frequentemente ignorada a distinção entre as funções da ciência jurídica para da autoridade jurídica, ou seja, a distinção entre a função do conhecimento da ciência do Direito para a função da autoridade que se manifesta pela elaboração das normas jurídicas. Na concepção Kelseniana, “a ciência jurídica [...] apenas pode descrever o Direito; ela não pode, como o Direito produzido pela autoridade jurídica (através de normas gerais ou individuais), prescrever seja o que for” (KELSEN, 1998, p. 82). Enquanto a ciência do Direito, uma ciência normativa, possui a função de descrever o conjunto de relações estabelecidas pelas normas; a função da autoridade, compete aos órgãos da comunidade jurídica, isso é, aos indivíduos que possuem a qualificação necessária para o estabelecimento de tais normas.

A ciência jurídica tem por missão conhecer [...] o Direito e descrevê-lo com base no seu conhecimento. Os órgãos jurídicos têm – como autoridade jurídica – antes de tudo por missão produzir o Direito para que ele possa então ser conhecido e descrito pela ciência jurídica. (KELSEN, 1998, p. 81).

A partir destas colocações, observa-se a relevância da demarcação do campo da ciência do Direito, que tem as proposições jurídicas como instrumental de trabalho e as normas jurídicas como objeto. Ou seja, cabe aos órgãos jurídicos a função de autoridade jurídica, de criar normas e produzir o Direito que será descrito pela ciência jurídica. (SPAREMBERGER, 2016, p. 83).

Isso posto, pode-se definir proposições e normas jurídicas:

Proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica – nacional ou internacional – dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas consequências pelo mesmo ordenamento determinado. As normas jurídicas, por seu lado, não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos imperativos. Mas não apenas comandos, pois também são permissões e atribuições de poder ou competência. (KELSEN, 1998, p. 80-81).

Assim como as ciências naturais descrevem o seu objeto formulando as leis naturais, proposições enunciativas das relações causais, a ciência do Direito descreve o seu objeto formulando juízos enunciativos. A proposição da lei natural refere-se ao mundo do *ser* expresso pela fórmula “quando A é, B é”; a proposição jurídica, por sua vez, corresponde ao mundo do *dever-ser*, “quando A é, B deve ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja” (KELSEN, 1998, p. 87).

A questão é que, para Kelsen (1998), a norma de Direito não é um enunciado acerca do objeto de conhecimento, mas sim uma prescrição, e, como tal, um imperativo; ao contrário, a estrutura lógica da norma, ou melhor, a proposição, que é um enunciado ou um juízo que enlaça um comportamento humano, estabelecido como devido, como uma consequência jurídica que deve ser aplicada pelo órgão da comunidade.

A função das proposições jurídicas na ciência do Direito corresponde ao das leis naturais nas ciências naturais, ou seja, ambas são um instrumento de que uma ou outra se vale para descrever o seu objeto. (SPAREMBERGER, 2016, p. 84).

Assim, na descrição de uma ordem normativa da conduta dos homens reciprocamente é aplicado princípio diferente da causalidade, que Hans Kelsen designa como o da imputação. Neste contexto, pela via da análise do pensamento jurídico mostra-se que, nas proposições jurídicas, isto é, nas proposições através das quais a ciência jurídica descreve o seu objeto, é aplicado um princípio que, embora análogo ao da causalidade, se distingue dele de maneira característica. A analogia reside na circunstância de o princípio da imputação ter, nas proposições jurídicas, uma função inteiramente análoga à do princípio da causalidade nas leis naturais, com as quais a ciência da natureza descreve o seu objeto. (KELSEN, 1998).

Observa-se que as proposições jurídicas formuladas pela ciência do Direito são de fato asserções, enunciados, porém diferentemente da lei natural, que possui asserções no sentido de que algo acontecerá (descrição da natureza), já que as normas jurídicas descritas pela ciência do Direito prescrevem, autorizam ou permitem (positivamente), algo que deve ser. Neste sentido, para Hans Kelsen, o *dever-ser* jurídico, que no contexto da proposição jurídica liga pressuposto e consequência, abrange as seguintes três significações (três funções normativas): “a de um ser-prescrito, a de um ser-competente (ser-autorizado) e a de um ser-(positivamente)-permitido das consequências” (KELSEN, 1998, p. 87).

Conforme Kelsen (1994, p. 90):

Visto a proposição jurídica, tal como a lei natural, exprimir uma conexão funcional, ela pode – segundo a analogia com a lei natural – ser também designada por lei jurídica. Pois com a palavra “dever-ser” tal proposição apenas exprime o sentido específico com que são entre si ligados, pela ordem jurídica, o pressuposto e a consequência e, especialmente, o ilícito e a consequência do ilícito. Desta forma, essa conexão descrita na lei jurídica é, na verdade, análoga à conexão de causa e efeito expressa na lei natural, sendo, no entanto, diferente dela.

Logo, a concepção de ciência jurídica como atividade descritiva surge, assim, em Hans Kelsen, como um paralelo da concepção das ciências naturais. Enquanto que na ciência natural há uma conexão de causa e efeito expressa na lei natural⁹; na ciência jurídica, a conexão do pressuposto e consequência, do

⁹ No princípio da causalidade, tem-se a descrição de uma relação posta nos seguintes termos: quando A é, B é, que pode ser denominada também de lei natural.

ilícito e da consequência do ilícito, se designa como “imputação”, expresso na proposição jurídica com a palavra “dever-ser”. Para o autor, “nas proposições jurídicas pelas quais ela descreve estes fenômenos ela não aplica o princípio da causalidade, mas um princípio que [...] se pode designar por imputação” (KELSEN, 1998, p. 91), e por isso pode ser chamado de lei jurídica¹⁰.

Sabe-se, no entanto, que a ligação existente entre o princípio da causalidade e o da imputação é diferente, embora ambos cumpram a mesma função na proposição descritiva. A diferença está no fato de que a ligação na proposição jurídica é produzida por meio de uma norma estabelecida pela autoridade jurídica, sendo, portanto, um ato de vontade, enquanto que a ligação de causa e efeito é independente de qualquer intervenção dessa espécie. (KELSEN, 1998).

Pode-se distinguir, também, a lei natural da lei jurídica se levar-se em consideração que, quando se descobre um fato que está em contradição com a lei natural, deve ser deixado de lado pela ciência, por ser falsa, e substituída por outra que corresponda ao fato. (KELSEN, 1998, p. 98). Assim, a ciência jurídica, como visto é, enquanto ciência normativa, formulada em proposições em que a cópula ou ligação entre dois termos é feita utilizando-se o *dever-ser*. É importante que não se confunda com o *dever-ser* da norma, pois esta distinção evidencia a separação entre o cientista do Direito e o operador jurídico. A ciência jurídica vai conhecer de fora o Direito e descrevê-lo. Os órgãos jurídicos também o conhecem, mas sua missão é produzi-lo a fim de que a ciência possa conhecê-lo.

Outra dimensão importante da atividade da ciência jurídica é a de que esta “produz”, no sentido da teoria do conhecimento de Kant, o seu objeto, isto é, a pluralidade de normas jurídicas gerais e individuais postas pelos órgãos jurídicos, na medida em que o apreende como um todo com sentido. Este objeto é produzido através de um processo de conhecimento e sistematização unitário e isento de contradições. Esta “produção”, entretanto, tem um puro caráter teórico ou gnosiológico, eis que a ciência jurídica não pode prescrever, apenas tem que descrever o seu objeto. (KELSEN, 1998).

¹⁰ No princípio da imputação, a proposição jurídica dirá quando A é, B deve ser, mesmo quando B efetivamente não seja, e que pode ser chamado analogicamente de lei jurídica.

Para Kelsen (1998), são normas jurídicas tanto as de caráter abstrato, universais, que ele denomina de gerais, quanto as decisões judiciais e resoluções administrativas, que chama de individuais. Neste sentido, Sparemberger (2016, p. 87), questiona: “como deve a ciência jurídica descrever estas normas jurídicas individuais?” A resposta, subsidiada pela concepção kelseniana, é a de que da mesma forma com que a ciência natural descreve uma experiência concreta, remetendo-a à lei natural, a ciência jurídica deve descrever a norma individual remetendo-a à norma geral superior, a qual dá sustentação à decisão ou resolução.

Segundo Hans Kelsen, a ciência do Direito, na medida em que se configura uma ciência normativa, tem por objeto as normas jurídicas positivas. Por isso, um conceito de norma para o autor pode ser entendido como “o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém” (KELSEN, 1998, p. 6).

Portanto,

Toda norma positiva é criada por atos que se processam no espaço e no tempo. Nesse processo de criação das normas, Kelsen distingue o ato, que é um fenômeno exterior, apreensível pelos sentidos, e o significado, que é o sentido subjetivo do ato. Este transforma-se em significado objetivo através da norma, expressão de um *dever-ser*, entendido como “o sentido subjetivo” de um ato de vontade de um indivíduo que intencionalmente visa à conduta de outro. Porém, nem sempre um tal ato tem também objetivamente este sentido. Ora, somente quando esse ato tem também objetivamente o sentido de *dever-ser* é que designamos o *dever-ser* como norma. (KELSEN, 1994, p. 6-7).

Assim, o que confere sentido objetivo ao *dever-ser*, a ponto de caracterizá-lo como norma, é a sua referência a uma norma superior que atribui a alguém competência ou poder para o ato. (KELSEN, 1998). É essa norma superior que se baseará a validade da norma, no quadro de um determinado sistema normativo. As normas jurídicas, objeto da ciência do Direito, participam ou fazem parte desta categoria geral das normas.

As ciências normativas, ao descreverem as normas, formulam proposições que têm a seguinte forma lógica: uma consequência vinculada a uma condição pelo chamado princípio da imputação. Como observa-se, na concepção kelseniana, o elemento que especifica a norma jurídica e a distingue

de outras têm evidência nas proposições que as descrevem. Na proposição jurídica, a consequência ligada à condição é sempre um ato coativo. Então, para Kelsen (1994, p. 95),

As ordens sociais a que chamamos Direito são ordens coativas, no sentido de que reagem contra situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas, particularmente contra as condutas humanas indesejáveis, com um ato de coação, isto é, um mal – como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros, um mal que é aplicado ao destinatário mesmo contra a sua vontade, se necessário empregando até a força física, coativamente portanto.

Os atos de coação, segundo o autor, configuram-se como delito ou como sanção, considerada a sanção no sentido amplo, tanto como consequência de uma conduta quanto como reação contra situações socialmente indesejáveis e, particularmente, como reação a uma conduta humana perniciosa, quer dizer, autorizada como sanção e atribuível à comunidade jurídica. Em suas palavras, “dizer que o Direito é uma ordem coativa significa que as suas normas estatuem atos de coação atribuíveis à comunidade jurídica” (KELSEN, 1998, p. 36).

A sanção jurídica, elemento específico da norma, provém sempre de um ato humano, é criada e aplicada pelo homem. A partir disso, é necessário que se possa compreender porque os atos coativos exercidos por um indivíduo sobre outro podem se constituir em delito, e o que torna válida a norma jurídica positiva enquanto expressão coativa. A resposta a esta questão encontra-se no fato de que Hans Kelsen se preocupa com a validade da ordem jurídica. (SPAREMBERGER, 2016, p. 89).

O sentido de uma cominação é que um mal será aplicado sob determinados pressupostos; o sentido da ordem jurídica é que certos males devem, sob certos pressupostos, ser aplicados, que – numa fórmula mais genérica – determinados atos de coação devem, sob determinadas condições, ser executados. Este não é apenas o sentido subjetivo dos atos através dos quais o Direito é legislado, mas também o seu sentido objetivo¹¹. Precisamente pela circunstância de ser esse

¹¹ Sobre o sentido subjetivo e o sentido objetivo dos atos, Coelho (2001, p. 47-48), afirma o seguinte: “os fatos possuem o significado jurídico que a norma lhes atribui. A morte de uma pessoa ocasionada por um tiro pode caracterizar homicídio ou execução de pena de morte. Não é o fato em si, ressalte-se, que apresenta notas capazes de lhe dar a configuração jurídica. O ato de disparar contra uma pessoa e causar sua morte poderá se revestir de licitude ou ilicitude, sem experimentar a menor alteração enquanto evento no mundo dos fatos. Será a norma jurídica incidente sobre o fato a responsável por conferir o sentido lícito ou ilícito à conduta. A norma jurídica, em decorrência, tem a natureza de um esquema de interpretação da realidade. Nela encontra-se o sentido jurídico objetivo dos atos praticados pelos homens. Reúnem-se em uma grande sala diversas pessoas. Sob a direção de algumas delas, discutem propostas, conversam,

o sentido que lhes é atribuído, esses atos são reconhecidos como atos criadores de Direito, como atos produtores ou executores de normas. (KELSEN, 1998, p. 48-49).

Conforme Kelsen (1998, p. 49), “também o ato de um salteador de estradas que ordena a alguém, sob cominação de qualquer mal, a entrega de dinheiro, tem [...] o sentido subjetivo de um dever-ser”. Pois, aqui, a lógica do autor é a seguinte: quando um indivíduo expressa uma vontade dirigida à conduta de outro indivíduo, o que se faz é descrever a ação do primeiro como um fenômeno ou evento que se produz na ordem do ser. A conduta do outro, o segundo, que é entendida (visada) no ato de vontade do primeiro, não pode ser descrita como um evento pertencente na ordem do ser, pois este ainda não age, não efetua uma conduta e, porventura, nem se quer se conduzirá da forma entendida. Ele, o segundo, apenas deve – de acordo com a intenção do primeiro – conduzir-se por aquela forma. A conduta do segundo não pode ser descrita como um sendo (da ordem do ser), mas apenas o pode ser, na medida em que cumpre apreender o sentido subjetivo do ato de comando, como um devido (da ordem do dever-ser). (KELSEN, 1998).

Desta forma tem de ser descrita toda a situação em que um indivíduo manifesta uma vontade dirigida à conduta de outro. Quanto à questão em debate isto significa: na medida em que apenas se tome em linha de conta o sentido subjetivo do ato em questão, não existe qualquer diferença entre a descrição de um comando de um salteador de estradas e a descrição do comando de órgão jurídico. (KELSEN, 1998, p. 49).

Para Hans Kelsen, a diferença apenas ganha expressão quando se descreve não mais o sentido subjetivo, mas sim o sentido objetivo do comando que um indivíduo endereça a outro. “Então, atribuímos ao comando do órgão jurídico, e já não ao do salteador de estradas, o sentido objetivo de uma norma

consultam dados e, a final, acionam dispositivos eletrônicos. Num painel, informa-se que a maioria concordou com determinada propositura. Essa colocação de fatos pode ter o sentido objetivo de uma sessão parlamentar, caso as normas jurídicas pertinentes assim a qualifiquem. Mas pode ter, também, o sentido de uma convenção partidária, ou mesmo de uma sessão parlamentar inválida, em razão da inobservância de formalidade essencial. Depende, novamente, da qualificação emanada da norma jurídica. As pessoas participantes de eventos qualificados juridicamente podem fazer, e geralmente fazem, uma ideia acerca de sua significação. Este sentido subjetivo irá ou não coincidir com o dado pela norma jurídica. Se terroristas condenam à morte personalidades consideradas nocivas à causa deles, afirmando constituírem um tribunal revolucionário, o sentido subjetivo atribuído aos atos pelos próprios agentes não é igual ao liberado pelo Direito. Já se três desembargadores discutem e decidem acolher o recurso em pauta, interpretando os seus próprios atos como julgamento, neste caso, haverá coincidência entre o sentido subjetivo e o objetivo de suas condutas”.

vinculadora do destinatário” (KELSEN, 1998, p. 49). O que quer dizer, interpreta-se o comando de um, mas não o comando do outro, como uma norma objetivamente válida. E, então, num dos casos, vê-se, na conexão existente entre o não acatamento do comando e um ato de coerção uma simples “ameaça”, ao passo que, no outro, interpreta-se essa conexão no sentido de que *deve ser* executado um mal. Assim, neste último caso, interpreta-se a execução efetiva do mal como a aplicação ou a execução de uma norma objetivamente válida que estatui o ato de coerção. (KELSEN, 1998).

Assim, Kelsen (1998, p. 50), põe a questão do fundamento de validade da norma jurídica:

[...] por que é que, num dos casos, consideramos o sentido subjetivo do ato como sendo também o seu sentido objetivo, e já não no outro? Encarados sem qualquer pressuposição, também os atos criadores do Direito têm apenas o sentido subjetivo de dever-ser. Por que é que aceitamos que, de ambos aqueles atos, que possuem o sentido subjetivo de dever-ser, apenas um produz objetivamente uma norma válida, isto é, vinculativa? Ou, por outras palavras: qual é o fundamento de validade da norma que nós considerarmos como sendo o sentido objetivo deste ato?

Para este autor, esta é uma questão decisiva para a ciência jurídica. A ciência do Direito tem de reconhecer como válida toda norma jurídica pertencente a uma ordem positiva. Por isso, a ciência jurídica, tendo a função de descrever as normas jurídicas postas na experiência, não pode fazer a validade da norma jurídica depender do seu conteúdo, como também não pode fazer com que dele decorra o fundamento de validade da norma. (SPAREMBERGER, 2016, p. 91).

Como a ciência do Direito só pode formular juízos de valor objetivos, que têm a norma jurídica válida como referência, o conteúdo desta não pode provocar nenhuma interferência no reconhecimento de sua validade. Por isso, “não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica” (KELSEN, 1998, p. 221). Ou seja, todo e qualquer conteúdo é passível de ser Direito.

Não importa ao jurista que conteúdo seja acolhido pela norma jurídica, porquanto através das proposições jurídicas ele pode apenas descrever a norma jurídica e só pode formular juízos de valor tomando por modelo a própria norma positiva. Isso significa que a ciência do Direito não pode, igualmente, buscar a

validade da norma jurídica ou da ordem jurídica recorrendo a um sistema normativo paralelo ao moral ou do Direito natural, pois seu objetivo são as normas positivas que se inserem num sistema normativo específico e autônomo: o sistema do Direito positivo. Em síntese, para a ciência jurídica, as normas jurídicas são válidas se existem dentro do quadro de um sistema, uma ordem positiva, independentemente de seu conteúdo. (SPAREMBERGER, 2016, p. 91-92).

Ao descrever a norma jurídica, caracterizada como uma norma coativa, o jurista deve distingui-la de um simples ato coativo, que pode ser um delito. Hans Kelsen exemplifica tal afirmação:

[...] um juízo pelo qual interpretamos a morte de um indivíduo por outro como execução de uma sentença de morte, e não como homicídio. Este juízo baseia-se no fato de reconhecermos no ato de matar a execução de uma decisão judiciária que ordenou a morte como pena. Quer dizer: atribuímos ao ato do tribunal um sentido objetivo de uma norma individual e, assim, consideramos ou interpretamos como tribunal o grupo de indivíduos que pôs o ato. Isto fazêmo-lo nós porque reconhecemos no ato do tribunal a efetivação de uma lei, isto é, de normas gerais que estatuem atos de coerção e que consideramos como sendo não só o sentido objetivo de um ato que foi posto por certos indivíduos que, por isso mesmo, consideramos ou interpretamos como órgão legislativo (KELSEN, 1994, p. 50-51).

A ciência do Direito distinguirá entre os atos, atribuindo à execução da sentença o significado objetivo do ato jurídico. As proposições jurídicas exprimem a significação objetiva dos atos pelos quais o Direito é criado e aplicado, referindo-se ao sentido subjetivo dos atos que são normas jurídicas, que prescrevem ou permitem uma conduta humana. A ciência jurídica tem de atribuir significado objetivo ao ato para considerá-lo como norma jurídica válida e, em seu papel meramente descritivo, não pode criar normas, mas respeitar a norma fundamental, que é o seu fundamento de validade. Para o autor, dizer que uma norma é vigente, que “vale”, “significa dizer que ela é vinculativa, que o indivíduo se deve conduzir do modo prescrito pela norma” (KELSEN, 1998, p. 215) positiva, seja ela moral, religiosa ou jurídica, e que deve estar em consonância com uma norma superior do mesmo sistema.

O fato de alguém ordenar uma determinada conduta não pode constituir fundamento de validade para uma norma, afinal, trata-se de um fato da ordem do ser do qual não se pode deduzir um *dever-ser*. De acordo com o autor, “do fato de algo ser não pode seguir-se que algo deve ser; assim como do fato de

algo deve ser não se pode seguir que algo é” (KELSEN, 1998, p. 215). Neste contexto, “o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma [...] designada como norma superior” (KELSEN, 1998, p. 215).

Prossegue o autor,

A indagação sobre o fundamento de validade da norma superior que funda a validade da norma inferior levará à outra norma, em relação àquela, superior, cuja criação foi determinada por outra norma; assim até se chegar à norma fundamental da qual depende a validade de todo sistema normativo. (KELSEN, 1994, p. 215).

A indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, entretanto, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada, que o autor define como “norma fundamental”. (KELSEN, 1998, p. 217).

Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa. (KELSEN, 1998, p. 217).

Como visto, a norma fundamental está ligada a uma unidade de normas que somente são válidas se a elas estiverem ligadas, ou seja, integradas por meio de uma ordem normativa. A natureza do fundamento de validade do sistema normativo pode pertencer a um tipo estático ou a um tipo dinâmico. (SPAREMBERGER, 2016, p. 94). Para o autor,

As normas de um ordenamento do primeiro tipo, quer dizer, a conduta dos indivíduos por elas determinada, é considerada como devida (devendo ser) por força do seu conteúdo: porque a sua validade pode ser reconduzida a uma norma a cujo conteúdo pode ser subsumido o conteúdo das normas que formam o ordenamento, como o particular ao geral. [...]. Como todas as normas de um ordenamento deste tipo já estão contidas no conteúdo da norma pressuposta, elas podem ser deduzidas daquela pela via de uma operação lógica, através de uma conclusão do geral para o particular. Esta norma, pressuposta como norma fundamental, fornece não só o fundamento de validade como o conteúdo de validade das normas dela deduzidas através de uma

operação lógica. Um sistema de normas cujo fundamento de validade e conteúdo de validade são deduzidos de uma norma pressuposta como norma fundamental é um sistema estático de normas. (KELSEN, 1998, p. 217-218).

Já no sistema normativo do tipo dinâmico, a norma fundamental “apenas pode fornecer o fundamento de validade, não o conteúdo de validade das normas sobre ela fundadas” (KELSEN, 1998, p. 219). Portanto,

O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou – o que significa o mesmo – uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental. (KELSEN, 1998, p. 219).

Neste sistema de tipo dinâmico não se pode procurar o fundamento de validade, pode-se apenas pressupô-la. A norma fundamental limita-se a delegar a uma autoridade legisladora, quer dizer, a fixar uma regra em conformidade com a qual devem ser criadas as normas deste sistema. “A norma constitui o ponto de partida da questão e não vale por força do seu conteúdo; ela não pode ser deduzida da norma pressuposta através de uma operação lógica” (KELSEN, 1994, p. 219-220).

A ordem jurídica, conforme Kelsen (1994, p. 221), não é um sistema de normas justapostas. Ela possui uma estrutura hierárquica na qual a validade de uma norma é determinada por outra, e assim, sucessivamente, até se chegar à norma fundamental, da qual se deduz o fundamento de validade do sistema. Assim, de acordo com o autor, qualquer norma só terá sentido, para a ciência do Direito, no quadro de uma ordem jurídica determinada. O sistema de normas jurídicas não vale somente pelo seu conteúdo, ele precisa ser determinado, fixado por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, todas as normas pertencentes à ordem jurídica devem estar em conformidade com a norma fundamental. Esta, por sua vez, fornece tão-somente o seu fundamento de validade; o conteúdo de uma norma não pode ser por ela deduzido.

O fundamento da norma jurídica é a norma fundamental que determina a forma de criação desta, mas que, por ser suposta, não possui conteúdo material, não permitindo que o conteúdo das normas jurídicas seja dela logicamente deduzido. Isso significa que se a norma jurídica é posta, se é dada e não simplesmente pressuposta, ela é válida, porque existe no sistema jurídico

positivo. Mas o fundamento da sua validade repousa em uma norma não posta, mas suposta. Por isso, Kelsen (1998) insiste em esclarecer que só se pode deduzir da norma fundamental o fundamento de validade das normas jurídicas concretas, positivas, mas não o seu conteúdo.

Depreende-se daí que a norma fundamental pode ser considerada de acordo com o autor e em conjunto como a ordem jurídica de um determinado Estado – uma ordem jurídica nacional – ou com referência a uma ordem jurídica internacional. Em relação a uma ordem jurídica estatal, Kelsen (1994, p. 222) afirma:

Se se pergunta pelo fundamento de validade de uma norma pertencente a uma determinada ordem jurídica, a resposta apenas pode consistir na recondução à norma fundamental desta ordem jurídica, quer dizer: na afirmação de que esta norma foi produzida de acordo com a norma fundamental.

Será possível interpretar, assim, o sentido subjetivo de um ato coativo com o sentido objetivo da norma, ou seja, por meio da norma fundamental. Neste caso, o autor exemplifica distinguindo-se entre a execução de uma pena de morte por enforcamento e um homicídio. (SPAREMBERGER, 2016, p. 96). Veja-se o exemplo:

A execução por enforcamento pode ser interpretada como um ato jurídico, como execução de uma pena, ou seja, estatuído através de uma norma jurídica individual – sentença judicial. A sentença judicial pode ser interpretada como uma norma jurídica válida, porque pertence a uma ordem jurídica válida, e, portanto, deve ser aplicada. Se se pergunta pelo fundamento de validade da Constituição pode-se chegar a uma Constituição mais antiga e até alcançar-se aquela que foi a primeira. (KELSEN, 1994, p. 224).

O fundamento de validade dessa primeira Constituição só pode ser uma norma pressuposta, conforme Kelsen (1998, p. 223-224), “por uma autoridade metajurídica, como Deus ou a natureza”. A interpretação do sentido subjetivo dos atos geradores do Direito com a significação objetiva das normas só é possível por meio de uma norma fundamental pressuposta e não posta pela autoridade jurídica.

Entende-se, a partir disso, que cabe à ciência do Direito descrever as normas jurídicas positivas através das proposições jurídicas e somente deverá considerar válidas aquelas que pertençam a uma ordem jurídica estabelecida, fundadas logicamente. (SPAREMBERGER, 2016, p. 97).

A significação de qualquer fato que assume teor jurídico é dada pela norma fundamental. Esta se torna, assim, uma questão essencial na ciência do Direito, do conhecimento jurídico-científico. Sendo a norma fundamental essencial para o conhecimento jurídico do Direito, o autor volta a fazer a analogia entre este conhecimento e o conhecimento científico, que tem como objeto os fenômenos naturais e, assim como Immanuel Kant, pergunta (SPAREMBERGER, 2016, p. 98):

Como é possível uma interpretação, alheia a toda metafísica, dos fatos dados aos nossos sentidos nas leis naturais formuladas pela ciência da natureza, a Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas? (KELSEN, 1998, p. 225).

A questão posta por Immanuel Kant sobre a possibilidade da interpretação dos fenômenos descritos pelas leis naturais é lavada por Hans Kelsen ao campo jurídico: a realidade a ser descrita – a ordem normativa – substitui o objeto natural e o instrumento da descrição – as leis naturais – é substituído pelas proposições jurídicas. (KELSEN, 1998). Assim, a ciência jurídica interpreta o sentido subjetivo de certos atos como normas jurídicas, para descrevê-las por meio de proposições jurídicas. Conforme o autor,

Esta é uma questão para a qual a Teoria Pura do Direito oferece uma resposta epistemológica (teorético-gnoseológica) que significa dizer que esta resposta epistemológica (teorético-gnoseológica) da Teoria Pura do Direito é: sob a condição de pressupormos a norma fundamental: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições dos atos da Constituição. (KELSEN, 1994, p. 225).

Para explicar ou definir a natureza da norma fundamental como pressuposição ou hipótese lógico-transcendental, o autor parte da concepção Kantiana, mas é interessante salientar que este tem o seu próprio conceito de ciência que se desenvolve no quadro do Direito positivo. Significa dizer que a norma fundamental se torna uma resposta epistemológica (teorético-gnoseológica), o que tornará possível o conhecimento jurídico-científico, ou seja, permite que a ciência jurídica como ciência descritiva possa legitimar o seu objeto. Por isso, a função desta norma fundamental é, para Kelsen (1998, p. 226): “fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das

normas, postas, através de atos de vontade humanos, de uma ordem coercitiva globalmente eficaz”.

Pela pressuposição da norma fundamental, cuja função é interpretar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, a ciência jurídica legítima, epistemologicamente, o seu objeto. (SPAREMBERGER, 2016, p. 99). Assim, a fundamentação da validade de uma norma positiva, estabelecida através de um ato de vontade, que prescreve uma determinada conduta, realiza-se por meio de um processo silogístico, em que:

A premissa maior é uma norma considerada como objetivamente válida (melhor, a afirmação de uma tal norma), por força da qual devemos obedecer aos comandos de uma determinada pessoa, quer dizer, nos devemos conduzir de harmonia com o sentido subjetivo destes atos de comando; a premissa menor é a afirmação do fato de que essa pessoa ordenou que nos devemos conduzir de determinada maneira; e a conclusão, a afirmação da validade da norma: que nos devemos conduzir de determinada maneira. (KELSEN, 1998, p. 226).

A norma referida na premissa maior do silogismo tem a função de fundamentar a validade da norma que constitui a premissa menor, de modo a conferir-lhe validade objetiva, legitimando-a. A norma de premissa maior descreve o Direito positivo, quer dizer, toda ordem de coerção globalmente eficaz, como uma ordem objetivamente válida, esta da qual o sentido subjetivo dos atos de vontade humanos é também o seu sentido objetivo. (KELSEN, 1998). Portanto, caracteriza-se esta com uma interpretação possível, não como necessária, e descreve a validade objetiva do Direito positivo como uma validade apenas relativa ou condicionada (condicionada pela pressuposição da norma fundamental) e ainda,

Dado que [...] a norma fundamental, como norma pensada ao fundamentar a validade do Direito positivo, é apenas a condição lógico-transcendental desta interpretação normativa, ela não exerce qualquer função ético-política, mas tão-só uma função teórico-gnoseológica. (KELSEN, 1998, p. 243).

No momento em que a premissa maior não puder ser referida a outra norma superior, esta então deverá ser pressuposta para fundamentar a validade objetiva. Entende-se, neste sentido, que a norma fundamental é essencial para fundamentar a validade objetiva das normas. Numa ordem jurídica estatal concreta, a Constituição ocupa a escala mais alta na hierarquia das normas positivas. Como a Constituição historicamente não se subordina à vontade de

uma instância superior, sendo considerada como autoridade jurídica suprema pela ciência do Direito, o seu fundamento de validade pode ser apenas uma norma pressuposta, e não uma norma positiva, uma norma posta, ou seja, num processo silogístico. (KELSEN, 1998). Nas palavras do autor:

Uma ciência jurídica positivista apenas pode constatar que esta norma é pressuposta como norma fundamental – no sentido que acabamos de patentear – na fundamentação da validade objetiva das normas jurídicas, e bem assim na interpretação de uma ordem coercitiva globalmente eficaz como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas. (KELSEN, 1994, p. 227).

A norma fundamental, nesse sentido, não é uma norma desejada, não pode ser uma norma provinda de um ato de vontade de uma instância supra ordenada, como Deus ou a natureza, mas seu enunciado é logicamente indispensável para fundamentar a validade do Direito positivo. Dessa forma, quando a ciência do Direito pensa a norma fundamental para interpretar o sentido subjetivo dos atos como significação objetiva, como normas válidas, ela própria não desempenha qualquer função criadora de normas. (KELSEN, 1988).

Segundo Kelsen (1994, p. 228):

Como a norma fundamental não é "querida", nem mesmo pela ciência jurídica, ou seja, ela é apenas uma norma pensada, a ciência jurídica não se arroga qualquer autoridade legislativa com a verificação da norma fundamental. Ela não prescreve que devemos obedecer às ordens do autor da Constituição. Permanece conhecimento, mesmo na sua verificação teórico-gnoseológica de que a norma é condição sob a qual o sentido subjetivo do ato constituinte e o sentido subjetivo dos atos postos de acordo com a Constituição podem ser pensados como seu sentido objetivo, como normas válidas, até mesmo quando ela própria pensa desta maneira.

Como se observa, a norma fundamental é a condição lógica que permite a interpretação do sentido subjetivo de atos, sejam eles constituintes ou postos em conformidade com a Constituição, como normas objetivamente válidas. Esta legitima o significado subjetivo dos atos como normas válidas. É, portanto, a suposição da norma fundamental que permite à ciência do Direito legitimar o seu objeto, as normas jurídicas postas na experiência empírica. Isto significa que a ciência do Direito, na perspectiva Kelseniana, se reduz à descrição do sistema de normas postas na realidade empírica por meio de proposições jurídicas. É, porém, a norma fundamental que torna possível o chamado conhecimento científico do Direito. Tal conhecimento, no entanto, possibilita interpretar como

norma jurídica válida o significado subjetivo dos atos de vontade e, por isso, é a norma fundamental que torna possível uma ciência positiva do Direito, configurando assim o paradigma epistemológico jurídico tradicional. (SPAREMBERGER, 2016, p. 102-103).

É nesse sentido que se compreende a “Teoria Pura do Direito” como ciência jurídica, como ciência do Direito positivo, concebida como a atividade descritiva de qualquer ordem jurídica existente. O que torna possível essa ciência é a norma fundamental. (SPAREMBERGER, 2016, p. 103).

Por isso,

A nenhuma ordem jurídica positiva pode recusar-se a validade por causa do conteúdo das suas normas. É este um elemento essencial do positivismo jurídico. Precisamente na sua teoria da norma fundamental se revela a Teoria Pura do Direito como teoria jurídica positivista. Ela descreve o Direito positivo, quer dizer, toda ordem de coerção globalmente eficaz, como uma ordem normativa objetivamente válida, e constata que esta interpretação somente é possível sob a condição de se pressupor uma norma fundamental por força da qual o sentido subjetivo dos atos criadores de Direito é também o sentido objetivo. Portanto, caracteriza essa interpretação como uma interpretação possível, não como necessária, e descreve a validade objetiva do Direito positivo como uma validade apenas relativa ou condicionada: condicionada pela pressuposição da norma fundamental. (KELSEN, 1994, p. 243).

Conclui-se, então, que em sua natureza lógico-transcendental a norma fundamental tem apenas uma função teórico-gnosológica. Ela é a condição do próprio conhecimento científico do Direito. É a condição que legitima epistemologicamente o objeto do conhecimento científico do Direito. Ou seja, a norma fundamenta possibilitou, pelo conhecimento científico do Direito, a atribuição de objetividade aos atos de vontade descritos, em consequência, como normas jurídicas. Dessa forma, a ciência do Direito, em Hans Kelsen, extrai a legitimidade da ordem jurídica da norma fundamental que é pensada, suposta, pela própria ciência jurídica para tornar possível o conhecimento científico do Direito. Assim, ao fechar o campo da ciência do Direito, condiciona a validade da ordem jurídica à eficácia, fazendo com que o campo da ciência do Direito seja autônomo, com total independência, ou seja demarca o seu campo e o seu objeto. (SPAREMBERGER, 2016, p. 103-104).

A eficácia, portanto, assume importância fundamental na obra de Hans Kelsen, pois para este é eficaz a ordem normativa que é observada e cumprida por aqueles que a ela se submetem. Pode-se definir, a partir destas colocações,

que somente a ordem jurídica eficaz é considerada pela ciência do Direito como uma ordem jurídica positiva válida. Esta aparece como condição de validade da norma jurídica e da própria ordem jurídica. Pode-se sintetizar dizendo que a eficácia é condição de validade, mas o fundamento de validade da ordem jurídica estatal é, como já abordado, a norma fundamental que legitima a constituição de uma ordem jurídica, quando as normas dessa ordem jurídica são de modo global observadas e aplicadas. (KELSEN, 1998).

Há, neste caso, uma limitação do objeto da ciência do Direito positivo. Isso ocorre porque quando Hans Kelsen limita o objeto, ele o concebe como um sistema de normas postas na realidade com a finalidade de levar os homens a se conduzirem de uma maneira determinada. Para provocar a conduta desejada, a norma jurídica faz da conduta contrária o pressuposto de um ato coativo. Nesse sentido, a validade da ordem jurídica tem sua eficácia condicionada pela norma fundamental, da qual depende o fundamento de sua validade. (SPAREMBERGER, 2016, p. 104).

Conforme Kelsen (1994, p. 236),

A norma fundamental determina: a coação deve ser exercida sob os pressupostos e pela forma determinados pela Constituição que seja globalmente considerada, eficaz, pelas normas gerais, postas em conformidade com a Constituição, que sejam, de modo global, eficazes e pelas normas individuais eficazes. A eficácia é estabelecida na norma fundamental como pressuposto de validade.

A eficácia manifesta-se, plenamente, como condição de validade da ordem jurídica, exigida pela própria norma fundamental, quando Hans Kelsen considera a substituição da ordem jurídica por um processo revolucionário. (SPAREMBERGER, 2016, p. 105). Para o autor, trata-se de uma:

Revolução no sentido amplo da palavra, compreendendo também o golpe de Estado, é toda modificação ilegítima da Constituição, isto é, toda modificação da Constituição, ou a sua substituição por uma outra, não operadas segundo as determinações da mesma Constituição. (KELSEN, 1998, p. 233).

A revolução rompe o princípio da legitimidade, que determina o início e o fim da validade das normas jurídicas segundo os preceitos da própria ordem jurídica. Pela revolução, a Constituição em vigor é modificada ou totalmente substituída por processos estranhos àqueles que ela própria acolhia. Isso significa que, ainda que as normas jurídicas promulgadas sob o domínio da

antiga Constituição permaneçam em vigor sob o novo regime revolucionário, há mudança no fundamento de validade dessas normas. A norma fundamental é substituída por outra e é sobre esta que se funda a validade das normas, mesmo que seu conteúdo permaneça o mesmo. (SPAREMBERGER, 2016, p. 105). Assim, a norma fundamental, diz Kelsen (1998, p. 234),

Refere-se apenas a uma Constituição que é efetivamente estabelecida por um ato legislativo ou pelo costume e que é eficaz. Uma Constituição é eficaz se as normas postas de conformidade com ela são, globalmente e em regra, aplicadas e observadas.

Se a antiga Constituição perde a eficácia, perde também a validade, e, com ela, a própria ordem jurídica deixa de ser válida. A nova ordem jurídica que se torna eficaz legitima-se sob a pressuposição de uma norma fundamental. Esta relação entre validade e eficácia é considerada por Hans Kelsen como um dos problemas mais importantes e difíceis da teoria jurídica positiva. Tal dificuldade decorre porque é uma relação entre o *dever-ser* da norma e o *ser* da realidade natural. Conforme mostra o autor, quer o ato que põe a norma jurídica positiva quer a sua eficácia são atos do mundo do *ser*. Por isso, a concepção Kelseniana refuta a tese das teorias que negam alguma forma de conexão entre a validade como *dever-ser* e a eficácia como *ser*, e daquelas que confundem validade com eficácia ao identificar dois conceitos. (SPAREMBERGER, 2016, p. 106).

A primeira é falsa, pois, por um lado, não pode negar-se que uma ordem jurídica como um todo, tal como uma norma jurídica singular, perde a sua validade quando deixa de ser eficaz; por outro lado, é também falsa na medida em que existe uma conexão entre o *dever-ser* da norma jurídica e o *ser* da realidade natural, já que a norma jurídica positiva, para ser válida, tem de ser posta através de um *ato-de-ser* (da ordem do *ser*). (KELSEN, 1998, p. 236).

A segunda tese também é falsa, conforme entende Kelsen (1994, p. 237), “porque há normas consideradas válidas, embora não sejam eficazes”. Por isso, para a “Teoria Pura do Direito”, validade e eficácia são conceitos distintos. Ou seja, “[...] a eficácia da ordem jurídica como um todo e a eficácia de uma norma jurídica singular são, tal como o ato que estabelece a norma, condição de validade” (KELSEN, 1994, p. 237).

Hans Kelsen afirma que tanto a ordem jurídica tomada globalmente como isoladamente deixa de ser considerada válida se não é eficaz ou tão logo deixe de sê-lo. Entretanto, não é a eficácia a causa da validade. A norma jurídica será

válida se é eficaz e não porque é eficaz. O fundamento de validade não é a eficácia; é a norma fundamental que enuncia que se deve agir conforme a Constituição que é, de modo geral, eficaz. (SPAREMBERGER, 2016, p. 107). Diz o autor,

As normas de uma ordem jurídica positiva valem (são válidas) porque a norma fundamental que forma a regra basilar da sua produção é pressuposta como válida, e não porque são eficazes; mas elas somente valem se esta ordem jurídica é eficaz, quer dizer, enquanto esta ordem jurídica for eficaz. (KELSEN, 1994, p. 237).

A ineficácia de uma norma jurídica tomada isoladamente dentro do sistema jurídico não prejudica a eficácia da ordem jurídica. A norma jurídica perde a validade se jamais for observada ou aplicada ou, ainda, quando deixa de ser observada e aplicada ao longo do tempo. Nesse caso, ocorre o *desuetudo*, que é definido como “um costume negativo cuja função essencial consiste em anular a validade de uma norma existente” (KELSEN, 1998, p. 237). Ocorre o chamado *desuetudo* porque se o costume é, em geral, um fato gerador de Direito, então também o Direito estatuído (legislado) pode ser abolido através do costume.

A eficácia é, também, condição de validade das normas individuais que, quando não executadas por longo tempo, perdem a validade. A validade de uma norma jurídica positiva não se confunde com a sua eficácia, pois a existência específica do Direito não se confunde com a realidade a que se dirige, enquanto ordem positiva. A relação entre a validade e a eficácia corresponde à relação entre o Direito e a força, na medida em que o primeiro não pode existir sem o segundo, mas que, todavia, não se identificam. (KELSEN, 1998).

Em seu papel descritivo, a ciência do Direito descreve a ordem jurídica eficaz, extraindo sua validade da norma fundamental. Embora a norma jurídica seja a expressão de um valor, a ciência do Direito, conforme concebe Hans Kelsen, só pode referir-se ao valor acolhido pela norma, reconhecendo-o como valor posto, valor positivo, o único que pode ser racionalmente apresentado e cientificamente revelado, porque é ele o valor objetivo. (SPAREMBERGER, 2016, p. 108).

A ciência do Direito cumpre a sua função descrevendo a ordem jurídica existente e eficaz que consegue impor a sua observância àqueles que lhe são submetidos. Assim, a atividade jurídica científica é uma atividade que descreve

a realidade jurídica, que enuncia a existência de uma ordem jurídica, quaisquer que sejam os valores que essa ordem acate, pois, a crítica às normas não é função da ciência. Conforme afirma Hans Kelsen, citado por Afonso (1984, p. 267):

Segundo o Direito dos Estados totalitários, o governo tem o poder para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar os indivíduos de opinião ou raça indesejável. Podemos condenar com a maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considera-las como situando-se fora da ordem jurídica desses Estados. Assim, se a ordem jurídica é eficaz, a ciência do Direito esgota seu papel ao descrever essa ordem.

Para uma concepção de ciência, que se reduz a uma atividade descritiva, não importa que o sistema jurídico seja apenas uma ordem de terror, que atenta contra a dignidade e a decência humanas. A ciência tem o papel de descrever a ordem jurídica, isso é, existente e eficaz. Ainda que os homens submetidos a essa ordem jurídica sejam brutalizados e aniquilados pelos conteúdos valorativos que essa ordem acolhe, a ciência do Direito não pode assumir qualquer função crítica perante esses conteúdos. Pode-se condenar com a maior intensidade tais medidas, mas não se pode condená-las no campo do conhecimento científico do Direito. O jurista não pode assumir qualquer papel crítico. Haverá, quando muito, uma separação de papéis entre aquele que compete ao jurista enquanto cientista do Direito e aquele que lhe compete enquanto membro da sociedade. (AFONSO, 1984).

Isso significa que, enquanto membro da sociedade, pode-se condenar as medidas de terror; mas enquanto jurista o papel é de neutralidade de quem descreve uma realidade exterior cuja apreciação não lhe diz respeito. Essa é a mais dramática, grave e incongruente consequência de se reduzir a ciência do Direito a uma atividade descritiva e de se limitar o seu papel a uma função unicamente enunciativa. Não possibilitando à ciência do Direito nenhuma função na conquista do aprimoramento das instituições jurídicas, não haveria o mínimo compromisso com o progresso do conhecimento científico. Por fim, é importante destacar que na teoria Kelseniana não há espaço para indagar se a validade da ordem jurídica é devida ao seu valor intrínseco, à justiça de seu conteúdo, se é devida ao consenso da comunidade social a que as normas jurídicas se dirigem, se decorre da harmonia entre os valores contidos nas normas jurídicas e os

valores acolhidos pela comunidade social. Ao contrário, a ciência do Direito, na concepção positivista de Hans Kelsen, apenas pode descrever a ordem jurídica positiva, aquela que existe efetivamente, que é eficaz como expressão coativa, legitimando-a pela pressuposição da norma fundamental. Este é o modelo paradigmático de ciência do Direito da atualidade. (SPAREMBERGER, 2016, p. 109-110).

Em suma, o paradigma epistemológico do Direito moderno centrou-se e foi edificado a partir da crença instrumental tecnicista da objetividade, que serviu como álibi teórico para edificar a ciência jurídica moderna, que em Hans Kelsen encontra sua maior expressão. A sistematização racional do fenômeno jurídico é dogmatizado, uniformizado e imobilizado, anulando e extirpando do Direito não apenas valores morais, mas, sobretudo, o sentido de justiça para além do politicamente necessário e útil. O normativismo kelseniano pretende – pela atuação do “senso comum teórico dos juristas” – a hegemonia da comunicação e produção da ciência jurídica.

3 A CONFIGURAÇÃO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA TRADICIONAL

O segundo capítulo, intitulado “A configuração da hermenêutica jurídica tradicional”, analisa o modelo hermeneuta predominante na ciência do Direito. Para tanto, inicialmente, tece-se considerações acerca da origem etimológica do vocábulo hermenêutica, explicitando suas características e, em seguida, introduz as noções básicas da hermenêutica jurídica tradicional, considerada um produto da racionalidade jurídica moderna, sua experiência epistemológica e assim por diante. Tudo para, a partir daí debater a provável superação da hermenêutica jurídica tradicional ou mesmo a perspectiva de um “novo” paradigma para o Direito, não mais centrado na reprodução do objeto pelo sujeito.

3.1 Conceito e características do termo hermenêutica: entre o univocismo e relativismo

A questão inicial que se apresenta para qualquer campo do conhecimento, de acordo com Lixa e Sparemberger (2016, p. 45), é o seu problema constitutivo, ou seja, o desafio inicial de um campo particular do conhecimento é epistemológico, obrigando sua delimitação e particularidade de forma a evidenciar o objeto em torno do qual gravitam suas proposições, objetivos e finalidades. Dessa forma, torna-se possível a identificação dos elementos constitutivos, definindo, assim, os paradigmas que lhes servem de sustentação e também justificam a legitimidade de seu discurso legitimador.

Indo nesse sentido, para as autoras, a primeira tarefa da reflexão aqui proposta é esclarecer o que se define como “hermenêutica” e quais as questões essenciais que envolvem a delimitação de seu objeto e particularidades metodológicas, esforço que é um grande desafio aos que se dedicam a este particular campo do conhecimento e que, na área do Direito, tem ocupado as primeiras décadas do século XX a pauta central dos debates.

Em sua origem etimológica, o termo “hermenêutica” deriva do verbo grego *hermeneuein* e do substantivo *hermeneia*, traduzidos em geral por interpretação, mas que segundo Coreth (1973, p. 1),

Significava, em toda sua extensão semântica, declarar, anunciar, interpretar (ou esclarecer) e traduzir. Ou seja, no fundo essa

diversidade de acepções tinha o sentido de que algo era tomado compreensível, conduzido à compreensão.

Muitos são os autores que afirmam que a palavra hermenêutica tem sua raiz no Deus da mitologia grega Hermes. A imagem do Deus alado está ligada a “apoio, cipo, coluna” (BRANDÃO, 1989, p. 181; SPAREMBERGER, 2016, p. 133). Os gregos, porém, davam-lhe um significado variado. Era conhecido como símbolo da trapaça, astúcia e ardil: “um verdadeiro ‘trickster’, um trapaceiro, um velhaco, um companheiro, protetor de amigos e de ladrões” (BRANDÃO, 1989, p. 195-196; SPAREMBERGER, 2016, p. 133). Parece, porém, que a missão de Hermes transcendia à mediocridade humana, elevando-se ao Deus da interpretação. Hermes tinha como principal missão a tarefa de traduzir e interpretar a vontade dos deuses e dos homens, sendo-lhe neste sentido atribuídas as qualidades de astúcia, inventividade e domínio sobre as trevas. “Era o logos, o sábio, o judicioso, o tipo inteligente do grego refletido, o próprio logos. Hermes é o que sabe, por isso transmite toda ciência secreta” (BRANDÃO, 1989, p. 195-196; SPAREMBERGER, 2016, p. 133). Ainda que tal explicação não seja objeto de consenso entre os filólogos, é importante aqui destacar a opinião de Grondin (1993, p. 10):

L’office de médiation accompli par l’activité ‘hermeneutique’ a conduit les Anciens à voir une relation étymologique entre la famille sémantique autour d’hermeneuein et Hermès, le dieu messager qui permettait aux divins de communiquer entre eux, mais aussi de parler aux hommes. On aimerait dire que la filiation est trop évidente pour être rigoureuse. De fait, elle a été accueillie avec une forte dose de scepticisme par la philologie la plus récente. Néanmoins, une filière étymologique plus crédible n’a pas encore réussi à s’imposer, si bien que la question concernant l’origine des termes hermeneuein et Hermès doit rester ici ouverte¹².

Para Palmer (1997, p. 24), as várias interpretações da palavra sugerem o processo de trazer uma situação ou uma coisa à inteligibilidade, à compreensão. Os gregos atribuíam a Hermes a descoberta da linguagem e da escrita – as

¹² Tradução: “O trabalho de mediação realizado pela atividade ‘hermenêutica’ levou Antigos a verem uma relação etimológica entre a família semântica ao redor da hermenêutica e Hermes, o deus mensageiro que permite às divindades comunicarem entre si, mas também falarem aos homens. Gostaríamos de dizer que tal ligação é por demais evidente para ser rigorosa. De fato, ela foi acolhida com uma forte dose de ceticismo pela filologia mais recente. Contudo, nenhuma relação etimológica mais verossímil conseguiu ainda se impor, de modo que as questões da origem dos termos hermenêutica e Hermes deve ficar, aqui, em aberto”.

ferramentas que a compreensão humana utiliza para transmiti-la aos outros. De acordo com este autor,

A palavra grega *hermeios* referia-se ao sacerdote do oráculo Delfos. Esta palavra, o verbo *hermeneuein* e o substantivo *hermeneia*, mais comuns, remetem para o deus mensageiro – alado Hermes, de cujo nome as palavras aparentemente derivaram (ou vice-versa?). E é significativo que Hermes se associe a uma função de transmutação – transformar tudo aquilo que ultrapassa a compreensão humana em algo que essa inteligência consiga compreender. As várias formas da palavra sugerem o processo de trazer uma situação ou uma coisa, da inteligibilidade à compreensão. (PALMER, 1997, p. 24).

Nesse sentido a hermenêutica, entendida como arte de interpretação de textos, de descoberta do seu significado, é tão antiga quanto o é a expressão escrita do pensamento ocidental.

Na Antiguidade, vários foram os autores que trabalharam o termo “hermenêutica”, entre os quais destaca-se Xenofonte, Plutarco, Eurípides, Epicuro, Lucrecio e Longino. (PALMER, 1997).

Contemporaneamente, o conceito de hermenêutica possui uma caracterização mais ampla e voltada à explicação das peculiaridades de trabalho no campo das ciências humanas. (SPAREMBERGER, 2016, p. 135).

A hermenêutica é o estudo da compreensão, é essencialmente a tarefa de compreender textos. As ciências da natureza têm métodos para compreender objetos naturais; as ‘obras’ precisam de uma hermenêutica, de uma ciência da compreensão adequada a obras enquanto obras [...] o campo da hermenêutica nasceu como esforço para descrever estes últimos modos de compreensão, mas especificamente históricos e humanísticos. (PALMER, 1997, p. 44).

Assim, observa-se que o termo “hermenêutica” tem comportado diversas concepções. No sentido mais restrito e atual, serve para caracterizar o pensamento de autores como Hans-Georg Gadamer, autêntico “divisor de águas” da hermenêutica moderna que a transforma em procedimento de compreensão em si, o que chama de “Hermenêutica Filosófica”, como o de Paul Ricouer, para quem a hermenêutica é filosofia universal de interpretação que possibilita o acesso à compreensão da experiência histórica, que é essencialmente linguística. Porém, como chama a atenção Grondin (2012, p. 11), citado por Lixa e Sparemberger (2016, p. 45-46), se, de um lado, Gadamer, Ricouer e seus seguidores estiverem no centro dos grandes debates intelectuais da segunda metade do século XX (estruturalismo, críticas às ideologias,

desconstrução, pós-modernismo etc.), de outro, também se vinculam a antiga tradição hermenêutica como arte de interpretação de textos e não uma filosofia universal. Portanto, com base na bibliografia referenciada, é possível distinguir distintas concepções de hermenêutica criadas ao longo da tradição do pensamento ocidental. Neste sentido, discorre-se acerca de três grandes conceitos do termo “hermenêutica”.

Primeiro, no sentido clássico, designa “arte de interpretar textos”. Como arte (virtude), tem sua construção teórica relacionada a campos do conhecimento relacionados à interpretação de textos: sagrados (hermenêutica teológica – *hermenêutica sacra*); jurídicos (*hermenêutica iuris*) e do campo da filologia (*hermenêutica profana*). Nesta perspectiva, a hermenêutica possuía uma função auxiliar e necessária para esclarecer passagens obscuras ou ambíguas. Por ter um objetivo essencialmente técnico normativo, sua função era a de estabelecer regras (cânones) que poderiam garantir uma adequada e segura compreensão de textos. Essa tradição que tornou a hermenêutica uma disciplina auxiliar manteve-se até Friedrich Schleiermacher no século XIX, quando então Wilhelm Dilthey confere-lhe novo *status*. (LIXA e SPAREMBERGER, 2016, p. 46).

Para as autoras, inaugurando uma segunda etapa e concepção de hermenêutica, Wilhelm Dilthey lhe atribui nova tarefa: fundamento metodológico das ciências do espírito. Assim, hermenêutica torna-se uma reflexão metodológica sobre a pretensão de verdade e o estatuto científico das ciências humanas. Graças a esta perspectiva renovadora de hermenêutica, as ciências humanas conseguem enfrentar a lógica instrumental positivista imperante no século XIX para a qual o rigor metodológico era o único parâmetro capaz de conferir respeito e confiabilidade a um saber verdadeiramente “científico”.

Já no século XX nasce uma terceira concepção do termo “hermenêutica” que assume uma dimensão “filosófica universal de interpretação”. Isto porque, de acordo com Grondin (2012, p. 14), citado por Lixa e Sparemberger (2016, p. 46), “sua ideia fundamental (prefigurada em Dilthey) é que o entendimento e a interpretação não são apenas métodos encontráveis nas ciências humanas, mas processos fundamentais que podemos encontrar no próprio núcleo da vida”. As bases desta nova configuração do sentido e função da hermenêutica são construídas a partir do pensamento de Friedrich Nietzsche, que não tem a

hermenêutica como preocupação central, e destacadamente de Martin Heidegger, que rompe com a tradição metodológica de hermenêutica, para quem o termo assume como tarefa interpretar a existência – ou seja, há um “giro hermenêutico”: da “hermenêutica dos textos” para a “hermenêutica da existência”.

A trajetória do pensamento hermenêutico, com base na bibliografia até aqui referenciada, acabou por carregar em seu núcleo uma polêmica permanente: seria a hermenêutica arte ou ciência? Filosofia ou técnica?

Para Beuchot (2015), hermenêutica não é uma ciência em *stricto sensu*, mas tampouco é intuição artística, como demonstra Gadamer. O autor afirma que a relação de Gadamer entre hermenêutica e *phronesis* aristotélica (prudência) soluciona essa problemática, uma vez que hermenêutica é um conhecimento em um contexto, ou seja, uma “razão contextualizada”. Interpretar é compreender em profundidade o texto que pode ser escrito, um diálogo – conforme Gadamer – uma ação significativa – que diz Ricoeur – uma obra de arte etc.; ou a realidade em si mesma ser um texto, como considera Heidegger. Portanto, como considera Gadamer, hermenêutica é uma racionalidade situada (contextualizada) e, nesse sentido, afirma Beuchot (2015), “interpretar é colocar o texto em seu contexto”.

[...] o acontecimento hermenêutico ou ato interpretativo atua, em primeiro lugar, em um texto, que é o que vai se interpretar. Mas esse texto pressupõe um autor. E ainda um leitor ou intérprete, que é o que vai interpretar. Há, por um lado, a intenção do autor, que é o que quis expressar no texto; e há outra intencionalidade, a do leitor, que nem sempre interpreta o que o autor quis que se entendesse, mas acrescenta significados de sua escolha. Por isso alguns, como Humberto Eco, incluem uma intencionalidade do texto, para diferenciar a do autor e a do leitor, como algo resultante de um encontro. (BEUCHOT, 2015, p. 14-15).

Portanto, para o autor, a hermenêutica é ato/ação de intervenção na multiplicidade de sentidos, porque onde há o unívoco não há que se falar em hermenêutica, assim como também não há que se falar em hermenêutica no equívoco, porque a equivocidade é a multiplicidade de interpretações que se dissolvem no infinito das subjetividades. Hermenêutica é, para Beuchot, o análogo, uma atitude de raiz aristotélica, que evita os extremos (unívoco/equívoco) que emprega como procedimento a proporcionalidade capaz

de aglutinar valores comuns e também uma atribuição/adequação a outros sentidos. (LIXA e SPAREMBERGER, 2016, p. 47).

Buscando rever brevemente a historiografia do pensamento hermenêutico e analisando a origem etimológica do termo, pode-se afirmar, em síntese, que hermenêutica é uma palavra herdada pela tradição do pensamento ocidental relacionada à compreensão do sentido para além do enunciado pela palavra, uma tarefa de transmutação compreensiva¹³. Entretanto, o que atualmente se rotula como hermenêutica possui um sentido distinto daquele original e “desenvolveu-se, em grande parte, sem ter consciência de si” (GRONDIN, 2012, p. 22 apud LIXA e SPAREMBERGER, 2016, p. 47), como resultado de uma soma de condições sociais e teóricas ocorridas no cenário europeu moderno, e que acabou por constituir-se como campo específico do conhecimento. Por esta razão, é questionável que se recue em períodos anteriores aos séculos XVI e XVII para ser escrita a historiografia do pensamento hermenêutico. Sob uma perspectiva histórica, a “questão hermenêutica” é colocada no mundo moderno nos campos do conhecimento relacionados com a interpretação de textos, sobretudo com a teologia e jurisprudência, disciplinas teóricas que vão ser obrigadas a criar instrumentos técnicos fundamentados, segundo uma lógica cientificista, acerca do conteúdo de textos transmitidos pela tradição através de uma correta interpretação de seu sentido.

Sem querer mergulhar no imenso oceano da construção do pensamento hermenêutico moderno, o certo é que o termo “hermenêutica” ganha o *status* de Teoria Geral de Interpretação como resultado de um processo cumulativo possível pela conjunção, de um lado, do modelo de racionalidade científica moderna como “fiança” intelectual; e de outro, porque solucionou de maneira eficiente o conjunto de desafios colocados a partir do século XV no campo da interpretação dos textos sacros, profanos e jurídicos. Por esta razão, lembra Hans-Georg Gadamer, que o sentido de hermenêutica é situada na tradição científica da modernidade. O uso moderno da palavra “hermenêutica” principia exatamente ao, quer dizer, com o surgimento do conceito moderno de método e

¹³ Lembra Lixa e SpareMBERGER (2016, p. 47) que, embora sem possibilidade de esclarecimento conclusivo sobre a origem e o sentido da palavra *hermeneutiké* na cultura grega antiga, o certo é que era associada à atividade sacra, a transmutação do divino para o humano, e não reflexão sobre o sentido da linguagem tal qual passou a ser considerado na Modernidade.

de ciência. No seu uso aparece sempre implícita uma espécie de consciência metodológica capaz não apenas de possuir a arte da interpretação como também de poder justificá-la teoricamente. É exatamente neste sentido que vai se orientar o esforço teórico dos pensadores que delimitaram as propostas iniciais da modernidade hermenêutica, qual seja, elaborar uma teoria a partir do conjunto das representações capaz de conferir autocerteza científica ao conhecimento paulatinamente construído que atinge a “idade da Razão” no século XIX.

Em síntese, “hermenêutica é uma reinvenção da modernidade”, isto porque é na modernidade que a ciência, enquanto conhecimento condicionado à certeza metodológica e segura da ciência newtoniana, rompe com as “incertezas” fundadas na autoridade tradicional de matriz clássica grega. No contexto do iluminismo, a segurança interpretativa dos textos já não se garantia pela autovalidação legitimada pela tradição. A lógica cartesiana inaugura um movimento inovador e revolucionário de legitimidade: o paradigma da autoridade é substituído pelo paradigma da razão. Na modernidade, a fé no método certifica a verdade assim, método e razão legitimam a racionalidade científica. (LIXA e SPAREMBERGER, 2016, p. 48).

O preço a ser pago, se for visto como perda tangível, é que a dependência antiga sobre a qual a autoridade textual (e escritural) é colocada em dúvida, e aquelas costumeiras, originalmente sem respaldo racional para mantê-las ou dar respeitabilidade filosófica, são rejeitadas. As maneiras tradicionais de fazer as coisas, dependendo geralmente de práticas costumeiras, são anátemas à era da racionalidade científica. (LAWN, 2007, p. 52).

A dependência do método racionalmente autorizado, face visível do discurso ideológico e político da modernidade, exige do pensamento hermenêutico um enorme esforço para o rompimento com o passado. Gadamer (1999), questionando a autosegurança moderna, na introdução de seu clássico “Verdade e Método”, já inicia sua crítica ao aprisionamento da hermenêutica à questão metodológica, lembra que, desde sua origem histórica, o problema da hermenêutica sempre foi o de forçar os limites impostos pelo conceito metodológico da ciência moderna.

“Entender e interpretar os textos não é somente um empenho da ciência, já que pertence [...] ao todo da experiência do homem no mundo. Na sua origem,

o fenômeno hermenêutico não é, de forma alguma, um problema de método” (GADAMER, 1999, p. 31). O compreender, no sentido gadameriano, não se limita ao teste neutro e imparcial da razão, mas definido a partir do contexto cultural e histórico, uma vez que sempre é situada dentro de uma estrutura histórica.

O “pensamento metodizado”, expressão do racionalismo científico moderno, torna-se o núcleo da preocupação hermenêutica tradicional cujo grande esforço, em sua origem, foi o de delimitar regras para eliminar as arbitrariedades e subjetivismos interpretativos, e com esta preocupação, é que se definiram as concepções univocistas, paradigmas dominantes entre os séculos XVII e XIX. (LIXA e SPAREMBERGER, 2016, p. 48-49).

Para as autoras, já no século XX, amplia-se o campo metodológico e é reorientado seu objeto assumindo-se a hermenêutica como filosofia universal da interpretação, considerando a interpretação a característica essencial da presença humana no mundo. Um avanço que acabou por definir o panorama do pensamento hermenêutico contemporâneo.

De acordo com aquelas, composto por inúmeras correntes teóricas e discursos de sustentação, tais como o estruturalismo, a crítica à ideologia, a desconstrução, os pós-modernismos etc., a hermenêutica contemporânea acabou por servir e alimentar o triunfo da incerteza e dos relativismos. Conduzida ao campo da filosofia e dominada pelo debate da crise epistemológica na tradição eurocêntrica – genericamente rotulada como pós-modernidade – a hermenêutica tem se caracterizado pelo predomínio das concepções “equivocistas”, que são marcadas pela perda total de sentido e fragmentação da realidade, a exemplo da desconstrução de Richard Rorty, o pensamento de Gianni Vattimo ou mesmo o conceito de pós-modernidade de Jean-François Lyotard, fragilizando a epistemologia da verdade e a própria ética do bem. A perda de sentido e de referência é produto da contraposição ao excessivo univocismo que dominou a preocupação hermenêutica construída a partir do paradigma cientificista moderno, que pretendeu reduzir a realidade à experimentação técnica científica.

Tanto a redução da realidade ao eterno relativo, que condena o humano à impossibilidade do bem, e do previsível, como a incessante busca da verdade única e universal dada pelo experimental tecnicista, podem ser consideradas

como extremos hermenêuticos que têm servido como mola propulsora ao que se pode definir como “pêndulo” hermenêutico¹⁴. Tal qual um pêndulo que oscila entre dois polos cuja velocidade diminui pouco a pouco, assim como a distância entre os extremos, mas sempre antagônicos, por menor que seja a distância, até que chegue ao centro e pare; a hermenêutica foi levada ao extremo univocista e seu contrário, o relativismo equivocista. Evidentemente dois dogmas se excluem e são reducionistas. (DORANTES, 2005, p. 31).

Segundo Beuchot (2005, p. 46-47), a hermenêutica univocista sustenta a concepção reducionista de que somente há uma interpretação válida e todas as demais em sua totalidade são incorretas. Trata-se de uma construção que recebeu distintas matrizes vinculadas ao cientificismo que encontra seu apogeu no positivismo do século XIX e maior elaboração no positivismo lógico do século XX, segundo o qual, um enunciado era interpretado de maneira válida de acordo com o adequado procedimento lógico analítico de verificação independente da realidade, uma vez que a comprovação conceitual é tautológica. Além de que, lembra o autor, assim como afirmavam os escolásticos que “a universalidade constrói falsidades e a particularidade edifica a verdade”, é necessário ter cuidado com juízos extremos uma vez que é mais fácil haver equívoco no universal do que no particular. Ou seja, afirmar que apenas é corretamente interpretado o que é empiricamente verificável é uma afirmação em si mesmo insustentável, já que a mente que enuncia o princípio é finita e, assim, o enunciado é em si mesmo inverificável. Ou seja, o univocismo se autorrefuta.

Em outro extremo, com matriz romântica, a hermenêutica aposta no subjetivismo uma vez que o próprio romantismo é inseparável do idealismo. Por mais que seus expoentes tentaram superar o subjetivismo, tal como próprio Friedrich Schleiermacher, o pensamento hermenêutico romântico se impregnou pelo sentimento: o texto e seu contexto, o autor e sua cultura; de alguma maneira se buscava mergulhar no mundo cultural tanto do autor quanto do leitor, como uma fusão de subjetividades que parecia conduzir a máxima objetividade, mas que culminou em um subjetivismo mais bem elaborado, afirma Beuchot (2005, p. 45).

¹⁴ A expressão “pêndulo” hermenêutico é utilizado por Dorantes (2005) para designar as oscilações entre os extremos – do univocismo ao equivocismo – que têm conduzido as teorias hermenêuticas modernas.

[...] romantismo e positivismo são contemporâneos, aparecem nas primeiras décadas do século XX. O romantismo surge como reação contra o racionalismo-empirista da Ilustração. O positivismo é uma reação contra o romantismo, sua desconfiança da razão e sua espécie de irracionalismo. Outra vez observamos que os extremos se tocam, pois se a hermenêutica positivista – que na realidade não é hermenêutica – pretende a máxima objetividade, a hermenêutica romântica pretende atingir esta máxima objetividade através da máxima subjetividade, com sua exaltação ao eu, ao sujeito e as faculdades mais subjetivas – as sentimentais – do homem. [...]. A hermenêutica positivista é univocista, a interpretação é apenas uma e deve ser aceita por todos. É o cientificismo. (BEUCHOT, 2005, p. 45). (Tradução livre).

A pretensão univocista da hermenêutica carrega impossibilidades e limitações significativas, tais como: reduzir a realidade existencial a um único e universal sentido humano, cultural e histórico; desconsidera a finitude do compreender humano, que impossibilita a apropriação da verdade, e a redução interpretativa, que trai a própria hermenêutica; dentre outras impossibilidades. (LIXA e SPAREMBERGER, 2016, p. 50).

A realidade, campo de conhecimento e de ação humana, é complexa e, dentro de certos limites, mutante. Caso fosse imutável e de absoluta simplicidade, aí sim seria de se admitir o univocismo e não haveria que se falar em expressões ambíguas. Ainda, a complexidade e mutabilidade do real, além da limitação do conhecimento humano, impõem um esforço permanente em torno de referenciais para valoração do real. Portanto, desde a perspectiva da ciência não é possível sustentar uma única “atitude científica” aceitável e um conhecimento verdadeiro e certo, concepções e fundamentos dogmáticos típicos da ciência clássica. Ao contrário, em função das limitações humanas há que se incluir na busca da verdade a probabilidade e a possibilidade e não somente as certezas. O saber humano é impulsionado por questões acerca da essência e existência dos seres e, acumulando indicações parciais, vai integrando penosamente conhecimentos válidos que ampliam de maneira indefinida o dinamismo do espírito sobre a realidade. (MORFÍN, 1999, p. 73-74 apud LIXA e SPAREMBERGER, 2016, p. 50).

Em direção oposta, o relativismo equivocista toma como parâmetro o romantismo que, em síntese, privilegia a subjetividade absoluta própria do idealismo filosófico de sua matriz do início do século XIX. O romantismo representou, em sua origem, uma reação às ciências naturais e formais que

impregnaram o positivismo filosófico dominante. O relativismo romântico, atualmente de pós-modernismo, é essencialmente equivocista, defendendo a diferença e a diversidade interpretativa. Impregna-se – não pela via da razão, mas pelo sentimento – pela concepção de que um texto e contexto de alguma maneira são compreensíveis quando se faz uma imersão no mundo cultural do autor que se vincula ao intérprete desde a subjetividade. (BEUCHOT, 2005, p. 480. O intérprete tem a tarefa de encontrar-se com o horizonte compreensivo do autor, o que acaba por se tornar também um reducionismo que pressupõe a tradição cultural particularizada como limite da racionalidade e da compreensão. O relativismo elaborado ao longo da filosofia romântica, que tem em Schleiermacher uma síntese da hermenêutica, encontrará em Nietzsche a extrema manifestação quando afirma a famosa frase “não há fatos somente interpretações”. Legado niilista presente nas concepções pós-modernas, como particularmente em Vattimo, herdeiro contemporâneo maior de Gadamer. (LIXA e SPAREMBERGER, 2016, p. 51).

Para as autoras, o relativismo equivocista é limitado na medida em que permite uma subjetividade sem margem de limites; impede a visão global e totalizante da realidade e alimenta uma metafísica frágil destituída de valores e referências; acabando por perder-se na discussão niilista e legitimando qualquer compreensão e interpretação, o que fragiliza e também fragmenta a realidade.

Em suas visões, perdem-se, em ambas as discussões, um elemento hermenêutico precioso e essencial que já chamava a atenção de Gadamer: a discussão acerca dos elementos que definiam o horizonte compreensivo e determinam o sentido e legitima o agir humano. Em tal perspectiva, o “compreender” torna-se produto de condições definidas por um horizonte, um âmbito de “visão”, estabelecido por um agir histórico e questionador a partir de uma finitude do presente. Diz o autor:

Horizonte é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que é visível a partir de um determinado ponto [...]. Ter horizontes significa não estar limitado ao que há de mais próximo, mas poder ver para além disso [...]. A elaboração da situação hermenêutica significa então a obtenção do horizonte de questionamento correto para as questões que se colocam frente à tradição. (GADAMER, 1999, p. 452).

Sob tal perspectiva, o presente é um universo de questionamentos e de superação de limites, sendo a compreensão não um fenômeno que existe por si

só e independente de historicidade, uma vez que, seu pressuposto é a interpelação daquele que está situado. A atitude hermenêutica é, portanto, uma tomada de consciência que pressupõem questionamentos. É algo mais do que a mera reprodução de conceitos ou concepções alheias. É um compreender o presente a partir das condições de sua superação. (LIXA e SPAREMBERGER, 2016, p. 51).

Para as autoras, escapando do univocismo e relativismo e indo em direção a uma proposta que busca reabilitar as condições históricas a partir das quais se constrói o ser humano concreto, que interpreta um dos pontos de partida, é retomar o pensamento de Leopoldo Zea¹⁵, para quem o ser humano é definido pela história e o que pode ser dependente da tríplice dimensão histórica, ou seja, ao que dá sentido ao fato, ao que se faz e ao que se pode continuar fazendo. Segundo a dimensão vital adotada por este ser histórico e hermenêutico, a compreensão da história define escolhas: a afirmação e conservação do passado, a esperança no presente ou a mudança permanente no futuro.

Assim como aquelas, partindo de um horizonte e atitude hermenêutica de ampliação do presente com vistas a um futuro mais generoso, construído historicamente por atores históricos concretos, é que se podem recuperar experiências do pensamento jurídico crítico brasileiro e latino-americano para encontrar elementos a serem resgatados e reinventados pela hermenêutica jurídica crítica, dentre as quais a hermenêutica analógica, proposta e metodologia desenvolvida na América Latina destacadamente por Mauricio Beuchot.

Beuchot (2015) define a hermenêutica analógica como atitude que tem como pressuposto a virtude epistemológica no sentido aristotélico, ou seja, corresponde a *phrónesis* ou prudência, que é um saber prático e concreto acerca do proporcional ético. Esclarece o autor que “uma hermenêutica analógica terá como atitude característica, ou virtude própria, evitar os extremos de uma hermenêutica univocista e uma hermenêutica equivocista” (BEUCHOT, 2015, p.

¹⁵ Leopoldo Zea (1912-2004) é considerado o principal representante do grupo de pensadores mexicanos “americanistas”, pensa a filosofia mexicana a partir das condições e possibilidades latino-americanas, buscando exprimir reflexivamente a autêntica identidade e a cultura deste continente. Desde a raiz e tradição ibérica e influenciado pelo cristianismo, liderou o movimento acadêmico e ideológico pela resistência e independência contra a hegemonia cultural europeia.

23). A univocidade hermenêutica, própria da tradição iluminista, pressupõem a possibilidade de ser colocado um sentido único – ponto fixo – como válido, excluindo todos os demais.

Desde uma concepção aristotélica, Beuchot (2005, p. 52-56) esclarece que o procedimento analógico é mais que método, é método teórico de interpretação porque possui pressupostos ontológicos e epistemológicos. O significado de “analógico” é relacionado com a predominância da diferença, ou seja, parte da concepção de que um texto possui muitos sentidos válidos e o que define a validade é o intérprete, na medida em que seja capaz de resgatar a intenção do autor como verdade pragmática que serve para um diálogo e um consenso, é tão somente uma correspondência com outros textos.

Na visão de Lixa e Sparemberger (2016, p. 52), a analogia é proporção e atribuição. Proporção porque cada qual é uma igualdade proporcional em sua diferença. Atribuição que significa que o sentido de um termo se aplica ou se atribui de maneira privilegiada a um analogado principal, e de maneira imprópria a analogados secundários, sendo a atribuição decorrente de hierarquia tanto de maneira primária como secundária.

Não se trata de um significado único nem de uma interpretação única, como na hermenêutica univocista, mas de uma interpretação principal que normatiza ou orienta e estrutura as demais que a torna válidas e adequadas. (BEUCHOT, 2005, p. 52).

Tal concepção permite uma “abertura” compreensiva que pressupõem a impossibilidade de ser estabelecida uma concepção perfeitamente única nem tampouco infinitamente relativista. A analogia como atribuição parte de um análogo principal e diversos outros análogos – grupo de interpretações válidas – , porém hierarquizados, segundo critérios de valoração. Neste aspecto, a hermenêutica analógica se aproxima do que insistia Gadamer: a intersubjetividade como meio de objetividade. (LIXA e SPAREMBERGER, 2016, p. 53).

Distinguir os sentidos e as referências é a chave para analogia, lembra Beuchot (2005, p. 58). E este é o velho dilema, ou “questão hermenêutica”, nuclear, que o positivismo enfrentou de forma simplista. A busca de saída para as multiplicidades constitui a Tarefa de Hermes que, conforme ideia explicitada no início deste tópico, trata-se de semideus que voava para encontrar o (“novo”)

sentido compreensível pela condição humana. A tormentosa e insegura tarefa hermenêutica pode encontrar alternativas na analogia que, com sutileza e sensibilidade, ensina que é possível uma interpretação rica e faça justiça.

E há necessidade de um limite, para que não se desate uma progressão infinita de interpretações [...]. É um exercício de prudência, de “phrónesis”, o colocar limites proporcionais [...]. A “phrónesis” ensina a buscar o meio, tanto o meio das ações, no qual consiste no meio-termo da virtude, como o silogismo teórico, meio-termo para unir os extremos, o silogismo prático que é o meio para se chegar ao fim, sendo este último mais próximo da “phrónesis”. Mas é também o mais hermenêutico, como insistiu Gadamer, porque permite colocar um texto em seu contexto, o particular em seu universal, como uma mediação que os aproxima. (BEUCHOT, 2005, p. 60).

Em síntese, usando as palavras do autor: a analogia é a mediação entre extremos e a distinção que une.

Em meio à emergência de um pensamento plural e crítico, o reconhecimento do múltiplo, a tarefa hermenêutica assume-se como tradução de distintos campos de vivência, convivência e saberes que se tocam, como uma zona de contato constitutiva, inovadora de igualdade de diálogos no qual se pretende para o campo do Direito, já que este está inserido no plano de uma hermenêutica tão somente normativa. Assim, antes de adentrar-se na crítica a tal pressuposto metodológico, tece-se considerações acerca da hermenêutica jurídica tradicional, metodologia que orienta a tarefa do intérprete e do aplicador do Direito.

3.2 Aspectos gerais da hermenêutica jurídica tradicional

A hermenêutica no sistema tradicional primitivo era concebida como “escolástica”¹⁶ ou “dogmática”, obstinada em jungir o Direito aos textos rígidos e

¹⁶ Escolástica: sistema filosófico-teleológico e metodológico. Fundamenta-se em Platão, em Aristóteles, na Patrística (sobretudo com Agostinho), como também no pensamento árabe-judaico (Avicena, Averroes e Maimonides). Um dos seus mais insignes expoentes, Tomás de Aquino (século XIII), afirma que a Filosofia opera com bases na razão, ao passo que a Teologia se fundamenta na revelação, uma das fontes da fé. Trata-se de uma disputa que vem desde os primórdios do Cristianismo, realçada por Agostinho, Anselmo e Boaventura. Tomás de Aquino tenta a reconciliação entre ambas quando afirma que não pode haver contradição fundamental entre fé e razão, entre Teologia e Filosofia, pois a origem de ambas é a mesma, a saber, Deus, fonte de toda a verdade, e Ele não pode se contradizer a si próprio. Caracteriza-se, também, por um intenso interesse para a análise linguística, a fim de poder melhor defender a fé. Trata-se não só de mostrar, mas de demonstrar a sua verdade. Entretanto, a Filosofia lhe serve de apoio. Ela é a serva da Teologia. A razão e a técnica da dedução lógica (a metodologia) servem para sistematizá-la e defendê-la. (GILES, 1993, p. 46).

aplicá-los de acordo com a vontade, verificada ou presumida, de um legislador (MAXIMILIANO, 2002). Segundo ele, procurar o pensamento do autor de um dispositivo constitui um meio de esclarecer o sentido deste; o erro consiste em generalizar o processo, fazer do que é simplesmente um dentre muitos recursos da hermenêutica o objetivo único, o alvo geral; confundir o meio com o fim. Da vontade primitiva, aparentemente criadora da norma, se deduziria, quando muito, o sentido desta, e não o respectivo alcance, jamais preestabelecido e difícil de prever.

Segundo Maximiliano (2002, p. 36):

Deve-se ao uso excessivo do Direito Romano entre os povos cultos, sobretudo no Foro civil, esse apego à formalística, a redução do aplicador dos Códigos a uma espécie de autômato, enquadrado em regras precisas e cheias de minúcias, em uma geometria pretensiosa, obcecado pela arte, enganadora, dos silogismos forçados, interpretando hoje um texto como se vivesse há cem anos, imobilizado, indiferente ao progresso, conforme os ditames da escola tradicional.

Com o passar dos anos a velha escolástica cedeu lugar a uma perspectiva mais evolutiva que permitiu a sua modernização numa tentativa de conciliação do passado com o presente, ou seja, permitiu-se a chamada exegese progressiva sobre a base da dogmática. Tal progressividade, no entanto, mantinha a vontade geradora dos dispositivos, porém possibilitava-se a observação não só do que quis o legislador, mas também o que queria dizer se vivesse atualmente e precisasse enfrentar determinados casos não previstos no passado. Para autor, o que se pretendia na verdade era “fecundar a letra da lei na sua imobilidade, de maneira que se torne esta expressão real da vida do Direito”, ou permitir ao intérprete que “mergulhe, profundamente, nas ondas do objetivo, participando da realidade” (MAXIMILIANO, 2002, p. 39).

Nessa linha de raciocínio pode-se observar que a função do intérprete não é a de criar prescrições, nem postergar as existentes, seu papel é deduzir das disposições vigentes uma nova regra para um caso concreto. Isso significa “da regra se não extraia o Direito, ao contrário, com o Direito, tal qual na essência ele é, construa-se a regra” (MAXIMILIANO, 2002, p. 39).

Assim como o sistema primitivo de interpretação teve denominações várias, sem se lhes alterar sensivelmente a essência (processo tradicional, psicológico, dogmático, escolástico), assim também a orientação

contemporânea ostenta ora este, ora aquele dístico, indicador apenas do predomínio de um motivo propulsor da exegese no sentido de adaptar a norma imutável à vida real. Segundo Maximiliano (2002), chamam teleológico ao processo que dirige a interpretação conforme o fim colimado pelo dispositivo, ou pelo Direito em geral. Apelidam de sociológico o sistema que obriga o juiz a aplicar o texto de acordo com as necessidades da sociedade contemporânea, a olhar menos para o passado do que para o futuro, a tornar-se um obreiro, inconsciente ou consciente, do progresso.

A partir das breves considerações históricas e tradicionais da construção conceitual da hermenêutica e, por sua vez, da interpretação como processo de construção do conhecimento, pode-se observar que hoje conceitualmente a hermenêutica pode ser compreendida como aquela teoria que tem como objeto a arte ou os procedimentos da interpretação. Esta, por sua vez, é entendida tradicionalmente como a determinação do sentido e do alcance das expressões das regras jurídicas. Pode-se, ainda, compreender as duas expressões como sinônimas, ambas expressando o sentido da interpretação. A vantagem de utilizar-se as expressões como distintas, chamando de hermenêutica a teoria e de interpretação o processo de fixação do sentido das normas, está em que se pode compreender melhor a diferença entre a teoria e seu papel e a tarefa prática de interpretar, bem como a forma como uma determina e influencia a outra. (SPAREMBERGER, 2016, p. 196).

Para a autora, inúmeras são as definições acerca da expressão “hermenêutica jurídica”. Todas, não obstante, giram em torno do interpretar racionalmente as leis. A hermenêutica, no entanto, tem um objetivo específico, indispensável à sistematização dos processos aplicáveis. Tal sistematização permite um alcance específico das variadas expressões presentes no Direito.

De acordo com aquela, essa constatação é possível porque as leis positivas são formuladas em termos gerais, fixam regras, estabelecem princípios, possuem linguagem clara, precisa, embora ampla, sem descer a minúcias desnecessárias, que podem ser alcançadas pelo intérprete quando da interpretação e compreensão do texto legal.

Convém salientar ainda, segundo Sparemberger (2016, p. 196-197), que os termos “hermenêutica” e “interpretação” não se confundem, uma vez que a hermenêutica sistematiza, fixa princípios, e a interpretação consiste na aplicação

dos ensinamentos da hermenêutica, é mera aplicação, ela fixa os princípios estabelecidos pela hermenêutica. A hermenêutica pode ser, portanto, parte da ciência jurídica que estuda o processo de interpretação da lei, entendida como a verdadeira teoria científica da denominada arte da interpretação¹⁷.

De acordo com a lição de Saldanha (1992, p. 246):

O termo hermenêutica tem sido utilizado na doutrina jurídica sem suficiente consciência de suas relações (e distinção) em face da noção de interpretar. Em nosso entender, a hermenêutica tem um sentido mais genérico e mais preso ao plano teórico (talvez se possa afinal aceitar sua conceituação como “teoria dos fundamentos do interpretar”).

Com base nestas colocações conceituais pode-se concluir que a hermenêutica jurídica seria uma parte da ciência do Direito, ou uma teoria científica da interpretação. O vocábulo sistematização revela uma exigência científica, pois o saber científico, ao contrário do vulgar, não é um conhecimento casual e inorganizado, mas sim unificado, muito embora de modo parcial, em decorrência da especificidade do objeto, o que o faz diferir do saber filosófico, que é universalmente unificado, uma vez que procura as causas últimas dos fenômenos. (MAGALHÃES FILHO, 2002).

A explicação dos termos que fazem parte do conceito tradicional de hermenêutica faz-se necessária para verificar-se o quanto se fixam no plano da hermenêutica tradicional. Por exemplo, a expressão processos aplicáveis, demonstrada na construção conceitual de Maximiliano (2002), revela a aspiração de objetividade do conhecimento, ainda que, como alguns sugerem atualmente, essa objetividade decorra da intersubjetividade (consenso) e não do próprio objeto. Assim, a hermenêutica jurídica seria científica e, como tal, metodológica. Essa afirmação mostra que a hermenêutica jurídica, considerada teoria normativa da compreensão, é colocada em contraste com a hermenêutica existencial ou ontológica de Martin Heidegger – “Ser e Tempo” – e de Hans-Georg Gadamer – “Verdade e Método”. (SPAREMBERGER, 2016, p. 198).

¹⁷ Muito embora a palavra hermenêutica, etimologicamente, signifique o mesmo que interpretação, pois o vocábulo vem do grego *hermeneuein*, que significa interpretação, renomados autores, como Carlos Maximiliano, Hermes Lima, Vicente Ráo, afirmam que hermenêutica é a parte da ciência jurídica que estuda o processo de interpretação da lei (em sentido amplo). Em sentido estrito, é entendida por alguns autores, como Machado Neto, como sinônimo de interpretação, integração e aplicação da norma jurídica. Epistemologicamente, entretanto, o objeto da ciência hermenêutica é o estudo e sistematização dos processos lógicos de interpretação, integração e aplicação do Direito. (SPAREMBERGER, 2016, p. 197).

Estes autores tratam a hermenêutica como definidora da compreensão, a qual, por sua vez, não se reduz a um mero processo intelectual orientado por técnicas e princípios que pressupõem um conhecimento acertado, como se configura a hermenêutica tradicional, mas sim a experiência existencial que vai ao encontro do texto (Ser). Nessa perspectiva, o intérprete deveria se aproximar abertamente do texto e com sensibilidade espiritual para ouvir o que o texto fala da sua estrutura de existência, da qual o intérprete não pode alienar-se. (MAGALHÃES FILHO, 2002).

Quando Maximiliano faz menção no seu conceito de hermenêutica ao “sentido das expressões de Direito”, pode-se perceber a ligação desta com a cultura, ou seja, a norma jurídica é, na verdade, objeto cultural. Ela é uma alteração que o homem traça para a sua própria conduta, limitando, em níveis externos, a liberdade inerente à natureza humana. (SPAREMBERGER, 2016, p. 198-199).

Realmente, a racionalidade, presente na conceituação mesma de ser humano, consiste na aptidão que este tem de eleger suas próprias alternativas de conduta; na sua capacidade de escolher, por livre arbítrio, o comportamento consciente a ser seguido. [...]. A norma jurídica é cultura formal. Isso acontece pela circunstância de que a norma jurídica é forma cultural de expressão. Exprime um conteúdo multiplamente cultural, porquanto são valores inspirando o disciplinamento da conduta, este que se efetiva por meio da linguagem. Desse modo, tanto a norma quanto o seu conteúdo são objetos culturais. (FALCÃO, 1997, p. 17-18).

Mesmo a norma jurídica sendo objeto e forma culturais de expressão, na perspectiva tradicional de interpretação por meio dela só é possível buscar o sentido previamente estabelecido pelo legislador quando da confecção da norma jurídica. Isso significa para Maximiliano que o intérprete tem um papel na “busca do sentido das expressões do Direito”, que é o de dar uma explicação convincente ao sentido único da norma, necessitando adequar a norma inflexível à diversidade de situações. Ocorre que essa diversidade de situações já está prevista *a priori* e o intérprete simplesmente a reproduz, tentando manter-se dentro do “senso comum teórico dos juristas”. (SPAREMBERGER, 2016, p. 199).

Maximiliano (1999) reconhece que a norma pode prever todas as possibilidades, mas o conjunto do ordenamento jurídico sempre estabelecerá alguma solução, por isso a defesa de um método (sistemático) para a ocorrência do processo de interpretação, possibilitando que o intérprete possa transitar por

todo o sistema e buscar a solução adequada para a aplicação do Direito. Isso significa que as demandas não podem jamais deixar de ser enquadradas pelos códigos. Todas as situações conflituosas devem ter reflexo legal, assim como as situações em que não exista previsão legal. É preciso, isto sim, dilatar as regras se preciso for para que estas alcancem determinadas hipóteses.

Esse alcance, no entanto, não deve ultrapassar os limites permitidos pelo próprio texto. A rigidez da norma deve sempre se conformar com os fatores sociais, determinando que o fim do legislador não pode contrapor-se ao bem-estar da sociedade. Nessa busca pelo bem comum a postura do intérprete é intermediária entre a lei e a sociedade em busca da sua progressividade. (SPAREMBERGER, 2016, p. 200).

Maximiliano (1999), seguindo a concepção conservadora da hermenêutica, entende que a lei é unívoca, mas permite que este sentido sofra determinadas adequações, seja pelas inovações científicas ou comportamentais, seja por novas definições que a sociedade necessita, ou ainda pelo trabalho do intérprete. É o que o autor denomina de alcance do sentido das expressões do texto. Esta possibilidade de transformação não se dá, no entanto, de forma a criar um novo sentido para a norma, pelo contrário, a proposta do autor busca um alcance maior da atuação legislativa, ou seja, que o sentido da norma seja melhor afirmado e não corra o risco de ser ineficiente ou ilegitimado pela prática cotidiana do Direito.

Para tanto, a concepção de Maximiliano é de defesa da rigidez da norma como “um mal necessário”. Por isso ele destaca o papel do hermeneuta como aquele que se interpõe entre a norma não-flexível/estática e a realidade dinâmica/complexa, para cumprir de fato a função de ordenar a sociedade, tarefa por demais complexa, ante a diversidade das relações humanas. Para resolver tal tarefa propõe o fortalecimento do intérprete e da ação hermenêutica no intuito de tentar resolver o descompasso da norma frente à vida real. Para isso sugere que o melhor a se fazer é mostrar a importância da norma enquanto construção de algo. (SPAREMBERGER, 2016, p. 200).

Segundo Maximiliano (1999, p. 39):

Os norte-americanos preferem o trabalho analítico ao exame da lei isolada, à interpretação propriamente dita, ao esforço sintético, a que apelidam construção, para com seu espírito ou conteúdo formar um

complexo orgânico. Ao invés de criticar a lei, procuram compreendê-la e nas suas palavras confrontadas com outras do mesmo ou de diferentes repositórios, achar o Direito positivo, lógico, aplicável à vida real. A interpretação atém-se ao texto, como a velha exegese; enquanto a construção vai além, examina as normas jurídicas ao seu conjunto e em relação à ciência, e de acordo geral deduz uma obra sistemática, um todo orgânico, uma estuda propriamente a lei, a outra conserva como principal objetivo descobrir e revelar o Direito: aquela presta atenção maior às palavras e ao sentido respectivo, esta ao alcance do texto: a primeira decompõe, a segunda recompõe, compreende e constrói.

No trecho em destaque pode-se observar a postura desse autor, que aparentemente pode parecer de uma hermenêutica construtiva, mas na verdade é a de defesa da utilização do método sistemático, o que consiste em comparar o dispositivo sujeito à exegese com outros do mesmo repositório ou leis diversas, mas referente ao mesmo objeto. (MAXIMILIANO, 1999). Assim, o papel do intérprete nessa construção se revela conservador, uma vez que sua função é a de estabelecê-la de forma virtual e unilateral. Tal função terá como elemento fundante a conciliação da sociedade à norma, numa perspectiva de imposição. Não se quer aqui extinguir o caráter regulador da norma, mas sim a opção de garantir segurança em detrimento da justiça.

Não cabe, nesse sentido, ao intérprete, dar eficácia à norma considerando o contexto. Ao contrário, a sociedade deve ajustar-se à norma e o intérprete absorver a tensão entre a estática e a dinâmica desta, fazendo com que prevaleça. É interessante ressaltar que para a “postura estática” o importante é a preservação do valor, da certeza das leis e, conseqüentemente, a segurança jurídica. Para a “postura dinâmica” o que interessa é a efetiva adequação do sentido da norma às necessidades atuais e presentes da vida em sociedade. (SPAREMBERGER, 2016, p. 201-202).

Outra expressão que merece destaque no conceito de Maximiliano é a do “alcance das expressões” da hermenêutica jurídica, que pode ser compreendida como aquela que precisa lidar no presente com um texto normativo escrito no passado. “É preciso, assim, fixar o seu campo de incidência, o limite de sua abrangência, o seu âmbito de validade (Kelsen) ou o âmbito da norma (Muller)” (MAGALHÃES FILHO, 2002, p. 17).

Pode-se dizer então que,

A hermenêutica jurídica tem por objeto a interpretação do Direito. Hermenêutica não é interpretação. A primeira é uma teoria que pensa

a interpretação e dita-lhe as regras do acontecer. A interpretação é um processo cognitivo de apreensão do sentido, orientado pela hermenêutica. A interpretação no Direito tem por objeto as normas jurídicas (normativismo) ou a conduta em interferência intersubjetiva (egologismo). (MAGALHÃES FILHO, 2002, p. 17).

Pacífico até então entre os doutrinadores parece ser o entendimento de que hermenêutica não é interpretação, mas sim a teoria que permite e possibilita que esta se realize. Nessa perspectiva observa-se que as teorias hermenêuticas podem tomar a interpretação sob pelo menos dois pontos de vista: o descritivo e o normativo. De um ponto de vista descritivo, a hermenêutica visa a identificar e explicar como o operador jurídico interpreta, quais os seus procedimentos, seja do ponto de vista psicológico, lógico ou sociológico. Numa perspectiva normativa, ela procura fornecer regras e critérios para orientar o operador jurídico sobre como ele deve proceder para interpretar, formulando regras a serem cumpridas e valores a serem priorizados no processo interpretativo. (ARNAUD, 1999).

Ráo (1997, p. 542) esclarece:

A hermenêutica tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do Direito, para efeito de sua aplicação e interpretação, por meio de regras e processos especiais, procura realizar praticamente estes princípios e estas leis científicas; a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos, nelas contidos e assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam. Fixando os precisos termos dessa distinção, não queremos significar, entretanto, que hermenêutica, interpretação e aplicação, constituem-se em três disciplinas inteiramente distintas, sem ligação, nem recíproca dependência.

Ao contrário, aquilo que as distingue é, tão-somente, a diferença que vai entre a teoria científica, sua prática e os diferentes modos técnicos de sua aplicação.

Em substância, entre elas existe uma unidade conceitual e uma continuidade, que devem ser devidamente consideradas, pois o Direito Teórico, Normativo ou Aplicado, é sempre e precipuamente uma ciência.

O exposto demonstra que o papel principal da hermenêutica é possibilitar a ocorrência do ato de interpretar o Direito teórico, normativo e aplicá-lo. Esses três termos conceituais interligados, entretanto, possibilitam a proteção do Direito pela hermenêutica, garantindo assim uma estabilidade às relações sociopolíticas e socioeconômicas. Está-se falando de uma perspectiva tradicional, ou seja, o texto normativo sendo claro ou não (ausência de clareza),

o processo interpretativo ocorre, ainda que não por meio de uma abordagem crítica. (SPAREMBERGER, 2016, p. 204).

Para examinar-se mais detalhadamente esse processo denominado de interpretação e para compreender como ele ocorre, é necessário perceber que ele é utilizado ao menos em dois sentidos, que pode-se nomear de amplo e estrito. No primeiro deles (amplo), interpretação quer significar a compreensão de todo ato linguístico e por isso ocorre sempre que se faz uso da linguagem. No segundo (estrito), a interpretação ocorreria quando existisse dúvida sobre o sentido das expressões de uma determinada língua em alguma de suas utilizações possíveis. (ARNAUD, 1999).

Para tornar aceitável a distinção entre o sentido estrito e o lato com base nas características da linguagem jurídica, especialmente a sua permanente textura aberta¹⁸, tem-se de entendê-la da seguinte forma: sempre que o operador jurídico trabalha com o Direito ele o interpreta, mas em decorrência do fato de que na maioria das vezes há consenso sobre o sentido que uma norma deve ter e as expressões utilizadas não suscitam dificuldades, parece que não ocorreu nenhum procedimento que se pudesse chamar de interpretação. Aqui estar-se-ia apenas diante daquele sentido que anteriormente foi qualificado como sentido lato do termo interpretação. Casos há, contudo, em que o sentido de uma determinada norma não é satisfatório e faz-se necessário um procedimento mais explícito para que se encontre um sentido aceitável para a norma em questão. Aqui estar-se-ia então diante do sentido estrito de interpretação (ROESLER, 2000).

No primeiro caso ocorreu o que se pode chamar de reprodução do objeto pelo sujeito, ou seja, em havendo consenso sobre o significado dos termos do enunciado normativo com relação ao caso concreto em análise, há concordância

¹⁸ A textura aberta do Direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso a caso. Seja como for, a vida do Direito traduz-se em larga medida na orientação, quer das autoridades, quer dos indivíduos privados, por meio de regras determinadas que, diferentemente das aplicações de padrões variáveis, não exigem deles uma apreciação de caso a caso. Este facto saliente da vida social continua a ser verdadeiro, mesmo que possam surgir incertezas relativamente à aplicabilidade de qualquer regra (quer escrita, quer comunicada pelo precedente) a um caso concreto. Aqui, na franja das regras e no campo deixado em aberto pela teoria dos precedentes, os tribunais preenchem uma função criadora de regras que os organismos administrativos executam de forma centralizada na elaboração de padrões variáveis. (HART, 1994, p. 148-149).

sobre o sentido, mas mesmo assim ocorreu o processo de interpretação, embora de uma forma tradicional/literal. No segundo caso já há uma tentativa de redefinição dos termos para alcançar um sentido satisfatório. Isso ocorre porque os termos do enunciado normativo não atendem em sua completude à realidade do caso concreto. É necessário que o sujeito intérprete não reproduza o objeto, mas que o reconstrua a partir do caso concreto. Está-se diante de uma perspectiva criativa, mas ainda bastante atrelada ao enunciado normativo. (ROESLER, 2000).

A ausência de clareza de um texto normativo tem, portanto, sempre uma relação direta com o contexto diante do qual a interpretação ocorre e a dificuldade que se apresenta ao intérprete pode ser compreendida, segundo Arnaud (1999, p. 426), a partir de três contextos: linguístico, sistêmico e funcional.

Três contextos apresentam importância para determinar se um texto não está claro e se ele requer uma interpretação; os conceitos linguísticos, sistêmicos e funcionais. A dúvida pode ser constatada quer quando termos vagos são aplicados em suas zonas de penumbra (contexto linguístico), quer quando o sentido direto desses termos poderia levar a uma contradição ou a uma incoerência com as outras regras em vigor (contexto sistêmico), quer ainda quando a regra entendida de maneira direta seja injusta ou possa levar a resultados inaceitáveis ou ruins (contexto funcional).

Conforme Roesler (2000), no primeiro deles – o linguístico – os termos são utilizados em contextos que os tornam vagos ou ambíguos, exigindo assim definições denotativas¹⁹ ou conotativas²⁰. É sistêmica quando o sentido direto das expressões da norma parece levar a uma contradição ou a uma incoerência com outras normas em vigor. É, por fim, funcional, quando a regra entendida de maneira direta leva o intérprete a uma decisão injusta ou possa acarretar consequências indesejáveis. A clareza ou a sua ausência, portanto, não são dados encontrados na norma desde que ela nasce: aparecem no próprio processo de interpretação, na qual são decisivos a presença do intérprete e seus

¹⁹ Denotação – “Extensão do conceito que constitui o significado de uma palavra; propriedade que tem um significante de se referir genericamente a todos os membros de um conjunto (designa o sentido literal das palavras)” (HOUAISS, 2001, p. 938).

²⁰ Conotação - “Conjunto de alterações ou ampliações que uma palavra agrega ao seu sentido literal, por associações linguísticas de diversos tipos (estilística, fonéticas, semânticas), ou por identificação com algum dos atributos de coisas, pessoas, animais e outros seres da natureza [...]” (HOUAISS, 2001, p. 805).

pressupostos culturais valorativos. Embora o operador jurídico sempre interprete (em sentido lato), nos casos mais difíceis é que essa “operação” aparece também mais definida quando fala-se em interpretação em sentido estrito.

Essa estabilidade do sentido lato de interpretar é mantida porque este termo não significa senão conhecer, saber, em essência, exatamente a consistência da própria norma, o que ela quer dizer; afirmar o seu significado, as suas finalidades e, associadas a estas, as razões do seu aparecimento e as causas de sua elaboração. (COELHO, 1981).

Se interpretar é conhecer, não há norma jurídica que, de uma forma ou de outra, possa escapar à interpretação. É esse conhecer alcançado pela interpretação que possibilita uma aplicação mais adequada do Direito às reais necessidades de quem interpreta, procurando enquadrar a norma ao caso concreto. Para Maximiliano (1999, p. 6),

A aplicação do Direito consiste no enquadrar um caso concreto em uma norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado. Por outras palavras: tem por objeto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano.

Essa exposição demonstra que a base de todos os impasses jurídicos se encontra no problema da interpretação das leis. A primeira tarefa do jurista, seja ele teórico ou prático, é interpretar a norma, e, para tanto, é necessária uma doutrina para orientá-lo, descrevendo o tipo abstrato bem como o sentido legal que prevalece na época em que está se interpretando a lei. Vale dizer que sem o domínio da interpretação o jurista não tem clareza nem segurança para dar um passo que não estava previsto em sua mente. (SPAREMBERGER, 2016, p. 207).

A doutrina da interpretação das leis tem sido muito pouco referida pelos autores de Direito. Daí talvez, os problemas para interpretar uma regra, pois a maioria dos operadores jurídicos prefere a aplicação do Direito estabelecido *a priori* pelo legislador da forma como foi posto e poucos se dedicam a um estudo aprofundado da parte filosófica ou sociológica ou econômica do mesmo. Para Andrade (1987, p. 14), “ninguém desconhece que para a escola tradicional a lei deve ser entendida e aplicada conforme a vontade do legislador”. Em outras palavras, aplicar a lei em qualquer época como se o legislador a estivesse criando naquele instante.

O interpretar, portanto, permite o conhecer, o compreender e, conseqüentemente, o aplicar. As normas precisam ser interpretadas, derrubando dessa forma a crença de que só se permite a interpretação quando o conhecimento envolve dificuldades. Ou, como diz Maximiliano (1999): “*in claris cessat interpretatio*”, disposições claras não comportam interpretação, lei clara não carece de interpretação, ou, em sendo claro o texto, não se admite pesquisa da vontade.

Esse aforismo romano é questionável, uma vez que o papel da hermenêutica de sistematização dos textos legais não abarca somente textos defeituosos; seu objetivo visa a descobrir o conteúdo da norma, o sentido ou mesmo o alcance das normas jurídicas. O papel do intérprete é de desentranhar o sentido escondido nas palavras da lei. (SPAREMBERGER, 2016, p. 208).

Para Coelho (1981, p. 182):

A palavra ‘intérprete’ tem origem latina *interpres* que designava aquele que descobria o futuro nas entranhas das vítimas. Tirar das entranhas ou desentranhar era, portanto, o atributo do *interpres*, o que deriva da palavra ‘interpretar’ o significado específico de desentranhar o próprio sentido da lei, deixando implícito que a tradução do verdadeiro sentido da lei é algo bem guardado, entranhado, portanto, em sua própria essência.

A finalidade do Direito, em sua essência, consiste na possibilidade de se interpretar as normas, de adequá-las às realidades vivenciadas, significando extrair o sentido real da norma jurídica expressa no texto da lei que a veicula; é reconstituir o pensamento legislativo de forma objetiva, equilibrada e até ousadamente sem, no entanto, abandoná-la, pois o papel do intérprete é manter-se fiel à essência da lei. (SPAREMBERGER, 2016, p. 209).

Segundo Luigi Ferrajoli:

Na hermenêutica jurídica – ou, mais precisamente, na interpretação ‘operativa’ - o jurista ‘compreende’ o critério normativo objectivado no texto legal a partir do problema e sob a necessidade de lhe dar solução: aprende-se a intenção regulativa que flui do texto legal. (apud LAMEGO, 1990, p. 178).

Este fluir do texto legal significa a possibilidade de descobrir o pensamento contido na norma com vistas a sua aplicação a um caso concreto. Sabe-se, no entanto, que as leis, positivadas por excelência, são formuladas dentro de uma abstração, que lhes permite abarcar toda uma variedade, uma

multiplicidade de fatos e de situações que podem ocorrer na sociedade. Diante de tal abstração, a norma jurídica precisa ser interpretada ou passar por um processo de interpretação, uma vez que, quando da análise de um caso concreto, ela precisa fixar um sentido dentre os vários possíveis para aplicação. Tal possibilidade é permitida porque, na interpretação que se faz de uma regra geral, é possível determinar várias interpretações, encontrar a solução mais adequada, o sentido verdadeiro, o alcance real das expressões do Direito ao caso em análise. (SPAREMBERGER, 2016, p. 209).

A interpretação é, portanto, sempre necessária, por mais bem formuladas que sejam as prescrições legais. Nesse sentido, segundo Brum (1980, p. 10):

[...] o homem se ajusta ao mundo através - e exclusivamente através - da função simbólica. Se isto é verdade (e a nós parece que é), as coisas, os fatos, as pessoas e suas ideias e atitudes, o mundo, enfim, se nos apresentam como um universo de símbolos a ser compreendido, vale dizer, a ser interpretado. Daí é fácil deduzir-se que, se adotarmos uma atitude conservadora frente a esse universo, tenderemos a fixar as interpretações tradicionais; mas, se adotarmos uma atitude modificadora, tenderemos a interpretar esse universo de uma forma criativa.

Por isso, por mais bem formuladas que sejam as prescrições legais, a atividade interpretativa não é uniforme. Em não sendo uniforme, as tendências, tanto a conservadora como a modificadora dos sujeitos, podem alterar-se conforme a natureza do objeto a ser interpretado, ou seja, um juiz tenderá a ser mais conservador em sua interpretação do que um advogado que precisa mudar de posicionamento e trabalhar com posturas diferenciadas, dependendo do caso em que está atuando. (SPAREMBERGER, 2016, p. 210).

A interpretação de caráter modificador ou conservador ocorre, portanto, dependendo da necessidade de atuação do intérprete. Nesse sentido, para Freitas (1999, p. 12), “as normas resultam da interpretação e podemos dizer que elas, enquanto disposições, não dizem nada – elas dizem o que os intérpretes dizem que as normas dizem”.

Não compete ao intérprete procurar, por detrás das palavras contidas em uma norma jurídica, apenas os pensamentos possíveis, mas também, entre estes, o único apropriado, correto, jurídico. (MAXIMILIANO, 1999).

Para este autor:

Interpretar é explicar, esclarecer, dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto, reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair de frase, sentença ou norma, tudo que na mesma se contém. (MAXIMILIANO, 1999, p. 12-13).

De acordo com a dogmática tradicional²¹, entendida aqui como paradigma científico (o paradigma dogmático da ciência jurídica), interpretação e hermenêutica adquirem sentidos diferenciados. Enquanto a interpretação, como as artes em geral, dispõe de uma técnica específica, orientada por regras e princípios, a hermenêutica vale-se dos trabalhos da filosofia jurídica, fixando novos processos de interpretação que, demonstrados pela hermenêutica, permitem a rediscussão, por meio da interpretação, do enorme fosso existente entre o Direito e a sociedade. É através da crise de paradigmas, no entanto, que se retrata a incapacidade histórica da dogmática jurídica (discurso oficial do Direito), bem como de seus métodos tradicionais de alcançar aspectos da realidade social. (SPAREMBERGER, 2016, p. 211).

Diante dessa constatação, e até mesmo para a elaboração de um diagnóstico de crise mais acurado, buscando-se novos desafios para o Direito, é imprescindível entender que a hermenêutica jurídica corresponde a um produto da racionalidade jurídica moderna, questão abordada no tópico a seguir.

3.3 Hermenêutica jurídica: um produto da racionalidade jurídica moderna

Com o advento da moderna “gestão científica” do conhecimento, natureza e sociedade, ao Direito foi conferida a tarefa de assegurar a “ordem” exigida pelo modelo liberal capitalista dominante, assumindo, assim, um papel racionalizador científico da vida moderna. “Para desempenhar essa função, o Direito moderno teve que se submeter à racionalidade cognitiva-instrumental da ciência moderna

²¹ “[...] na autoimagem da Dogmática jurídica ela se identifica com a ideia de ciência do Direito, que tendo por objeto o Direito Positivo vigente em um dado tempo e espaço e por tarefa metódica (imane) a ‘construção’ de um ‘sistema’ de conceitos elaborados a partir da ‘interpretação’ do material normativo, segundo procedimentos intelectuais (lógico-formais) de coerência interna, tem por finalidade ser útil à vida e a aplicação do Direito. Desta forma, na sua tarefa de elaboração técnico-jurídica do Direito vigente, a Dogmática, partindo da interpretação das normas jurídicas produzidas pelo legislador e explicando-as em sua conexão interna, desenvolve um sistema de teorias e conceitos que, resultando congruente com as normas, teria a função de garantir a maior uniformização e previsibilidade possível das decisões judiciais e, conseqüentemente, uma aplicação igualitária (decisões iguais para casos iguais) do Direito que subtraída à arbitrariedade, garanta essencialmente a segurança jurídica” (ANDRADE, 1996, p.18).

e torna-se ele próprio científico” (SANTOS, 2001, p. 120). Encontrado na lei a “máxima expressão de um saber e vontade racional”, o Direito é convertido numa ciência sistemática racional, acreditando, assim, superar os “saberes anteriores”, rechaçados, a partir de então, por serem considerados irracionais e a-científicos.

Neste paradigma, o positivismo jurídico e o normativismo tornaram-se inseparáveis, e, por via de consequência, o saber racional sobre o Direito converte-se também em “correta interpretação” do direito positivo. Com isto, a metodologia positivista absorveu e acabou por confundir-se com a atividade hermenêutica, reduzindo de maneira inquestionável a realidade jurídica a um conjunto de normas de sentido imanente. Na esteira deste modelo jurídico e hermenêutico floresce e predomina a convicção de que o sistema normativo positivado possui em si os critérios necessários para legitimamente resolver os conflitos jurídicos, não necessitando seu operador recorrer a nenhuma outra fonte para além daquelas estabelecidas pelo legislador. Nesta perspectiva, tendencialmente a ordem jurídica possuiria capacidade de autointegração, devendo, portanto, seus operadores estarem submetidos exclusivamente à lei, sendo então a administração da justiça a administração do Direito legal. (SAAVEDRA, 1978, p. 4).

A estatização da lei, permitindo a perda de autoridade dos juristas frente às novas formas de exercício de poder legislativo, segundo García (1994, p. 39), faz com que o Direito deixa de ser um “Direito dos juristas” em sentido estrito da palavra. Antes, na fase medieval, afirma o autor, a autoridade mágica do texto, a opinião dos doutores garantia as exigências de segurança e certeza na fixação do sentido objetivo da lei. Agora, com as novas organizações de poder, são exigidas novas formas de legitimidade. Coloca-se, assim, a necessidade de revestir o velho Direito de uma nova legitimidade, já que a mera consideração de *ratio scripta o verbum Dei* deixa de ser suficiente, e progressivamente a autoridade legislativa assume esta função política, agora vazia.

Para Lixa e Sparemberger (2016, p. 54), a positivação do Direito, um longo e complexo processo, onde convergem fatores sociais, políticos, ideológicos, orquestrados pelos interesses da burguesia em ascensão, transformando a racionalização em estatização do Direito, culminando com o fenômeno moderno da codificação que acaba por produzir progressivamente um

sistema normativo complexo que exige, para sua interpretação e aplicação, a intermediação de juristas profissionais e especializados.

Assim, as autoras afirmam que a atividade compreensiva se transforma num saber técnico de finalidade burocrática dentro dos limites de uma racionalidade formal legitimada pelo método.

Afirmam, em síntese, a necessidade de um saber dogmático acerca da norma jurídica, que passará a ser nominado hermenêutica jurídica, um campo específico, especializado de conhecimento, que pode ser compreendida como parte integrante de um processo cultural, ideológico e político que impôs não apenas a necessidade de racionalizar e explicar a criação do Direito, mas também sua interpretação e aplicação. O racionalismo jurídico anterior à modernidade não havia conseguido atingir o âmbito da criação do Direito, tornando fora de propósito no âmbito teórico e/ou prático, problematizar a interpretação e aplicação das leis.

Portanto, apenas diante de um agir político-social no sentido de estabelecer as condições para viabilizar o Estado e o modelo de sociedade moderna, é que se coloca a necessidade de uma específica racionalização, não apenas da criação do Direito, mas de sua interpretação e aplicação. A crença segundo a qual a vontade jurídica do Estado expressa na lei – portadora de princípios estáveis, seguros e permanentes da “vontade geral” – permite que a lei ganhe uma centralidade nova. (HESPANHA, 2005, p. 370).

Tornando-se autônoma da política, a lei vai sendo elaborada por uma doutrina estritamente “jurídica” (“pura”), ou seja, basear as suas construções apenas nos dados legislativos, a doutrina é, agora, uma ciência positiva. “Positiva”, porque se baseia em dados objetivos da lei do Estado (e não em abstrações metafísicas como “contrato social” ou “direitos individuais originários”); “ciência”, porque generaliza estes dados sob a forma de conceitos. (HESPANHA, 2005, p. 370). A compreensão da lei e os conceitos produzidos, essa doutrina ruminadora da lei, irão paulatinamente expressando a cultura jurídica e transcritas para os códigos das distintas nações, formalizando, assim, a ciência positiva do Direito. Com este fenômeno, a interpretação adquire especificidade, tornando-se exclusivamente um saber reproduzidor do Direito positivo, que tem neste seu objeto científico.

Nesta perspectiva, segundo Lixa e Sparemberger (2016, p. 55), a interpretação, enquanto ato metodológico de fixação, um sentido capaz de estabelecer um critério estritamente jurídico para responder uma questão concreta, vai-se limitando ao campo rigorosamente normativo. Por outras palavras, no campo do Direito, o problema hermenêutico consiste em definir, a partir do texto jurídico, o sentido normativo formal a ser conferido a um fato da vida social. Assim, a colocação do “problema” hermenêutico no campo jurídico não surge como parte integrante de uma teoria geral de interpretação e compreensão dos textos que pertence ao contexto das ciências do espírito. A construção da hermenêutica jurídica e da hermenêutica das ciências do espírito não é tão convergente como se costuma supor.

Em geral se tende a supor que foi somente a consciência histórica que elevou a compreensão a ser um método da ciência objetiva, e que a hermenêutica alcançou sua verdadeira determinação somente quando se desenvolveu como teoria geral da compreensão e da interpretação dos textos. A hermenêutica jurídica não teria a ver com esse nexos, pois não procura compreender textos dados, já que é uma medida auxiliar da práxis jurídica e inclina-se a sanar certas deficiências e casos excepcionais no sistema da dogmática jurídica. Por consequência não teria a menor relação com a tarefa de compreender a tradição, que é o que caracteriza a hermenêutica espiritual-científica. (GADAMER, 1999, p. 482).

Para o autor, portanto, a natureza da hermenêutica jurídica é distinta, ou seja, não é de caráter metodológico, já que possui como tarefa “encontrar o Direito, isto é, interpretar as leis de tal modo que a ordem do Direito impregne toda a realidade” (GADAMER, 1997, p. 464). Portanto, há que se questionar o que conduziu a questão compreensiva do Direito para o campo hermenêutico metodológico. A resposta é evidente: o positivismo jurídico transformou a questão interpretativa num mero caso de análise de significação textual legal, de subsunção lógica do particular – caso concreto – ao geral – sistema normativo legal, assumindo um caráter dogmático; diferentemente dos demais campos da hermenêutica que acabaram por serem absorvidos na unidade do método próprio da história da filologia precisamente ao se desfazer de sua vinculação dogmática. Assim, a grande questão é no sentido de saber se a diferença entre o interesse dogmático e o interesse histórico é uma diferença unívoca, através de uma distinção entre o historiador jurídico e o jurista, como nos trabalhos de Emilio Betti. (GADAMER, 1999, p. 483). O historiador, ele deve contemplar

também as mudanças através da intermediação compreensiva da aplicação originária da lei com a aplicação atual, a descrição de Betti se dirige a entender o historiador se movimentando em uma contínua confrontação com a objetividade histórica para compreendê-la em valor posicional na história, enquanto que o jurista, além disso, procura reconduzir essa compreensão para sua adaptação ao presente jurídico. (GADAMER, 1999, p. 484).

Savigny (1840), citado por Gadamer (1999, p. 484-485), descreveu a tarefa da hermenêutica jurídica como puramente histórica, ignorando a tensão entre o sentido jurídico e o sentido originário atual, assim a hermenêutica jurídica está em condições de recordar em si mesma o autêntico procedimento das ciências do espírito:

Na realidade acredito que é exatamente o contrário. A hermenêutica jurídica recorda em si mesma o autêntico procedimento das ciências do espírito. Nela temos o modelo de relação entre passado e presente que estávamos procurando. Quando o juiz adequa a lei transmitida às necessidades do presente, quer certamente resolver uma tarefa prática. O que de modo algum quer dizer que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária. Também em seu caso, compreender e interpretar significam conhecer e reconhecer um sentido vigente. O juiz procura corresponder à "ideia jurídica" da lei, intermediando-a com o presente. É evidente, ali, uma mediação jurídica. O que tenta reconhecer é o significado jurídico da lei, não o significado histórico de sua promulgação ou certos casos quaisquer de sua aplicação. Assim, não se comporta como historiador, mas se ocupa de sua própria história, que é seu próprio presente. Por consequência, pode, a cada momento, assumir a posição do historiador, face às questões que implicitamente já o ocuparam como juiz. (GADAMER, 1999, p. 487).

Inversamente, o historiador que não se ocupa com nenhuma tarefa jurídica, mas que pretende simplesmente estabelecer o significado histórico da lei, não pode ignorar que o que está em questão nesse caso é uma criação jurídica que requer uma compreensão jurídica. Ele pode pensar juridicamente e não somente historicamente, porém o estudo de um caso jurídico ainda vigente é para o historiador um caso excepcional. O historiador que pretende compreender a lei a partir de sua situação histórica original não pode ignorar os efeitos jurídicos que ela desenvolveu, e o verdadeiro objetivo da compreensão histórica não é o evento, mas seu significado, em toda a compreensão histórica já está implícito que a tradição que se alcança dirige sua palavra ao presente, e deve ser compreendida nessa mediação, assim, a hermenêutica jurídica propicia

a possibilidade de conferir uma nova unidade ao saber hermenêutico. (GADAMER, 1999, p. 487-488). Para o autor,

O caso da hermenêutica jurídica não é portanto um caso especial, mas está capacitado para devolver à hermenêutica histórica todo o alcance de seus problemas e reproduzir assim a velha unidade do problema hermenêutico, na qual o jurista e o teólogo se encontram com o filólogo. (GADAMER, 1999, p. 488).

A unidade do estudo hermenêutico conduz então a uma unidade entre a hermenêutica filológica, teológica e jurídica, a cisão entre a filológica e a teológica ocorreu no século XVIII e XIX, com a desvinculação da hermenêutica filológica e da historiografia de seu vínculo com outras disciplinas hermenêuticas, estabelecendo-se como parte da teoria metodológica da investigação das ciências do espírito.

A estreita pertença que unia na sua origem a hermenêutica filológica com a jurídica repousava sobre o reconhecimento da aplicação como momento integrante de toda compreensão. Tanto para a hermenêutica jurídica como para a teológica, é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto – da lei ou da revelação – por um lado, e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na predica, por outro. Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica. Da mesma maneira, o texto de uma mensagem religiosa não deseja ser compreendido como um mero documento histórico, mas ele deve ser entendido de forma a poder exercer seu efeito redentor. Em ambos os casos isso implica que o texto, lei ou mensagem de salvação, se se quiser compreendê-lo adequadamente, isto é, de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, tem de ser compreendido em cada instante, isto é, em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar. (GADAMER, 1999, p. 461).

Como resultado, a hermenêutica jurídica define-se exclusivamente no campo epistemológico, preferencialmente metodológico, como parte de uma Teoria Geral de Interpretação. Um conhecimento capaz de reproduzir a verdade fundada num correto “espelho” da realidade jurídica, portanto, do sistema normativo formal. Uma teoria fundada em “adequados” critérios metodológicos, preferencialmente idealista, e, assim, este “otimismo epistemológico hermenêutico”, converte o trabalho dos juristas em atividade meramente formal orientada na busca unívoca do “justo legal”. (LIXA e SPAREMBERGER, 2016, p. 57-58).

Portanto, a lógica jurídica positivista do século XIX trata de colocar a tarefa interpretativa como uma questão puramente metodológica formal, alheia a

qualquer reflexão acerca da finalidade prática. Assim, a hermenêutica jurídica assume-se como uma das dogmáticas jurídicas, capaz de superlegitimar a ordem normativa cumprindo a função de conferir coerência e plenitude ao sistema jurídico, e, ao mesmo tempo, dando a flexibilidade necessária à aplicação da norma, reafirmando os postulados da generalidade e universalidade do Direito. Em suma, a atividade hermenêutica mantém a ficção de que o intérprete não cria o Direito já que as soluções normativas são atributos iminentes ao sistema. (GARCÍA, 1994, p. 91).

A tarefa hermenêutica confinada ao campo epistemológico, preferencialmente metodológico formal, adquire *status* de instância racional do texto legal, permitindo superar aparentemente as contradições da ordem dogmática, “adequando” o significado da norma ao contexto de sua aplicação. As teorias hermenêuticas de matriz formal legalista, não dando conta, ou considerando alheio a sua tarefa, elaborar um saber jurídico-normativo adequado a uma justa compreensão do problema concreto, dirigem todo esforço no sentido de elaborar “corretos” critérios, cânones ou procedimentos capazes de produzir uma “boa” interpretação no sentido mais exegético possível. Esta é a hermenêutica jurídica definida por Castanheira Neves (1993, p. 129) como pura idealidade prescritivo-proposicional manifestada e subsistente numa intencionalidade linguístico-sistematicamente significante perante um mundo a revelar só no modo como esta significante idealidade o pensa; ou seja, tarefa compreensiva da norma-prescrição fechada em significação e idealidade.

Este é o paradigma sob o qual serão construídas as propostas metodológicas e procedimentais da hermenêutica jurídica moderna que servirá de fundamento justificador de operacionalidade do Direito. Tais teorias acerca da hermenêutica jurídica, há que se ressaltar, de matriz positivista, são as que insistem preferencialmente em servir de modelos orientadores para as práticas jurídicas dominantes, apesar de suas intrínsecas contradições, impotências e insustentabilidade. Assim, torna-se necessário, neste momento, dissertar acerca da experiência epistemologia da hermenêutica jurídica.

3.4 A experiência epistemológica da hermenêutica jurídica

Segundo Lixa e Sparemberger (2016, p. 58-59), o formalismo legal, a bem-sucedida solução metodológica do positivismo jurídico do século XIX, encontrou no processo de codificação um instrumento eficiente de operacionalidade da “ciência do Direito”, permitindo a redução da atividade compreensiva num ato restrito de reprodução de seu “objeto científico privilegiado”: o texto legal. Assim, o trabalho do jurista é convertido numa exegese capaz de especificar e concretizar o texto legal. A limitada subsunção de aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto. Um simples trabalho silogístico no qual a premissa maior é o sistema normativo e a premissa menor o fato concreto, sendo a conclusão necessária a decisão. Indo mais além do procedimento metodológico, o fundamento teórico desta lógica é encontrado na “fé jurídica” de que o sistema permite uma única solução correta para um fato da vida social.

Para as autoras, o postulado hermenêutico nuclear construído sobre esta “crença epistemológica”, é de que o significado objetivo expresso na letra da lei deve ser buscado na vontade do legislador, que embora sendo uma ficção, possui funções práticas e ideológicas compatíveis com a lógica positivista. Como parte integrante da mesma crença, os ideais de plenitude, coerência, universalidade e atemporalidade do sistema normativo, permitem, enquanto instância racional, a elaboração de ficções hermenêuticas, como a “vontade do legislador” e “vontade da lei”, de múltiplas funções práticas e ideológicas. Inicialmente estes postulados justificam a atividade compreensiva do Direito como ato formal, excluindo qualquer possibilidade de criação por parte do intérprete e interferência de elementos substanciais, em nome da igualmente ficção “segurança jurídica”.

Em tal perspectiva, as aparentes ambiguidades, insuficiências, lacunas ou mesmo contradições do sistema poderiam ser solucionadas com critérios hermenêuticos adequados e análise mais detalhada do significado do texto legal. Esta “flexibilização dogmática” seria necessária para resolver as dificuldades práticas, solucionada com a reportação do intérprete à mente do legislador, compreendendo o caso concreto tal qual teria sido previsto ou poderia resolver o elaborador da lei. Enfim, o postulado da vontade do legislador permitiria ao intérprete superar os silêncios, imprecisões e contradições do texto legal, mantendo as exigências procedimentais do formalismo em sua aplicação.

(GARCÍA, 1994, p. 26). Distintas teorias elaboradas sob o rótulo de “hermenêutica jurídica”, assim como admitem a “vontade do Estado” como instância política legítima de produção do Direito, característica maior do positivismo jurídico, identificam esta instância racional do Direito o “espírito da lei” ou “espírito do legislador”. Correntes que chegam a soluções técnicas e conclusões normativas próximas tratando a norma jurídica como algo pensado e concebido fora do sujeito, cuja operacionalidade depende de um processo racional formalista capaz de reproduzir a ordem jurídica-política instituída.

Assim, a operacionalidade técnica do sistema normativo acaba por identificar metodologia da ciência jurídica como procedimento interpretativo, confundindo-se esta metodologia, e por vezes absorvendo, com o ato hermenêutico. Trata-se, sobretudo, de uma racionalidade cognitiva-instrumental específica do Direito moderno que pretende solucionar o problema básico da atividade jurídica como a correta e segura determinação do sentido prático da ordem normativa. Esta concepção instaura as condições para o aparecimento de um método peculiar, ligado a ideia de compreensão e de uma disputa em torno do objeto da própria teoria jurídica, visto, de modo geral, como sendo os atos intencionais produtores do Direito e, por isso mesmo, dotados de um significado que deve ser elucidado. A atividade hermenêutica adquire, assim, um caráter dogmático, ou seja, admite como pressuposto um dogma inicial: a existência de um sentido expresso no texto legal – fixado por uma autoridade legítima – que deve ser elucidado pelo intérprete. Um ponto indiscutível capaz de funcionar como princípio dogmático que limite e equilibre a atividade do jurista, depurando a ciência do Direito.

A dogmatização da interpretação da norma fixou como objeto privilegiado da hermenêutica jurídica a reflexão acerca dos fundamentos, validade e limites da interpretação do Direito, portanto, definindo-se essencialmente como paradigma epistemológico. Enquanto Teoria Geral de Interpretação do Direito anuncia-se como “fundamento” da interpretação e aplicação da norma, funcionando, conforme define Rorty (1994, p. 172) como conjunto de representações privilegiadas – verdades correspondentes – do sentido do justo imanente no legal. A hermenêutica jurídica, enfim, adquire *status* metodológico, assim como o conhecimento hermenêutico já havia avançado em outros campos das ciências do espírito. O novo esforço será no sentido não apenas de

esclarecer um sentido de maneira correta, mas fazê-lo a partir de uma consciência metodológica, o que é próprio da hermenêutica geral moderna, conforme havia sido idealizada desde Friedrich Schleiermacher.

Entretanto, a tentativa do positivismo jurídico de “saltar sobre sua própria sombra”, para usar a expressão de Manuel Calvo García, acaba por conduzir a impossibilidade de privilegiar o método exegético formal no Direito. Desde finais do século XIX era notável o sinal de esgotamento dos postulados fundamentais da ordem dogmática positivista. Desde a crítica de Rudolf von Ihering, que ao postular uma “jurisprudência dos conceitos” como possibilidade metodológica, desmistifica a lógica formal dedutiva do Direito, passando por François Gény que prefere apostar numa “livre investigação científica” do Direito, até mais audaciosos como Hermann Kantorowicz com sua ideia do “movimento do Direito livre” ou mais moderados como Philipp Heck com a “jurisprudência dos interesses”; inúmeros foram os movimentos e pensadores que iam ampliando um panorama crítico do positivismo do século XIX. Embora, mantidas as matizes epistemológicas dos distintos movimentos, a reivindicação comum é o retorno do Direito, a realidade concreta, fonte do “Direito vivo”, para lembrar Eugen Ehrlich, e o rechaço a lógica dedutiva como método da ciência jurídica. (LIXA e SPAREMBERGER, 2016, p. 60).

Entretanto, de acordo as autoras, o amadurecimento do positivismo jurídico será levado ao cabo por Hans Kelsen, que, num esforço de superação da crise do positivismo legalista do século XIX, nas páginas da “Teoria Pura do Direito” consolida cientificamente a teoria do direito positivo, mantendo afastada da cena a discussão acerca do “Direito justo”. Neste sentido, é uma teoria formalista que opera a partir da norma como “formalização do fenômeno jurídico”, criando instrumentos conceituais e operacionais, depurando, assim, as chaves epistemológicas do Direito moderno. Sem aprofundar a discussão acerca do pensamento Kelseniano neste momento, até porque objeto de discussão no capítulo anterior, o certo é que o conjunto de sua obra deixa clara a dinamicidade do sistema normativo. Introduce uma renovação na questão da interpretação e aplicação do Direito ao demonstrar o aspecto dinâmico do sistema normativo, o que pressupõem, em última instância, uma norma hipotética fundamental. Evidencia que o ato de produção normativa implica numa escolha hermenêutica

cujo fundamento de validade é sempre plural e impossível de ser reduzido a uma única possibilidade.

O desafio kelseniano de depurar a ciência jurídica acaba por deixar em aberto os fundamentos da interpretação e aplicação normativa ao demonstrar que a interpretação é um ato de decisão, de “vontade” ou mesmo de “poder político”. Esta afirmação acaba por criar um “vazio epistemológico” para as tradicionais teses de segurança jurídica, neutralidade, objetividade e previsibilidade penosamente mantidas desde o século XIX.

4 DE LUIS ALBERTO WARAT AO DECOLONIAL: A RUPTURA DE SABERES PARA O REFLEXO DA REALIDADE

O terceiro capítulo, intitulado “De Luis Alberto Warat ao decolonial: a ruptura de saberes para o reflexo da realidade”, procura romper com os paradigmas que orientaram a configuração da epistemologia jurídica e da hermenêutica jurídica tradicionais, de forma a sugerir mudanças. Para tanto, inicialmente, no sentido de demonstrar por meio de uma leitura crítica as implicações do paradigma tradicional, analisa-se a ideia de “desconstrução” da obra de Luis Alberto Warat para questionar tal modelo. Procura-se, assim, “abandonar” a perspectiva tradicional e por meio de uma linguagem um tanto alheia aos métodos tradicionais, compreender o agir dos juristas dentro de uma “nova” perspectiva epistemológica. Posteriormente, com o intuito de compreender como se estrutura(ria) um “novo” paradigma de reconstrução do conhecimento na área do Direito, ou seja, a partir da leitura de que sendo o Direito a ciência social que é, não pode(ria) ser olhado como algo pronto, objetivo, fechado em si mesmo, sem possibilidades de adaptações, como estátua, mas caracterizar-se como um espelho que reflete a realidade. Para tanto, nesse capítulo, observa-se o florescimento de uma “nova” hermenêutica proposta por teóricos como Hans-Georg Gadamer, na tentativa de abrir “novos” caminhos e subverter a concepção de centralidade da epistemologia e da hermenêutica tradicional e buscar novas formas de reflexão capazes de dar conta das mudanças na sociedade, na ciência e na cultura, características de uma época por meio do “rompimento” de um modelo liberal de interpretação para um modelo social de transformação o que, no último momento, permite a introdução dos estudos descolonizadores dentro do campo jurídico e hermenêutico.

4.1 A “desconstrução” presente na obra de Luis Alberto Warat

Nos capítulos anteriores, demonstrou-se o modelo de ciência construído por Hans Kelsen, correspondente ao paradigma da ciência jurídica moderna, e a configuração da hermenêutica jurídica moderna. Este fato, no entanto, não impede, neste momento, de fazer-se uma análise crítica, tanto de suas

estruturas quanto de suas implicações. Para tal, utiliza-se o termo “desconstrução” presente na obra de Luis Alberto Warat. A terminologia empregada presta-se ao questionamento crítico de alguns aspectos das ideias kelsenianas no que concerne à construção da ciência do Direito. Assim, procurar-se-á “abandonar” a perspectiva tradicional e, através de uma linguagem um tanto alheia aos métodos tradicionais, buscar-se-á compreender o agir dos juristas dentro desta e de uma nova perspectiva epistemológica.

Os questionamentos a respeito da ciência do Direito, feitos por Luis Alberto Warat, são de extrema relevância para o progresso do estudo do Direito, pois este foi um dos primeiros pensadores a romper com a ideia cientificista do Direito e sua chegada ao Brasil significou o início de uma substancial mudança de rumos do pensamento jurídico nacional e um momento muito singular da sua afirmação crítica de teoria jurídica e de sua modernidade epistemológica. (BEDIN, 2013).

Segundo Sparemberger (2016, p. 110-111), a obra de Luis Alberto Warat não deixa de lado ou mesmo “isenta” as ideias de Hans Kelsen a respeito da ciência do Direito, até porque tal modelo paradigmático é de extrema importância para o surgimento de teorias que o contrapõem. A perspectiva Warantiana, contudo, possibilita com sua obra uma abordagem crítica dos fundamentos do Direito enquanto ciência pura.

Nesse sentido, “compromisso efetivo com a vida”, “inovação” e “constantes deslocamentos” são as três expressões mais adequadas a serem utilizadas para revelarem alguns dos pressupostos mais importantes presentes na obra de Luis Alberto Warat, os quais têm buscado, constantemente, entender como se produzem e como podem-se produzir diferentemente os diversos aspectos constitutivos do viver e do refletir jurídicos e humanos. Além dessas três expressões, parece apropriado recorrer ainda, no entanto, a uma quarta e última: a da “complexidade”. Isso, por dois motivos. Em primeiro lugar, porque a expressão ajuda a compreender como o autor percebe e analisa a vida e o mundo – considerado plural, muitas vezes desorganizado, incoerente, contraditório e caótico. Em segunda lugar, porque ajuda a entender a própria estrutura da sua obra – que é aberta, escritível, rica em temas, ângulos, abordagens, e interdisciplinar por opção. “Complexidade”, “compromisso com a vida”, “inovação” e “constantes deslocamentos” são, portanto, algumas

expressões que revelam os principais pressupostos de sua fantástica e extraordinária obra. (BEDIN, 2013).

Portanto, é genial a exposição do pensamento de Luis Alberto Warat e dos novos desafios que suas observações colocam para o Direito. O ser humano é um ser plural e diferenciado, que se faz por meio de processos racionais, abrindo possibilidades infinitas em contextos de finitude. Assim, os aportes do autor são de suma importância ao reclamarem o compromisso efetivo pela vida, pela democratização do saber jurídico e não jurídico, a carnavalização, a politização e intertextualidade do Direito. São constantes os deslocamentos interpretativos que cada sujeito produz, onde os corpos e as significações dos seres humanos vencem em sua diversidade, superando os limites e inovando desde seus desejos vivos e não com verdades vazias de conteúdos vitais. Aqui, a figura de Dona Flor, Valdinho e Teodoro, na obra “A Ciência Jurídica e seus dois maridos”, são muito adequadas para expressar a castração simbólica feita pelas teorias formalistas, dogmático-positivistas e Kelsenianas.

Tais observações demonstram que é esta a ideia de ciência ou de conhecimento que se deve buscar. Uma ciência que precisa ser questionada com atos de “vadiagem”, que provoque reações múltiplas da realidade, tentando desviar-se da visão monogâmica (devidamente pura, sem influências, única), modificando a ideia que a ciência dá e passa. (WARAT, 1985). A modificação da ideia que dá a ciência é o primeiro passo na busca de significações múltiplas, a ciência precisa mostrar suas frustrações, suas ficções, que deixam desejos frustrados nas meras representações de objetos. Essas representações ocorrem porque há influências de uma cultura e de um modelo de ciência jurídica tradicional (Hans Kelsen) que censura, transforma em produtores de um silêncio que se funda na “castração” dos desejos de mudanças, pois se a ideia de ciência permanece de acordo com o instituído, tais desejos e ambições também continuam como algo a ser alcançado, mas que não pode contrariar a ideia dogmática presente no já estabelecido sob pena de sanção, repressão. (WARAT, 1985).

A ideia do real, do presente, do desejo é sempre diferente do ontem, do irreal, do já acontecido, por isso dificilmente algo pode permanecer intacto, imutável, e ser aceito na atualidade com o modelo. A oposição que se faz entre Teodoro (ideia de ciência pura) e Valdinho (ideia de pluralidade de significações,

desejos) é que um representa o dever e o outro o prazer. Nesse sentido, Teodoro representa o dever-ser, aquele instituído que repercute em repressão se deixar-se de respeitá-lo. Manter-se dentro desta opção significa, no entanto, neutralizar os desejos e vontades em respeito a uma ciência jurídica “pura”, sem a busca de novas expressões da realidade, pois o prazer fora do dever fica como pecado e necessita, para sua purificação, incutá-lo com as fantasias do dever. (WARAT, 1985).

Conforme Hans Kelsen, citado por Warat (1985, p. 83):

A ideia de dever aqui colocada significa que ele é um agente transformador do real, a partir do momento que nos conduz a aceitar uma forma não democrática da história. A ordem da Lei, do poder e do saber, inscrita em uma lógica includente do dever, não pode trazer outro resultado que a hipocrisia do Estado e do Direito como legitimadores dos incidentes tolerados.

O “Estado e o Direito vistos como legitimadores dos incidentes tolerados” significam que em nome de uma segurança jurídica, garante-se o poder no Direito e seu funcionamento, obrigando-se a tolerar uma ficção afim de garantir a ilusão de uma realidade inexistente. (SPAREMBERGER, 2016, p. 116).

Enquanto isso, os desejos e a busca da democracia e da pluralidade de significações para atender às necessidades sociais ficam restritos, pois estes não se alcançam por meio de uma ordem “legítima” e unificada, mas sim por uma ordem plural. Para que ocorra uma prática democrática e se reconheça a legitimidade do conflito na sociedade, é necessário que além de governantes, precisa-se de operadores jurídicos e intérpretes partícipes de uma sociedade questionadora e desmistificadora dos eufemismos, donde emerge o mito de um dever uniformizado como virtualidade permanente, incapaz de acolher a fragmentação, a polifonia dos costumes, das crenças e dos desejos que fazem as experiências do mundo. O gesto inaugural da democracia precisa esvaziar o sistema de proibição. (WARAT, 1985).

Esvaziar o sistema de proibições significa que o Direito brasileiro e a dogmática jurídica que o instrumentaliza (é este o modelo paradigmático de ciência jurídica), “está assentado em um paradigma liberal-individualista que sustenta essa disfuncionalidade” (STRECK, 1999, p. 31). Tal disfuncionalidade não permite o avanço da democracia, e assim, a atenção devida às novas demandas da atualidade, pois necessita de respostas prontas e rápidas, bem

como individuais, o que não permite aos operadores jurídicos saírem deste instituído, desse tipo de funcionamento um tanto formal e injusto.

Nas palavras de Streck (2014, p. 44-45):

[...] no Brasil, predomina/prevalece (ainda) o modo de produção de Direito instituído/forjado para resolver disputas interindividuais, ou, como se pode perceber nos manuais de Direito, disputas entre Caio e Tício²² ou onde Caio é o agente/autor e Tício (ou Mévio), o réu/vítima. Assim, se Caio (sic) invadir (ocupar) a propriedade de Tício (sic), ou Caio (sic) furtar um botijão de gás ou o automóvel de Tício (sic), é fácil para o operador do Direito resolver o problema. No primeiro caso, a resposta é singela: é esbulho passível de imediata reintegração de posse, mecanismo jurídico de pronta e eficaz atuação, absolutamente eficiente para a proteção dos direitos reais de garantia. No segundo caso, a resposta igualmente é singela: é furto (simples, no caso de um botijão; qualificado, com uma pena que pode alcançar 8 anos de reclusão, se o automóvel de Tício (sic) for levado para outra unidade da federação).

Ou seja, nos casos apontados, a dogmática jurídica coloca à disposição do operador um prêt-à-porter significativo contendo uma resposta pronta e rápida! Mas, quando Caio (sic) e milhares de pessoas sem teto ou sem-terra invadem/ocupam a propriedade de Tício (sic), ou quando Caio (sic) participa de uma “quebradeira” de bancos, causando desfalques de bilhões de dólares (como no caso do Banco Nacional, Bamerindus, Econômico, Coroa-Brastel etc.), os juristas só conseguem “pensar” o problema a partir da ótica forjada no modo liberal-individualista-normativista de produção do Direito.

Segundo Sparenberger (2016, p. 118), o que se vive, na verdade é uma crise de paradigmas. O modelo de ciência em discussão, ou seja, a ideia de pureza da ciência jurídica, prende os desejos e os discursos são congelados, fazendo com que se permaneça dependentes de um discurso purificado, em que a segurança substitui a criatividade.

A busca da segurança jurídica e a permanência de um modelo que sustenta fetiches, crenças, costumes, valores e justificativas (ultrapassados), acarreta um tipo de discurso que se pode chamar de imutável dogmático, mas que não alcança a realidade e torna confortável o significado das palavras, bem como a atividade dos juristas. Tal segurança substitui a criatividade. Por isso, para Warat (1985, p. 33), “a ideia de um discurso carnavalizado, de um discurso

²² “Uma observação necessária: os personagens ‘Caio, Tício, Mévio(a)’ são aqui utilizados como uma crítica aos manuais de Direito, os quais, embora sejam dirigidos – ou deveriam ser – a um sistema jurídico (brasileiro) no interior do qual proliferam Joãos, Pedros, Antonios e Josés, Marias e Terezas, teimam (os manuais) em continuar usando personagens ‘idealistas/idealizados’, desconectados da realidade social. Registre-se que até mesmo no provão do MEC os personagens Caio e Tício (re)apareceram” (STRECK, 2014, p. 44).

marginal, onde corpos, desejos e significações crescem vencendo limites”.

Nesse sentido:

Quando uma sociedade sente a necessidade de sair de um Estado poluído (liberal) cheio de proibições ela deve repensar a função jurídica e estatal passando a ver suas instituições como um lugar de produção coletiva de desejos, considerando a ordem fora de seu lugar consagrado, isto é, criando uma ordem carnalizada e percebendo a democracia como um espaço social polifônico. (WARAT, 1985, p. 27).

Não se está aqui fazendo qualquer defesa de ruptura total de um modelo, mas carnalizar o discurso dominante é possível. Isso significa vencer limites, romper barreiras para atender realidades diversas. Carnalizar, como anteriormente enfocado, significa subverter modelos, padrões, em favor de estímulos, formas e conteúdos mais ligados à razoabilidade, ou mesmo às realidades. (SPAREMBERGER, 2016, p. 118).

Dessa maneira, para o autor:

Vencer limites significa observar que os desejos que procuramos alcançar têm mil rostos. Mas há máscaras que despertam e há máscaras que adormecem. As primeiras que despertam são as democráticas, que permitem expressar o imaginário e aproximá-lo de todos os outros; as segundas, “despóticas”, descrevem o comportamento por nós. As máscaras da ciência do Direito são disciplinadoras. Impedem fixar os limites da Lei, são carapuças impotentes frente à rotina cultural. Escritos estéreis que não conseguem procriar uma cultura jurídica visceralmente democrática. Um saber sobre o direito que reconcilie o homem com suas paixões, e tenha repostas de acordo com o mundo, e transforme a estagnação de suas verdades em desejos vivos. (WARAT, 1985, p. 36).

Como até aqui observa-se, a transformação das verdades em desejos vivos é a ideia da carnalização, ideia de um imaginário diferente da mentalidade dos chamados *legalóides*²³ que, por colocarem a razão nos códigos e na ciência não lhes resta tempo para mexer na vida, mas sim de um imaginário produtor e não consumista, um imaginário que privilegia a instância de produção e de reconhecimento das significações. (WARAT, 1990). É um contraponto àqueles que em respeito à lei e às verdades científicas escondem uma certeza: de que poucos são os juristas que “têm” ou “terão” coragem para propor outra versão para o mundo e para transformar as verdades em desejos vivos. (WARAT, 1990). Isso significa para o autor que “na literatura carnalizada

²³ Termo utilizado por Warat (1985) para identificar aqueles que ficam somente presos à Lei.

nunca se tem a sensação de um jogo já jogado, mas a sensação de caos inicial, em que a desintoxicação começa para iniciar algo novo” (WARAT, 1985, p. 50). Compreende-se, nesse sentido, que a ideia de carnavalização pode ser vista como a que permite discutir os vários discursos que podem advir da ciência, a busca do conhecimento, a quebra de todas as fronteiras rígidas, a busca da chamada intertextualidade entre diversas disciplinas.

La carnavalización del saber implica il descubrimiento, por la parodia, de las finuras da racionalidad moderna. La afirmación de que el pensamiento está habitado por un punto ciego, un impensado que jamás podrá conjurar. Lo impensable, lo inesperado, el azar, convertidos en fatalidad. Pero no en angustia. Lejos de pensarlos como negatividad, recuperados como alegría. La fiesta del pensamiento: lo impensado que nos fuerza a pensar, que Mama a lo nuevo, renegando todo y cualquier tipo de ambición unificadora de los significados. De ninguna manera síntomas de impotencia del pensamiento: es más bien lo que potencia, lo que obliga al pensador, con la fuerza de una pasión, a plantear problemas y no dar soluciones. Un pensamiento que intenta que el hombre pueda volverse digno de lo que sucede, de lo impensable, del azar- una ética del pensamiento. Carnavalizar es encontrar sentidos, no buscarlos, pensar como expresión de lo que se experimenta, un abrir-se a los encuentros inesperados, a los taludos, a los acontecimientos²⁴. (WARAT, 1996, p. 74-75).

Esta ideia de carnavalização pode ser definida como a produção de um discurso que procura alcançar verdades e escapar do já estabelecido. Não há como o sentido das coisas, da própria ciência, permanecer “intacto”, imutável, pois o próprio sentido das palavras que compõem um discurso pode “imigrar”, se deslocar de um lugar para outro. (SPAREMBERGER, 2016, p. 121).

Para Roland Barthes, citado por Warat (1985), é necessário o discurso da carnavalização: a ciência não pode permanecer como está, alheia a valores, se a própria linguagem, as próprias palavras, são suscetíveis de interpretações etc. O modelo paradigmático da ciência do Direito precisa adequar-se a uma nova conjuntura. É óbvio que não se pretende ignorá-lo, somente anseia-se uma

²⁴ Tradução: “A carnavalização do saber implica o descobrimento, pela palavra, das qualidades da racionalidade moderna. A afirmação de que o pensamento está habitado por um ponto cego, um impensado que jamais se poderia ligar. O impensável, o inesperado, o azar, convertidos em fatalidade. Mas não em angústia. Distância de pensá-los como negatividade, recuperados com alegria. A festa do pensamento: o impensado que nos força a pensar, que a mãe do novo, renegando todo e qualquer tipo de ambição unificadora dos significados. De nenhuma maneira sintomas de impotência do pensamento: es mais bem do que paranoia, o que obriga o pensador, com a força de uma perturbação, a enfocar problemas e não a dar soluções. Um pensamento que esteja preparado para que o homem possa regressar digno do que lhe sucede, do impensável, do azar – uma ética do pensamento. Carnavalizar é encontrar sentidos, não buscá-los, pensar como expressão do que se experimentou, um abrir-se aos encontros inesperados, inclinados, aos acontecimentos”.

melhor adequação do mesmo para alcançar os desejos e mudanças que a sociedade almeja. Por isso, quando se fala em carnavalização se quer fazer, sobretudo, referência a um determinado tipo de imaginário: o imaginário carnavalizado, que não é outra coisa que uma imaginação surrealista, uma tentativa de ilimitar a linguagem.

Segundo Sparemerger (2016, p. 121), certo é que toda a discussão no âmbito da linguagem jurídica remete-se a possibilidades de interpretações e sentidos, ou seja, a linguagem não é unívoca, mas plurívoca. O que há na atual conjuntura é uma pluralidade de palavras que se relacionam com menções anteriores, posteriores ou com nebulosas significações que estão como que pairando no ar. É a chamada intertextualidade.

Para a autora, a ideia de intertextualidade aqui significa que como se vive em sociedades burocráticas, nas quais se encontram afirmadas as texturas de uma disciplina simbólica que fundamenta os jogos políticos de dominação, a ciência do Direito preserva e defende valores e simula a unidade que é o segredo da dominação. Pode-se entender ainda a intertextualidade em Dona Flor, onde na verdade, o que perturba o seu imaginário não é a pessoa de Teodoro, mas os valores que ele defende, que é a ideia dos dois que ele emerge, sua individualidade é prejudicada pela ideia do simbólico que deixa transparecer.

Afirma que essas mesmas colocações podem ser imputadas à ciência do Direito e à ideia simbólica de dominação, pois o que “enturva” os olhos não é o termo “ciência do Direito”, mas os valores e dominações que ela insiste em preservar.

O que Luis Alberto Warat tenta demonstrar é a ideia de um discurso alheio à analogia, estereotipações e ao mito da unidade. Deve-se buscar um discurso carnavalizado, alheio ao que já existe. (SPAREMBERGER, 2016, p. 122). É, segundo o autor,

Uma ideia barthesiana em que o prazer opõe-se a todo sistema de cultura ou enunciação, através do qual o sujeito, em vez de existir, de afirmar sua autonomia, se dissolve no discurso produzido, na ficção objetiva. (WARAT, 1985, p. 64).

Neste caso, a ideia de intertextualidade, ou mesmo de redefinição do sentido das palavras, é aceita pelo autor porque a partir dela forma-se um outro discurso alheio àquele pré-estabelecido, estereotipado e preso a ficções. A partir

dessas colocações, percebe-se a ideia barthesiana: uma semiologia preocupada em desenhar as dimensões simbólicas do político e em mostrar o poder das significações²⁵. Em suas próprias palavras, “seria uma espécie de jogo onde a oposição legível/escritível serviria de fio condutor para diferenciar um discurso democrático de outro autoritário, repressivo e dogmático” (WARAT, 1995, p. 68).

Neste sentido,

A ideia de semiologia preocupada em desenhar as dimensões simbólicas do político e em demonstrar o poder das significações, indo contra as linguagens estereotipadas e o discurso dogmático, desacreditando no discurso científico, Barthes entrega muitas pistas para pensar sobre as condições de possibilidade de uma prática de linguagem democrática. É necessário a crítica, o combate, a denúncia e a resistência às dimensões simbólicas autoritárias e repressivas: a prática aditiva, descentralizada e desierarquizada da produção e leitura dos discursos. (WARAT, 1995, p. 69).

O que cabe aqui especificar é que a semiologia é uma ciência que estuda os signos²⁶, o que significa que ela deve ser mais eficiente diante desse, pois a ideia de Luis Alberto Warat é que a semiologia possa transformar estes “signos simbólicos” e dar férias aos dogmas existentes, e para que isso ocorra é necessário buscar também o sentido que está fora do signo (WARAT, 1995). Isso significa que para a constituição de uma prática jurídica democrática é necessário, segundo Warat (1995), que o poder, a lei e o saber fiquem expostos simbolicamente à sociedade para a reconstituição permanente do social e para o controle participativo do Estado. Não obstante, é necessário a participação

²⁵ A semiologia, em nível de análise mais amplo que o linguístico, produz teoricamente o signo ideológico, tomando o sistema conceitual denotativo explícito como um significante de segundo nível, cuja significação é constituída por um jogo de evocações conotativas. A semiologia procura construir metalinguagens, onde se pode dar conta dos sistemas de conotação emergentes de unidades maiores que a frase. Propõe, então, como unidade de estudo, o discurso, negado como integrante do campo analítico da linguística. (WARAT, 1995).

²⁶ Segundo Ducrot e Todorov, citados por SpareMBERGER (2016), a palavra signo significa a noção básica de toda ciência da Linguagem; porém, em virtude desta própria importância, é uma das mais difíceis de definir. Foi Santo Agostinho quem propôs uma das primeiras teorias do signo: “um signo é uma coisa que, além da espécie ingerida pelos sentidos faz, por ela mesma, vir ao pensamento uma outra coisa”. Porém, fazer vir (ou “evocar”) é uma categoria ao mesmo tempo demasiado estreita e demasiado ampla; pressupõe-se aí, de um lado, que o sentido existe fora do signo (para que se possa aí fazê-lo vir) e, por outro, que a evocação de uma coisa por outra se situa sempre no mesmo plano: ora a sirene pode significar o início de um bombardeio e evocar a guerra, a angústia dos habitantes etc. Diz-se que o signo é uma coisa que substitui outra coisa, ou o substitui? Seria uma substituição bem particular, de fato possível nem num sentido, nem noutro: nem o “sentido”, nem o “referente” enquanto tais, poderiam inserir-se dentro de uma frase, em lugar da palavra.

efetiva dos intérpretes para a redefinição dos saberes impostos pelo poder por meio de leis.

Segundo o autor,

A democracia precisa ser sentida como uma invenção constante do novo. Ela se reconhece no inesperado que resiste aos equilíbrios demasiadamente sólidos de uma ordem de proibições. Obviamente, o novo que falamos aqui não é uma fuga de estereótipos à procura de uma readaptação autoritária dos discursos. Não é o novo pelo novo. (WARAT, 1995, p. 70).

Segundo Sparemerger (2016, p. 124), a leitura democrática não é aquela que busca encontrar um significado preferencial oculto, mas a que procura evidenciar o plural com que se forma as significações. Todavia, para que se possa evidenciar o plural de significações, é necessário que a audácia do pensamento que institui o novo na prática social democrática seja capaz de observar e cultivar as ambiguidades e vagezas contidas nos textos e nos discursos, pois são estas e outras indeterminações de sentido que expressam mais de um significado ou que possuem um campo referencial múltiplo que permitem a instituição do novo.

A presença de indeterminações, vagezas e ambiguidades, bem como de outras formas de redefinição de sentido dos discursos jurídicos, significa transgressão da linguagem, pois a ideia da mudança acarreta alterações e interpretações que prejudicam determinados valores, bem como o senso comum teórico dos juristas. (WARAT, 1995). Como salientado anteriormente, o chamado “senso comum teórico dos juristas” trabalha a partir de estereótipos, pré-conceitos, imagens e representações já estabelecidas. Os adeptos deste tendem, portanto, à reprodução do objeto, são meros espectadores de uma realidade que muitas vezes não querem transformar, preferem reproduzir o conhecimento a modificá-lo.

É necessário, como afirma Marilena Chauí, citada por Warat (1995, p. 83),

Transformar o homem em sujeito do conhecimento moderno, que é o papel que este deve ocupar hoje na sociedade e não mais somente utilizar-se do poder para dominar este conhecimento, seria abrir comportas para um humanismo que valorize o homem como sujeito do prazer e não mais como sujeito do dever (sujeito moral) e como sujeito de um olhar soberano na produção das significações (sujeito do conhecimento).

A ideia de construção de um sujeito de conhecimento alheio ao dever e submetido ao prazer de significações é o que se pretende fazer com o território científico, uma vez que este compreende um regime que esconde certos segredos, provoca alguns medos e encerra as verdades em discursos arrogantes legíveis, um vazio repleto de retórica, um nível popular de conotação, uma caricatura de certezas que se pretende combater. O discurso ideológico da ciência do Direito não aceita a ideia de ambiguidade e o infinito das significações que movimentam o complexo processo de constituição da realidade social e seu conhecimento. (WARAT, 1995). É preciso, como coloca o autor, desideologizar o processo alienante de construção do conhecimento que se mantém preso à sistematicidade, uniformidade e precisão de sentido. É necessária a busca de significações de carácter social e histórico dos discursos jurídicos para torná-los discursos democráticos. Para isso, a construção do conhecimento precisa ser redefinida e questionada constantemente.

Busca-se, como diz o autor:

Es una perspectiva de la multiplicidad ocupando el lugar de la realidad. Una realidad que no supone ninguna unidad, no entra en ninguna totalidad, y tampoco remite a un sujeto. Las subjetivaciones, las totalizaciones y las unificaciones son procesos que constituyen en la propia multiplicidad. La multiplicidad como la realidad no tiene sujeto ni objeto, es hecha de materiales diferentemente formados, de velocidades e intensidades, muy diferentes. Lineas de articulación y de fragmentación; líneas de encuentro y de fuga. El "entre-nos" como sentido, el otro como condición del deseo y la significación²⁷. (WARAT, 1996, p. 77).

Com a busca da realidade, da multiplicidade de significações, de um modo geral o que se pretende é apontar para uma visão carnavalesca da vida, tentando tornar visível o envelhecimento de certas versões sobre a produção do saber jurídico e social. Os sinais do novo, consonantes a visão carnavalesca do saber, renegam todo e qualquer tipo de ambição unificadora das significações. Neste sentido, a metáfora do carnaval procura desfazer as representações ideológicas,

²⁷ Tradução: "É uma perspectiva da multiplicidade ocupando o lugar da realidade. Uma realidade que não supõe nenhuma unidade, não entra em nenhuma totalidade, e tampouco remete a um sujeito. As subjetivações, as totalizações e as unificações são processos que constituem a própria multiplicidade. A multiplicidade como a realidade não tem sujeito nem objeto, é feita de materiais diferentemente formados, de velocidades e intensidades, muito diferentes. Linhas de articulação e de fragmentação; linhas de encontro e de fuga. E entre-nós como sentido, o outro como condição do desejo e a significação".

o que, em último caso, procura acabar com as ordens totalitárias das verdades. (WARAT, 1995).

A carnavalização é uma permanente provocação ao imaginário do homem. É a única forma de desaliená-lo. É uma provocação baseada na proposta de um espaço lúdico de leitura do mundo e seus discursos. E esse espaço lúdico tem um enorme valor pedagógico, pois descaracteriza tanto o saber quanto o poder, relativizando-os constantemente. De acordo com o autor, “existe, assim, a possibilidade da pluralização dos sujeitos que entram em diálogo com as significações, para tornar-se protagonistas e não mais espectadores do discurso” (WARAT, 1990, p. 72).

Segundo Sparemerger (2016, p. 127), tal situação diz respeito à questão do sujeito não mais como simples protagonista e espectador do discurso, ou mesmo como aquele que reproduz ou descreve o objeto, mas como sujeito participe da construção do conhecimento. É essa a intenção da carnavalização quando trabalha a ideia de desconstrução do modelo kelseniano de ciência.

Nesse sentido, para Warat (1995, p. 98):

O primeiro traço decisivo de uma prática discursiva carnavalizada passa por seu auto-estabelecimento como uma ordem semiológica democrática. Pode-se dizer que, a partir do momento em que nos situamos no interior de um processo de significações carnavalizadas, não é mais possível a sociedade representar-se na imagem de uma comunidade orgânica e unificada, na imagem de um mundo firmemente definido na razão e na imagem de uma sociedade que conta papéis claramente determinados.

A ideia de carnavalização pode ser identificada precisamente na vontade de negar a mentalidade autoritária, a mesma que fundamenta crenças e práticas significativas oficiais. De fato, “trata-se de estabelecer a partir do novo, do inesperado e do que não se encontra hierarquizado ou estereotipado, um ‘plus’ de significações sem castrações ou censura” (WARAT, 1995, p. 103).

Um “plus” de significações constitui um espaço carnavalizado, no qual se designa não somente a realização da razão, mas a realização de uma sociedade que signifique a democratização para interrogação permanente de suas formas instituídas. A metáfora do carnaval possibilita entender que não há mais uma autoridade incontestável, fiadora do poder e do saber. Na democracia não se pode mais aceitar o princípio de um suposto possuidor da lei, do sentido último do poder e do conhecimento social. De alguma maneira, está-se diante de um

princípio de politização do social que é baseado no dilema, no conflito e no debate na sociedade. O problema é tentar estabelecê-lo, preservá-lo e logo ampliá-lo. Não se poderia tentar a implementação de tal princípio sem pressupor que o saber e o poder não são mais apropriáveis por alguém. Eles se tornam, em certo sentido, práticas vazias. (WARAT, 1995, p. 104).

É necessário, para o alcance da chamada politização do social, democratizar a ciência jurídica para que ela possa atender aos mais diversos interesses da sociedade contemporânea. Para tal, é necessário que o modelo paradigmático de Hans Kelsen não o alcance em todos os sentidos. Para que isso não ocorra, a carnavalidade está empenhada em exaltar as formas de saber, menosprezadas pela cultura oficial, tentando produzir a inversão do poder das significações. Seu papel é tentar obstruir a ideia de uma literatura conformista, que ofusca os sinais do novo, mutila a realidade e consagra a ciência como soberana na forma de conhecimento. É preciso aprender na utopia que o novo tem o direito de ser a superação do estabelecido, do sistematizado, e que as verdades precisam ser sempre questionadas face ao novo que surge. (SPAREMBERGER, 2016, p. 128-129).

Com base nessas observações é que nos próximos tópicos tentar-se-á demonstrar qual é a configuração do paradigma hermenêutico crítico, no sentido de definir o papel da “nova” hermenêutica de superação dos modelos tradicionais, rumo ao paradigma de reconstrução do conhecimento.

4.2 Do paradigma da ciência ao “novo” paradigma de reconstrução do conhecimento

Está-se novamente voltado à necessidade de indagar pelas relações entre ciência e virtude, pelo valor do conhecimento dito ordinário ou vulgar que os sujeitos individuais ou coletivos criam e usam para dar sentido às suas práticas e que a ciência teima em considerar irrelevante, ilusório e falso; e tem-se, finalmente, de perguntar pelo papel do conhecimento científico acumulado no enriquecimento ou no empobrecimento prático das vidas, ou seja, pelo contributo positivo ou negativo da ciência para a felicidade. Vive-se o fim de um ciclo de hegemonia de uma certa ordem científica e, por isso, a construção do conhecimento científico a partir da relação sujeito-objeto, merece ser

questionada. Principalmente porque estabelecida tal relação, há uma abstração do real em prol do controle e da objetividade.

Para que se torne possível o chamado conhecimento científico, viu-se, no primeiro capítulo desta dissertação, que é necessário o abandono do conhecimento vulgar, do senso comum, da experiência imediata. Isto porque, tais formas de conhecimento são falsas para a cientificidade e “a ciência se opõe absolutamente à opinião” (SANTOS, 1989, p. 33). Tal constatação decorre principalmente do fato de que a ciência precisa romper com tais manifestações para se configurar como racional e válida. Segundo Santos (1989, p. 33), “a ciência constrói-se, pois, contra o senso comum e, para isso, dispõe de três atos epistemológicos fundamentais: a ruptura, a construção e a constatação”. De acordo com o autor, porque essenciais a qualquer prática científica, tais atos aplicam-se por igual tanto nas ciências naturais quanto nas ciências sociais.

E justifica o autor:

[...] as ciências sociais não dispõem de teorias explicativas que lhes permitem abstrair do real para depois buscar nele, de modo metodologicamente controlado, a prova adequada; as ciências sociais não podem estabelecer leis universais porque os fenômenos sociais são historicamente condicionados e culturalmente determinados; as ciências sociais não podem produzir previsões fiáveis porque os seres humanos modificam o seu comportamento em função do conhecimento que sobre ele se adquire; os fenômenos sociais são de natureza subjetiva e como tal não se deixam captar pela objetividade do comportamento; as ciências sociais não são objetivas porque o cientista social não pode libertar-se, no ato de observação, dos valores que informam a sua prática em geral e, portanto, também a sua prática de cientista. (SANTOS, 2010, p. 36).

Se considerar-se o Direito como uma ciência social, não se pode olhá-lo como algo pronto, objetivo, preciso, sem possibilidades de reais adaptações, pois os valores que informam sua prática também se alteram de acordo com cada época histórica. Nesse sentido, o Direito não pode permanecer “estátua” como bem o coloca SANTOS (2001). Precisa, isto sim, caracterizar-se como espelho e refletir a realidade.

Veja-se a explicação do autor:

É como se o espelho passasse de objeto trivial a enigmático supersujeito, de espelho passasse a estátua. Perante a estátua, a sociedade pode, quando muito, imaginar-se como foi ou, pelo contrário, como nunca foi. Deixa, no entanto, de ver nela uma imagem credível do que imagina ser quando olha. A atualidade do olhar deixa de corresponder à atualidade da imagem. Quando isto acontece, a

sociedade entra numa crise que podemos designar como crise da consciência espetacular: de um lado, o olhar da sociedade à beira do terror de não ver refletida nenhuma imagem que reconheça como sua; do outro lado, o olhar monumental, tão fixo quanto opaco, de espelho tornado estátua que parece atrair o olhar da sociedade, não para que este veja, mas para que seja vigiado. (SANTOS, 2001, p. 48).

Está-se, assim, no fim de um ciclo de hegemonia de uma certa ordem científica, ou seja, a relação estabelecida entre sujeito e objeto na construção do conhecimento precisa ser questionada, assim como o modelo tradicional de reprodução, principalmente no campo jurídico. Os operadores do Direito precisam deixar de ser reprodutores do conhecimento objetivado para se tornarem seus criadores. Isto significa permitir, por meio do olhar, que a sociedade e o Direito não se transformem em estátuas, mas que possam ver refletidas as suas realidades nesse novo modelo de construção do conhecimento. Para isso, é necessário que a relação sujeito-objeto na construção do conhecimento seja questionada. Para a compreensão desta provável “ruptura” paradigmática, é importante que se faça um percurso analítico deste modelo de ordem científica.

O paradigma predominante da ciência moderna constitui-se a partir da revolução científica do século XIV e foi desenvolvida nos séculos seguintes basicamente no domínio das chamadas ciências naturais²⁸. Tal desenvolvimento, no entanto, era centrado num modelo de racionalidade oriundo das ciências naturais, que só mais tarde se estendeu às chamadas ciências sociais emergentes, ou seja, por volta dos séculos XVIII e XIX. (SANTOS, 2010).

Este novo modelo de racionalidade científica, por sua vez, admite variedade interna mas que se distingue e defende, por fronteiras ostensivas e ostensivamente policiadas, de duas formas de conhecimento não científico: o senso comum e as chamadas humanidades ou estudos humanísticos em que se incluíram, entre outros, os estudos históricos, filológicos, jurídicos, literários, filosóficos e teleológicos, os quais são vistos como irracionais perturbadores e intrusos. (SANTOS, 2010). Isso ocorre, principalmente, porque

²⁸ Esta revolução científica “está consubstanciada, com crescente definição, na teoria heliocêntrica do movimento dos planetas de Copérnico, nas leis de Kepler sobre as órbitas dos planetas, nas leis de Galileu sobre a queda dos corpos, na grande síntese da ordem cósmica de Newton e finalmente na consciência filosófica que lhe conferem Bacon e sobretudo Descartes. Esta preocupação em testemunhar uma ruptura fundante que possibilita uma e só uma forma de conhecimento verdadeiro está bem patente na atitude mental dos protagonistas [...]” (SANTOS, 2010, p. 22).

Sendo um modelo global, a nova racionalidade científica é também um modelo totalitário, na medida em que nega o caráter racional a todas as formas de conhecimento que não se pautarem pelos seus princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas. É esta a sua característica fundamental e a que melhor simboliza a ruptura do novo paradigma científico com os que o procederam. (SANTOS, 2010, p. 21).

Ao contrário da ciência aristotélica, a ciência moderna desconfia sistematicamente das evidências da experiência imediata. Com base nestes pressupostos, o conhecimento científico avança pela observação descomprometida, livre e sistemática e tanto quanto possível rigorosa dos fenômenos naturais. O *Novum Organum* opõe a incerteza da razão entregue a si mesma à certeza da experiência ordenada. A consciência filosófica da ciência moderna, que tivera no racionalismo cartesiano e no empirismo baconiano as suas primeiras formulações, veio a condensar-se no positivismo oitocentista. Dado que, segundo este, só há duas formas de conhecimento científico – as disciplinas formais da lógica e da matemática e as ciências empíricas segundo o modelo mecanicista das ciências naturais – as ciências sociais nasceram para ser empíricas. (SANTOS, 2010).

Para este autor,

O modo como o modelo mecanicista foi assumido foi, no entanto, diverso. Distingo duas vertentes principais: a primeira, sem dúvida dominante, consistiu em aplicar, na medida do possível, ao estudo da sociedade todos os princípios epistemológicos e metodológicos que presidiam ao estudo da natureza desde o século XVI; a segunda, durante muito tempo marginal mas hoje cada vez mais seguida, consistiu em reivindicar para as ciências sociais um estatuto epistemológico e metodológico próprio, com base na especificidade do ser humano e sua distinção polar em relação à natureza. Estas duas concepções têm sido consideradas antagônicas, a primeira sujeita ao jogo positivista, a segunda liberta dele, e qualquer delas reivindicando o monopólio do conhecimento científico-social. (SANTOS, 2010, p. 33-34).

Desta forma, o modelo de racionalidade anteriormente descrito passa por uma profunda e irreversível crise. Está-se vivendo um período de revolução científica, resultado interativo de uma pluralidade de condições teóricas e sociais. A primeira observação a ser feita é a de que a identificação dos limites, das insuficiências estruturais do paradigma científico moderno é o resultado do grande avanço no conhecimento que ele propiciou. Neste contexto, o

aprofundamento do conhecimento permitiu ver a fragilidade dos pilares em que se fundou. (SANTOS, 2010).

Assim, por exemplo, não é mais possível observar ou medir um objeto sem interferir nele, sem alterá-lo. Tal interferência ocorre de tal forma que o objeto que sai de um processo de mediação/interpretação não é o mesmo que lá entrou. Isto significa que as condições teóricas que se leva a crer na crise do paradigma dominante propiciam uma profunda reflexão epistemológica sobre o conhecimento científico, uma reflexão de tal modo rica e diversificada que, melhor do que qualquer outra circunstância, caracteriza exemplarmente a situação intelectual do tempo presente. (SANTOS, 2010).

Segundo Santos (2010, p. 50-51):

Esta reflexão apresenta duas facetas sociológicas importantes. Em primeiro lugar, a reflexão é levada a cabo predominantemente pelos próprios cientistas, por cientistas que adquiriram uma competência e um interesse filosóficos para problematizar a sua prática científica. Não é arriscado dizer que nunca houve tantos cientistas-filósofos como atualmente, e isso não se deve a uma evolução arbitrária do interesse intelectual. Depois da euforia cientista do século XIX e da conseqüente aversão à reflexão filosófica, bem simbolizada pelo positivismo, chegamos a finais do século XX possuídos pelo desejo quase desesperado de complementarmos o conhecimento das coisas com o conhecimento de nós próprios. A segunda faceta desta reflexão é que ela abrange questões que antes eram deixadas aos sociólogos. A análise das condições sociais, dos contextos culturais, dos modelos organizacionais da investigação científica antes acantonada no campo separado e estanque da sociologia da ciência, passou a ocupar papel de relevo na reflexão epistemológica.

A epistemologia, desde sua origem, no século XVII, onde atingiu seu mais alto desenvolvimento, no final do século XIX, apresentou um comportamento arrogante. Tendo deslocado a filosofia da centralidade que ocupava desde Aristóteles, o debate foi resumido enquanto filosofia da ciência, legitimando assim a ciência moderna mais que pautando sua crise, seus problemas. As ciências estavam em crise, e a epistemologia não as explorou criticamente. (SANTOS, 1989).

Para Santos (1989, p. 17), “durante muito tempo, pois, a reflexão epistemológica parece ter sido menos o reflexo da crise do que a tentativa de a negar ou, quando muito, de a superar a favor do *status quo* científico”.

Com isso, as mais diversas áreas do conhecimento ficaram presas a determinados paradigmas epistemológicos de construção do conhecimento, ou

seja, a modelos restritos, à descrição do objeto previamente estabelecido e sistematizado, bastando ao sujeito realizar o processo de reprodução deste e assim manter a ideia de sistematicidade e cientificidade, sem quaisquer influências/interferências que pudessem desestruturar tal modelo, acarretando, obviamente, algumas crises. Crises estas que, segundo Santos (1989, p. 17-18), podem ser definidas como “crises de crescimento” e “crises de degenerescência”.

As primeiras são percebidas pela insuficiência explicativa de conceitos e métodos que, para os fenômenos apreciados antes, eram usados com eficácia. Epistemologicamente, essas crises são demonstração de pujança da disciplina em mutação, ao mesmo tempo em que reafirmam dramaticamente a autonomia da ciência em relação a outros saberes. As segundas, chamadas de crises de degenerescência, atingem numa crise de paradigma todas as disciplinas desigualmente. São crises da visão de mundo em um determinado tempo histórico. Entra em crise, não somente métodos e conceitos, mas a inteligibilidade proporcionada por uma visão de mundo vigente, paradigmática. (SANTOS, 1989, p. 17-18).

Nesses momentos, a reflexão epistemológica, constatando a insuficiência do antigo paradigma, considera a ciência como mais uma forma de saber, não mais a reconhecendo como a melhor. Somente nestes momentos pode-se fazer a crítica epistemológica também à epistemologia produzida durante as crises de crescimento. No pensamento de Piaget, citado por Santos (1989, p. 18):

As crises de degenerescência são crises do paradigma, crises que atravessam todas as disciplinas, ainda que de modo desigual, e que as atravessam a um nível mais profundo. Significam o pôr em causa a própria forma de inteligibilidade do real que um dado paradigma proporciona e não apenas os instrumentos metodológicos e conceituais que lhes dão acesso. Nestas crises, que são de ocorrência rara, a reflexão epistemológica é a consciência teórica da precariedade das construções assentes no paradigma em crise e, por isso, tende a ser enviesada no sentido de considerar o conhecimento científico como uma prática de saber entre outras, e não necessariamente a melhor.

A ciência moderna, desde o pós-guerra, vive uma crise de degenerescência, que evidencia também aquela da epistemologia. É importante, a essa altura, deixar claro qual é o papel da epistemologia. Segundo Runes (1968, p. 94), citado por Santos (1989, p. 19), a epistemologia é “o ramo da filosofia que investiga a origem, a estrutura, os métodos e a validade do conhecimento”. Observa-se, já neste primeiro conceito, que todo o processo de construção de uma ciência com método e objeto específico começa a entrar em

crise, por isso a epistemologia está em crise. Pode-se compreender ainda a epistemologia “como uma reflexão de segundo grau sobre a ciência, uma metaciência que, embora sujeita à contaminação filosófica, se integra cada vez mais na ciência pela obediência aos critérios da objetividade científica” (BLANCHÉ, 1972, p. 119 apud SANTOS, 1989, p. 20).

As diversas definições demonstram a variedade de significações construídas nos últimos anos. As divergências conceituais vão desde considerá-la como disciplina, tema ou perspectiva de reflexão, mas há a concordância de que seu estatuto é duvidoso, tanto em função de seu objeto (conhecimento científico) quanto em função do seu lugar específico nos saberes. (SANTOS, 1989, p. 21).

Com relação ao objeto, a discordância principal está entre os que defendem uma epistemologia pura, formal, não reconhecendo as condições sociais em que o conhecimento é produzido, e os que defendem um estudo à luz das condições em que ela tem lugar, reconhecendo que as condições sociais para a produção do conhecimento são determinadas. (SANTOS, 1989, p. 21).

Em relação ao lugar da epistemologia entre os saberes, há três posições básicas: a) fazer da epistemologia uma ciência da ciência (estes teóricos estão na “esteira do positivismo”); b) colocar a epistemologia no seio da filosofia (estes o fazem “por fidelidade à história das ideias filosóficas ou por reação ao positivismo”); e c) conceber a epistemologia como uma reflexão heterogênea, envolvendo a história e a sociologia das ciências. (SANTOS, 1989, p. 22).

O Círculo de Viena²⁹ representa a forma de pensamento positivista que quer fazer da reflexão sobre a ciência, uma ciência e que somente reconhece sentido na filosofia quando esta faz teoria sobre a ciência, exigindo daquela a mesma justificação que requer nas ciências positivas. O positivismo lógico representa, assim, o apogeu da dogmatização da ciência. (SPAREMBERGER, 2016, p. 253). Por positivismo lógico, neste sentido, pode-se compreender que,

²⁹ Trata-se de um movimento que surgiu durante as primeiras décadas do século XX e que está intimamente relacionado com a corrente chamada de positivismo lógico. Tem origem na Áustria, como reação à filosofia idealista e especulativa que prevalecia nas universidades alemãs. A partir da primeira década do século, um grupo de filósofos iniciou um momento de investigação, que tentava buscar na ciência a base de fundamentação de conhecimentos verdadeiros. Entre os principais teóricos do Círculo de Viena estão Philipp Frank, Otto Neurath, Hans Hahn, Moritz Schillick e Rudolf Carnap. (SPAREMBERGER, 2016).

A única fonte de conhecimento correto da realidade é o método científico. Compete à filosofia a análise e a clarificação do significado das proposições. Para tanto, utiliza o método lógico-científico. A linguagem é por essência um cálculo. (GILES, 1993, p. 122).

Segundo Sparemberger (2016, p. 253), isto significa, especificamente, que os defensores desta ideia viram na ciência um aparelho privilegiado de representação do mundo, afirmados na coincidência entre as proposições científicas e as experiências e sustentados pelo convencimento de que a verdade provém somente da lógica dedutiva ou das relações entre os instrumentos experimentais e o mundo experimentado.

Para a autora, a extrema dogmatização da ciência moderna acabou por produzir sua crise, seu declínio, tornando possível uma reação ao dogmatismo. Essa reação é a chamada “desdogmatização da ciência”.

De acordo com Santos (1989, p. 24-26), apresenta-se três vertentes principais desta crise:

1) A primeira vertente tem três ocorrências: o próprio Círculo de Viena passa a debater se as proposições fundantes da ciência, proposições básicas, têm estatuto diferente das proposições fundadas por elas; a autocrítica a Wittgenstein e a sua luta por não fundar o conhecimento somente nos jogos de linguagem; o estabelecimento por Karl Popper, como condição lógica das proposições científicas, a falseabilidade contra o Círculo de Viena que apostava na verificabilidade. A verificação pode demonstrar que uma proposição é falsa, mas não que é verdadeira. A falseabilidade é o critério que oportuniza submeter as proposições a testes, passando pelos testes, a proposição é corroborada, ao contrário, é refutada.

2) Cientistas, historiadores e filósofos da ciência, em grande número, não preocupados em construir sistemas filosóficos, mas interessados em melhor compreender o desenvolvimento, as crises, as relações sociais e políticas da ciência, passam a refletir de forma intimamente ligada à resolução de problemas efetivos. A reflexão desses cientistas, porque orientados para resolver crises, inconsistências e contradições produzidas na prática científica, acabou por produzir vários rombos no modelo de racionalidade subjacente ao paradigma das ciências modernas, responsáveis no conjunto pela crise deste, uma crise que, como disse, julgo ser de degenerescência.

3) Filósofos de várias orientações “convergem numa reflexão filosófica que não partilha o fetichismo do conhecimento científico...” e que não utilizam categorias epistemológicas. A ciência, assim, não é submetida ao “tribunal da razão” como queria Kant, “mas ao tribunal do devir histórico do homem no mundo”. Filósofos como Hegel, Wittgenstein, Heidegger, Dewey concordam que se preocuparam em investigar os fundamentos últimos da ciência e avaliá-la “em função da sua contribuição para o projeto existencial da construção da vida em sociedade”.

Para estes teóricos, especialmente Heidegger e Dewey, o primeiro pessimista no sentido de que a ciência e a tecnologia correspondem a uma apreensão dogmática do ser que pretende reduzir toda a existência à sua instrumentalidade, o que leva ao esquecimento do ser e à inviabilização do projeto de existência humana autêntica; o segundo, mais otimista, entende que a “ciência vale pela ligação que tem com o ideal democrático e na medida em que mantém essa ligação” (SANTOS, 1989, p. 26).

De acordo com Dewey, citado por Santos (1989, p. 26-27),

A ciência é um conjunto de práticas que pressupõe um certo número de virtudes, tais como a imaginação e a criatividade, a disponibilidade para se submeter à crítica e ao teste público, o caráter cooperativo e comunitário da investigação científica, virtudes que, apesar de características do método científico, devem ser cultivadas no plano moral e político para que se caracterize o projeto de “democracia criativa”.

Para que isto ocorra, é necessária a presença da hermenêutica crítica da epistemologia e que esta possibilite a reflexão do discurso científico. Segundo Santos (1989, p. 28), “o discurso científico é hoje, em face do cidadão comum, um discurso anormal no seu todo e, por isso, [...], só será socialmente compreensível se, perante ele, adotarmos uma atitude hermenêutica”. Tal submissão da epistemologia a uma reflexão hermenêutica significaria atribuir-lhe o valor de um sinal que se analisa segundo a sua pragmática e não pela sua sintaxe ou a sua semântica. Isto significa, portanto, fazer uma hermenêutica crítica da epistemologia.

Verifica-se, então, que o autor entende que a vertente filosófica da epistemologia continuará aprofundando a reflexão para contrapor “a progressiva redução da prática à técnica que caracteriza a atual crise do paradigma da ciência moderna” (SANTOS, 1989, p. 29). Para ele, a epistemologia é necessariamente uma ilusão e, mais que isso, é uma ilusão necessária. Ela não cumpre as exigências teóricas a que se propõe nem as que a ciência lhe dita, assim, nega-se como fundamento e manifesta sua inviabilidade, “constitui a verdade possível e precária, mas legítima” (SANTOS, 1989, p. 29). Logo, afirma-se como uma ciência sem fundamentos.

Desde os meados do século XIX, a ciência constitui hegemonia no pensamento ocidental e seu reconhecimento ocorre em função da tecnologia dela decorrente, dispensando, assim, a investigação das

causas para sua justificação, mas não das consequências. Sem se dar conta, a epistemologia, também, passou a deduzir as causas das consequências. Revelou, assim, “a verdadeira natureza do problema epistemológico dos nossos dias (a relação consequência; justificação)”. A epistemologia mostra que as consequências são a única causa da ciência, e que a justificação é feita pelas consequências, os limites dessa justificação devem, igualmente, ser buscados nas consequências. A reflexão transforma-se, assim, em uma pragmática epistemológica e a hermenêutica torna-se pedagogia da construção de uma epistemologia pragmática. (SANTOS, 1989, p. 30-31).

A hermenêutica aborda, nessa condição, “uma epistemologia cuja consciência pragmática está ainda por desenvolver, sendo, aliás, o seu desenvolvimento o objetivo essencial do programa hermenêutico” (SANTOS, 1989, p. 31). Deve-se buscar equilibradamente uma hermenêutica de recuperação e uma hermenêutica de suspeição e aplicá-las ao conhecimento científico bem como à epistemologia desse conhecimento. Esse programa deve embasar-se no princípio de que o objetivo existencial da ciência não está nela própria, não em si. Esse objetivo é democratizar e aprofundar a sabedoria prática, a *phronesis*³⁰ aristotélica, o hábito de decidir bem. (SANTOS, 1989, p. 31).

A hermenêutica deve ter a pretensão de contribuir para que esse princípio seja interiorizado pela prática científica. Quando esta interiorização estiver concluída, tem-se revolucionado o paradigma científico. Reflexão hermenêutica crítica da epistemologia é, portanto, tarefa transformadora, revolucionária. (SANTOS, 1989).

Ao negar-se a subjugação da sociedade à técnica, persegue-se a reflexão epistemológica sobre as ciências que tornam possível a técnica. Percebe-se a ciência comprometida com as consequências e não com as causas. Questiona-se a epistemologia que estuda as ciências e depara-se com seu inconsciente procedimento de, também, deduzir as causas das consequências. Deve-se, então, fazer a hermenêutica crítica da epistemologia, para criticar os seus limites e assim contribuir na democratização e aprofundamento da sabedoria, da *phronesis*. (SANTOS, 1989).

³⁰ Palavra grega que significa “o conhecimento sabiamente aplicado na vida, no dia-a-dia. A sabedoria prática. Faculdade (o poder, a capacidade) do ser humano que lhe dá a possibilidade de descobrir qual ação apropriada, correta, em determinada situação, e que leva os desejos humanos a se conformarem à razão, controlar tais desejos” (GILES, 1993, p. 119).

Desta forma, o que há de novo no campo da epistemologia (diferente do paradigma tradicional) são as contribuições de diversos teóricos que a definem como:

Uma veleidade (vontade imperfeita) de distanciamento crítico em relação às perspectivas da ciência, melhor dizendo, de cada ciência, já que, além de uma epistemologia geral, há um espaço para a reflexão epistemológica no seio de cada disciplina. (ARNAUD, 1999, p. 304).

Esta reflexão, portanto, é necessária para que ocorra a chamada autonomia da ciência jurídica, proporcionando que ela se liberte das comunicações ideológicas que, de forma mais ou menos consciente, têm perturbado o estudo do Direito.

Dessa maneira, em busca de um “novo” paradigma hermenêutico, importantes são os aportes de Hans-Georg Gadamer, por exemplo, sobretudo acerca do que define hermenêutica filosófica. Trata-se de uma matriz estruturada sobre um conjunto normativo que não é absoluto. Sua concepção é uma tentativa de que se abandone a ideia de que se deve buscar na lei o sentido dado pelo legislador, como quer também o paradigma epistemológico tradicional – objetivo prisioneiro de reprodução do conhecimento jurídico a partir da relação sujeito-objeto. Para aquele autor, a interpretação jurídica é uma tarefa criativa, tendo em vista a enorme distância entre a generalidade da lei e a situação jurídica concreta. Na verdade, diferentemente da hermenêutica jurídica tradicional, a “nova” hermenêutica ou o “novo” paradigma hermenêutico desconsidera a objetividade ou a reprodução de um sentido, criando condições de produção de sentido por parte do sujeito/intérprete como Ser-no(do)-mundo. (LIXA e SPAREMBERGER, 2016, p. 94).

Portanto, como reação crítica ao positivismo jurídico e a teoria kelseniana, são importantes as contribuições de Hans-Georg Gadamer para uma “nova” perspectiva hermenêutica, mais comprometida com o humano, que reage frente a sistemas de dominação e de poder excludentes e com a opção de construir uma vida que possa valer a pena ser vivida a partir de suas condições mutantes, plurais, diferenciadas, sócio históricas, finitas e contingentes. Para tal, é preciso dar um passo a mais também e introduzir os estudos descolonizadores dentro do campo jurídico e hermenêutico.

4.3 Os novos desafios: a decolonialidade como possibilidade

Os eventos sociais e políticos dos anos finais do século XX acabaram por frustrar as esperanças e ilusões tanto nas áreas da modernidade como em sua periferia. Mas a derrota que começa a ser reconhecida não era somente política ou econômica, mas também intelectual. Um vazio de futuro emancipador foi entregue tanto às vítimas do capitalismo como a seu tradicional centro articulador. Anunciava-se o final do projeto da modernidade e o sistema internacional passa a enfrentar uma grave e talvez irreversível crise moral e institucional. Marcava-se o início de um discurso difuso e complexo que denunciava o irreversível fim do projeto da modernidade. (LIXA e SPAREMBERGER, 2016, p. 119).

Para as autoras, o esvaziamento das imagens e discursos representativos da racionalidade moderna vai criando um complexo debate no qual criam-se novas rotulações. Não só, vai ganhando espaço o discurso do crítico e com ele os “pós” e “neos”.

Ainda afirmam que, embora se tratando de um discurso crítico sobre a modernidade, elaborado a partir do propósito esgotamento da modernidade, é necessário que se chame a atenção acerca de um espaço central em geral não considerado no debate: a descolonialidade. Os discursos pós-modernos concebidos desde o Norte, carrega consigo a mesma concepção unilateral de mundo e de história que nega e oculta a colonialidade, portanto, reproduz a ideia monotópica e universal da modernidade para a qual a diferença colonial e colonizado é considerada passivo. O colonial permanece bárbaro, pagão, subdesenvolvido e incapaz de ser tutelado. Desconsidera que as condições históricas não são apenas locais. Há que se observar que desde o século XV, com a expansão do capitalismo e o projeto da modernidade, há um “outro lado” liminar que paralelamente constrói e reinventa seu universo, relações de poder e imaginário social.

Não obstante, indo nesta direção, pode-se perceber que a “crise” manifestada na Europa na segunda metade do século XX é, simultaneamente, pensada e vivenciada em suas margens/fronteiras. Há nesta “crise” um duplo movimento: um movimento “local” no “interior” do sistema moderno que idealizou

e tratou de colocar-se como centro do projeto da modernidade e um movimento em suas fronteiras que os reinventa.

Reconhecer o pensamento descolonial forçosamente tem-se que retornar aos anos se seguiram a década de 70 do século XX, quando, a perda na tradicional referência de centro geocultural e político, fez com que fosse difícil localizar os centros dos “projetos globais”. E é neste contexto que os saberes subalternos/subjugados, as “outras formas” de pensar a modernidade, tornam-se insurgentes e visíveis. Saberes subjugados é um conceito “emprestado” de Foucault, como lembra Mignolo (2003, p. 44) que introduziu a expressão “insurreição de saberes subjugados” para referir-se e descrever a transformação epistemológica por ele percebida e que carrega duplo significado. Diz Foucault, citado por Mignolo (2003, p. 44): “para mim é duplo o significado de saberes subjugados. Por um lado, refiro-me aos conteúdos históricos soterrados e disfarçados numa sistematização funcionalista ou formal”. Portanto, como um saber ocultado, absorvido e anulado pelo saber dominante e disciplinador que, segundo Foucault, ainda tinha um segundo significado:

Creio que se deveria compreender saberes subjugados como outra coisa, algo que de certa forma é totalmente diferente, isto é, todo um sistema de conhecimento que foi desqualificado como inadequado para suas tarefas ou insuficientemente elaborados: saberes nativos, situados bem abaixo na hierarquia, abaixo do nível exigido de cognição de cientificidade. Também creio que é através da reemergência desses valores rebaixados, (tais como os saberes desqualificados do paciente psiquiátrico, do doente, do feiticeiro – embora paralelos e marginais em relação à medicina – ou do delinquente etc.) que envolvem o que eu agora chamaria de saber popular [...] embora estejam longe de ser o conhecimento geral do bom senso, mas, pelo contrário, um saber particular, local, regional, saber diferencial incapaz de unanimidade e que deve suas forças apenas à esperteza com a qual é combatido por tudo à sua volta – que é através do reaparecimento desse saber, ou desses saberes locais populares, esses saberes desqualificados, que a crítica realiza sua função. (apud MIGNOLO, 2003, p. 44).

Walter Mignolo, trazendo a concepção de “saberes subjugados” até o limite da diferença colonial quando tornam-se subalternos da colonialidade do poder, concebe-os como liminares, como saberes subjugados em pé de igualdade com o ocidentalismo como o imaginário dominante do sistema mundial colonial/moderno: o ocidentalismo é a face visível do edifício do mundo moderno, ao passo que os saberes subalternos são seu lado sombrio, o lado colonial da modernidade. (MIGNOLO, 2003, p. 44). O saber liminar é o que também Darcy

Ribeiro na década de 60 definia como o subalterno. Aquele que é característico do povo colonizado brasileiro que privado de riqueza e do fruto de seu trabalho, degradados e humilhados, assumem como sua a imagem que era um simples reflexo da cosmovisão europeia, que considerava os povos coloniais racialmente inferiores. (RIBEIRO, 1968, p. 63). Mesmo as elites que serviam os interesses centrais viam-se como destinados a subalternos políticos e intelectuais por ser naturalmente sua posição inferior à europeia.

Portanto, a geopolítica do conhecimento moderna é também questionada e reinventada a partir da periferia e num esforço de desconstrução e de busca de alternativas à “crise da modernidade”, vai-se edificando um movimento-pensamento descolonial. Uma experiência até então invisibilizada intelectualmente, mas, presente nos movimentos populares, ganhando *status* acadêmico na década de 80, a partir do diálogo com os movimentos sociais e seus saberes. Embora nascido fora da academia, o pensamento descolonial entra no circuito das universidades no contexto de uma nova geografia do conhecimento a partir da periferia quando, na América Latina em particular, são anunciadas novas formas de saber. (LIXA e SPAREMBERGER, 2016, p. 121).

Mas o saber colonizado, eurocêntrico do conhecimento insiste em absorver e ocultar o pensamento da periferia. Em não raras vezes, o periférico é anulado. É comum, acadêmica e politicamente, um discurso que considera como o único válido o saber europeu, querendo significar que negros e índios latinos americanos possuem cultura e sabedoria, que é diferente de conhecimento. Evidentemente, nesta lógica, é no Primeiro Mundo que se produz conhecimento objetivo e científico já que no Segundo o conhecimento não é objetivo, e o que minimamente há é “ideologicamente contaminado”. E sob este argumento o pensamento periférico foi sendo anulado, desprezado e descartado. E desta forma, a dominação econômica vai de mão dadas com a colonização do conhecimento através de meios sutis como o discurso neopositivista jurídico transvestido também de novo constitucionalismo como saber autorizado, mas que vai administrando e legitimado pelas instituições que manejam o saber e o poder global. (MIGNOLO, 2003, p. 62).

Segundo Lixa e Sparemberger (2016, p. 121), com estas concepções o espaço hermenêutico no Direito adquire uma dimensão distinta do que tradicionalmente foi lhe reservado e vai um pouco mais além do que até foi

edificado pela hermenêutica jurídica crítica. É um espaço de aproximação e de assumir responsabilidades mútuas que rompe com a lógica construída pelo saber colonizador e abre para ainda tornar possível a esperança no justo. As condições de possibilidade de compreensão são elaboradas com o outro e a partir deste outro historicamente negado e silenciado.

É indo nesta direção que De La Torre Rangel (2006, p. 163), jurista vinculado ao pensamento jurídico crítico mexicano, propõe uma hermenêutica dialógica. Uma forma de racionalidade jurídica definida como a interpretação ou compreensão que se centra “más allá de la univocidad y de la equivocidad”³¹. A analogia, explica o autor, se coloca como forma de intermediação entre aquilo que é unívoco – o que se refere a um sentido comum partilhado – e o dissenso – sentido absolutamente divergente –, portanto, o análogo é o que está entre o unívoco e o dissenso, em parte é idêntico e em parte distinto, predominando a diversidade.

Esclarece que para evitar o perigo do relativismo em um extremo e o univocismo de outro, o analógico seria um procedimento hermenêutico que considera entre todas as formas de compreensão – unívocas ou não – há um campo dialógico possível, um espaço comunicativo que contém em si identidades e diferenças. Partindo da consideração que a justiça não é constituída por ideias abstratas, mas de uma relação entre seres humanos frente a frente em posições distintas que para ajustarem-se necessitam igualarem-se. A racionalidade analógica é o instrumental que permite o ajuste entre seres humanos porque é um tipo de raciocínio que possibilita estabelecer uma relação humanamente proporcional. Uma compreensão analógica representa a possibilidade de reconhecer simultaneamente identidades e diferenças, ajustando de forma proporcional o unívoco e o equívoco. (DE LA TORRE RANGEL, 2007, p. 288).

A proposta defendida pelo autor como procedimento hermenêutico exige uma prática do reconhecimento do Direito como expressão relevante para a convivência humana sem que, entretanto, sejam desprezadas as múltiplas expressões relacionadas ao fenômeno jurídico. Para a aplicação da lei, lembra o jurista mexicano, há a construção de um raciocínio jurídico e este não é

³¹ Tradução: “além da univocidade e da equivocidade”.

exclusivamente legal por conter em si elementos ontológicos e gnosiológicos que exprimem elementos da realidade em sua totalidade e complexidade. Exatamente por não ser unívoca nem tampouco necessariamente controversa é que há um princípio possível de identidade que se expressa pela analogia.

Não obstante a “Insurgência do Sul” para a construção de uma hermenêutica analógica, Lixa e Sparemberger (2016, p. 122-123), registram-se que as últimas décadas do século XX são marcadas no plano teórico pelo esvaziamento das imagens e discursos representativos da racionalidade moderna, o que acaba por criar um complexo debate no qual são criadas novas rotulações. Instala-se um tempo de “pós”, “de(s)” e “neo(s)”. Inéditas expressões que significam tentativas de rotular situações às quais ou se defende, e se tenta promover, ou se rechaça. Mas, há o que parece ser um ponto de convergência: o esgotamento das categorias da modernidade e das grandes utopias que serviram para construir o horizonte de futuro moderno, tomando-se a crítica à modernidade o ponto de partida para sua própria superação.

Para autores como Žižek (2012), a complexidade sem fim do mundo contemporâneo possibilita o surgimento de conceitos opostos que parecem inquestionáveis, tais como a intolerância como tolerância, religião como senso comum racional etc. Enfim, vive-se um tempo em que é grande a tentação de gritar: “chega de bobagem!”. Talvez seja essa, diz o autor, a manifestação do desejo de estabelecer uma linha demarcatória entre a fala lúcida e sã e a bobagem, reação que tem servido para despertar a ira da ideologia predominante. Segue afirmando:

O senso comum de nossa época diz que, em relação à antiga distinção entre “doxa” (opinião acidental/empírica, sabedoria) e Verdade, ou ainda mais radicalmente, entre conhecimento positivo empírico e Fé absoluta, hoje é preciso traçar uma linha entre o que se pode pensar e o que se pode fazer [...]. (ŽIŽEK, 2012, p. 20).

É na tentativa de ir além do mero pensar, neste contexto de “pós”, “de(s)”, “neo(s)” e com desejo de fazer a reinvenção é que no Brasil se edificam e consolidam correntes no Direito que se autodenominam críticas. Em meados da década de 80 a realidade brasileira reclamava a reconstrução da ordem democrática. Os instrumentos de exercício de poder esvaziados pelo fim das verdades racionais que sustentaram durante séculos as formas de saber e de racionalidade dominantes não conseguiam mais responder inteiramente às

inquietações e às necessidades daquele momento, produzindo o que se passou a designar como “crise do Direito”. A “crise”, produto da descrença e insegurança jurídica, é definida por Wolkmer (2012) como a agudização das contradições e dos conflitos sociais em dado processo histórico. “Expressa sempre a disfuncionalidade, a falta de eficácia ou o esgotamento do modelo ou situação histórica aceitos e tradicionalmente vigentes” (WOLKMER, 2012, p. 31). Sinais de esgotamento que vão conduzindo para o interior do campo jurídico o pensamento crítico, inaugurando, assim, uma discussão inédita e fértil.

Uma possibilidade de enfrentamento e compreensão da “crise” jurídica brasileira foi encontrada na Teoria Crítica, concepção que desde a década de 60 vinha influenciando pensadores do Direito europeu, através de ideias provindas do economicismo jurídico soviético (Stucka, Pashukanis), da releitura gramsciana da teoria marxista feita pelo grupo de Althusser, da teoria crítica frankfurtiana e das teses arqueológicas de Foucault sobre o poder. Na Europa, as inovações da Teoria Crítica encontravam um terreno fértil no ambiente pós-guerra que projetavam no campo jurídico a desmistificação do jusnaturalismo e do positivismo. O autor, retomando a trajetória do criticismo, lembra que a crítica jurídica se consolidou inicialmente na França por volta dos anos 70 culminando com o “manifesto” da Associação Crítica do Direito em 1978, atingindo em seguida a Itália, Espanha, Bélgica, Alemanha, Inglaterra e Portugal. (WOLKMER, 2012, p. 42).

De acordo com Lixa e Sparemberger (2016, p. 124), na América Latina, os “ventos” inovadores chegam por volta da década de 80 com o engajamento de juristas progressistas e comprometidos com a superação dos obstáculos políticos que impediam a construção e efetivação da democracia. Este movimento de renovação do pensamento jurídico recebe a adesão de pensadores brasileiros em inúmeras faculdades de Direito que acabaram por serem pioneiras de uma pedagogia jurídica emancipadora. As perspectivas epistemológicas, apesar de múltiplas, tinham como ponto em comum a defesa do rompimento com o positivismo legalista e revelação do caráter dominador e centralizador do Direito hegemônico³².

³² São inúmeros os pensadores do Direito relacionados ao pensamento jurídico crítico, mas a verdadeira arqueologia epistemológica feita por WOLKMER (2012) lembra com acuidade nomes e trajetórias que merecem ser registradas.

A Teoria Crítica trouxe consigo o impacto do questionamento do papel ideológico do Direito na medida em que, diferentemente da concepção moderna de ciência, coloca no interior da discussão jurídica as contradições e ambiguidades inerentes ao Direito moderno, buscando tomar o Direito como instrumento não de manutenção da ordem estabelecida, mas a possibilidade de emancipação do sujeito histórico tradicionalmente submerso em determinada normatividade repressora, mas também discutir e redefinir o processo de constituição do discurso legal mitificado e dominante. Mostrava-se, assim, um horizonte inovador, mas que trazia em si, a necessidade de rompimentos e abandonos teóricos. (WOLKMER, 2012).

Para Lixa e Sparemberger (2016, p. 124), foi exatamente neste contexto que a hermenêutica ganha um novo *status* na discussão jurídica, já que é próprio de momentos agudos de transição que a questão hermenêutica ganha relevância. Mais do que nunca, foi necessário compreender a partir de novas categorias uma realidade também inovadora. A complexidade desta nova problemática de descobrir o “lugar” da hermenêutica numa lógica jurídica emancipadora fez com que fosse instaurada uma discussão movendo o “pêndulo hermenêutico”, referido no segundo capítulo deste trabalho.

A ordem política e jurídica colocada em marcha no Brasil com a Constituição de 1988 e o inédito momento histórico de então somados representavam a superação do autoritarismo, exclusão social e violência de direitos fundamentais que, desde os primórdios da “invenção” colonialista, vinham constituindo uma patologia crônica exposta no grave quadro social que se delineava. Naquele momento, lembra Sarmento (2010), que grande maioria dos juristas entram em sintonia com as tendências constitucionalistas que apontavam como grande desafio garantir a efetividade das constituições democráticas. Até então, historicamente, os comandos jurídicos e políticos constitucionais, de fato, estavam nas mãos dos detentores dos poderes político, econômico e social e finalmente, o país começou a “levar à sério” a Constituição e, apesar das dificuldades enfrentadas, tais como a desigualdade e o patrimonialismo que ainda povoam as instituições nacionais, os avanços em relação ao passado são inquestionáveis. (SARMENTO, 2010, p. 3-4).

Logo após a homologação da Constituição de 1988, juristas como Luis Roberto Barroso e Clèmerson Merlin Clève passaram a militar a concepção de

que a Constituição, enquanto norma jurídica, deveria ser aplicada comumente pelos juízes, defendendo um “constitucionalismo de efetividade”, independentemente de qualquer mediação legislativa. (LIXA e SPAREMBERGER, 2016, p. 124-125).

[...] o que viria a tirar do papel as proclamações generosas de direitos contidas na Carta de 88, promovendo justiça, igualdade e liberdade. Se até então, o discurso de esquerda era de desconstrução da dogmática jurídica, a doutrina da efetividade vai defender a possibilidade de um uso emancipatório da dogmática, tendo como eixo a concretização da Constituição. (SARMENTO, 2010, p. 248).

Desde aí se aprofundaram e se radicalizaram os estudos da hermenêutica jurídica. Influenciados pelo “giro” hermenêutico da filosofia e a entrada do pensamento de Ronald Dworkin, Robert Alexy, John Rawls, Hans-Georg Gadamer, Jürgen Habermas, entre outros, juristas como Lenio Luiz Streck e Eros Roberto Grau refundam o pensamento jurídico brasileiro denunciando e renunciando ao velho positivismo e seus procedimentos hermenêuticos. Nesta nova etapa, ou “quadra da história”, como prefere Lenio Luiz Streck, nominar este inédito momento de redefinição, é acentuada a natureza valorativa do Direito e dos princípios constitucionais. (LIXA e SPAREMBERGER, 2016, p. 125).

Neste contexto, “há uma verdadeira febre de trabalhos sobre teoria dos princípios, ponderação de interesses, teorias da argumentação, proporcionalidade, razoabilidade etc.” (SARMENTO, 2010, p. 249), e se incorpora no pensamento jurídico crítico brasileiro o neoconstitucionalismo. Tratava-se de um momento de conquistas e necessidade de que fossem garantidas.

Entretanto, já na primeira década do século XXI, muitos se davam conta que o neoconstitucionalismo não era a superação do velho positivismo. Como afirma o próprio Streck (2012, p. 37), não é porque o neoconstitucionalismo tem um discurso axiologista e valorativo que é superado o positivismo formal legalista. As teorias “pós” / “neo” positivistas acabaram por cair na incerteza e indeterminação do Direito. Seguramente o “relativismo” e a “teoria da argumentação” foram mal incorporados no pensamento brasileiro e decreta-se a “morte do método” e em seu lugar passa a reinar absoluta incerteza e relativismo

nas decisões judiciais. Possivelmente são os efeitos perversos de uma lógica colonizada que insiste em ser mantida na cultura jurídica brasileira.

Não é novidade, desde Hans Kelsen, que o julgador tem um “espaço discricionário” em aberto e que desde muito foi desmistificado o juiz “boca da lei”, mas como adverte Streck (2012), deve-se estar atento com o “pós positivismo à brasileira”:

[...] é preciso estar alerta para certas posturas típicas do “pós positivismo à brasileira”, que pretende colocar o rótulo de novo em questões velhas, já bastante desgastadas nessa quadra histórica, quando vivenciamos um tempo de constitucionalismo democrático. Ainda hoje presenciamos defesas vibrantes de “ativismos judiciais” para “implementar” e “concretizar” os direitos fundamentais, tudo isso sempre retornando ao mesmo ponto: a ideia de que, no momento da decisão, o juiz tem um espaço discricionário no qual pode moldar sua “vontade” [...]. (STRECK, 2012, p. 38).

Em síntese, as concepções e modelos “descobertos” no Brasil em fins do século XX, sobretudo com a entrada em cena do neoconstitucionalismo, é decretada a “morte do método”, o que acabou por produzir descontrolado solipsismo e ativismo judicial que mais confunde discricionariedade com arbitrariedade e o resultado, ao que parece, é que o “pêndulo hermenêutico” está “solto” e querendo voltar a um ponto “seguro”. Outra face perversa inegável produzida desde então é a crescente judicialização da vida cotidiana e política, o que acaba por neutralizar movimentos sociais e desvincular as práticas judiciais e políticas do Estado do compromisso constitucional primeiro, o que tem obrigado pensadores da hermenêutica a rever fundamentos e pré-concepções. (LIXA e SPAREMBERGER, 2016, p. 126).

Para Ferrajoli (2015), nestes tempos de total impotência e decadência da política, predomina um constitucionalismo principialista, momento quando se leva em conta todas as suas implicações, coloca em perigo a separação dos poderes, o princípio da legalidade e submissão do juiz somente à lei: em síntese, todos os princípios do Estado de Direito. Diante de angustiante constatação, pergunta o autor: quais alternativas se pode contrapor a esta orientação que coloca no Direito em uma espécie de “loteria do protagonismo judicial”? É momento de profundo e profícuo debate das vias possíveis de solução.

Uma das possibilidades é apontada por aquele, ao propor como ponto de partida a definição do horizonte hermenêutico, os direitos fundamentais consagrados na ordem constitucional.

[...] isto é, não dar lugar a antinomia e lacunas, com todos os espaços de discricionariedade política deixados em aberto, de um lado, pela proibição de produzir normas incompatíveis com os princípios constitucionais e, de outro, pelas possíveis formas e graus de observância da obrigação de sua atuação. (FERRAJOLI, 2015, p. 251).

Entretanto, chama a atenção Ferrajoli (2015, p. 253), que todas as soluções, principalmente as mais controversas, não podem ser consideradas “verdadeiras” ou “objetivamente corretas”, uma vez que cada decisão, no campo hermenêutico, poderia ser considerada como condições de possibilidades de decisões definidas a partir do horizonte compreensivo e, portanto, é inevitavelmente orientada por opções morais e políticas do intérprete.

E conclui o referido autor:

Mas os juízes não serão nunca, porque não poderão nunca sê-lo, simples bocas da lei, como desejavam os iluministas. Nem poderão jamais alcançar verdades absolutas, mesmo que seja na forma da “verdadeira” resposta correta. O reconhecimento desta imperfeição, ou se quiser, aporia, repito, é um fato de saúde institucional: gera o hábito da dúvida, a consciência do erro sempre possível, a disponibilidade para escutar todas as razões opostas que se confrontam no juízo, a “prudência” – a partir da qual advém o belo nome “jurisprudência” – como estilo moral e intelectual da prática jurídica e, em geral, das nossas disciplinas. (FERRAJOLI, 2015, p. 254).

Em síntese, frente a complexidade do fenômeno jurídico contemporâneo e a permanente reconstrução e vigilância da ordem democrática no Brasil, são possíveis múltiplas possibilidades de soluções para a “questão hermenêutica”, uma vez que o legislador e nem mesmo o Estado são detentores de todas as hipóteses de interpretação e aplicação da norma jurídica, o que evidentemente descortina a grande falácia do mito fundador do Direito moderno: a certeza e segurança nascida da plena razão estatal. (LIXA e SPAREMBERGER, 2016, p. 127).

Para as autoras, portanto, em que pese o esforço de correntes hermenêuticas jurídicas contemporâneas que se autorreferem como críticas, resta em aberto um espaço jurídico que ainda não pôde ser preenchido pelas práticas fundadas nestas correntes. É possível pensar uma alternativa às práticas alternativas e reinventar a crítica desde as experiências democráticas

participativas. Desde uma crítica à razão proléptica hermenêutica do Direito moderno, que além de contrair o presente reconhecendo como única fonte compreensiva o Direito estatal, reduz o espaço de mediação jurídica ao Estado, é possível ampliar espaços presentes emergentes.

Adotando a sugestão de Boaventura de Sousa Santos no que chama de “sociologia das emergências”, que é a prática de ampliar o presente reconhecendo o que foi subtraído pela “sociologia das ausências”, hermenêuticamente ampliando os espaços de possibilidades de compreensão do Direito para além do Estado, é possível identificar agentes, práticas e saberes com tendências de futuro sobre as quais é possível ampliar as expectativas de esperança. Trata-se de uma ampliação sobre as potencialidades e capacidades ainda não reconhecidas e necessariamente movendo-se no campo das experiências sociais que desde as práticas do “reconhecimento”, “transferência de poder”, “mediação jurídica”, são legítimos espaços de luta por dignidade humana e direitos fundamentais.

É indo nesta direção que é possível falar-se em reconhecer o mundo social como mundo de possibilidade compreensiva e, portanto, fonte de uma nova racionalidade hermenêutica. Trata-se de uma perspectiva pluralista de Direito que reconhece múltiplos espaços de fontes normativas, apesar de na maioria das vezes, como lembra Wolkmer (1994, p. 155), é informal e difusa. O pluralismo é uma fonte de inúmeras possibilidades de regulação. Para o autor,

O pluralismo enquanto concepção “filosófica” se opõe ao unitarismo determinista do materialismo e do idealismo modernos, pois advoga a independência e a inter-relação entre realidades e princípios diversos. Parte-se do princípio de que existem muitas fontes ou fatores causais para explicar não só os fenômenos naturais e cosmológicos, mas, igualmente, as condições de historicidade que cercam a vida humana. A compreensão filosófica do pluralismo reconhece que a vida humana é constituída por seres, objetos, valores, verdades, interesses e aspirações marcadas pela essência da diversidade, fragmentação, circunstancialidade, temporalidade, fluidez e conflituosidade.

[...].

O pluralismo, enquanto “multiplicidade dos possíveis”, provem não só da extensão dos conteúdos ideológicos, dos horizontes sociais e econômicos, mas, sobretudo, das situações de vida e da diversidade das culturas. (WOLKMER, 1994, p. 158).

Em meio a discussão plural e descolonial nas primeiras décadas do século XXI, chegam ao poder em vários países latino americanos governos progressistas que avançaram no campo da democratização, políticas sociais e

integração regional. Neste marco, os governos populares da Bolívia, Equador e Venezuela, em especial, foram implantando um novo paradigma constitucional a partir da plurinacionalidade, demodiversidade, novos direitos vinculados a uma racionalidade reprodutiva da vida que expressamente deseja a vontade descolonizadora como conteúdo fundamental do projeto político em marcha nestas nações. (MEDICI, 2012, p. 56).

Neste novo cenário, o processo hermenêutico jurídico não pode ser uma “canabalização”, para usar a expressão de Boaventura de Sousa Santos, dos demais. É necessária uma tradução das múltiplas hermenêuticas dentre as quais jurídica. E é neste sentido que não cabe uma hermenêutica jurídica nos moldes tradicionais. São campos distintos que se tocam – o estatal e o social; o interno e o externo; o formal e o substancial – em que mundos normativos, práticas e saberes dialogam, se desentendem e interagem tornado possível reconhecer os pontos de contato entre a tradição moderna ocidental e os saberes leigos. A tarefa hermenêutica como tradução retoma o sentido mais original do termo, mas a partir de uma perspectiva inovadora que traduz saberes nem sempre convergentes. (LIXA e SPAREMBERGER, 2016, p. 128).

Para as autoras, com estas concepções, o espaço hermenêutico no Direito adquire uma dimensão distinta do que tradicionalmente lhe foi reservado e vai um pouco mais além do que até foi edificado pela hermenêutica jurídica crítica dominante. É um espaço de aproximação e de assumir responsabilidades mútuas que rompe com a lógica construída pelo saber colonizador e abre para ainda tornar possível a esperança no justo. As condições de possibilidade de compreensão são elaboradas com o outro e a partir desde outro historicamente negado e silenciado, reinventando processos hermenêuticos desde uma ordem constitucional democrática e participativa.

Enfim, discutindo os grandes dilemas do pensamento hermenêutico e jurídico moderno, observa-se que o saber, o compreender e o agir jurídico é sempre político e uma inovação emancipatória e crítica deve ter como ponto de partida e chegada o ser humano concreto em sua condição e historicidade e seja capaz de legitimar a liberdade e a democracia em toda a sua plenitude e possibilidades.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O principal objetivo ao longo deste trabalho foi fazer uma reflexão sobre a epistemologia tradicional (ou teoria do conhecimento), sobretudo sobre a epistemologia jurídica tradicional. Procurou-se demonstrar que esta encontra-se em crise, originada na manutenção de um modelo de construção do conhecimento, ou de um fazer ciência que insiste em ser fechado, preciso, restrito, ou de preservar um tipo de conhecimento centrado na objetividade ou na relação construída entre sujeito-objeto, em que o primeiro somente reproduz o objeto dado. Demonstrou-se que este tipo de construção epistemológica precisa ser revista/redefinida, pois embora o chamado “senso comum teórico dos juristas” insista em preservá-lo, já vai longe o tempo em que estes podiam afirmar a existência de verdades transcendentais que descortinariam a trilha rumo à descoberta de um sentido estático, prévio, intrínseco aos preceitos jurídicos e, com isso, definir de modo inequívoco a subsunção da norma aplicável ao caso concreto.

Já são muitas as opiniões quanto à necessidade de redefinir o sentido do ato de conhecer as coisas em todas as áreas do conhecimento, inclusive na jurídica, em que o principal foco é o homem e as suas condutas. Certo é que o fenômeno hermenêutico trouxe enormes desafios para os operadores jurídicos. Esses desafios, no entanto, remetem à ideia de “ruptura” com o velho e a busca de algo novo. Ruptura esta certamente de cunho epistemológico, no sentido de tratar a epistemologia tradicional como um desejo de restrição, uma vontade de encontrar fundamentos aos quais se possa aderir, estruturas para além das quais não se deve aventurar, objetos que se impõem a si mesmo, ou representações que não podem ser contestadas.

São justamente essas concepções de não-possibilidade de contestações das representações que se levou a questionar a epistemologia e a sua configuração, principalmente no âmbito jurídico. Dessa forma, falou-se também numa epistemologia jurídica (ideia de uma ciência jurídica normativa) de visível influência kelseniana, ou seja, a teoria de Hans Kelsen funciona como um modelo de referência necessário, mas que está em crise. Este autor distingue Direito e ciência do Direito. O conceito de ciência jurídica apresentado por este é o de uma ciência purificada de qualquer valor, tanto social quanto ético ou

moral. Tal postura tornou-se algo realmente polêmico e bastante discutido, porém são poucos os que ousam desafiar essas premissas com competência e clareza de afirmações. Assim, levou-se em conta um elenco de ideias que seriam ou devem ser os métodos de estudo do Direito. Hans Kelsen parte do mesmo ponto dos demais positivistas tradicionais, ou seja, a análise do Direito deve fazer-se independentemente de qualquer juízo de valor ético, político e de qualquer referência à realidade social em que atua. O Direito é um fenômeno autônomo, cujo conhecimento é o objeto da ciência jurídica (epistemologia positivista/tradicional) como atividade intelectual distinta da ética e das ciências sociais.

A autonomia da ciência jurídica requer que ela se liberte das comunicações ideológicas que, de forma mais ou menos consciente, têm perturbado o estudo do Direito. Observou-se, nesse sentido, que Hans Kelsen parte de uma concepção de ciência fundada na objetividade (teoria do conhecimento), baseada na exatidão e na neutralidade de suas proposições, as quais vão descrever o objeto dado. Seu objetivo é (foi) “purificar” a ciência jurídica de todos os elementos estranhos, fixando como seu único objeto o conhecimento do que é o Direito, sem tentar justificá-lo nem o colocar sob pontos de vista alheios a ele. Dito de outra forma, uma teoria consciente da legalidade específica de seu objeto. Entende-se, contudo, que tal paradigma não pode predominar ou ficar restrito à reprodução do sentido dado pelo legislador, uma vez que o Direito trabalha com relações entre indivíduos dentro de uma sociedade em constante mudança.

Conforme estas colocações demonstrou-se a crítica existente sobre a perspectiva kelseniana. Rompeu-se completamente com tal modelo demonstrando que o Direito, embora seja um conjunto de normas, não é um sistema absoluto. O “Direito”, não é uma ciência em seu sentido restrito, ou ciência nomotética. O fato de que as normas se originam de valores codificados não as caracteriza como estáticas; elas permitem, sim, uma multiplicidade de interpretações que advêm da compreensão do intérprete a partir do estabelecido previamente.

Assim, é possível observar que as discussões perpassam pela ideia de “ruptura”, passagem do paradigma epistemológico que demonstra exaustão e insuficiência, que não está plenamente esgotado, mas que exhibe suas

possibilidades de satisfazer demandas inusitadas, para um paradigma hermenêutico de cunho criativo/produtivo e descolonizador, em que se observa claramente o rompimento de um modelo liberal para um modelo social (transformador) de interpretação, com caráter descolonizador.

Com este “novo” paradigma será possível contribuir de forma mais concreta para o agir emancipatório do pensamento jurídico contemporâneo. No entanto, assumir-se como criador/produtor e descolonizador do Direito, não é uma tarefa fácil, pois muitas resistências são enfrentadas pelos juristas da transformação, uma vez que tal postura pressupõe criar compromissos éticos e políticos frente a uma tradição prática e histórica que insiste em fechar os olhos. É necessário “um novo senso comum teórico” para desenhar este “novo” paradigma.

6 REFERÊNCIAS

AFONSO, Elza Maria Miranda. **O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen**. Minas Gerais: UFMG, 1984.

ANDRADE, Manuel Domingos de. **Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis**. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1987.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica: esforço de sua configuração e identidade**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1996.

ARNAUD, André-Jean. Verbete hermenêutica. In: ARNAUD, André-Jean (org.). **Dicionário enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito**. Tradução de Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Nova Iorque: The Noanday Press, 1954.

BEDIN, Gilmar Antonio. Luis Alberto Warat e a epistemologia jurídica: reflexões sobre a trajetória intelectual de um jurista surpreendente. **Revista Direito em Debate**, v. 7, n. 12, 1 abr. 2013.

BEUCHOT, Mauricio. **La hermenéutica y el ser humano**. México: Paidós, 2015.
_____. **Tratado de hermenéutica analógica: hacia un nuevo modelo de interpretación**. México: Ítaca, 2005.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995

BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia grega**. Petrópolis: Vozes, 1989, v. II.

BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

BULCÃO, Marly. **O racionalismo da ciência moderna: uma análise da epistemologia de Gaston Bachelard**. Londrina: Editora da UEL, 1999.

BUNGE, Mario. **Epistemologia: curso de atualização**. Tradução de Claudio Navarra. São Paulo: T.A. Queiroz: Editora da Universidade de São Paulo, 1987.

CASTANHEIRA NEVES, António. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra Editora, 1993.

COLEHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. São Paulo: Saraiva, 2001.

COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de hermenêutica**. Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo: EPU, 1973.

DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio. **El derecho como arma de liberación en América Latina: sociología jurídica y uso alternativo del derecho**. Aguascalientes: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, 2006.

_____. Justicia Comunitaria: resistencia y contribución: una visión desde el sistema comunitario de la Montaña y Costa Chica de Guerrero. In: **Pluralismo Jurídico: teoría y experiencias**. Aguascalientes: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Compêndio de introdução a ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1995.

DORANTES, Arturo Guillermo González. **Hacia una interpretación analógico-icónica del hombre**. Coleção: Analogía Filosófica, nº 16, SIN 0188-896X; México D.F., 2005.

DUCROT, Oswald; TODOROV, Tzvetan. **Dicionário enciclopédico das ciências da linguagem**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Tradução de Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FERRATER MORA, José. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paula: Atlas, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

_____. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

GARCÍA, Manuel Calvo. **Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica**. Editorial Tecnos: 1994.

GRONDIN, Jean. **L' Universalité de l' herméneutique**. Paris: Presses Universitaires de France, 1993.

_____. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999.

HART, Herbert. **O conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. Tradução João Vergílio Gallenari Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HOUAISS, Antonio. **Dicionário Houaiss de língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução e introdução por Antonio Pinto Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964.

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

_____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

KIRCHMANN, Julius Hermann von. **La jurisprudencia no es ciencia**. Madri: Instituto de estudios políticos, 1961.

KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial a pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo**. Tradução Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

LALANDE, André. **Vocabulaire technique et critique de la philosophie**. Paris: Presses universitaires de France, 1968.

LAMEGO, José. **Hermenêutica e jurisprudência: análise de uma recepção**. Lisboa: Editorial Fragmentos, 1990.

LATORRE, Angel. **Introdução ao Direito**. Coimbra: Almedina, 1978.

LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. **Hermenêutica e Direito: uma possibilidade crítica**. Curitiba: Juruá, 2003.

_____. SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. **Direito e hermenêutica: elementos para uma revisão crítica descolonizadora**. Blumenau: Edifurb, 2016.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica jurídica clássica**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito: conceito, objeto e método**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MÉDICI, Alejandro. **La constitución horizontal: teoría constitucional y giro decolonial**. San Luis Potosí: Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2012.

MIGNOLO, Walter. **Histórias Locais/Projetos Globais: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar**. Tradução de Solange Ribeiro de Oliveira. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Relações internacionais: estudos de introdução**. Curitiba: Juruá, 2001.

PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução de María Luisa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições Setenta, 1997.

PENNA, Antonio Gomes. **Introdução à epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2000.

RAÓ, Vicente. **O Direito e vida dos Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ROESLER, Claudia Rosane. **Hermenêutica jurídica**. Textos de aula. Mimeo, 2000.

RORTY, Richard. **A Filosofia e o espelho da natureza**. Tradução Antônio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

RIBEIRO, Darcy. **Las Américas y la civilización: proceso de formación y causas del desarrollo desigual de los pueblos americanos**. Caracas: Biblioteca Ayacucho, 1968.

SAAVEDRA, Modesto. **Interpretación del derecho e ideología: elementos para una crítica de la hermenéutica jurídica**. Granada: Universidad de Granada, 1978.

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. São Paulo: Cortez, 2001.

_____. **Um discurso sobre as ciências**. São Paulo: Cortez, 2010.

_____. **Introdução à uma ciência pós-moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

_____. **Introdução à uma ciência pós-moderna**. Porto: Afrontamento, 1990.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. **Noções de Teoria do Direito.** Curitiba: Editora Prismas, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999.

_____. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** São Paulo: Saraiva, 2012.

VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna.** Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao Direito.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, v. I.

_____. **A ciência jurídica e seus dois maridos.** Santa Cruz do Sul: Gráfica Universitária, 1985.

_____. **Manifestos para uma ecologia do desejo.** São Paulo: Editora Acadêmica, 1990.

_____. **Por quien cantan las sirenas.** Florianópolis: UFSC, 1996.

_____. **O Direito e a sua linguagem.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico.** São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito.** São Paulo: Editora Alfa Omega, 1994.

ZIZEK, Slavoj. **Em defesa das causas perdidas**. Tradução de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2012.