

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

João Henrique Vasconcelos Arouck

**CONTRIBUTOS HERMENÊUTICO-FILOSÓFICOS PARA UMA
FUNDAMENTAÇÃO ÉTICA DOS DIREITOS HUMANOS: A
EPOCALIDADE E O COTIDIANO SOB O PENSAMENTO DE HEIDEGGER
E GADAMER.**

**BELÉM/PA
2010**

João Henrique Vasconcelos Arouck

**CONTRIBUTOS HERMENÊUTICO-FILOSÓFICOS PARA UMA
FUNDAMENTAÇÃO ÉTICA DOS DIREITOS HUMANOS: A
EPOCALIDADE E O COTIDIANO SOB O PENSAMENTO DE HEIDEGGER
E GADAMER.**

**Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do
título de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em
Direito da Universidade Federal do Pará, área de concentração:
Constitucionalismo Democracia e Direitos Humanos
Orientador: Prof. Dr. Paulo Sérgio Weyl de A. Costa**

**BELÉM/PA
2010**

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Biblioteca do Instituto de Ciências Jurídicas da UFPA

Arouck, João Henrique Vasconcelos

Contributos hermenêutico-filosóficos para uma fundamentação ética dos direitos humanos: a epocalidade e o cotidiano sob o pensamento de Heidegger e Gadamer / João Henrique Vasconcelos Arouck; orientador, Paulo Sérgio Weyl de A. Costa. Belém, 2009.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belém, 2010.

1. Direito - Filosofia . 2. Hermenêutica. 3. Ontologia. 4. Direitos humanos 5. Ética. I. Costa, Paulo Sérgio Weyl de A.. II. Universidade Federal do Pará. Instituto de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDD: 340.1

João Henrique Vasconcelos Arouck

**CONTRIBUTOS HERMENÊUTICO-FILOSÓFICOS PARA UMA
FUNDAMENTAÇÃO ÉTICA DOS DIREITOS HUMANOS: A
EPOCALIDADE E O COTIDIANO SOB O PENSAMENTO DE HEIDEGGER
E GADAMER.**

**Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do
título de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em
Direito da Universidade Federal do Pará, área de concentração:
Constitucionalismo Democracia e Direitos Humanos
Orientador: Prof. Dr. Paulo Sérgio Weyl de A. Costa**

Belém-PA, 01 de Julho de 2010

Orientador: Prof. Dr. Paulo Sérgio Weyl de A. Costa - UFPA

Membro:

Membro:

**BELÉM/PA
2010**

Dedico a meu pai (*in memoriam*), mãe, irmãs, tias, tios e primos. Do mesmo modo dedico os singelos dizeres deste trabalho aos amigos da música, da filosofia e do direito.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, de modo muito sincero, aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA, que contrubuíram de modo especial para minha formação. A todos eles agradeço pela possibilidade de hoje poder repassar para outros a excelente instrução que obtive. Aos colegas mestrandos que me foram fonte de estímulo para a pesquisa e para outros pontos de vista neste trabalho. À secretaria do PPGD-UFPA. Ao CNPq pelo auxílio da bolsa. De modo proeminente, agradeço ao meu orientador Paulo Sérgio Weyl Albuquerque Costa, pela paciência, amizade, e orientação na tentativa das melhores idéias, da melhor pesquisa para o trabalho.

Enfim, a todos que de modo direto e indireto contrubuíram para que pensasse mais, muito ou pouco sobre as idéias aqui pesquisadas. A todos ofereço estes sinceros agradecimentos.

A luz, o sol, o ar livre
envolvem o sonho do engenheiro
O engenheiro sonha coisas claras:
superfícies, tênis, um copo de água,

O lápis, o esquadro, o papel;
o desenho, o projeto, o número;
o engenheiro pensa o mundo justo,
mundo que nenhum véu encobre.

(...)

(O Engenheiro – João Cabral de Melo
Neto)

RESUMO

Este trabalho procura desenvolver algumas temáticas essenciais da Hermenêutica Filosófica em prol da uma fundamentação ética dos direitos humanos. Parte-se de problemas referentes ao discurso representativo da ciência jurídica e de metodologias canônicas de interpretação que acreditamos não serem capazes de determinar a razão de ser de direitos humanos enquanto um fundamento ético coerente da prática jurídica contemporânea. Trabalha-se, então, o sentido filosófico do cotidiano como tematização vinculada à vivência intuitiva dos intérpretes do direito: a qualificação ética dos direitos humanos emergiria, ademais, como parte constitutiva daquilo que, intuitivamente, reputamos como mais justo ou mesmo como um direito “melhor” já que eticamente fundamentado. Sob as premissas do pensamento ontológico de Heidegger, tratamos, pois, da fundamentação de direitos humanos enquanto um acontecimento necessário de nossa epocalidade. Doutra maneira, é dizer: tais direitos corresponderiam, de todo modo, ao movimento simbólico de nossa própria convivência – do ser-com epocal que nos determina ontologicamente no mundo. Para a viabilidade deste pensamento na prática jurídica; trabalhamos, já com Gadamer, sobre alguns conceitos humanísticos resgatados pela Hermenêutica Filosófica: nada mais oportuno, neste viés, do que pensarmos o direito enquanto uma filosofia prática. É pela atualidade hermenêutica da antiga *phronésis* que, então, a prática interpretativa pode corresponder ao seu substrato ético mais fundamental. Ainda sob as diretrizes da filosofia hermenêutica – e da Hermenêutica filosófica – tratamos, ao final, sobre em como intuições cotidianas do justo e as convicções que disto criamos poderiam corresponder à temática das estruturas pré-conceituais. Tal é o mote para se trabalhar, mais especificamente, a problemática da interpretação no direito. Em suma, visamos ressaltar, neste trabalho, a viabilidade ontológica dos direitos humanos na forma de valores contemporâneos vinculados à própria tradição da justiça: o *sensus* ético que fazemos em nosso cotidiano mais elementar torna-se, pois, mais um modo de sugerir a premência epocal destes direitos para o *ethos* de nossa convivência.

Palavras-chave: Hermenêutica Filosófica; Ontologia; Direitos Humanos; Interpretação; Ética; Fundamentação.

ABSTRACT

The present work develops some essential issues of philosophical hermeneutics as a way to fundament human rights in its ethical determination. The discussion is conducted as a hypothesis to face two problems: the representational model of the contemporary *scientia juris* and its methodologized way of interpretation may not fundament human rights in its proper reason of being. Still, as a consequence, these two problems might be seen as one of the causes to a “rational” but innocuous criticism about human rights as well. Therefore, the philosophical sense of the quotidian – of the “common” – is here discussed as a proper way to analyze the practical routine of law’s everyday interpreters as a pragmatic way to justify the need for human rights in a contemporary law practice. To discuss it, the thematic of intuition is here worked in its existential basis: so, in that way, human rights can be apologized as a substantive part of our intuitions about what is the most fair. Moreover, these fundamental rights can be even thought as a practical way to find out, normatively, the best right – the best law for our epoch. Heidegger leads us to investigate human rights as a necessary event for our time by its ethical significance. In other words: these rights constitute part of the movement of our being-with in its symbolic and suggestive significances. Gadamer help us to interpret that radical philosophical way by hermeneutic terms: to the law reality that idea can be seen as a re-turn to some lost concepts of our humanistic culture. With Gadamer we still can affirm that law is a practical “philosophy” in its most fundamental determinations. Therefore, the Greek disposition for the *phronésis* is, nowadays, a proper way to see human rights as an ethical manifestation for the best, for the most fundamental goods. Still through the philosophical hermeneutic ideas, we conclude the work with a more specific discussion about the relations between our intuitions, convictions and our pre-conceptual structure which determines the worldness of our concepts into Law’s social practice.

Keywords: Philosophical Hermeneutics; Ontology; Human Rights; Interpretation; Ethics; Fundaments.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
1. POR UM DISCURSO DO FUNDAMENTO: O RETORNO DO DIREITO ÀS SUAS DETERMINAÇÕES ORIGINÁRIAS ATRAVÉS DO PENSAMENTO HERMENÊUTICO.....	05
1.1. A premência da intuição cotidiana como possibilidade de argumentação ética.....	05
1.2. Discurso e Representação: o problema das categorias na interpretação sobre direitos humanos.....	25
1.3. A restauração Hermenêutica do <i>Sensus Communis</i> como Fundamento possível da Prática Jurídica.....	39
2. PHRONÉSIS E HERMENÊUTICA: O DIREITO COMO FILOSOFIA PRÁTICA.....	55
3. O PENSAMENTO DO COTIDIANO NA FILOSOFIA HERMENÊUTICA DE HEIDEGGER E GADAMER.....	76
3.1. Os fundamentos ontológicos da Intuição Hermenêutica.....	76
3.2. A Validade Hermenêutica da Intuição Cotidiana.....	96
a) A qualidade ética da Intuição e sua correspondência com a estrutura pré-conceitual.....	105
b) Intuição e Convicção.....	111
CONCLUSÃO	116
BIBLIOGRAFIA	119

INTRODUÇÃO.

Tratamos, nesta dissertação, sobre alguns contributos que o pensamento hermenêutico-filosófico pode oferecer em prol de uma tarefa de fundamentação ética dos direitos humanos. Partimos, para tanto, de um problema que, embora recorrente, nos parece pragmaticamente controverso: direitos humanos são frequentemente problematizados como um modelo jurídico ineficaz e, além disso, como uma normatividade politicamente contestável e utópica. Frente a tal controvérsia e sobre seu contestável valor de verdade e necessidade argumentamos, então, pela hipótese de que, ao mais, tal problematização decorre não apenas de meras questões de opinião política, mas, sobretudo, de um tipo específico de prática interpretativa que acreditamos obliterar pensamentos e opiniões voltadas para o melhor significado e, afinal, para o fundamento mesmo que tais direitos podem representar para prática jurídica contemporânea.

Partimos, assim, da premissa de que o modo interpretativo que de antemão contestamos, torna-se criticável porque vinculados, em suas raízes, a um modelo discursivo que se propõe apenas a representar a coercividade do direito positivo através de categorias discursivas que viabilizariam, por *um* modo singular, a “racionalidade” da sua representação sem que tenhamos, com isso, qualquer prática de justificação. A crítica que trabalhamos corresponde, ademais, a uma discussão prolífica já estabelecida na hermenêutica filosófica de Gadamer: o discurso representativo da ciência jurídica e de sua hermenêutica canônica é problemático na medida em que ainda se atém a modelos de transferência de paradigmas científico-naturais para as práticas interpretativas que realizamos sobre a realidade cotidiana do direito naquilo que nela pode haver de eticamente melhor. Frente a isto, e pelo viés hermenêutico-filosófico, argumentamos ainda que as fissuras semânticas do que seja, afinal, o “positivismo jurídico” são, pelos vieses que escolhemos, apenas mais um tipo característico de discurso que – sob suas premissas metodológicas específicas – não atenta para a necessidade contemporânea que havemos em buscar justificar os padrões normativos mais contingentes frente a outros padrões normativos que, em sua emergência, buscam uma correspondência coerente com fundamentos éticos, tal como se dá no caso dos direitos humanos e pelo desenvolvimento coerente de sua normatividade auto-referenciada.

Para a tematização destes problemas escolhemos como referencial teórico uma discussão filosófica e hermenêutica a partir de tópicos que consideramos essenciais no pensamento de Heidegger e Gadamer. Tais referências nos parecem apropriadas para a hipótese que vamos aos poucos delineando: a de que a emergência normativa de direitos humanos exige modelos compreensivos que possam situá-los como um discurso do fundamento, quer dizer, como uma linguagem normativa que possa desvelar a imanência ética do direito em um esteio cotidiano e fundamentado, ademais, na compreensão de nossa epocalidade naquilo que ela pode oferecer de melhor. Ressaltamos, nesta proposta, o fato de que é através de um pensamento ético que podemos, afinal, conseguir legitimar a contingencialidade do direito positivo através de práticas interpretativas já voltadas ao sentido da convivência humana enquanto sentido de nossa própria época.

Deste modo, se relacionamos o significado da vigência formal de direitos humanos enquanto um acontecimento efetual de nossa época, quer dizer, como um desenvolvimento imanente de nossa ontologia mais fundamental, nos inclinamos, por conseguinte, a identificar os problemas do discurso representativo da ciência jurídica para então sugerirmos um discurso jurídico do fundamento, ou seja, um discurso voltado às imanências éticas promotoras da legitimidade da norma jurídica e da coerção mais contingente. Seguimos com isso, portanto, a proposta hermenêutico-filosófica enquanto possibilidade de reconstrução de um discurso epistemologizado e “metafísico” que possa, ao revés de sua determinação usual, estar voltado para as aberturas ontológicas que devem perfazer nossas práticas discursivas e o próprio pensamento que fazemos da entidade, quer dizer, do direito enquanto um dado “positivo” do mundo – o que merece, ademais, justificações cada vez mais pragmatizadas no substrato de nossa cotidianidade mesma. Como resultado havemos, pois, a possibilidade de, com isso, desvelar em nosso próprio cotidiano o “tempo” e o “acontecimento” de nossa tradição, daquilo que nos vem, simbolicamente, como conteúdo a ser repassado de modo coerente e auto-referenciado por nossa melhor compreensão do mundo.

Entre a temática do cotidiano – enquanto um fundamento para o pensamento – e a temática da epocalidade que nos qualifica ontologicamente por sua regência simbólica, ressaltamos também o tema fenomenológico da intuição não por seu *modus* transcendental e gnosiológico, mas, acima de tudo, como um modo rotineiro de

determinação ontológica do direito por suas bases mais pragmáticas. Não procuramos, todavia, chegar a um conceito cabal da atividade ou da vivência intuitiva, mas, tão somente, identificá-la a um dos aspectos mais admiráveis da *Verdade e Método* de Gadamer: o resgate hermenêutico de conceitos humanísticos que, contemporaneamente, se tornam essenciais para se entrever a prática social do direito – e o discurso que dele fazemos – como um contínuo tradicional das *Humaniores*.

Destarte, por estes vieses, discutimos no capítulo primeiro (1) sobre a necessidade de práticas discursivas voltadas para a discussão do fundamento, ou seja, sobre as determinações mais originárias que no fio condutor da tradição passam a conformar a ontologia contemporânea da prática social do direito. Destacamos de antemão a temática da epocalidade – do tempo qualificado pelo ser do humano – para sugerir que o significado da normatividade vincula-se a uma regência temporal que, por intermédio de significações simbólicas, qualifica e ultima o direito naquilo que “é” e “pode ser” por suas determinações mais originárias e, ressalte-se, através de nossa própria compreensão entendida, desde já, como a apropriação mais coerente do significado da tradição que vem sendo simbolicamente transmitida. Nos tópicos deste capítulo, a discussão sobre a intuição se dá a partir da proposta de que o significado de direitos humanos – por seu *ethos* fundamental – pode se tornar parte integrante das intuições que fazemos daquilo que reputamos “justo” dentro de uma cotidianidade do próprio direito. Nos tópicos seguintes, trabalhamos sobre os problemas do qual partimos para criticar os padrões discursivos da ciência jurídica naquilo que conservam da cultura metafísica e, também, naquilo que são enquanto fatores de descolamento do conhecimento jurídico de sua realidade mais factual: falamos, pois, de modo geral, sobre problemas concernentes à linguagem do direito e, mais especificamente, do problema da representação discursiva da coercividade quando tal não é justificado nas formações do próprio discurso jurídico. Fechamos este capítulo inicial já com a discussão sobre o *sensus communis* que como conceito básico do humanismo – na forma pensada por Gadamer – pode se determinar na prática social do direito como um de seus fundamentos mais originários e produtivos.

Já no capítulo segundo (2) empreendemos uma discussão sobre a filosofia prática e em como tal pode corresponder às necessidades contemporâneas do direito enquanto prática que urge encontrar seu *pragma* legitimatório dentro de sua própria

cotidianidade. Referenciamos, destarte, as teses de Gadamer sobre o significado hermenêutico-filosófico da *phronésis* e em como a vivência do direito pode se determinar na forma de uma filosofia prática e, por fim, como retorno coerente à tradição das *Humaniores* obliterada pelos padrões importados das ciências naturais.

No capítulo terceiro (3) concluímos com a discussão heideggeriana sobre a cotidianidade enquanto um aspecto primordial para qualquer analítica do *Dasein* e dos existenciários que nos qualificam temporalmente no ser-aí mundano. O tema da intuição como parte constitutiva de nosso ser-aí existencial é trabalhado novamente a partir da *Verdade e Método* de Gadamer. Destacamos nos tópicos e nos itens do capítulo as confluências que acreditamos existir entre a tematização filosófica do cotidiano com relação à discussão corrente da hermenêutica filosófica sobre as determinações operantes de nossas estruturas pré-conceituais. Como desenvolvimento necessário, concluímos ainda sobre a possível identidade entre convicção e intuição junto às nossas práticas interpretativas rotineiras. A função pragmática do “texto” – seja o normativo, sejam os textos doutrinários – é ressaltada em sua proeminência prática: a interpretação de textos vincula-se, pois, à hermenêutica que fazemos do cotidiano e do princípio epocal que desvelamos pelas significações que, como sentido do ser, nos determina ontologicamente no mundo da vida – do tempo e do cotidiano. Trabalha-se, portanto, pelo argumento de que as práticas interpretativas que efetuamos cotidianamente sobre textos correspondem, sutilmente, ao que construímos no mundo como transmissão projetiva de novos horizontes simbólicos a partir da tradição e do legado simbólico.

1. POR UM DISCURSO DO FUNDAMENTO: O RETORNO DO DIREITO ÀS SUAS DETERMINAÇÕES ORIGINÁRIAS ATRAVÉS DO PENSAMENTO HERMENÊUTICO.

1.1. A premência da *intuição* cotidiana como possibilidade de argumentação ética.

A presente investigação é conduzida no encaço da seguinte proposta: o que se conhece habitualmente por materialidade de direitos humanos pode se destacar, contemporaneamente, como a intuição originária da cotidianidade existencial do direito. Fala-se, aqui, contudo, da intuição em seu sentido concreto – pragmático e/ou vital¹ – e não de um intuicionismo abstrato voltado a qualquer reconstrução formal de uma gnosiologia jurídica fundamentada nos conteúdos eidéticos daquilo que faticamente se intui. Afastando-nos, ainda, de qualquer re-significação meramente semântica², a intuição de que falamos sustenta-se – como se buscará demonstrar – em uma proposta que busca corresponder, tematicamente, ao discurso filosófico da desconstrução³ hermenêutica, principalmente através dos contributos encontrados em parte da obra de Heidegger e Gadamer.

Tal correspondência temática justifica-se, primeiramente, em razão de qualquer crítica que eventualmente seja feita a alguns dos elementos constituintes do modelo

¹ LAWLOR, Leonard. MOULARD, Valentine. *Henri Bergson*. Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/bergson/>. Acesso em 12/03/2010. “Intuition therefore is a kind of experience, and indeed Bergson himself calls his thought the true empiricism. What sort of experience? In the opening pages of *Introduction to Metaphysics*, he calls intuition sympathy. As we have seen from our discussion of multiplicity in *Time and Free Will*, sympathy consists in putting ourselves in the place of others. Bergsonian intuition then consists in entering into the thing, rather than going around it from the outside”.

² LEGRAND, Gerard. *Dicionário de Filosofia*. Lisboa: Edições 70, 1983, p. 7 e 229. Legrand fala em “sentido exacto” para a terminologia filosófica, mas apenas quando vinculada a um *telos* didático. Pelo dicionário, a intuição é dividida como “empírica”, “racional” (Descartes, Kant e Husserl) e “bergsoniana”. De qualquer modo, a intuição não perde sua extensão significativa com tais definições: há sempre implicações hermenêuticas quando se “intui” sobre algo no mundo da própria vivência.

³ STEIN, Ernildo. *Diferença e Metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 125-127. É preciso diferenciar o desconstrutivismo voltado a expor sedimentações implícitas de textos que almejam universalidade (Derrida), da desconstrução (*destruktion*) heideggeriana enquanto crítica voltada à tradição metafísica. Sobre a desconstrução em Derrida, aduz Stein que “esse desconstrucionismo se volta contra as estruturas fonocêntricas e logocêntricas representativas da presença de uma razão lógica onipotente”. Todavia, encontra-se na raiz heideggeriana o ponto de convergência que aproxima hermenêutica (Gadamer) e o desconstrucionismo estruturalista.

epistemológico que acreditamos ainda suster, por seu modo característico, a operacionalidade discursiva de um raciocínio jurídico que aqui chamaríamos preliminarmente de “tradicional”. Tal predicção preambular ocorre em razão da premissa de que tais modelos de raciocínio judicial conservam – promovendo – *um* tipo dominante de discurso e, da mesma forma, *um* modo vigente de justificação de argumentos normativos no interior da prática social do direito.

Todavia, para além de meras posições de crítica, a correspondência temática ao pensamento da desconstrução serviria, sobretudo, para demonstrar – quando assim possível – as perspetivações viáveis que a Hermenêutica pode afinal legar para a interpretação da prática social do direito já no sentido de um pensamento *do e para o* fundamento, quer dizer, de interpretações que se tornem auto-justificadas porque voltadas para determinações que aqui supomos serem as mais originárias e, não contraditoriamente, mais con-temporâneas à prática social do direito. Ora, questionemos, pode ainda o direito retornar às suas determinações originárias sem que isto implique em formalizações metodológicas de uma consciência histórica⁴ do próprio direito? Como alternativa a isto e a um historicismo retoricamente qualificado, dispomo-nos, ao revés, a desenvolver a tese de que o movimento ideológico de direitos humanos significa, destarte, um fundamento coerente para a prática contemporânea do direito logrando ainda projetá-lo para além das operações categoriais esteadas em ideologias políticas de sopesamento e da mera aplicação de direitos positivos.

Deste modo, podemos dizer, sem hesitar, que o evento de positivação de direitos humanos nos diz algo importante e sua interpelação através da Hermenêutica – e pela filosofia primeira que há nela – pode, sob vários matizes, contribuir para um retorno possível do direito às suas determinações originárias, ou seja, para aquilo que o direito traz em si como práxis segura em prol da busca de um *bem* ético através da cotidianidade elementar de seus próprios intérpretes. Para mais do que qualquer disposição utilitária, semântica ou tecnicista, a compreensão do direito pela Hermenêutica e, igualmente, por discursos ontológicos, ainda podem mostrar o quanto a

⁴ Diz-se com isto que a proposta hermenêutica – como aporte para o estabelecimento de outros modelos compreensivos – não visa formalizar epocalidades a partir da representação formal de categorias do direito romano, germânico ou do universalismo presente no movimento constitucionalista do século XVIII, mas sim buscar o elo tradicional que nos vincula simbolicamente a estas tradições que, ademais, ainda são transmitidas à prática social do direito sob vários matizes de significação.

prática jurídica tem ainda a *dizer* sobre nosso próprio *status quo*, ou seja, sobre aquilo mesmo que somos enquanto seres determinados enigmáticamente para a convivência, quer dizer, para o ser-com⁵ inafastável de nossa ontologia mais fundamental.

Destarte, no esteio de tais premissas, urge-nos não obstante ressaltar: o que suscitamos aqui como uma possível *intuição* originária emergiria, deste modo, não mais como outra categoria metodológica do sujeito transcendental e do discurso filosófico que dele se desenvolve⁶, mas, sobretudo, como um caminho à nossa disposição. Temos, com isto, pois, uma via propícia à investigação a respeito de alguns elementos essenciais que constituíram – de *per se* – o *a priori* existencial das interpretações mais pragmáticas e voltadas à nossa cotidianidade mesma.

Pressupõe-se aqui, afinal, que a base existencial de nossas intuições ainda pode lograr fundamentar e, assim sendo, contextualizar qualquer interpretação jurídica como um *dado* do mundo, quer dizer, como um acontecimento eidético da própria realidade naquilo que ela exige na forma de sua epocalidade ética. Ousamos ainda dizer que, com o pensamento da intuição, a interpretação da prática social do direito se voltaria, afinal, para o próprio movimento oculto da convivência humana, ou seja, para o que seria, portanto, um re-constructo epocal das nossas finalidades mais fundamentais a partir das significações simbólicas expressas na prática social do direito – doutro modo: para aquilo que o direito atualmente significa para a vivência de nossa cotidianidade.

Diz-se, com isto, que – no esteio interpretativo da desconstrução – qualquer hermenêutica voltada à base pré-compreensiva e aos fundamentos existenciais da interpretação podem se tornar, de todo modo, como que guias “reconhecíveis” para se

⁵ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. – 3ª Ed. -. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 121. Falamos aqui do *mitsein* heideggeriano: a presença só é a partir da estrutura essencial do ser-com. Tal se dá na forma de uma co-presença que vem ao encontro de outros.

⁶ HUSSERL, Edmund. *Investigações Lógicas: sexta investigação: elementos de uma elucidação fenomenológica do conhecimento*. – São Paulo: Nova Cultural, 1988. p. 34. Atemo-nos à fenomenologia, porém, no sentido ultimado da filosofia heideggeriana. Isto porque há ainda em Husserl traços de uma filosofia transcendental – no sentido da formalização da consciência – que procuramos não seguir. Para Husserl as intuições são atos que visam *preencher* as intenções de uma consciência doadora de sentido: “quando, por exemplo, uma melodia conhecida começa a ressoar, são suscitadas determinadas intenções que vão ser preenchidas na melodia que se desenvolve progressivamente”. Para mais do que um preenchimento oportuno da intenção, consideramos a intuição a partir de sua base radicalmente existencial: a intuição é uma forma de vida – parte constitutiva do ser-aí humano.

“julgar”, por exemplo, a respeito da extemporaneidade de um discurso ou, por outro lado, para a convalidação intersubjetiva da contemporaneidade de interpretações eticamente coerentes que, por meio de práticas discursivas, emergiriam positivamente como um evento criativo do mundo e não apenas como uma articulação livre de designações ou de enunciações tecnicistas do *subjectum* transcendental de uma fala jurídica neutra e estritamente representativa⁷ da linguagem normativa do Estado.

Todavia e, não obstante a ousadia da proposta – urge-nos ainda questionar: afinal, qual a importância desta temática para aquilo que tomamos como *topos*⁸ de nosso discurso, a saber, a própria cotidianidade prático-social do direito? Onde encontraríamos seu valor pragmático? Quais seriam as influências que supostas estruturas pré-compreensivas – um tema fundamental da Hermenêutica – ensejam nas interpretações que fazemos na rotina singular do direito? O que desde já julgamos como modelos epistemológicos, raciocínios e discursos conservadores merecem realmente uma “crítica”? Por que propostas desconstrutivas merecem consideração?

Uma resposta cabal a estas questões certamente exigiria que de antemão expuséssemos todo o rol de pressupostos que aqui assumimos como base para a crítica de algumas determinações discursivas operantes e provenientes de um dado modelo epistemológico ou, ainda; para tornar possível um pensamento desconstrutivo voltado a criticar as eventuais limitações de algumas práticas discursivas – as mesmas que tornam visíveis o modo pelo qual o direito é *dito* e, conseqüentemente, “praticado” no cotidiano social. Todavia, é tão possível quanto necessário afirmar que, nesta justificação preliminar, pelo menos um pressuposto é aqui assumido sem qualquer hesitação metodológica: há, na assunção da temática do *a priori* existencial, quer dizer, na pressuposição dada a uma estrutura pré-conceitual, através da qual, irrecusavelmente, nos condicionamos para poder designar, enunciar e, afinal, falar coerentemente sobre o

⁷ RORTY, Richard. *A Filosofia e o Espelho da Natureza*. 3ª Ed – Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994. Reportamo-nos à crítica efetuada nesta obra sobre a cultura representacionista vinculada estruturalmente à tradição dualista e à formalização metafísica da consciência científico-natural.

⁸ BARTHES, Roland. *A Aventura Semiológica*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 66. Há na idéia que fazemos de *Topos* (lugar, lugar-comum) certa correspondência ao questionamento de Barthes: “é sempre a mesma questão angustiante levantada pela Retórica e que esta tenta resolver: o que dizer? Daí a importância da resposta, atestada pela amplidão e a fortuna dessa parte da *Inventio* que está encarregada de fornecer conteúdos para o arazoado (...). As premissas podem de fato ser tiradas de certos lugares.”

direito, a possibilidade concreta para se investigar sobre aquilo mesmo que o discurso jurídico representa para o movimento de sua realidade prático-social.

Doutro modo dizemos: para aquilo que a gnose formal de mandamentos, princípios, normas, regras e leis podem ainda nos dizer sobre aquilo que nós mesmos somos através do *status* epocalizado da convivência, quer dizer, daquilo que somos por meio dos fundamentos éticos construídos pelo movimento de um – nosso – ser-com. Tal consideramos, desde já, como a base elementar para pensamentos voltados, com maior proeminência, para os existenciários da cotidianidade e não apenas para o auto-referenciamento decorrente da *techne* que representa e automatiza a fala do direito estatal. Nisto resta afinal o nicho hermenêutico da proposta: o retorno do direito às suas determinações originárias passa, necessariamente, pela revisão crítica dos pressupostos que procuram justificar uma fala neutra e voltada à aplicação coerciva de normas contingenciais que não se legitimam de *per si*.

Pela mesma clave diríamos por outras palavras que é pela desconstrução hermenêutica da fala jurídica que o estatuto ontológico da prática social do direito ainda pode lograr dispor-nos *aos* aspectos fundamentais de nosso próprio ser-com, ou seja, ao movimento da con-vivência epocal que mesmo se desenvolvendo *a fortiori* através de tendências civilizatórias – de poder – ainda dependem, de igual modo, da compreensão de mundo simbolizada e transmitida através de gerações finitas de seres, ou seja, através dos resultados temporais provenientes da qualificação dada por tais gerações ao seu tempo e ao movimento epocal da convivência humana – do ser-com predicativo de nossa ontologia mais fundamental.

Todavia, é preciso ainda dizer: tal não ocorre através de um movimento autônomo de uma consciência hermenêutica da qual somos espectadores platônicos, mas, tão-somente, quando os movimentos geracionais se dispõem, abertamente, a compreender⁹ – como no *Kehre* (guinada) da filosofia heideggeriana – o sentido ético construído no cerne da prática social do direito e no que isto tem a ser transmitido por

⁹ Não se trata de fé na interpretação, mas da premissa de que a compreensão que realizamos sobre nós mesmos – das pequenas às mais grandiosas – são, inegavelmente, um fator de construção do Mundo, do que ele passa a simbolizar para e por outras gerações.

meio de nosso próprio cotidiano e, também, através das nossas determinações originárias que se sugerem, ademais, por meio desta mesma prática social.

Destas afirmações convalidamos, pois, o argumento de que as interpretações contemporizadas¹⁰ sobre os significados imanentes da prática social do direito remetem-nos – por sua valência hermenêutica – ao próprio *status quo* do homem como ser consigo mesmo, quer dizer, dispõe-nos ao movimento temporalizado da convivência humana no *em sendo* de seus próprios fundamentos. Prolificamente, de posse deste simples argumento já poderíamos, por exemplo, relegar ao direito algumas (outras) disposições que possam fugir às tendências nominalistas de formações discursivas apenas esteadas na representação de falas coercivas: o direito não seria, pois, apenas um elemento de causação, quer dizer, uma *techne* racionalmente disposta em prol da vontade do príncipe, do estado, da nação, ou de uma maioria política soberana tal como encontramos no pensamento positivista de Austin¹¹ e Bentham¹². Aliás, cumpre-nos ressaltar um argumento a que desde já nos filiamos e que Hart¹³ reconheceu como um traço fundamental da obra de Dworkin: qualquer postura interpretativa sobre o direito deve ser direcionada a práticas de justificação de sua coercividade latente. Tal ocorre, diga-se, não apenas por um prestígio irrestrito ao liberalismo político ou para enfrentar processos correntes de deslegitimação no cerne autopoietico do próprio direito positivo, mas, sobretudo, para compreender e interpretar o direito a partir de sua melhor luz –

¹⁰ “contemporizadas” no sentido de “conforme” à nossa epocalidade, quer dizer, ao que a prática social do direito nos exige para guinadas éticas rumo à reconstruções saltares em prol da melhor convivência humana.

¹¹ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. – 5ª Ed. – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 11. Vide o comentário de Hart: “para alguns tem parecido claro que nesta situação em que uma pessoa dá uma ordem a outra baseada em ameaças, e, neste sentido de ‘obrigar’, o obriga a obedecer, temos a essência do direito, ou, pelo menos, ‘a chave da ciência do direito’. É este o ponto de partida da análise de Austin, a qual tanto tem influenciado a ciência do direito inglês.”

¹² BENTHAM *apud* ENDICOTT, Timothy. *Law and Language*. Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/law-language/>. Acesso em 20/11/2009. Para Bentham: “a law may be defined as an assemblage of signs declarative of a volition conceived or adopted by the *sovereign* in a state, concerning the conduct to be observed in a certain *case* by a certain person or class of persons, who in the case in question are or are supposed to be subject to his power.”

¹³ HART (2007) p. 310. A teoria jurídica interpretativa de Dworkin, em todas as suas formas, se baseia na pressuposição de que o cerne ou a finalidade do direito e da prática jurídica reside em justificar a coerção.

quer dizer, a partir daquilo que o direito pode ser de melhor em prol de um cotidiano fundamentado na convivência epocalizada de nosso ser-com.

Assim procuramos justificar, portanto, o viés da desconstrução e a assunção metodológica do *a priori* existencial enquanto pressuposto de nossas argumentações e também como forma de contraposição crítica a um modo de discurso que reputamos politicamente dominante. Aliás, a tese da possibilidade de um retorno do direito aos seus próprios fundamentos através de um pensamento hermenêutico serve, ademais, para convalidar o argumento de que para mais do que representar discursivamente uma vontade ou um ato soberano do poder político, qualquer discussão ontológica ultimada sobre o direito não se determina tão-somente pela questão de sua utilidade política ou por sua instrumentalidade prático-profissional, mas, sobretudo, a partir daquilo que o direito é enquanto vigência de uma eticidade a ser desvelada no movimento epocalizado da convivência humana.

Deste modo, nada mais niilista do que pensar sobre o potencial mundano e causal de mandamentos estatais, ou, modernamente, de textos legais apenas *in abstracto*, quer dizer, apenas através do movimento de formalização da consciência por meio de uma cultura representativa do poderio estatal na forma de discursos jurídicos descritivos e pretensiosamente neutros. A prática social do direito não é uma realidade natural, não há metáforas suficientes para transferir as disposições metodológicas das ciências naturais com vistas a justificar uma suposta naturalidade da coerção já que o direito é, antes de tudo, um *vis a vis* mundano: por seu constructo lingüístico reconhecemos a nós mesmos como resultado tradicional, mas, todavia, sem que com isso percamos a capacidade de reconstrução daquilo que a prática social do direito pode ser de melhor para o movimento temporal da convivência humana através de sua própria tradição.

Assim, não há, por conseguinte, nada mais rarefeito do que preencher com argumentos normativos a distância metafísica – ou, se quisermos: infinita – que há entre o ser e o (seu) dever-ser da vontade soberana ou, suavemente, da maioria democrática. No século XX, a suposta suficiência da argumentação estritamente normativa ganha maior relevo quando Kelsen¹⁴ procura inteligentemente dirimir mais esta distância ao

¹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. – 6ª Ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 27.

recortar a dualidade por seu aspecto puramente formal, quer dizer: há normas que devem ser cumpridas; de modo que, se *algo é*, passa a *dever ser* outra coisa porque alguma lei o diz. Todavia, como se sabe, a ideação normativa do direito enquanto pureza e determinação espontânea (o direito simplesmente “é” porque é força) corre o risco permanente de obliterar a discussão rotineira sobre sua legitimidade, quer dizer, a discussão efetuada *vis a vis* sobre seu valor pragmático de verdade, ou, se quisermos, do melhoramento que as leis e as interpretações que delas fazemos podem dispor à mundanidade mais contingente, mesmo que diante dos fenômenos contemporâneos de inflacionamento legal característico dos sistemas provenientes da matriz romano-germânica¹⁵.

Deste modo, sob a égide de disposições e interações interpretativas – e, aqui, as interpretações seriam nada mais do que o acontecimento corriqueiro de um pensamento hermenêutico – a prática social do direito passaria, na assunção destas premissas, a poder nos confidenciar verdades principiológicas para mais do que uma vontade político-majoritária ou uma coerção. Com isto, temos “sugerido” no cerne da prática social do direito o próprio *pragma* ético que o fundamenta e não apenas a vontade política que porventura representemos por meio de falas que reproduzem, estética e retoricamente, a coercividade estatal.

Ao darmos relevo aos pressupostos existenciais que nos fundamentam enquanto seres únicos da compreensão¹⁶, ou seja, o humano enquanto único ser que constrói significados autênticos para o mundo a partir da estrutura pré-compreensiva transmitida por tradições simbólicas, podemos, pois, nos corresponder ao que a prática social do direito pode ainda dizer sobre o movimento de nosso próprio ser-com. Afinal, o que ela sugere para qualquer pensamento voltado para aquilo que somos em nossa realidade mais contingente? Como o direito pode ser entrevisto como fator e fundamento de teleologias despreziosas e cotidianas?

¹⁵ ROSENFELD, Michel. *Constitucional Adjudication in Europe and the United States: paradoxes and contrasts*. In: *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, nº4, 2004. Por uma disposição analítica, vide neste artigo as distinções que o autor promove sobre o *Civil Law* com relação ao *Common Law*.

¹⁶ STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2001. p. 263. “a historicidade concreta do ser-aí mergulha-o numa relação com o ser. Nessa relação o homem se move e acontece enquanto compreende o ser.”

Com efeito, a prioridade dada ao pensamento hermenêutico serve-nos, como ressaltado, como a chave existencial que nos abre a interpretações regionalizadas sobre a cotidianidade do direito para além das imposições do que se transmite tradicionalmente na representação de sua fala. É por este esteio que, ademais, um discurso *do* fundamento se torna possível já que a decifração hermenêutica de nosso código vivencial nos remete para aquilo que o direito – enquanto prática social – possui de mais simples e melhor. Determinações fundamentais nos abrem, portanto, aos questionamentos pragmáticos que visam àquilo que a prática social do direito “é” como um existenciário e não como uma instrumentalidade de controle social, vontade estatal, manutenção burguesa ou movimentação revolucionária de uma consciência histórica metafisicamente operante. Um discurso voltado para o fundamento abre-nos, pois, à realidade ética que se mantém na prática social do direito como uma fundação permanente, sem que para isso devemos necessariamente justificá-la por meio de uma consciência histórica objetivada: a tensão do direito volta-se, destarte, para o bem de uma convivência, volta-se sutilmente para o desenvolvimento simbólico de nosso ser-com.

Sob esta premissa, o evento da positivação de direitos humanos tem muito a nos dizer, sem que com isso nos imiscuamos, necessariamente, em apologias ocidentalizantes ou em justificações teológicas de sua necessidade. Ao revés, um pensamento hermenêutico do fundamento pode nos dizer: a ocorrência de direitos humanos nada mais é do que uma tendência de nosso próprio ser-com refletida na prática social do direito; incluída aí, o evento histórico da positivação mesma destes direitos. É por esta premência filosófica que a Hermenêutica pode nos legar novas possibilidades para a fala do direito, ou melhor, para a sua justificação ética em prol de resultados pragmáticos e em vista das benesses mais simples.

Quer dizer, se o direito é também um *symbolon* disposto e transmitido em sucessões epocais é porque há em sua determinação prática – e no pensamento que disto fazemos – algo que se sugere para nós e se reflete, portanto, no próprio *pragma* da convivência ética e no ser-com aqui entendido como princípio do humano. Assim, como retro afirmado: o que nos é dado conhecer através da prática social do direito pode nos sugerir aquilo mesmo que temos para si na forma de seres dispostos enigmaticamente para a convivência, ou seja, para o ser-com que ontologicamente nos fundamenta enquanto um fim coletivo em si mesmo pelo *modus* temporal da cortesia, ou, melhor

dizendo, pela liberdade heteronômica a nós eticamente disposta pelas gradações epocais de nosso próprio ser¹⁷.

Com a assunção do questionamento por nossos condicionantes existenciais como um caminho para desvelarmos novas realidades, novos constructos e, ademais, para determinarmos aquilo que a prática social do direito pode ser em prol da cotidianidade ética do homem, podemos, com isso, legar-nos por nossas próprias práticas conversacionais, novos aportes de linguagem, novas condições de possibilidade para um pensamento voltado irrestritamente ao ser-com, ao estágio convivencial em que nos encontramos imersos para a consecução de finalidades. Contudo, ao referenciar a proposta da desconstrução não o fazemos apenas para defender a substituição de um discurso por outro “melhor”, ou para que, monadicamente, transferíssemos as discussões fundamentais do direito para tematizações filosóficas, literárias ou divinatórias.

Com isso, dizemos que qualquer crítica que se faça a um modelo epistemológico e, conseqüentemente, de discursos, ou, mais a fundo, de disposições que se impuseram no modo como se fala e se conversa sobre o direito, parte – admita-se – de pressupostos tão criticáveis quanto o modelo epistemológico transcendental cuja determinação incide, mormente, a *destruktion* heideggeriana e o apelo ontológico que há na hermenêutica de Gadamer. De modo que a bem da ética comunicativa não podemos falar livremente sobre a destruição da metafísica e, conseqüentemente, de um conhecimento jurídico igualmente “metafísico” em seu predicado apenas no sentido de esquecê-lo ou substituí-lo por outro melhor e mais utilitário já que, de qualquer modo, encontramos-nos imergidos no próprio constructo tradicional da linguagem jurídica – ou seja, na própria fala do direito fundada em uma temporalidade sua.

¹⁷ HEIDEGGER, Martin. *Sobre a Essência do Fundamento*. In: *Ensaio e Conferências Filosóficas*. São Paulo: Nova Cultural, 1989. p. 109-110. Para Heidegger o ser-aí do homem “acontece”, também, na transcendência de si, de modo que “a liberdade como transcendência não é, contudo, apenas uma espécie particular de fundamento, mas a origem do fundamento em geral. Liberdade é liberdade para o fundamento”. Pensamos, com isso, que a prática social do direito é, contemporaneamente, um acontecimento existencial em prol da liberdade – quer dizer, um dos aspectos simbólicos da liberdade natural do ser-aí (homem). Todavia, ao traduzir o texto, E. Stein chama atenção para o fato de que a liberdade, na concepção heideggeriana, não se confunde com o *nihil* do livre-arbítrio. A liberdade é a possibilidade autêntica de um compromisso e de uma obrigação em geral – aqui o sentido existencial da liberdade ganha um aspecto político inegável embora possa ainda ser mantido em sua pureza ontológica.

Com esta autocrítica, o aspecto do pensamento hermenêutico que damos relevo torna-se não limitado, mas, ao revés, cada vez mais claro na tarefa que nele identificamos: trata-se, destarte, da filosofia primeira que há em qualquer disposição voltada a um pensamento do fundamento. É por tal via, ainda, que podemos encontrar *vis a vis* o *pragma* ético que subjaz à totalidade compreensiva do *jus positum*. A fundamentação do direito por suas imanências éticas veladas é, neste viés, uma parte constituinte de um pensando voltado para os fundamentos de sua determinação ontológica mais atual. Sendo assim, a interpretação do significado epocal de direitos humanos torna-se, conseqüentemente, uma pedra de toque para interpretações contemporizadas sobre o sentido mais amplo da prática social do direito, quer dizer, sobre um possível retorno às suas determinações originárias e, diga-se, já por meio do que se sugere por sua própria positividade.

Não obstante, como poderia a Hermenêutica dispor intérpretes factuais às determinações originais e autênticas do direito? Como ela poderia transgredir, sem maiores danos, as transmissões simbólicas do discurso jurídico tradicional em prol de aberturas temáticas voltadas ao seu *pragma* ético? Disto podemos apenas afirmar que o pensamento hermenêutico – principalmente a partir do delineamento filosófico dado por Heidegger e Gadamer – não visa – como se poderia pensar – totalizar o discurso e retê-lo a partir da *poesis* que envolve reflexões ontológicas fundamentais. Daí ressaltarmos, pois, as limitações que este tipo de reflexão ainda pode encontrar diante de uma fala construída secularmente a partir da representação, quer dizer, a partir da reprodução pretensiosamente neutra da fala do Estado, da linguagem coerciva que envolve – como não poderia deixar de ser – qualquer mandamento estatal. Todavia, diríamos que, em face disto, os contributos hermenêutico-filosóficos viriam, prioritariamente, a desdobrar a linguagem universal inerente a qualquer pensamento voltado para fundamentos. Aqui apostamos, com efeito, na hipótese de que a linguagem jurídica tem como alcançar um *status* universalizante e, por conseguinte, apta a não se determinar apenas a resoluções de aporias provenientes de operações categoriais da retórica jurídica tradicional tal como ocorre pela idéia do sopesamento e pelas interpretações dogmatizadas da soberania de um direito interno (pátrio).

Tal se torna exequível em vista da reflexão que a hermenêutica filosófica reabre para qualquer conhecimento conduzido na tradição das *Humaniores*, qual seja: o poder

desvelador da linguagem¹⁸ enquanto um *disclosure* de significações veladas no não-dito da representação da coercividade. Isto se traduz, metaforicamente, como uma abertura existencial de novos significados para o simbolismo do discurso através das práticas conversacionais inerentes ao cotidiano ético do direito. Para Heidegger, diga-se, a *poesis* fundante da linguagem seria não apenas a “casa” de onde o ser dos entes mundanos emergiriam em plena significação, mas seria, também, um solo de construção dos horizontes de possibilidade da fala, ou seja, do potencial humano em dizer para além dos óbices aporéticos da metafísica e do discurso metodológico das ciências naturais. Tal é seguido, no pensamento de Derrida, por exemplo, como um poder divinatório onde o *logos* se desenvolve a partir da liberdade literária que o pensamento e a fala trazem de antemão consigo. Em Gadamer, a linguagem também permanece como a pedra de toque da hermenêutica principalmente como possibilidade dialogal de restauração dos elementos perdidos das *Humaniores* como mais adiante destacaremos no segundo capítulo.

Como dito, a linguagem jurídica é o lugar originário de onde as reflexões fundamentais do direito ganhariam comunicabilidade e serviriam, ademais, como mais um constructo do mundo, como mais um dado simbólico de uma (sua) história efetual. Se defendemos um retorno do direito às suas determinações originárias é porque de tal reflexão emergiriam, pois, novos aportes que abririam outros horizontes possíveis para a nossa cotidianidade, para o sentido pragmático que há em toda idéia pragmática de justiça. É de um pensamento cotidiano, aliás, que a interação humana pode ganhar sua conformação definitivamente pragmática: um conhecimento “jurídico” não é apenas uma representação lingüística de um *logos* coercivo que, diga-se, nunca nos pertence diretamente, de modo que o que conhecemos do direito deve passar, também, pelo

¹⁸ HAFT, Fritjof. *Direito e Linguagem*. In: KAUFMANN, Arthur. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 304-305. Haft elabora uma crítica perspicaz: “não pode ser esquecido que, hoje, as velhas virtudes da simplicidade na linguagem, da concisão e da brevidade se perderam em grande medida. Não pode ser esquecido que os juristas são os principais produtores de colectâneas (sic) de floreios lingüísticos (...) A luta contra o arrevesado estilo jurídico de chancelaria é antiga e acaba sempre derrotada. Já Frederico O Grande, dizia do Código da Prússia: ‘é muito denso e as leis têm de ser curtas e não extensas’. Ele acusava os seus funcionários de utilizarem cem palavras, quando bastariam duas”. Diante disto, defendemos a idéia de que a linguagem jurídica só poderia alcançar sua devida simplicidade se ativesse aos seus fundamentos originários, de modo a justificar a coercividade contingente pelo valor de validade que deve possuir frente ao que no direito há de melhor.

questionamento da cotidianidade, da base existencial que nos impele para a convivência e para o que dela devemos compreender como *status* ontológico de nossas projeções éticas permanentes.

O caráter lingüístico da questão encontra-se, pois, na premissa de que é pela linguagem – do desenvolvimento intersubjetivo que dela fazemos – que o conhecimento jurídico pode afinal encontrar seu *pragma* maior: o seu *ethos* fundamental, doutro modo: o ser-com que faz do conhecimento do direito um foco prolífico para a compreensão epocal da vivência coletiva, ou, aristotelicamente: do *zoon politikon* que nos principia temporalmente enquanto seres da convivência e permanentemente voltados para as benesses da vitalidade.

Neste sentido, com Gadamer¹⁹ dizemos que:

“Dans l’ensemble de notre pensée et de notre connaissance, nous sommes toujours déjà prévenus par l’interprétation langagière du monde, et entrer dans cette interprétation langagière du monde signifie grandir dans le monde. Dans ce sens, le langage est la propre trace de notre finitude. Il nous a toujours déjà dépassés. La conscience d’un individu n’est pas l’étalon auquel l’être du langage peut être mesuré. Il n’y a en effet absolument pas de conscience particulière dans laquelle le langage qu’elle parle soit vraiment là. Comment alors le langage est-il là? Certainement pas sans la conscience particulière. Mais pas non plus dans un simple rassemblement de consciences multiples qui sont chacune pour soi une conscience particulière”.

Ao final, Gadamer²⁰ então conclui que:

“Dans ces conditions, le langage est le véritable milieu de l’être de l’homme, pour autant qu’on le considère uniquement dans le domaine qu’il est seul apte à remplir – le domaine des relations humaines, le domaine de l’accord, celui de l’entente qui croît sans cesse – domaine qui est aussi indispensable à la vie humaine que l’air que nous respirons. L’homme est vraiment, comme l’a dit Aristote, l’être qui possède le langage. **C’est pourquoi tout ce qui est humain, nous devons nous laisser le dire.**” (grifo nosso).

¹⁹ GADAMER, Hans-Georg. *L’art de Comprendre. Écrits 2: Herméneutique et champs de l’expérience humaine*. Paris: Éditions Aubier, 1991. p. 62.

²⁰ Ibid p. 67.

A linguagem, sob esta perspectiva, torna-se, portanto, o epicentro de onde emanaria toda a expansão temática tão cara ao conhecimento jurídico – pelo menos naquilo que há nele de mais “operativo”. Um pensamento para fundamentos torna-se realizável apenas quando a linguagem jurídica procura tematizar outras preocupações que não apenas a representação literária da fala coerciva das leis. Se a obra de Dworkin retoma, dentro de um mesmo âmbito, as questões morais e éticas do direito; é porque, afinal, o conhecimento jurídico não pode mais lograr manter-se apartado daquilo que lhe confere fundamento e justificação legitimatória no esteio de sua própria prática. E, ressaltemos, não há nisto qualquer malogro às raízes sistemáticas e conceituais do *Common Law* ou do *Civil Law*²¹. A contemporaneidade do direito exige que, sob um pensamento de justificação, a sua prática social se legitime no *vis a vis* da ocupação cotidiana, onde um simples litígio pode, no seu valor simbólico, proporcionar sentidos inovadores para a conceitualidade e, ademais, para a linguagem do direito em sua expansão temática já voltada para assuntos antes recônditos no não-dito da representação.

Ainda sob o *disclosure* revelador da linguagem, a fala do direito pode, com isto, determinar-se por sua própria originalidade onde toda a discussão ontológica sobre a justiça – geralmente esteadas em uma tradição metafísica do pensamento – pode se imiscuir à vivência elementar da interpretação do direito. Neste sentido, há uma aproximação inevitável – pelo menos assim achamos – entre a abertura hermenêutica da linguagem junto às tendências contemporâneas do pensamento pragmatista, nem tanto o

²¹ MIRREILLE, Delmas-Marty. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 77. Sobre as possibilidades contemporâneas da jurisdição, aduz a autora que “em última análise, tudo se passa como se o juiz, ou mais amplamente o receptor da norma, ficasse paradoxalmente liberado pela própria multiplicação dos textos que lhe aumenta a margem de interpretação e lhe dá estatuto de fonte do direito. Por muito tempo fonte disfarçada do direito a jurisprudência desde então seria oficialmente reconhecida como tal, mesmo nos sistemas de forte tradição legalista como o sistema francês e os da família romano-germânica. É por isso que se atenua a oposição histórica entre esses sistemas e os de *Common Law*.”

de Peirce²², mas, mormente, sobre a reavaliação das discussões éticas que podemos encontrar nas discussões levantadas por Dewey e Richard Rorty²³, por exemplo.

Neste sentido, sob uma égide pragmática, o potencial desvelador da linguagem se aproximaria da mundanidade mais contingente e não apenas de elucubrações individuais de um *solus ipse* representativo e esteticamente voltado a desenvolver e ultimar *uma* dicção – *um* dizer sobre algo. Heidegger nos dá a lição de como a linguagem como dicção (*dichtung*) e pensamento (*denken*) podem abrir outros horizontes para o acontecimento histórico-efeitua da compreensão. Todavia, os heideggerianos posteriores, como no caso mesmo de Rorty, legam, de modo não contraditório, um substrato conversacional para o dizer revelativo da linguagem. Temos, com isso, uma volta extemporânea a um tipo de sofismo? Poderíamos dizer que não, mas não seria nada ruim que alguns aspectos do sofismo se conservem na prática social do direito de modo a dispor a atitude interpretativa aos fundamentos conversacionais inerente a toda e qualquer *Humaniore*.

Sob premissas hermenêuticas e pragmatistas, faltaria, pois, ao conhecimento jurídico – inegavelmente – o desenvolvimento conversacional de temáticas antes impropriamente apartadas da prática social do direito. Se referenciamos, com isto, a razão de ser de movimentos pós-positivistas, nada mais oportuno do que *retornar* o discurso jurídico ao seu *ethos* conversacional e com isso vislumbrar resultados prolíficos no sentido de tematizações inéditas e que elevem a imagem que o homem faz de si mesmo através do direito e mesmo dos fetiches retóricos e estéticos que daí surgem. Não seria nada utópico, portanto, defender que discussões litigiosas se tornem, sempre que possível, questões de princípio; que processos judiciais tornem-se também um *locus* para uma ontologia prática do direito: que este retorne, afinal, à sua *arkhé* originária em benefício de sua linguagem e de sua efetuação prática no mundo.

²² PEIRCE, Charles Sanders. *Conferências sobre o Pragmatismo* In: *Escritos Coligidos*. – 4ª Ed – São Paulo: Nova Cultural, 1989. p. 24. “A máxima do pragmatismo afirma que uma determinada concepção difere de outra na medida em que possa modificar diferentemente nossa conduta prática”.

²³ RORTY, Richard. *Pragmatismo e Política*. – São Paulo: Martins, 2005. p. 45. “Para pragmatistas deweyanos como eu, história e antropologia são suficientes para mostrar que não há pivôs fixos e que a busca por objetividade é uma questão de alcançar tantas concordâncias intersubjetivas quanto possível”.

Para tanto, a busca por uma linguagem universal do direito torna-se assim imprescindível. Em vista disso, os próprios conteúdos literais das declarações de direitos humanos podem, por si mesmas, oferecer um começo propício para discussões éticas fundamentais. Em um âmbito propriamente hermenêutico, a emergência universal de direitos fundamentais ex-surgiriam, pois, como um mote para se compreender porque o *jus positum* se universalizou a partir destas mesmas declarações e qual seu significado para uma interpretação epocalizada do convívio humano através de sua formalização jurídica.

Como temos defendido, o evento sócio-político de direitos humanos significam um retorno possível do direito àquilo que ele mesmo pode oferecer de melhor – um retorno, portanto, à sua obriedade obliterada pela ideologização política do conhecimento jurídico a partir de categorias representativas, conceitos fechados e pela ambigüidade inerente à doutrina jurídica: o que ela defende afinal? Didatismo? reivindicação minoritária ou conservação majoritária? É neste sentido – absolutamente pragmático – que o discurso jurídico se torna, contraditoriamente, um impasse para o próprio direito e, como afirmamos no início, dependerá, para sua restauração enquanto um ramo privilegiado das *Humaniores*, de *turns* a serem implodidos em sua própria prática para que, através de si mesmo, possa entrever os óbices para um dizer autêntico e pautado em uma linguagem universal, quer dizer, em uma fala não apenas estatizante ou político-majoritária. Como visto, aventamos o argumento de que tal ocorre grande parte em função da transcendentalização de seu discurso através de modelos epistemológicos dominantes e, mesmo, subliminarmente vigentes: a fala do direito careceria, ademais, de sua própria *persona* já que os donos de sua fala se subsumem à automação de um modo de dizer não efetual e que se imiscui a tendências políticas não assumidas claramente.

Ao recortarmos o que reputamos como uma tarefa da hermenêutica – através de seu *turn* filosófico, ontológico e lingüístico – voltamos, pois, ao enalço inicial da proposta: o que se conhece habitualmente por *materialidade* de direitos humanos pode se destacar, contemporaneamente, como a própria *intuição* originária da cotidianidade existencial do direito. Ao deslocarmos o sentido transcendental da intuição para sua fundamentação existencialista, confirmamos, pois, o argumento de que é a própria contemporaneidade do direito, é o seu próprio movimento epocal que exige uma

fundamentação coerente àquilo que ele mesmo é por seu próprio tempo. Por seu substrato pragmatizante, a intuição prática que temos sobre os fatos mais mundanos tornam-se fontes possíveis de justificações pragmáticas do direito a partir de seu *ethos* principiológico e não apenas epistemológico já que, de qualquer modo, não podemos encontrar qualquer *principia mathematica* na significação prática do direito – se há tornam-se vazios diante dos valores que o direito retém, conservando-os formalmente, ou, dinamizando-os através da assunção de outros discursos, possibilitando, com isto, o desenvolvimento de novas linguagens no esteio legítimo de nossas intuições éticas na forma de uma busca coerente do bem.

Heidegger não nos ajuda a fundar uma sociologia existencial do jurista contemporâneo, mas abre-nos a possibilidade para que possamos – através de uma ultimação reflexiva de uma *poesis* universalizante – construir interpretações a partir da desconstrução mesma das ideologias que entravam a expansão do *logos* fundante do direito enquanto comunicação humanizante e linguagem universal. Os aportes hermenêuticos possibilitam, portanto, que os conhecidos problemas de sopesamento revistam-se definitivamente de sua coloração política e não como ciência e expressão de uma verdade – mesmo quando justificada pela lúdica da lógica formal.

Deste modo, qualquer investigação pelos fundamentos operantes da realidade prática do direito a partir da assunção de direitos humanos exige, pois, um comprometimento existencial à sua emergência – aos significantes e, principalmente, aos significados que daí podem emergir simbolicamente no mundo. Se a verdade primeira do direito é o bem ou a imagem que o homem construiu de si mesmo como o ser representativo de sua própria dignidade, nada mais propício do que elevar a linguagem de direitos humanos à própria tarefa conceitual do direito e, principalmente, para a justificação terra-a-terra da positividade mais contingente.

Todavia, deve-se reconhecer que a linguagem universal inerente aos direitos humanos geram contradições e mesmo um certo tipo de maniqueísmo entre aqueles que a apologizam frente aos que defendem a sua inexistência ou a sua completa inaplicabilidade frente uma realidade pressupostamente admitida e representada. Tal contradição pode ser verificada, por exemplo, mesmo em posturas que de antemão

assumem certo repúdio à “existência” ou “eficácia” de direitos humanos, tal como ocorre no caso de pensadores proeminentes como Michel Villey.

Villey não hesita afirmar que os direitos humanos nada mais são do que um ordenamento ilusório e impraticável. São, portanto, totalmente fantasmagóricos e fictícios já que, historicamente, “o sistema de leis antigas [já] cumpre esta função necessária: prover a moral de um conteúdo preciso”²⁴. Nada mais errôneo, por este vislumbre, do que criar discursos apologéticos em prol da universalidade de uma boa-fé inerente que há, pressupostamente, na semântica e, sobretudo, na interpretação cotidiana do significado das declarações de direitos humanos. Ao revés disto e retomando o pensamento de Guilherme de Ockham, Villey²⁵ afirma incisivamente que:

“Os universais e as relações só têm existência em nossos discursos. São somente *termos*, signos, forjados pelos homens, e cujo sentido depende dos homens. Suas definições são convencionais. Temos liberdade para modificá-los, para transformar a bel-prazer o valor dessas palavras, para deixá-las mais operatórias, permitir-nos agir mais comodamente sobre o mundo real dos seres singulares”.

Contra a viabilidade do *human-rights-talk*, Villey ainda critica qualquer possibilidade disposta para o estabelecimento de uma linguagem universal para o direito a partir da materialidade semântica e simbólica constante das declarações de direitos humanos. De modo extremamente resumido, poderíamos sintetizar a crítica de Villey levando-se em conta o pressuposto de que parte para sua crítica: os direitos humanos não existem porque emergem apenas como uma reprodução rarefeita de uma “substancialidade”, “pensamento” ou “juridicidade” que por séculos já vem, sob vários modos, se afirmando no ocidente. Passando pela Grécia da época de Aristóteles, até as obras da Roma de Cícero, atravessando a escolástica e o pensamento jusnaturalista do medievo; a ontologia mais singela dos direitos humanos já logrou há muito ser afirmada no ocidente. Frente a isto, as declarações do século XVIII e, principalmente, as do século XX, nada mais seriam do que discursos fantasiosos e pejorativamente políticos daquilo que de modo muito mais claro, aprofundado e sistematizado, já existe no direito há séculos.

²⁴ VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 89.

²⁵ *Ibid* p. 123.

Villey chegaria a uma prova cabal sobre a inexistência dos direitos humanos se considerássemos a literalidade das declarações tão-somente a partir de um modelo de regras. Neste esteio, os textos das declarações nada mais seriam do que um amontoado de regras a serem subsuntivamente aplicadas em uma realidade que exige a consolidação prática do justo ao mesmo tempo em que, por várias razões, termina por repelir qualquer possibilidade de “eficácia” dos direitos humanos consoante os problemas e contradições que decorrem de seu caráter inegavelmente abstrato e com pretensões positivas de universalidade.

Villey estaria certo: a assunção prática da literalidade dos direitos humanos se constituiria mais como um problema do que, ao contrário, uma solução moderna de problemas deontológicos seculares. Todavia, como defendemos desde o início, a consideração prática dos direitos humanos exige, afinal, um outro tipo de compreensão, a saber, um modelo que possa situá-los no cerne das práticas mais rotineiras e não como um texto de direito internacional com regras demasiados gerais para uma subsunção perfeita – bem à moda do discurso ideologizado do direito positivo e da doutrina que se faz dele. Isto posto, a literalidade dos direitos humanos, pela generalidade que traz por meio de sua linguagem, não se aplica ao modo da subsunção e não se constitui apenas como uma obrigação internacional imposta a estados signatários. Com isto dizemos então que mais fácil seria compreender sua ideologia e interpretá-los a partir dos seus conteúdos éticos o que, como uma condição de validade, lograria, assim, convalidar eticamente as normas contingentes de qualquer direito positivo interno já em uma relação prolífica de identidade material, digamos assim.

Alcançamos então um problema sugerido na crítica de Villey: a tese da inexistência de direitos humanos só poderia ser confirmada se compreendemos o significado de tais direitos somente a partir das categorias tradicionais do discurso jurídico. Contudo, reafirmemos: para além da exegese restrita de sua literalidade, a compreensão dos direitos humanos envolve, acima de tudo, a interpretação de seu significado temporal como movimento simbólico da convivência humana e não apenas como interpretação da *mens legislatore* dos representantes políticos das nações que se uniram no segundo pós-guerra.

Ao revés disto, a interpretação pelo significado – pelo fio condutor do desvelamento hermenêutico – envolve, ademais, a capacidade do intérprete em se apropriar dos elementos simbólicos que a tradição do direito já traz consigo mesma. De modo que se a tarefa hermenêutica é apropriar-se coerentemente da tradição, poderíamos interpretar a crítica de Villey mais como uma apologia do que como propriamente uma crítica, ou seja, ao mostrar que os direitos humanos não existem porque nada mais são do que um elemento identitário do próprio direito, Villey descobre a tradição que identifica a imanência fundamental destes direitos enquanto um significante de identidade e não de diferença com relação à tradição.

Para concluir este tópico voltemos ao início de nossa proposta aventando os seguintes argumentos: (i) o movimento ético subjacente ao significado das declarações de direitos humanos podem, sob um pensamento hermenêutico, corresponder à validade existencial de nossas intuições cotidianas, ou seja, ao modo como pragmaticamente vivemos conteúdos éticos tradicionais a partir de uma visão não-metafísica da justiça: a validade ética dos direitos humanos atrela-se, pois, às nossas pretensões mais cotidianas e não devem ser retidos apenas como uma ramificação aleatória do *jus positum*; (ii) a correspondência material de tais direitos à validade do que intuímos como pragmaticamente justo justifica-se a partir de premissas ontológicas: por tais premissas, os direitos humanos significam uma projeção ética do ser-aí humano em prol do ser-com na forma de uma auto-compreensão do *status quo* de nossa convivência epocal; (iii) o *turn* filosófico da Hermenêutica ou, como se queira, o giro hermenêutico de uma filosofia pós-metafísica traz como contributo maior para a prática interpretativa do direito a revitalização da linguagem enquanto horizonte desvelador de possibilidades ocultas no recôndito da própria tradição a partir do não-dito. Dispomos aqui do conceito do “Nada” heideggeriano entendido, assim, como o ainda não-pensado e o não-tematizado; (iv) a antevisão dos direitos humanos como significado e não como mera literalidade semântica positivada depende, ademais, de modelos compreensivos que possam situá-los em práticas interpretativas como um movimento imanente da própria tradição do *ars juris* e não como uma invenção pós-moderna; (v) sugerimos, no todo, que tais direitos já significam algo muito importante: o retorno da prática social do direito aos seus fundamentos originários. Defendemos, com isso, a construção de práticas conversacionais e discursivas que, mediante a intuição, possam justificar a

contingência da norma jurídica a partir do que as declarações nos trazem como valores contemporâneos de justiça material como modo de reconstrução do tecnicismo característico ao discurso jurídico tradicional.

Dito isto, podemos avançar para a discussão sobre em como nossas disposições éticas intuitivamente voltadas para o bem podem conviver ou não com as categorias formais da representação do direito positivo. Qual o melhor discurso a ser construído para direitos humanos? Não ousamos obter uma resposta pronta e definitiva para um questionamento que deve ser permanente. Não obstante, parece-nos possível identificar pelo menos alguns dos óbices que entendemos dificultar a compreensão de direitos humanos a partir da proposta hermenêutica.

1.2. Discurso e Representação: o problema das categorias na interpretação sobre direitos humanos.

O problema do qual partimos para viabilizar a proposta do tópico anterior refere-se, em grande parte, às operações categoriais legadas pela tradição representativa do pensamento jurídico²⁶. Neste encaixo, a tese de que os direitos humanos podem se constituir como a intuição originária da cotidianidade do direito deve então passar pelo crivo da seguinte pergunta: as categorias formais da representação jurídica – enquanto discurso especular²⁷ – imergem ou revelam o significado prático e temporal dos direitos humanos em sua melhor interpretação?

Sabe-se que, convalidadas por modelos epistemológicos seculares, as categorias formais do discurso permitem identificar o modo da fala e os limites lógicos da representação de argumentos e decisões. Tal se concatena à própria vigência modal da comunicação jurídica operante: como um jogo, os intérpretes se utilizam das mesmas cartas, peças ou elementos fornecidos por séculos de construção do modo de pensar representativo²⁸. O modo da representação torna-se, à sua maneira, reconhecível pelo

²⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 95. Para L. Streck “a este fenômeno podemos denominar de fetichização do discurso jurídico, é dizer, através do discurso dogmático a lei passa a ser vista como lei-em-si (...) como se sua condição de lei fosse uma propriedade natural.”

²⁷ RORTY (1994) *passim*.

²⁸ FOUCAULT, Michel. *As Palavras e as Coisas: uma arqueologia das ciências humanas*. – 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 88. Para Foucault o modelo representativo identifica o que chama,

modo mesmo da fala e através do desenvolvimento de uma linguagem estritamente jurídica. Tal pode ser ilustrado, em um sentido mais amplo, por aquilo Michel Foucault²⁹ concebe por formações discursivas originadas de *epistémés* seculares e implicitamente operantes em uma linguagem que se torna, aos poucos, compartilhada e estabelecida como uma vigência do discurso.

Não obstante, sabemos muito bem das dificuldades impostas ao jurista científico para que “fale” sobre o direito mais justo para além da forma discursiva imposta ao direito positivo. Todavia, devemos ressaltar: há uma motivação ética que justificaria, mesmo que de modo parcial, a precariedade da fala neutra e da mitologia da imparcialidade. Tal ocorre porque os próprios juristas – principalmente o jurista científico³⁰ – são, obviamente, também destinatários da norma jurídica. Há, portanto, uma disposição ética em não se dizer nada aquém ou além do conteúdo literário da norma jurídica assumida, assim, como auto-legitimada. Isto todos sabemos. No entanto, a naturalidade desta postura passa a ser questionável quando nos atentamos para o crescimento gradual de dificuldades que impossibilitam predicar o conhecimento jurídico enquanto subsunção total de um ordenamento junto a vigências de realidades complexas e multívocas. Deste modo, falar *pelo* direito, como o faz a elite profissional, pode se tornar uma tarefa difícil em muitas ocasiões. Mais problemático ainda seria falar *sobre* o direito – como se faz, tradicionalmente, no discurso da ciência jurídica.

historicamente, de *epistémê* clássica: “nas duas extremidades da *epistémê* clássica, tem-se, portanto, uma *mathêsis* como ciência da ordem calculável e uma *gênese* como análise da constituição das ordens a partir de sequências empíricas”. É inegável o fato de que a racionalidade do pensamento jurídico segue, historicamente, os paradigmas racionais da era clássica para sua tarefa descritiva e classificatória com relação à “externalidade” de uma vigência normativa.

²⁹ FOUCAULT, Michel. *A Arqueologia do Saber*. – 7ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 183. Sugerindo a metódica arqueológica voltada à história dos saberes Foucault pensa ser possível determinar as regras de formação dos discursos a partir de suas formas específicas de articulação.

³⁰ KELSEN (1998). p 77. Para Kelsen “o jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito”.

As amarras são, em um primeiro momento, de ordem política e não epistemológica, sendo que, diante disto, a filosofia transcendental³¹ transparece como o modelo que mais se adequara à justificação do modo da fala representativa que transmite, apenas por seu modo, a herança cultural do direito enquanto prática de um cotidiano social. A utilização discursiva do modelo transcendental pode ser definido naquilo que Ernildo Stein ressalta como “filosofias ornamentais e de orientação”³² que, de qualquer maneira, ainda caracterizam os discursos mais rarefeitos da comunicação jurídica quando esta é, por exemplo, sem compromissos,³³ comercialmente explorada.

Pela proposta hermenêutica, tal serve para ressaltar o fato de que a fala *do* e *sobre* o direito não pode, em nenhum momento, desvincular-se da epocalidade que lhe confere a validade enquanto um senso comum e, do mesmo modo, da legitimidade que deve possuir perante sua própria história que, mesmo sendo um *vivido* eidético, ainda se atém a um forte esteio cotidiano e relacional. Desta maneira, podemos dizer que é o próprio cotidiano, naquilo que é em sua razão de ser, que ainda pode lograr reabrir o vivido eidético do direito a partir das possibilidades imanentes do ser humano enquanto um projeto eminentemente existencial. Daí falar-se do ser humano, portanto, como um *da-sein*, um *être-lá*, como um *a-head* projetivo de nós mesmos na forma do movimento da convivência.

A ultrapassagem³⁴ do ente ele mesmo através de um projeto de abertura hermenêutica de significações imanentes passa, conseqüentemente, pelo *modus* da fala,

³¹ DESCARTES, René. *Discurso do Método*. – 4ª Ed. –. São Paulo: Nova Cultural, 1987 e KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. Há uma notória influência destas obras no modo pelo qual o discurso jurídico se organiza para representar “fatos jurídicos” em uma relação ficticiamente sobreposta à vigência da própria realidade.

³² STEIN, Ernildo. *Exercícios de Fenomenologia – limites de um paradigma*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004. p. 15.

³³ DERRIDA, Jacques. *Apprendre à vivre enfin*. Paris: Éditions Galilée/Le monde, 2005. p. 28. “et la responsabilité aujourd’hui est urgente: elle appelle une guerre inflexible à la *doxa*, à ceux qu’on appelle désormais les intellectuels médiatiques, à ce discours général formaté par les pouvoirs médiatiques, eux-mêmes entre les mains de lobbies politico-économiques, souvent éditoriaux et académiques aussi. (...) Il faut, quand c’est possible, les développer et les aider à se diversifier, les rappeler à cette même responsabilité”.

³⁴ HEIDEGGER (1989). *Sobre a Essência do Fundamento*. p. 109. Para Heidegger, a ultrapassagem do ente condiciona-se a um em-vista-de. De modo que “a ultrapassagem para o mundo é a própria liberdade”.

quer dizer, pelos limites epocais a ela imposta e, não-contraditoriamente, por outro lado, pelas possibilidades de expansão temática³⁵ que, pelos horizontes possíveis da tradição, se abrem à fala a partir de um movimento concatenado de auto-compreensão histórica do aí (*da*) do já vivido (*sein*) no próprio pensamento que, neste sentido, não se diferencia da ação, quer dizer, daquilo que se torna um feito criativo do homem na sua temporalidade.

Logo, a linguagem do direito pode sempre correr o risco de imergir conteúdos ontológicos fundamentais por também ser, como todas as outras *Humaniore*, uma fala que diz e constrói sentidos e projeções. Tal ocorre quando a linguagem representativa do direito não se “identifica” às conquistas epocais da auto-compreensão humana já que a fala do direito enfrenta a dificuldade permanente de dever corresponder-se não só à vigência do dever-ser eidético da norma jurídica, mas, igualmente, à vigência da facticidade do próprio ser como um poder-ser. Contudo, ressalve-se: a vinculação ao princípio de validade da época não é um dever-ser metafísico. Trata-se, pois, de uma imanência que já existe, mas que, todavia, deve ser encontrada ou “interpretada” a partir do legado simbólico da tradição. Tal ocorre desta maneira em razão de condicionamentos pré-compreensivos provenientes da totalidade do próprio ser, ou seja, daquilo que (se) “é” e que, ademais, nos conforma em nosso poder-ser naquilo que somos como projeção do que a tradição nos lega de melhor e, conseqüentemente, no sentido do próprio bem ético que permanentemente perseguimos.

Todavia, a correspondência ontológica depende da emergência da fala, das construções ou jogos lingüísticos³⁶ coletivamente mediados através do esteio da cotidianidade compreendida por seu sentido eticamente comunicativo. Em um âmbito “subjetivo”, digamos assim, um modo de velamento – ou encobrimento – do poder-ser das significações hermenêuticas imanentes ocorre, por exemplo, quando o jurista

³⁵ HEIDEGGER, Martin. *A Constituição Onto-Teo-Lógica*. In: *Conferências e escritos filosóficos*. – São Paulo: Nova Cultural, 1989. p. 152. Na análise da filosofia hegeliana Heidegger afirma que “Hegel encontra a força individual de cada pensador naquilo que por ele foi pensado, na medida em que, como degrau singular, pode ser sobressumido no pensamento absoluto. Este somente é absoluto porque se move em seu aspecto dialético-especulativo e para isto exige a gradação.” Assim, tempo e ser se co-respondem no pensamento e no que somos em nossa ação cotidiana.

³⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. – 5ª Ed. – São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 18. Fala-se aqui do “jogo de linguagem” presente nas investigações: “o termo jogo de linguagem deve aqui salientar que o falar da linguagem é uma parte de uma atividade ou de uma forma de vida.”

científico não atenta para certas mitologias que condicionam parte de seus pré-juízos, quer dizer, não atenta criticamente para as cartas que, por sua própria volição, predeterminam o *logos* do discurso que comunica enquanto suposta representação de uma realidade ou, para mais, de uma linguagem que se auto-objetiva por sua necessária expansão temática.

Neste sentido, a mediação construtiva entre a exigência do pressuposto legal – enquanto literalidade que condiciona semanticamente a fala do direito – e a renovação temática proveniente de um modelo compreensivo – hermenêutico – de conhecimento jurídico torna-se possível através de sínteses que transpareçam ou sugiram, na linguagem e, pragmaticamente, em nossas práticas cotidianas e conversacionais a própria generalidade auto-compreensiva do poder-ser projetivo do direito enquanto legado permanente. É deste modo que a hermenêutica jurídica poderia, cada vez mais, se desvencilhar de suas formas canônicas para corresponder ao estágio da época e ao que, imergido no não-dito, procura, todavia, se transmitir enquanto tradição renovada da cultura jurídica compreendida, assim, como um modo socializante permanente do homem para (*a-head; prae[da]-sein*) o seu melhor, quer dizer, para o bem ético que perseguimos na forma da melhor convivência.

É por isto que o enfoque nas possibilidades de imersão ou expansão de conteúdos filosóficos da autocompreensão humana – em sua relação com discursos jurídicos – não pode ser vista apenas como um resgate platônico do potencial da linguagem e da fala em dizer e comunicar o novo-recôndito através de uma lógica da pura idealidade: a intuição liga-se, ademais, com o *a priori* existencial – parte-se dele para voltar a ele, porém já como pleito, quer dizer, como dever-ser político e jurídico renovado e tematizado. Neste caso, o *dever do ser*, se requalifica como projeção vinculada à epocalidade detentora da viabilidade significativa do ser em geral, ou seja, do que “é” em todo ente – para mais: do que se configura como princípio mesmo da realidade existencial do direito. A circularidade deste processo é a condição para que a linguagem jurídica tenha algo a dizer para além da relação especular que possui com a literalidade normativa contingente. Deste modo, a renovação temática – enquanto projeto filosófico de desvelamento de novas tópicas, categorias e problemas – acompanharia a projeção simbólica do direito naquilo que ele possui de melhor não apenas como abstração normativa, mas como prática social de congregação ética e

busca coletiva do bem a partir do movimento epocalizado da auto-compreensão humana na forma da convivência.

A movimentação histórica – enquanto requalificação da unidade ontológica do ser que compreende e do ser que é compreendido – sob a perspectiva de intuições desveladoras, torna-se, diante dos problemas da fala e do discurso³⁷, uma proposta coadunada com o que a teoria dos direitos humanos pode e tem a dizer a respeito de todas as significações e possibilidades imanentes próprias ao estabelecimento normativo e declaratório destes direitos. Diz-se isto, (pré) admitindo-se que os impedimentos inconscientes do modo da fala e da operacionalidade lógica ganham mais importância com relação aos direitos humanos já que, neste âmbito, os conceitos se tornam universais e correm o risco de, em sendo entificados pela formalidade categorial, possam, assim, deslocar determinações necessárias do ser para o não dito do discurso representativo que, erroneamente, categoriza – ideologizando – conceitos éticos universais que, não obstante, devem ser sempre interpretados e adaptados à uma epocalidade legítima.

De modo ilustrativo, o projeto da auto-compreensão, ou seja, a qualificação humana ao ser se imerge como na idéia heideggeriana do “nada”: do ser mesmo não sabemos já que dele não falamos ou o fazemos de modo errôneo, de modo que a verdade do saber especular se torna esquecimento, não dito, velamento ou: *letheia*³⁸. No caso dos direitos humanos, as noções e conceitos universais não o são desta maneira apenas por razões lógicas e semânticas. As noções universais sugerem, de antemão, o significado inerente à compreensão destes direitos enquanto um movimento da vida humana e, afinal, como modo contemporâneo de compreensão do direito por sua totalidade velada que vinha e vem se conformando no tempo da história enquanto circularidade epocal.

³⁷ FOUCAULT (2005) p. 170-171 “o discurso é a figura empírica que as contradições podem assumir, e cuja aparente coesão devemos destruir para reencontrá-las, afinal, em sua irrupção e violência” de modo que “analisar o discurso é fazer com que desapareçam e reapareçam as contradições: é mostrar o jogo que nele elas desempenham.”

³⁸ STEIN (2001) p. 55. Fazemos referência ao sentido heideggeriano da *aletheia* como não-esquecimento (a-letheia) daquilo que já (desde) sempre somos no tempo da tradição. Para Stein, “nessa palavra, que emergiu progressivamente do contato fenomenológico com o pensamento grego, residem as possibilidades supremas do dizer de sua obra [de Heidegger]. A *aletheia* é a matriz inspiradora dessa ambivalência que passa sua interrogação no claro-escuro da linguagem.”

Assim, a defesa que se faz sobre a necessidade de renovações temáticas em um sentido filosófico e já a partir da síntese intuitiva comum a disposições interpretativas rotineiras, serve, portanto, à compreensão dos direitos humanos enquanto fundação contemporânea dos valores mais modernos do justo, de modo que quando interpretados à sua melhor luz passem a transparecer aos intérpretes como a realidade contemporânea e normativa da própria justiça, ou seja, do poder-ser legítimo da tradição humanista em suas bases reconhecidamente existenciais e voltadas ao desenvolvimento da convivência humana no esteio do próprio cotidiano.

A intuição possível se dispõe, portanto, como a possibilidade hermenêutica da síntese em um sentido não metafísico, mas sim vinculadas às necessidades de um mundo conformado na vivência, no labor³⁹ ou na ocupação cotidiana tal como ilustrado no “existencialismo” de cunho heideggeriano. O que se intui determina-se, afinal, como a compreensão totalizada, completa e auto-suficiente de categorias que antes se dispunham como binários de oposição e de mera organização dos ditos do discurso jurídico. As sínteses provenientes de intuições cotidianas permitem, por exemplo, que mesmo as contradições metodológicas provenientes do pensamento jusnaturalista e da redução positivista não sejam os fatores decisivos para se conhecer eticamente sobre a determinação ontológica do direito contemporâneo cuja conceitualidade passa, necessariamente, pela abertura hermenêutica do significado⁴⁰ dos direitos humanos enquanto valoração contemporânea do justo e como sugestão do estágio epocal do ser-com (*mitsein*) humano.

As intuições originárias – em sua base existencial – permitem, ainda, que a partir da superação dos binários de oposição, a interpretação jurídica situe-se a partir dos fundamentos contemporâneos da justiça material; sendo esta, por seu modo, compreendida como concretização epocal de tradições eidéticas. Isto permite que as interpretações superem as contradições metafísicas em razão do que foi estabelecido

³⁹ ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. – 10ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. Falamos aqui no sentido elucubrado por Arendt nesta obra.

⁴⁰ ARENDT, Hannah. *A Vida do Espírito*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. p. 75. Arendt distingue *Razão* (Vernunft) de *Intelecto* (Verstand), sendo que o intelecto apreende o que vem aos sentidos, enquanto que a razão quer compreender o significado. A hermenêutica filosófica, como um pensamento *a fortiori* filosófico, aloca-se, de todo modo, na própria razão. Tal distinção remete-se, aliás, à diferença que há entre *entender* e *compreender*.

como a normatividade contemporânea do justo. Para tanto, deve-se partir da premissa de que os direitos humanos, enquanto direito positivo, trazem em si mesmos valores éticos que possibilitam o pensamento do justo através de parâmetros normativos e reconhecíveis no sentido concreto da exigência e da vinculabilidade.

Isto simboliza, sem dúvida, grande evolução para a reivindicação de direitos e conservação de valores historicamente legitimados e pragmatizados no desenvolvimento lingüístico do *sensus communis*. Contudo, a compreensão destes direitos a partir da hermenêutica torna-se igualmente imprescindível tendo em vista as encruzilhadas que surgem das contradições inerentes à sistemática do direito positivo. Há sempre no constructo da positivação o risco de se negar aos direitos humanos toda a sua extensão significativa e meta-jurídica. É neste sentido, portanto, que as aporias da representação teórica do direito positivo devem ser reduzidas em sua complexidade através de sínteses conformes à realidade imamente da epocalidade – daquilo que somos hoje em um *em sendo* da própria tradição – que, imergida, quer-se transmitir, acredita-se, como princípio legitimador da prática social enquanto melhor convivência ética para o humano. De outro modo com isto dizemos: fazer corresponder a representação discursiva àquilo que nossa época sugere e mesmo denota enquanto princípio temporal de validação do que seja um direito ontologicamente mais justo e que corresponderia, pois, a uma projeção ética do homem pelo domínio simbólico de sua temporalidade.

Nesta proposta, os direitos humanos transparecem, dedutivamente, como elemento unificador da prática social do direito, quer dizer, como arrimo subliminar mesmo para aquilo que se *concebe*⁴¹ por direito interno. Ainda em um esteio metafísico, referimos, aqui, a “substancialidade” dos direitos humanos para sugerir a possibilidade de que estes direitos – nominalmente falando – possam, mediante a intuitividade de

⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997. p. 70-71. “The contrast between concept and conception is here a contrast between levels of abstraction at which the interpretation of the practice can be studied. At the first level agreement collects around discreet ideas that are uncontroversially employed in all interpretations; at the second the controversy latent in this abstraction is identified and taken up. Exposing this structure may help to sharpen argument and will in any case improve the community's understanding of its intellectual environment”. Interessante notar a diferença que Dworkin estabelece entre *conceito* e *concepção*, esta última como a ramificação interpretativa de um conceito sólido e estabelecido

intérpretes que ajam por determinações ético-rationais de boa fé⁴², reunir os apartes da teoria e da prática, do externo e do interno, do sujeito e do objeto, do universal e do particular, a partir de sínteses reconstrutivas que leguem sentidos concretos ao que geralmente se perde nas contradições do binário e da representação.

Tal se realizaria através de um pensamento existenciário de juristas cotidianos dispostos a compreender as suas múltiplas regionalidades simbólicas e pré-compreensivas. O *a priori* existencial apela, portanto, para a realidade patente do ser e não apenas do dever-ser da representação ideológica *dos* direitos humanos enquanto um direito internacional sobreposto à soberania do direito interno e apartado, impropriamente, da experiência ética comunal.

Há, nisto, ademais, uma condição de possibilidade porque o viés existencial⁴³ permite aproximar o *logos* da interpretação à realidade concreta do direito, ou seja, *aquilo que é*, em sua determinação cotidiana que, faticamente, se regionaliza na vida de sujeitos concretos dados os múltiplos modos manifestos da existencialidade. O feixe epocal da existência – que se desdobra por seus símbolos velados na rotina de sujeitos concretos – pode ser, deste modo, compreendido como o princípio temporal que une e conforma a fala do direito naquilo que *pode ser* em suas melhores possibilidades a partir da assunção do inevitável da rotina para além do fetiche da falação do representado. Pela linguagem de Heidegger e Sartre, por exemplo, fala-se aqui na *projeção*⁴⁴, quer dizer, pelo ser desvelado em um movimento imanente à vivência antropológica naquilo que o homem pode ser *de melhor* para si em sua relação com *outros* na unidade presencial de uma vivência ética e civilizatória.

⁴² APEL, Karl-Otto. *Estudos de Moral Moderna*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994 p. 140. Em um sentido similar aduz Apel que: “assim acreditavam, por exemplo, P. Lorenzen, como também K. Popper, dever admitir que os princípios, em cuja única base podem ser justificadas normas morais, não podem eles mesmos ser justificados, mas ser aceitos por um *act of faith*, no sentido da fé na razão.”

⁴³ KAUFMANN (2002) p. 40. Para Kaufmann, o existencialismo se distingue pela comoção existencial que sugere, sendo, pois, uma filosofia característica das viragens de época.

⁴⁴ HEIDEGGER (2008) p. 145. Reportamo-nos à idéia de que a estrutura existencial do compreender é um projeto para um em-virtude-de. De modo que, em mãos disso, o ser-af se lança no modo de ser de seu projeto, quer dizer, de ser poder-ser fático. Heidegger resume este pensamento pela idéia do: “venha a ser o que tu és”.

Uma justificação primeira para a correspondência intuitiva da prática cotidiana junto ao significado histórico dos direitos humanos relaciona-se à tese de que a mera descrição representativa de sua positividade normativa pode resultar, como insistimos, em aporias de enunciação, dificultando, assim, a interpretação do direito para seu melhor, ou seja, para o bem ético inato à sua predicação ontológica. Neste ponto de vista, a tarefa conceitual inerente à ciência do direito tenderia, aos poucos, a perder sua validade representativa em função de encruzilhadas lógicas que surgem de sistemas conceituais; estes que, como defendemos, *devem*, de todo modo, corresponder ao fenômeno histórico e normativo dos direitos humanos por sua razão de ser para a vida do século XXI a partir de interpretações que reflitam a qualidade da época. Tal pode ser realizado, em um primeiro momento, a partir da compreensão hermenêutica da cotidianidade cosmopolita latente e que *se sugere* – como inteligência coletiva – pelo fato da aproximação tecnológica através de dados, por exemplo.

No âmbito do discurso jurídico e por razões de identidade metodológica, a tarefa conceitual sobre direitos humanos coube, instrumentalmente, ao Direito Internacional Público. Resta saber – e isto é uma tarefa aberta – se as categorias tradicionais da representação do direito internacional podem, pelo modo da representação, dispor os sujeitos da interpretação aos fundamentos contemporâneos do justo que sustentam, ademais, a justificação ética dos direitos humanos por sua própria positividade. A representação discursiva da dinâmica normativa se justifica – pelo *modus* epocal da ciência jurídica – para operacionalizar um saber pré-admitido por sua finalidade instrumental. Logo, a tarefa descritiva e a redução dos direitos humanos como direito internacional, quer dizer, entendido, por exemplo, a partir de categorias representativas como as do monismo e do dualismo, não se mostram suficientes para uma compreensão pragmática das finalidades éticas inerentes à validade do conhecimento jurídico enquanto correspondência aos fundamentos de um direito já projetado para o melhor possível.

Sabe-se que os direitos humanos podem transparecer através de uma relação de diferença e não de identidade⁴⁵ junto ao que se conhece, objetivamente, por direito

⁴⁵ HEIDEGGER, Martin. *Identidade e Diferença*. In: *Conferências e escritos filosóficos*. – São Paulo: Nova Cultural, 1989. p. 147. A constatação de relações identitárias ocorre através de um *locus* lingüístico-hermenêutico. Neste sentido indaga-se Heidegger: “podemos nós pensar que a penetração na origem

interno. Todavia, ressalte-se: não se quer dizer, com isso, que os impasses aqui identificados – e sua solução – proveriam apenas de novos arranjos lingüísticos, semânticos ou estéticos da ciência jurídica. Ao revés, o Direito Internacional Público⁴⁶ ainda logra cumprir a função de representar a gênese formal e a produção normativa de direitos humanos, ou seja, seu arrimo de análise e descrição é de todo modo essencial para a comunicabilidade discursiva destes direitos a partir da gênese do que neles se considera como conceitualmente jurídico. Entrementes, o problema aqui exposto concerne, repita-se, à sua necessária – e justificável – extensão, ou, diríamos, à sua re-significação hermenêutica, doutro modo, à viabilidade da compreensão dos conteúdos de significação mais originários que, por meio destes direitos, legitimariam as intuições cotidianas como um *modus* de comunicação dentro da discursividade do direito.

Tem-se, com isto, a condição possível para que a interpretação sirva como fator de redução da complexidade de um direito positivo inflacionado e não sirva apenas como uma elucubração operativa do sentido semântico da norma jurídica. Isto facilitaria, em outro nível, a reivindicação legítima do direito interno a partir de uma relação identitária com direitos humanos provenientes, faticamente, de uma ordem internacional.

Assim, a hipótese aqui conduzida refere-se, pois, ao ponto em que o aparato comunicativo conceitual característico à ciência jurídica não se torna capaz de sintetizar a significação originária dos direitos humanos para a prática social do direito sob o ponto de vista da sua cotidianidade ético-existencial. Para a ilustração disto um exemplo é contundente: a própria noção de universalidade, quer dizer, de direitos humanos universais e transcendentais à soberania de estados nacionais se obscurece facilmente quando compreendidos apenas pela instrumentação conceitual comum à tradição

essencial da identidade pelo pensamento se deixa realizar um dia? Precisamente pelo fato de esta penetração exigir um salto, ela precisa de seu tempo, o tempo do pensamento, que é bem outro do que aquele do cálculo que hoje em dia, por toda parte, mantém tenso nosso pensamento.”

⁴⁶ Kelsen, Hans. CAMPAGNOLO, Umberto. *Direito Internacional e Estado Soberano*. – São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 130-132. A tarefa conceitual do Direito Internacional ainda enfrenta problemas quando, por exemplo, se depara com a rigidez conceitual da Soberania. Kelsen e Campagnolo debatem, por exemplo, sobre a “existência” ou não do direito internacional frente à exigência de unidade do ordenamento a partir da idéia de Soberania. Direitos Humanos, portanto, se compreendidos pelo *solus ipse* que produz metafisicamente discursos jurídicos, tem muito a perder enquanto um acontecimento paradigmático para a expansão temática do conhecimento jurídico.

discursiva de *um* pensamento estritamente jurídico⁴⁷. Os raciocínios aporéticos emergiriam, pelo mesmo exemplo anterior, quando da operação conceitual não justificada de noções e categorias abstratas a partir de uma ordem normativa que se pré-admita dualista como oposição a uma ordem monista. Nesta operação, as categorias do Direito Internacional Público se mostram insuficientes para a determinação de intuições originárias que serviriam como a condição legítima para a compreensibilidade cotidiana *de* direitos humanos ou por aquilo que, metafisicamente, se reconhece como sua substancialidade ética consensual na vida mundana.

De qualquer modo, com relação ao substrato representativo das matérias dogmáticas – como no caso do Direito Internacional Público – ainda seria simplista transferir os impasses provenientes das soluções categoriais ao que, metodologicamente, chamaríamos de Teoria do Direito, Teoria dos Direitos Humanos ou à própria Filosofia do Direito – tal não se sugere aqui⁴⁸. Se os problemas apresentados não se resolvem com voluntarismos lingüísticos ou semânticos, teriam, pois, muito menos chance de serem solucionados apenas por transferências metodológicas ou didáticas.

Como já ressaltado, não se trata, pois, de um debate da erudição – como se as aporias do raciocínio jurídico só pudessem ser resolvidas através de transferências metodológicas. Trata-se, sobretudo, das possibilidades dialógicas imanentes à prática social do direito, quer dizer, a proposta do diálogo – pelo *logos* da linguagem – deve estar voltada para a existencialidade ética de qualquer intérprete e, portanto, do ser humano compreendido não apenas como destinatário normativo, mas como produtor comunicativo da significação epocal *de* direitos humanos a partir do *pragma* de práticas conversacionais que se tornem eventos de interpretação. Isto porque direitos humanos

⁴⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p. 19-160. Se quisermos falar em um pensamento estritamente jurídico proposto pela teoria do direito, a obra de Bobbio é um exemplo contundente de uma gnoseologia lógico-formal da dinâmica jurídica. Tal pode ser exemplificado nas ideias de “unidade” e “coerência” de um ordenamento jurídico abstratamente pré-concebido em uma *forma*.

⁴⁸ GUASTINI, Ricardo. *Distinguendo – estudos de teoria y metateoria del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 16-28. Para Guastini “La TD [teoria do direito] es, según la forma más común de concebirla, una parte de la FD [filosofía do direito]. De todos modos, no es fácil establecer exactamente cuál es esa parte.” Todavia, “el derecho es también objeto de análisis de la llamada ciencia jurídica (dogmatica, doctrina o incluso jurisprudencia en el sentido originario de *scientia iuris*)”. Ressalte-se, com isso, a dificuldade para se proceder, teoricamente, a qualquer separação escolástica do conhecimento jurídico. Tal dificuldade permanece quando se pensa sobre o lugar da Teoria dos Direitos Humanos.

tratam, no mais, de *uma* (nossa) destinação cosmopolita, quer dizer, de todas as potencialidades comunitárias já compreendidas enquanto desenvolvimento ontológico do *anthropos* na forma de seu projeto, fim e realização unívoca. Com isso, não seria mesmo ousado dizer que é o desenvolvimento de uma unidade eticamente concebida que, afinal, é garantido pelas declarações do século XX.

Portanto, se refutamos as estratégias de análise lingüísticas e as transferências metodológicas como as melhores vias de resolução dos impasses conceituais provenientes da operação solipsista de categorias formais do raciocínio estritamente jurídico, precisaríamos refletir mais sobre o que se quer dizer com uma possível intuição originária disposta para uma compreensão cotidiana *de* direitos humanos. Para não recairmos naquilo que de antemão excluímos, podemos dizer, sem qualquer hesitação, apenas sobre o que a intuitividade não diria respeito, quer dizer: (i) não se trata de qualquer disposição subjetivista da filosofia, ou seja, como já ressaltado, não é uma discussão sobre a re-ordenação epistemológica do direito a partir da tradição da filosofia da consciência e por sua degeneração solipsista; (ii) ao se falar em uma intuição primeira para a cotidianidade de intérpretes “jurídicos”, não se quer sugerir, com isso, qualquer tipo de utilitarismo retórico voltado para perfis abstratos de um sujeito prático-profissional.

Assim, a investigação por possíveis intuições para a prática jurídica parte, pois, de um esteio objetivo: os direitos humanos vinculam-se – inevitavelmente e por sua própria razão de ser – às vivências imediatas de juristas e de outros intérpretes que não devem ser vinculados ao perfil do que a cultura vem, anacronicamente, moldando como o papel de um jurista científico. Tal argumento se justifica, ademais, pela própria universalidade dos direitos humanos que deve ser compreendida a partir de reflexões que ultrapassem a operação categorial de seu sentido, mesmo em discursos que se queiram estritamente jurídicos⁴⁹.

⁴⁹ PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do Direito*. – São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 133-135. Palombella atenta para a inspiração estatalista, legalista e formalista da doutrina publicista alemã que se consolida em meados do século XIX. Na doutrina do Estado a idéia positivista da pureza se estabelece muito antes de Kelsen. Assim: “o afastamento entre aspecto formal e aspecto substancial da lei possibilita assim atribuir o selo da juridicidade”. Disto decorre uma transformação profunda no conceito instrumental da Soberania, “que passa a ser progressivamente e de fato atribuída ao Estado e não diretamente ao povo”. Destarte, pode-se dizer que as ideologias e a epistemologia que possibilita a rigidez

Isto quer dizer, enfim, que o elemento universal dos direitos humanos não pode ser operacionalizado tão-somente a partir da fala terminológica e da operação categorial: sua significação remete, pois, ao esteio antropológico que sugere a possibilidade imanente da unidade, ou seja, do homem cosmopolita como homem comum e como desenvolvimento de sua própria temporalidade e ontologia – o ser não mais naquilo que “é”, mas como projeto solidário do “poder ser” daquilo que “sou” como ser-com (*mitsein*) determinado em bases cotidianas.

Os problemas da operacionalidade representativa da linguagem jurídica é aqui ressaltado, então, para apontar os déficits que podem surgir quando da comunicação de conteúdos que proporcionariam a melhor interpretação e compreensibilidade de direitos humanos enquanto possível modo-de-ser da cotidianidade a partir de uma experiência contemporânea do justo. Sabe-se que o movimento histórico inicial destes direitos construiu a ideologia de que há apenas oposição entre o destinatário da norma com relação aos direitos do próprio Estado. Disto resultam dificuldades para a compreensão dos direitos humanos na forma de uma possível cotidianidade entre partes politicamente isonômicas e como projeto para o melhor direito, quer dizer, para o direito contemporaneamente mais justo.

Pode-se assim admitir que os problemas provenientes da compreensão dos direitos humanos apenas pelas categorias tradicionais do pensamento jurídico tem como causa primeira a sua própria ideologia inicial enquanto normas de um direito básico, ou seja, apenas como um mínimo ético a ser observado, formalmente, por estados signatários e internacionalmente comprometidos. Deste modo, se nos utilizarmos somente da operatividade conceitual aplicável ao direito interno, corre-se o risco de representar a positividade destes direitos apenas como um sistema dinâmico de inclusão e exclusão de normas em uma relação problemática com o direito interno abstratamente concebido pela representação doutrinal.

Ressalte-se, contudo, que a proposta hermenêutica voltada a uma fundamentação dos direitos humanos a partir de sua validade ética não significa, por outro lado, qualquer retorno à epistemologia do direito natural, mas pretende, por seu turno,

do conceito não são capazes de proporcionar uma compreensão coerente para o significado de direitos humanos enquanto modo de ser fundamental do direito contemporâneo.

ressaltar a viabilidade de outras formas de representação fenomenológica da sistemática positiva de direitos humanos, dada a sua generalidade e significação histórica que se abre, pois, aos intérpretes, como possibilidade aberta de pensamento e discurso.

Deste modo, os direitos humanos significam, nesta proposta, mais do que *standards* normativos básicos; podem ser compreendidos, enfim, como uma síntese legítima dos conteúdos eidéticos do direito natural e da própria cultura positivista. Cabe, portanto, a todo interpretativismo, revelar, de modo intuitivo e rotineiro, a síntese entre a movimentação histórica e as possibilidades que a normatividade positiva provê para a interpretação da experiência jurídica enquanto vivência ético-existencial voltada para bens univocamente concebidos no legado da tradição e que se reinventam na regência da epocalidade promotora de nossa ontologia mais fundamental.

Isto posto, avancemos mais nesta temática: quais os contributos que a Hermenêutica, como pensamento filosófico, ainda pode conceder à prática interpretativa do direito no esteio de sua cotidianidade? Se com este questionamento e com os argumentos até agora aduzidos defendemos um discurso voltado para fundamentos, devemos assim desde já sugerir uma contribuição de grande monta para discursos cada vez mais coerentes e condizentes com o significado epocal dos direitos humanos: trata-se, pois, do papel que a Hermenêutica Filosófica – pela obra capital de Gadamer – assumiu no sentido de resgatar a conceitualidade do *sensus communis*, “retornando” assim o *modus* da interpretação jurídica à sua própria tradição humanista obliterada, ressalte-se, pelo tecnicismo dos cânones e da ciência jurídica moderna. Diante disto, argumentamos no tópico seguinte pela necessidade prática deste conceito humanístico ainda como hipótese a ser aplicada sobre o problema da representação discursiva do direito na forma deficitária de uma ciência abstrata do dever-ser normativo.

1.3. A restauração Hermenêutica do *Sensus Communis* como Fundamento possível da Prática Jurídica.

Mesmo com a inegável proeminência e prevalência de um discurso representativo, tal não nos impede de defender o argumento de que não obstante a transmissão tradicional que o discurso metafísico ainda opera – o que significa, ademais, a impossibilidade de uma desconstrução total – há ainda, diríamos, sendas abertas que, por meio da própria prática do discurso, se refletem na realidade do direito

como um ponto deficitário no modo da fala jurídica e no que ela pode significar enquanto via privilegiada para o *disclosure* hermenêutico da vigência ética que fundamenta o direito.

Assumimos o déficit como um problema na medida em que a linguagem jurídica pode – através do recôndito de sua disposição epocal – encobrir determinações ontológicas imanentes à prática social do direito, ou seja, o próprio discurso, mediante a ideologização que por ele se opera, passa a ser um dos fatores de velamento de realidades simbólicas que devem, de todo modo, ser questionadas em prol do desenvolvimento ético do constructo humano por meio de sua própria linguagem – ou seja, do *logos* no qual encontramos-nos imersos para um exercício autêntico de conversação e de expansões temáticas sobre aquilo que podemos conhecer a respeito do direito enquanto prática e realidade social.

Nisto encontramos o nicho interpretativo da questão: o que há na prática social do direito que mereça maior atenção, quer dizer, o que por ela se sugere para interpretações pragmatizadas acerca do estágio epocal de nossa convivência ética? A cotidianidade do direito pode nos dizer mais acerca daquilo que o homem almeja eticamente para si? Ao buscar responder a tais questionamentos a tarefa reflexiva do desencobrimento lingüístico-conversacional de realidades latentes passa a ganhar uma índole, diríamos, essencialmente hermenêutica.

Em vista desta proposta, temos então que o apelo dado ao discurso filosófico da desconstrução serve, ressalte-se, para colocar sob nossas práticas interpretativas alguns conteúdos que consideramos prioritários para novas falas que possam desvelar a prática social do direito em suas maiores contundências. Não que isto ocorra através de meras transferências metodológicas que de antemão relegamos como infrutíferas. Com isto queremos dizer, enfim, que a tarefa do desvelamento não é um privilégio exclusivo do pensamento hermenêutico que almejaria, com isso, reduzir o jurígeno à dinâmica filosófica do ocultamento-desvelamento do ser dos entes a partir de uma analítica existencial do ser-aí. Deste modo, mesmo que sejamos conduzidos pelo *turn* que tal modo de reflexão representa para todas as *Humaniores*, deve-se de todo modo defender a idéia de que o alcance dos significados existenciais do direito deve ganhar mundo

através das práticas interpretativas e conversacionais conduzidas pelos partícipes mundanos de sua realidade cotidiana.

Repetimos, com isso, que para além de uma ideologização abstrata e inócua de conteúdos representativos da normatização política e jurídica do mundo da vida, da vivência; o discurso jurídico – quando retomado em suas potencialidades lingüísticas e conversacionais – pode assim lograr corresponder a um diálogo produtivo da compreensão prático-social do direito, ao mais: daquilo que tal prática simboliza – significando – para questões pragmáticas que, mesmo a despeito de seu *pragma* cotidiano, nunca perdem o elo com as grandes aberturas existenciais – ontológicas – que se sugerem no desvelamento hermenêutico de nossa epocalidade.

Por tal justifica-se, então, qualquer discussão sobre os significados que surgem do que aqui vamos aduzindo como uma “cotidianidade” característica à ontologia contemporânea do direito. Pela linguagem do primeiro Heidegger diríamos ainda: da “ocupação” mundana que o direito representa para homens comuns, ou se quisermos – politicamente – para cidadãos na forma pensada, por exemplo, por Peter Härbele: o *ethos* da prática social do direito a partir de uma comunidade factual de intérpretes voltados para os significados múltiplos que se operam na sistemática dos direitos constitucionais. Há, sem dúvida, um aspecto; ou melhor, uma realidade cotidiana no próprio direito que, assim pensado, passaria a corresponder à sua realidade mais contingente; aquela mesma que, no mais, pode desaparecer quando seu discurso se volta apenas para as abstrações e algoritmos da lógica formal do dever ser normativista. Perde-se, pelos fetiches do raciocínio jurídico, a possibilidade em legitimarmos e justificarmos o direito em prol daquilo que sua índole prática pode significar para a compreensão e mesmo para modos mais felizes – ou eficazes – de uma convivência ética temporalmente legitimada.

Deste modo, qualquer reflexão minimamente existencialista já nos apontaria o déficit que acima consideramos: o *logos* que se desenvolve a partir da ideação que fazemos da realidade e do *ethos* pragmático do direito deve voltar-se para expansão da linguagem jurídica sobre novas temáticas e articulações epocalmente necessárias. Tal é obliterado, todavia, quando o discurso jurídico assume um papel que nunca foi seu: o de auto-qualificar o direito – através do tipo de formação imposta, por várias razões, ao

jurista – como um modelo absolutamente identitário à ciência moderna, embora não o seja de fato – pelo menos não completamente.

Ora, é corrente a discussão a respeito das transposições impróprias que através do modelo exitoso das ciências modernas se imbricam ao direito como um mecanismo retórico de designação e de um tipo de discurso. Todavia, a imposição dada ao direito como se fosse, absolutamente, um discurso rígido da ciência torna-se rarefeito quando confrontado com realidades patentes cujas quais não lograria abarcar e nem mesmo descrever em seu discurso; de modo que, contemporaneamente, as transposições dos modelos daquilo que Gadamer, na *Verdade e Método*, aduz como *naturwissenschaften* – as ciências naturais – tornam-se nada mais do que metáforas, doutro modo: nada mais do que circunlóquios sofisticados de discursos que almejam o *status* político daquilo que se aceita como doutrina e representação científica do direito.

Aliás, cabe desde já ressaltar, que no interior de qualquer discussão a respeito da qualificação do discurso jurídico – sobre aquilo que ele simboliza pragmaticamente para o direito –, verifica-se um problema muito pouco confrontado, a saber: o do predicado problemático da doutrina com relação ao discurso jurídico e à sua disposição perante a realidade ontológica do direito como um “em sendo” simbólico.

É fácil aperceber-nos do fato de que, na fala corrente do direito, doutrina, opinião, pesquisa e o próprio valor de verdade se confundem mutuamente embora possuam valores pragmáticos diferenciados. Havemos, nisto, um problema na medida em que o valor da linguagem jurídica, quer dizer, da fala que constitui e lega significado à prática social do direito se perde facilmente na nebulosidade semântica destes modos de discurso jurídico. Tal problema se caracteriza, ainda, por ser uma das possíveis causas de opiniões melancólicas do tipo que aduz que a interpretação doutrinal é a dos juristas que analisam a lei à luz de conhecimentos técnicos como uma autoridade privilegiada da interpretação.

Há, nas premissas de tal argumentação, sem dúvida, um exemplo de pré-juízo que, por sua significação, desqualifica o desenvolvimento temático-filosófico da linguagem jurídica no seu valor de verdade, oportunidade e correspondência ao tempo – algo que qualquer outro tipo de comunicação político-jurídica deve afinal almejar. Vemos, neste exemplo, um impasse, na medida em que se politizando subliminarmente

a linguagem doutrinal verificamos, com isto, certa desconsideração a um dos aspectos mais admiráveis na ontologia mais fundamental do direito: o seu *ethos* de conversação, seu caráter interpretativo de opinião cotidiana que, mesmo partindo inicialmente de ânimos políticos, psicológicos ou subjetivos, ainda pode almejar a objetividade de uma linguagem que esteja apta a tematizar novas tópicas, novos vértices que, em sendo admitidos, expandem a linguagem jurídica por seu próprio *logos*. Há nisto, diga-se, a possibilidade concreta do desvelamento, ou seja, do desencobrimento da realidade prático-social do direito, que visa, de *per se*, o esclarecimento comunal de sua própria cotidianidade.

Frente ao problema da falta de um estatuto ontológico realmente condizente com o que a doutrina é de fato, o relevo dado ao solo existencial – que epocaliza o direito naquilo que é em sua realidade mundana – se justificaria, então, pelo fato pressuposto de que atitudes de interpretação fundamentam ontologicamente a cotidianidade dos sujeitos concretos do direito, quer dizer, dos intérpretes factuais de sua realidade ultimada, melhor dizendo: daquilo que, sob várias determinações, se dispõe na prática jurídica enquanto algo e dado do mundo – como um modo-de-ser afinal *para* o cotidiano e não apenas em função da discursividade que sustenta o direito como mais um faculdade característica das *Humaniores*.

Neste sentido, assim podemos resumir o que vamos destacando como um problema contemporâneo do discurso jurídico e disto partimos para aventar alguns dos contributos do pensamento hermenêutico em prol da concepção de novos constructos simbólicos. Com isso dizemos que o modelo transcendental que se dispõe a justificar a neutralidade precária do discurso positivista deve – porque pode – ser entrecortado, gradativamente, pela existencialidade intuitiva de sujeitos concretos que logrem falar, legitimamente, *pelo* e *para* o (um) direito mais justo. De outro modo, é dizer que as premissas discursivas da neutralidade – que ainda se remetem às mitologias não justificadas de posturas gnosiologicamente imparciais – podem – porque devem – ceder espaços para toda simbologia que remete aos *valores contemporâneos do justo* já que tais valores podem, contudo, ser estranhamente deslocados a partir do próprio mito de imparcialidade transmitido no discurso tradicional de juristas científicos mediante a linguagem positivista que a justifica. Deste modo, a abertura temático-filosófica da intuição, da linguagem que dela pode legitimamente surgir, emerge, deste modo, como

uma possibilidade aberta de compreensão dos condicionamentos originários que, na qualidade de fundamento, determinariam mundanamente toda fala que se pretenda juridicamente mais justa até mesmo quando estas estiverem, eventualmente, ligadas às concepções positivistas⁵⁰ e prático-profissionais do direito.

Metodologicamente dizemos, pois, que há, certamente, inúmeras razões que poderiam justificar a investigação pela validade das intuições a partir de seu princípio hermenêutico e não apenas pela abordagem metafísica de sua manifestação em um pensamento transcendental e deslocado de uma analítica existencial. Uma das razões é a de que toda realização de interpretações já traz consigo, de modo inevitável, a intuitividade rotineira do intérprete⁵¹ como um modo constituinte de seu agir no mundo. Isto se torna temporalmente relevante porque as intuições expressam, por múltiplos aspectos, todo o *sensus communis* que qualifica, ontologicamente, o que temos chamado de cotidianidade do direito a partir de interpretações corriqueiras: há, neste sentido, significações jurídicas imanentes que se movem criativamente em um mundo da própria vivência a despeito ou em função da coercividade de alguma(s) norma(s) jurídica(s). Noutra sentido, a intuitividade corriqueira que, como prática existencial, passa a expandir o significado contingente e pragmático da vigência normativa, também condicionaria, já em um nível conceitual, as tentativas que o discurso jurídico deve empreender rumo à compreensão do significado epocal do direito e, principalmente, dos direitos humanos enquanto uma das linguagens contemporâneas da própria justiça e de sua tradição.

⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997. p. 22. Interessante a crítica de Dworkin sobre os limites do modelo de regras para a melhor compreensão da prática do direito a partir de outras nuances – como a dos princípios éticos imanentes e de fundo comum aos intérpretes prático-profissionais. Incisivamente afirma Dworkin: “I want to make a general attack on positivism, and I shall use H. L. A. Hart’s version as a target, when a particular target is needed. My strategy will be organized around the fact that when lawyers reason or dispute about legal rights or obligations, particularly in those hard cases when our problems with these concepts seem most acute, they make use of standards that do not function as rules, but operate differently as principles, policies and other sorts of standards. Positivism, I shall argue, is a model of and for a system of rules, and its central notion of a single fundamental test for law forces us to miss the important roles of these standards that are not rules”.

⁵¹ RICOEUR, Paul. *Les Conflits des Interprétations – essais d’hermeneutique*. Paris: Éditions du Seuil, 1969. p. 20 - 21. A linguagem deve ser referida à existência: o cogito deve recorrer à hermenêutica para que a reflexão, como apropriação intuitiva, transpareça como nosso esforço para “existir”.

Neste último caso, a necessidade em se investigar a respeito dos contributos hermenêuticos da intuição se justifica como modo de transgressão à abstração descritiva do discurso positivista, quer dizer, do desenvolvimento discursivo de direitos humanos apenas por sua suposta correspondência semântica junto à literalidade normativa de outras épocas e civilizações⁵².

Neste sentido, a convalidação teórica de intuições – hermeneuticamente consideradas como linguagem intersubjetiva de um *sensus communis* – contribuem, pois, para que através da interpretação e da força legitimatória pressuposta nas convicções éticas que por ela se sugerem; se possa, com isso, decifrar o código hermenêutico simbolizado pelo significado existencial que a emergência dos direitos humanos oferece para qualquer interpretação voltada à validade ética de práticas sociais⁵³ e jurídicas em um mundo da cotidianidade. Tal se daria, ainda, no esteio de uma filosofia não-metafísica do cotidiano da convivência mundana mediante outras ontologias para o que abstratamente se conceitua como “direito”. Antecipe-se uma delas: o direito pode ser, contemporaneamente, um significante para a projeção ética identitária da convivência de um homem autônomo porque comumente disposto ao mundo. Tal se disporia, para mais além, como uma razão humanista segura para qualquer pensamento sobre um ser-aí cotidiano que fuja ao *nihil* da pureza ontológica, mas que, por outro lado, também não se transforme em mero *accountability* existencial.

⁵² Quer dizer, a correspondência semântica do conteúdo literal das declarações de direitos humanos com os textos legais a partir de uma história objetiva de direitos “positivos” (validados pelo poder oficial) não justifica plenamente a necessidade, ou mesmo a necessidade de direitos humanos para o Tempo. A razão de ser – como significado – de direitos humanos passa por aquilo que sua ex-surgência sugere hermeneuticamente para o tempo de gerações de intérpretes. Há, portanto, conteúdos ou dados epocais em seu acontecimento que legam outros significados à (con)vivência de um homem contemporâneo .

⁵³ DWORKIN (1997). p. 52-53. “Roughly, constructive interpretation is a matter of imposing purpose on an object or practice in order to make of it the best possible example of the form or genre to which it is taken to belong (...) The constructive account of creative interpretation, therefore, could perhaps provide a more general account of interpretation in all its forms. We would then say that all interpretation strives to make an object the best it can be, as an instance of some assumed enterprise, and that interpretation takes different forms in different contexts only because different enterprises engage different standards of value or success”.

Ao trespassar os pressupostos transcendentais das filosofias subjetivistas,⁵⁴ as construções éticas de sentido – permitidas e expressas pela linguagem de uma intuitividade existencial – mostram-se, pragmaticamente, como um fundamento disponível à reconstrução do significado dos direitos humanos a partir dos fundamentos humanistas de um *sensus communis* apto a legitimar a contingência jurídica através de seu cotidiano interpretativo. Aqui, para mais do que uma inter-relação cotidiana dos sujeitos da interpretação, o *sensus* do que é comunal, torna-se, por sua própria realidade, a direção ética que congrega a idéia de comunidade em um projeto comum e politicamente reconhecível em prol de diálogos voltados a discussões de bens éticos. Nada mais oportuno, neste momento, do que então seguir a ideia habermasiana⁵⁵ de que a vivência democrática – aqui de antemão sugerida – deve pressupor a construção formal de elos comunicativos para aqueles que buscam dizer algo através de uma fala comunal e projetada para uma identidade democrática e comunitária.

Mesmo assim, atente-se que, contraditoriamente, todas as possibilidades de argumentação ética – que logrem afinal revelar os sentidos determinantes da realidade comunitária – confrontam-se, de modo problemático, com encobrimentos conceituais frutos da ideologização representativa de uma, diríamos, “gnose” dos direitos humanos enquanto um evento político meramente contingente e, como ressaltado, como mero resultado formal de uma movimentação histórico-evolutiva de direitos positivos internacionais. Diga-se, frente a isto, que nada mais inapropriado do que se interpretar direitos humanos por parâmetros positivistas e canônicos. Contudo, devemos ainda nos perguntar: por que o processo de ideologização epistemológica de direitos humanos torna-se, afinal, um problema a ser enfrentado pela prática jurídica através de um *ethos*

⁵⁴ KAUFMANN, Arthur. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. P. 39. Kaufmann procede a uma distinção didática e esclarecedora sobre as disposições históricas da filosofia, tal qual se dá em uma filosofia do objeto, uma filosofia do sujeito e a filosofia existencialista. Sobre a filosofia do sujeito, destaca-se seu caráter de “decadência”, quando “o ser é qualificado como um produto da consciência” – uma chave para se entender as repercussões negativas do solipsismo jurídico.

⁵⁵ RORTY, Richard. *Grandeza, profundidade e finitude* In: *Filosofia como política cultural*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 136. Para Rorty “concordar com Habermas que a razão comunicativa e dialógica em vez de centrada no sujeito e monológica é substituir a responsabilidade para com um padrão não humano por uma responsabilidade para com outros seres humanos. É baixar nosso olhar só incondicional sobre nós para a comunidade em torno de nós (...) ela nos ajuda a nos limitar às esperanças de sucessos pequenos, finitos e transitórios e a desistirmos da esperança de participação em uma grandeza duradoura”.

interpretativo voltado, de todos os modos, para a legitimidade da intuição enquanto determinação vivencial daquilo que se mostra como um direito mais justo?

Sabe-se que a gnoseologia da positividade das declarações atrela-se, em seu discurso descritivo, aos aportes representativos e categoriais da ciência jurídica; esta que, por seu constructo discursivo, comunica conceitos e concepções especulares a partir da representação de parte da vigência jurídica formal. Sabe-se ainda que a representação ideológica destes direitos condiciona-se, por motivos contraditoriamente “não-gnosiológicos”, a uma clave hermenêutica de conservação temática que provém, mormente, da própria teoria do direito em sua relação utilitária com a soberania daquilo que se conhece por direito positivo interno, ou seja, do direito proveniente da legislação soberana de cada estado-nação. Esta tendência – própria ao discurso jurídico positivista – pode ser encontrada, facilmente, em conceitos tradicionalmente “ideologizados” na discursividade do direito, tal como ocorre com o conceito formal de estado e de soberania que, afirme-se, se mostram “intocáveis” tão-somente por razões políticas embora sejam “cientificamente” justificados no próprio constructo ideologizante dos conteúdos jurídicos. Desta maneira, a construção de todo o *eidos* que qualifica a formação gnosiológica do jurista científico passa a se transmitir através de uma tradição conformada no próprio discurso; este que, por sua vez e sob várias razões, procura conservar-se sutilmente no imaginário cotidiano do direito, quer dizer, na formação pré-conceitual dos intérpretes atuais de sua prática social como se fosse, digamos, uma “ontologia oficial” e, ainda, como um tipo de fundamento inconcusso para todo tipo de interpretação e justificação corriqueira.

Não obstante, pode-se dizer que, inicialmente, não haveria nestas constatações qualquer “problema” se a isto opuséssemos, por exemplo, qualquer déficit de representação ou, mais ousadamente, se a elas opuséssemos a perda gradual da sofisticação conversacional que prestigiaria a *bildung* característica ao modo de ser do jurista, quer dizer, daquele que lida com leis e, por conseguinte, com a própria fala do Estado. Há problema, todavia, na medida em que o próprio discurso jurídico passa a dificultar a autonomia dos intérpretes e o desenvolvimento de novas tópicas e interpretações devido à imposição sutil de preconceitos que, a partir de estruturas ônticas pré-admitidas, limitam a expansão temática da linguagem jurídica e, por conseguinte, o agregamento de outras falas determinadas em um ser-afé existenciário e

temporalmente situado. Fala-se aqui, portanto, sobre uma possível discussão voltada à própria comunicação do *logos* singular que deve informar linguagens universais, tal como ocorre na argumentação por/em direitos humanos. Isto porque ao contrário do que se pode pensar de início, a linguagem universal dos direitos humanos não visa um projeto grandioso e utopicamente destrutivo, mas visaria, sobretudo, a reafirmação cotidiana do direito através de seus próprios fundamentos. Valores como os de liberdade, igualdade, tolerância, alteridade, vida privada concernem, pois, ao próprio respeito à imagem que o ser humano vem fazendo de si mesmo ao longo do tempo. É neste sentido que estes direitos ganham uma base existencial e cotidiana já que tais valores não são transcendentais, não se alocam em uma *grundenorm*; são, ademais, resultados do constructo político vivencial que o homem vem fazendo de si: a pretensão dos direitos humanos não é grandiosa nem utópica.

Com isso, pergunte-se: o modo positivista da “fala” sobre o direito possui condições de, por seu turno, compatibilizar a rotina, o cotidiano de sua prática social ao Tempo que fundamenta a *actualitas* do direito enquanto disposição ética do bem, quer dizer, naquilo que há de melhor *no* e *para* a autocompreensão do homem por intermédio do *sensus communis*?

Se com isso afirmamos que o discurso que tradicionalmente confere a comunicabilidade do direito enquanto um âmbito privilegiado das *Humaniores*, não apenas pela antiguidade de sua gnose por intérpretes oficiais, mas, mormente, pelos resultados práticos que conferem à convivência humana eticamente mediada em uma história; verificamos, nesta discussão, um problema concernente, ademais, à Hermenêutica⁵⁶ e não apenas às tópicas da epistemologia jurídica. O *ethos* hermenêutico da questão é constatado na medida em que as próprias ideologias do discurso jurídico passam a dificultar – sob sua matriz hermenêutica e lingüística – a melhor interpretação do direito, quer dizer, as interpretações voltadas a desvelar (*disclose*), de modo

⁵⁶ PALMER, Richard. E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1969. p. 43-54. Palmer reconhece seis definições modernas de Hermenêutica; topicamente, a hermenêutica se definiria como: i) teoria da exegese bíblica (Danhauer); ii) metodologia filológica (Wolf e Ast); iii) ciência da compreensão lingüística (Schleiermacher); iv) base metodológica das *geisteswissenschaften* (Dilthey); v) fenomenologia do *Dasein* e da compreensão existencial (Heidegger e Gadamer); vi) sistema de interpretação (Ricoeur). Não há uma definição absolutamente estanque já que todas elas se correspondem. Todavia, conferimos maior relevo à definição hermenêutica na linha de Heidegger e Gadamer.

politicamente reconhecível a distribuição vivencial de falas democraticamente dispostas no mundo ético da convivência.

Aqui, novamente, concordamos com a ideia habermasiana de que é possível estabelecer – intersubjetivamente – condições procedimentais para uma interação comunicativa que possa se estruturar democraticamente, embora sem que, com isso, percamos de vista o *ethos* hermenêutico da questão: por mais platônico que possa parecer, o *turn* filosófico-hermenêutico quando voltado para a consideração existencial daqueles que constroem o discurso jurídico mediante falas cotidianas (*vis a vis*), passa a contribuir – sob modos sutis embora eficientes – para que o espectro legal da linguagem jurídica flexione outros significados através do desdobramento hermenêutico de seus significantes; de suas categorias, dos elementos que, refletidos por seu próprio constructo tradicional, possam, deste modo, se expandir em prol da legitimação da contingência jurídica em face de valores contemporâneos de justiça e daquilo que pragmaticamente se reflete como uma discussão situada e não-metafísica do justo.

Tal é possível porque a linguagem universal que fundamenta a eticidade imanente do direito pode, por sua generalidade mesma, *ex-pôr* o direito positivo ao seu melhor, ou seja, àquilo que as próprias declarações de direitos humanos sugerem em sua literalidade simbólica. A defesa do nicho hermenêutico da questão se fortifica ainda mais através da constatação de que o *symbolon* intermediado na própria literalidade destes direitos está disposto, simultaneamente, tanto como *jus positum* quanto por um pensamento natural voltado factualmente à convivência ético-epocal de um homem planetário que possa enfim ser compreendido no que nele emerge, idealmente, como uma projeção ética comum e correspondente ao solo existenciário da epocalidade do ser-com. Neste sentido, o movimento histórico da declaração de direitos humanos sugere, por si só, novos significantes para o delineamento epocal do que é direito na movimentação temporal da convivência humanos. Se falamos então em “significado”, nada mais oportuno do que se situá-lo sob o aspecto hermenêutico-filosófico da apropriação do que se transmite simbolicamente através da tradição, no caso, a tradição de nosso próprio *sensus communis*.

Certificamo-nos ainda mais da existência do problema até aqui delineado na medida em que admitimos a premissa de que a representação de alguns conceitos e

categorias tradicionais – por meio de um legado retórico conservativo – aguça, ainda mais, a tensão formal que pode haver quando do cotejo interpretativo destes conceitos junto às noções éticas universais que conformam a linguagem de direitos fundamentais e de direitos humanos. Afinal, como pensar conceitos fixos, quer dizer, que não possibilitam, muitas vezes, o desenvolvimento enunciativo das interpretações – como no caso da soberania – aliando-os, de modo não contraditório, a idéias presentes no próprio texto constitucional como se verifica nos princípios constitucionais da “prevalência dos direitos humanos”; da “defesa da paz” e da “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade?”. Isto nos leva à conclusão provisória de que, diante desta problemática, apenas uma postura interpretativista pode lograr conciliar, em uma unidade ética não contraditória, a rigidez conceitual das teorias representativas do direito – ciência jurídica – e o que se projeta em interpretações teleologicamente voltadas para o desenvolvimento conceitual do bem e para a liberdade do homem enquanto um devir e um projeto planetário.

Deste modo, aliás, poderíamos então pensar em uma possível conciliação contemporânea do conhecimento jurídico com todo o legado determinado na tradição das *Humaniores*, mesmo que partindo de metódicas voltadas “prioritariamente” para o direito vigente, quer dizer, para a fala da oficialidade esteticizada no positivismo; melhor dizendo: através da tendência publicizante⁵⁷ que se conservou, tematicamente, nos fundamentos designativos da linguagem jurídica doutrinal, embora isto nos pareça ser, contraditoriamente, uma das causas para o aparte gradual do direito com relação aos seus fundamentos ontológicos; fundamentos tais que o vinculam, de todas as formas, às *Humaniores*, ou seja, às suas determinações originárias que se renovariam em um pensamento hermenêutico – e contemporâneo – do direito: o giro que nos referimos ganha assim o sentido do *re-turn* ontológico do direito enquanto um *em sendo* naquilo que ele sempre foi.

Para mais, a tensão que emerge do cotejo interpretativo de falas positivistas com relação à projeção unitária e universal do direito simboliza – através do que vem sendo

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009. p. 13-31. Bobbio reconhece a tendência publicizante das doutrinas jurídicas – principalmente as do século XIX – que a assumem como uma categoria *a priori* de qualquer conhecimento jurídico.

declarado como direitos humanos – a possibilidade da guinada (*kehre*), quer dizer, do retorno possível da prática social do direito às suas determinações ontológicas mais originárias e autênticas. O interpretativismo deste modo contribui com a expansão necessária da linguagem jurídica rumo à universalidade democrática já em um sentido absolutamente humanista e não como operação categorial do que se admite dificilmente como universal e particular. Tal contribui, ademais, para a superação da fala transcendentalizada de um sujeito gnosiológico formalmente disposto a operar, semanticamente, conceitos e categorias ideologizadas que, como dissemos, dificultam a compreensão de novos significantes para o direito, dificultando, também, a tarefa do desvelamento cotidiano do significado de direitos humanos a partir de sua linguagem universal. Daí a necessidade de direitos humanos a serem interpretados e “encontrados” por uma disposição hermenêutica adequada à realidade massificada do direito contemporâneo. Tal urge já ocorrer em fatos corriqueiros, ou seja, na rotina do que se concebe atualmente por meio de uma prática jurídica comum e factualmente disposta enquanto a “realidade” mesma do direito em sua expansão deontologicamente auto-referenciada.

Para mais do que um problema formal posto à coerência da linguagem do direito, a tensão que se assoma entre o que é tradicionalmente ético e o que é tradicionalmente jurídico, tem como resultado negativo a conformação política de preconceitos que, felizmente, *ainda* são de ordem apenas epistemológica, ou seja, provenientes de problemas que ainda podem ser resolvidos por pré-disposições interpretativas e não apenas por jusnaturalismo ou volições políticas nihilistas. De outro modo é dizer: há a permanente condição de possibilidade para conciliações não contraditórias através de interpretações condizentes à expansão da linguagem jurídica a partir de seus conteúdos ético-universais vigentes e literalizados na vigência formal do *jus positum*.

Deste modo, a expansão da linguagem jurídica através da instrumentalidade dos textos legais e da interpretação que deles rotineiramente se faz, pode lograr afinal preencher as fissuras abertas pelo déficit de legitimidade que há na totalidade do direito positivo, quer dizer, a argumentação ética ganha, com sua própria interpretação, um *locus* pragmático, sendo assim capaz de legar maior coerência a uma linguagem jurídica que deve, de todo modo, se dispor, cada vez mais, em função da integridade ontológica

do direito no tempo, melhor dizendo, no viés expansivo do conhecimento jurídico e, conseqüentemente, em prol de um discurso voltado para o que é eticamente melhor, quer dizer, para o que se auto-justifica por sua legitimidade imanente e auto-referente.

Nesta proposta, além de se determinar como sustentáculo da justificação ética da positividade contingencial do direito, a intuitividade ética – auto-legitimada – emerge como o elemento originário de interpretações voltadas à práticas sociais mundanamente dispostas para o que há de melhor no próprio direito positivo. Em sua vinculabilidade existencial; a intuição, e o que por ela se intui, podem ser compreendidas – no discurso hermenêutico – como o *disclosure* lingüístico mais apto a revelar o direito em sua apresentabilidade mais autêntica, quer dizer, a partir do *sensus* do que é comum à existencialidade cotidiana de seus intérpretes factuais.

No sentido estanque da ideologização positivista de direitos humanos, as intuições originais – como condição do desvelamento hermenêutico de significados imanentes – servem, pois, para reunir as separações categoriais em sínteses interpretativas que possam situar sujeitos concretos aos princípios existenciais que legitimam até mesmo a linguagem usada para representar, comunicando, argumentos e decisões vinculadas a parâmetros jurídicos, mas que se tornam factualmente válidas porque hermeneuticamente vinculadas a um *sensus* do que é comum – quer dizer, a um *sensus* ou sentimento reconhecível no *status quo* da ideação epocal, ou seja, daquilo que se dinamiza no político e se conserva legitimamente no jurídico.

Os argumentos até agora despendidos sintetizam-se na idéia de se poder situar, pela interpretação adequada, a própria fala representativa do direito já em função de sua realidade mais contundente, ou seja, daquilo que mesmo imerso no não-dito da fala, ainda logra determinar-se como condição de validade epocal – daquilo que o direito é, manifestamente, no feixe existencial da temporalidade. Há problematicidade, porém, quando os conteúdos éticos da contemporaneidade se imergem por conta das separações aporéticas do raciocínio e da lógica jurídica impropriamente manualizadas na interpretação da realidade⁵⁸ cotidiana.

⁵⁸ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. – 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 91. Perelman moderniza o conceito ao defender a singularidade de um “raciocínio judiciário”.

Viabiliza-se, com isto, a convalidação intuitiva dos fundamentos contemporâneos e concretos da justiça que, na expansão sócio-política da linguagem jurídica, se “positivam” enquanto vigência formal de direitos humanos e/ou direitos fundamentais. O que nos vem enquanto novidade deontológica do tempo pode e deve ser, portanto, compartilhado no próprio consenso formal da comunicação vigente a partir da proposta hermenêutica do desvelamento de significações imanentes, quer dizer, a partir do desencobrimento de possibilidades significativas por meio da intuição rotineira de intérpretes existencialmente dispostos em realidades contingenciais. Por este viés, a interpretação desencobriria, afinal, aquilo que se retém e se encobre no não-dito da representação formal de discursos jurídicos voltados apenas à reprodução da linguagem coerciva da norma e não ao desenvolvimento discursivo de sua legitimidade imanente, ou seja, daquilo que ela pode oferecer de melhor através da linguagem positiva do justo – do que é fundamento e princípio mesmo do direito positivo nas formas que passa a ganhar através da deliberação político-majoritária mais contingente.

Assim, de modo prolífico, o *sensus* mais legítimo de uma intuição ética legítima, reabre, no mundo, todas as significações imanentes que qualificam o *status quo* da vivência ético-epocal do ser humano enquanto univocidade presencial. Manifesta-se, deste modo, o sentido reconhecível – comunicável – da convivência humana que se esteia, pois, em uma unidade antropológica e não apenas transcendental da convivência ética. Tal se justifica, pragmaticamente, porque a revelação cotidiana destes fundamentos mostra-se inerente àquilo que a prática social e jurídica é ou pode ser pela via interpretativa de um direito factualmente mais justo ou, repita-se, como defende Dworkin⁵⁹, um direito exposto à sua melhor luz – quer dizer, ao que se revela como melhor, como bem ético auto-justificável na própria vivência comunal de intérpretes dispostos em práticas de conversação.

Contudo, por conta da distinção humesiana entre o ser e o dever-ser⁶⁰, deve-se ressaltar que a proposta até aqui aventada situa-se, pragmaticamente, neste segundo plano. Se defendemos a intuitividade enquanto elemento constitutivo da prática social

⁵⁹ DWORKIN (1997). p. 53.

⁶⁰ APEL (1994) *passim*. A necessidade de se levar em conta a distinção humesiana entre o ser e o dever-ser nas ciências sociais é uma idéia recorrente nos artigos colecionados nesta obra.

do direito, assim fazemos em prol de um pensamento voltado à possível expansão do processo de ideologização que se determina, inevitavelmente, no discurso sobre direitos humanos e que, por se manterem em uma tradição ética, devem ser apresentados – em discursos resolutivos – para além da representação especular de sua linguagem positiva tendo em vista a sua melhor justificação e comunicação em prol da integridade do direito a ser vivido por outras gerações.

2. *PHRONÉISIS* E HERMENÊUTICA: O DIREITO COMO FILOSOFIA PRÁTICA.

A proposta voltada para a justificação ética de interpretações a partir da positividade de direitos humanos em casos concretos possui, de qualquer modo, um substrato filosófico muito claro. Tal ocorre, em maior medida, pelo fato de que a linguagem ética destes direitos ainda se mantém naquilo que a filosofia antiga fundamentara como um tipo de *phronéisis*. Isto significa que a argumentação de direitos humanos, através de um pensamento ético torna-se, de todos os modos, uma filosofia (da) prática; quer dizer, da virtude que, como sabedoria, se amalgama no *modus operandi* da convivência epocal de seres eticamente dispostos em uma temporalidade não transcendental da vivência mundana. É neste esteio que, ademais, a idéia de uma intuição não transcendental, mas sim existencialmente disposta em bases cotidianas passaria a ganhar como que uma fundamentação hermenêutica.

Como filosofia prática disposta na intuição e no que chamaríamos de “sabedoria”, a linguagem ética humanista determina-se, nesta proposta, como um desdobramento lingüístico necessário de toda retórica representativa do direito positivo; passam a ser, afinal, a fonte contemporânea do *logos* da justiça enquanto linguagem auto-referente e como argumento pragmático de reivindicação e de decisões jurídicas.

Para a discussão corriqueira da legitimidade do direito positivo, os argumentos determinados pela tradição da *phronéisis* servem – em um sentido não utilitário – como a chave mais adequada de justificação pragmática da contingencialidade normativa, quer dizer, da facticidade temporalizada da norma jurídica na vivência mais imediata de seus intérpretes. No enalço do que aqui se diz e sob a intuitividade existencial dos que interpretam fatos e direitos literalmente dispostos, os argumentos que destacam o fundamento humanista do conhecimento e da prática jurídica devem ser vislumbrados – por sua necessidade perante o mundo da vida – como um referencial pragmático legítimo do que antes se considerava, na tradição, como valores formalmente transcendentalizados em uma “axiologia” cujo *logos* poucos ousavam desdobrar ou auto-referir a partir de discursos jurídicos corriqueiros.

Entretanto, ressalte-se: a sabedoria pragmatizada da filosofia prática (*phronéisis*) sustenta-se de modo mais loquaz em uma determinação filosófico-hermenêutica, quer

dizer, não se fundamenta tão-somente no procedimentalismo transcendental de uma razão prática⁶¹. A pergunta pelo que se deve fazer diante de uma situação humana; em um caso concreto de humanidade, ultrapassa, na proposta hermenêutica, a conformação procedimental de uma suposta ciência do dever ético.

Ao revés disto, aliás, a pergunta pela melhor solução, pelo que *se deve* fazer, possui, mormente, um sustentáculo existencial proveniente da experiência objetiva da vivência ou, na terminologia de Heidegger, das determinações do ser-aí fundadas em uma experiência do ser-no-mundo que, em sua qualidade de “fundamento”, passa a eivar de sentido reconhecível aquilo que se intui como melhor solução para situações que envolvam a evocação da autoridade normativa do direito positivo – tal é o *locus* onde a argumentação ética ganha sua forma pragmática, ou seja, na forma de complementação legitimatória da contingência normativa naquilo que se pode fazer como ação e decisão⁶².

Gadamer⁶³ restaura o sentido aristotélico da Ética ao afirmar que, em Aristóteles, a ética passa a ganhar o status de disciplina autônoma frente ao intelectualismo da filosofia socrático-platônica. Podemos mesmo ousar dizer que já na obra aristotélica – da *Ética a Nicômaco* – aquilo que se concebe como “bom” ganha sua humanidade definitiva a partir de um substrato antropológico: para Aristóteles a ética torna-se uma atitude firme do homem, quer dizer, imbrica-se, ontologicamente, ao exercício mundano do *ethos* que nos principia na convivência com outros. Com isso, há, na ética aristotélica, um apelo contundente aos resultados da ação humana na mundanidade do que seria, digamos, um ser-com-outros – que transparece, deste modo, como

⁶¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade* – vol. 1 – 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 17. Habermas, no início da obra, reconstrói a razão prática da seguinte forma: “a modernidade inventou o conceito de razão prática como faculdade subjetiva. Transpondo conceitos aristotélicos para premissas da filosofia do sujeito, ela produziu um desenraizamento da razão prática, desligando-a de suas encarnações nas formas de vida culturais e nas ordens da vida política. Isto tornou possível referir a razão prática à felicidade, entendida de modo individualista e à autonomia do indivíduo”.

⁶² PERELMAN, Chäim. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a Nova Retórica*. – 2ª Ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2005. Ressalte-se, aqui, a repercussão conferida à “decisão” na retórica formulada por Perelman.

⁶³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1999. p. 412.

fundamento da co-existência ética. Nada mais coerente, portanto, do que se pensar a disposição ética do *anthropos* – o reconhecimento que o homem faz de si mesmo pela convivência – a partir de uma filosofia voltada para as determinações do agir e do querer, tal como modernamente se verifica no pensamento de Hannah Arendt⁶⁴.

Em contraposição ao modelo aplicativo da subsunção positivista que, sem justificar eticamente as razões que levaram ao modo de operação fato-norma/norma-fato; o pensamento ético aristotélico, ao revés, – e transcendendo a formalização da consciência pela descrição lógico-formal – pressupõe consigo a facticidade histórica que, inevitavelmente, nos faz ser o que hoje somos devido ao que se *age* em uma convivência mundanamente concebida. Tal reforça a necessidade de que a cotidianidade do direito deve ser, de todos os modos, entremeada por argumentos cotidianos de justificação ética perante aquilo que se escolhe como parâmetro normativo de subsunção junto ao que também se escolhe como dado factual de correspondência silogística.

Deste modo, a operatividade do direito que, ressalte-se, nada mais é do que uma transposição discursiva do modelo representativo – tecnologicamente bem sucedido – das ciências naturais, carece, por aquilo que é na prática, de reconstruções pragmáticas que estejam aptas a justificar, corriqueiramente, a coercividade da norma pelo intermédio lingüístico e argumentativo de seus intérpretes. Há nisto uma necessidade premente não apenas em razão da cultura liberal que se transmite no *logos* político da interpretação em estados de direito, mas, sobretudo, em função do “desnaturamento” cotidiano da idéia sócio-política da lei na forma da inflação de textos normativos e do descontrole procedimental do que se provê substancialmente por meio de textos legais.

Daí, portanto, a necessidade cotidiana em justificar-se pragmaticamente aquilo que se evoca pela rotina do direito positivo sem que com isso haja necessariamente qualquer inobservância formal da lei. Destarte, almeja-se com esta idéia a adequação ética do que se decide na rotina mediante a pré-compreensão da integridade imanente do direito na forma de princípios “tradicionais”, mas que, por seu turno, ainda operam na práxis mais singela: não se pode ignorar o dado positivo da norma, mas; todavia, isto não impede que se possa enxergá-la sob outros matizes presentes na própria

⁶⁴ ARENDT (2008) p. 263.

conformação integral do direito positivo. Nada mais inocente do que pressupor, de antemão, a legitimidade *per se* do *jus positum*. Se o problema da legitimidade do direito positivo pode ser interpelado em atitudes interpretativas, tal acontece porque a interpretação mais adequada⁶⁵ ainda logra corresponder às imanências éticas presentes na integridade do direito na forma de princípios comumente aceitos e não “inventados” por reconstruções aleatórias.

O alargamento ético da argumentação jurídica realiza, por seu *ethos* de adequação, a integralização da contingência de uma decisão/argumento (parte) junto à integridade (todo) que fundamenta a legitimidade corriqueira do poder estatal enquanto coercividade estada em uma teleologia reconhecível em seus fundamentos. Tal exige, afinal, uma pré-disposição de um intérprete “oficial”, digamos, no sentido de que este se disponha a empreender reflexões intuitivas acerca do melhor que se pode fazer para um cotidiano que, por seu turno, já não mais se reveste de um caráter banal ou desprovido de significação. A particularidade do direito, melhor dizendo, de sua regionalidade, emerge, no cotidiano, enquanto sugestão hermenêutica daquilo que somos, hoje, pela convivência ética de um tempo simbolicamente gradativo, porém não metafísico.

Tal exigiria, de modo permanente, a validação daquilo que, por nossa vivência e *sensus communis*, exercemos através da intuição de algo – quer dizer: para mais do que uma aplicação ou subsunção não justificada de normas inflacionadas no todo da integridade deontológica do direito. A transposição de modelos discursivos característicos às ciências naturais não se coadunaria, afinal, com aquilo que a prática do direito exige no esteio da projeção interpretativa voltada para o bem ou, se quisermos, para aquilo que se mostra, “substancialmente”, como o melhor direito – o fundamento mesmo da rotina dos que trabalham com a instrumentalidade normativa.

Neste sentido, para além do fetiche estético da ciência jurídica, deve-se ressaltar que, de modo identitário, a mesma projeção já é intuitivamente realizada no cerne da cotidianidade mais contingente: mesmo a despeito de sua possibilidade tecnológica, o

⁶⁵ DWORKIN, Ronald. *Não existe mesmo nenhuma resposta certa em casos controversos?* In: *Uma Questão de Princípio*. – 2ª Ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2005. A proposta analítica pode ser insuficiente para certificar eticamente decisões naquilo que podem ser de “mais adequadas”. Entretanto, a mesma proposta torna-se útil para se chegar a outros modos de abstração de conceitos e produção de concepções entre aquilo que se tem para si, rigidamente, como Verdade e Falsidade.

direito, por sua realidade, ainda é uma manifestação comunal daquilo que se considera como bem ético, quer dizer, como o melhor factível da sociabilidade, embora disposto problemáticamente através da própria instrumentalidade do direito positivo, já que é por ele que pragmaticamente “falamos” do justo em suas bases reais e com força vinculatória.

Tal remete, ademais, a um problema característico dos impasses provenientes da tradição do discurso jurídico: trata-se, pois, do problema da “aplicação” da literalidade do direito positivo diante das contingências factuais do mundo da vida. A idéia de uma aplicabilidade normativa ainda se mostra como possível fonte de aporias quando é cotejada ao propósito da atitude interpretativa, esta enquanto forma de busca eticamente concatenada da melhor adequação do direito junto à temporalidade da convivência, algo que a mera aplicação aleatória de normas não logra alcançar de *per se*. Como ressalta Lênio Streck⁶⁶, ao contrário da concepção tradicional – de que interpretação e aplicação são realizadas distintamente, uma anterior à outra – aplicação e interpretação confundem-se, todavia, na unidade fenomenológica do direito enquanto realidade do ser e do ser-aí humano. Na discussão hermenêutica da ética, ao destacar a atualidade hermenêutica da filosofia aristotélica através da idéia de *phronésis*, Gadamer propõe uma discussão perspicaz sobre a possibilidade tecnológica do direito junto à necessidade de se compreender a condição ética que possibilita seu saber.

Há, todavia, no âmbito da interpretação e da produção cotidiana de discursos, uma resposta definida na própria filosofia socrática: a virtude (*areté*) não pode ser ensinada⁶⁷, quer dizer, não pode ser subsumida a qualquer projeção tecnológica do conhecimento jurídico enquanto uma linguagem – quisera – puramente ética. Sendo assim, como aliar, portanto, as conquistas metodológicas do saber construído pela ciência moderna – e, aqui, se fala, prioritariamente, sobre as repercussões tecnológicas desta metodologia para o estabelecimento de uma linguagem que representa,

⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. (2005) *passim*.

⁶⁷ GADAMER, Hans-Georg. *A Ideia do Bem Entre Platão e Aristóteles*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 157. “Indaga-se, todavia, se filosofia prática, da mesma maneira que qualquer ciência ou *tékhne* e no mesmo sentido, é ensinável. As circunstâncias se tornam ainda mais complexas ao vermos que Aristóteles contesta toda e qualquer utilidade prática à ideia platônica do Bem (...) Ele reivindica de forma patente que se fomente a própria *areté* por meio dessa instrução teórica. Isso é enfatizado nas três versões de sua Ética.

reproduzindo alhures, a coercividade vigente da norma – com a tradição ética transmitida na vivência cotidiana do direito por intermédio da intuição, boa fé ou volição moral de seus intérpretes?

Frente a isto, respondemos com Gadamer⁶⁸ que:

“Por isso o conceito de aplicação é tão problemático, pois só se pode aplicar o que já se possui previamente. Mas não possuímos o saber ético para nós mesmos de forma a primeiro possuí-lo para depois aplicá-lo à situação concreta. A imagem que o homem forma sobre o que ele deve ser, como p. ex., seus conceitos de justo e injusto, de decência, coragem, dignidade, solidariedade etc. (todos conceitos que têm correlato no catálogo das virtudes de Aristóteles) são, de certo modo, imagens diretrizes, pelas quais se guia. Mas há uma diferença fundamental entre elas e a imagem diretriz que representa, por exemplo, para o artesão o desenho do objeto que ele deve fabricar. Independentemente da situação que a justiça me exige, não é possível determinar, por exemplo, o que é justo, enquanto que o *eidos* daquilo que um artesão quer fabricar está inteiramente determinado, e quiçá determinado pelo uso para o que está destinado”.

Neste cotejo há, por um lado, uma tradição bem concatenada do que se *conhece* a partir do intermédio discursivo da ciência jurídica e, doutro lado, o vigor tradicional dos primados éticos que se antepõem a tal “conhecimento” na forma de fundamentos válidos que, no entanto, se velam e se obscurecem na própria *techne* que a ciência jurídica retém consigo sem ousar contestá-la. Deste modo, a tradição do conhecimento jurídico pode tanto obstar a transmissão adequada de conteúdos éticos através de interpretações contemporizadas a um caso, quanto pode reabrir ou expandir o *logos* da linguagem em prol de suas possibilidades mais recônditas e, arrisque-se, mais raras, porque vinculadas à antiguidade de um fundo comum de princípios ético-epocais.

Na interpretação fundamentada em cânones hermenêuticos, o intérprete como que “opera” um trabalho “anterior” à contingencialidade de fatos que requerem uma (re)solução jurídica. Contudo, ressalve-se: não se critica, na desconstrução hermenêutica, o trabalho gnosiológico do intérprete no sentido de arranjar esquemas subsuntivos oriundos da totalidade textual da vigência normativa. O ponto problemático refere-se, pois, ao fato de que neste trabalho “científico”, o intérprete corre o risco de

⁶⁸ GADAMER (1999) p. 418.

obliterar as exigências éticas de integridade que emergem, sob vários matizes, no *sensus* de um caso concreto. Tal conciliação – entre tradição humanista e *techne* representativa – pressuporia, destarte, a pré-disposição hermenêutica do intérprete para (outros) elementos factuais que fogem, sob vários modos, à mera representação subsuntiva de um caso concreto quando tal é assumido como único modo de cognição ou entendimento para a prática social do direito em toda a sua complexidade vivencial.

No esteio do que se aqui propõe fala-se, afinal, na possibilidade de agregar, na operação resolutive de casos concretos, todas as possibilidades justificatórias oferecidas pelo modo-de-ser específico da argumentação ética frente a casos concretos. Mais especificamente: nos casos em que a evocação de direitos básicos certifica a legitimidade da auto-referência normativa. Neste caso, direitos humanos transparecem como solução ética de problemas, mais do que um óbice da positividade perante casos concretos cotidianos, mesmo que o intérprete pressuponha – em sua rotina e no seu entendimento cotidiano – um direito interno “soberano”. Deve-se, neste sentido, concordar com Habermas, novamente, sobre a necessidade em se desenvolver, no âmbito do discurso, a questão permanente sobre a legitimidade do direito positivo quando interpretado sob uma razão pragmática voltada para o melhor que se pode fazer diante das contingências do mundo da vida⁶⁹.

Com isso, convalidamos ainda mais a fala de Gadamer⁷⁰ sobre o pensamento e a necessidade de um resgate contemporâneo da *phronésis* no sentido de que:

“(…) todo aquele que aplica o direito se encontra em uma posição bem diferente. É verdade que na situação concreta ele se vê obrigado a atenuar o rigor da lei. Mas se o faz, não é porque não seja possível fazer melhor, mas porque senão estaria cometendo injustiça. **Atenuando a lei não faz reduções à justiça, mas encontra um direito melhor.** Em sua análise da *epieikeia*, a equidade, Aristóteles formula isso [sic] com a mais precisa das expressões: *epieikeia* é a correção da lei. Aristóteles mostra que toda lei é geral e não pode conter em si a realidade prática em toda a sua concreção, na medida em que se encontra numa tensão necessária com relação ao concreto da ação (...). **fica claro que o problema da hermenêutica jurídica encontra aqui seu verdadeiro lugar. A lei é sempre**

⁶⁹ GADAMER (1999). p. 326. Falamos aqui do conceito desenvolvido de modo inicial por Wilhelm Dilthey e pela fenomenologia proposta por Edmund Husserl.

⁷⁰ Ibid p. 419.

deficiente, não em si mesma, mas porque, frente ao ordenamento a que se destinam as leis, a realidade humana é sempre deficiente e não permite uma aplicação simples das mesmas.” (grifo nosso).

Portanto, o significado paradigmático da hermenêutica jurídica tradicional, ou seja, aquela que se consubstancia em uma arte interpretativa fundamentada em justificações formais das operações subsuntivas torna-se, pois, o *locus* de onde conteúdos éticos de justificação legitimatória do *jus positum* podem ser encontrados e desvelados no intermédio factual de casos concretos postos à solução. Neste sentido, para mais do que revelar o *ethos* que determina a razão de ser de uma norma para o *status quo* da convivência humana – levando-se sempre em conta o fato de que a melhor interpretação é aquela que situa o direito positivo em sua melhor perspectiva – a antevisão ética do intérprete (*epieikeia*) possui um *telos* pragmático fundamental ao direito quando pensado sob a perspectiva de sua integridade imanente: a correção da lei que, reafirme-se, não possui uma determinação natural em “ser lei”, adéqua, pois, a contingencialidade da prática jurídica junto às exigências de sua integridade – daquilo que principia o direito em razão de um *sensus communis*.

A revisão crítica da dogmática dos cânones de interpretação que, ademais, não logram justificar apropriadamente decisões coercivas por serem, formalmente, “cânones”, se atrela a exigências objetivas do próprio direito positivo tendo em vista a possibilidade de processos cada vez mais auto-legitimados de referenciamento corriqueiro de normas que, em processos legislativos de democracia, surgem como que desintegradas da linearidade ética que, na forma de fundamentos, conferem coerência a um ordenamento jurídico. Claro que, por outro lado, há normas que já nascem “melhores” de *per se*, quer dizer, há sempre a possibilidade de adequação do direito em sua integridade por meio do próprio expediente decisional das maiorias políticas legiferantes.

Contudo, sabe-se que, mormente, é a própria interpretação cotidiana do direito positivo que logra adequar o factual ao que é íntegro e conservado, legitimamente, pela história do direito, ou melhor, pelo que nele há enquanto substrato *tradicional*. Veja-se que, em um resgate propício da *phronésis*, o *turn* filosófico da hermenêutica contemporânea ganha a sua condição pragmática no cerne da prática jurídica. É, pois, o *ethos* filosófico da interpretação que permite, assim, a constatação, pelo intérprete, dos

conteúdos éticos que o *sensus communis* transmite na forma de precedências principiológicas voltadas ao que é melhor – ao bem ético no sentido do que é mais justo.

Gadamer, desta forma, re-situa a ética aristotélica no cerne da proposta filosófica da hermenêutica e não, como se poderia de início pensar, a partir de um resgate neo-aristotélico da hermenêutica canônica. O ponto focado por Gadamer na *Verdade e Método* refere-se, ademais, à discussão ética sobre a justiça legal sob a perspectiva corretora de uma “filosofia prática” levada a cabo por intérpretes mundanos. Para Aristóteles há uma tensão permanente entre a equidade com aquilo que se considera “equitativo”. Tal remete, aliás, à própria tensão que há entre um conceito substancial de justiça com relação àquilo que é comumente considerado justo.

Interessante notar, nisto, o fato de que, por vezes, o equitativo – como *ratione juris* – não se identifica, no todo, com o *sensus* do justo; de modo que, para Aristóteles: “(...) *se o justo e o equitativo são diferentes; um deles não é bom; e, se são ambos bons, têm de ser a mesma coisa*”⁷¹. Encontra-se, aqui, uma apologia contundente ao sentido ético do equitativo, mas que, de todo modo, ainda deve superar os limites categóricos da *ratione juris* – essencial, diga-se, ao discurso representativo da ciência jurídica e à operação canônica de interpretações – em prol de uma idéia corretiva do equitativo que, dessa forma, torna-se uma correção da justiça legal. Daí a constatação de que:

“What causes the difficulty is the fact that equity is Just, but not what is legally Just: **it is a rectification of legal justice**. The explanation of this is that all law is universal, and there are somethings about which it is not possible to pronounce rightly in general terms; therefore in cases where it is necessary to make a general pronouncement, but impossible to do so rightly, the law takes account of the majority of cases, though not unaware that in this way errors are made. And the law is none the less right; because the error lies not in the law nor in the legislator, but in the nature of the case; for the raw material of human behavior is essentially of this kind. So when the law states a general rule, and a case arises under this that is exceptional, then it is right, where the legislator owing to the generality of his language has erred in not covering that case, **to correct the omission by a ruling such as the legislator himself would have given if he had been present there, and**

⁷¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. – São Paulo: Nova Cultural, 1987. p. 96.

as he would have enacted if he had been aware of the circumstances”.⁷²(grifo nosso).

Neste sentido, o problema da interpretação baseada em cânones pré-admitidos como os mais adequados a realizar a correção ética (prática) da universalidade da lei concerne, pois, a um processo duvidoso de metodologização da interpretação por meio de uma “hermenêutica jurídica”. Em casos de omissão legislativa, problema tal que – ressalve-se – repousa, potencialmente, em qualquer texto normativo – Aristóteles sugere a possibilidade de uma, digamos, “presentificação” ficcional do legislador diante de casos que problematizem hipóteses não previstas literalmente no texto publicado. Todavia, não se fala aqui, no todo, em um processo procedimental de presentificação tal como ocorre na operacionalização de uma *mens legislatoris*. Há, nisto, ao revés, um problema eminente prático a ser resolvido por uma disposição filosófica do intérprete no sentido hermenêutico da *phronésis*. Daí a referência gadameriana a Aristóteles na forma de uma possível “atualidade” hermenêutica de seu pensamento na vida e na prática interpretativa do direito.

Como ressalvado, no esteio de uma antropologização necessária do pensamento ético, o que legitimaria, por conseguinte, a correção da justiça legal não é o modo procedimental pelo qual o intérprete corrige formalmente a omissão ou o que há de não equitativo no texto normativo. Ao revés, é a disposição de caráter assumida e exposta, comunicativamente, por aquele que interpreta que se mostra capaz adequar a (re)solução assumida junto à tradição ética que se transmite na historialidade do direito positivo. Há, nisto, inclusive, um retorno descontínuo – e não há problema nisso – às determinações originárias da jurisprudência como de modo paradigmático encontramos na tecnologia pretoriana desenvolvida no direito romano⁷³.

Deste modo, o discurso produzido por disposições fundamentais de caráter, quer dizer, o que se concebe – *a fortiori* – enquanto fundamento mesmo da prática jurídica e do sentido do direito se objetiva na legitimação que promove, discursivamente, naquilo

⁷² ARISTOTLE. *The Nicomachean Ethics*. London: Penguin Books, 1987. p. 199.

⁷³ COSTA, Paulo Sérgio Weyl Albuquerque. *Autonomia e Norma Jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 56. Sobre o direito romano interpretado por Hegel: “Esse movimento de criação, de acordo com o filósofo alemão, foi um sacrifício romano que aproveitamos. Por essa criação, apartando o direito da alma, liberaram o espírito de todo formalismo, permitiram sua emancipação”.

que se resolve e se argumenta em casos controversos onde a referência ao texto legal se mostra como um parâmetro insuficiente ou mesmo injusto de (re)solução. É desta forma, aliás, que a força das convicções filosóficas e políticas ganham mundo e significação perante uma comunidade racional de intérpretes dispostos a integralizar o direito no que há, nele, de melhor.

Logo, o pensamento da filosofia prática apresenta-se, sob vários matizes, como uma complementação hermenêutica apropriada para a interpretação do direito positivo e, diga-se, da própria aceitação que se faz, tacitamente, da autoridade normativa dos textos legais no sentido de que é pelo próprio direito positivo que se deve alcançar concepções práticas – efetivas – daquilo que pode ser justo no mundo da vida.

Não há nisto, portanto, qualquer resgate jusnaturalista que, em oposição ao direito positivo, se oporia a este como um fundamento “alternativo” para a prática jurídica. A pressuposição da autoridade do *jus positum* por aquele que interpreta o direito torna-se legítima não por uma opção política do intérprete à facticidade do direito, mas pelo que a tradição do justo ainda logra transmitir em meio à própria positividade textualizada do direito. Junte-se a isto, ainda, o argumento de que as próprias concepções jusnaturalistas são mutáveis, quer dizer, qualquer pretensão tabular de princípios imutáveis cai por terra em razão do movimento mesmo da vida eticamente concebida em formas epocais de convivência cotidiana – daí não ser razoável, pois, reduzir os argumentos de correção da justiça legal a pretensões jusnaturalistas de interpretação.

Para Gadamer, com razão, Aristóteles reconhece a possibilidade de direitos imutáveis, mas com a ressalva de que o que se concebe como “natural” pode ser alterado do mesmo modo como acontece com o direito positivo⁷⁴. Daí tornar-se plausível a idéia de que o conceito de vigência formal do direito positivo deve acompanhar – como se mostrará adiante – o conceito filosófico-hermenêutico da vigência (*anwesen*) da própria facticidade do mundo: o que vige como direito acompanha uma *outra* vigência mais forte e fundamental porque princípio mesmo da realidade, trata-se, pois, da vigência do próprio ser que qualifica simbolicamente o mundo da vida, ou melhor, o mundo das significações, no qual, aliás, nos imergimos por

⁷⁴ GADAMER (1999). p. 420.

nossa pré-compreensão de entes que – ainda – por nossas atitudes e discursos emergem, como constructo da objetividade vivencial: há, portanto, uma relação de identidade entre a prática interpretativa do direito e o mundo da vida – cabe, por conseguinte, à própria hermenêutica desvelar, na prática, o que se transmite como identidade e adequação do direito ao projeto ético da realidade que nos condiciona como o *ái* do *ser* (*Dasein*).

Em Aristóteles, o primado ontológico da realidade que, por sua precedência inevitável, condiciona – determinando – o dever-ser projetivo do (melhor) direito com relação aos casos que a ele são confrontados é sugerido pela idéia muitas vezes mal interpretada de uma possível “natureza” para as coisas, quer dizer, que há, na entidade, uma determinação ontológica fundamental.

Desta forma, direito positivo e direito natural não se separam naquilo que *são* porque referidos, unamente, ao que a realidade mesma possibilita para o pensamento e para a prática do direito, melhor dizendo: para tudo aquilo que ao direito referimos enquanto significação compreendida. Os binários de oposição que, como ressalvado, legam aporias irresolúveis no cerne da representação discursiva da ciência jurídica, nada mais são do que uma ficção categorial que se confronta, por sua des-atualidade, com a determinação ontológica da realidade – ou seja, com aquilo que ela verdadeiramente é, ou, se preferirmos, o que por ela se sugere, sutilmente, enquanto ser simbolizado no que o *logos* da linguagem retém e distribui em uma comunicação esteada em formas de vida.

Destarte, além da complementação necessária que a reflexão ética oferece para a mecânica auto-referencial do direito positivo – quer dizer: o *networking* que a vigência normativa cria em argumentações jurídicas referencialmente conectadas por elos hierárquicos de adequação e validade – no sentido de legitimar *vis a vis* aquilo que deve afinal vigor diante de uma contenda; a justificação ética das fontes – mediada, hermeneuticamente, pela sabedoria da *phronésis* – visa, por si mesma, superar modelos de razão prática que procedimentalizam, de modo artificial, o exercício particular da virtude. Não há, portanto, nesta proposta, qualquer ciência do dever. Como já ressalvado a pergunta reflexiva pelo “que se deve fazer?” repousa em sua determinação hermenêutica e se imiscui à atitudes de interpretação da realidade mesma.

Tal ocorre para que se preserve, assim, a espontaneidade da virtude exercida através de um *sensus* ético comunal e voltado, obviamente, para um bem ético não apenas utilitário. Gadamer trata desta temática como um problema relativo à *techne*, melhor dizendo, da relação problemática que há entre o pensamento ético diante de uma possível determinação tecnológica da prática jurídica (conhecimento/interpretação) quando vislumbrada por sua “aplicabilidade”.

Entrementes, para Gadamer, “o saber ético é verdadeiramente um saber peculiar. Abrange de modo especial os meios e os fins e com isso distingue-se do saber técnico”⁷⁵. Não há, portanto, como procedimentalizar o que se reflete como projeção rotineira do melhor. Tal ocorre, como defendemos, por meio de intuições (*sensus*) subjacentes à representação, embora estas possuam, obviamente, um *logos* discernível em linguagem. Mesmo assim, deve-se atentar para possíveis contradições que podem surgir quando da operacionalização de um pensamento de meios e fins perante as exigências do caso concreto – quer dizer: do *vis a vis* que envolve a interpretação cotidiana do direito.

A transferência do problema para um âmbito hermenêutico-filosófico torna-se então, neste caso, muito apropriada para um enfrentamento sério de impasses de legitimidade. Se um procedimento *pari passu* da virtude torna-se inapropriado, já que não é capaz de expor o *sensus* que, como sentido (*logos*) re-apropriável por outros, se conforma, enfim, ao argumento despendido; o caráter hermenêutico-filosófico da compreensão torna-se, deste modo, um caminho legítimo para o exercício da virtude, melhor dizendo: é quando por fim se *compreende*, de fato, aquilo que se a-presenta “humanamente” no caso concreto que o exercício intuitivo da virtude passa a lograr legitimidade em direção a uma comunicação efetiva de razões decisórias ou reivindicatórias em prol da integridade do direito no futuro.

Por isso aduzir Gadamer⁷⁶ que:

“O **saber-se** da reflexão ética possui, de fato, uma relação para consigo mesmo muito característica. É o que ensinam as modificações que Aristóteles apresenta no contexto de sua

⁷⁵ Ibid p. 424.

⁷⁶ Idem p. 424

análise da *phronesis*. Junto à *phronesis*, a virtude da ponderação reflexiva, aparece a compreensão (Verständnis). A compreensão (Verständnis) é introduzida como uma modificação da virtude do saber ético, na medida em que aqui já não se trata de mim mesmo, que devo agir. Segundo isso, *synesis* significa, inequivocamente, a capacidade de julgamento ético. **Elogia-se, portanto, a compreensão de alguém, quando ele, julgando, consegue deslocar-se completamente para a plena concreção da situação em que o outro deve atuar.** Também aqui portanto não se trata de um saber em geral, mas de uma concreção no instante. Em certo sentido, tampouco esse saber é um saber técnico ou a aplicação do mesmo.” (grifo nosso).

A compreensão do significado – no sentido proposto pelo pensamento hermenêutico-filosófico –, determina, portanto, o caráter reflexivo do que se exerce como virtude, ou seja, não se trata, portanto, de uma *techne*, onde o que se tem como justo torna-se, sob vários aspectos, um procedimento algébrico, quer dizer, uma lúdica representante de justificativas deontológicas. Talvez, sob este último aspecto, aquilo que reflete, em si, eticamente, ganhe um *plus* de comunicação retórica. Todavia, há mesmo nisso, um problema a ser transposto, no sentido de que sempre que falamos sobre algo, este algo transparece como “mesmo” em se falando propriamente sobre ele, ou seja, o *como* e o “do *que*” se fala se unem enquanto um fenômeno unitário que se apresenta, a todos, como linguagem corriqueira do mundo da vida, do mundo da convivência. Em suma, não há qualquer metodologia, ou instrumentalidade retórica que possa lograr suprir algo que acontece enquanto expansão da linguagem e que se mostra, sob qualquer forma, independentemente dos caminhos que se pretende demonstrar apenas como um *iter* procedimental de uma intuição ética algebricamente representada.

Nada mais oportuno, por conseguinte, do que a reconstrução da intuitividade ética a partir da atualidade da *phronésis* e, conseqüentemente, do que ocorre em processos existenciais de compreensão de fatos e normas a partir de nossa cotidianidade. Há, inevitavelmente, um condicionamento salutar ao que Gadamer denomina como “situação hermenêutica”: o texto que nos vêm ou o que, por várias razões, escolhermos como parâmetro normativo de uma decisão refere-se, sempre, a uma situação, quer dizer, a um “todo” existencial que, por sua temporalidade, requalifica os conteúdos de sentido presentes no texto sob outros matizes que se mostram mais necessários porque compreendidos como mais legítimos ou legitimados.

Fala-se aqui nada mais do que um processo hermenêutico de atualização de conteúdos de sentido por intermédio da melhor interpretação encontrada. Tal requalificação re-funda o sentido do texto por sua atualidade, ou seja, pelo “todo” epocal que reorganiza o *logos* ali presente, atualizando-o em função de outras necessidades, quer dizer, de outras significações que, emergindo, conferem uma nova singularidade a um texto que, ademais, nunca pertencera ao seu legislador, mas sim ao que a própria tradição da linguagem ética transmite, simbolicamente, como conteúdo de significação a ser interpretado e referido em mundo atualmente entremeado por vigências normativas textualizadas e complexas.

Veja-se, pois, a necessidade de reflexões teóricas que possam legitimar intuições éticas por sua validade hermenêutica⁷⁷ diante de textos legais que podem, sob vários aspectos, lograr serem identificados ao conteúdo de sentido de uma intuição auto-legitimada pela força da convicção. Não se pode dogmatizar a ética enquanto uma matéria entificável apenas por aferições e representações daquilo que pensamos ou ponderamos.

Há, do mesmo modo, impropriedade, quando se tabulam princípios, quer dizer, quando estes passam a ser “inventados” por recomposições da linguagem interpretativa da ciência jurídica. No mais das vezes, quando se inventam princípios, nada mais se faz do que legar um efeito retórico ao que nada mais é do que uma “norma” factual e contingente. O mesmo se faz com idéias e gnosés, e, daí, imbricam-se – de modo no mínimo excêntrico – pontos de partidas epistemológicos junto a “princípios” supostamente provenientes da eticidade que fundamenta a legitimidade do direito: princípios passam a ser ambos, uniformizados por um modelo transitório de enunciação – como se algo se tornasse princípio por ser chamado e inventado como princípio. Tal é um problema, ressalte-se, resultado de um processo livre de ideologização formal e categorial do discurso jurídico sem qualquer parâmetro hermenêutico para a crítica do que se ideologiza livremente, no discurso, por meio de modelos epistemológicos e, ao mais, repita-se, através de um modo transitório de enunciação.

⁷⁷ BARTOLOMÉ RUIZ, Castor M.M. *As encruzilhadas do humanismo: a subjetividade e a alteridade ante os dilemas do poder ético*. – Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2006. p. 154. Para Ruiz, “a ética, mais do que um conceito definido, é um símbolo aberto. Seu sentido é ressignificado continuamente segundo as circunstâncias em que se desenvolvem as práticas humanas”.

Além de um problema específico ao discurso, a redução da ética apenas a uma ética profissional⁷⁸, por exemplo, confere ainda mais desprestígio ao processo rotineiro do auto-referenciamento de normas jurídicas a partir de seu substrato ético legitimatório. Importante, por ora, ressaltar algo ante o que se disse sobre a necessidade de argumentações éticas como modo exequível de legitimação pragmática do que se evoca corriqueiramente como direito positivo. Não se quer sugerir aqui a idéia de que há um aparte categorial, ou melhor, ontológico, sobre o que é direito e sobre o que seja ética. Defende-se, nesta proposta, a requalificação ôntica⁷⁹ do direito por meio do que nele se transmite enquanto conteúdo pragmático de justiça, quer dizer, de busca pelo bem ético, pelo que é bom a partir da própria vivência dos intérpretes. O *turn* filosófico da hermenêutica surge, ademais, como a condição de possibilidade para interpretações que adêquem a contingencialidade do direito perante as exigências eidéticas da justiça – do *pragma* de justiça que o direito romano legou na forma estética do *ars juris* ou da *juris prudentia* determinada, outrora, no cerne de uma prática – ou melhor: de uma filosofia (da) prática.

Neste mesmo sentido, a maneira como a *phronésis* se manifesta junto à fundamentalidade da prática jurídica é algo a ser revelado, justamente, pela determinação hermenêutica da interpretação jurídica. Tal ocorre pela pedra de toque da hermenêutica filosófica, ou seja, pelo modelo compreensivo que se reinventa em prol de um debate produtivo com a tradição dos conteúdos transmitidos ao tempo presente enquanto *symbolon* diposto à interpretação a partir daquilo que por ele se revela em um mundo simbolicamente mediado.

A compreensão é, por conseguinte, a chave de adequação do que hoje se vive junto a horizontes passados que se projetam, velados, no modo-de-ser da época. Mas,

⁷⁸ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética e Racionalidade Moderna*. – São Paulo: Loyola, 1993. Há, nesta obra, uma crítica contundente à racionalidade instrumental que não corresponde à necessidade contemporânea de uma ética solidária – no sentido uma responsabilização comum do homem em escala global.

⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 205. Mesmo na crítica à Heidegger, Habermas ressalta a validade da distinção entre o que é ôntico com relação ao ontológico, no sentido de que “fenômenos só aparecem indiretamente. O que aparece é o ente, que justamente encobre o como do ser-dado desse ente. Os fenômenos escapam ao acesso direto visto que, em seu aparecer ôntico, não se mostram exatamente aquilo que são por si (...) o domínio da fenomenologia é o Ser dissimulado pelo ente” [ontologia].

pode-se perguntar, por que, afinal, tanto apreço com a questão da temporalidade enquanto fator de condicionamento daquilo que somos e praticamos (construindo) no mundo?

Afirme-se: não há, na afirmação metodológica de um modelo compreensivo, qualquer contradição que possa corroborar ainda mais com a tensão que falávamos, quer dizer, sobre a relação problemática entre a tradição do *jus positum* junto à tradição do pensamento ético que coteja a positividade pela exigência pragmática de sua legitimidade. O evento da positivação de direitos humanos por um rol de declarações normativas fortifica e, ao contrário do que se poderia pensar à primeira vista, exige ainda mais que o pensamento se volte para a linguagem ética que, deste modo, legitimaria o direito factual em sua temporalidade; em sua razão de ser. A normatividade vinculatória de direitos humanos básicos possibilitam, conseqüentemente, o desenvolvimento seguro, reconhecível, de argumentos éticos que suplementam, univocamente, o auto-referenciamento do direito positivo através de uma projeção virtuosa da linguagem normativa em termos que se mostrem pragmático-existenciais – ou seja, justificável ao pensamento intuitivo do senso comum.

Contudo, para mais do que desdobrar a literalidade dos direitos humanos em argumentos de filosofia prática, não devemos obliterar o *eidos* não-metafísico que determina o seu caráter fundamental enquanto direitos “básicos”. Não se observa, aqui, qualquer contradição entre filosofia prática, pragmatismo e conservação eidética da substancialidade ética presente nas declarações e no significado factual da positivação de direitos humanos. O pensamento voltado para o simbolismo eidético que determina a razão de ser destes direitos para o tempo decorre, pois, do papel que a Hermenêutica em seu *turn* filosófico-linguístico deve ocupar enquanto possibilidade de desencobrimento do ser; da correspondência factual da finitude (*Dasein*) ao ser da entidade de um mundo que se abre em significado e oportunidade auto-compreensiva.

De outro modo, quer-se dizer que, mesmo na exterioridade pragmática da filosofia prática, há, de todo modo, uma direção imanente da totalidade humana junto à compreensão que empreende ao seu *ser* enquanto condição mesma de sua sobrevivência simbólica ou, como se queira, – espiritual. A busca incondicional pelo que é “ontológico” revela-se, pois, como a possibilidade em se determinar o princípio epocal

– o Tempo (em sendo) enquanto substrato referencial daquilo que *é* – que se assoma simbolicamente ao pensamento por meio de nosso próprio *status quo*. Daí defender-se o argumento de que os elementos mais discerníveis de nossa temporalidade e ontologia se sugerem por meio do que somos hoje enquanto convivência ética e como “ser” univocamente concebidos em uma trajetória estruturalmente identitária.

Na virada ontológica do pensamento hermenêutico isto pode ser verificado a partir de um discurso voltado, de todos os modos, ao *significado*, quer dizer, ao que se deixa *intencionar* enquanto existência e não mera subsistência do que se determina na objetividade de um ser desvelado no mundo sobretudo como “razão de ser”. Neste sentido, dizemos com Hannah Arendt⁸⁰ que:

“(…) o intelecto (*Verstand*) deseja apreender o que é dado aos sentidos, mas a razão (*Vernunft*) quer compreender seu significado. A cognição, cujo critério mais elevado é a verdade, deriva esse critério do mundo das aparências no qual nos orientamos através das percepções sensoriais, cujo testemunho é autoevidente, ou seja, inabalável por argumentos e substituível apenas por outra evidência. Como na tradução alemã da palavra latina *perceptio*, o termo *Wahrnehmung*, usado por Kant (o que me é dado na percepção e deve ser verdadeiro [*Wahr*]), indica claramente que a verdade está situada na evidência dos sentidos. **Mas esse não é o caso do significado e da faculdade de pensamento que busca o significado; essa faculdade não pergunta simplesmente o que uma coisa é ou se ela simplesmente existe – sua existência é sempre tomada como certa – mas o que significa para ela ser.** Essa distinção entre verdade e significado parece-me não só decisiva para qualquer investigação sobre a natureza do pensamento humano, mas parece ser também a consequência necessária da distinção crucial que Kant faz entre razão e intelecto.” (grifo nosso).

Em uma reflexão para direitos considerados “humanos” porque referidos a valores de auto-compreensão, sendo possível, daí, a elaboração hipotética de um rol do que se torna indigno ao que *é* e se compreende humano; o pensamento do significado e da significação enseja a descoberta, quer dizer, a revelação lingüística da movimentação estrutural que simbolicamente fortalece os elos da identidade humana enquanto convivência espacializada no tempo: o homem se diferencia, mas retorna a um *si*

⁸⁰ ARENDT (2008) p. 75.

imane e unitário de modo enigmaticamente não metafísico, quer dizer, sem a necessidade de qualquer justificação transcendental e filosoficamente “absolutista” de sua movimentação unívoca – aliás, o próprio absolutismo transcendental do pensamento filosófico metafísico se torna, nesta proposta, um dos momentos que servem de condição mesma para a auto-compreensão identitária do homem através de direitos comuns (para não dizer: universais).

Cabe, afinal, ao espaço que envolve as possibilidades hermenêuticas da interpretação mais corriqueira, daquilo mesmo que emerge enquanto intuição concatenada àquilo que *se é* ontologicamente no mundo, destacar, sob vários matizes, o significado temporal da posituação de direitos humanos, quer dizer, – o porquê significante de sua facticidade normativa para uma vida ou convivência ética estatuída na temporalidade movente do ser.

O pensamento hermenêutico, como arranjo e síntese intuitiva – vivencial – se vincula, por isso, às potencialidades eidéticas inerentes a uma movimentação antropológica entremeada por projeções ontológicas não realizadas ou ainda a serem concretizadas. A movimentação não-metafísica do humano em sua auto-compreensão histórica, confirma de modo incessante a necessidade de direitos humanos no sentido de seu significado ético a ser repercutido – em sua razão pragmática de ser – naquilo que é factual e rotineiro.

No âmbito filosófico-hermenêutico, ou seja, na esfera do ser de entes ainda não projetados nas possibilidades ontológicas oferecidas pela linguagem intuitiva de um senso comum, o pragmatismo da *phronésis* ganha sentidos desveladores e de correspondência ao ser, ou seja, mostram-se como uma oportunidade corriqueira de revelação daquilo que se a-presenta como razão de ser da convivência ética cotidiana a partir da particularidade contingencial de um caso concreto que oportunamente envolva a evocação de direitos básicos. Aquilo que se revela na prática, no que se exige à ação e ao pensamento em casos concretos, enquanto razão de ser da convivência ética – e no valor fundante que esta possui com relação à ontologia do direito – não é uma prerrogativa da filosofia “profissional”, tampouco de seres iluminados e carismáticos: o mais interessante no valor imputado à intuição é a oportunidade de que mediante situações-limites que envolvam a subsunção abstratas de direitos básicos, o *ethos* epocal

da convivência humana possa ser revelado, discretamente ou não, pela própria necessidade do caso. A argumentação ética possibilitada pelo *sensus* da intuição cotidiana torna-se, pois, o elo de ligação da descontinuidade formal do direito que passa a ganhar, sob esta forma, a sua Integridade enquanto auto-referência legitimada.

Tal se propõe, ademais, a desconstruir a configuração platônica dos conceitos de justiça em função do substrato pragmático – não metafísico – ofertado pela vivência cotidiana do direito – daquilo que o direito é enquanto componente necessário da convivência contingencial do homem. Para mais, filosoficamente: ao que Heidegger propusera como o ser-aí finito da temporalidade. Como se disse, o fenômeno ético-epocal dos direitos humanos sobreleva-se mais por sua possibilidade em resolver problemas e, deste modo, unir os elos de integridade do direito ontologicamente concebido (aquilo que o direito é *em sendo* na vida cotidiana das pessoas) do que como uma problemática política de sopesamento e de aplicabilidade judiciária.

Contudo, deve-se dizer: pode-se afinal estranhar se não é aduzido, até aqui, qualquer referência ao substrato político que problematiza os direitos humanos enquanto um aparato coercitivo internacional que, através do princípio operacional de sua *universalidade*, estaria apto tanto a manter uma condição condigna à idéia de um homem planetariamente concebido, quanto, contraditoriamente, a oprimir desvios etno-culturais que, em razão de sua relação de diferença, de não-identidade, ignorariam a necessidade e a validade de direitos básicos vislumbrados como modo dinâmico da convivência humana no tempo. Tal problema não é aqui de todo ignorado. Todavia, o que se propõe é que pelo *ethos* fundamental que envolve os direitos básicos declarados pela ONU, quer dizer, por aquilo que afinal as declarações “dizem” e politicamente garantem; possa ser interpelado em seu significado para além da subsunção e da reprodução *ex positis* de sua literalidade. A retomada hermenêutica do significado se revela, afinal, como forma de projeção ontológica do homem mediante seus próprios princípios que, de todo modo, se comprovam – por necessidade ou imanência – em sua facticidade, em sua rotina mundana.

Tal é, pois, o nicho hermenêutico da questão: significados desvelados no espaço politicamente mediado da linguagem ampliam os horizontes discursivos do direito em prol do seu melhor, daquilo que se lhe abre enquanto fundamento e determinação

ontológica originária (imane). Nisto repousa, igualmente, a sua condição política de legitimidade. Entretanto, deve-se ressaltar: no encaixe da presente proposta, a discussão sobre os limites e possibilidades de extensões hermenêuticas na linguagem de direitos basilares no *sensus* da própria cotidianidade ganharia, aqui, maior destaque com relação a elucubrações factuais da intersecção política que se conforma no *ontos* do que é (de) direito.

De outro modo, a prioridade sobre o nicho hermenêutico que há na questão sobre o significado e a razão de ser de direitos humanos para a convivência ético-epocal deve-se, pois, ao problema de que partimos no início: acredita-se, de todo modo, que muitos dos problemas que se colocam como impasses para o que tradicionalmente se trata como “problema de eficácia” ou de “execução” e “aplicabilidade” a direitos básicos devem-se a disposições subjetivas vinculadas a *um* modo de interpretação. Não que a discussão sobre o conceito de eficácia para a teoria do direito e sua repercussão na cotidianidade enquanto consecução do dever-ser normativo não seja importante. Todavia, os termos tradicionais da discussão referem-se, mormente a questões que ganham contornos políticos inevitáveis, já que, faticamente, subordinam-se à volição humana do *homo politicus* – do agir e do querer humanos.

Como se disse, a abordagem do problema não é apenas política, quer dizer, não se trata de criticar o ceticismo dos que qualificam direitos básicos como utopia, não se trata, ainda, de personalizar a discussão por intermédio da idéia de “aplicação” e “eficácia” (aquele estado ou autoridade que não “aplica” direitos humanos, tornando-os, assim, ineficazes).

A perspectiva hermenêutico-filosófica, para mais, tem como reunir uma perspectiva pragmática na desconstrução que promove à tradição metafísica do pensamento – da formação de idéias predicadas pelo adjetivo problemático da racionalidade. Há, portanto, temáticas discursivas que devem ser desdobradas em seus problemas característicos para que se vislumbre, assim, a melhor interpretação do direito e da vida do direito na realidade de seu cotidiano.

3. O PENSAMENTO DO COTIDIANO NA FILOSOFIA HERMENÊUTICA DE HEIDEGGER E GADAMER.

3.1. Os fundamentos ontológicos da *Intuição Hermenêutica*.

O que aqui até agora se concebeu por cotidianidade possui um substrato hermenêutico muito claro: trata-se, ademais, de sua origem fenomenológica, como pode ser encontrada na obra inicial de Heidegger⁸¹. O esteio cotidiano vincula-se, de todos os modos, ao conceito heideggeriano fundamental – o *Dasein* enquanto *prae-sein*, como presença, enquanto presente multiplicado pelo significado da dádiva vislumbrada em atualidade (*actualitas*).

A presença, para mais do que iminência cotidiana, também deve ser vinculada à sua significação enquanto a-ser (*a-head, être-la*), ou seja, o *anthropos* possui uma vinculabilidade ontológica com seu próprio ser e não apenas com as “coisas”, quer dizer, com relação aos entes circundantes vislumbrados como objeto de representação mediante uma linguagem instrumental e rotulatória. A cotidianidade, em sua base fenomenológica, torna-se, então, o âmbito de onde o homem enquanto ser-aí (e devir) determina o ser do ente; o ser das coisas, a partir daquilo que se é e se pode ser. Diante de toda a construção simbólica e imaginária do direito – ou do que se concebe como jurídico – o homem, imergido em uma cotidianidade que se dispõe a compreender tem, nesta proposta, a faculdade de não mais conservar o legado da ontologia herdada,⁸² mas de determiná-la a partir de sua experiência originária, quer dizer, a partir da gênese que se mantém na tradição enquanto fundamento e imanência daquilo que se transmite constantemente como continuidade simbólica e imbricada a uma vivência geracional – o homem, no tempo, torna-se época e geração de finitudes.

⁸¹ STEIN, Ernildo (2004) p. 90. E. Stein divide a obra heideggeriana em três fases distintas. Fala-se neste momento sobre o primeiro Heidegger: o de *Ser e Tempo* (1927). Todavia, tradutores como CASANOVA, Marco Antonio *apud* HEIDEGGER, Martin. *Apresentação à tradução brasileira* In: *Introdução à Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. XII., acreditam não haver nenhuma quebra temática entre um primeiro ou segundo Heidegger, mas sim uma mudança de estilo.

⁸² COSTA (2008). p. 116-117. A ontologia herdada é um ponto crítico, principalmente no que se refere à razão analítica, no sentido de que esta “deixa aberta lacunas importantes e não realiza a finalidade de justificar as conclusões/decisões ao final adotadas” já que “esses caminhos concebem a evidência como fundamento da decisão.” Assim, a própria evidência do *jus positum* requer práticas argumentativas que o justifiquem.

A compreensão das experiências originárias – do direito e de seu fundamento enquanto *arkhé* imanente – só é possível quando disposta, de modo volitivo e motivacional, ao *disclosure* hermenêutico que abre ao homem todas as possibilidades do poder-ser e do projeto herdado de outras épocas e gerações: o homem é o condutor de seu tempo quando se dispõe (*être disposé*)⁸³ ao que a tradição lega enquanto esteio de continuidade dos projetos de outras finitudes e da nossa mesma. Tal se reformula por re-apropriações hermenêuticas ao que foi simbolicamente gerado enquanto correspondência humana ao ser de uma dada época. O cotidiano é, portanto, o esteio da abertura, do processo de compreensão do dado original que “se permanece” enquanto fundamento do agir, da prática que se torna social pela nossa destinação a um arrimo temporal de civilidade.

A tradição, todavia, se mostra dúbia, neste aspecto, porque ao mesmo tempo em que possibilita guinadas e direcionamentos para a realização do que (se) há de melhor, também obscurece o poder-ser quando velada pela instrumentalidade e pela cristalização cognitiva do homem que o nega enquanto ser re-formulador de seu próprio projeto simbólico e espiritual. Heidegger⁸⁴ afirma sabiamente que, por vezes, o próprio fenômeno – enquanto coisa mesma – se obscurece em sua “manifestação” no aí (*da*) das coisas que são (*sein*). Ora, a cotidianidade, enquanto vivência que se compreende, permite, justamente, obter as determinações decisivas do ser, quer dizer, entrever o *sentido* naquilo que ele possui de mais originário, de mais verdadeiro. Pela filosofia hermenêutica o antes recôndito passa a ser des-coberto em sua imanência, enquanto princípio decisivo do modo-de-ser da época através de seu próprio cotidiano.

A filosofia antropológica de Heidegger é, na proposta hermenêutica, um dos referenciais teóricos mais contundentes para o desvelamento do significado de práticas sociais quando interpretadas por seu esteio existencial mesmo que, de início, a filosofia hermenêutica esteja vinculada a uma intenção de neutralidade temático-filosófica. O *ethos* antropológico da hermenêutica heideggeriana – caráter este destacado por

⁸³ HEIDEGGER, Martin. *O Que é Isto – a Filosofia? (Qu'est-ce que la Philosophie)* In: *Conferências e Escritos Filosóficos* – São Paulo: Nova Cultural, 1989 p. 20. “o que como voz do ser se dirige a nós dispõe nosso corresponder. Corresponder significa então: ser dis-posto, *être dis-posé*, a saber, a partir do ser do ente.”

⁸⁴ HEIDEGGER (2008) p. 30.

Edmund Husserl – põe em relevo a amplitude significativa que a idéia de cotidiano pode assumir para a des-coberta e revelação de fundamentos imanentes que, emergidos na comunicabilidade de seus intérpretes, destaca a determinação ontológica da época, quer dizer, o poder-ser que se possui com relação às ofertas da epocalidade, bem como o projeto finito que se constrói e se sugere para a vida do homem em sua continuidade simbólica e geracional.

A fala, enquanto um dos modos expressivos do *logos* que edifica e expande a racionalidade, torna-se a intersecção por onde se con-forma a volição, a boa-fé e a auto-compreensão enquanto modo de ser permanente do ser-aí já que, afinal, “*conhecer é um modo-de-ser da presença enquanto ser-no-mundo*”⁸⁵. A compreensão do modo-de-ser cotidiano do direito – nas bases de seus fundamentos – permite, pois, a guinada ontológica, a projeção do melhor, quer dizer, o reencontro da cultura jurídica às determinações reais do justo, estas que ainda se imergem, temporalmente, no recôndito dos padrões cognitivos resultantes da consciência erroneamente compreendida enquanto mero fenômeno da lógica formal.

Daí, pois, o relevo dado às possibilidades de expansão da linguagem jurídica enquanto *logos* voltado para a interpretação desencobridora dos valores contemporâneos e afirmados do justo, ou seja, do melhor direito, daquilo que, embora transpareça como fundamento legitimador da epocalidade, ainda se encobre na vigência discursiva da racionalidade instrumental atrelada ao *puzzle* semântico da literalidade legal.

Um dos traços fundamentais de um conceito fenomenológico para a cotidianidade do direito refere-se, na obra capital de Heidegger, ao que se pode conceber como a totalidade instrumental que entremeia a cotidianidade a partir de seus múltiplos sentidos e significações ontológicas. A “lida” e a “ocupação” cotidiana permitem, que o intérprete vislumbre – de modo a revelar verdades imanentes – todo um rol de relações de instrumentalidade que remetem, como ultimação própria, ao caráter do “manual”, ou seja, daquilo que se antepõe à presença – ao ser que se é aí – a relações de manualidade para um mundo que se torna, pelo modo do *disclosure* hermenêutico, como um mundo da intra-mundanidade, do ser-para característico aos entes intra-mundanos. O intra-mundo se revela, por seu turno, a partir de uma

⁸⁵ Ibid. p. 61.

circunvisão prática que nada mais é do que uma determinação ontológica do ser-aí enquanto presença.

O ser fático da presença – da finitude do homem – direciona-se, a todo momento, para o manual intramundano do qual permanece sempre junto-a. Todavia, chama-se atenção para outra dubiedade: o cotidiano é o esteio da compreensão existencial da totalidade do real, mas também pode determinar o encobrimento do ser enquanto poder-ser. Heidegger refere-se a isto como um fenômeno do “impessoal”, ou seja, da cotidianidade enquanto modo de encobrimento do ser⁸⁶, quando o homem torna-se, afinal, alheio às guinadas oferecidas pela abertura hermenêutica projetada em prol de um poder-ser autêntico e concatenado à vigência do tempo.

Neste sentido, a filosofia hermenêutica, além de se constituir como base legítima para qualquer reflexão existencialista, pode ser compreendida como o *turn* que re-situa as ciências humanas – incluindo-se aqui a ciência do direito enquanto ciência social aplicada – para as potencialidades da fala autêntica, do exercício da linguagem ultimada em prol da condição legítima do ser enquanto projeção do humano para um bem ético. O mesmo ocorre para aquilo que Gadamer⁸⁷, reportando-se a um tradutor de John Stuart Mill, reputa como ciências do espírito (*geisteswissenschaften*). Tal serve para destacar o quanto a operatividade categorial da ciência e da hermenêutica jurídica se defasam diante dos movimentos mais vultosos do pensamento humanista recente: há na exegese e na cientificidade representativa um déficit que ainda não acompanha toda a renovação temática do pensamento filosófico proveniente, justamente, dos percalços históricos onde a razão instrumental se degenerou em senhorio anti-ético da realização humana na história.

Em sentido contrário a isto, os conceitos da cotidianidade que na filosofia hermenêutica conotam-se como circunvisão (i), intramundanidade (ii) e ocupação (iii), se vinculam, como correspondência mútua, à inevitabilidade do *ser-com* a partir de um *ser-em*: ser em um mundo e na mundanidade. A presença, neste sentido, se torna co-presença, o ser-aí é um ser-com-outros, de modo que o outro se torna – não apenas

⁸⁶ Idem., p. 114.

⁸⁷ GADAMER (1999). p. 37.

linguisticamente – uma “con-vivência” mediada por um mundo cotidiano em comum. Há, portanto, uma relação ontológica entre presenças onde o outro transparece como um duplo do si mesmo da própria presença enquanto unidade antropológica. Aqui, o déficit da realização ética é, portanto, sempre coletivo: a miserabilidade humana repercute na própria idéia e imagem que o homem faz de si como o ser de uma “dignidade”.

Estas teses certificam pensamentos posteriores como pode ser interpretado do conceito do *outro* sartreano e da rede humana da co-presença enfatizado por Hannah Arendt a partir da singularidade irreduzível da cada ser humano. As teses do ser-com – *mitsein* – também se liga ao fundo comum da fenomenologia proposta por Edmund Husserl como se pode ver pelo conceito da *empatia*. É interessante também interpretar a antropologização do pensamento filosófico – enquanto desconstrução da metafísica – com as noções próprias da ética do discurso (Apel e Habermas) a partir do conceito central da intersubjetividade⁸⁸. Tal serve não apenas para a desconstrução justificada do sujeito-objeto degenerado em solipsismo, mas também para atualizar o modelo humanista enquanto modo-de-ser da construção simbólica e imaginária da cultura jurídica – ciência e hermenêutica – projetadas, também, em seu devir espiritual e que se ultrapassa, constantemente, a partir de guinadas ontológicas que partem do legado epocal. Há certamente um apelo humanista muito forte na idéia do ser-com na medida em que Heidegger a relaciona com possíveis ultrapassagens do cotidiano encobridor – o impessoal e o público – em prol da con-vivência cotidiana que se ateria a uma projeção ética comum.

O projeto existencial estrutura-se, no pensamento filosófico-hermenêutico, enquanto espaço de articulação do poder-ser fático: o homem é um poder ser fático e um vir-a-ser de si mesmo com outros. Mais do que atentar-se para as origens nietzschianas da proposta heideggeriana, cumpre ressaltar, na discussão do conhecimento jurídico, sobre o legado desta proposta para reivindicações que passam a ganhar, desta forma, um esteio político concreto no sentido da reformulação do público, tal como ocorrera na época do ativismo político de J.P. Sartre.

No caso dos direitos humanos, a interpretação pela cotidianidade torna-se uma chave fundamental para dirimir as contradições provenientes do entendimento estanque

⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

das noções universais que o movimento – e o próprio texto das declarações – fornecem enquanto gênese formal de uma aproximação imanente e voltada para projeções éticas comuns. São conhecidas as polêmicas sobre como situar o conhecimento e a interpretação jurídica diante de casos que envolveriam, supostamente, a destruição do particular em prol de um projeto materialmente desigual que se sustentariam em uma ideologia ocidentalizante com pretensões de universalidade.

A questão do relativismo, na discussão de direitos humanos, torna-se um estorvo quando procedimentaliza aporias através de dogmas de cognição de fatos pré-admitidos como imutáveis: quando se aceita a manifestação do particular, da factualidade mais regional, enquanto um *ethos* imutável. O relativismo torna-se, neste sentido, tão metafísico e violento quanto o universalista que, supostamente, cega-se para as opressões decorrentes da universalização de um projeto particular. O fenômeno dos direitos humanos – ao revés e para além de sua literalidade normativa – sustenta a própria condição humana enquanto projeto ético passível de universalização comum. A filosofia existencialista – como reinterpretação bem sucedida da filosofia hermenêutica (ontologia fundamental) – assim o diz no sentido de que para J.P. Sartre⁸⁹:

“qualquer projeto por mais individual que seja tem um valor universal (...) qualquer projeto é inteligível para qualquer homem. Isso não significa de modo algum que esse projeto defina o homem para sempre, mas que ele pode ser reencontrado”.

Neste sentido, há que se admitir, de todo modo, mesmo que no âmbito especulativo do dever-ser, que os direitos humanos simbolizam uma comunhão universal de interesses eticamente provados e consensualizados por intermédio das vicissitudes históricas. Mesmo que as declarações iniciais e seus desdobramentos posteriores eventualmente neguem e tornem contraditório o significado do estabelecimento destes direitos enquanto gênese de um projeto ético comum, as distinções fenomenológicas produzidas pela filosofia hermenêutica – e pela hermenêutica filosófica gadameriana – são plenamente capazes de situar a interpretação no arrimo existencial de um projeto uno: os direitos humanos sugerem, ademais, a vigência do princípio epocal no qual o ser do homem se encontra imerso por suas determinações, juízos e ações. Não se trata de especulação solipsista de um dever-ser

⁸⁹ SARTRE, Jean-Paul. *O Existencialismo é um Humanismo*. – 3ª Ed. – São Paulo: Nova Cultural, 1987.p. 16.

metafísico, mas sim de um retorno do direito – enquanto experiência do ser-aí – a seus fundamentos éticos originários, ou seja, àquilo que traz como inerência e *arkhé*: o movimento destes direitos re-torna o fenômeno jurídico para sua experiência ética originária e, como já ressaltado, sintetiza o direito natural na autoridade normativa decorrente do império ideológico criado pelo padrão positivista.

Isto significa, portanto, que mesmo com as limitações provenientes das legislações internas, a experiência destes direitos ainda pode permanecer através do nicho hermenêutico que traz consigo e que também é parte inerente das práticas sócio-jurídicas mais rotineiras: a operatividade categorial não é capaz de justificar racionalmente a prevalência de qualquer outra normatividade contingente. Isto é possível não apenas pela correspondência semântica que os direitos humanos possuem com os direitos fundamentais positivados nas ordens constitucionais internas, mas, principalmente, pela interpretação cotidiana do direito jurídico a partir de um direito mais justo. Ressalte-se: tal não denota platonismo, metafísica ou jusnaturalismo; trata-se, afinal, do caráter hermenêutico que qualquer experiência jurídica não-degenerada traz em seu próprio cerne, ou seja, em sua própria determinação enquanto ente intramundano e condicionado às projeções ontológicas da auto-compreensão humana como aquilo que se é.

Há problema teórico quando se entifica a dignidade humana a partir da operatividade tradicional do discurso jurídico, já que a dignidade natural do ser humano é uma determinação inata que a própria ontologia do direito já traz consigo como pressuposto da interpretação. De tal decorre do fato de que quando abordamos a dignidade humana sem interpretá-la junto a uma reivindicação política concreta, seu discurso se torna um fetiche e um passa-tempo para bons samaritanos que a tratam como moda do tempo e não como um predicado inerente ao direito. A projeção do bem ético e a lógica equitativa é uma propriedade inerente a qualquer interpretação jurídica já que é uma determinação ontológica do direito, mesmo quando o interpretamos a partir da expressão moderna e sócio-política da idéia que se tem e se quer da lei.

Resta saber, portanto, se os mecanismos retóricos da legislação podem ser capazes de manter, mesmo nas reduções interpretativas, a boa-fé do direito em decisões provenientes da má-fé e de volições pejorativas. É neste sentido que os direitos

humanos devem reencontrar, por suas significações próprias, a tradição humanista que, como fundamento e critério atual do justo, se interrompeu com o fragmento histórico representado pelos anos da Segunda Guerra Mundial. É por isso que o pressuposto da dignidade humana não deve ser articulado como mais uma peça discursiva a ser rejeitada ou mesmo descriteriosamente reivindicada como uma carta a ser usada em um jogo semântico pré-determinado pela operatividade conceitual da ciência e pelo metodismo artificial da hermenêutica jurídica: há que se compreender a sua determinação inata que, em assim sendo, torna desnecessária qualquer formalização procedimental de seu sentido quando da leitura de textos legais.

A tarefa de revelar os direitos humanos enquanto fundamento da prática social do direito e como valor contemporâneo do justo, cabe, oportunamente, à Hermenêutica em seu *turn* filosófico. A idéia de método, muito ligada à construção teórica da hermenêutica jurídica, não corresponde a esta necessidade já que oblitera, na opção do intérprete por cânones, todos os condicionamentos pré-compreensivos que possibilitam a atualidade significativa do *jus positum* diante das movimentações ontológicas do *ser-aí* enquanto ser da compreensão e doador de novos sentidos ao mundo da circunvisão.

Os determinantes pré-compreensivos não dizem respeito, contudo, apenas à estruturação subjetiva do pensamento e da razão interpretativa, mas somam-se ao dado existencial que conferem a própria legitimidade⁹⁰ e a validade de direitos positivos diante da objetividade, quer dizer, do fundamento ético-existencial que se projeta nos horizontes de suas possibilidades. Diz-se isto para refutar a arbitrariedade do *solus ipse*, visto aqui como a degeneração das filosofias da subjetividade a partir da ultimação formal do sujeito. O círculo hermenêutico – traçado por Heidegger – se orienta, portanto, pela objetividade, ou seja, para a projeção da entidade em prol de seu poder-ser mais autêntico: a entidade do *jus positum* sustenta-se no ser revelado na própria cotidianidade que, dessa forma, descobre a realidade manifesta do direito, quer dizer, daquilo que esta mesma realidade proporciona enquanto projeção ética comum.

⁹⁰ HABERMAS (2003) p. 127. A relação entre a legitimidade da norma e sua facticidade, enquanto vigência, é uma “tensão”. Para Habermas, a pergunta pela legitimidade das leis garante a liberdade e a autonomia moral.

A disposição, na forma do *disclosure* hermenêutico projetado em função de fundamentos originários, re-toma, portanto, a presença em prol de suas experiências originárias e que se estabelecem, no tempo, como princípios permanentes da secularidade do direito. A teleologia torna-se, neste sentido, a relação fiduciária que os direitos possuem com bens éticos fundamentais, porém no sentido do fundamento da convivência e não apenas como retórica de direitos fundamentais. A originalidade hermenêutica faz, destarte, com que o entre intra-mundano vá de encontro com a circunvisão existencial do intérprete: a cotidianidade sugere, portanto, a epocalidade e as necessidades seculares a serem suprimidas em prol da projeção oportuna do ser, quer dizer, do melhor direito enquanto superação de sua entidade encoberta no impessoal da consciência lógico-formal. A disposição para o cotidiano, torna-se, nesta proposta, um modo existencial básico para o ser-aí na projeção que se realiza em prol do bônus do que se apresenta como mais justo.

Como correspondência ao ser, a disposição é a condição que possibilita a compreensão enquanto modo-de-ser da tarefa hermenêutica. O direito, compreendido como manual intramundando do movimento humano, se articula, assim, ao poder-ser inerente ao próprio ser-aí, quer dizer, ao projeto estabelecido, de modo sutil, no que formalmente se concebe por consciência histórica: o direito passar a ser aquilo que, afinal, é; pois “*tudo que está à mão já sempre se compreende na totalidade conjuntural*”⁹¹ – a imanência do justo, enquanto *arkhé* não se perde, portanto, mesmo que na má-fé contingencial de fragmentações históricas: a hermenêutica, enquanto filosofia, resgata, portanto, os valores do justo em sua praticidade contemporânea; em seu re-aparecimento epocal a partir dos conteúdos de sentido e do simbolismo transmitido pela tradição eidética do justo.

A relação ontológica entre presenças é, no sentido aqui estabelecido, o centro de onde emanaria qualquer conceituação legítima sobre a cotidianidade já vislumbrada pelo pensamento antropológico da fenomenologia heideggeriana. Todavia, deve-se atentar para o fato de que não há como proceduralizar, de maneira plena, a terminologia do discurso fenomenológico a partir da idéia de método. Tal acontece porque Heidegger busca tão-somente se aproximar, pela linguagem, àquilo que aparece

⁹¹ HEIDEGGER (2008) p. 149.

e se manifesta enquanto fenômeno do ser; de modo que os termos da circunvisão, da mundanidade e da cotidianidade – esteados no fenômeno do ser-aí (*Dasein*) – sugerem como que um tipo de pensamento, ou seja, constam em um plano prioritariamente reflexivo onde a semântica se dissolve nas possibilidades abertas de significações ontológicas e não apenas ao uso instrumental e cognitivo da linguagem. Se há procedimentalidade, encontramos-la, talvez, apenas no *modus* do pensar circunscrito da fala fenomenológica e não nos resultados terminológicos que ela chega. Fazemos aqui referência aos termos para sugerir a profundidade temática que a prática do direito pode chegar se vislumbrada por sua cotidianidade expandida em seu próprio discurso para além da representação literal de normas “aplicáveis”.

As relações ontológicas entre presenças remete, pois, ao ser-em que sustenta o *ethos* público do ser humano. Há um *status* geral de ocupação da presença em convivências. Todavia, como ressaltado, a imersão no impessoal e no outro que é apenas o público, torna-se um fator de encobrimento daquilo que se abre no cotidiano enquanto originalidade e correspondência ao ser que nos principia. Daí que, no mundo do impessoal, todos passam a ser apenas aquilo que empreendem; construindo-se, assim, o mundo circundante de um cotidiano nivelado na medianidade do nivelamento impessoal. Disto decorre a constituição positiva do ser-aí como consistência do não ser si-mesmo, quer dizer, da impropriedade que impede a guinada do ser a partir da compreensão hermenêutica daquilo que *se é e se pode ser aí*. A dispersão no impessoal é caracterizada por Heidegger como um “*desencargo de ser*”⁹²: tal prelineia, de modo pejorativo, a interpretação do mundo e do ser-no-mundo a partir do outro impessoal que é dado a mim por um cotidiano encoberto naquilo que ainda pode ser enquanto *si mesmo* mais próprio.

Se refutamos uma sociologia existencialista do jurista ou daqueles que habitualmente interpretam a positividade do direito, as temáticas do pensamento heideggeriano sobre a cotidianidade se mostram, assim, como um discurso da reflexão sobre a convivência cotidiana com outros, quer dizer, com o ser-em que sustenta a presença por sua unidade antropológica subjacente na convivência ética. O pensamento da cotidianidade – como reflexão do modo-de-ser em um mundo circundante – é um

⁹² Ibid., p. 128.

caminho para se equacionar, hermeneuticamente, os conflitos que surgem do *telos* libertário da igualdade – enquanto teleologia – junto às restrições necessárias à manutenção da liberdade refletida pela liberdade do sujeito formal de direitos. Todavia, para mais do que uma reflexão da teoria política, o *turn* existencial da cotidianidade da prática jurídica vem a justificar o ser-à-mão da positividade dos direitos humanos no sentido da compreensão da igualdade política em prol da projeção construída na igualdade antropológica, ou seja, na unidade que se sugere na temporalidade a partir de direitos universais e transcendentais à particularidade e aos modos-de-ser canonizados pelos discursos relativistas.

O significado normativo de direitos humanos deve ser interpretado – nesta proposta ressalve-se – não apenas pelo prisma descritivo das categorias formais da representação da positividade e da vigência normativa. Aliás, o próprio conceito de vigência é atrelado a um senso existencial e hermenêutico. Isto porque a facticidade da norma transcende a terminologia rotulatória da ciência jurídica na definição imposta aos significados da vigência, da validade e da eficácia. Em interpretações mais trabalhadas, a vigência não é computada apenas como um dado fornecido pela operação sistemática da lei no tempo: a representação subjetiva dos fenômenos da revogação deve estar atrelada, destarte, ao que o jogo mesmo da sucessão de leis significa para integridade ética do direito a ser mediada pela própria vivência de quem interpreta. A facticidade da norma – o fato dela existir como vigência formal – sugere, afinal, uma pré-disposição hermenêutica porque corresponde, diretamente, a um dado da realidade, ou seja, à força política do direito enquanto autoridade normativa, devendo, deste modo, ser interpretada por sua vigorosidade – *anwesen* – ou seja, como determinação formal que, em parte, define a própria realidade que escapa ao controle subjetivo do raciocínio jurídico: o direito no tempo não é um *puzzle* lógico-formal – pelo menos não deve ser para interpretações que buscam o melhor do direito.

A facticidade normativa torna-se, assim, um conceito não-formal e desatrelado das ideologias construídas no discurso característico da ciência jurídica transmitida como a única verdade possível da consciência. Não há, contudo, no pensamento hermenêutico, qualquer desrespeito às decisões normativas da maioria política porque, ao revés, as mediações existenciais – correspondidas na vivência de seus intérpretes – equacionam os significados estritamente normativos junto à integridade teleológica do

direito que se projeta, desta forma, para o melhor direito, quer dizer, para valores contemporâneos imbricados na própria tradição eidética da justiça transmitida na cotidianidade. Neste âmbito, a teoria das fontes é reconstruída enquanto ponto de emanção de significados da facticidade normativa e não por uma naturalidade pressuposta da regra já que, em assim sendo, a pergunta ética voltada à legitimidade do direito se perde na operação ideologizada da vigência compreendida apenas pelo conceito construído na consciência formal.

Sem que nos encaminhemos para a ética do discurso, a viabilidade da extensão hermenêutica deve partir, afinal, da cotidianidade compartilhada do ser-em como ser-com. O ser fático da presença assim reconstrói, de modo legítimo, o *eidōs* antigo da justiça a partir de necessidades factuais que se direcionam para o projeto ontológico de um ser-aí cotidiano. No pensamento fenomenológico, o conceito de mundo está permanentemente atrelado a um mundo compartilhado, linguisticamente, com outros. Trata-se aqui não apenas de um predicado ontológico, mas, igualmente, de um projeto esteado em um fim civilizatório tal como sugerido na teoria política da fraternidade pensada através da idéia de comunidade.

Daí a importância da reconstrução da Teleologia enquanto pensamento da projeção, ou seja, dos horizontes dispostos em interpretações voltadas a construir sentidos legítimos para o cotidiano do justo; garantindo, assim, a integridade ética do direito enquanto permanência eidética do melhor, quer dizer, do bônus que favorece a tradição almejada do justo. Mesmo que se preserve a neutralidade temática do discurso da fenomenologia, não há como ignorar o a-ser projetado pelo ser-aí a partir de sua viabilidade ética. A própria idéia de uma estrutura presencial voltada para um ser-com torna-se, neste sentido, uma fundamentação ética do ser e, do mesmo modo, da unidade imanente do humano e de seu constructo simbólico. Na assunção destes paradigmas os discursos relativistas podem falhar quando ignoram a viabilidade dinâmica do ser, do que se constrói como *symbolon* representativo do ser humano em sua vitalidade e por um movimento simbólico estruturalmente unívoco.

Portanto, o pensamento hermenêutico – quando voltado para os múltiplos aspectos interpretativos do cotidiano – emerge como a possibilidade auto-legitimada da adequação da justiça legal à projeção interpretada de um dever voltado para o bem ético,

quer dizer, para o que dele se interpreta hoje como valoração contemporânea e existencial do justo. É desta maneira que se pode lograr compreender a projeção comunal do bem para além dos imperativos categóricos da consciência formal. Heidegger desconstrói o modelo transcendental da consciência para que a existencialidade formadora de mundo se aloque no âmbito da compreensão hermenêutica: o projeto se lança no aí do ser a partir de interpretações elaboradas nos fundamentos da compreensão. As possibilidades – enquanto sustentação do advir projetado – se condicionam, assim, no próprio compreender do *a priori* existencial, pois “o aí é o que se pode pronunciar na interpretação”⁹³.

É por este aspecto, portanto, que a idéia da circunvisão passa a transcender qualquer terminologia antropológica, preservando-se, assim, a visão conjuntural do homem como ser-aí unívoco de um mundo (a ser) formado pelo modo-de-ser de sua compreensão sobre a circunstância epocal. Na filosofia hermenêutica, a compreensão valoriza-se com relação ao enunciado porque no compreender aloca-se o poder-ser projetado pelo ser-aí. O enunciado nada mais seria do que a predicação lógico-formal da entidade e torna-se, deste modo, insuficiente para o des-velamento de possibilidades que se diferenciam como poder-ser do ente e do ser. O que se enuncia, como construção lógico-formal, sempre é passado adiante como ontologia herdada e, deste modo, se revela como possível fator de encobrimento do ser da entidade circundante, circunstancial. Deste modo, sem que se recaia em qualquer tipo de redução hermeneutista, o modo da compreensão vem, justamente, a complementar as fissuras de sentido transmitidas pelo que se passa formalmente adiante através da enunciação. Como modo similar a um processo de desconstrução, a compreensão do sentido do ser – em sua diferenciação com a entidade – desideologiza as categorias formais da representação da realidade jurídica, suspendendo-as em prol da possibilidade e da projeção do que há de melhor no direito, quer dizer, de seu poder-ser ultimado na sua própria entidade.

No discurso jurídico a entidade não se confunde propriamente com a positividade, mesmo porque a positividade da vigência formal não se identifica totalmente com a integridade do direito. O que se considera íntegro no direito, quer

⁹³ Ibid. p. 149.

dizer, o que deles sabemos por sua tradição pode ser compreendido, na vivência, através do que simbolicamente se transmite como valoração existencial – cotidiana – do justo: os valores pressupostamente metafísicos da justiça ganham sua compreensibilidade epocal quando são correspondidos ao *a priori* existencial que lega ao justo concreção e possibilidade de interpretação já que sempre corresponde à projeção auto-compreensiva do ser humano no tempo a partir do *ethos* civilizatório formador de sua identidade estrutural.

Logo, na disposição hermenêutica, o *logos* que se torna tradição pelo *symbolon* transmitido na construção lingüística do ser-aí, abarca – pelo fundamento da linguagem – a construção eidética dos valores existenciais de justiça que se tornam, deste modo, referência cultural para a projeção da finalidade ética presente na própria prática do direito enquanto determinação epocal do *status* ético da convivência humana. Deste modo, a universalidade dos direitos humanos deve ser interpretada pela compreensão hermenêutica de seu significado existencial para que, assim, as operações representativas referentes a conceitos fundamentais como os de vigência e eficácia sejam igualmente interpeladas pelo conteúdo ético do que, simbolicamente, se determina como evidência positiva do direito já que parte constitutiva daquilo que *é* por sua própria tradição e integridade, quer dizer, não se evidenciam direitos tão somente pela superficialidade semântica provenientes da *in claris non fit interpretatio*.

Pelo que se vem expondo, cumpre destacar, afinal, que o pensamento da possibilidade no direito imbrica-se, necessariamente, com o caráter interpretativo de sua prática, quer dizer, de seu cotidiano. A reflexão voltada para condições de possibilidades concatenadas ao pensamento de uma projeção ética comum – ou seja: do engajamento para o (um) bem ético – não busca desconstruir livremente as categorias formadoras do modo de pensar e se interpretar fatos e normas: a contribuição maior da filosofia hermenêutica para a hermenêutica jurídica vem a ser, justamente, a abertura da interpretação – e do próprio modo de articulação comunicativa das categorias do discurso jurídico – para a autenticidade temática do direito. A necessidade da abertura de novos nichos teóricos, tópicos e categorias se justifica, portanto, nas próprias benesses que a filosofia hermenêutica pode proporcionar em prol da compreensão cada vez mais aproximada daquilo que a cultura jurídica *é* – em sendo – na sua temporalidade.

O modo como a integridade e a boa-fé predicativa do direito se transmite como dado simbólico para o cotidiano não é um mistério, porém não pode ser visto, de outro lado, como “objeto” a ser regrado pela formalização categórica do método: as imanências predicativas do direito nos precedem e nos principia pelo modo mesmo que o compreendemos por sua tradição transmitida. Neste sentido, a filosofia hermenêutica projeta o ser – do que se compreende e do que é compreendido – para a sua significância – e aqui, neste sentido específico, a fenomenologia se destaca como modo reflexivo primacial para a ontologia do direito pensado em suas bases cotidianas. Tal ocorre porque o pensamento da possibilidade e da correspondência do ser para sua significância reconstrói a linguagem jurídica para expansões necessárias em sua própria fala cotidiana. Transgride-se a *falação*⁹⁴, enquanto tautologia e repetição estrutural de dados e elementos da semântica normativa, para o significado e razão de ser da facticidade do direito positivo. O pensamento da legitimidade torna-se, aqui, uma referência cotidiana para a interpretação jurídica: justificam-se normas pela necessidade moral que a própria integridade ética do direito impõe a si mesma e a seus intérpretes factuais.

Deste modo, a filosofia hermenêutica do Heidegger de *Ser e Tempo* é, sob vários matizes, uma reflexão loquaz para se pensar, por vários outros aspectos, a fala cotidiana do direito na relação ontológica que possui com o modo e o grau de expansão de sua linguagem que, na tradição construída pela singularidade do discurso, se torna, pois, uma linguagem jurídica. Isto porque na proposta heideggeriana, a fala é muito mais do que um predicado antropológico: a gramática quando vinculada apenas à tradição lógica recai o pensamento em aporias e limites de enunciação; encobrando, assim, o ser autêntico que se imerge na obscuridade do ente.

Para Heidegger o homem é um ente que “é” na fala; logo, o modo da fala e a própria gramática necessitariam, pois, de um retorno à preliminariedade que remete à estrutura elementar da fala como *a priori* existencial. Para o discurso jurídico – enquanto operação categorial de falas ilustradas pela semântica normativa do direito positivo – a reflexão de sua linguagem mesma e do *a priori* que a envolve e que a principia, remete os intérpretes factuais à desideologização dos fetiches que fixam seus

⁹⁴ Idem. p. 169.

discursos na tautologia e nos limites da moda da fala: as possibilidades latentes do bem ético que subjaz ao direito enquanto imanência e princípio – em uma relação circular de algo que sempre retorna a si mesmo em seu ser-no-mundo – emergem, assim, como a condição que possibilita a significância do direito para a epocalidade e, afinal, para o bem ético construído enquanto projeção de seu ser no tempo.

A fala, todavia, não deve ser compreendida como a causa do déficit da comunicação jurídica – no sentido das aporias que dificultam a fala do direito e sobre/pelo direito – mas sim como um predicado do estágio alcançado pela linguagem jurídica por si mesma. A compreensão do constructo tradicional da linguagem demonstra, então, não apenas os níveis de expansão lógico-formal do pensamento jurídico, mas aquilo que, como fundamento, se imiscui e se sugere como causa primeira e imanência irrecusável da existencialidade significativa do direito em um – nosso – mundo. Há, indubitavelmente, integridade e totalidade no direito. Pode-se mesmo dizer que é apenas por tal pressuposição que o problema da legitimidade enquanto falta de justificação da coercividade normativa a partir de valores contemporâneos de justiça material pode ser compreendido como necessidade a ser remediada em práticas cotidianas de argumentação.

Cabe enfatizar, nesta temática, que a própria linguagem possui um modo de ser concatenado à epocalidade humana. Tal parece-nos óbvio quando pensamos por vieses evolutivos. Todavia, a filosofia hermenêutica da fase inicial da obra heideggeriana ressalta, de modo bastante contundente, as possibilidades que a linguagem oferece já no próprio aí (*da*) da experiência existencial do ser (*sein*). Tal ocorre porque o pensamento sobre a linguagem e sua repercussão predicativa no modo da fala torna possível a abertura do impessoal; ou seja, do que se cristaliza enquanto encobrimento do poder-ser mais próprio e do projeto desvelado na auto-compreensão hermenêutica que se sugere simbolicamente no tempo. Não há intencionalidade subjetiva quando a Assembléia Geral refere-se à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 como *universal*.

Há, factualmente, um outro tipo de intencionalidade que transcende, naturalmente, a *mens legislatoris* e as articulações semânticas que se pode fazer com o texto da declaração. O pensamento voltado para uma “evolução” de direitos fundamentais que “se tornam” direitos humanos se mostram falhos para expandir,

linguisticamente, o significado autêntico de direitos humanos quando são vinculados apenas à semântica conformadora da linguagem de direitos fundamentais (“direito à vida”, “direito à liberdade” e “direito à segurança pessoal” – art. III do texto de 1948). Quando a interpretação do direito – em seu *vis-a-vis* cotidiano – se volta para o melhor, ou seja, para o projeto ético que subjaz à boa-fé transmitida na/pela tradição simbólica do direito, termos como “fraternidade”, “família humana” passam a ser compreendidos a partir da sua razão de ser enquanto facticidade normativa e não apenas pela articulação semântica instrumentalizada pela idéia de uma aplicação do direito que, ao formalizar a consciência pelo pensamento categorial, acaba por privar a antevisão da experiência, da vivência ou, enfim, da própria interpretação do conteúdo existencial da normatividade na vivência cotidiana dos seus próprios intérpretes.

Se há qualquer naturalidade pressuposta na lei eivada de coercividade; deve-se interpretá-la a partir do conteúdo existencial de sua facticidade e não apenas pelo pensamento categorial proveniente dos conceitos formais da vigência. Isto não quer dizer, todavia, que o auto-referenciamento do direito positivo deva ser interrompido pela destruição das categorias formais que representam – por seu modo – os fenômenos de revogação da lei. O que se propõe, ademais, é que a operacionalização da vigência – enquanto modo lúdico de representação da lei ou, problematicamente, de normas no tempo – seja entremeado pelo pensamento da integridade; da totalidade interpretada a partir da facticidade normativa, quer dizer, a partir daquilo que seu auto-referenciamento formal pode significar – *intencionando* – em prol do projeto ético subjacente à tradição simbólica do direito já compreendido, pois, como a busca de um bem ético a ser realizado na própria convivência mundana.

O modo hermenêutico de abordagem da normatividade no tempo reforça até mesmo a divisão dos poderes quando compreendida por sua filosofia política e não apenas pelas possibilidades oferecidas pelo “sistema”: a interpretação levada a cabo na jurisdição adéqua a lei vigente à sua própria integridade quando esta se perde nas dificuldades da maioria política. Tais dificuldades – de toda ordem – podem resultar, eventualmente, em leis não adequadas à integridade linear do direito no tempo. Sendo a integridade eivada por um fundo comum de princípios éticos, a interpretação da lei no tempo não deve ser empreendida apenas por raciocínios lógico-formais (a Lei “B” que revoga – ab-rogando/derrogando – a Lei “A”). A hermenêutica, seja como filosofia, seja

como atitude interpretativa, vem, justamente, a suprir as fissuras que se abrem na desorientação corriqueira do *jus positum*: interpreta-se o direito ao invés de operá-lo, sendo que a própria interpretação já absorve o que por vezes inapropriadamente é referido como prática jurídica.

A idéia do cotidiano em Heidegger torna-se, pois, um pressuposto da intuição na medida em que abre a realidade do direito para aquilo que é na convivência enquanto desenvolvimento temporal da projeção ética que o homem pelo ser-aí tem para si próprio. Fala-se, como já ressaltado, no direito que existe como modo ético-existencial em prol de um homem comum. Usa-se, aqui, o adjetivo “comum” apenas para refutar o sujeito artificial que orienta, ao mais, a discursividade operativa do direito e que afinal tolhe dimensões fundamentais do sujeito⁹⁵ em outras significações antropológicas e simbólicas. Todavia, não há nesta proposta qualquer sugestão a possíveis convergências de um lado inconsciente da produção discursiva que avançaria, afinal, para a esfera consciente que se auto-refere por raciocínios de lógica formal. Busca-se, pois, redimensionar o que se entende pelo sujeito que comunica o conteúdo eidético do direito através de interpretações e discursos. A interpretação – enquanto modo de ser do direito – não deve confundir a fala do Estado com a fala do próprio direito. Mais impróprio ainda quando se evocam argumentos de “ciência” e “objetividade” para ocultar outros discursos a partir da pressuposição da fala da autoridade enquanto definição e conceito cabal. Quando a interpretação assume a fala coerciva deve, pois, de antemão, confrontá-la com outras que, inclusive, podem provir da mesma esfera ou, normalmente, de *locus* não estatais.

Deve-se, portanto, compreender o significado da própria doutrina antes de evocá-la sem qualquer justificação de legitimidade para o que se propõe como argumento. Atente-se também para as confusões habituais que surgem do entremeio unívoco de argumentos provenientes da doutrina – que demonstra ser a didática da fala

⁹⁵ PONTY, Merleau. *O Metafísico do Homem*. – São Paulo: Nova Cultural, 1989. p. 135. No mesmo sentido, Merleau Ponty afirma que “universalidade do saber não está mais garantida em cada um pelo reduto da consciência absoluta onde o “eu penso” kantiano, por mais ligado que estivesse a certas perspectivas espaço-temporais, assegurava-se *a priori* como idêntico a todo “eu penso” possível. É diante de nós, na coisa onde somos colocados por nossa percepção, no diálogo em que somos lançados em nossa experiência do outro, num movimento cujas molas não são conhecidas por nós em sua totalidade, que se encontra o germe da universalidade ou a luz natural, sem as quais não haveria conhecimento”.

do Estado – da pesquisa em teoria do direito e dos argumentos de teoria política que também emergem como parte constitutiva do discurso jurídico enquanto totalidade comunicativa de um saber, de uma *Humaniora*. Por que isto é importante? Ora, porque sem a devida consciência dos mecanismos inconscientes e, principalmente, ideológicos do discurso, o conhecimento se desvincula da projeção do melhor, do bem ético, tornando-se, ao revés, uma descrição pernóstica de uma objetividade normativa não justificada. Ao contrário disto, o direito e seu discurso devem, afinal, retornar às determinações e fundamentos originários que se esteiam, pois, na projeção que o ser humano constrói para si enquanto ser desvelador do enigma mundano, do que emerge enquanto significado da vivência e da vida cotidiana.

A idéia de intuição serve, pois, para que se pense em possíveis desconstruções do sujeito transcendental que, no direito, torna-se um sujeito desprovido de mundo. A intuição ganha mundo, existencialidade e realidade quando emerge da compreensão pragmática do cotidiano, ou seja, do que se quer verdadeiramente com a circunvisão, a intramundandade e a ocupação do ser humano enquanto projeto do bem – do fundo ético comum ao agir e ao exercício do pensamento. O ser-aí é – torna-se – desta forma, o único ser capaz de promover a compreensão da totalidade existencial por sua epocalidade simbolizada na vivência de seu próprio cotidiano. Deste modo, refutamos qualquer retorno a intuições subjetivistas que formalizam o que pré-admitem como objetividade do mundo a partir de procedimentos e métodos que podem – contraditoriamente – obstar a experiência de verdade que subjaz ao direito vislumbrado como sugestão objetivada do *status quo* da convivência humana.

Ressaltamo-la, assim, para enfatizar o agir mais próprio do cotidiano – este que lega ao direito a sua realidade mais contundente. Isto importa para que se regionalize a experiência cotidiana que se tem, factualmente, junto à autoridade da lei, porém já em função do sentimento ético que se ex-põe pragmaticamente na convivência mais mundana, quer dizer, naquilo que, como ressaltado, o homem tem para si como projeção ética de um bem factual e não como bens metafísicos que buscam encobrir vários outros tipos de interesse. Os fundamentos existenciais do direito, quando desvelados na interpretação, tornam visíveis a tradição do projetado e a contingência do que se considera como atualmente legítimo. Deste modo, quando a intuição e a boa-fé do intérprete encontram o fundo comum de princípios deontológicos que legam

legitimidade e epocalidade à prática discursiva, o direito mais justo emerge como a redução do complexo, como o esteio fundamental de onde partem os argumentos de justificação do direito positivo mais legítimo, embora entremeado na contingência legislativa. Não há erro, portanto, quando se admite direitos humanos enquanto valoração contemporânea do que se compreende como o mais justo na totalidade do direito positivo.

Sendo os direitos humanos considerados – por sua hermenêutica – como a síntese material do direito natural e do direito positivo – e, aqui, deve-se desconstruir o raciocínio binário e aporético da dualidade –, a sua cotidianidade imanente emerge, desta maneira, em todos os âmbitos daquilo que se concebe como prática jurídica e/ou judiciária. Como se vem sugerindo, o princípio epocal do direito ou pelo menos daquilo que funda objetivamente a sua realidade e o seu reconhecimento temporal – aquilo que é, enigmaticamente, “hoje” – concatena-se, em seu modo de ser, àquilo que possibilita a prática a partir dos valores pragmáticos e contemporâneos de justiça. Ora, tal não se confunde, todavia, com uma construção piramidal ou pelo jogo de manutenção/exclusão de normas formalmente vigentes a partir do conceito tradicional da validade constitucional.

A referência aos valores contemporâneos de justiça através dos próprios diplomas de direito positivo – como nos desdobramentos declaratórios de direitos humanos – deve, pois, manter sua qualidade hermenêutica: as declarações não descobrem direitos humanos, mas reconhecem politicamente a sua obviedade. Logo, tais direitos não se esgotam na literalidade semântica da declaração. Isto porque os direitos humanos vigem não apenas no sentido jurídico, mas prioritariamente, no sentido da facticidade; do vigor (*anwesen*) inerente à facticidade existencial do *jus positum* enquanto coisa que está mundanamente posta e independente de minha volição ou opinião política. Isto evita que direitos humanos – pelo fundamento ético que são à realidade legítima do direito – sejam superficializados enquanto moda, novidade ou política legislativa contingente.

A hermenêutica filosófica promove, deste modo, a abertura existencial do raciocínio e do discurso jurídico tradicional no sentido de sua expansão temática e lingüística voltada para o que é ontologicamente mais justo. Isto repercute, ademais, e

de modo muito produtivo, em pensamentos voltados a um cotidiano que se dispõe a interpretações pragmáticas sobre a contemporaneidade do justo na forma dos significados transmitidos por direitos humanos.

É deste modo, portanto, que a interpretação re-torna o que se concebe na totalidade da vigência normativa já para as determinações originárias da prática e do cotidiano do direito. A intuição concatenada às exigências do que se projeta como o melhor – como o bem – para a convivência ética do ser humano reduz o problema da falta de legitimidade do direito positivo que, no sentido da sua integridade imanente, passaria a ser interpretado não apenas pelo viés da vigência formal da norma jurídica, mas, igualmente, pela vigência (*anwesen*) da própria realidade do justo, do que vige em outros sentidos a serem afinal desvelados pelo pensamento hermenêutico. Isto porque o que se intui, em um caso concreto, atrela-se, pois, a um nicho hermenêutico muito claro: o *sensus communis* e, mesmo, o *tato* que se pressupõe na lida com fatos e ações humanas passa a legitimar, *vis a vis*, a vigência da positividade a partir das necessidades pragmáticas do cotidiano – entendido aqui enquanto um condicionamento existencial necessário para a melhor interpretação do direito.

Se assumirmos direitos humanos por sua dupla face, quer dizer, por sua positividade – enquanto garantia política e não apenas literária – e por sua qualidade em resgatar, por seu significado, os elementos recônditos da própria tradição do conhecimento, da ontologia do direito e da justiça legal, temos, assim, muito a ganhar: seu simbolismo – sugerido em sua literalidade declarativa inicial – ganha identidade com os aspectos fundamentais das *Humaniores* já conservada em prol da uma melhor fundamentação da prática jurídica: há, portanto, como resgatar no direito contemporâneo os elementos básicos que fazem da atividade do jurista e do intérprete algo mais aproximado a um exercício prático da sabedoria e da prudência: a prática social do direito lograria retornar, assim, às suas determinações mais originárias e auto-legitimada por sua premência deontológica identificada na significação positiva de direitos humanos.

3.2. A Validade Hermenêutica da Intuição Cotidiana.

Pelo que até aqui foi visto, identificamos o movimento contemporâneo de normatização dos direitos humanos a partir do que isto pode significar para a

legitimação de práticas intuitivas que, ao mais, legariam condições para um retorno da prática social e interpretativa do direito para aquilo que nele mesmo há de mais originário. Defendemos, pois, um discurso voltado para o fundamento, para uma substancialidade que, em sua originalidade, retomaria elementos perdidos na tradição da prática jurídica e no que nela se conformara enquanto um assunto prioritário da *techne*: a prática social e interpretativa do direito – a função social do jurista – ganhou, contemporaneamente, sua determinação técnica definitiva⁹⁶. Todavia, por outro ângulo, identificamos, ainda assim, um déficit em relação ao que as necessidades mundanas mais prementes exigem daqueles que trabalham com o direito, quer dizer, com a justiça legal seja interpretando textos normativos ou simplesmente conversando sobre assuntos de direito.

Destarte, a apologia que até agora fizemos do *turn* filosófico da hermenêutica se justificaria em razão da superação ou reconstrução – que achamos possível – do tecnicismo positivista e de uma hermenêutica canônica que, como dito, corre um risco permanente de obliterar as imanências simbólicas da tradição conceitual da justiça e do direito como um exercício privilegiado de sabedoria e do uso coerente do poder decisional e da argumentação reflexiva a partir do que a epocalidade nos oferece enquanto fundamentos para a construção de novos – e coerentes – horizontes simbólicos.

Por estas premissas, atentamos para o resgate que a hermenêutica gadameriana oferece para uma atualização hermenêutica da idéia de uma filosofia prática já como um modo de ser fundamental para a vivência da prática social do direito: a intuição, neste sentido, ganha sua devida fundamentação existencial em contraposição ao imperativo categórico kantiano e mesmo ao caráter transcendental dado pela fenomenologia clássica de Edmund Husserl. Sabemos, com efeito, que, objetivamente, direitos humanos simbolizam uma nova conformação planetária em uma nova sistemática do poder político estatal que se volta, contemporaneamente, à coalização multilateral de

⁹⁶ HEIDEGGER, Martin. *A questão da Técnica*. In: *Ensaio e Conferências*. – 3ª Ed. – Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2006. p. 17. Heidegger sugere, sutilmente, a Técnica como determinante – senão o próprio – princípio epocal. A verdadeira técnica transcende naquilo que é como tradição a razão instrumental, no sentido de que: “a técnica não é, portanto, um simples meio. A técnica é uma forma de desencobrimento. Levando isso em conta, abre-se diante de nós todo um outro âmbito para a essência da técnica. Trata-se do âmbito do desencobrimento, isto é, da verdade.”

paradigmas que acreditamos retomar uma tradição fragmentada e “paralizada” pelos fenômenos totalitários do século XX. Todavia, para mais do que uma nova garantia ou compromisso político internacional, a emergência normativa de direitos humanos transparece, sobretudo, como um horizonte de outras – e velhas – possibilidades significativas para a prática social do direito.

As supostas pretensões de grandeza refletidas na pretensão de universalidade das declarações de direitos humanos devem, como ressaltado, corresponder a práticas cotidianas e não apenas como um rol de obrigações a serem observadas por estados soberanos. Talvez o predicado da grandeza se aplique, com mais coerência, à declaração universal da Revolução Francesa e não ao texto de 1948 que, data vênica, não nos mostra nada de novo, nada de essencial, apenas – e isto é muito – nos garante que a vivência cosmopolita deve, afinal, se “fincar” nestes paradigmas e não mais àquele modo de ser que, na virada do século XX, Nietzsche identificou como “vontade de poder” – um princípio de regência epocal que, no mais, apenas provocara, de modo catastrófico, a fragmentação histórica de tradições democráticas de tolerância e respeito que já desde muito poderiam ter sido afirmadas no Ocidente.

Como dito, afora a significação política da declaração, o evento de direitos humanos básicos – como direito positivo – possibilitam a retomada cotidiana de elementos que, a curto e médio prazo, insuflariam na prática social do direito, os valores contemporâneos da justiça e da democracia: a tolerância e os valores práticos da equidade e da liberdade, quando mediados por nossa vivência imediata, deixam, portanto, de serem assuntos “grandiosos” e passam a vincular mesmo àquele que se dispõe – sob várias razões – a ser um “simples” aplicador ou “operador” do direito: a utopia de poucos torna-se, legitimamente, a rotina de muitos – sendo a recíproca também verdadeira.

Deste modo, pelo intermédio de uma filosofia prática o que antes era justificado por escolhas metodológicas – tecnicistas – pode, igualmente, ser justificado pelo “tato” – quer dizer, pela determinação humanista que subjaz a qualquer prática jurídica. Com efeito, por meio da proposta hermenêutico-filosófica, assumimos – até como forma de justificar os argumentos até aqui expostos – dois axiomas fundamentais da obra capital de Gadamer: ao mais, a tarefa hermenêutica pode ser resumida como (i) apropriação

simbólica e coerente da tradição; (ii) o modo de ser do conhecimento através de modelos compreensivos seria nada mais do que um “passar adiante o dito” através do *être disposé* heideggeriano determinado como vontade de apreensão do ser e do que qualifica a epocalidade que nos rege ontologicamente. Reconhece-se, deste modo, o que já se encontra consagrado pela tradição: daí referenciarmos, constantemente, a possibilidade de práticas interpretativas voltadas para o significado e não apenas para a determinação semântica do que é simbólico. Temos, com isto, a esperança de que a expansão temática do conhecimento jurídico possa afinal agregar os *turns* fundamentais de sua própria tradição. É por tanto que, a partir de apropriações coerentes do que se transmite pela tradição, os horizontes projetivos do passado podem então lograr fundir-se com a força vivencial de nossa projeção mais atualizada: apropriar-se da tradição significa, portanto, a projeção daquilo que a regência ontológica do tempo pode nos oferecer de melhor. Como antes ressaltado, tal nada mais é do que o não-esquecimento (*aletheia*) do homem consigo mesmo, daquilo que as gerações de finitudes passadas projetaram para o que é hoje re-apreendido como modo de auto-compreensão e renovação coerente desta mesma projeção: renovamos, com o pensamento, os legados de significação que merecem sempre ser passados adiante.

Não é por acaso que Gadamer inicia a *Verdade e Método* com um poema de Rilke: “apanhar o que tu mesmo jogaste no ar/ nada mais é do que habilidade e tolerável ganho”. O “tu” torna-se, aqui, a identidade do humano consigo mesmo. Não há alteridade suficiente para separar ou quebrar a unidade imanente do homem. Não há diferença capaz de suprimir algo muito mais profundo do que a relatividade de práticas culturais: deve-se, pois, acreditar na unidade que nos subjaz enquanto forma de compreensão do homem consigo mesmo e, por conseguinte, da “especialidade” que nos retém univocamente no orbe terrestre. Ao compreendermos os condicionamentos de nossa própria ontologia, encontramos o valor de verdade que subjaz à nossa vivência, legitimando-a em sua razão de ser por nós mesmos desvelada: há, em toda boa compreensão, um “acontecer” de nós mesmos. Daí ressaltar-se, dentro da discussão hermenêutica, a premência da linguagem e a capacidade que cada – outra – linguagem possui em se expandir como *logos* apropriador de novas possibilidades e de novos significados para o mundo. Daí, igualmente, não ser platonismo acreditar que a linguagem jurídica pode, ademais, preencher suas fissuras a partir de sua própria

fundamentalidade, quer dizer, a partir do fundo comum que lha confere realidade e comunicabilidade simbólica.

Diante disto, é correto insistir na viabilidade da intuição ética de intérpretes comuns como modo reconstrutivo daquilo que há no direito de mais válido. Se nos apropriamos da idéia de intuição a partir de sua precedência existencial é porque acreditamos haver correspondência entre tal forma de intuição com aquilo que Gadamer enumera como os conceitos básicos do humanismo, quer dizer, da cultura que determina o estatuto ontológico e a viabilidade prática das *Humaniores*. No entanto, não nos centramos em ensaiar uma interpretação sistemática de tais conceitos. Aliás, interessante seria de antemão questionar se os conceitos básicos do humanismo elencados por Gadamer, a saber: a formação (i), o *sensus communis* (ii), o juízo (iii) e o gosto (iv), são, em realidade, conceitos exaustivos, fechados, quer dizer, se há ainda possibilidade de que outros conceitos básicos emirjam como resultado natural do pensamento hermenêutico-filosófico enquanto pensamento de formação (*bildung*). O que enfocamos concerne, sobretudo, a um tema recorrente na obra capital de Gadamer, qual seja, o da estrutura pré-compreensiva – ou pré-conceitual – já desde muito trabalhada por Heidegger a partir da idéia de circularidade hermenêutica como condição *sine qua* do processo compreensivo na forma de um questionamento filosófico e ontológico.

A temática da intuição se identifica em muitos aspectos com os conceitos básicos trabalhados por Gadamer. Se assumimos, pois, a idéia de intuição como um modo de ser fundamental do ser-aí humano, em outras palavras, se relacionamos a vitalidade do processo intuitivo com os conceitos filosófico-antropológicos mais contundentes – como outrora dissemos a partir das noções heideggerianas de circunvisão, ocupação e intramundandade do ser-aí – é porque identificamos, nisto, uma correspondência ontológica fundamental com a base legitimatória das *Humaniores*. A prática social do direito pode sempre, como já dito, se re-afirmar constantemente a partir de sua viabilidade técnica: discursos, interpretações e argumentos logram afinal se “racionalizar” através da formatação estrutural do discurso – como um processo gradual de ideologização categorial da linguagem do *ars juris* – ou mesmo pelas modernas teorias da argumentação no bem sucedido resgate tópico de Aristóteles através da obra de Chaïm Perelman por exemplo. Todavia, a idéia de que existe, realmente, conceitos

básicos que viabilizam doutro modo a vigência intelectual das *Humaniores* sugere que, para além de sua determinação técnica, a vivência interpretativa do direito deve afinal repousar em outros “lugares” que lhe confere a devida fundamentalidade. Tais lugares se reportam, acredita-se, aos modelos de compreensão respaldados, por seu turno, na inevitabilidade hermenêutica da prática do direito. Como ressaltamos, para além da lógica formal, o aspecto hermenêutico da prática jurídica ocorre como interpretação coerente da vigência político-normativa de regras jurídicas junto à determinação maior da facticidade, ou seja, da vigência do próprio mundo da vida. Há nisto, diga-se, um apelo em prol da construção de modelos pragmáticos de justiça que possam retomar a discussão do justo como um aspecto inerente às *Humaniores* para além da representação subsuntiva. Há, ainda, nesta construção, um resultado prolífico na medida em que admitamos que os processos subsuntivos, quando ultimados à única condição gnosiológica do direito, logram apenas ideologizar o movimento da tradição a partir de categorias transitórias de enunciação sem considerar, com isso, as possíveis práticas conversacionais de legitimação da vigência normativa.

Gadamer atenta para *um* modo de conhecer próprio das *Humaniores* e, filosoficamente, das ciências do espírito. Tal é o mote usado para um pensamento a respeito de conceitos básicos que conformariam o esteio de onde então emergiria um pensamento humanista e adequado à tradição mesma deste pensamento. Veja-se, por exemplo, o valor dado à memória, não apenas no sentido do não-esquecimento da tradição que nos principia a partir de um conceito filosófico de verdade, mas, sobretudo, como elemento da formação (*bildung*). Na temática da estrutura pré-compreensiva – a mesma que proporciona a condição de validade e lega mundanidade aos nossos conceitos – a memória não seria uma construção edificada sob enunciados de verdade – como na idéia de que a totalidade dos enunciados verdadeiros conforma o todo da Verdade – mas sim como fundamentação concreta – real – daquilo que concebemos idealmente no mundo: as designações que efetuamos a partir do verbo “ser” parte também do *a priori* existencial que nos “forma” enquanto ser vivo e como constituinte simbólico de um mundo da vida.

É neste sentido que a discussão hermenêutico-filosófica passa a ser, também, uma discussão contemporânea sobre o resgate das condições práticas das *Humaniores* na qual a prática interpretativa do direito se insere, ressalte-se, de modo privilegiado. A

intuição, como modo legítimo de projeção ética já em termos pragmáticos, corresponderia também ao conceito indefinível e nebuloso do “tato”. Tal conceito emerge em situações pragmáticas onde qualquer operacionalidade subsuntiva não se torna capaz de alcançar o melhor direito ou, para mais, os valores pragmáticos da justiça. Pode-se dizer que, a despeito de sua permanência longínqua na prática jurídica, o tato se torna inefável enquanto conceito, quer dizer, torna-se impossível de ser metodizado por meio da técnica.

Contudo, é no conceito humanístico do *sensus communis* que o “tato” ganharia, afinal, a sua condição “natural”. Para a prática social do direito o tato enquanto expressão vivencial de um *sensus communis* objetivo, resgata conceitos que muitas vezes são obliterados pela tecnização do *ars juris* e da filosofia prática que é ou pode ser a prática social do direito. Tais conceitos, ou, melhor dizendo, as expressões pragmáticas de nossas ações intuitivas, ganharam sentidos meramente semânticos e se tornam, muitas vezes, lugares comuns pouco refletidos em uma epocalidade que privilegia cegamente a técnica: tratamos, aqui, de conceitos como os de *prudentia* e *eloquentia*.

Ao tematizarmos, aqui brevemente, a tradição da prática jurídica, tais conceitos podem ser correspondidos, destarte, à própria tradição humanista imanente ao direito: o saber antigo como sabedoria e – repita-se – como *phronésis* e filosofia prática, se destacam, contemporaneamente, por privilegiar práticas interpretativas que transcenderiam a metodização contemporânea da *ars juris*. Perguntemos: como trabalhar, na era da técnica, com os outros conceitos derivados da prudência e da eloquência como o “conveniente”, o “adequado”, o “plausível”, o “verossímil” etc.? Respondamos, ousadamente, que apenas a qualidade aproximativa (*peri*) do pensamento hermenêutico pode proporcionar aos intérpretes outros ângulos que não o da metodologia e da hermenêutica de cânones. Dizemos com isso, afinal, que o pragmatismo de nossas intuições tornam-se, nesta proposta, o suprimento necessário para ocupar as fissuras deficitárias da tecnização de nosso próprio saber prático. Poderíamos também dizer que em prol de uma definição minimamente estável de nossa intuitividade, que o resgate dos elementos mais tradicionais do direito enquanto filosofia prática poderiam ser definidos como um tipo de virtude espiritual que, de qualquer modo, torna-se um fator de aperfeiçoamento de nossa sabedoria ética.

Não há nisto, ressalve-se, qualquer apologia a um pensamento jusnaturalista na medida em que acreditamos que a separação entre o natural e o positivo é meramente categorial: a tradição do jusnaturalismo informa as conquistas metodológicas do pensamento normativista. A atitude ética que perfaz o conteúdo eidético – ou intencional – de nossas melhores intuições torna-se, então, o elo de confluência entre a facticidade política daquilo que política e normativamente vige junto às práticas intersubjetivas de con-validação destas mesmas normas a partir da discussão sobre sua legitimidade.

Na discussão que Gadamer empreende sobre o que considera como os conceitos mais básicos do humanismo, a reflexão sobre o juízo e o gosto também complementam o que defendemos, na intuição, como *modus* pragmático de interpretação e justificação do direito contingente. Para mais do que uma faculdade mental, o *iudicium* da prática jurídica é, na perspectiva hermenêutica, uma condição essencial para a melhor compreensão enquanto correspondência eidética a uma compreensão comum e, dir-se-ia, “auto-legitimada”. Destarte, para além de um faculdade estética o juízo ganha a qualidade de uma exigência que a nós é imposta pelo “comum”, pelo que há de identitário entre o intérprete e todo o rol de opiniões publicizadas em nossa vivência ético-civil. No resgate hermenêutico da tradição humanista, o conceito do “gosto” emerge como uma complementação ética necessária do *iudicium* que fazemos, por exemplo, sobre vigência da norma e, noutro sentido, da própria facticidade da vida e da realidade.

Pelo conceito do gosto, verifica-se uma possibilidade interpretativa muito interessante, a saber: a estetização da interpretação moral a partir do cultivo do bem como bem ético. Aquilo que é “bom” torna-se, pois, esteticamente aprazível, onde a aceitação do bom e o repúdio àquilo que é “mau” e de “mau gosto” torna-se plenamente discernível para o intérprete e, mais prolificamente, em práticas conversacionais que exponham tais questões como um assunto pragmático – ético – e não apenas como um sacerdócio reservado a professores de Estética. Ademais, se porventura buscarmos qualquer síntese formal sobre os conceitos humanistas elencados por Gadamer, diríamos apenas que a complementação do *iudicium* pela discussão do gosto, nos levaria a pensar em como questões de gosto podem conformar uma “boa” sociedade na era da técnica: neste sentido, iríamos ao encontro do próprio conceito do *sensus communis* na forma de

um senso que institui a comunidade, ou melhor, os fundamentos comuns que nos fazem compreender a tradição que vêm e que ex-surge no desenvolvimento simbólico desta mesma comunidade.

Assim, devemos ressaltar, de maneira conclusiva, que tais conceitos se tornam pedras de toque, ou seja, tornam-se elos de uma aproximação hermenêutica para qualquer tentativa que empreendamos para a compreensão da estrutura pré-conceitual que, em sua imanência, nos possibilita para a nossa tarefa conceitual e, igualmente, para as projeções simbólicas – de sentido – que efetuamos por meio de nossas práticas interpretativas e, repita-se, a partir dos elementos que já foram transmitidos por outros horizontes já pensados por sua historicidade efetual. Se defendemos, portanto, a intuição prática do cotidiano como modo originário de justificação do *jus positum* mais contingente, o fazemos a partir da premissa hermenêutico-filosófica de que há, realmente, uma estrutura pré-compreensiva que nos vem refazendo circularmente em um tempo conformado por horizontes projetivos de sentido e de símbolos que sugerem a qualificação epocal de nosso ser-aí, quer dizer, de nossa ontologia mais fundamental.

Ante o que expusemos, trataremos nos itens seguintes sobre as correspondências existentes entre o resgate humanista promovido pelo pensamento hermenêutico-filosófico junto a alguns aspectos característicos da hermenêutica jurídica. Não defendemos, todavia, qualquer substituição metodológica ou a desconstrução total da formação hermenêutica tradicional. Enfocamos, sobretudo, o complemento necessário que a ontologia fundamental e a hermenêutica filosófica promovem junto a alguns elementos essenciais de nossas práticas interpretativas mais elementares. Tratamos, pois, da relação visceral que acreditamos haver entre a vivência intuitiva com relação à estrutura pré-conceitual que sob várias determinações a envolve na forma de fundamento e condicionante simbólico. Ainda na temática dos pré-conceitos tratamos no último item sobre outra relação importante: a identidade simbólica que há entre a convicção ética ou moral com aquilo que intuímos eticamente como o mais justo ou o mais correto diante de nossa cotidianidade vivencial.

**a) A qualidade ética da Intuição e sua correspondência com a Estrutura Pré-
Conceitual.**

Há uma razão de semelhança entre o que se intui e o que se pré-concebe na/para o ente interpretado. Neste sentido, a intuição assume, na proposta da filosofia hermenêutica, a mesma determinação do pré-conceito – que se ex-põe, desta forma, como pré-compreensão do mundo circundante desvelado na circunvisão. Ressalve-se, todavia, que na filosofia hermenêutica (Heidegger) e na própria hermenêutica filosófica (Gadamer), o pré-conceito não se determina através do sentido pejorativo comumente atribuído ao pré-juízo – como se dá no *préjugé* da língua francesa. O que se pré-concebe torna-se, ao revés, a consciência da compreensão, quer dizer, o conhecimento comunicável – reconhecível – daquilo que se ex-põe na linguagem de um mundo fundamentado, simbolicamente, no ser-com-outros.

Para a hermenêutica filosófica e no que sua disposição contribui para a interpretação de textos e de conteúdos de significação da coisa mesma, quer dizer, do fenômeno por sua presença (a-apresentação do ente); a investigação íntima dos pré-conceitos através da procura levada a cabo pelo próprio intérprete serve para determinar o ponto de ultimação do significado existencial de um texto para o mundo da vida. Gadamer suscita o fenômeno dos pré-conceitos como parte essencial de qualquer experiência hermenêutica, tornando-se, deste modo, um princípio da própria compreensão. Seu significado transcende, pois, a mera proposição do que deve ocorrer no processo interpretativo e, deste modo, também supera a simples enunciação do que de modo apenas procedimental acontece na experiência da interpretação em geral. Neste sentido, a pré-conceptualidade integra o próprio modo-de-ser do conhecimento quando disposto ao ente do mundo e à intramundanidade, ou seja, é uma condição do conhecimento enquanto correspondência plena ao ser das coisas que, mundana, ou pragmaticamente “são” no tempo unívoco da ação e do pensamento.

De início, a filosofia hermenêutica da obra de Heidegger trata a questão dos pré-conceitos como estrutura prévia da compreensão no sentido primeiro da compreensão da entidade do mundo a partir da temporalidade factual do ser-aí. Para mais do que uma soma representativa entre o que se pré-concebe na estrutura subjetiva – construída pelos conteúdos da vivência – junto ao que se concebe em uma experiência objetiva da

entidade; trata-se, ao revés, das predeterminações existenciais inerentes ao ser humano disposto no mundo como o único ser da compreensão e da legação de sentidos. O que se compreende na temporalidade do “aí” passa então a conformar, em uma unidade imanente, o ser do que “se é” e do próprio mundo visto pela desenvoltura epocal do ser vislumbrado como o projeto pendente que se dispõe na sucessão contingencial de finitudes geracionais.

Deste modo e no âmbito regionalizado da contingência interpretativa, o sentido obtido com a compreensão – ou com a interpretação de um texto – resulta de um processo circular entre a subjetividade estruturada em pré-conceitos da vivência com a alteridade do texto ou do fato que se pretende interpretar e compreender. Disto decorre que o fenômeno da interpretação de textos envolve sempre um ato de projeção de sentido decorrente do constructo existencial de um intérprete mundana e epocalmente condicionado. A primeira aferição de um sentido da “parte” de um texto encontra-se de imediato com a pré-projeção do sentido de um “todo” resultado dos pré-conceitos subjetivos oriundos da situação existencial inescusável do intérprete. Daí, portanto, o caráter circular da compreensão.

A inevitabilidade da presença dos pré-conceitos deve, contudo, ser conscientemente apurada pelo sujeito da interpretação para que a intuitividade da vivência se desprenda de recalques subjetivistas. O mérito da discussão encontra-se, pois, na possibilidade de aproximação do sentido mais original do texto a partir do reconhecimento de possíveis pré-juízos que condicionariam a interpretação e o processo de desvelamento do que há de melhor no texto interpretado. De outra forma, a consciência do pré-conceito significa o cuidado fenomenológico diante da possibilidade do erro e, desta forma, do afastamento impróprio do intérprete diante do valor de verdade da própria coisa interpretada e que, pragmaticamente, se medeia nas possibilidades hermenêuticas da linguagem textual – quer dizer, das sugestões literárias que se perfazem no texto normativo, este que deve, por seu turno, auto-referenciar a sua integridade enquanto parte singularizada de um todo constante.

O primado de ser ater às coisas mesmas provém, como se sabe, da tradição fenomenológica que se reinventara na obra inicial do Heidegger de *Ser e Tempo*. Isto significa, ademais, o “ater-se” às coisas mesmas a partir da forma de sua determinação

presencial no todo da existência. Assim, a condicionabilidade dos pré-conceitos – como acontecimento do processo da interpretação e compreensão – pode, desta maneira, afastar ou aproximar o intérprete da verdade e da presença da entidade a ser compreendida. Gadamer⁹⁷ chega mesmo a aventar a possibilidade de um processo “racional” de eliminação dos pré-conceitos para que, deste modo, o intérprete possa se ater à experiência plena da interpretação e de obtenção de sentido diante de fatos, textos ou qualquer outro conteúdo de significação provido de mundo, de ontologia e comunicabilidade.

Deste modo, tendo em vista o constructo estrutural – e inevitável – dos pré-conceitos, havemos, nisto, o risco permanente de que o sentido “completo” do texto – logo, do valor de verdade da coisa por aquilo que se há de melhor – perca-se, em um circuito fechado de opiniões prévias e sem qualquer esteio pragmático-existencial. Há sempre o risco de interpretações parciais – e, assim, desprovidas de integridade – quando o intérprete não atenta para o uso costumeiro e/ou subjetivo que faz da sua própria linguagem quando a confronta com o *alter* lingüístico da literalidade normativa de textos legais. Presume-se, assim, erroneamente, que o sentido de uma palavra presente no texto é o mesmo utilizado pelo sujeito que lê apenas em seu uso costumeiro da linguagem.

Para Gadamer, a dificuldade só pode ser trespassada quando o intérprete, ao invés de se deixar levar pelo arbítrio das próprias opiniões, se dispõe, hermeneuticamente, à alteridade e para a opinião de alteridade que há no texto e, possivelmente, nele mesmo, já que o *subjectum* é, existencialmente, um ser-para-com-outros. Na proposta da hermenêutica filosófica, o que importa, afinal, é que o intérprete possa se reapropriar de seus próprios pré-conceitos para que quando haja a devida confrontação do *eidos* subjetivo (eu mesmo) frente à alteridade ontológica do texto (eu outro), o sentido da significação traçado na literalidade normativa transpareça como a “diferença” daquilo que se tem como verdade pressuposta e que pode conduzir a um circuito fechado – subjetivista – de interpretação jurídica. Tal ocorre porque o que difere

⁹⁷ GADAMER (2005) p. 356. “A compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais inicia não forem arbitrarias. Por isso, faz sentido que o intérprete não se dirija diretamente aos textos a partir da opinião prévia que lhe é própria, mas examine expressamente essas opiniões quanto à sua legitimação, ou seja, quanto à sua origem e validade”.

com o que tenho para mim mesmo emerge, desta forma, como a extensão autêntica de interpretações que se ultimam a um valor objetivo e pragmaticamente adequado de verdade.

Uma finalidade contundente da proposta hermenêutica é a de que o discurso jurídico da interpretação possa lograr se expandir, autenticamente, para temáticas que urgem serem reveladas em seu valor de verdade para a integridade do direito – e aqui se fala, propriamente, da tarefa mais urgente da hermenêutica para a interpretação jurídica enquanto projeção ética do bem e do que tradicionalmente se transmite como integridade. A verdade hermenêutica da coisa tratada – pressuposta na diferença, na semelhança e na identidade do que o sujeito tem para si – passa a ser, portanto, a da diferença, do outro que transparece para além da inevitável pré-compreensão pessoal.

Contudo, não se sabe até que ponto é possível um exame preliminar de pré-conceitos pelo próprio sujeito da interpretação. Deve-se admitir o risco de que a análise preliminar “consciente” seja um resultado simbólico de outra estrutura de pré-conceitos que se determinam na racionalidade instrumental do intérprete através de outros elementos. Um modo consciente de se dispor à Hermenêutica tem como benesse maior, a não-degeneração da circularidade inafastável da interpretação a partir do que ocorre em seu acontecimento existencial e lingüístico. Tal é possível porque a qualidade interpretativa imanente do direito faz com que sua realidade seja um acontecimento subsumido na própria interpretação que, neste sentido, em nada se diferencia da idéia usual que se confere à “aplicação” ou “prática” do direito.

Ante o que se disse, deve-se atentar, todavia, para alguns pontos problemáticos que emergem da relação obscura que há entre o que se intui e o que se pré-concebe na unidade da interpretação cotidiana. Não se fala aqui em uma diferenciação semântica do significado vigente imputado às duas temáticas. Trata-se, prioritariamente, de se entrever até que ponto se pode falar de uma coisa e não de outra. Destarte, como pré-conceitos e intuições concernem, ambos, a uma formação estrutural da subjetividade; é preciso que se questione ou se identifique os “pontos” de diferença, semelhança e identidade entre a ocorrência pré-compreensiva e a circunvisão existencial pautada, legitimamente, em intuições corriqueiras voltadas para o bem. Pragmaticamente, para que isto serve afinal? Em resposta, deve-se acreditar na possibilidade de que a

interpretação jurídica mais contingente possa, ainda assim, revelar o melhor direito que, aqui, já não se diferenciaria da melhor interpretação exigida perante uma situação que requer a evocação do direito positivo. Contudo, o desvelamento daquilo que há de melhor no direito, quer dizer, no que se transmite rotineiramente como conteúdo e significado jurídico vinculante, requer, permanentemente, o exame da legitimidade contingencial da parte recortada – cuja qual se expressa na interpretação corriqueira, nas subsunções lógico-formais e na evocação factual de normas – com a totalidade íntegra do que é simbolicamente transmitido como tradição unívoca do direito.

Neste caso, a intuição cotidiana do que é bom e justo refaz a construção lógico-formal sob os parâmetros legítimos da volição humana para o que é mais justo. Em um esteio não-metafísico, os conceitos abstratos de justiça podem “naturalmente” corresponder à contemporaneidade valorativa do justo que, deste modo, se desprende de sua conceitualidade metafísica. O que se intui eticamente torna-se, neste sentido, a pré-concepção objetiva do justo enquanto projeção humana da melhor convivência. Daí a possibilidade salutar da desconstrução do dualismo metafísico do discurso da ciência jurídica que impropriamente pode antepor, de modo ilegítimo e autoritário, a facticidade contingencial da vigência formal diante de situações que requerem, prioritariamente, a interpretação guiada, ademais, pelo *sensus communis*, pelo *tato* e, afinal, pela intuitividade do bem ético esteado em concepções reconhecíveis de justiça.

Tal se torna um viés exequível de demonstração/resolução do problema da legitimidade da vigência jurídica formal através da rotina mais contingente de intérpretes concatenados à epocalidade do melhor direito, ou seja, do que se pode considerar como expressão mais justa da autoridade política da norma. A intuição torna-se, pois, um acontecimento da legitimidade quando, como já afirmado, *retorna* a determinação basilar do direito às suas origens, quer dizer, quando retém, na contingência corriqueira, os fundamentos recônditos de sua instrumentalidade para o homem – para o projeto humano do que é mais justo e eticamente bom. O que se intui nada mais é, portanto, do que o pensamento rotineiro do fundamento – da originalidade que ampara a diferenciação do *ser* daquilo que se considera “direito” com relação à sua entidade normativa literal. Nada mais interessante para a complexidade subsuntiva do *jus positum*, do que argumentos pragmáticos que possam, de modo pré-compreensivo/intuitivo, adequar e corrigir, eticamente, a contingencialidade da

subsunção aleatória e das interpretações baseadas tão somente na *in claris non fit interpretatio* e na *mens auctoris*.

Neste sentido, a intuitividade ganha uma relação identitária com aquilo que se pré-concebe no *pragma* contemporâneo do justo. Deve-se ressaltar, de todo modo, que Gadamer chega a cogitar da possibilidade de pré-conceitos que se mostrem adequados à significação autêntica do conteúdo a ser interpretado pela literalidade de um texto jurídico. É neste âmbito que o que se mostra intuitivamente bom se identifica com a construção significativa da estrutura pré-compreensiva – de outra maneira: do ser-no-mundo que qualifica o *ethos* existencial daquele que interpreta a história e a linearidade íntegra do direito enquanto *symbolon* do justo e que, de todos os modos, se faz transmitir incessantemente pela sucessão temporal de finitudes geracionais.

Se defendemos, pois, a atitude interpretativa enquanto caminho para uma abordagem não positivista de direitos humanos e se assim o fazemos para que sua materialidade possa ser vislumbrada como uma intuição originária da cotidianidade do direito, tal se justifica, ademais, no que a assunção de direitos humanos pode significar para uma humanização cada vez mais vigorosa de sua facticidade política: segurança jurídica deve também significar, noutro sentido, a segurança do direito enquanto bônus para o homem comum, quer dizer, para a projeção voltada à fraternidade e ao desvio que se deve buscar em relação ao ultraje e à barbárie ético-moral estranhamente imposta à *polis* da convivência e à *doxa* do homem comum.

Não se propugna, com isso, qualquer discussão sobre qualificação ontológica do exercício da autoridade conferida pelo e para o direito positivo, mas, mormente, da solução de problemas que a humanização do direito – através de sua legitimação contingencial pela justificação argumentativa de sua positividade – pode significar para a projeção da autoridade em função dos fundamentos ontológicos do direito. Desnecessário, pois, a referência ao sustentáculo ético que deve perfazer a condição de legitimidade do *jus positum*. Direitos humanos significam, assim, mais do que positividade e possibilidade formal de subsunção. Se assim forem vistos os dados universais de sua projeção podem se perder nas limitações textuais do rol declarativo, quer dizer, para mais do que um reconhecimento subsuntivo como fato subsumido a uma literalidade; direitos humanos devem, ao mais, emergir como resultado

concatenado de interpretações voltadas para o melhor direito, de outro modo: fala-se aqui de direitos humanos que se apresentam no próprio acontecimento ético da interpretação factual e não apenas como literalidade declaratória a ser sobressumida. É por este viés que, enfim, os direitos do homem podem ganhar, de modo comunicável e reconhecível, a relação identitária que possuem, pressupostamente, junto a vigência formal do *jus positum* internalizado pelas legislações soberanas.

b) Intuição e Convicção.

Para sermos objetivos ao interpelarmos a convicção em seu aspecto hermenêutico; daremos prioridade ao que Gadamer discute pela idéia de círculo hermenêutico e sobre a estrutura preconceitual enquanto condição da compreensão.

O tratamento da questão sobre o círculo hermenêutico é abordado por Gadamer no esteio da estrutura prévia da compreensão no sentido heideggeriano da temporalidade do ser-aí – do *Dasein*. Todavia, não se intenta, pela abordagem hermenêutico-filosófica, construir um modelo definitivo e esquemático do acontecimento da compreensão na vida dos intérpretes. Cuidadosamente, ao invés; tenciona-se livrar a auto-compreensão – exercida no processo da compreensão – das inaptações inadequadas visando-se, com isso, aprimorar a arte do compreender de modo indireto. É preciso enfatizar, ainda, que Gadamer trabalha especificamente a respeito do caso paradigmático da hermenêutica jurídica na *Verdade e Método*. Naquelas considerações a abordagem é particularizada pelo problema de se saber se a diferença entre a função dogmática e a histórica é dada de maneira unívoca: trata-se de vincular o interesse dogmático do jurista – a boa fé de não se deixar à margem da norma abstrata – com o interesse histórico, confluindo-se, então, a função dogmática da hermenêutica jurídica com a construção hermenêutica própria às ciências do espírito. Tal é, portanto, a base da idéia de que há casos em que é possível que um texto legal seja interpretado juridicamente e compreendido historicamente – e tal se constitui em um elemento convergente à alegoria do romance em cadeia trabalhado por Dworkin em seu *Law's Empire*.

Este é o enfoque que pode ser interpretado, ademais, como um dos aspectos que tornam possíveis os exercícios próprios da interpretação construtiva. Isto porque toda interpretação que se queira originária – não vinculada ao objetivismo dos cânones –

pressupõe a atenção cuidadosa para as possibilidades de um conhecimento originário, ou seja, um conhecimento mais aproximado da coisa abordada, da coisa mesma em sentido fenomenológico. Pelos primados da fenomenologia – e, mais ainda, da filosofia hermenêutica (Heidegger) – o compreender autêntico, atual e ligado às premências da vida mundana ganha possibilidade a partir de uma posição, visão e concepção prévia. Todavia, isto pode ser visto, resalte-se, tanto como uma possível solução quanto como um problema, já que posição, visão e concepção podem, do mesmo modo, se constituir em óbices inconscientes – ou seja, não anteriormente interpelados pelo intérprete – para que se chegue à coisa mesma, quer dizer, ao conteúdo de significação mais original da situação e do texto legal que se interpreta para dizer (quem tem) direitos. Gadamer⁹⁸ afirma neste mesmo sentido que “*quem busca compreender está exposto a erros de opiniões prévias que não se confirmam nas próprias coisas*”. Daí chamarmos atenção para a viabilidade das convicções enquanto base segura para decisões salomônicas, mas, ao mesmo tempo, para os perigos que as idéias convictas podem provocar diante de casos que exigem maior cuidado fenomenológico.

A incidência do erro na interpretação – quando o intérprete não consegue interpelar significados para além do circuito fechado de suas próprias opiniões – é passível de ser fundamentada enquanto um acontecimento do processo da compreensão no exercício interpretativo – daí ser coerente a idéia de Dworkin sobre a possibilidade de decisões corretas e incorretas para cada caso. Noutro sentido, Gadamer atenta para a possibilidade latente da arbitrariedade quando o intérprete não consegue trespassar o solipsismo que pré-concebe a coisa tratada. Mais especificamente: quando o intérprete não consegue entrever a questão ética e moral que se vela na forma de uma questão rotineira do direito. O processo da interpretação errônea se perfaz, portanto, quando da não aceitação dos significados da alteridade que, diga-se, podem não corresponder ao que o intérprete “a priori” pré-concebe como verdade e convicção.

A diferença dos significados não correspondentes à estrutura pré-conceitual quando descartados, sem exame, pelo intérprete, o afastam do encontro da coisa mesma, da diferença disposta no texto, ou seja, do outro que se abre à compreensão, mas que acaba relegado a um não-ser e a um não-reconhecimento. É neste sentido que o

⁹⁸ Ibid p. 356.

moralismo se imiscui a posturas solipsistas dificultando, desta forma, a atualização e a modernização de conteúdos jurídicos que passam a ser definidos, sem um juízo compreensivo, como aquilo que “não é” e “não pode ser” discutido como uma questão de direito. Interessante notar que, mesmo com todos os óbices dos preconceitos arbitrários – as ditas “expectativas de sentido” – Gadamer entende ser possível, mesmo assim, realizar um exame legítimo efetuado pelo próprio intérprete com relação àquilo que lhe precede enquanto aparato preconceitual. Há posições, visões e concepções prévias que são legítimas e que, portanto, não obscurecem os sentidos do texto, mas o situam ainda mais em seu valor atual de verdade, afinal o que importa é que o intérprete se dê conta dos seus pressupostos internos para que o texto possa se mostrar em sua alteridade. Tal ocorre, diga-se, por meio de um processo circular de interação produtiva entre a verdade da coisa mesma com relação às opiniões prévias mais personalizadas.

Na temática aqui proposta, é na questão da estrutura pré-compreensiva pressuposta – que pode se mostrar como a diferença e não como identidade com relação à alteridade do texto – que a questão e o valor hermenêutico da convicção moral pode ser trabalhado. Desde aí muitos questionamentos emergem para uma abordagem cuidadosa da questão: as convicções morais – compreendidas enquanto certezas internas inabaláveis – se configurariam nos conceitos da estrutura pré-conceitual? Em sendo assim, como examiná-las, discerni-las, para que então possam ser abstraídas em sua legitimidade pelo confronto produtivo junto aos significados do fato e do texto legal interpretado? Sem ousarmos responder, é preciso admitir, antes de tudo, a boa fé de juízes dispostos a encontrar a melhor interpretação pelo melhor direito. Outro argumento também deve ser admitido: o de que a separação da prática jurídica de seus conteúdos éticos imanentes é um aparte impróprio – a interpretação do direito envolve sempre um fundo ético comum de onde se pode, ademais, extrair os fundamentos que re-situem a questão legal como uma questão de princípio.

Com isto dizemos que o modo compreensivo da interpretação permite que questões legais sejam vislumbradas por sua validade ética, ou seja, que textos legais sejam relacionados com conteúdos fundamentais que lhe dariam, ademais, finalidade e esteio no mundo. Neste sentido, a certeza interna da convicção – mesmo na problemática dos conceitos prévios com relação ao conceito da coisa tratada – permitem que a questão legal seja transversalizada com a questão ética e com matéria de princípio

que subjaz a casos concretos. No mesmo sentido, a convicção moral quando assumida pelo juiz – e quando correspondida ao fundo comum de princípios epocais compartilhados – podem, pela tarefa hermenêutica, encontrar e corresponder à convicção daqueles que reivindicam e acreditam possuírem direitos em uma situação de fato. Por esta via a intersubjetividade se torna possível tal como encontramos, por exemplo, no *inter-est* arendtiano, na capacidade para o diálogo defendida por Gadamer e nas práticas de conversação acentuadas por Rorty. Isto nos lega, ainda, como resultado prolífico, um possível compartilhamento comum de interesses em prol de algo maior do que a coercibilidade mandamental da norma, ou seja, o interesse comum passa a ser, deste modo, o do melhor direito, quer dizer, dos princípios contemporâneos da justiça que, por intermédio de direitos humanos, se dispõem, enfim, como uma condição *sine qua* para a legitimação da norma jurídica mais contingente.

É por este processo que as convicções, competentemente exteriorizadas no discurso jurídico, podem se configurar como fonte de legitimação da positividade e se tornar, então, uma chave para a tarefa do juiz frente ao encadeamento temporal do direito, ou seja, caberia ao intérprete oficial inovar produtivamente pelo que já vem sendo enquanto transmissão tradicional a ser pragmaticamente legitimada. A aceitação da positividade não implica, portanto, apenas em promover o discurso metafísico de um legislador criado mentalmente para que se entenda uma intenção e que para apenas desta maneira se possa justificar e legitimar o *status* temporal do direito positivo. É preciso dirimir essa ambição transferindo-a para os seus vieses práticos a partir de situações concretas onde a tarefa hermenêutica passa a ganhar seu lugar mais apropriado. Por um viés pragmático é possível então dizer que mesmo diante das dificuldades de análise do espaço subjetivo do direito – o âmbito individual do intérprete – as convicções morais podem ainda ser trabalhadas naquilo que trazem de positivo para processos rotineiros de legitimação do direito: poderiam então significar a apropriação, pelo intérprete, de elementos pré-conceituais que se corresponderiam a um fundo reconhecível de princípios éticos fundamentais que surgem do mundo da vivência. Assim, quando algumas convicções correspondem ao fundo comum de princípios deontológicos que fundamentam ontologicamente a prática social do direito, a discussão sobre o justo se torna mais fácil de ser discutida por qualquer comunidade

de intérpretes já que desvinculada de suas qualificações metafísicas e conformada às imediações da realidade mundana.

CONCLUSÃO

Cabe concluir – ante o exposto – dizendo que a compreensão epocal do significado de direitos humanos a partir de nosso substrato cotidiano torna-se uma pedra de toque para qualquer prática interpretativa e, sobretudo, para discursos que procurem expandir os horizontes lingüísticos do direito e de seu fundamento humanista mais imanente. Neste sentido, o discurso pela significação dos direitos humanos passa a situá-los como uma discussão coerente sobre os próprios valores contemporâneos do direito e, queira-se, da própria justiça em um sentido não-metafísico. Ao falarmos dos contributos dispostos pela reflexão hermenêutico-filosófica buscamos ressaltar em como práticas discursivas voltadas para a questão do significado podem comunicativamente desvelar os horizontes de possibilidade que se sugerem na linguagem universal que caracteriza direitos humanos como um evento necessário de nossa epocalidade.

A significância destes direitos urge destarte ser trabalhada na forma de fundamentos que se reconstituam na tradição do próprio direito positivo por todos os seus vieses pragmáticos. Para tanto, o resgate hermenêutico de modelos compreensivos a partir da herança legada pelas *Humaniores* torna-se essencial para que possamos pragmaticamente desvelar os conteúdos éticos que se sugerem no movimento temporalizado do direito, de sua linguagem e, quisera, de sua própria técnica enquanto modo eficiente de adequação da linguagem universal de direitos humanos junto à cotidianidade mais elementar do direito positivo.

Ao falarmos, portanto, em uma fundamentação ética para direitos humanos, dizemos que, em linhas gerais, qualquer compreensão voltada a construir significados autênticos para esses direitos deve passar necessariamente sobre sua qualificação ética que no decorrer da dissertação enfatizamos, ademais, como um predicado do ser-com, ou seja, do próprio movimento ontológico da convivência humana. O pensamento hermenêutico da epocalidade permite-nos, pois, compreender que esta mesma convivência possui uma tradição específica e que se projeta para outros horizontes de possibilidade não deixando de ser um movimento do próprio ser-com enquanto uma ontologia fundamental do ser-aí – do a-ser humano.

Por conseguinte, práticas discursivas voltadas à compreensão destes direitos se tornam, nesta proposta, um aspecto essencial para a fundamentação justificatória do direito positivo por aquilo que há nele de eticamente melhor. Pelos argumentos que despendemos no primeiro capítulo, concluímos ainda que a representação discursiva da coercividade deve, de todo modo, corresponder ao retorno contemporâneo do direito para seus próprios fundamentos e, diga-se, já por intermédio dos conteúdos éticos que informados ao *jus positum* passam a ser reconstruídos simbolicamente por meio de nossas práticas interpretativas e, sobretudo, por nossas intuições éticas mais rotineiras.

Assim, o que eventualmente se critica dos valores e bens defendidos nas declarações de direitos humanos como se fossem mera utopia, lugar-comum ou obviedade, torna-se um argumento fraco na medida em que admitimos que a linguagem ética e universal destes direitos transcendem suas declarações que simbolizariam, afinal, a garantia política do tempo. Tal como na diferença entre o ser e o ente, as declarações nada mais são, sob este último aspecto, do que a garantia política que enseja o pensamento da ontologia e da razão de ser, quer dizer, do significado destes direitos. Aduzimos então, na dissertação, dois argumentos em prol da diferença ontológica: direitos humanos se tornam os fundamentos contemporâneos do próprio *jus positum* sendo, ainda, um movimento necessário do ser-com assumido como fundamento do humano enquanto ser-no-mundo.

Ressalte-se, entretanto, que pensamentos voltados para a questão do fundamento foram, ao longo do tempo, impropriamente obstruídos por nossa facticidade histórica e, doutro modo, pelo próprio modelo tecnicista da ciência jurídica que, mantendo-se sob os paradigmas metodológicos das ciências naturais, também demonstra ser um modelo contraposto ao desenvolvimento substancial da prática jurídica vista por conceitos humanistas. É pelo *ethos* humanista da cotidianidade – do direito e da realidade mesma – que a prática jurídica pode enfim se concatenar às discussões que toda *ars juris* deve promover sobre o bem ético e, ademais, sobre seu significado para o desenvolvimento epocal de nosso ser-com.

Para mais do que *turns* epistemológicos, o que viemos defendendo refere-se, mormente, ao papel que a linguagem deve ocupar não só para a reconstrução ética da instrumentalidade tecnicista da prática jurídica, mas, sobretudo, para as possibilidades

de descobrimento de outros horizontes significativos que o discurso jurídico deve também reter como condição mesma de sua própria racionalidade e legitimidade enquanto discurso normativo ou doutrinário. A questão da linguagem, como se sabe, pode ser trabalhada tanto por uma ética do discurso – como vemos em Habermas e Apel por exemplo – quanto pela discussão proposta pela hermenêutica filosófica.

Assim, sem defendermos qualquer *poesis* divinatória dos recônditos comunicativos do *logos*, o relevo dado às benesses monádicas e, sobretudo, intersubjetivas do *logos* nada mais são do que uma expressão contemporânea da necessidade de outros dizeres mais autênticos para a realidade humana a partir das próprias *Humaniores*. A fala ultimada pela expansão temática da linguagem universal já por seu *ethos* humanista faz transparecer a multiplicidade de ângulos e de antevisões que a entidade oferece como modo inicial de encontro ao ser que fundamenta a nós e à epocalidade na qual estamos ontologicamente subsumidos.

Nada mais oportuno do que uma ontologia contemporânea do direito compreendido por seus fundamentos humanistas e universais. Vivemos numa época em que o tecnicismo da hermenêutica de cânones e o modelo representativo da ciência jurídica perdem parte de sua validade em razão das inflações legislativas e, por conseguinte, da necessidade de práticas justificatórias de nossa contingencialidade normativa. Frente a isto, o pensamento sobre o fundamento e, como dissemos, do princípio ético que subjaz ao significado epocal do direito, tornam-se um “fala”, uma linguagem que deve ser, afinal, necessariamente desenvolvida pela revitalização da hermenêutica que fazemos de nós e, mais ainda, do sentido apreensível de nossa realidade na forma das ontologias que promovemos sobre o movimento epocal de nossa convivência.

BIBLIOGRAFIA

- APEL, Karl-Otto. *Estudos de Moral Moderna*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994
- ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. – 10ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- _____. *A Vida do Espírito*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. – São Paulo: Nova Cultural, 1987. p. 96.
- ARISTOTLE. *The Nicomachean Ethics*. London: Penguin Books, 1987
- BARTHES, Roland. *A Aventura Semiológica*. São Paulo: Martins Fontes, 2001
- BARTOLOMÉ RUIZ, Castor M.M. *As encruzilhadas do humanismo: a subjetividade e a alteridade ante os dilemas do poder ético*. – Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009.
- _____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.
- COSTA, Paulo Sérgio Weyl Albuquerque. *Autonomia e Norma Jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- DERRIDA, Jacques. *Apprendre à vivre enfin*. Paris: Éditions Galilée/Le monde, 2005.
- DESCARTES, Renée. *Discurso do Método*. – 4ª Ed. – São Paulo: Nova Cultural, 1987
- DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997.
- _____. *Não existe mesmo nenhuma resposta certa em casos controversos?* In: *Uma Questão de Princípio*. – 2ª Ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997.
- ENDICOTT, Timothy. *Law and Language*. Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/law-language/>. Acesso em 20/11/2009.
- FOUCAULT, Michel. *A Arqueologia do Saber*. – 7ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- _____. *As Palavras e as Coisas: uma arqueologia das ciências humanas*. – 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- GADAMER, Hans-Georg. *A Ideia do Bem Entre Platão e Aristóteles*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *L'art de Comprendre. Écrits 2: Herméneutique et champs de l'expérience humaine*. Paris: Éditions Aubier, 1991.

_____. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

GUASTINI, Ricardo. *Distinguiendo – estudos de teoria y metateoria del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999.

HAFSTAD, Fritjof. *Direito e Linguagem*. In: KAUFMANN, Arthur. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade – vol. 1 – 2ª Ed.* – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. – 5ª Ed. – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. – 3ª Ed. -. Petrópolis: Vozes, 2008.

_____. *A Constituição Onto-Teo-Lógica*. In: *Conferências e escritos filosóficos*. – São Paulo: Nova Cultural, 1989.

_____. *A questão da Técnica*. In: *Ensaio e Conferências*. – 3ª Ed. – Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2006.

_____. *O Que é Isto – a Filosofia? (Qu'est-ce que la Philosophie)* In: *Conferências e Escritos Filosóficos* – São Paulo: Nova Cultural, 1989.

_____. *Identidade e Diferença*. In: *Conferências e escritos filosóficos*. – São Paulo: Nova Cultural, 1989.

_____. *Introdução à Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Sobre a Essência do Fundamento*. In: *Ensaio e Conferências Filosóficas*. São Paulo: Nova Cultural, 1989.

HUSSERL, Edmund. *Investigações Lógicas: sexta investigação: elementos de uma elucidação fenomenológica do conhecimento*. – São Paulo: Nova Cultural, 1988.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

KAUFMANN, Arthur. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. – 6ª Ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998

- KELSEN, Hans. CAMPAGNOLO, Umberto. *Direito Internacional e Estado Soberano*. – São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- LAWLOR, Leonard. MOULARD, Valentine. *Henri Bergson*. Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/bergson/>. Acesso em 12/03/2010.
- LEGRAND, Gerard. *Dicionário de Filosofia*. Lisboa: Edições 70, 1983.
- MIRREILLE, Delmas-Marty. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética e Racionalidade Moderna*. – São Paulo: Loyola, 1993.
- PALMER, Richard. E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1969
- PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do Direito*. – São Paulo: Martins Fontes, 2005
- PEIRCE, Charles Sanders. *Conferências sobre o Pragmatismo* In: *Escritos Coligidos*. – 4ª Ed – São Paulo: Nova Cultural, 1989.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. – 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- PERELMAN, Chäim. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a Nova Retórica*. – 2ª Ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2005
- PONTY, Merleau. *O Metafísico do Homem*. – São Paulo: Nova Cultural, 1989.
- RICOEUR, Paul. *Les Conflits des Interprétations – essais d’hermeneutique*. Paris: Éditions du Seuil, 1969
- ROSENFELD, Michel. *Constitucional Adjudication in Europe and the United State: paradoxes and contrasts*. In: *International Journal of Constitucional Law*, vol. 2, nº4, 2004.
- RORTY, Richard. *A Filosofia e o Espelho da Natureza*. 3ª Ed – Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.
- _____. *Grandeza, profundidade e finitude* In: *Filosofia como política cultural*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- _____. *Pragmatismo e Política*. – São Paulo: Martins, 2005
- SARTRE, Jean-Paul. *O Existencialismo é um Humanismo*. – 3ª Ed. – São Paulo: Nova Cultural, 1987
- STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2001.
- _____. *Diferença e Metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.
- _____. *Exercícios de Fenomenologia – limites de um paradigma*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. – 5ª Ed. – São Paulo: Nova Cultural, 1991.

