

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

RICARDO ARAUJO DIB TAXI

**HERMENTÊUTICA COMO DIÁLOGO E A REDUÇÃO DA
ARBITRARIEDADE JUDICIAL**

BELÉM

2011

RICARDO ARAUJO DIB TAXI

**HERMENÊUTICA COMO DIÁLOGO E A REDUÇÃO DA ARBITRARIEDADE
JUDICIAL.**

Dissertação apresentada no programa de Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Pará – UFPA, linha Constitucionalismo, Democracia e Direitos humanos.

**Orientador: Dr. Paulo Sérgio Weyl
Albuquerque Costa**

BELÉM

2011

RICARDO DARAUJO DIB TAXI

**HERMENÊUTICA COMO DIÁLOGO E A REDUÇÃO DA ARBITRARIEDADE
JUDICIAL.**

Dissertação apresentada no programa de Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Pará – UFPA, linha Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos.

**Orientador: Dr. Paulo Sérgio Weyl
Albuquerque Costa**

BANCA EXAMINADORA

Nome: Dr. Paulo Sérgio Weyl Albuquerque Costa

Orientador - UFPA

Nome: Dr. Ernani Chaves

Examinador - UFPA

Nome: Dr. Vicente de Paulo Barreto

Examinador: UERJ - UNISINOS

RESUMO

Este trabalho trata da questão do grau de indeterminação na interpretação e aplicação do direito. Partindo da noção hermenêutica de que a compreensão de uma norma geral prévia é sempre um ato de deliberação criativa, busca-se mostrar que essa deliberação inclui sempre uma margem de arbitrariedade, a qual precisa, antes de ser criticada ou superada, ser compreendida a partir das necessidades concretas do direito, e não de uma pretensa adequação a normas previamente delimitadas. Assim, a redução da arbitrariedade é proposta não com base em um esquema teórico prévio que guie a “correta interpretação”, mas a partir de uma noção dialógica de hermenêutica, na qual as teses jurídicas deixam de ser compreendidas como idéias puramente lógicas e abstratas e passam a ser avaliadas sempre frente a um caso concreto, em uma relação dialética direta com as teses antagônicas e, sobretudo, com a tradição que está vindo à tona por meio daquela interpretação.

Palavras-chaves: Hermenêutica. Arbitrariedade. Diálogo. Prudência

ABSTRACT

This paper addresses the question of the degree of indeterminacy in interpretation and application of law. Based on the hermeneutical notion that understanding a general advance is always a creative act of deliberation, we seek to show that this deliberation has always included in it a margin of arbitrariness, which must, rather than be overcome or criticized, be understood from the concrete needs of the law, not by an alleged adequacy standards previously set. Thus, reducing the arbitrary proposal is not based on a previous theoretical framework to guide the "correct" interpretation, but from a notion of dialogical hermeneutics, in which legal arguments are no longer understood as a purely logical and abstract ideas and are always being evaluated against a case, in a dialectical relationship with the direct antagonistic theses, and especially with the tradition that is coming up through that interpretation.

Key-words: Hermeneutics. Arbitrariness. Dialogue. Prudence

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1 - A ARBITRARIEDADE NAS RAZÕES DO DIREITO	15
1.1 A PERCEPÇÃO COTIDIANA DO PROBLEMA	15
1.2 A LEGITIMIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	17
1.3 AS APORIAS DA CONCRETIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	20
1.4 A ACENTUAÇÃO DA QUESTÃO HERMENÊUTICA NA APLICAÇÃO JUDICIAL	22
1.5 AMPLIANDO O SIGNIFICADO JURÍDICO DE “ARBITRÁRIO”.	25
1.6 ARBITRARIEDADE E DISCRICIONARIEDADE	30
CAPITULO 2 - A SUBLIMAÇÃO DA ARBITRARIEDADE PELA RACIONALIDADE MODERNA.....	35
2.1 A SUBLIMAÇÃO DA ARBITRARIEDADE PELA RACIONALIDADE.....	35
2.2 A IDÉIA MODERNA DE RACIONALIDADE	39
2.2.1 O discurso do Método	41
2.2.2 A filosofia da consciência	45
2.3 A RACIONALIDADE NO DIREITO.....	49
2.3.1 A filosofia crítica de Kant	51
2.3.2 O positivismo normativo	55
2.4 A TEXTURA ABERTA NO POSITIVISMO SOCIOLÓGICO	58
2.5 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY	61
2.6 RONALD DWORKIN – NO LIMAR DA HERMENÊUTICA	71
2.6.1 A discricionariiedade e o reconhecimento dos princípios jurídicos.....	73
2.6.2 Institucionalismo e a tese da “única resposta correta”	79
CAPÍTULO 3 – O DIÁLOGO COMO ACONTECER PRÁTICO DA COMPREENSÃO E A REDUÇÃO DA ARBITRARIEDADE.....	89

3.1 APONTAMENTOS GERAIS SOBRE A TRADIÇÃO DA HERMENÊUTICA CONTINENTAL	89
3.2 O PERCURSO FENOMENOLÓGICO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA	95
3.3 O DIÁLOGO COMO LÓCUS PRIVILEGIADO DA EXPERIÊNCIA HERMENÊUTICA.....	105
3.4 O DIÁLOGO COMO CRÍTICA AO DOMÍNIO DA LÓGICA PROPOSICIONAL NO DIREITO	112
3.5 O RESGATE DIALÓGICO DA TRADIÇÃO E OS LIMITES NORMATIVOS DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA.....	120
3.6 ARBITRARIEDADE E O LIMITE DA LINGUAGEM.....	125
CONCLUSÃO.....	130
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	133

INTRODUÇÃO

O tema “redução da arbitrariedade” pretende claramente inserir este trabalho numa perspectiva pós-positivista, na medida em que, embasado em muitos trabalhos que vêm sendo publicados nas últimas décadas, busca também tratar a questão da indeterminação na aplicação do direito, considerando insuficiente a posição positivista que trata a questão em termos de uma discricionariedade inexorável, cuja tentativa de redução fugiria ao objeto da ciência jurídica.

Sabe-se que a descrição que o positivismo do século XX fez da interpretação judicial é cética quanto à possibilidade de se falar em *interpretações corretas*, na medida em que, para além da vinculação às balizas gerais que são o texto normativo, o Juiz teria um espaço no qual exerceria um ato de vontade, sem possibilidade de vinculação cognitiva que lhe tire essa “liberdade” de escolha entre várias possibilidades interpretativas.

Assim, esse trabalho tem como hipótese, dentre outras, que essa descrição é verdadeiramente insuficiente e que há sim possibilidades de considerar algumas interpretações corretas e outras francamente incorretas, e que, frente a um ponto de vista ético, essa visualização muitas vezes é evidente. Para tanto, é importante fazer uma revisão nos próprios critérios de avaliação do que seria uma resposta correta. O positivismo é insuficiente, antes de tudo, por pretender alçar o direito aos moldes epistemológicos das ciências naturais, em cuja seara a certeza, o método e a previsibilidade são os principais elementos.

A revisão da própria cientificidade do direito, acompanhada de uma crítica à objetividade e ao método, segue a tradição da hermenêutica continental que, desde o século XIX, tem mostrado que quando se fala em *interpretação* não se pode falar de um sujeito interpretando algo objetivo, mas de uma relação circular na qual a busca da

convicção não se dá pela análise distante e neutra, mas justamente pela imersão do interprete naquilo que pretende interpretar.

Entretanto, mostrar-se-á que essa tradição hermenêutica, ao mesmo tempo em que afasta a *compreensão* do âmbito estritamente científico, rechaça também os padrões de objetividade que acompanham a visão moderna de racionalidade, e que os pós-positivistas, na ânsia de vencer a discricionariedade positivista, acabaram incorporando.

Por isso, pode-se dizer que a importância dessa pesquisa não está só que no diz, mas no que tenta evitar que seja dito. A consciência da validade de um método é inafastável da consciência de seus limites. Assim, tão importante quanto criticar o positivismo e a arbitrariedade judicial que lhe é atribuída é também mostrar que a interpretação nunca será tão somente um ato de conhecimento. Que a passagem do geral para o particular mantém algo de arbitrário na medida em que não é determinado previamente nem por textos normativos, nem por princípios implícitos e muito menos por cânones ideais de discurso.

Assim, o primeiro capítulo deste trabalho é destinado a explorar a noção de arbitrariedade, primeiro sob o ponto de vista cotidiano, dos participantes da prática diária do direito, depois ampliada a problemas de interpretação constitucional que se tornaram populares nos últimos tempos e que alçaram a questão hermenêutica a outro patamar, passando a considerar não só necessária como imprescindível criação por parte do julgador de sentidos ainda não presentes no texto normativo, embora fundamentais à boa resolução de inúmeros casos, sobretudo aqueles que envolvem o texto constitucional e o conteúdo programático nele trazido.

No segundo capítulo, o enfoque volta-se criticamente às tentativas de superar e extirpar a arbitrariedade do direito. Dentre as diversas formas pelas quais tal empreitada pôde ser tentada, buscou-se fazer um recorte naquelas que, tomando por base o paradigma racionalista da filosofia moderna, buscaram racionalizar as razões do direito e

o próprio processo de discussão e interpretação de modo a torná-lo compreensível em todos os aspectos, afastando qualquer obscuridade.

Dessa maneira, a racionalidade deixa de ser apenas um meio de garantir certezas independentes de valoração, como passa ela mesma a ser um valor. O certo, o controlável e o comprovável tornam-se a coisa mais importante na medida em que afastam o pessimismo gerado pelo duvidoso, pelo arbitrário e, em resumo, pelo que aparece como incompreensível.

No pensamento jurídico contemporâneo, o *arbitrário* contra o qual se volta o ímpeto da racionalidade é justamente a interpretação, na medida em que nesta se precisa responder à singularidade dos casos mediante balizas prévias necessariamente insuficientes para dar uma resposta completa. Por isso, os filósofos do direito buscam de qualquer maneira argumentos para provar que há sim possibilidades de seguir as balizas gerais, de argumentar com base em um *direito prévio*.

É, pois, justamente essa racionalização que é tratada no segundo capítulo como algo totalizante, algo que, ao mesmo tempo em que traz parâmetros importantes para o direito, reduz a sua amplitude fenomênica. O importante, contudo, não é descaracterizar o racional, advogando em prol de um direito irracional, sensível e não intelectual. Ao invés de realizar uma contraposição de métodos, trata-se muito mais de *mostrar o lado irracional que sempre permanece na racionalidade*.

A ciência não é capaz de julgar a si mesma. Assim, é preciso encontrar um ponto anterior a partir do qual se possa ver a ciência do direito como de um ponto de vista privilegiado. Curiosamente, este *locus* privilegiado não está *fora* do direito, mas dentro dele, em seu acontecer mais íntimo por excelência.

Assim, o segundo capítulo visa mostrar a insuficiência da racionalidade metódica, mas sem o condão de buscar abandoná-la, mas simplesmente mostrando que há uma vinculação efetiva de “apetição” que lhe é anterior, e que precisa vir à tona para se

compreender a própria escolha da racionalidade como meio correto de legitimar sistemas e de decidir questões de modo não arbitrário.

Aqui, é importante também que fique claro que este trabalho não trata indiscriminadamente *arbitrariedade*. Obviamente, há casos em que um Juiz ou alguém que detém poder busca ver concretizados seus interesses particulares e, desse modo, impõe seu arbítrio frente à legalidade que deveria ser seguida, mas que não o é por falta de senso público - de uma incorporação efetiva da tradição do Estado Democrático de Direito. Todavia, a arbitrariedade que se busca revisar aqui é aquela que existe mesmo na busca de se cumprir a legalidade, na busca de seguir parâmetros, de aplicar princípios ou de “fazer justiça”.

Deste modo, quando se diz que a racionalidade moderna *sublimou* a arbitrariedade, não se trata da constatação de uma insuficiência completa de qualquer racionalidade no direito, mas da constatação de que permanece havendo algo de incontrolável mesmo na decisão racional.

Em todo caso, é importante ficar claro que a racionalidade jurídica contemporânea, por mais que tenha pontos de aproximação com a gênese cartesiana, não é mais a racionalidade matemática e teoricamente imutável e desenraizada de qualquer tradição. Atualmente, sobretudo em filósofos como Dworkin, a perspectiva da racionalidade é muito mais uma razão dentro de uma tradição de princípios do que a elaboração de certezas matemáticas para o direito que possam ser atingidas através de um questionamento cartesiano.

Mesmo assim, a crítica ainda é importante uma vez que seu alvo fundamental não é o modo como é construído a racionalidade, mas sim o fato de que a opção de decidir ou não racionalmente, seguindo parâmetros intersubjetivos, carrega consigo uma opção anterior, um engajamento efetivo em algo que *não é dito*. Por isso Gadamer diz que hermenêutica é a compreensão daquilo de não dito que está em tudo que é dito (GADAMER, 2002).

No terceiro capítulo, portanto, partindo do pressuposto de que esse “não-dito” é fundamental e não pode ser evitado, busca-se meios de fazer emergir essas razões que permanecem veladas pelas proposições jurídicas consideradas em si mesmas, que buscam sempre ser claras, diretas e não contraditórias.

Assim, a partir da hermenêutica filosófica, busca-se mostrar que mesmo as afirmações mais teóricas em direito são sempre fruto de um diálogo prévio, ou seja, são sempre feitas com a finalidade de postar-se criticamente frente à alguma posição contrária, ao mesmo tempo que prestam-se também a afirmar alguma tradição. Por isso é que, quando se fala em *hermenêutica como diálogo*, está se dando ênfase sobretudo à essa estrutura dialogal da construção do conhecimento e, ademais, à importância de compreender as assertivas e os debates jurídicos não como proposições isoladas, mas a partir dessa imersão dialogal.

Contudo, a noção hermenêutica de *diálogo* não funciona unicamente para criticar a lógica proposicional em defesa do caráter dialético da compreensão. Mais a fundo, Gadamer observa que no ato de se colocar em diálogo, de considerar a falibilidade das próprias razões e admitir o que o argumento contrário tem a acrescentar, encontra-se uma abertura humana fundamental às questões pré-teóricas, quase pré-linguísticas, que têm no diálogo uma via privilegiada de acesso e que permitem o chamado *milagre da compreensão* como fusão de horizontes. (GADAMER, 2002).

Pelo dito, o objetivo desse trabalho é reestruturar a noção de arbitrariedade a partir não do ponto de vista da ciência, mas da tradição hermenêutica, que muitas vezes se aproxima mais de uma crítica de arte e de uma imersão no problema da consciência histórica. No mais, busca-se apontar meios de reduzir a arbitrariedade na passagem da norma geral para o caso particular a partir da compreensão desses dois aspectos presentes na chamada *estrutura dialogal*, que buscam trazer à tona a complexidade escondida nas razões do direito, no mais recôndito e não dito do que parece óbvio, simplesmente proposicional.

Ao mesmo tempo, como já dito, busca-se impedir a construção de teorias da decisão, mostrando a impossibilidade de se afastar a questão da escolha (*phronesis*) no momento da aplicação judicial em prol de balizas anteriormente traçadas. Para tanto, adentra-se mais a fundo na discussão propriamente hermenêutica, mostrando que a hermenêutica filosófica não pode ser *instrumentalizada*, pois é muito mais um esclarecimento, uma forma fenomenológica de falar das coisas e de se aproximar da questão ética do que um modo de responder às incertezas do direito ou de construir formas de atingir verdades ou compreender corretamente.

CAPÍTULO 1 - A ARBITRARIEDADE NAS RAZÕES DO DIREITO

1.1 A PERCEPÇÃO COTIDIANA DO PROBLEMA

Na vivência judiciária cotidiana, é perceptível uma espécie de consenso acerca do caráter problemático das interpretações que os juristas fazem do ordenamento jurídico quando das aplicações e fundamentações das decisões judiciais. Decisões distintas para casos idênticos realizadas por Juízes de diferentes varas de um mesmo Tribunal deixam perplexos aqueles que têm seus casos levados ao Poder Judiciário e impedem que se possa ter uma expectativa acerca do resultado de determinada demanda, e isso mesmo para casos simples.

Com toda a espécie de ditados populares e reclamações veladas, advogados e membros do Ministério Público criticam a falta de critérios seguros para saber como os Juízes decidirão os casos. Promotores e procuradores dão pareceres diferentes para casos idênticos e pareceres iguais para casos substancialmente diferentes, causando a impressão de que os casos não são verdadeiramente analisados, senão que superficialmente encaixados em fôrmas pré-determinadas por esses juristas.

Somado a isso, o imaginário jurídico parece pautar-se pela idéia de que *a lei é clara* e de que determinado caso deve ter uma resposta jurídica pronta de antemão, ainda que possa não satisfazer critérios morais ou expectativas do que deva ser uma decisão justa. Por essa razão, a pluralidade de interpretações de um dispositivo legal aumenta o desconforto e cria uma descrença geral na possibilidade de realização do Direito, que passa a ser visto como demasiadamente incerto e volúvel.

Na medida em que essas incertezas ocorrem não somente em casos nitidamente mal decididos, mas também em situações nas quais os juristas preocuparam-se em construir respostas condizentes com o problema enfrentado, o problema da arbitrariedade

não fica adstrito a uma questão ético-jurídica (respeito às leis), mas amplia-se a uma questão filosófica, é dizer, à capacidade dos juristas de concretizar o ordenamento jurídico de maneira seguramente previsível e ao mesmo tempo justa.

Em suma, a arbitrariedade paira sobre a facticidade do Direito não apenas no sentido mais negativo da palavra, que a identifica como um *decidir baseado em intenções particulares e não em regras*, mas também na busca pela aplicação *correta* de textos legais e princípios jurisprudencial e doutrinariamente construídos, os quais, não tendo como ser subsumidos mecanicamente ao caso concreto, impõem ao Juiz um exercício criativo, inafastável de qualquer decisão judicial.

Por outro lado, diversos juristas tanto no âmbito prático quanto acadêmico defendem a possibilidade e em muitos casos a obrigatoriedade de interpretar literalmente os dispositivos legais, visto que a atribuição de sentido dotada ali pelo legislador é já amplamente suficiente para responder àquele caso. Assim, acréscimos de sentido e visões divergentes seriam arbitrárias posto que desnecessárias.

Em todo caso, mesmo os juristas mais apegados à *literalidade da lei* têm consciência de que há textos legais que não respondem a certos casos jurídicos e que nem analogicamente podem encontrar uma definição satisfatória. Casos como os pleitos por tratamentos médicos milionários para curar doenças raras claramente não são satisfeitos pela literalidade do direito constitucional à saúde, gerando inevitavelmente nos tribunais discussões sobre como melhor garantir esse direito, sobre o que efetivamente o *espírito do constituinte* tinha em mente ao normatizar a saúde como direito fundamental de todos e dever do Estado.

Através desse exemplo, toca-se um ponto capaz de aprofundar a questão. A compreensão da arbitrariedade em determinada prática jurídica não pode ser feita pela subsunção de uma espécie de ontologia da arbitrariedade a todo e qualquer sistema jurídico. É preciso investigar o modo como funciona determinado ordenamento jurídico, a maneira como este dispõe e pressupõe suas normas e o modo pressupõe a legitimidade

de uma decisão, pois o caráter arbitrário será encontrado justamente por antagonismo a esses critérios de legitimidade, ou ao modo como os participantes desse ordenamento compreendem esses critérios.

1.2 A LEGITIMIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O ordenamento jurídico brasileiro, após vinte anos de uma dura experiência ditatorial, teve promulgada uma Constituição Federal (1988) redigida com a missão de redemocratizar o país e de transformar radicalmente o modelo de Direito que fora de certo modo construído pela tradição jurídica patrimonialista e autoritária do Brasil até então.

Logo no primeiro artigo da carta Constitucional encontra-se a definição do Brasil como um Estado Democrático de Direito, conceito este que vem em resposta a um amplo rol de problemas que precisa ser elencado. Em primeiro lugar reafirma-se tratar de um Estado de Direito, que desde a revolução francesa vem sendo entendido como um governo baseado nas leis, na igualdade, na impessoalidade, na teórica extensão de direitos fundamentais a todos e na impossibilidade de privilégios, punições e prerrogativas que não sejam legal e previamente estabelecidas, vedada qualquer discriminação.

Ademais, essa definição comporta também a já existente cultura de um Estado social, que deve não só garantir a reserva legal a todos mas deve buscar prover positivamente os direitos das pessoas, dando condições materiais para que possam viver de maneira digna. Direitos como trabalho, saúde, educação, cultura, que são consubstanciados em *prestações positivas* por parte do Estado, aparecem aqui como um elemento constituinte do ordenamento jurídico e impositivo de um dever ao Estado que está consideravelmente para além do Estado liberal classicamente compreendido.

Em todo caso, a decisão de como concretizar a Constituição, isto é, como usar os recursos públicos, de como efetivar esses direitos, de como reprimir penal ou extrapenalmente as violações a direitos, não pode mais ser tomada por critérios de maioria, que durante muito tempo foram o argumento de legitimidade dos membros eleitos da sociedade como representantes da maioria do povo.

A conceituação do Estado de Direito como *Democrático* sinaliza uma nova forma de compreender também essa questão, se entendendo por democracia não apenas regra de maioria, mas um jogo no qual todos os participantes têm direito a serem ouvidos e ter suas convicções e opiniões levadas em consideração no processo decisório. Assim, as minorias devem tornar-se tão protagonistas das decisões Estatais como a maioria, gerando obrigação ao Estado de defender direitos amplamente violados e tidos antes como não especialmente problemáticos, como a cultura dos indígenas, os direitos dos homossexuais e outras situações particulares antes não levadas minimamente em consideração.

Mas o Estado Democrático de Direito não tem só essa dimensão política em sentido geral. Há também uma intenção de transformação das práticas judiciais em sentido mais restrito. Um claro exemplo disso é a modificação de uma visão individualista do Processo e da garantia de direitos para uma concepção mais social e difusa, considerando as demandas de massa e os diversos conflitos sociais que não podem ser resolvidos no âmbito individual. Nesse mesmo sentido, Direitos como saúde e educação impõem ao Judiciário um dimensionamento trans-individual de ação, visto que precisa trabalhar com questões como escassez de recursos, sistemas inteiros de saúde sucateados e direitos individuais de índole inafastável que sofrem violações absolutas em todo o país.

No âmbito processual, a idéia de Estado democrático impõe também profundas alterações. Busca obrigar o Juiz a afastar-se da sua quase mística imagem tradicional e trazê-lo ao mesmo nível hierárquico e argumentativo das partes, propiciando melhores

condições de debate. Do mesmo modo, impede decisões discriminatórias e não juridicamente fundamentadas. Aqui é preciso um reforço. A fundamentação tornou-se critério importantíssimo de legitimidade de decisões judiciais, pareceres ministeriais, peças processuais, evitando assim, ao menos em tese, que interesses pessoais pautem as decisões.

Um baluarte da idéia de fundamentação que foi incorporado ao processo civil brasileiro é o chamado “livre convencimento motivado”, fruto da preocupação com a necessidade do Juiz não ficar preso a critérios formais e exatos de apreciação das provas, mas ao mesmo tempo decidir com base em critérios jurídicos e expor fundamentadamente seus motivos.

Em suma, O Estado Democrático de Direito é aos poucos assimilado como uma fuga da arbitrariedade do autoritarismo e dos interesses pessoais em prol da concretização dos direitos. Ministros de Tribunais superiores passam a usar cada vez mais fundamentações complexas para legitimar suas decisões como não arbitrarias, como fundadas em razões legítimas, de índole política, jurídica e mesmo filosófica.

Cresce consideravelmente o número de mecanismos processuais tendentes a uniformizar a jurisprudência nacional e amarrar as decisões de primeiro grau e até de segundo grau à jurisprudência e às súmulas dos tribunais superiores, buscando evitar assim um problema já dito no primeiro tópico, que é a pluralidade de decisões distintas para casos idênticos, considerada pelo ordenamento como fruto do arbítrio dos juízes.

Nessa linha, diversos juristas, como o processualista Fredie Didier (JR., 2010) defendem que a eliminação da arbitrariedade é inclusive muitas vezes mais importante que a efetiva justiça de determinado caso. Uma súmula ruim editada por um tribunal superior, porquanto possa ser injusta, será ao menos injusta para todos, sem discriminações e tratamentos diferenciados que fatalmente ocorrem quando cada Juiz pode decidir de acordo com sua convicção. Isso sim seria uma agressão intolerável ao Estado Democrático de Direito e aos princípios que lhe inspiram.

1.3 AS APORIAS DA CONCRETIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Os pontos acima fixados como pilares da legitimidade do ordenamento jurídico brasileiro, porquanto tenham sido explanados com remissão direta à Constituição Federal, não foram citados aqui a partir de uma interpretação da “intenção” do legislador Constitucional, a qual, como se dirá adiante, é algo secundário no processo hermenêutico. Trata-se, em verdade, de interpretações da carta constitucional que foram sendo feitas desde sua promulgação tanto pela academia como pelos tribunais e, assim, foram moldando aos poucos o começo de uma forma de compreender o Estado de Direito.

Contudo, infelizmente, o problema que essas idéias buscaram resolver permanece praticamente inalterado. O inovador e criterioso texto Constitucional não logrou a igualdade e a extirpação da discriminação. Privilégios e garantias pessoais, favores e interpretações tendenciosas permanecem fortemente presentes no cotidiano do país. Como acentua o Professor Lênio Streck, a jurisdição penal permanece punindo pessoas de baixa renda, com penas gravíssimas para delitos de bagatela. Os delitos de colarinho branco, crimes gravíssimos que afetam milhares de pessoas e são cometidos não por um indivíduo mas por organizações permanecem um desafio não resolvido e de certo modo ignorado pelo Judiciário (STRECK, 2009).

No mesmo sentido, o princípio da *função social da propriedade* é muito eficiente para resolver problemas simples de Direito urbano, mas não modificou a realidade de um Estado como o Pará, no qual dezenas de fazendeiros são donos de milhares de hectares improdutivos “conquistados” por processos dúbios de apropriação agrária.

Ao se vislumbrar a questão da fundamentação das decisões judiciais, e do processo de um modo geral, a situação problemática continua. Substitui-se a antiga

fundamentação na letra da lei por súmulas e princípios jurídicos (existem na doutrina brasileira centenas de princípios), mas as pessoas não sentem que seu problema foi efetivamente conhecido. Se os princípios buscavam garantir legitimidade mostrando balizas morais que inspiraram a escolha de determinada lei, tal não ocorreu uma vez que, porquanto não estejam ausentes de quase nenhuma decisão, a razão para a escolha de um ou outro princípio traz à tona o mesmo problema da arbitrariedade que essas fontes normativas teriam vindo resolver ou ao menos apaziguar.

O movimento de uniformização jurisprudencial não resolveu o problema da arbitrariedade, senão que lhe deu novos contornos. A arbitrariedade possui um caráter geral que pode ser vislumbrado por decisões distintas para casos semelhantes, que é o que as súmulas tentaram corrigir. Entretanto, o que tem acontecido é tão grave quanto o problema anterior. Diversas demandas judiciais são decididas antes de serem apreciadas sob o argumento de que se trata de “processos repetidos”, quando na verdade há substanciais diferenças entre tal situação e aquela sumulada ou reiteradamente decidida. Diversos casos estão sendo analisados grosso modo, taxados como “repetidos” sem que a sua singularidade seja eficazmente analisada. A motivação prévia dos tribunais em uniformizar a jurisprudência vê semelhanças onde há diferenças e assim gera em sentido contrário a mesma arbitrariedade, é dizer, trata de maneira igual o que é diferente como remédio para o tratamento diferente de casos iguais.

Esses são só alguns exemplos. Muito ainda poderia ser dito acerca da arbitrariedade e da crise de legitimidade do Estado Democrático de Direito e inefetividade da Constituição Federal de 1988. Contudo, uma ressalva produtiva e fundamental deve ser feita. Os elementos apontados anteriormente como via de legitimidade para o ordenamento jurídico não lograram resolver o problema, mas lograram evidenciá-lo, ao menos em parte. Foi dito que a arbitrariedade é vista como discrepância de um modelo ideal, e essa constatação funciona aqui na medida em que, a partir do momento em que a teoria do Direito no Brasil incorpora um modelo mais sofisticado de compreensão e sistematização do Direito, o contraste com a realidade fica mais acentuado.

Pode-se mesmo dizer que a própria realidade passa a ser vista e valorada como mais problemática na medida em que se constroem discursivamente exigências maiores de legitimidade democrática e de Justiça social.

1.4 A ACENTUAÇÃO DA QUESTÃO HERMENÊUTICA NA APLICAÇÃO JUDICIAL

A distância entre as chamadas fontes do Direito, como textos legais, doutrina, jurisprudência e a exigência concreta de sua materialização (interpretação frente ao caso concreto), porquanto não seja algo abertamente tratado no cotidiano, está certamente presente no senso comum teórico positivista dos juristas (COSTA, 2008). As próprias constatações anteriores, acerca da dificuldade em determinar o resultado de certo pleito judicial, mostram que essa problemática é bem conhecida de todos.

Entretanto, a recente crítica geral a interpretação formalista da Constituição e em especial de suas normas programáticas, ao mesmo tempo em que advoga uma exigência de materialização do Direito, de sua efetividade, descortina um problema que até pouco tempo era mais facilmente encoberto.

Trata-se justamente da questão hermenêutica. Foi dito no começo que os juristas de um modo geral tendem a tratar as leis como óbvias, unívocas. Por isso é que quando dois juízes, frente ao mesmo caso, decidem de maneira distinta, a comunidade jurídica tende a ver tal fato como um equívoco de um dos dois juízes, que não logrou compreender adequadamente a situação.

Quando, porém, o Judiciário é chamado concretizar princípios ambientais, direitos coletivos como saúde e educação e remédios Constitucionais como o mandado de injunção, a problemática hermenêutica não pode mais ser encoberta. Os juristas passam a

ter mais diretamente que dar resposta a casos para os quais o máximo de balizas oferecidas pelo ordenamento jurídico são orientações morais (princípios), além de exigências normativas bastante genéricas. Essa situação traz à tona a formação política dos juízes, sua sensibilidade humanística e sua capacidade de conhecimento da Economia e do próprio Direito como um todo.

Não que esses elementos não fossem necessários antes. Eram apenas encobertos, tratados como secundários e raramente mencionados, a não ser quando determinado caso que exigia uma participação explicitamente criadora um pouco maior por parte dos juristas.

Agora, contudo, caiu o pano do Juiz como boca da lei e o seu compromisso político-social lhe logrou as pesadas críticas que antes não lhe eram dirigidas, já que sua atividade parecia consideravelmente mais restrita. Era mera aparência, pois que, de fato, esse compromisso sempre foi exigido dos Juízes.

Essa é a faceta mais importante que está sendo levantada aqui neste tópico. As diversas exigências constitucionais que antes eram afastadas ao plano político e agora se traduzem em um problema concreto do Judiciário, mais do que criar um engajamento efetivo do Juiz com a complexa realidade em que vive, mostrou que esse engajamento sempre esteve presente. Mesmo ali onde parecia estar em jogo critérios técnico-jurídicos. A responsabilidade humanística, a avaliação econômica e a arbitrariedade em seu sentido bom e ruim já estavam presentes.

Por essa razão, a problemática hermenêutica, embora ainda seja cotidianamente tratada de modo restrito, não é mais levantada somente quando se trata de princípios e de textos legais genéricos. O que antes era considerado unívoco foi aos poucos, com a ajuda dessa evolução “materializadora”, sendo descortinado como plurívoco, problemático e portanto não estritamente jurídico (em sentido técnico).

É verdade que atribuir apenas essa causa à maior discussão contemporânea da problemática hermenêutica seria um grave reducionismo. As constatações feitas acima também haviam, de algum e menor modo, sido discutidas sob o pano de fundo de problemáticas anteriores a essa. É notório, porém, o incremento da discussão na atualidade. Até os livros dogmáticos, que durante muito tempo reservaram meia dúzia de introdutórias páginas à hermenêutica só para especificar que existe interpretação literal, teleológica, analógica e histórica parecem agora falar um pouco mais de como o Juiz valora e de certo modo cria a norma para o caso concreto, o que, vale ressaltar, Kelsen já dizia (KELSEN, 1998).

Parece estar ganhando adesão mais geral agora a importante constatação de que a hermenêutica vai além da escolha e do bom uso de regras de interpretação. O que antes era tratado como “preenchimento de lacunas”, agora é visto como a importância do preenchimento do Direito. Ressalte-se que não se está a dizer aqui que essa visão tomou conta da práxis judiciária. Apenas que há um indiscutível apontamento nessa direção.

Com isso, a questão da arbitrariedade torna-se também um problema mais discutido. Se os juristas, acostumados a pensar o Direito como um sistema coerente, racional e unívoco de textos normativos e problemas práticos, precisam agora deparar-se com o problema também hermenêutico da concretização e materialização do direito, naturalmente perceberão mais claramente o elemento arbitrário nas decisões judiciais. Criticar-se-á, então, de maneira de certo modo nova no Brasil um problema que é antigo, mas que até uma década atrás era discutido de maneira isolada por uma pequena parte da academia, longe demais que estava do cotidiano, de onde o Direito acontece no sentido mais prático do termo.

A essa altura, é necessário dizer mais sobre a arbitrariedade. Foi dito até agora como a mesma é identificada no cotidiano prático do Direito e quais elementos da tradição jurídica colaboram com essa concepção. Em todo caso, mostrou-se também que tal noção veio acompanhada de uma concepção negativa. Foram sobretudo os problemas da aplicação judicial que despertaram a atenção para esse elemento. As boas decisões

judiciais, por alguma razão, parecem ao senso comum teórico do Direito cumprir algo que era óbvio antes, isto é, parecem não conter elementos de arbítrio, senão de concretização do que estava claramente exposto nos textos normativos que a embasaram.

Isso mostra que as pessoas tendem a problematizar mais atentamente aquilo que as prejudica, incomoda. Mas não parece ser só essa a questão. O termo *arbitrariedade*, como construído pelo seu uso na tradição ocidental, tem um caráter claramente pejorativo, oposto à racionalidade. Arbitrário é quem não faz o que deveria fazer, mas o que *quer* fazer, mascarando suas intenções particulares. Umberto Eco, em sua obra *Limites da interpretação* (ECO, 2004), chega a conceituar como “uso do texto” a interpretação que, ao contrário de tentar compreender o que ali está dito, instrumentaliza o texto para atingir interesses particulares, ou seja, faz o texto falar o que aquele interprete quer que seja dito, por razões várias.

No Direito, um interprete que “usa” o texto seria aquele que já tem interesses políticos, pessoais ou etc.. em relação à determinada resposta jurídica, e faz caprichosamente o texto jurídico dizer aquilo que pessoalmente o interprete quer que aconteça, sem antes tentar compreender o que o texto tem realmente a dizer. Não deixa o *texto falar por si*, para usar a expressão gadameriana (GADAMER, 1999).

Em todo caso, a par desse caráter pejorativo que paira sob a idéia de arbitrariedade, esse conceito parece remeter a uma atitude mais complexa que possivelmente está na raiz do próprio acontecimento hermenêutico. É preciso, então, para poder identificar e problematizar adequadamente a arbitrariedade na interpretação judicial, aprofundar essa noção.

1.5 AMPLIANDO O SIGNIFICADO JURÍDICO DE “ARBITRÁRIO”.

No dicionário analógico da língua portuguesa¹ escrito por Francisco Ferreira dos Santos Azevedo (AZEVEDO, 2010), o termo *arbitrariedade* aparece três vezes, primeiro como um dos análogos de *desconformidade*, posteriormente ligado à *tiranía* e *ilegalidade*. Por essas analogias, liga-se o comportamento arbitrário diretamente ao não seguimento de um sentido prévio, de regras. Isso porque ninguém qualifica de arbitrária uma escolha relativa a gosto pessoal, por exemplo, como preferência de paladar. Talvez muitos concordassem que esse tipo de escolha é arbitrário, mas esse tipo de questão não se discute porque não há prejuízos ou pontos problemáticos nessas preferências.

Contudo, já há muito tempo os juristas perceberam que a arbitrariedade não é simplesmente uma questão de escolha errada ou de ação deliberadamente voltada a interesses pessoais. É óbvio que isso também acontece e é óbvio que o problema das escolhas éticas e do compromisso moral dos juristas continua presente na sociedade e lhe causa terríveis danos. A arbitrariedade, porém, vai além dessa visão reducionista de que os juristas agem arbitrariamente simplesmente porque não têm compromisso moral. Como já dito, as dificuldades em aplicar o Direito frente a um caso concreto são extremamente complexas e imiscuem-se, como bem notou Ronald Dworkin, em questões político-filosóficas bem mais complexas do que o simples objeto imediato de determinado problema jurídico (DWORKIN, 2003).

Como dito desde o começo deste trabalho, decidir um caso jurídico não é simplesmente compreender e aplicar regras preexistentes. Trata-se de postar-se frente a um problema prático concreto e dar uma resposta tão singular quanto singular for o caso. Isso impede que se compreenda a interpretação de textos normativos como uma atividade de pura compreensão de um sentido prévio geral. Ao contrário, trata-se da de uma individualização da regra geral construída a partir de balizas concretas (daquele caso).

1

¹ Trata-se não de um dicionário comum, mas de um compêndio de idéias afins, voltado à ampliação não só do pensamento acerca do que significa determinada palavra, mas também disposto a ajudar aqueles que querem transmitir uma idéia mas não encontram a palavra adequada para tal.

Compreender de maneira pior, ou melhor, essas balizas é algo que deve ser discutido e trabalhado.

Mesmo assim, individualizar uma regra geral não é suficiente para responder à demanda prático-normativa que ali se apresenta. A dimensão normativa do Direito consiste no fato de que este deve responder a exigências, e é justamente a especificidade das exigências trazidas pelos novos casos o que justifica que se analise novamente e que se construa um processo judicial, pois do contrário bastaria aplicar decisões ou leis anteriores em um processo burocratizado e não cognitivo.

Assim, controlar a arbitrariedade no âmbito jurídico não significa simplesmente estabelecer padrões para a compreensão das normas (o que em si já é refutável e problemático), mas estabelecer caminhos intersubjetivamente cognoscíveis para a resolução de questões que ainda não estão postas, isto é, *o balizamento da criatividade do interprete*, posto que se sabe de antemão que o mesmo não aplicará simplesmente o Direito mas fará *justiça no caso concreto*, o que faz com que o texto legal ou o princípio jurídico seja compreendido a partir da concretude. Isso é o mínimo que um Juiz pode fazer, posto que do contrário estaria sendo arbitrário no pior sentido do termo, isto é, aplicando uma interpretação pré-determinada sem adaptá-la às peculiaridades daquele caso. É a pior maneira de não respeitar a singularidade e a complexidade das questões sociais.

A essa altura, portanto, deve ser elaborada uma noção mais sofisticada de arbitrariedade judicial. Se a questão jurídica fundamental é realizar o Direito no presente, ainda que vinculado à tradição jurídica como um todo, não se pode considerar um jurista arbitrário por fazer o texto legal dizer que algo que não está *expresso ali*. Primeiro porque essa objetividade não existe e há muito tempo a filosofia já mostrou que esse tipo de objetividade é uma ingenuidade grosseira. Segundo porque *fazer o texto dizer algo novo* é exatamente o que se impõe a um jurista sensível à concretização do Direito, que traz implícita em si uma atualização do pensamento jurídico àquela nova situação que ali se impõe. Veja-se como A. Castanheira Neves expõe essa questão:

O que se pretende não é compreender-conhecer a norma em si, posto que sob o estímulo hermenêutico de um certo caso que se ofereça como a situação história de compreensão da norma, e sim obter da norma ou através dela o critério exigido pela problemática e adequada decisão judicativa do caso: o caso não é apenas a condição histórico-situacional da compreensão da norma, o factor situacionalmente hermenêutico dessa compreensão, mas a própria determinante problemática da intenção interpretativa. O que significa, evidentemente, que é o caso, e não a norma, o *prius* problemático-intencional e metódico – não se intenciona o problema interpretativo, nem se parte metodicamente nele *da norma para o caso* (em ordem a uma aplicação da norma que a sua prévia e abstrata interpretação possibilitasse), mas *do caso para a norma* (mediante a interrogação do critério normativo adequado que a norma possa oferecer ao caso. (NEVES, 2003 p. 80).

De qualquer modo, à constatação dessa exigência normativa não se pode acrescentar que o jurista seja livre para fazer isso da melhor maneira que considerar correta. É verdade que o controle disso envolve questões hermenêuticas cientificamente inacessíveis (isso será mais discutido à frente), mas deve haver algum meio de buscar legitimar essas possibilidades *atualizadoras* do interprete. Caso contrário, só poderia ser considerada arbitrária a interpretação que decidisse de maneira não fundamentada, como no famoso caso Richarlysson, no qual não há nenhum Direito sendo interpretado frente a um caso concreto, mas uma pura violação à igualdade de todos perante a lei. Todos hão de concordar que parece óbvio que a idéia de arbitrariedade não se limita a casos extremos como esse.

Alguma indeterminação, contudo, fatalmente haverá, e não terá como ser resolvida. Se isso de algum modo traz ínsita alguma arbitrariedade, é algo que ainda precisará ser mais elaborado. Contudo, conforme salienta Inocêncio Mártires Coelho ao tratar da liberdade de interpretação/aplicação concretização do Direito:

Definitivamente, a indeterminação das disposições gerais e dos princípios jurídicos possibilita se adotem decisões de conteúdo diferente, embora assentadas no mesmo fundamento normativo. Trata-se de uma idéia que, atualmente, parece já estar consolidada, embora se registrem algumas resistências a esse entendimento. A sua aceitação, por outro lado, amplia o reconhecimento da discricionariedade judicial, dado que a ocorrência de decisões distintas – e, por vezes, contraditórias – só pode ser justificada se atribuirmos aos juízes algum poder de escolha no exercício da sua atividade.

Negar esse fato, pura e simplesmente, significa voltar as costas à realidade, o que não parece adequado. (COELHO, 2010 p. 155).

Com essa afirmação, que de certo modo é uma implicação da consequência percebida por Castanheira Neves na transcrição anterior, ataca-se a base do que durante muitas décadas foi conhecido como *segurança jurídica*, como a certeza e a previsibilidade que deveriam acompanhar a ordem jurídica. Percebe-se que essa segurança, do modo como fora compreendida, é impossível em razão dessa necessária atualização que o interprete sempre faz quando vai compreender uma norma para aplicá-la ao caso. E por outro lado, juridicamente também é algo problemático uma vez que, compreendida a segurança jurídica como repetição de sentidos preexistentes, a mesma será então não apenas uma desconsideração com as peculiaridades dos novos casos mas também será uma perpetuação do *status quo*, politicamente impensável frente à atual conjuntura Constitucional.

Entretanto, veja-se que o professor Inocêncio Mártires não usou a expressão *arbitrariedade* judicial, mas *discricionariedade*, conceituando-a como a atribuição de *algum poder de escolha* ao magistrado no caso concreto, dada a indeterminação das normas. Possivelmente ele não teria concordado com o emprego da primeira expressão, tradicionalmente ligada à desconformidade, tirania e ilegalidade.

Frente essa questão, *discricionariedade* aparece mesmo como uma expressão bem mais legítima em um Estado de Direito, que não poderia explicitamente assumir que suas decisões comportam arbitrariedade, desconformidade com suas finalidades. Contudo, ampliada essa idéia no presente tópico, viu-se que a questão não é tão simples e que envolve e atravessa a problemática hermenêutica da determinação e criação de sentido, bem como a questão normativa que atravessa a aplicação judicial.

Será, entretanto, que *discricionariedade* não seria uma expressão melhor politicamente para ser usada e até mais fiel a essa descrição que tem sido feita aqui dos

elementos decisórios no direito? Qual a diferença entre discricionariedade, que tem por vezes uma índole positiva, e a pejorativa arbitrariedade?

Se há uma diferença substancial, e se o Direito comporta invariavelmente não apenas a primeira mas também a segunda, é preciso clarificar essa distinção sob pena de cair em um dimensionamento apenas parcial da complexidade que envolve a questão.

1.6 ARBITRARIEDADE E DISCRICIONARIEDADE

A assimilação jurídica da *discricionariedade* assenta-se indubitavelmente na tradição do pensamento administrativista, ligando-a à uma faculdade legalmente concedida ao Administrador para resolver problemas práticos cotidianos ligados à sua atividade pública.

Sob tal conceito pesa uma tradição bem menos depreciativa do que sob a arbitrariedade, provavelmente em razão daquele conceito ter sido construído como uma liberdade condicionada, regrada à certos parâmetros e vigiada pela imposição de que a decisão ao final seja a mais equânime e justa possível. Não é uma liberdade desregrada ou de caráter pessoal, mas uma abertura cognitiva pautada na impossibilidade de o legislador prever qual será a melhor solução em todos os casos, devendo permitir ao administrador que atue acertadamente *em vista do bem comum*.

Em todo caso, sabendo-se que diferentes membros da Administração Pública têm diferentes percepções sobre a realidade e mesmo diferentes idéias sobre como decidir da *melhor maneira*, essa faculdade equalizadora manifesta uma problemática análoga à interpretação de textos legais pelos Juízes no momento da concretização normativa. Claro que não é exatamente a mesma situação, haja vista que a liberdade política de executar as leis é tradicionalmente conhecida como mais ampla que aquela dos julgadores para aplicá-la.

Em todo caso, os juristas precisaram sofisticar a idéia de *Discrecionalidade* haja vista ter a mesma passado a servir de justificativa para o Administrador tomar decisões em claro desacordo às expectativas que o ordenamento gerou nas pessoas envolvidas. Precisamente pela impossibilidade de responsabilizá-lo por esses atos sustentou-se uma revisão da noção de que essa autonomia para a escolha da melhor decisão fosse livre de controles por parte dos demais Poderes.

A mais radical limitação à *discrecionalidade* no pensamento brasileiro veio de Celso Antônio Bandeira de Mello, que na obra *Discrecionalidade e Controle Judicial* (MELLO, 2000), defendeu, em oposição à maioria da doutrina nacional sobre o tema, que o Administrador não dispõe de uma margem de liberdade inatacável para buscar a melhor decisão no caso concreto, e que um eventual equívoco nessa escolha pode ser atacado pelo Poder Judiciário.

O argumento central para essa tese foi o de que, se a lei conferiu *discrecionalidade* ao Administrador frente à determinada questão, foi justamente para remediar uma eventual arbitrariedade generalizante, permitindo e obrigando o agente público a escolher a decisão que naquele caso seja a melhor, frente obviamente aos princípios administrativos e constitucionais, e não ao “axismo” do agente.

Por essa razão, caso se observe que determinada postura administrativa, pautada em *discrecionalidade*, não chegou a um resultado satisfatório, posto que outro ou outros aparecem como mais condizentes com os princípios constitucionais, essa decisão, ainda que não seja tecnicamente ilegal, poderá ser juridicamente invalidada. É um controle por parte do Poder Judiciário que não representaria violação da tripartição dos poderes, mas sua harmonização em vista de usos impróprios por parte de algum deles.

Por esses argumentos, tornou-se quase impossível supor uma *discrecionalidade* efetiva, na qual o Poder Judiciário, mesmo não concordando com a decisão, tenha que sustentar sua legitimidade posto que legitimada pela competência do agente público. Não

por outra razão a visão do Professor Celso Antônio foi atacada por diversos estudiosos do assunto, que a viram como excessivamente legalista e até anti-democrática, dado o relevo exorbitante conferido ao Poder Judiciário.

Ainda assim, porquanto a visão acima esboçada seja muito restritiva, a doutrina administrativista brasileira e estrangeira é quase unânime com relação ao fato de que a discricionariedade precisa ser controlada. Além disso, concordam que a mesma, se corretamente entendida, nada tem a ver com arbitrariedade, posto que, em primeiro lugar, se trata de uma autonomia decisória conferida pela própria lei e a ser exercida nos limites dessa, segundo que, na concretude dessa decisão, a finalidade deve ser sempre plenamente vinculada, de modo que finalidades particulares e escusas ao Estado de Direito seriam sempre de todo intoleráveis.

Assim, torna-se agora possível apontar uma diferença entre arbitrariedade e discricionariedade. Enquanto esta seria uma autonomia limitada, aquela seria uma desconformidade aos limites, posto que representaria justamente a falta de um agir pautado em regras, em uma liberdade regrada e vinculada à compromissos maiores e públicos.

Se é assim, então ao que foi desde o começo desta pesquisa chamado *arbitrariedade* talvez fosse melhor denominar *discricionariedade*, posto que o elemento criativo de toda interpretação judicial poderia ser compreendido como discricionário, isto é, como uma autonomia dada ao interprete para, frente a diferentes hipóteses, escolher aquela mais apta a fazer *justiça no caso concreto*, isto é, a garantir as expectativas legítimas envolvidas na situação. *Arbitrário* seria então um termo equivocado porque transmitiria a idéia de que essa escolha escapa a uma finalidade pública e uma vinculação normativa abstrata, tornando-se um completo ato de vontade travestido de uma juridicidade apenas aparente.

Cabe perguntar, no entanto, se no que se convencionou chamar discricionariedade não continua havendo um rico elemento de livre jogo que se assemelha a um juízo

estético (em toda a amplitude que essa idéia ganhou nos séculos XIX e XX) e que não pode ser identificado como mera escolha motivada. Isto é, cabe perguntar até que ponto, na construção e escolha racional da melhor decisão para o caso concreto, não continua havendo um elemento arbitrário, não tanto por uma intenção em descumprir a lei, mas pelo próprio caráter hermenêutico dessas escolhas.

É possível que a legitimidade de que goza o termo *discricionariedade* em oposição à arbitrariedade se dê justamente em razão daquele termo velar o elemento arbitrário que ali existe, e que existe em toda decisão, por mais pautada que seja em critérios normativos pré-existentes e por mais que o interprete se esforce em suspendê-los, afastá-los ou escondê-los nas razões que dá para sua escolha.

Sob esse prisma, talvez o mais sensato não fosse diferenciar arbitrariedade de discricionariedade, mas sim apontar o elemento arbitrário que existe na construção da discricionariedade, e que impede a construção plenamente racional que Celso Antônio quis para o termo.

Esse é também o elemento que se mostra presente na fenomenologia das decisões judiciais, seja guiada por textos normativos, princípios morais implícitos ou mesmo por estratagemas analíticos sofisticados de controle da fundamentação judicial.

Essa é uma afirmação com a qual o Direito não convive muito bem, sobretudo desde a sua contaminação pelo afã totalizador da ciência moderna. Por essa razão, afirmar a presença da arbitrariedade nas decisões jurídicas tem aparecido sempre como um primeiro passo, logo e apressadamente seguido pela resposta de como evitar ou reduzir ao máximo essa arbitrariedade. Dizer, ao contrário, que nessa arbitrariedade pode haver algo intrínseco ao Direito e à própria condição significativa humana é algo que parece afastar o Direito de seu milenar desiderato legitimador e *ordenador* das práticas sociais.

Não é, contudo, a intenção aqui presente. O importante, ao contrário, é mostrar que existe esse elemento e que ele deve ser desvelado caso se queira compreender como se escolhem/criam as razões do Direito e como se aplica a lei. Isso não significa cair em um subjetivismo incontrolável. Muito ainda precisa ser dito sobre o modo como complexo como essa interação entre liberdade e vinculação ocorre. Possivelmente a própria idéia de práxis (condição do homem no mundo) terá muito a revelar acerca dos caminhos nos quais isso se dá e qual a relevância do contexto cultural nessa ação.

Entretanto, primeiramente é necessário dizer mais acerca dessa existência. É bem difícil encontrar nas próprias obras jurídicas e decisões judiciais alguma explicitação desses elementos, porque o Direito esconde e mascara a arbitrariedade, de diferentes formas e com diferentes objetivos, é verdade, mas o faz, e o fez na tradição ocidental, ainda que de modo descontínuo. É o que se tentará mostrar no próximo capítulo, ainda com a intenção de tornar esse elemento claro na compreensão da fenomenologia da interpretação judicial.

CAPITULO 2 - A SUBLIMAÇÃO DA ARBITRARIEDADE PELA RACIONALIDADE MODERNA

2.1 A SUBLIMAÇÃO DA ARBITRARIEDADE PELA RACIONALIDADE

Agora como que se abre diante de nós a montanha mágica do Olimpo e mostra-nos suas raízes. O grego conhecida e sentia os pavores e sustos da existência: simplesmente para poder viver, tinha de estender à frente deles a resplandecente miragem dos habitantes do Olimpo. Aquela monstruosa desconfiança diante das potências titânicas da natureza, aquela Moira reinando inexorável sobre todos os conhecimentos, aquele abutre do grande amigo da humanidade, Prometeu, a sorte pavorosa do sábio Édipo, a maldição hereditária dos Atridas, que força Orestes ao matricídio, em suma, toda aquela filosofia do deus silvestre, acompanhada de suas ilustrações míticas, que levou os soturnos Etruscos à ruína – tudo isso era constantemente superado pelos gregos graças àquele artístico *mundo intermediário* dos Olímpos, ou, em todo caso, encoberto e afastado do olhar. (NIETZSCHE, 1999 p. 29).

Nesta radical definição do nascimento da tragédia grega, Nietzsche explora e constrói o fundo do desespero e paixão gregas como forças dionisíacas aniquiladoras que precisaram da arte vinda da Montanha Mágica do Olimpo para resistir e canalizar a intensidade desse sentimento trágico em algo suportável. A concepção apolínea como uma válvula de escape ao aniquilamento pelos “pavores e sustos da existência” decerto não eliminaria a existência desses pavores, mas transmutaria esse pavor em algo suportável.

Esse movimento, de substituir inconscientemente algo que de certa maneira tornou-se insuportável por alguma coisa que traga um balanceamento (apolíneo-dionisíaco no caso acima citado), pode ser fecundamente refletido a partir do conceito freudiano de *sublimação*. Obviamente, como se dirá, esse conceito foi pensado dentro da psicanálise e de sua lógica psicológico-neurológica como explicação para certos tipos de comportamentos. O transporte dessa lógica para o pensamento filosófico e mais especificamente jus-filosófico deve deixar claro, portanto, que se trata mais do

aproveitamento da fecundidade de elementos reflexivos que esse conceito simboliza do que uma proximidade fática de fenômenos.

Segundo ampla pesquisa feita por Maria Aparecida Mamede Neves e publicada com o título *O conceito de sublimação na teoria psicanalítica* (NEVES, 1977), o termo surge pela primeira vez no livro *Three essays on sexuality*, publicado em 1905, ligando tal expressão a vicissitudes do instinto, um ato de natureza negativa. Vez por outra, Freud usa no lugar de vicissitude os termos “deslocamento”, “renúncia”, “afastamento” e “inibição”, aproximando assim o processo de sublimação de uma neutralização total ou parcial do instinto.

Instinto, para a psicanálise, pode ser conceituado como um conjunto de processos que se iniciam com uma situação de afastamento de equilíbrio na fonte somática (tensão de necessidade), passam pelo sistema nervoso e alcançam o psiquismo, gerando novos estados de desequilíbrio. Tal estado é sanado então por certos expedientes de restauração das condições de equilíbrio do sistema nervoso, eliminando a tensão somática inicial pela satisfação da necessidade (NEVES, 1977, p. 37).

Nesse sentido, na medida em que umas das diferentes necessidades instintivamente nem sempre podem ser satisfeitas, há a necessidade de um deslocamento dessa pressão, canalizando assim o desequilíbrio no sistema nervoso por ela gerado e recuperando o estágio inicial. É, pois, a sublimação, processo inconsciente de redimensionamento da tensão para outros campos nos quais aquele instinto pode ser deslocado e por outra via satisfeito, sem realizar efetivamente a necessidade que gerou o estado de tensão.

Apesar da especificidade na qual essa idéia foi construída, há nela elementos significativos que convidam a reflexões interessantes para além do campo psicanalítico. Como acima explicitado, não se trata meramente de uma “troca” de uma necessidade por outra que satisfaça o instinto, mas de uma espécie de substituição de um elemento

necessário por algo que lhe “faça às vezes”, isto é, que torne suportável e de certo desloque o conflito surgido inicialmente.

Este é obviamente um fenômeno psicanalítico, o qual, com todas as críticas lhe possam ser feitas, é um importante meio de compreensão dentro das premissas da psicanálise e, por isso mesmo, largamente utilizado como resposta a diversos comportamentos que podem ser considerados como sublimação.

Contudo, a funcionalidade da utilização da *sublimação* neste trabalho não depende da eficácia que tal termo venha efetivamente a ter na psicologia e na descrição da atividade instintiva humana. Seria inclusive uma impostura intelectual querer atrelar hermenêutica a um determinismo psicanalítico forjado com interesse amplamente diverso da complexa interação da justificação interpretativa no direito, que inclui diversas questões jurídico-normativas.

Assim, no decorrer deste capítulo não se tentará mostrar que no *instinto* humano acontece a sublimação das incertezas e arbitrariedades do direito. Isso seria uma grosseria. Entretanto, socialmente é possível argumentar acerca do velamento de problemáticas com base em supostos caminhos que deslocam o problema para outra lógica e se fecham em argumentos aparentemente plausíveis e que neutralizam a questão.

Essa é inclusive a diferença mais significativa entre as duas abordagens. Freud provavelmente não estava interessado em corrigir a sublimação, posto que boa parte de sua tarefa, até por motivos terapêuticos, consistiu em trazer á tona questões escondidas. É uma explicação de processos naturais e não o diagnóstico de uma doença que precise ser imediatamente tratada.

Na investigação das razões do direito, contudo, trata-se não da averiguação de um processo natural, mas da constatação de uma criação humana que, surgida para resolver questões inerentes á interpretação, traz problemáticas para as quais o simples

apontamento não gera a “cura”. É necessário desmascarar o véu metódico e racional da compreensão que envolve o direito.

No capítulo inicial, foi realizado um arcabouço da noção cotidiana de arbitrariedade e de sua ligação com a complexidade da problemática hermenêutica ligada à subsunção da lei ao caso concreto às implicações interpretativas e normativas que esse processo compõe.

Nesse sentido, apontou-se que nas decisões judiciais, porquanto as mesmas busquem e se afirmem como procedimentos racionais de escolhas motivadas, pode haver elementos arbitrários que parecem intrinsecamente ligados ao movimento da interpretação e que não são admitidos pelos juristas.

Conforme mencionado ao longo da pesquisa, entende-se a arbitrariedade como a margem de incerteza, de escolha do jurista na interpretação de determinado texto normativo frente a um caso concreto, escolha essa que, para além de quaisquer balizas e métodos de controle racional, antecede e de certo modo guia a compreensão daquele texto frente à determinada problemática.

Essa margem de incerteza, identificada dentro de uma ciência que se baseia e vangloria-se de seu caráter técnico, seguro e cientificamente desenvolvido, gera diversas problemáticas que ameaçam a legitimidade do sistema jurídico tal qual hodiernamente construído.

Em primeiro lugar porque, sendo o Direito um conjunto de regras intersubjetivas tendentes a pautar as relações sociais, é preciso que essas regras sejam suficientemente claras e que sejam compreensíveis por todos os que participam daquela prática, para que conheçam as suas possibilidades e limites comportamentais e, mais ainda, para que possam exigir uns dos outros aquele compromisso social.

O Direito carrega, portanto, um forte apelo tecnicista ao respeito à ordem jurídica, às leis que regem determinada sociedade e ao modo como esse arcabouço legal é concretamente aplicado, concretizando as certezas do Direito. Essas exigências, portanto, conduziram de certo modo a sublimação das incertezas que as escolhas normativas jurídicas precisaram carregar.

Não é possível, contudo, falar em sublimação da arbitrariedade pela racionalidade de uma maneira geral, como se *racionalidade* fosse um conceito unívoco, que tivesse sempre o mesmo significado. Pelo contrário, há tantos modos pelos quais se buscou racionalizar a interpretação e aplicação do Direito que o termo precisa ser usado com muito cuidado para não ser uma generalização grosseira.

Nesse sentido, serão recortados e apontados aqui alguns meios pelos quais se pode vislumbrar essa tentativa de racionalização. O recorte, contudo, não será aleatório, mas embasado em algumas das mais importantes construções teóricas do direito, não só pela sofisticação das idéias, mas pelo impacto que tiveram no pensamento jurídico do último século, dando contornos significativos à tradição jurídica contemporânea.

2.2 A IDÉIA MODERNA DE RACIONALIDADE

Embora *racionalidade* seja efetivamente um conceito por demais abrangente para ser usado de modo unívoco, é possível realizar um recorte que, para além das rupturas históricas, capte um fio condutor pelo qual esse conceito foi se desenvolvendo a partir da modernidade.

Seguindo a conhecida orientação divisória em história da filosofia, a época conhecida como moderna tem como início e como marco fundamental a filosofia de René Descartes (1596-1650) e a importação do método racional matemático à filosofia e ao conjunto do conhecimento humano.

Embora alguns historiadores² apontem uma pré-história medieval ao giro filosófico representado por Descartes, é indubitável que somente na filosofia cartesiana encontra-se uma sistematização e exposição completa do discurso que se tornaria presente ao longo da filosofia moderna e que, nesse sentido, representou uma ruptura significativa capaz de marcar época e caracterizar um método de falar de filosofia e de buscar legitimidade às ciências que surgira naquele período.

É certo que falar de modo unívoco de séculos e paradigmas filosóficos é, sem dúvida, sempre um falseamento da complexidade, fruto de hipóteses unilaterais tendentes a construir um percurso retilíneo que permita adequar a realidade a uma explicação histórica manualesca e pouco criteriosa. É necessário, portanto, admitir que no século XVII houve as mais ricas e variadas correntes filosóficas. A escolástica aristotélica continuava influente em certo sentido, o apelo humanístico medieval e a religiosidade estavam fortemente presentes.

Assim, a escolha metodológica em falar daquele século como o século de Descartes e do nascimento da filosofia moderna é um recorte na tradição, apto a mostrar a aplicação desse pensamento na ciência jurídica e as transformações daí decorridas. Não se pode apenas esquecer que não se tratou de um discurso único, e que outras formas de filosofia e outras idéias distintas, relevantes e influentes, também se desenvolveram no *século das luzes*, embora os historiadores habitualmente representem-no só como o século do *cogito*, da filosofia da consciência e do método.

É também verdade que não foi apenas Descartes que instaurou as balizas que se mostrará aqui. No entanto, sua filosofia facilita a condução explanatória na medida em

2

² O jusfilósofo e historiador Michel Villey, em sua obra *A formação do pensamento jurídico moderno* (VILLEY, 2005), defende que a construção racionalizante que viria a ser atribuída a Descartes nasceu nos filósofos franciscanos e já estava quase inteiramente presente no nominalismo de Guilherme de Ockham.

que condensa diversas características que se tornaram centrais no discurso filosófico da modernidade, razão pela qual essas características serão traçadas a partir de suas obras.

2.2.1 O discurso do Método

O século XVI foi marcado por profundas transformações na vida do homem ocidental, impulsionadas em boa parte pelas grandes navegações e as descobertas dali advindas, pelo Renascimento cultural e pela rejeição das idéias até então vigentes, construídas na Idade Média e agora postas em questão juntamente com a antes incontestada autoridade dos que a transmitiram.

Essa efervescência cultural gerou um clima de ceticismo, representado sobretudo pelo pensador francês Michel de Montaigne (1533-1592), que modernizou a idéia de ceticismo e a levou a extremos, mostrando como os fatores culturais, sociais e psicológicos influenciam nas idéias que aparentemente são racionais. Por trás desse manto de certeza indubitável, pairam apenas opiniões incertas. Indo ainda mais longe, Montaigne dirá que o Homem nada sabe porque não é nada mais que incertezas. A única solução é, portanto, renunciar a qualquer verdade e certeza, posto que são inatingíveis. (OS PENSADORES, 1991).

Para responder a Montaigne, não parecia possível erguer respostas parciais sob a base dos velhos muros, que estavam todos ruindo sob o ataque geral da dúvida e ceticismo com relação à tradição legada pelo pensamento medieval e posta em descrédito. Era necessário, pois, reerguer o pensamento desde os primeiros princípios, encontrando um caminho seguro que livrasse o Homem dos preconceitos medievais e lhe garantisse meios seguros de conhecer o Mundo e de garantir que as proposições científicas não estejam ancoradas em bases errôneas e enganadoras.

A filosofia de Descartes surgiu pela sedução que a matemática despertou no filósofo, devido à certeza e evidência de suas razões. Ao contrário da fragilidade dos argumentos e dissensão típica das “humanidades”, a matemática estava assentada em concepções sólidas ligadas às suas demonstrações lógicas. Mas a filosofia de Descartes tinha pretensões bem maiores que a Matemática. Sua intenção era unificar todos os ramos do conhecimento segundo princípios lógicos irrefutáveis, levando o raciocínio lógico-matemático para as ciências humanas e para a Filosofia.

O ambiente de dúvida que pairava na época e que estava representado na filosofia cética de Montaigne não foi, portanto, evitado por Descartes, que utilizou a dúvida geral justamente para procurar saber se não havia efetivamente nenhum princípio seguro sob o qual edificar o conhecimento das coisas.

Ao pôr em dúvida toda a realidade e até a si mesmo, Descartes chegou à constatação de que ainda que duvidasse de tudo, não poderia duvidar de que estava duvidando, estava pensando. A própria atitude cética extremada continha, portanto, uma afirmação certa e inegável dentro de si, apta a servir como primeiro princípio, que é justamente a necessidade e existência do ser enquanto pensante, *do cogito*, descoberto por meio da dúvida geral e agora apto a erguer-se contra ela.

O modo de subir deste primeiro princípio (*cogito ergo Sum*) para o conhecimento das coisas mais complexas deveria ser, evidentemente, embasado no método matemático. Descartes sondou suas idéias e concluiu que as que se referiam a objetos físicos eram vagas e obscuras, enquanto que as utilizadas pela matemática (figura, número) tinham grande nitidez e estabilidade. Essas idéias claras e distintas são concebidas todas da mesma maneira, o que parece provar que elas independem das experiências dos sentidos, mas são inatas ao pensamento, satisfazendo com plenitude o ideal matemático cartesiano. (OS PENSADORES, 1991)

Embasado na idéia de que, em matéria de progressões aritméticas, tendo-se os dois ou três primeiros termos, é fácil encontrar o Demais, Descartes viria a ver toda a

realidade como um termo ignorado, mas que pode ser gradualmente descoberto desde que se parta de dois ou três princípios simples e se deduza a cadeia de razões que se seguem daqueles primeiros termos, por meio da generalização.

Dessa forma, buscando considerar certo só o conhecimento evidente, intuído com clareza e precisão, Descartes propõe alguns preceitos metodológicos complementares, oriundos obviamente da análise matemática, que são a divisão do problema em tantas parcelas quanto precisem ser resolvidas, a síntese, consistente em partir dos conhecimentos mais simples para os mais complexos e a enumeração, que propõe que se realize enumerações de modo a verificar que nada foi omitido.

É importante ressaltar que Descartes sabe claramente que a matemática é capaz de dar esses resultados imutáveis por não se referir à realidade. É um conhecimento formulado de maneira lógica e que não depende dos acontecimentos factuais para ser considerado válido, posto que é uma forma de leitura desses acontecimentos.

A convicção da certeza desse método partiu, Para Descartes, da clarividência de suas meditações, e embora sua pretensão fosse reunir todos os ramos do conhecimento neste novo método, assume ter sido algo que individualmente lhe apareceu como irrefutável. Por essa razão, insiste em que todos aqueles que quiserem seguir tal diretiva deverão fazer por si mesmas o caminho adequado e buscar os postulados racionais.

A partir do discurso cartesiano, a lógica e a demonstração matemática passaram a fazer parte da base do arcabouço das ciências, não apenas na forma de qualificar a veracidade de seus conteúdos, mas também na organização pedagógica. A expansão da metodologia lógica das ciências exatas às *humanioras* buscou exatamente os resultados esperados por Descartes, ou seja, a certeza do conhecimento, fundado em princípios imutáveis porque naturais, oriundos da razão humana.

É claro que essa empreitada não foi realizada da maneira como seus idealizadores esperavam. O próprio Descartes, por saber que precisaria de muito tempo para reerguer o

seu edifício racional do conhecimento, defendeu a eleição de uma moral provisória capaz de reger as condutas sociais enquanto não se construía ideias mais certas. Assim, mesmo tão convicto do poder da dúvida e da necessidade da construção do conhecimento metodicamente embasado, Descartes assumiu a posição conservadora de defender as leis do Estado e os costumes tradicionais como moral provisória. (DESCARTES, 1991).

Voltando ao ponto metodológico, se essa nova concepção de ciência e de filosofia representou uma ruptura significativa com o pensamento ocidental, é porque foi construída de maneira a rechaçar expressamente, ponto a ponto, a concepção que até então imperava, qual seja a metafísica aristotélico-tomista.

Quando Descartes diz que o conhecimento não pode se basear no que é provável e mutável, mas deve ser o exato e, por isso, ser o mesmo em qualquer parte do mundo, independente de costumes e tradições, está atacando frontalmente a dialética e a retórica aristotélica. Como acentua Villey, a conhecida sentença aristotélica de que é absurdo exigir de um jurista conhecimentos exatos, como é absurdo exigir de um matemático conhecimento apenas verossímeis (VILLEY, 2005) é frontalmente refutada pela pretensão matemática da moral cartesiana. Lembre-se que Aristóteles uniu o conceito de persuasão com o de verossimilhança, construindo todo seu arcabouço sob a base de que não existem conhecimentos exatos em matéria de ética e política, mas sim conhecimentos prováveis, construídos persuasivamente de acordo com as paixões do *auditório*, para usar a expressão de Ch. Perelman.

Justamente nesse tipo de retórica encontram-se os dois elementos mais atacados por Descartes. A persuasão e a verossimilhança. Como já dito, Descartes acredita que o conhecimento de todos os saberes, na medida em que seja amparado em termos lógico-racionais, independe de persuasão e de qualquer lógica do provável, posto que todo ser dotado de razão poderá concordar com uma conclusão demonstrada matematicamente.

Ademais, sabe-se que para Aristóteles o conhecimento ético não é universal no sentido de válido da mesma forma em todo lugar, mas é inseparável das peculiaridades de

determinada polis, até porque é construído nas deliberações concretas e não em abstrações anteriores. Pela mesma razão, o melhor regime político vai variar de acordo com o lugar, pelo que não há como eleger abstratamente e de maneira determinista uma opção desse cunho (ARISTÓTELES, 2007).

Essa preocupação com peculiaridades, com sutilezas que não são passíveis de verificação exata, mas no máximo conjecturadas de forma aproximativa, respeitando as diferenças, só pode ser deliberada através de um raciocínio dialético, sempre provisório e sempre disposto a modificações intimamente ligadas ao caráter mutável do corpo social, da natureza entendida em sentido amplo. É exatamente essa práxis que será solapada de uma vez só por Descartes, ávido que estava em impor critérios matemáticos ao conhecimento.

Nesse novo panorama, notoriamente não há espaço para o que escapa da precisão e da univocidade matemática. O verossimilhante, o equânime, o mutável e o que pode ser de formas diferentes em situações diferentes não é compatível com a certeza exata, metódica e comprovável.

2.2.2 A filosofia da consciência

Somado a esse método, está a já mencionada questão do pensamento, da subjetividade como local onde pode dar-se o conhecimento de qualquer coisa, posto que não é pelos sentidos ou pela experiência que algo é conhecido, mas por poderem ser concebidos em pensamento. Veja-se como Descartes, em suas *Meditações Metafísicas*, expressa sua convicção sobre a fonte racional do conhecimento:

Mas, enfim, eis que insensivelmente cheguei aonde queria; pois, já que é coisa presentemente conhecida por mim que, propriamente falando, só concebemos os corpos pela faculdade de entender em nós existente e não pela imaginação e nem pelos sentidos, e que não os conhecemos pelo fato de os ver

ou de tocá-los, mas somente por os conceber em pensamento, reconheço em evidência que nada há que me seja mais fácil de conhecer do que meu espírito. Mas, posto que é quase impossível desfazer-me tão prontamente de uma antiga opinião, será bom que eu me detenha um pouco neste ponto, a fim de que, pela amplitude de minha meditação, eu imprima mais profundidade em minha memória este novo conhecimento (DESCARTES, 1991 p. 180).

Este tipo de atribuição ao sujeito racional da própria concepção da verdade e do conhecimento dos objetos “reais” inaugura a moderna noção de *filosofia da consciência*, que realiza a cisão entre sujeito e objeto, na medida em que não se trata mais de uma apreensão direta, objetiva da realidade, mas de um sujeito que compreende a realidade de acordo com a razão.

Essa atribuição idealista ao conhecimento pode também ser compreendida enquanto ruptura com a filosofia clássica e com a herança aristotélica e medieval. Descartes dividiu o mundo em *res cogitans*, representando o suporte do pensamento que compreende e *pensa* os objetos, e o mundo das coisas, inertes, passivas, submetido às leis da mecânica. Tais coisas são em si mesmas desprovidas de qualquer força ativa e de qualquer sentido (VILLEY, 2005).

Assim, a metafísica cartesiana faz da alma e do corpo, do pensamento e da matéria, realidades distintas, quebrando unidade da substância humana que a herança antiga havia legado. E esse dualismo pesará por muito tempo na consciência ocidental. É o ancestral direto de outros dualismos que viriam a tomar conta do pensamento e do Direito, como sujeito e objeto, homem e natureza, conhecimentos morais e ciências objetivas, valor e fato e ser e dever-ser. Esses dois últimos aprisionaram especialmente o direito.

A cisão entre fato e valor não representa apenas uma aposta na valoração racional do sujeito, mas também a idéia de que os fatos são espécies de fenômenos naturais, compreendidos univocamente por todos e *posteriormente* valorados de acordo com compreensões múltiplas que por diversas razões as pessoas tenham acerca desses fatos. A conhecida teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale (REALE, 2003) é

diretamente influenciada por essa cisão da metafísica cartesiana. Acredita que há os fatos, e estes pertencem a ordem do ser, para os quais são atribuídos valores e, com base nestes, é construída a norma (dever-ser).

Essa concepção só é possível porque se pensa a realidade como separada da racionalidade valorativa do sujeito. Nesse sentido, se são possíveis fatos unívocos, independentes e separados do sujeito que os conhece, são igualmente possíveis valores ideais, no sentido de não serem criados com referência à realidade, mas a partir da racionalidade do sujeito.

Não é a toa que o jusnaturalismo moderno é o completo oposto do jusnaturalismo clássico aristotélico. Enquanto neste havia uma ordem natural a ser descoberta na vida social, mutável tal qual a natureza e apreendida dialeticamente nos casos concretos, na modernidade a natureza transforma-se em natureza do homem, isto é, racionalidade. O Justo não deve ser descoberto em qualquer ordem natural das coisas, mas escavado na razão humana, cartesianamente unívoca e perene. É por isso que o Direito Natural ficou conhecido como imutável, oposto a transitoriedade dos valores. Essa inversão operou-se sem dúvida graças à destruição cartesiana da metafísica clássica.

A racionalidade metódica e a subjetividade como fonte de todo conhecimento são, portanto, os ancestrais da tradição filosófica moderna, que deram contorno aos desenvolvimentos científicos posteriores e moldaram os critérios de verdade e de certeza que vigoraram por vários séculos.

Verdadeiro passa a ser o conhecimento que, forjado na mente, é capaz de ser logicamente comprovado. Essa comprovação não se dá com remissão direta à realidade, até porque a realidade é tal como percebida pela razão, mas sim a partir de uma necessidade lógica oriunda da exatidão racionalmente concebida.

Essa lógica inverte o modo como operava a metafísica clássica, a partir de categorizações exteriores ao sujeito, isto é, constantes dos próprios objetos em sua

multiplicidade e finalidade. Cria um novo parâmetro de dimensionamento do real, que é idealista na medida em que flui das idéias, isto é, da mente. É precisamente este um dos antecedentes históricos da virada copernicana que seria realizada por Kant, ao expor na sua lógica transcendental as categorias do conhecimento como categorias racionais, e não mais categorias exteriores.

Essa grande virada filosófica representou não só uma mudança de fundamento, mas a atribuição de uma importância secundária a empiria enquanto forma de conhecimento, até porque, como consta na transcrição acima feita de Descartes, “os sentidos podem nos enganar”, não se pode saber com certeza se algo é efetivamente real ou se é um engano dos sentidos. A capacidade de fazer esse discernimento e operar em termos de certeza é assim atribuída à razão. Essa dicotomia, entre o sujeito pensante e os objetos, exteriores à racionalidade e pensadores a partir desta, expande-se para as ciências e cria a tradição metafísica que viria a dominar o pensamento científico ocidental.

O iluminismo só viria a reforçar e aperfeiçoar essa crença na razão, na capacidade humana de pensar separado da realidade, a partir de princípios lógicos e perceptíveis para além de qualquer experiência, idéias *puramente racionais*. Seria a efetiva vitória de Descartes sobre a efemeridade e transitoriedade do conhecimento humano nos diversos lugares, pensado a partir de culturas e realidades enganosas e passageiras, sem amparo na razão e na certeza que constituiriam o baluarte do verdadeiro conhecimento, a mais sublime capacidade abstratizante humana, de vencer o tempo, o espaço e as singularidades graças ao poder de sua razão e ao objetivo edificante da humanidade que esse mecanismo é capaz de, sendo corretamente utilizado, atingir.

Como o próprio Descartes assinalou, esse avanço racional não poderia ser feito de uma vez só, mas em um processo paulatino de acúmulo de conhecimento, subindo dos mais simples e elementares para os mais complexos e abrangendo assim a totalidade das ciências e dos saberes. É bem esse o germe da noção evolutiva que viria a tomar conta da ilustração, na compreensão de que a humanidade está necessariamente evoluindo para um

aperfeiçoamento, a partir da razão, vencendo os preconceitos, credences e a antiga tradição, que aos poucos vão ruir frente ao império da razão.

Essa noção dialética racionalista teve seu apogeu na fenomenologia hegeliana, que dinamizou as estáticas categorias transcendentais kantianas e inseriu de maneira idealista a racionalidade na história, em uma dialética de aperfeiçoamento da razão.

Esse percurso, porquanto seja rico e cheio de conseqüência para a filosofia e mesmo para o Direito, não será aprofundado aqui para não desvirtuar o tema. O mais relevante a ser pinçado é efetivamente a derrocada da metafísica clássica e da tradição aristotélico-tomista em prol de uma nova forma de filosofia, da razão transcendental, do metodismo e da filosofia da consciência, posto que foram os elementos que moldaram a noção moderna de racionalidade jurídica que se está buscando expor na presente pesquisa.

2.3 A RACIONALIDADE NO DIREITO

Como diz Michel Villey em sua *Formação do Pensamento Jurídico Moderno* (VILLEY, 2005), se tem algo que pode caracterizar os filósofos que contribuíram para a formação do pensamento jurídico moderno é a importância marginal que deferiam ao Direito enquanto fenômeno autônomo do conhecimento. O interesse de Descartes, Espinoza, Hegel e muitos outros não era o Direito em seu “acontecer fático”, mas a moral, enquanto problema filosófico de comportamento.

Os modernos arcabouços filosóficos sobre o Direito foram construídos todos de cima para baixo, isto é, de uma filosofia primeira, geral, forjada com apelo universalista, posteriormente descendo aos diversos campos do conhecimento e acoplada a estes, incluído aí o fenômeno jurídico. Esse é um dos motivos apontados por Michel Villey como justificativa para que o Direito na modernidade tenha sido inteiramente

reformulado a partir deste novo paradigma, desprezando-se inteiramente as fundações Greco-romanas da Jurisprudência.

Em todo caso, fato é que a ciência jurídica passou a ser pensada a partir dos moldes da razão, cujos princípios deveriam ser buscados apenas secundariamente nas relações sociais em si. Aparece aqui uma das já citadas dicotomias germinadas por Descartes, que é precisamente a distinção entre *ser e dever-ser*. Isso significa que, do *ser*, da natureza, das relações sociais e da vivência dos indivíduos, não podem advir respostas para como *devem* ser tais relações. A realidade não apresenta normas e não aponta caminhos porque estes são imputados pela razão humana, *imputa* a certo acontecimento do mundo do ser uma consequência deontológica.

A verificação de como tal imputação deve ser feita já não tem qualquer relação com o mundo do *ser*, que nada diz nesse sentido posto que é estático. A ordenação deontológica vem da razão humana.

Do mesmo modo, a empreitada de aliar o Direito à metodologia matemática tornou-se célebre e embasou inúmeros filósofos na construção de idéias jurídicas basilares para a modernidade. Em alguns casos, essa sedução da racionalização aos moldes lógicos se deu no campo da estruturação do Direito, ou na defesa de princípios sensíveis ao fenômeno jurídico que se encontrariam na razão humana, calculadora, posto que são lógicos.

Em todo caso, dada a já citada e tão defendida por Villey peculiaridade do fenômeno jurídico, a simples importação das idéias filosóficas de Descartes certamente não seria suficiente para modificar o arcabouço sistemático do Direito ainda influenciado pela escolástica e em última instância pela filosofia clássica. Já foi dito que o pensamento de Descartes não se voltou ao Direito, e que as poucas consequências que se depuraram de seu método no tocante ao Direito foram de índole conservadora, pois se os primeiros princípios ainda não haviam sido desvelados, mas sábio seria se basear nas regras já postas do que inovar de maneira dúbia e apenas aproximada.

Assim, a racionalização (em sentido moderno) do Direito deveu-se sem dúvida em mais alto grau à filosofia de Immanuel Kant. Através de uma construção filosófica completamente diferente do que se fazia até o momento, o pensamento crítico Kantiano modelou bases distintas para pensar o Direito através de sua metafísica crítica, dando os contornos da filosofia moderna ao pensamento jurídico e estruturando bases que até hoje persistem.

Ao contrário do que defende Villey, não seria justo dizer que a filosofia Kantiana trata marginalmente o Direito, isto é, como mera consequência lógica de um pensamento maior sobre o *todo*, sem considerar as peculiaridades do fenômeno jurídico. Embora Kant faça decorrer a metafísica dos costumes de sua *Crítica da Razão Prática*, há um pensamento estruturado sobre o Direito que não se pode dizer que desconsidere peculiaridades propriamente jurídicas.

2.3.1 A filosofia crítica de Kant

Quando se tratou de Descartes, o pensamento imediatamente antecedente, com base no qual se buscou compreender o diálogo cartesiano foi o ceticismo florescente à época, sendo Montaigne e Bacon os principais interlocutores da racionalização cartesiana.

Em Kant, tal papel (de interlocutor) é historicamente atribuído ao empirismo de David Hume, que como disse o próprio Kant nos *Prolegômenos*, lhe despertou do sono dogmático e lançou seu pensamento em uma nova direção. (KANT, 1992). Hume, conforme aponta o jusfilósofo Wayne Morrison, afirmou que haveria dos tipos de conhecimento: o das relações entre idéias e o das observações empíricas. Enquanto o primeiro tinha sido basicamente o trajeto viciosamente circular da filosofia, o segundo

era o pano de fundo das à época florescentes ciências empíricas, que constituíam para Hume o único conhecimento verdadeiro (MORRISON, 2006).

Em todo caso, ao procurar o “eu” inteiro que seja capaz de perceber e compreender as experiências empíricas, Hume só encontra uma massa confusa de sensações e emoções, o que se chama “eu” não passa de uma representação imaginária e amorfa de identidade, e que portanto não é capaz de garantir a certeza necessária à irrefutabilidade das observações empíricas (HUME, 1973). Assim, a solução seria ou cair em um niilismo completo ou lidar com as narrativas e categorias do senso comum, em um *ceticismo atenuado*.

Tais narrativas e categorias, por sua vez, inserem o empirismo sempre em uma tradição. Hume reconhecerá explicitamente que só se pode falar em verdade ou falsidade, mesmo empiricamente, a partir de uma tradição e dos signos por ela criados. Por isso é que se trata apenas de uma atenuação do ceticismo completo. A derrocada de todo passado e tentativa de estabelecer bases primeiras racionais (como queria Hobbes) é absolutamente fadada ao fracasso. O máximo que o conhecimento humano pode aspirar são conjecturas e suposições, legadas pela tradição (e não por uma verdade racional imutável) e ainda assim menos enganosas que as idéias supostamente teóricas e anteriores ao mundo empírico.

Tal visão, ao mesmo tempo em que inspirou o ceticismo de Kant às formulações metafísicas nos moldes que até a época se fazia, revelou-se ao filósofo como insuficiente, na medida em que punha em total descrédito a razão. Pela via huminiana, o único modo de pensar em idéias como Deus e a moralidade seria através de sentimentos, sensações e emoções, haja vista a já mencionada condenação de toda abstração racional.

Assim, em resposta a Hume, Kant busca reerguer a razão não só a fundamento e todo conhecimento possível, mas também à via para resolver problemas de moralidade, que haviam por Hume sido relegados ao empirismo tradicional. Kant não vê a base das

ciências empíricas na tradição do senso comum, mas em condições *a priori* da razão que possibilitam a apreensão do sensível e sua estruturação.

Mais ainda, Kant argumentou contra Hume que a razão podia transmitir conhecimento verdadeiro sobre o mundo, e que as concepções morais das pessoas pressupunham que algumas coisas eram certas em si mesmas, a despeito de inclinações ou valorações do que é socialmente útil (MORRISON, 2006).

Todavia, para criticar dessa forma o legado do conhecimento a inclinações e sensações, Kant precisou não só afirmar a razão como reconhecer seus limites. Constatou que a metafísica até então elaborada dispunha de forma imprecisa e equivocada da razão. Imprecisa por não delimitar precisamente a idéia de razão e o seu funcionamento, e equivocada por querer conhecer a realidade de maneira "pura", imediata, objetiva, não compreendendo assim de que forma a razão humana compreende e articula todo o conhecimento possível.

Assim, a filosofia crítica de Kant pretende embasar o conhecimento científico e ao mesmo tempo limitá-lo enquanto possibilidade de acesso imediato à realidade. Kant define em sua *Crítica da Razão Pura* (KANT, XXX) categorias da razão que funcionam como condições de pensamento em uma experiência possível, experiências essas que são intuídas por meio das noções de espaço e tempo, que são um produto *a priori* da razão humana. Sua *estética transcendental* é, portanto, destinada a desqualificar a idéia de que espaço e tempo possuem uma realidade objetiva, naturalística, externa ao homem. Kant afirma que, em sentido contrário, tempo e espaço são categorias da razão humana que permitem a intuição do movimento e do espaço.

As categorias da estética e da lógica transcendentais de Kant, contudo, servem para conhecer as coisas regidas pelo que chama de princípio da causalidade, ou seja, conhecer as coisas que são necessariamente, posto que embasadas em categorias *a priori* conhecidas pela razão humana. Essas representações racionais da realidade nada tem a ver com a vontade humana acerca de como se quer que sejam as coisas. Ou seja,

semelhante ao argumento cartesiano, Kant divide o conhecimento humano em cognição do que é e cognição do que deve ser. A *Crítica da Razão Pura* (KANT, 1980) funciona para conhecer, por meio de categorias *à priori*, o que é, e não o que deve ser.

Contudo, quando se deixa de pensar no que é e passa-se a buscar o que deve ser, ou seja, quando se passa do conhecer para o agir, a razão pura já não tem mais o que dizer. A vontade (apetição) humana não é regulada em absoluto pelo mundo do ser, porque é o reino da liberdade, do dever-ser. Nessa seara, o que funciona são categorias de apetição.

Para a apetição, Kant escreveu uma segunda crítica (KANT, 2003), tão grandiosa quanto a primeira, na qual estabelece o funcionamento da razão prática, isto é, as proposições fundamentais a partir das quais pode determinar-se a vontade. Essa crítica, que estabelece de maneira completa as bases de sua teoria moral também esboçada na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (KANT, 1986), é sem dúvida de vital importância para a teoria do direito, sobretudo na segunda metade do século XX, quando o alinhamento entre Direito e Moral foi novamente alçado a ponto fundamental de legitimidade dos ordenamentos jurídicos.

Todavia, tal crítica não logrou a mesma influência sobre a tradição jurídica que a sua antecessora, a *Razão Pura*. Muito embora a teoria moral de Kant seja ainda hoje atual e embase diversos jus-filósofos, a tradição jurídica do século XX foi construída como se não houvesse uma *Crítica da razão Prática* e uma metafísica dos costumes, do ponto de vista da apetição. Isso ocorreu pelo seguinte: A maior influência exercida pela filosofia de Kant no século XX deu-se por influência dos neokantianos, que cunharam as bases epistemológicas da cientificidade de qualquer ramo do conhecimento com base nos critérios de neutralidade, distinção entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível, escalonando a compreensão deste de forma racional, tal qual harmonizado pelas categorias da lógica transcendental da crítica kantiana.

Entretanto, os neo-kantianos não endossaram a faceta prática da crítica kantiana. No tocante à vontade, estudiosos como a escola de Marburgo e o Círculo de Viena jamais acreditaram poder determinar o agir humano de acordo com leis universais, *a priori* da razão, sem considerações empíricas. Pelo contrário, no tocante à apetição, ao dever-ser, não há como vincular racionalmente leis para basear tal agir, posto que isso depende de questões subjetivas e em certo sentido utilitaristas.

Sob esse embasamento, que é identificado aqui como uma espécie de pré-história do positivismo jurídico, nasceu uma corrente de pensamento que é ontologicamente kantiana e deontologicamente hobbesiana.

2.3.2 O positivismo normativo

A construção filosófica de Hans Kelsen (1881-1973) representa uma guinada importante no pensamento jus-filosófico do século XX. Imbuída dos postulados fundamentais do Estado liberal legislativo, reelabora a doutrina do direito público alemão, visando responder à exigência de neutralidade no Direito, implicação necessária da neutralidade do Estado liberal (PALOMBELA, 2005).

A busca da neutralidade científica está ligada também à forte influência que o círculo de Viena representou no pensamento de Kelsen, que precisava assim alçar o Direito ao patamar de ciência, limpando-o das impurezas valorativas que faziam da ciência jurídica uma zona cinzenta entre política e sociologia.

Em todo caso, essa neutralidade é levada às últimas conseqüências quando a *Teoria Pura* reduz o Direito a um sistema de normas e o afasta definitivamente dos postulados jusnaturalistas e do universo dos valores sociais comuns. O Direito só seria epistemologicamente autônomo se tivesse seu objeto separado dos fatos sociais que disciplina. Como sintetiza Gianluigi Palombella, a separação entre os fatos e as normas

decorre de uma duplicação ontológica do mundo, isto é, de se ver os fatos como pertencentes ao mundo do *ser* (*Sein*), e as normas ao mundo do *dever-ser* (*Sollen*). (PALOMBELLA, 2005).

A garantia de validade do sistema normativo, nesse sentido, não se deve a uma suposta relação de adequação ao mundo do *ser*. A norma não deve seguir uma relação de causa e efeito (princípio da causalidade) com a realidade, mas sim uma relação de *imputação*. Kelsen atribui à causalidade como uma crença dos povos antigos, que acreditavam serem castigados pela natureza em decorrência de suas más ações. Em sentido contrário, a imputação interrompe essa cadeia naturalística e estabelece deontologicamente o resultado das ações.

Utilizando um exemplo do próprio autor, não é por determinada conduta ser ontologicamente errada que surge uma norma considerando tal comportamento criminoso, mas é justamente por haver uma norma imputando tal ação como crime que a essa passa a ser imputada uma consequência e uma avaliação negativa por parte do Direito (KELSEN, 1998).

A validade das normas, nesse sentido, decorre de normas superiores que lhe conferem a legitimidade. Como as normas superiores sempre serão mais gerais, a criação da norma inferior representará sempre um ato de vontade, e não de conhecimento. No pico desse arcabouço encontra-se a polêmica *norma fundamental*, que não é posta por nenhuma outra, mas pressuposta, fechando assim a cadeia causal de hierarquia, que do contrário não teria fim.

Se a produção de normas é sempre um ato de vontade, a interpretação e a discricionariedade entram em jogo, uma vez que é impossível que a norma superior esgote as possibilidades de aplicação a serem concretizadas pela norma inferior. Embora esse processo não possa ser inteiramente livre, uma vez que a norma superior funciona como uma espécie de moldura, é sem dúvida um ato de criatividade.

Do mesmo modo, a aplicação da lei pelo Juiz é a criação de uma norma para o caso concreto, portanto, também um ato de vontade. Na escolha dentre as possibilidades de preenchimento dessa moldura, entrarão em jogo diversos juízos de valor que não poderão ser evitados por nenhum mecanismo sistemático hermenêutico.

Kelsen considera cientificamente impossível tratar desse *ato de vontade* sem se basear em algum juízo de valor que possa julgar qual escolha é melhor do que a outra. Para evitar que a teoria do Direito perca sua pureza e se torne política do Direito, o positivismo normativo apenas detecta essa discricionariedade no ato de escolha e lembra que a mesma é inevitável.

Em um livro posterior chamado *Jurisdição Constitucional* (KELSEN, 2007), o autor elabora um pouco mais essa questão interpretativa, aduzindo à necessidade de reduzir essa margem de livre escolha, que sempre abre espaço para o arbítrio. Para tanto, defende que o legislador não deve criar leis muito genéricas, como por exemplo princípios gerais políticos, posto que isso abrirá possibilidades incontrolláveis à valoração judicial que ferirão inexoravelmente a legitimidade do Estado de Direito.

Assim, fica claro que o positivismo normativo não nega a arbitrariedade na interpretação jurídica, mas a considera uma problemática menor, ligada à problemas estranhos ao Direito. Como o relevo teórico de Kelsen é transportado para a estruturação do escalonamento normativo, para a legitimidade nas normas, o espaço hermenêutico fica reduzido e fechado a quaisquer discussões de conteúdo.

É por essa razão que se argumenta que a teoria kelseniana permite qualquer interpretação, e nesse sentido não é válida para impedir que o Direito seja feito de marionete política de ideais escusos como os totalitarismos do meio do século XX.

Concluindo, o positivismo do século XX não sublimou diretamente a arbitrariedade judicial pela racionalidade. Esse desvio ocorreu pela diminuição do problema frente a questões mais centrais de explicação do ordenamento. Mesmo sendo

inegável que tal postura passiva tornou-se indefensável dada à importância que a questão da concretização do Direito ganhou a partir da segunda metade do século XX, a sua lógica pautou-se em um respeito científico à limitação das possibilidades de explicação racional do fenômeno jurídico que caracterizaram a seriedade e a aguçada capacidade intelectual de Hans Kelsen.

2.4 A TEXTURA ABERTA NO POSITIVISMO SOCIOLOGICO

Ao lado da *Teoria Pura* de Hans Kelsen, a obra do filósofo analítico inglês Herbert Hart intitulada *The concept of Law* (HART, 1994) pode ser igualmente considerada uma das mais relevantes contribuições ao Direito no século XX.

De maneira original e contrária a Kelsen, a obra de Hart não tem nenhuma relação com a metodologia formalista que parecia ter se tornado um pré-requisito de cientificidade no Direito.

Sem identificar Direito com sanção, como fizera Kelsen, Hart atribui ao ordenamento uma função servidora, mais do que uma mera aplicação sistematizada da *sanção*. Nesse sentido, sua compreensão normativa opera um descentramento, na medida em que identifica nos ordenamentos complexos diversos tipos de normas, e não apenas aquelas dotadas de sanção (PALOMBELLA, 2005). Considera um reducionismo enxergar todas as normas como instrumentais às normas sancionadoras, posto que a sociedade não se organiza apenas por meio de normas que estipulam sanções em caso de seu descumprimento.

Essa visão mais abrangente torna-se possível porque o discurso de Hart é orientado pela percepção dos objetivos do Direito, e não por alguma intenção de definir um esquema universal e formal das normas jurídicas. Por isso, opõe-se a modelos unitários que remetem todas as normas jurídicas a uma única tipologia, posto que desse

modo se falsearia as diferentes funções sociais exercidas pelas normas jurídicas (PALOMBELLA, 2005, p. 250).

A admissão dessa pluralidade de normas liga-as diretamente à concepção que Hart tem da sociedade. Negando que o Direito seja um aparato sancionador que controle *de fora* o corpo social, vê o ordenamento jurídico como elemento interno de um grupo social, abordagem sociológica e empírica.

Há, portanto, uma duplicidade na tipologia normativa: as primárias, que prescrevem determinados comportamentos, e as secundárias, que atribuem poderes ou competências. São as últimas que, enquanto normas de reconhecimento, mudança e adjudicação, especificam como se fará a introdução, verificação e eliminação das normas primárias, reduzindo a complexidade do Direito. (HART, 1994).

A interpretação dessas normas, delimitação de seu conteúdo, não provém de uma fonte externa, mas são pressupostas pela comunidade que participa desse ordenamento (ponto de vista interno). Trata-se de uma espécie de jogo, no qual aqueles que participam do jogo conhecem as regras e comportam-se com expectativas de seu cumprimento, pois do contrário o regramento viria apenas da discricionariedade do árbitro.

Desse modo, o cumprimento das normas não está ligado apenas à ameaça de sanção. É justamente o ponto de vista interno que permite que os participantes sintam-se *obrigados* a determinada conduta. Aceitar a validade de uma norma é algo diferente de simplesmente considerar-se ameaçado e coagido. (HART, 1994).

Nesse sentido, a validade torna-se mais do que a aptidão coercitiva das normas sancionatórias. Não basta mostrar que determinadas normas geralmente são aplicadas pelos juízes e observadas pelos cidadãos. Para considerar a existência de um ordenamento e sua eficácia é preciso que este seja sustentado por uma pressão social geral, interna, que torne *existente* aquele ordenamento.

Entretanto, se as normas existem e dependem desse ponto de vista interno, seu conteúdo precisa ser unívoco e não pode depender totalmente da interpretação dos juízes. Hart admite um núcleo certo de significado das normas, intersubjetivamente conhecido e que impede que se caia em um *realismo jurídico*, no qual o Direito não é mais que a suposição do que decidirão os Tribunais. Entretanto, admite que há casos difíceis nos quais pode haver razoável incerteza (penumbra). (BILLIER, 2005).

Nos casos em que haja essa margem de penumbra, os juízes não irão apenas descobrir uma norma pré-existente, senão que deverão fazer algo como um meio termo entre a mera aplicação e a criação, que de certo modo favorece a tese realista de construção judicial do conteúdo normativo.

Entretanto, sofisticando essa idéia, Hart afirma que a univocidade do núcleo de conteúdo da norma é construída por termos classificatórios gerais de que se vale a comunidade lingüística e que são sempre relativos aos casos envolvidos, sendo tanto maior quanto mais familiar for o caso. Assim, nos casos em que se supõe tratar-se de interpretação literal, unívoca, o que há na verdade é uma certa comunhão acerca de determinada construção interpretativa como claramente apta a resolver aquela situação, de modo que não é necessária mais do que uma repetição dessa interpretação. Será sempre, contudo, interpretação, mesmo porque a compreensão da norma, em termos de padrões lingüísticos, se dará sempre frente a um caso concreto (PALOMBELLA, 1005).

Ciente da complexidade das relações sociais e do alcance múltiplo das normas em diversos contextos, a textura aberta acaba se sobressaindo na obra de Hart como uma irritação que o ordenamento precisa conviver, tornando essa indeterminação tarefa interpretativa para a qual não há como criar parâmetros metódicos. A discricionariedade, portanto, permanece presente e é até certo ponto justificada pela inevitável textura aberta das normas, mas acentuada em casos difíceis mas presente mesmo naqueles em que aparentemente há univocidade.

Nesse ponto, pode-se efetivamente constatar uma aproximação entre a visão de Hart e a de Kelsen, ou seja, no reconhecimento de uma discricionariedade intrínseca à aplicação judicial, que pode ser maior ou menor mas que é intransponível pela ciência jurídica.

Ademais, semelhante também é o pouco caso dado a essa questão. Tal como Kelsen, também Hart expõe sua teoria em termos gerais de política, de tipologia e escalonamento normativo, aceitação da sociedade e finalidades do direito, considerando a questão da relativa indeterminação do conteúdo das normas como um problema menor.

De certo modo, a teoria do ordenamento jurídico nesses dois autores é tão bem construída que a tradição jurídica não teve problema em considerar a questão da interpretação/aplicação do Direito como uma questão menor. Também nesse sentido, deve ficar claro que nenhum dos autores disse que um Juiz pode decidir como quiser determinada questão. Ambos estão conscientes do caráter criativo da interpretação, mas ambos crêem que o ordenamento jurídico constitui caminhos pelos quais os juízes seguirão na aplicação normativa.

2.5 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY

A construção teórica de Robert Alexy parte de um ponto de partida comum no pensamento jurídico contemporâneo, que está também presente em toda essa pesquisa, que é precisamente a constatação de que a aplicação de normas jurídicas não é apenas uma subsunção lógica a premissas maiores abstratamente formuladas.

Vê-se que nesse ponto há uma concordância entre essa construção teórica e o positivismo jurídico em suas vertentes normativista e sociológica, tendo em conta que ambos estão de acordo quanto à imprecisão e incompletude do arcabouço normativo em pré-determinar as possibilidades de aplicação concreta daqueles enunciados.

Em todo caso, dessa primeira constatação, Alexy não conclui, tal qual os positivistas, que a interpretação/aplicação das normas deva ser um ato de vontade, discricionariamente estabelecido. Em sentido contrário, crê na possibilidade de estabelecer critérios científicos racionais que permeiem a argumentação jurídica, criando meios de correção das premissas. Isso não quer dizer, por outro lado, que o autor ignore que a Ciência do Direito e jurisprudência não podem prescindir de valorações, mas sim que acredita que tais valorações não abrem um campo livre para convicções morais subjetivas dos aplicadores do Direito, posto que há possibilidade de garantir objetividade nessas valorações, a partir da correção dos enunciados normativos por meio de critérios analíticos.

A possibilidade de correção das assertivas jurídicas, em uma sociedade plural e multifacetada só pode, na concepção do autor, ser racionalmente realizada mediante regras de argumentação. Isso porque as respostas em Direito, como se disse antes, não são dadas, mas argumentativamente construídas, e devem sê-lo de modo à melhor satisfazer os interesses dos participantes do discurso, com a formação comum do juízo mediante a ponderação daqueles interesses expressos em argumentos, respeitando-se a autonomia do outro (ALEXY, 2005).

Para cumprir esse desiderato, Alexy valeu-se das diversas contribuições da pragmática do discurso no século XX, sobretudo da Ética Analítica de Stevenson, pragmática do discurso do segundo Wittgenstein e a teoria consensual da verdade de Jürgen Habermas, além é claro da retórica de Chaim Perelman.

Alexy compreende o discurso jurídico como uma ramificação especial do discurso prático racional geral, e assim utiliza as contribuições filosóficas dos autores acima citados, buscando todavia interpretá-las com respeito às especificidades do discurso jurídico, dentre as quais se destacam como as mais importantes o respeito a um sistema jurídico existente e a vinculação dos precedentes. Essas características, ao mesmo tempo em que limitam a argumentação jurídica como uma pura teoria consensual da verdade,

exigem do interprete que pense o consenso e racionalidade argumentativa a partir de valores que não podem prescindir da tradição encadeada pelos precedentes e pelas interpretações do ordenamento jurídico vigente.

Como dito antes, Alexy crê que a pluralidade de valorações e opiniões existentes na sociedade não leva a um subjetivismo arbitrário nas razões jurídicas justamente por existir um meio, a partir do discurso prático racional, de objetivar esses valores, através de regras racionais da argumentação. Tais regras, ademais, conferem universalidade às conclusões obtidas consensualmente. Veja-se elucidativamente como, no prefácio da obra, a jurista brasileira Cláudia Toledo expõe as linhas mestras da função das regras argumentativas na teoria de Robert Alexy:

Refuta-se, com isso, a afirmação positivista da não-cientificidade ou relatividade das ciências normativas. Os juízos de valor (axiologia) e os juízos de dever (deontologia) têm sua *verdade* atingida *argumentativamente* com a observância de regras do discurso. Sua *verdade* é chamada correção. É um equívoco, portanto, deduzir, da existência e necessidade de valorações, uma abertura indiscriminada para convicções morais subjetivas. Isso só ocorreria se não houvesse qualquer maneira de *objetivar* essas valorações. Tal objetivação se dá, exatamente, na apresentação sistemática de uma série de condições, critérios ou regras, muitas ou a maioria das quais são explicitadas por Alexy no tocante à teoria do discurso prático racional geral e do discurso jurídico. (ALEXY, 2005, p. 19).

Essa concepção discursiva e argumentativa de *verdade* rompe com a concepção aristotélica de verdade enquanto correspondência do enunciado à realidade, posto que agora se fala em uma verdade construída no discurso, que não é algo dado na natureza, mas uma produção cultural humana, subordinada à refutabilidade, pelo que torna-se provisória, sujeita à correção.

Como as regras que asseguram à racionalidade e a validade desse consenso são supostamente regras ideais de discurso, não é necessário que todas sejam cumpridas por todos os falantes para que determinada decisão possa ser considerada racional e consensualmente atingida. Tais regras funcionam mais como critérios de racionalidade, que não podem ser alcançados mais do que de forma aproximada.

Se a intenção fosse chegar a uma resposta correta por meio desses critérios, eliminando qualquer margem de escolha ou valoração judicial, o caráter aproximativo do cumprimento das regras seria uma grande limitação. Todavia, a finalidade dessas regras é trazer elementos de correção, e não chegar a qualquer resultado unívoco. Se não são capazes de eliminar a pluralidade de possibilidades distintas de justificação de afirmativas jurídicas, ao menos viabiliza a exclusão de argumentos *irracionais*, por serem contrários às regras do discurso, bem como possibilita argumentos discursivamente necessários, sem eliminar o amplo campo do discursivamente possível, dos resultados diferentes.

Tais regras, como se verá, são cânones formais que indicam como deve ser a postura dos falantes no discurso para garantir a possibilidade de correção deste através de condições adequadas de refutabilidade. São, pois, regras *procedurais*, que não ditam conteúdos jurídicos, mas sim condições limites que precisam ser observadas na práxis judicial para que esta possa ser racional.

Nessa escolha, Alexy busca ser coerente com a teoria consensual habermasiana da verdade. Se a verdade jurídica deve ser construída argumentativamente, não cabe estipular caminhos racionais que vão além de regras procedurais, pois se assim fosse estar-se-ia atrelando um conteúdo anterior à deliberação, fixando um ponto de partida que só pode de fato ser fixado argumentativamente.

Assim, a eventual crítica de que as regras do discurso são insuficientes para *alcançar* a decisão correta ou a *verdadeira* interpretação de determinado texto normativo ficaria dissolvida, na medida em que não há como se falar em correção ou em verdade senão como resultado de uma deliberação racional, sujeita à correção. Não há para Alexy nada anterior à essa deliberação discursiva que possa ser chamado de *verdadeiro*.

Por esse caminho, Alexy busca então afastar qualquer verdade prévia ao discurso, que seria considerada um dogma. A racionalidade é mantida a partir da (constante)

possibilidade de correção das premissas postas pelos falantes, e qualquer sentido prévio de verdade que atrele esse debate e que não seja questionado constitui um resquício de irracionalidade e de aceitação irrefletida de uma tradição que deve ser afastado, posto que qualquer conteúdo que embase uma decisão judicial precisa ser apresentado de forma a deixar-se contestar.

Sob essas premissas, o problema da arbitrariedade judicial que pauta este trabalho é deslocado de uma necessidade de se interpretar corretamente segundo um sentido prévio para a necessidade de se criar, deliberativa e racionalmente, esse sentido. Uma decisão arbitrária passa a ser não aquela que cria um sentido sem um arcabouço prévio, mas aquela que o faz sem a deliberação racionalmente adequada, segundo as regras da argumentação jurídica.

Desde que tais regras sejam aplicadas, portanto, não se pode falar em arbitrariedade, posto que não havia um caminho prévio a embasar a compreensão, que pode ser ou não seguido. A única coisa que deve ser seguida são os cânones procedurais.

Seguindo a tradição do Esclarecimento, Alexy põe em mais alto grau a racionalidade. Sua afirmativa inicial de que a legitimidade do Direito depende de sua cientificidade não é sequer tão esmiuçada, tamanha é a crença do autor de que a comunidade jurídica comunga essa assertiva aparentemente óbvia. Como o autor sabe ser impossível aplicar para todos os casos uma racionalidade matemática (silogística), desenvolve analiticamente um outro meio considerar racional uma decisão judicial, temendo exatamente o irracional, dogmático, arbitrário.

Robert Alexy foi trazido a este trabalho justamente por ser essa via uma das mais populares formas contemporâneas de deslocar e resolver o problema da arbitrariedade. *Deslocar* da exigência de busca de um sentido prévio para a criação do sentido, e *resolver* mediante formas de garantir a criação racional e consensual desse sentido.

Aparece aqui, indubitavelmente, na esteira de Habermas, a vinculação democrática que o autor crê imprescindível ao Direito e à política. Ou seja, não é só filosoficamente adequada na contemporaneidade “pós-metafísica” uma teoria consensual da verdade, mas é democraticamente impensável que assim não seja, pois a legitimidade da instituição democrática depende dessa deliberação, sem a qual, se existisse uma verdade, seria uma verdade autoritária, inaceitável e imposta.

A construção alexiana representa, com relação ao positivismo jurídico, ao mesmo tempo um avanço e uma espécie de retrocesso. Avança quando desloca a legitimidade da ordem jurídica da teoria política para a teoria jurídica, isto é, quando adentra na aplicação do Direito, na interpretação judicial, e recusa a discricionariedade, tida como inevitável pelo positivismo. Assim, a argumentação jurídica, desprezada por Kelsen e Hart, ganha relevo e permite, como dito acima, que os argumentos usados nas decisões judiciais sejam analisados em seu conteúdo e apontados seus eventuais equívocos.

Tal *aprofundamento*, se é que cabe tal termo, representa um avanço significativo e também compreensível no contexto do pós-guerra, é dizer, da emergência de um realinhamento entre Direito e Moral e um resgate dos anseios de justiça como legitimadores do Direito. É por isso que se disse que o problema da legitimidade foi transferido da teoria política para a teoria jurídica, porque deixou de ser uma questão de consenso ou de remissão a uma norma hipotética e tornou-se algo a ser buscado no caso concreto e, segundo a pretensão de Alexy, *juridicamente verificável* mediante estruturas argumentativas racionais.

O retrocesso, termo certamente muito carregado pejorativamente, refere-se a uma defesa da racionalidade que esta pesquisa considera obsoleta e, em certo sentido, seriamente prejudicada depois de Nietzsche e depois que o romantismo, como diz Hannah Arendt, trouxe para a agenda do século XIX a questão da tradição na qual está amparada qualquer racionalidade (ARENDR, 2000).

Kelsen, na esteira dos neokantianos, seguia a doutrina somente da *Crítica da Razão Pura*, e não da *Razão Prática*. Dizendo claramente, escalonou o conhecimento jurídico em modos científicos, expondo-o segundo o rigor que faria do Direito uma ciência. Separou o *ser e o dever ser* como fenômenos totalmente contrapostos e relegou a delimitação do conteúdo do dever ser a aspectos discricionários, escolha política do legislador, ato de vontade do julgador.

Ao fazer isso, estava não somente defendendo a racionalidade teórica e a possibilidade de explicação *pura* do Direito. Sua *Teoria Pura* (KELSEN, 1998), porquanto seja muito bem construída e influente, certamente possui sérias limitações e, sobretudo, não logra chegar à pureza pretendida. Sua estruturação epistemológica, como qualquer outra, trouxe à tona as implicações políticas que o autor quisera destacar, bem como seu seguimento, ainda que reacionário, à tradição de sua época.

Entretanto, ao recusar uma teoria do Direito no tocante à interpretação, considerando tal etapa como um ato de vontade, guiado por considerações sociológicas, políticas, etc.. mas não jurídicas, Kelsen implicamente reconhece uma limitação da teoria moral kantiana e de sua *Crítica da Razão Prática* (KANT, 2003). Com efeito, a aplicação, imbricada que está no processo interpretativo, é algo que escapa das possibilidades de racionalização. A racionalidade e a explicação racional dos fenômenos têm limite. Ainda que se tenham máximas determinantes do agir, ou leis determinantes de como determinado caso deve ser resolvido, o agir concreto frente àquele caso apresenta elementos que escapam do método racional.

Duas ressalvas são aqui importantes, sob pena de se deturpar o pensamento de Alexy: A primeira é que, embora a crítica implícita aqui esteja sendo feita às pretensões totalizantes da racionalidade de um modo geral, Alexy, como um analítico, não compreende a racionalidade da mesma forma que Kelsen, pelo que sua pretensão de construir uma teoria argumentativa a pautar decisões judiciais não segue exatamente o mesmo método que Kelsen usa quando pretende falar racionalmente do Direito; a outra é que, quando se diz que Kelsen reconheceu limitações à racionalidade científica, isso não

quer dizer que sua opção pela discricionariedade tenha sido a única possível, de modo que, apesar de seu reconhecimento, é de se dar ainda mais razão a Alexy do que ao descaso hermenêutico do positivismo.

Assim, a racionalidade prática que Alexy pretende, mediante um conteúdo de regras lógicas do discurso, estender ao domínio da argumentação jurídica, porquanto esteja se dizendo aqui que extrapola seus limites, não deve ser confundida com lógica silogística ou com desenvolvimento científico neutro. Ademais, se tais regras se revelam insuficientes para garantir a certeza de uma boa fundamentação para interpretações judiciais, elas têm o inatacável lado positivo de corresponderem, na esteira habermasiana, a uma estrutura dialógica de ação, baseada em uma concepção cooperativa, dialógica de processo.

É importante expor aqui as principais regras de argumentação de Robert Alexy, não só para acentuar esse importante aceno dialógico, mas também para que se avalie de maneira mais imediata que tipo de racionalidade e correção argumentativa o autor imagina realizável no Direito para sua teoria consensual da verdade. Listar-se-á agora não todas as regras do discurso, mas as mais importantes conforme expostas pelo próprio autor:

- 1) Qualquer um pode tomar parte no discurso, introduzir e problematizar qualquer asserção
- 2) Se o falante aplicar um predicado a determinado objeto, deve aplicá-lo também a qualquer objeto semelhante nos aspectos essenciais (princípio da universalidade, expressa no Direito como isonomia ou analogia)
- 3) O falante não pode se contradizer
- 4) O falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita
- 5) O falante não pode usar a mesma expressão que outros falantes com significados diferentes
- 6) O falante deve fundamentar o que afirma se lhe for pedido

- 7) Se o argumento utilizado pelos falantes já for aceito pelos demais, ele não precisa ser justificado

Dessas regras, pode-se observar que as regras de número 1,5 e 7 pressupõem claramente uma estrutura dialógica, pelo que não se trata de uma teorização monológica em torno da figura do Juiz, como por diversas vezes se trata da decisão judicial, descrevendo-a de maneira tanto mais insuficiente quanto menos dialógica. Esse ponto é fundamental em Alexy.

Além desse ponto, as regras mostram também aquilo que Alexy entende por *correção* das assertivas, ponto chave de sua racionalidade, consensual e dialogicamente estruturada. Todos os comandos levam à clareza, à correção de ambigüidades, ao alinhamento do discurso em um sentido comum que possa ser igualmente compreendido por todos, construindo a resposta da maneira mais científica possível, com clareza tal que possa ser consensualmente aceita como racionalmente construída mesmo por aqueles que dela discordem.

Para quem não esteja familiarizado com a teoria *consensual* da verdade e com esse aspecto dialógico, os comandos acima descritos podem significar pouco ou nada em se falando em verdade e em justiça. É óbvio que regras sobre debates e sobre modos de construir assertivas só podem bastar para legitimar decisões se o próprio critério legitimador for definido de antemão como respeito às regras do discurso. É a crítica que Lênio Streck faz a Habermas em seu *Verdade e Consenso* (STRECK, 2009). Habermas rejeita uma tese substancialista da justiça e da verdade a favor de uma tese procedimental, insistindo em que os próprios atores do discurso devem *construir* a verdade, mas fixa de antemão os cânones desse discurso. É uma circularidade viciosa.

Antes de entrar no ponto final dessa análise crítica à teoria de Alexy, é importante comentar especialmente o último cânone apresentado, o de que um argumento já aceito pelos demais não precisa ser justificado (princípio da inércia perelmaniano).

Tal argumento pretende trazer ao foco da disputa os debates, tornando pacífico aquilo que já é consensualmente comungado. Concretamente, isso significa que um Juiz não precisa justificar uma decisão se vai manter um posicionamento já aceito, mas apenas se vai modificá-lo. A base lógica é a de que esse algo “mantido” não mudou e, portanto, já foi debatido. Embora esse raciocínio estatizante vá ser especialmente criticado sob o viés hermenêutico no próximo capítulo, é importante mostrar desde já o quanto essa posição é conservadora. Diz que o argumento que vai ser mantido não precisa novamente ser fundamentado como se o Direito fosse estático e como se um argumento pudesse ser repetido na forma de cortar e colar, como se o *tempo* não existisse como fenômeno inexoravelmente modificador da realidade.

O conservadorismo desse argumento, aliás peculiar ao Direito, encontra socorro também no 6º cânone, que diz que um falante desse fundamentar o que diz se lhe for pedido. E se não lhe for pedido? Não deve? Parece que a preocupação com o consenso torna-se absoluta a tal ponto que se esquece qualquer remissão que tal debate deve ter a algo que não exatamente o consenso.

Em resumo, a arbitrariedade, tão falada no primeiro capítulo como um problema encarado como central no Direito contemporâneo, pretende ser dissolvida por esse tipo de racionalidade, que se não encontra uma verdade fora do consenso (pois crê que a mesma não existe), cria uma espécie de *arbitrariedade coletiva*, forjada com condições consensuais de participação e, assim, legítima na visão de Alexy.

De fato, Alexy e os demais teóricos da argumentação jurídica não são assim tão relativistas e pluralistas como parece. Se o fossem, tão consenso argumentativo pareceria impossível. De nada adiantariam tais regras se não houvesse a menor possibilidade de se chegar a um acordo. Porém, há um *pano de fundo liberal* nessas teorias da argumentação jurídica. A clareza dos argumentos, a racionalidade das premissas e a compreensão comum que tais teóricos crêem atingir não surge de uma suposta análise científica neutra, mas por uma tradição compartilhada de valores e noções mínimas que permite o debate com relativa expectativa de consenso.

Por fim, resta dizer que de fato fica difícil dialogar com as teorias da argumentação jurídica acerca de seus meios poucos eficazes de controlar a arbitrariedade judicial posto que, segundo as premissas de tal teoria, não há arbitrariedade se há possibilidade de correção das assertivas e se as mesmas foram atingidas consensualmente. A crítica precisará, portanto, descer até as premissas básicas dessa racionalidade e buscar o ponto de onde emerge a pergunta inicial que motiva essa resposta racionalizante, mudando a pergunta para aprofundar a questão.

Termina-se com uma esclarecedora citação de Alberto Alonso Muñoz acerca da precariedade de uma teoria da interpretação e não-espaço para uma hermenêutica nos teóricos da argumentação jurídica. Comentando especialmente Alexy, diz o autor:

Não há aqui, porém, espaço nem para uma tese forte acerca da decisão judicial, nem para uma teoria da interpretação robusta. Quanto à decisão judicial, de Vehweg a Alexy, passando por Perelman e a Escola da Nova Retórica, todos estão de acordo quanto ao fato de que pode haver *mais de uma* decisão racional (bem construída, persuasiva, justificada) para um caso apresentado ao sistema jurídico. As razões variam, mas a adesão à tese é comum. Por outro lado, tampouco há, em todas essas correntes, uma teoria robusta da hermenêutica jurídica. Se a hermenêutica é uma teoria que procura explicar como o sentido pode (e eventualmente deve) ser descoberto no direito, não há espaço para ela numa teoria tópica ou retórica. Não há, a bem dizer, propriamente “obscuridade” de uma linguagem a ser escavada. Não há propriamente algo a ser interpretado, mas decisões a serem construídas. (MUÑOZ, 2008, p. 208).

2.6 RONALD DWORKIN – NO LIMAR DA HERMENÊUTICA

A teoria interpretativa do Direito de Ronald Dworkin situa-se num ponto de tensão crucial entre uma racionalidade institucionalista e uma aproximação hermenêutica acerca das questões centrais da interpretação jurídica. Sua teoria do Direito como *integridade*, que será aqui analisada, possui a pretensão de encontrar uma espécie de objetividade na interpretação, que permita encontrar *uma única resposta correta*, sem por

isso criar um método científico ou cânones argumentativos para se chegar a tal desiderato.

Como este trabalho pretende contribuir com a compreensão e redução da arbitrariedade judicial a partir de um enfoque hermenêutico, que será detalhado no próximo capítulo, este tópico sobre Ronald Dworkin poderia seguramente figurar no terceiro capítulo sem que com isso se fizesse injustiça à sua teoria. É dizer, há uma faceta hermenêutica relevante na construção de Ronald Dworkin, embora o mesmo estabeleça critérios para guiar uma interpretação adequada que fuja da tradição hermenêutica e permitam visualizar também uma sublimação da arbitrariedade e incerteza do alcance do correto e verdadeiro nas decisões judiciais. Ver-se-á como isso se dá.

Em sua obra *O império do Direito* (DWORKIN, 2003), considerada a principal obra do autor vez que condensa uma construção teórica desenvolvida durante duas décadas de produção acadêmica, Dworkin enfrenta a questão acerca de qual a natureza do Direito sob o fio condutor de uma crítica ao positivismo. Assim, logo em seu primeiro capítulo, critica a concepção positivista de que o Direito seja uma simples questão de fato, isto é, que as pessoas usem convencionalmente expressões jurídicas com significados compartilhados, e que as únicas divergências que se pode seguramente ter em direito são divergências empíricas, sobre se algo aconteceu ou não, ou sobre se tal lei traz ou não determinado assunto.

Contra tal visão, Dworkin argumenta e traz casos históricos da suprema corte norte americana e da câmara dos lordes inglesa mostrando que há divergências no Direito que não são empíricas, mas teóricas, ou seja, sabe-se exatamente os fatos que ocorreram e sabe-se também o conteúdo das leis sobre o assunto, mas mesmo assim discute-se qual a melhor forma de interpretar aquela situação, ou seja, qual a melhor resposta jurídica para o caso. Não se trata, como poderia parecer, de uma opção entre seguir as leis ou jurisprudências ou abandoná-las em nome da justiça. É uma discussão que se dá no âmbito mesmo da juridicidade.

Assim, o Direito aparece aqui como uma *prática argumentativa*, na qual aquilo que é permitido ou proibido depende de certas proposições que só adquirem sentido no âmbito e no exercício da própria prática. (DWORKIN, 2003). Não há como descrever um conjunto de expressões semânticas usadas pelos participantes e que possa definir em termos gerais o Direito em uma sociedade. Os defensores do positivismo no século XX acreditavam poder distinguir um conjunto de fatos (mundo do ser) capazes de definir o Direito, sem precisar por a questão de como *deveria ser* o Direito, que seria já uma questão de política, e não estritamente da ciência jurídica.

Contra tal aceção, que na linha de Descartes e Kant separa o ser do dever ser, o mundo dos fatos do mundo dos valores, Dworkin diz que é impossível dizer o que é o Direito sem que nessa afirmação esteja contida uma visão sobre como deve ser o Direito, ou seja, como este fenômeno social pode ser visto em sua melhor luz, obviamente no entendimento de quem o está descrevendo.

A proposta do positivismo de separar Direito e Moral falha não apenas por uma razão ética (a necessidade de se decidir moralmente que direitos as pessoas têm), mas por uma razão filosófica, isto é, por ser impossível descrever de maneira neutra e externa o fenômeno jurídico.

Isto porque o Direito é um *conceito interpretativo*. Teorias gerais do Direito, como as de Kelsen e Hart, são para Dworkin interpretações gerais da própria prática social, e não descrições neutras de convenções semânticas. Mais do que isso, descrições externas do Direito são pobres porque passam ao largo justamente do que as pessoas consideram mais importante, que é saber quais argumentos são melhores que outros e como podem saber, frente à determinada situação – e não geral e abstratamente – quais direitos têm.

2.6.1 A discricionariedade e o reconhecimento dos princípios jurídicos

Em sua obra *Levando os Direitos a sério* (DWORKIN, 2007), que compila um conjunto de textos interligados, apesar de publicada quase uma década antes do *Império do Direito*, Dworkin traz já as balizas que mais tarde comporão as linhas centrais de sua teoria do Direito.

Tais balizas são apresentadas tendo sempre como pano de fundo o que Dworkin chama de teoria dominante do direito, que reúne na parte conceitual o positivismo jurídico, e em sua parte normativa argumentos utilitaristas, derivados na tradição anglo-americana do filósofo Jeremy Bentham.

Um dos argumentos centrais do positivismo jurídico, já exposto neste trabalho ao se tratar de Kelsen e Hart, é o de que o direito é um conjunto de regras acerca da coerção. Regras que delimitam a criação de outras regras e lhe conferem legitimidade. A identificação de que determinada regra é válida não está ligada ao seu conteúdo, mas ao modo como foi criada, ou seja, trata-se de uma conformidade formal, baseada em um arcabouço articulado de regras e não no seguimento por parte do conteúdo dessas regras de algum suposto conteúdo central e hierarquicamente norteador.

Por isso, diz Dworkin, na acepção positivista, a justificação que o Estado tem para usar a coerção garantindo direitos, punindo criminosos, retirando bens de propriedade privada, reside no cumprimento dessas regras, reconhecidas pela sociedade como legítimas haja vista o conhecimento prévio das normas que regulam a criação dessas. Através desse critério formal, é possível diferenciar regras válidas de regras expúrias, que os advogados usam erroneamente, com vistas a favorecer seus interesses às custas da verdade, posto que de fato sabem que estão usando os conceitos jurídicos de modo deturpado (lembre-se que para o positivismo, como teoria semântica do Direito, este é apenas questão de fato). (DWORKIN, 2007).

Como o conjunto dessas regras é coextensivo com o Direito, se determinado caso não estiver inteiramente coberto por essas regras, então não pode ser decidido por

“aplicação do Direito”, mas por um ato de vontade baseado no discernimento pessoal do Juiz³, que discricionariamente elegerá a melhor solução para aquela situação.

Contra essa visão do Direito como um simples *modelo de regras*, Dworkin reconhece⁴ e traz à discussão os princípios jurídicos como parte integrante do Direito. Argumenta que, em casos nos quais não há uma regra facilmente aplicável, e que o positivismo diz que a decisão é não-jurídica em sentido estrito, Dworkin diz que entra explicitamente em cena uma espécie normativa que faz parte do Direito e que a cultura jurídica positivista ignora, que são os princípios jurídicos.

Diz-se *explicitamente* porque, na esteira do autor, os princípios encontram-se mesmo naqueles casos em que a aplicação das regras é supostamente feita por uma subsunção mecânica. Diferente de regras, que são editadas pelo poder legislativo, construídas jurisprudencialmente de maneira clara, os princípios são balizas jurídicas de cunho moral, criados e desenvolvidos lentamente no seio da sociedade. Quando há uma regra que pode consensualmente ser aplicada a um caso sem maiores problemas, a questão moral de sua legitimidade pode ficar encoberta e, assim, passar como que despercebida.

3

³ É importante mencionar nesse teor a importante contribuição de Lênio Streck, que em seus diversos artigos e livros busca sempre conscientizar os juristas de que o Direito não pode ser aquilo que os Juízes pensam. Nenhum Estado pode legitimamente garantir direitos ou exigir obrigações dos cidadãos com base no discernimento íntimo de particulares, mesmo sendo estes investidos de autoridade pública, como os membros do Judiciário. É necessário – e aqui o professor Lênio vale-se muito de Dworkin – que exista algum sentido comum, intersubjetivo, ao qual os juristas possam recorrer para decidir controvérsias. É preciso tentar encontrar uma *moralidade pública*, e não a consciência moral individual de cada Juiz. Sobre isso, é especialmente esclarecedora a obra *Verdade e Consenso* (STRECK, 2009).

4

⁴ Usa-se a expressão “reconhece” para que não se pense que Dworkin criou a idéia de princípios jurídicos. O que ele fez foi justamente reconhecer a existência e plausibilidade dessa espécie normativa, que fora defendida já na Alemanha do século XIX.

Não é, entretanto, o que ocorre nos casos chamados difíceis. Como exemplo, Dworkin traz no primeiro capítulo de seu *Império do Direito* o “caso Elmer” (DWORKIN, 2003), no qual um rapaz assassina o avô para herdar sua herança, posto que este havia se casado de novo e poderia alterar o testamento e deixar o neto sem nada. Neste caso, diz Dworkin, embora não haja no conjunto de leis de Nova York e nem no arcabouço jurisprudencial nenhuma referência legal a que destino deve ser dado a tal herança, os juízes não usaram de suas íntimas e particulares convicções, mas encontraram o princípio de que ninguém pode se valer da própria torpeza, decidindo, assim, juridicamente.

Dworkin utiliza exemplos como esse para mostrar que o positivismo até conceitualmente é uma descrição pobre do direito. Os positivistas não percebem essa sutil mas imprescindível inserção de um tipo distinto de normas, e não o fazem por sua ligação às regras e à vinculação formal de legitimidade política.

Sua descrição acerca do que é ou não considero direito, em termos de tudo ou nada, porquanto tenha como pano de fundo preocupações científicas como certeza e averiguação livre de juízos de valor, não compreende bem o que significa dizer que alguém tem direito a alguma coisa, e não o faz justamente por ignorar que o direito é uma prática argumentativa, que não é uma questão simplesmente de fato posto que é de certa forma construído nas decisões judiciais, uma construção que, porquanto não seja baseada na subjetividade do interprete, inclui o seu ponto de vista enquanto membro de uma comunidade de princípios morais.

O positivismo diz que, como o direito é um modelo de regras e as regras nunca esgotam todas as hipóteses de sua aplicação, mesmo porque o legislador não tem como prever os casos que aparecerão a serem decididos pelas leis que edita, o Juiz deve usar de seu poder discricionário, de sua convicção, para, em um ato de vontade, preencher a norma de modo a decidir o caso concreto.

Os positivistas não acreditam que seja possível limitar essa discricionariedade e em suma nem desejável, posto que se haveria de vincular os Juizes a determinada concepção de justiça, de decisão correta, e isso seria no fundo antidemocrático, posto que, como hobbesianos que são, não acreditam em uma Justiça que não seja relativa a opiniões particulares e por demais fluida para servir de parâmetro “universal” de correto.

Exatamente contra esse tipo de pensamento que, por não crer em uma Justiça transcendente, defende a relatividade de toda idéia de justo, Dworkin defende a possibilidade de se falar em justiça, moral, decisões corretas, não com base em conceitos jusnaturalistas, acessíveis por meio de uma razão universal, mas sim com base nos princípios construídos em uma tradição, na história argumentativa das práticas sociais, no romance em cadeia interpretativo que busca o aperfeiçoamento das instituições. (DWORKIN, 2003)

Assim, o autor acredita na inserção dos princípios como meio de limitar a discricionariedade do Juiz, posto que, mais do que cuidar da aplicação mecânica de regras, este deve ver para onde se inclina a decisão daquele caso, que princípios morais estão inseridos na questão. Veja-se que ocorre aqui uma importante inversão hermenêutica: os princípios não são encontrados *a posteriori*, mas são o ponto de partida da interpretação do caso. A aplicação das próprias regras é determinada de acordo com o centro de gravidade principiológico que emerge da análise do caso.

Tais princípios geram obrigação jurídica, posto que, apesar de poderem não estar positivados, são ou foram reconhecidos pela tradição jurídica de determinada sociedade, pelo que são parte de seu direito. Os princípios como inserção da moral no Direito, argumenta Dworkin, não são quaisquer valores morais que tenha o Juiz ou que tenham as partes de determinado caso, mas os valores reconhecidos pelas decisões anteriores e implícitos ou explícitos na legislação, de modo que se possa argumentar racional e *juridicamente* acerca de sua existência e da importância de seu reconhecimento.

É também importante lembrar mais uma vez que a concepção de princípios dworkiniana é levada a cabo sempre em oposição aos chamados *argumentos de política*, que tem base utilitária no sentido de decidir da maneira que seja mais oportuna para objetivos gerais coletivos. Assim, por exemplo, se a decisão acerca de uma indenização por acidente de trânsito for tomada levando em consideração as ações que podem ser movidas futuramente pelo mesmo motivo, ou o encarecimento do preço dos automóveis em decorrência dos valores perdidos pelas empresas em ações como essa, trata-se então de uma decisão justificada e argumentada sob o ponto de vista político, na qual efetivamente se pode falar em criação do direito no caso concreto por parte de juízes.

Argumento de princípios, por outro lado, justificam uma decisão política, *mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo*. (DWORKIN, 2007, p. 129). A decisão que proíbe a discriminação pela sua *injustiça* é baseada em um argumento de princípio.

O pano de fundo dos argumentos de princípio é composto em última instância pelos *direitos fundamentais*. É como se tais direitos fossem condições transcendentais porque basilares do convívio humano, razão pela qual sua observância está além de qualquer perspectiva utilitarista.

Esse compromisso com os direitos, que faz parte da tradição do pensamento jurídico e também da tradição liberal norte-americana que Dworkin traz à tona, justifica o dever que os juízes têm de decidir mesmo os casos difíceis de modo a garantir direitos. Dworkin cita inclusive sua controvérsia com o positivista Joseph Raz acerca da discricionariedade expondo que, mesmo nos casos difíceis, naqueles em que Raz diz que os juízes têm liberdade de escolha, mesmo nesses os juízes crêem estar cumprindo um dever. (DWORKIN, 2007).

Esse relato da concepção que os próprios juízes têm de seu trabalho e de sua responsabilidade é importante na construção teórica de Dworkin, visto que mostra que sua discordância do positivismo jurídico se dá não apenas sob uma perspectiva normativa

(interpretação em casos concretos), mas também enquanto descrição equivocada do direito. *O positivismo falha ao defender a inevitabilidade da discricionariedade porque falha ao não compreender o funcionamento dos princípios na ordem jurídica.*

Também acerca de tal funcionamento, é importante considerar o modo como Dworkin compreende a aplicação dos princípios em oposição à operacionalidade das regras. Regras são aplicadas no modo de *tudo ou nada*, isto é, ou cabem inteiramente na situação ou são afastadas como inaptas àquela situação específica. Já os princípios, por sua gênese difusa e por não terem sido criados para situações específicas, mas nos contornos gerais da vida cotidiana, sua incorporação pelo judiciário na aplicação normativa não é tem nada a ver com subsunção. Ao contrário, é um apontamento, uma inclinação para um lado o que fazem os princípios, que podem não ser aplicados num caso sem que com isso deixem de ser considerados parte desse caso.

2.6.2 Institucionalismo e a tese da “única resposta correta”

Nós tópicos anteriores, foi dito que Ronald Dworkin propõe uma visão do direito como uma prática argumentativa, que se constrói conjuntamente em uma sociedade através de princípios basilares e cujas assertivas sobre o que é correto ou não nessa prática só ganham sentido em seu próprio e cotidiano exercício.

Ademais, foi dito também que Dworkin tenciona atacar o positivismo enquanto explicação pobre tanto conceitualmente (descrição) quanto normativamente, isto é, ao recusar-se a expor qualquer concepção de como deve ser o direito, acreditando poder separar ser e dever-ser, mundo dos fatos e mundo dos valores⁵, dentre outras incompletudes acima expostas.

5

⁵ A teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale (REALE, 2003) repete essa noção positivista de fatos como algo objetivo, identificável por todos, aos quais depois são agregados valores. Essa idéia

Recuando agora um pouco, é preciso lembrar que, logo no começo deste capítulo, foi dito que a arbitrariedade que paira problematicamente sobre o Direito foi sublimada, afastada do olhar pelas teorias do Direito imbuídas da cientificidade típica da racionalidade moderna, filosoficamente formulada sobretudo pelo filósofo francês René Descartes e pelo filósofo alemão Immanuel Kant.

Assim, diversas teorias como a descrição positivista do Direito enquanto ciência nos moldes das ciências naturais (sobretudo a teoria de Kelsen), bem como a racionalização analítica formal das teorias da argumentação jurídica repetem, refletidamente ou não, diversas premissas dessa racionalidade ilustrada que, porquanto desde o romantismo alemão tenham perdido boa parte de sua força argumentativa, influencia bastante ainda o pensamento jurídico contemporâneo.

Ronald Dworkin, entretanto, critica não só o positivismo jurídico em suas diferentes vertentes como critica também a possibilidade de cânones formais que indiquem uma resposta como “racionalmente justificada”. Seu ponto de partida é outro inteiramente diverso daquele formulado pela argumentação analítica. Não há um método científico, pretensamente neutro e desconectado da interpretação que os participantes daquela prática têm dela.

Sua teoria do romance em cadeia, ao sugerir que os juízes não descobrem apenas um direito pré-existente e nem criam direito novo, mas fazem ambas as coisas ao mesmo tempo, através de re-interpretações no seio de uma tradição, possui semelhança óbvia com a descrição gadameriana da interpretação de um modo geral em seu *Verdade e Método* (GADAMER, 1999). A compreensão de que é possível conceber interpretações *verdadeiras* não em sentido naturalístico, mas dentro do sentido fornecido por uma

pressupõe não só que é possível descrever algo faticamente, antes da valoração, como crê que valores são postos como que arbitrariamente, sem uma facticidade prévia, isto é, sem que haja uma inter-relação entre sujeito e objeto que cria não só a concepção de um fenômeno como um *fato*, mas também que permeia a noção de determinado valor.

tradição, é algo defendido tanto pela hermenêutica de Gadamer (que nesse sentido é não-relativista), como pela teoria do direito como integridade de Dworkin.

Nestes termos, considerando que o projeto da hermenêutica de Gadamer e seus contemporâneos é resgatar o fio humanista perdido na ilustração e sua aprisionadora busca de um método científico, e que muitas idéias peculiares a tal hermenêutica estão presentes na obra de Dworkin, pergunta-se: por que incluí-lo neste capítulo sobre a sublimação da arbitrariedade? Que aspecto da interpretação jurídica pode estar passando despercebido por Dworkin? Há alguma incompletude em sua explicação teórica que, ao invés de clarear, obscureça os meandros da interpretação judicial?

A resposta a esses questionamentos, que se encadeia em uma crítica ao modo como Dworkin crê que o Juiz possa chegar a *uma resposta correta*, exige uma interpretação conglobante da teoria do autor, isto é, que se compreenda os diferentes pontos teóricos de Dworkin como um todo coerente e com uma finalidade precípua, pois do contrário suas distintas afirmações, presentes em diferentes obras, apresentariam contradições insolúveis.

Em um primeiro sentido, como já dito, não se vê em Dworkin um método formal que garanta legitimidade à uma espécie de *teoria da decisão*, isto é, não há cânones formais que digam como o Juiz deve aplicar a integridade. O que há são alguns apontamentos especificando que o Juiz deve decidir um caso como se aquela decisão fizesse parte de um todo coerente e estruturado, que busca a justiça mas que o faz em respeito à igualdade também. Não é que o Direito *seja* coerente e tenha integridade nesse sentido. O que o Juiz deve fazer é emergir o valor político da integridade e argumentar a interpretação para o caso concreto de modo em coerência com o ordenamento de um modo geral.

Para tanto, até há em seu *Império do Direito* (DWORKIN, 2003) algumas especificidades acerca de como realizar essa integridade horizontal, com argumentos no sentido de que, por exemplo, dentre várias teorias para decidir um caso sobre

discriminação racional, o Juiz deve escolher aquela que mais se adéqüe ao conjunto de normas e princípios constitucionais, dando uma coerência no todo. Se uma teoria é atraente à luz de certos princípios constitucionais, enquanto que outra o é em relação a mais princípios do que aquela, possuindo uma “globalidade” maior, deve ser esta a escolhida.

Obviamente, Dworkin não ignora que a integridade é também um conceito interpretativo, de modo que um Juiz pode ter uma idéia diferente de qual teoria torna o ordenamento jurídico mais coerente, mas isso não é um argumento contra a possibilidade de se argumentar de maneira mais ou menos acertada em torno dessa completude.

Pois bem, vê-se então que Dworkin conhece os problemas dos conflitos de interpretações e inclusive a impossibilidade de criar métodos para garantir a interpretação correta.

A possibilidade de correção de premissas, de debate racional, que seduziu Alexy, também não parece ter relevância em Dworkin, que está mais preocupado com a interpretação do que com a construção de argumentos consensualmente aceitos. Ao contrário da idéia de *verdade consensual*, Dworkin acredita haver um propósito na interpretação em encontrar modos de argumentar coerentes com um arcabouço principiológico lentamente forjado no seio da comunidade através do direito.

Entretanto, porquanto Dworkin reconheça a problemática interpretativa no direito e a sua imprescindibilidade, consubstanciada no dever que tem o Juiz de respeitar princípios gerais prévios ao mesmo tempo que cria uma nova página do romance (realiza um ato cognitivo e criativo, ao mesmo tempo que isoladamente não realiza nenhum dos dois), no resultado desse processo, aparece um rigor racionalista de se encontrar *uma única resposta correta* que é ainda mais radical que a fé alexyana na teoria do discurso e que mesmo os positivistas mais cientificistas não ousaram expor.

Se o fato de Dworkin não apresentar um método para atingir sua *única resposta correta* pode evidenciar uma constatação sua de que o percurso de encontrar tal decisão não é algo que se encontre objetivamente, mas sim analisando aspectos que só podem vir à tona no caso concreto, a sua exigência objetivante aparece como flagrante contrariedade entre uma aproximação que se poderia considerar hermenêutica e um anseio de objetivação moral na decisão judicial que foge totalmente à tradição continental que Dworkin parece resgatar.

Em todo caso, como dito acima, essa contraditoriedade só aparece caso se queira compreender Dworkin como um hermeneuta, seguindo as pegadas que tal tradição forjou sobretudo na Europa nos últimos dois séculos e que representa hoje uma importante abordagem jurídica e, sobretudo, meio de penetrar mais fundo na compreensão de como os juristas interpretam o Direito.

Contudo, não há em Dworkin os pressupostos da ética aristotélica que constituem o aporte hermenêutico e que efetivamente podem ser considerados um passo contrário à racionalização pela qual passaram as ciências humanas após a ilustração e que possibilitou a sublimação descrita neste capítulo.

Com efeito, em um artigo apresentado no colóquio semanal da Universidade de Nova York intitulado *Interpretation, Morality and Truth* (DWORKIN, 2008), no qual o autor mais uma vez defende que não está falando em *verdade* transcendente, mas em uma verdade enquanto forma moral de interpretar o Direito, moral essa consubstanciada na tradição liberal norte-americana (por isso não-transcendente), Dworkin diz claramente que ele, em oposição a Hans Gadamer e Wilhelm Dilthey, não compreende a interpretação como uma atividade geral, que possui tantas semelhanças nos seus diversos campos como literatura, pintura e direito.

Em sentido contrário, crê que a interpretação jurídica seja um caso especial que possui mais especificidades jurídicas do que semelhanças com *interpretação* em um

sentido geral. Por essa razão, estrutura todo seu pensamento relacionando-o à autonomia que crê encontrar no processo interpretativo do direito.

Embora o detalhamento da hermenêutica continental vá ser exposto só no capítulo seguinte, pode-se desde já dizer que a mesma, já desde fins do século XVIII e início do século XIX, expôs a interpretação não como uma atividade específica ligada a textos sacros ou profanos, mas como uma atividade geral humana de compreensão.

Por conseguinte, tal atividade estava ligada desde à compreensão de textos escritos, músicas etc. até a compreensão dialogal do cotidiano humano. Embora as dificuldades interpretativas sempre tenham sido mais ligadas a questões como a distância história e as diferenças de sentido de textos escritos em linguagem metafórica ou com expressões que já mudaram de uso, a hermenêutica romântica acentuou que o processo de *se colocar no lugar do outro* para entender manifestações objetivadas da vida, processo no qual tem forte lugar a *empatia*, não ocorre apenas nos exemplos acima citados mas é uma potencialidade geral do ser humano, que ele exercita no seu ato de viver e que, portanto, requer um estudo muito mais filosófico e psicológico do que técnico propriamente dito.

Nesses parâmetros, a compreensão de interpretações arbitrárias nunca poderia se dar tão-somente por problemas específicos de determinada área, como o problema do positivismo no direito ou o problema da autoridade do velho testamento no caso da Bíblia. Assim, a busca de interpretações *corretas* se tornou uma busca em compreender melhor os interpretes, suas relações no mundo e as inquietações e angústias que permeiam a formação de sua convicção.

Ainda por tal razão, *evitar* interpretações arbitrárias seja de textos jurídicos seja de uma obra de Goethe não é em suma uma vinculação a princípios prévios. Isso ocorre é claro. Contudo, o pressuposto neo-aristotélico central que veio se desenhando na hermenêutica é o de que interpretar corretamente se trata muito mais de uma relação de

empatia e de esforço compreensivo estabelecida dialogicamente do que uma argumentação coerente com uma moral previamente fixada por alguma instituição.

Já em Dworkin, que considera essa universalidade do problema hermenêutico como uma abstração de certo modo equivocada⁶, a interpretação correta (no direito) se dá pela percepção dos Juízes de como realizar a integridade no direito, *atualizando-o moralmente*. Enquanto na hermenêutica o pressuposto da ética aristotélica é interpretado de maneira casuística, isto é, priorizando o acontecer concreto e retirando da concretude a maneira “correta” de interpretar, em Dworkin a *integridade* substituiu a *phronesis*, na medida em que se exige uma objetividade que está ausente na interpretação hermenêutica de Aristóteles.

Veja-se que a situação é mais complexa do que parece. O direito de Dworkin é um conceito interpretativo, cujas respostas devem ser construídas argumentativamente pelos juízes tendo em vista o modo *mais atraente* de ver a prática social jurídica. Esses conceitos são todos hermenêuticos. A questão que aqui se considera problemática é que, se Dworkin crê que os princípios morais guiam a interpretação para um modo mais correto, a função do Juiz é muito mais a de seguir esse percurso do que a de praticar a *prudência* e todos os conceitos hermenêuticos que lhe foram atrelados.

Em suma, a tentativa de Dworkin em aliar a observância ao direito posto à criação judicial com vistas à decisão do caso concreto, porquanto queira dissolver a dicotomia entre aplicar e criar direitos, parte da concepção de que para uma pessoa não podem ser garantidos direitos que a mesma já não possua, ainda que implicitamente com base nos

6 [□]

Veja-se, atenuando tal idéia, que Dworkin faz diversas comparações entre a interpretação jurídica e a interpretação de poemas, peças e até obras de arte (DWORKIN, 2003). É verdade também que o colóquio no qual pretendeu dar autonomia à *interpretação jurídica* é bem posterior às obras aqui analisadas, pelo que pode ter havido uma mudança de direcionamento.

princípios. Por isso considera o argumento principiológico bem superior aos argumentos de política, porque aqueles são argumentos em forma de direitos que as pessoas *têm*, isto é, já antes da decisão judicial.

Pode-se dizer então que a teoria do direito de Dworkin contém um pano de fundo filosófico que amplia as possibilidades do debate moral no direito, pois retira dessa tradição as amarras científicas e ao mesmo tempo relativistas em sentido forte do positivismo. Credo em uma objetividade relativa, dentro de uma tradição, a crítica argumentativa torna-se ali possível, sem que se precise argumentar em torno de direitos transcendentais, e sem cair por outro lado em uma idéia hobbesiana de justiça relativa à cada concepção individual e, por isso, fluida demais para ser defendida como uma moral coletiva.

O problema é que a tradição nem sempre aponta um caminho único. Muitas vezes a própria tradição leva a uma ambigüidade ou ao menos a mais de uma possibilidade. Pode mesmo ser que determinada tradição tenha caminhado até diversas aporias insolúveis e que, nesse sentido, a continuidade da tradição seja impossível em se seguindo ou mesmo re-interpretando seus pressupostos. É o que Marx e Nietzsche falam, por exemplo, com respeito à tradição ocidental. Embora, como aponta Hannah Arendt em *Entre passado e futuro* (ARENDR, 2000), os mesmos não tenham fugido da tradição mas apenas invertido-a, há algo de muito verdadeiro acerca do peso negativo da tradição descoberto nesses filósofos.

Muitas vezes, deve-se dizer também, a possibilidade de reformulação da tradição ocorre não pelo trabalho lento da filosofia ou pelos “romancistas” juizes, mas por um evento contingente, como a segunda guerra mundial e o holocausto. Isso reformula de tal modo os significados dentro da própria tradição que pode-se considerar efetivamente uma ruptura.

Quando Dworkin defende que a tradição jurídico-moral norte-americana leva o bom romancista a *uma única resposta correta*, o autor está interpretando normativamente

a tradição, com a pré-concepção de encontrar nela a solução das antinomias do direito, muitas das quais têm, na verdade, sua raiz antinômica na tradição.

Em suma, enquanto a hermenêutica busca mais compreender a tradição para compreender a interpretação, o direito como integridade busca decidir a partir da tradição, ou seja, está mais preocupado com as respostas do que com as perguntas, o inverso da hermenêutica filosófica.

É óbvio que, em se tratando de uma teoria acerca da interpretação judicial, a decisão precisa ser revista de total importância e, como diz o próprio Dworkin, uma teoria do direito que explique porque determinados advogados argumentam de determinada forma em determinado contexto histórico não responde aos anseios dos participantes da prática jurídica, que querem na verdade saber como podem melhor fundamentar suas decisões argumentativamente, ou seja, é um *ponto de vista interno* (DWORKIN, 2003).

O problema é que a tradição funciona mais externa do que internamente para tal situação. Para um caso concreto, a tradição indica a pertença à uma historicidade, mas não diretamente o *sollen* dessa historicidade, ao menos não sempre e não objetivamente como Dworkin pretende.

Não se pode negar, por outro lado, que, por exemplo, a tradição democrática do pós-guerra é passível de controlar interpretações arbitrárias sob punição ou sob discriminação ou mesmo acesso a direitos e liberdade de expressão. Ainda assim, seu papel é muito mais o de fazer compreender-se porque tais direitos são agora tão importantes do que para decidir peremptoriamente a favor de algum deles em caso de conflito entre, por exemplo, liberdade de opinião e direito à honra e à imagem.

Nesse sentido, o famoso exemplo do *caso Brown*, que Dworkin utiliza para mostrar o seu romance em cadeia no que tange às questões raciais, pode ser bem mais compreendido como uma ruptura na tradição discriminatória norte-americana, gerada por

motivos históricos, por convicções morais etc.. do que uma reconstrução de uma decisão do passado totalmente distinta (separados porém iguais). É fato que a doutrina do *separados porém iguais* já aponta para a exigência de igualdade e que a ulterior proibição de qualquer discriminação é um avanço que pode ser visto de maneira evolutiva. Contudo, a diferença entre ambas as decisões (especialmente na visão dos discriminados) parece maior do que a semelhança romancista, motivo pelo qual o autor norte-americano não pode, efetivamente, ser considerado *reconstrutivista*.

Concluindo, a construção filosófica de Dworkin é não só importante como imprescindível para o pensamento jurídico moderno, não só por ampliar o debate jurídico de um simples modelo de regras e não só por mostrar a importância objetivante da moral tradicionalmente construída (ainda que radicalize tal idéia). De fato, até os refratários de Dworkin partem de suas idéias para construir os sistemas antagônicos.

Para este trabalho, é muito importante a idéia do direito como um *conceito interpretativo* e a idéia pragmática de que *certo* e *errado* em direito dependem de certos elementos que só ganham sentido no interior da própria prática, mesmo que tal sentido tenha uma pré-história tradicional.

Entretanto, a escolha da exposição do pensamento desse autor como fim do segundo capítulo é importante para que se aponte criticamente esse olhar normativo sob a tradição e se mostre que, em suma, a ânsia de uma teoria da decisão moralmente objetivante, embora não metodologicamente articulada (por isso não é uma teoria da decisão ou da argumentação jurídica em sentido técnico), cobre com a racionalidade jurídica as ambigüidades insolúveis de forma racional e objetiva, bem como o que escapa do Juiz, seja de seu entendimento acerca da situação jurídica seja do seu entendimento de si mesmo e de seu papel enquanto “aplicador” de direitos.

É possível que Dworkin, frente a tais críticas, perguntasse se é possível uma teoria não niilista e relativista que, ao mesmo tempo, não tenha um compromisso normativo ligado à determinada racionalidade que fatalmente sublime ou ao menos recorte em um

desenho compreensível a arbitrariedade que existe na interpretação jurídica. Por ter chegado mais perto desse desiderato do que os analíticos, e por ser também mais palpável e mais criterioso do que os defensores da *tópica* (aqui pensa-se em Theodor Viehweg), por exemplo, a integridade dworkiniana finaliza este capítulo e mostra assim o limiar entre a hermenêutica e a racionalidade institucionalista.

CAPÍTULO 3 – O DIÁLOGO COMO ACONTECER PRÁTICO DA COMPREENSÃO E A REDUÇÃO DA ARBITRARIEDADE

Este capítulo visa mostrar porque a abordagem hermenêutica tornou-se contemporaneamente um ambiente propício para a discussão do Direito e, particularmente, da arbitrariedade judicial e dos seus limites.

Nos dois capítulos anteriores, tratou-se o pensamento jurídico a partir de um fio condutor hermenêutico, sem especificar a razão de tal escolha e a fecundidade especial que a mesma pode acarretar. O presente capítulo servirá, então, não apenas para legitimar essa escolha metodológica, mas também para apresentar possibilidades construídas por hermeneutas do século XX para iluminar a complexa questão da indeterminação interpretativa e da arbitrariedade da compreensão.

Essas possibilidades serão especificadas e direcionadas à questão central do trabalho que é o diálogo enquanto *forma originária de compreensão*. Contudo, precisam ser postas agora dentro de uma perspectiva histórica, isto é, de desenvolvimento da tradição hermenêutica, para que se possa compreender que perguntas motivaram o desenvolvimento da reflexão sobre a interpretação e contra quais categorias filosóficas se volta à raiz contemporânea da hermenêutica dialogal de Gadamer.

Em todo caso, para evitar uma mera repetição de diversos trabalhos que apenas escalonam cronologicamente os protagonistas dessa tradição (Luteranismo, Schleiermacher, Dilthey, Heidegger e Gadamer), o recorte aqui será pelas problemáticas que atravessaram o pensamento hermenêutico. Explicitamente enfocados serão Heidegger e Gadamer, pois traçaram os contornos tidos nesse trabalho como mais fecundos à problemática proposta.

3.1 APONTAMENTOS GERAIS SOBRE A TRADIÇÃO DA HERMENÊUTICA CONTINENTAL

Embora seja muito limitado focar o *surgimento* da hermenêutica no idealismo alemão, é de fato neste movimento, ligado culturalmente à ilustração, que se pode encontrar o discurso que verdadeiramente tornou a hermenêutica autônoma e lhe conferiu as bases que a permitiram se desenvolver e até alastrar-se ao debate filosófico e historiográfico enquanto uma ciência basilar à compreensão das *humanioras*.

Dizer que a hermenêutica *surge* no idealismo alemão seria esquecer que Aristóteles em seu *Da interpretação* já expõe tipos de interpretação e algumas interpretações esporádicas de textos de sua época (ROSS, 1957). Da mesma forma, seria esquecer também que Platão chamou *hermeneuta* ao poeta que traduz em arte a linguagem divina.

Com efeito, existiram já antes mesmo da reforma religiosa diversos textos focados na problemática hermenêutica, desde os textos teológicos medievais até os discursos renascentistas de resgate da tradição clássica, que incluem, ainda que superficialmente, a problemática da transposição histórica das culturas.

Entretanto, como aponta Manfred Frank em rica introdução que faz à obra *Hermenêutica e crítica* de Schleiermacher (SCHLEIERMACHER, 2005), uma mudança característica marca o discurso das ciências na época do idealismo. O interesse das coisas, que se poderia chamar interesse contedudístico, é deixado em segundo plano em favor da análise das condições sob as quais aqueles conhecimentos se realizam.

Semelhante ao chamado *giro copernicano* realizado por Kant no tocante à possibilidade da razão conter as categorias *à priori* que tornam o conhecimento possível, foi sobretudo Schleiermacher quem realizou um semelhante giro transcendental para o domínio dos significantes.

Em todo caso, essa revolução no campo da hermenêutica não se deu ao mesmo tempo que a virada no campo da filosofia, mas foi posterior. Assim é que, até o final do século XVIII, a hermenêutica baseava-se nos pressupostos da interpretação histórico-filológica desenvolvida por Hugo Grotius e Spinoza, por meio da qual não se buscava compreender um texto a partir da reconstrução da intenção do autor ou de seu texto, mas a correspondência racional do assunto, a ser realizada pela conformidade do discurso apresentado com a visão do interprete, fundada sobre sentenças eternas da razão universal (SCHLEIERMACHER, 2005).

Uma formulação mais completa desse pensamento objetivante encontra-se na obra de Johan Martin Chladenius, o qual, realizando essa ligação da interpretação com uma axiologia da razão, fixou a correta compreensão na interpretação de pensamentos racionais, que sempre designariam as coisas como são *em si*, isto é, independente de qualquer percepção individual, ou, dito de outro modo, sentenças baseadas em axiomas da razão eterna (BLEICHER, 1992). Essa compreensão *por si mesma* dispensa a História enquanto categoria significativa da compreensão, considerando até mesmo as investigações de contexto histórico como possibilidades de deturpação da compreensão racional.

A grande guinada ocorreu no século XIX quando a *consciência histórica* trouxe exigências até então ausentes naqueles discursos em defesa da razão universal. Ligada intimamente ao romantismo alemão e a trabalhos de Goethe e Schiller, tal *consciência* tem como algumas de suas marcas fundamentais a concepção de que não há um conhecimento das coisas *em si*, independente da interpretação dos indivíduos. Por conseguinte, o mundo em sua natureza é aquilo que se revela aos indivíduos dentro de seu contexto histórico, que lhe traz determinados caminhos de compreensão das coisas como objetivas.

Essa nova concepção de história abalou o objetivismo da hermenêutica que foi citado na obra de Chladenius e exigiu de Schleiermacher um auto-questionamento, na

medida em que a própria idéia de *razão* passou a ser vista sob uma perspectiva histórica, e não mais como um hegemônico, desmistificado e seguro modo de conhecer a realidade.

Foi então sob esse novo pano de fundo que Schleiermacher buscou fundamentar a hermenêutica, inaugurando seu caráter filosófico, no mesmo sentido já dito do giro kantiano. Curiosamente, foi não por um ponto de vista teórico, mas enquanto lecionava hermenêutica teológica e buscava compreender as passagens difíceis do *Novo testamento* que Schleiermacher sentiu a necessidade de recuar até esse ponto de vista filosófico, de modo a compreender melhor que elementos ou categorias entravam em jogo quando se buscava interpretar contemporaneamente a Bíblia.

Foi por esse aporte filosófico, seguindo diretamente Schleiermacher, que o filósofo e filólogo alemão da segunda metade do século XIX Wilhelm Dilthey publicou sua *Critique de la raison historique* (DILTHEY, 1992), buscando, à maneira do que fez Kant com as categorias *à priori*, mostrar como as categorias históricas operam e tornam possível o conhecimento hermenêutico. Veja-se como Dilthey define seu projeto:

La solution de ce problème [développer uma foundation épistémologique dès sciences de l'esprit] pourrait être désignée comme une critique de la rasion historique, c'est à dire comme une critique de la faculte qu'a l'homme de se connaître lui-même et de connaître la société et l'histoire qui sont ses créations⁷. (DILTHEY, 1992, p. 9).

Por esta inserção da perspectiva histórica na categorização *à priori*, Dilthey compreendia seu trabalho como uma ampliação da *Crítica da Razão Pura*, muito embora sua relação com neokantianos como Rickert e sua busca de objetividade tenha sido sempre conflituosa.

7 “A solução deste problema [desenvolver uma fundamentação epistemológica às ciências do espírito] poderia ser designada como uma Crítica da razão histórica, isto é, como uma crítica da faculdade que tem o homem de conhecer a si mesmo e de conhecer a sociedade e a história que são suas criações”. (Tradução livre do autor)

Em todo caso, apesar dessa inserção da consciência histórica e da idéia de que não há conteúdos em si, mas sempre interpretações, operadas por um indivíduo que se encontra em determinado contexto histórico (e não em uma a-temporalidade metafísica), o projeto de Schleiermacher e Dilthey nada tem a ver com a constatação de uma *limitação* histórica à hermenêutica, à compreensão humana. Ao contrário, as categorias histórico-hermenêuticas servem para, considerando a historicidade humana e considerando a individualidade de toda interpretação, conseguir alcançar a correta compreensão, pelo que se está ainda no paradigma de uma objetividade que se poderia dizer cientificista.

Dilthey, seguindo (ou talvez deturpando) o conceito de *empatia* de Schleiermacher como capacidade de se colocar no lugar do outro e assim transpor a distância da individualidade, elaborou sua crítica com vistas a garantir uma correta compreensão *apesar* da história, isto é, criando métodos adequados de transpor a distância temporal e assim compreender um autor em sua perspectiva. A etapa posterior é apenas a transposição (que certas vezes exigirá um esforço filológico) da linguagem de outra época para a atual, o que pode ocorrer sem perda do sentido objetivo desde que sejam seguidos os cânones.

Dilthey é muitas vezes citado como um *subjetivista*, como negador do conhecimento objetivo (sujeito-objeto), na medida em que expõe que a história não é um objeto a ser compreendido mas sim, a manifestação de vivência subjetivas, pelo que é uma relação entre sujeitos. Todavia, Dilthey disse isso para depois dizer que o sujeito, justamente por sua condição vivente, tem meios de compreender o outro e assim de compreender a história. O modo de objetividade que tem a ver com a empatia de Schleiermacher e com a consciência histórica, mas nem por isso está ausente.

Essa linha de raciocínio ficou muito popularizada e pode ser vista em diversos autores do século XX. Um exemplo significativo é o historiador britânico Quentin Skinner, que em sua obra *As fundações do pensamento político moderno* (SKINNER,),

busca contextualizar os filósofos políticos em seu contexto de modo a evitar que se compreenda pensamentos passados sob o olhar das problemáticas do presente. Sem mencionar os hermeneutas românticos, é exatamente seu método que imbuíu a empreitada de Skinner.

Caminho semelhante seguiu Goethe em *Os anos de aprendizado de Wilhelm Meister* (GOETHE, 2006) para tentar compreender Shakespeare. Com centenas de páginas descrevendo as aflições de Hamlet e o contexto da sociedade inglesa Shakesperiana, Goethe expõe pela boca de seu protagonista Wilhelm Meister a possibilidade de se compreender as reais tensões e valorações existenciais por trás de Hamlet, para além dos clichês interpretativos que dominaram a compreensão da obra nos séculos subseqüentes e obscureceram a intenção original de Shakespeare.

Foi justamente então essa hermenêutica histórica de fundo romântico que perdurou durante o século XIX e a primeira metade do século XX.

Embora Heidegger tenha, no início dos anos 20, derrubado boa parte das bases sob as quais se firmou Dilthey a partir da constatação da história não como categoria mas como um existencial (intransponível), foi somente em 1960 com a obra *Verdade e Método* de Hans-Georg Gadamer que a reflexão hermenêutica, partindo de alguns pressupostos da filosofia heideggeriana, caminhou para um sentido bem diferente daquele do século XIX.

Isso porque Heidegger não tinha intenção de escrever para a tradição hermenêutica. Embora use o termo algumas vezes e embora fale sobre Dilthey e Schleiermacher, sua preocupação filosófica é mais originária e não instrumental para a compreensão de textos clássicos e sacros, o que, vale ressaltar, também foi feito por Heidegger. Contudo, como sua preocupação é antes com a remodelação da fenomenologia de Edmund Husserl em uma *ontologia existencial*, seu foco central está distante da hermenêutica.

Gadamer, em sentido contrário, era crítico de arte de formação neo-kantiana e seguiu um caminho semelhante ao de Schleiermacher, isto é, procurou uma inserção filosófica em seus trabalhos hermenêuticos na medida em que percebeu a insuficiência do que estava realizando e a necessidade de enquadrar a interpretação de arte e um sentido mais geral e filosófico de interpretação.

3.2 O PERCURSO FENOMENOLÓGICO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

A guinada fundamental no projeto hermenêutico de Gadamer veio indubitavelmente do impulso da fenomenologia hermenêutica de Heidegger.

Preocupado em encontrar uma interpretação verdadeira, que pelo neo-kantismo só poderia corresponder a uma investigação no campo da subjetividade dos autores das obras⁸, Gadamer deparou-se a partir Heidegger com uma série de perguntas que a hermenêutica ainda não tinha se feito, e que davam contornos filosóficos no sentido existencial como ainda não tinha sido realizado.

Como se sabe, a interrogação central de Heidegger, ao menos em sua grande obra *Ser e Tempo* (HEIDEGGER, 2008), é a interrogação pelo que chama *sentido do ser*. Heidegger acredita que essa pergunta não foi formulada adequadamente pela ontologia tradicional, que tratou o *ser* como algo já dado, simplesmente *aí*. Dessa forma, a história da metafísica ocidental é uma história de *entificação*, de apreensão fenomênica estatizante, que fala de entes e não chega a interrogar o *ser* desses antes, que lhes

8

⁸ Boa parte dos professores neo-kantianos de Gadamer foram inspirados pela *Doutrina da Ciência* de Fichte, que, dentre outros argumentos, alegava que se na distinção kantiana houvesse espaço para uma realidade em si, fora da categorialmente representada pelo sujeito, Kant não seria um filósofo, mas apenas “três quartos de cabeça”, pelo que o idealismo tornou-se ainda mais radical e a idéia de uma referência objetiva exterior foi terminantemente afastada.

condiciona, e isso porque a metafísica tradicional suspende a compreensão fenomênica da temporalidade, torna-a isolada da história, da finitude, da interpretação humana. É a história do esquecimento do ser.

Nenhum filósofo, diz Heidegger (HEIDEGGER, 2008), até hoje se perguntou o que quer dizer quando usa a palavra *ser*, quando diz que algo é alguma coisa. No entanto, essas perguntas só parecem ter um sentido unívoco porque aquele que pergunta já tem uma compreensão prévia do que entende por *ser*.

Portanto, a formulação correta da pergunta exige duas precauções fundamentais: a primeira delas é que, antes de perguntar o que é o ser das coisas, se pergunte pelo *ser* daquele que faz a pergunta, daquele que é capaz de formular essa pergunta, que é o homem. O *ser* do homem não é visto por Heidegger como um *ser* definido, pois primordialmente constitui a si mesmo a partir da sua vivência, do mesmo modo que constitui as coisas como *coisas* exatamente objetivando os fenômenos; a segunda delas é que se recue da pergunta já *entificada* “o que é tal coisa” para a pergunta originária “o que é o ser”.

Assim, o tratado *Ser e Tempo* visou à elaboração concreta da questão sobre o sentido do ser e teve “*a interpretação do tempo como horizonte possível de toda e qualquer compreensão do ser em geral*” (HEIDEGGER, 2008, p. 34). Quando Heidegger diz “interpretação” do tempo, fica claro que é uma atividade humana de dimensionamento do ser, e não uma definição abstrata, a-temporal e absoluta⁹. Em todo

9

⁹ Nesse tocante, diz-se muito que Heidegger teria abandonado a metafísica em favor de sua ontologia fundamental. Em todo caso, como aponta Ernildo Stein (STEIN, 1997), a discussão ontológica de Heidegger é uma discussão metafísica, no seio e a na tradição metafísica. Heidegger era um profundo estudioso da metafísica, de Aristóteles a Francisco Suarez, e jamais tratou a tradição do pensamento *metafísico* com o desdém que alguns de seus leitores fazem-no ter. O ponto central da crítica heideggeriana não é a metafísica em si, mas um tipo de metafísica, que se opõe à concretude, à temporalidade, à existência, que pensa matematicamente a ontologia geral do mundo, como por exemplo Descartes, Kant, Leibniz). Não há, assim, *superação*, mas *redimensionamento* da questão metafísica.

caso, seguindo as pegadas de Edmund Husserl e da fenomenologia, Heidegger não trata subjetivamente a interpretação, isto é, como atividade de um sujeito direcionada à um objeto, como na tradição cartesiana.

A fenomenologia de Husserl, como expõe Stein (STEIN, 1997), redimensiona tanto a tradição moderna quanto a antiga ao tirar o foco do conhecimento em si para a *intencionalidade*, para o modo de percepção das coisas. O seu apelo a que se vejam as coisas *como aparecem em si mesmas* exige um novo olhar, como que vendo pela primeira vez, o que Heidegger exercitou em toda sua radicalidade ao falar de metafísica e ontologia analisando jarros d'água, cachoeiras e a floresta negra, no que se inspirou no poeta Holderlin e em última instância em Heráclito.

Tal *dimensionamento*, contudo, não é uma atitude realizada por categorias subjetivas, nem uma apreensão substancial da realidade, mas uma intencionalidade frente a um mundo prévio. Não há na fenomenologia um sujeito que cria ou enxerga fenomenicamente objetos, tendo em vista que sua visão e sua própria noção de si já são previamente moldadas pelo mundo no qual está lançado. Do mesmo modo, os “objetos” estão desde já carregados de uma intencionalidade, são “objetos vistos e objetivados pelos sujeitos”.

Embora este trabalho não seja o local do aprofundamento dessas questões, Husserl, como aponta Paul Ricoeur (RICOEUR, 2009), tratava *primeiramente* essas questões de maneira transcendental. Estava mais preocupado em encontrar condições de possibilidade transcendentais da intencionalidade do que uma recuperação concreta do que está em jogo na percepção individual do mundo.

Posteriormente, contudo, na publicação do segundo volume das *Investigações*, a questão da lógica pura e do conhecimento transcendental cede espaço para análises de cunho psicológico, que haviam sido claramente refutadas pelas preocupações transcendentais do primeiro volume. Notou-se assim, no âmbito da lógica pura, uma inserção de um tipo próprio de análise que, ao invés de fixar-se em questões estritamente

formais, analisa como que intuitivamente os fenômenos e concebe tal análise de um ponto de vista transcendental. A finalidade, vale dizer, permanece advinda da influência da matemática e crítica ao psicologismo que caracterizam o impulso inicial do pensamento de Husserl.

Assim, Heidegger afasta-se das *Investigações Lógicas* de Husserl na medida em que prioriza a facticidade, a experiência concreta originária da fenomenologia. A inserção no mundo que já está em Husserl e que estava também em Dilthey é radicalizada por Heidegger e transformada em *existencial*. O autor chama *ser-no-mundo* a condição humana de imersão na facticidade.

Sobre a condição humana, ademais, é preciso outro adendo importante. O ser que compreende a si mesmo e que compreende o mundo numa relação existencial de circularidade não é o homem como um todo. É como que um feixe do homem, uma parte sua que vive e que questiona, que está e que ao mesmo tempo existe e redimensiona a realidade existindo. O termo que Heidegger usa é *Dasein*, traduzido para o português geralmente como *ser-aí* ou como *presença*, que significaria que já á um aí juntamente com o ser, que não se trata de uma existência autônoma ao ser-no-mundo, que lhe é inescapável.

Parte constituinte desse *ser-aí* é também a finitude. O homem não pode interpretar nada a partir da eternidade, que é a negação do tempo, porque justamente a temporalidade é uma condição existencial, como é a finitude, como é a interpretação constante de si mesmo e o mundo. Deve-se atentar para o fato de que esse *ser-aí* não pretende substituir a noção kantiana de categorias à priori, nem que se dê a ela o adendo histórico de Dilthey. Isso porque os *existenciais*, embora conceitualmente explorados, são incomunicáveis à priori, ou seja, seu conteúdo só vem à tona e só se mostra na significação concreta, no acontecer fático da existência humana. Tratá-los abstratamente e incondicionalmente seria cometer o mesmo “erro” da metafísica tradicional que se quer evitar.

Muito ainda poderia e a rigor deveria ser dito sobre o percurso de Heidegger. Para não tirar o foco da pesquisa, contudo, apontar-se-á apenas mais um argumento imprescindível à compreensão da hermenêutica gadameriana.

Foi dito que a hermenêutica, desde a tradição “racionalista” de Chladenius até a guinada historicista no romantismo, preocupou-se em definir e procurar meios para se chegar a uma correta interpretação, a uma interpretação verdadeira, isto é, a saber o que efetivamente está sendo dito em determinado texto. O recurso ao contexto histórico da hermenêutica romântica é fruto da constatação de que não existem dizeres *puramente* racionais, descontextualizados, e que para entender um autor é necessário compreender seu contexto. Essa era ainda, como aponta Gadamer, uma pretensão objetivante e uma tentativa de resgate de uma verdade semelhante à verdade científica, que se pensa utilizável e demonstrável em qualquer contexto e *apesar* da história.

Considerando-se portanto a tradição hermenêutica de correta compreensão, de compreensão verdadeira, a questão da verdade aparece como central. Para saber o que seria uma interpretação correta no sentido de verdadeira é necessário que se tenha um conceito de *verdade*, que se entenda o que é a verdade. Justamente neste ponto pode-se constatar talvez a maior influência do pensamento de Heidegger na hermenêutica de Gadamer.

No parágrafo 44 de *Ser e Tempo*, cujo título é *Ser-aí, abertura e verdade* (HEIDEGGER, 2008), Heidegger apresenta um conceito de verdade radicalmente oposto ao conceito tradicional de verdade como correspondência entre intelecto e coisa. Enquanto esse conceito tradicional seria algo posterior, uma *entificação*, o conceito heideggeriano trata verdade não como um modo de conhecer, mas como um modo de ser, como uma manifestação existencial do *ser-aí* frente ao que pretende conhecer.

Através de uma investigação erudita da língua grega, Heidegger descobriu que o termo grego *alethéia*, que corresponde à verdade, se traduzido literalmente quer dizer “tirar do encobrimento”, des-velar. Assim, Heidegger argumenta que os gregos tinham

por meio de sua linguagem um acesso privilegiado ao sentido ontológico de verdade, revelar o ser por baixo da entificação. Encontrar o ponto mais originário da manifestação da verdade por trás das pretensões da teoria do conhecimento de pensar tal relação enquanto adequação.

A radicalidade desse conceito heideggeriano serviu como ponto fulcral da mudança no pensamento de Gadamer, afastando-se de suas influências neo-kantianas e da influência que a hermenêutica romântica e a verdade enquanto resgate histórico tinham também lhe sido legadas por seus professores.

Profundamente influenciado pela fenomenologia hermenêutica de Heidegger, Gadamer pôde então dar contornos à sua hermenêutica que a afastaram das pretensões historicistas de seus antecessores Dilthey e Schleiermacher, por mais que muito ainda seja fruto do trabalho desses.

Valendo-se do caráter existencial que emerge da interrogação heideggeriana, Gadamer se convenceu de que o apelo a uma interpretação verdadeira que resgate a intenção do autor e que transponha o presente do interprete para o período histórico do autor é não só uma empresa impossível como também um equívoco hermenêutico.

Impossível porque, conforme disse Heidegger, a interpretação não é uma atividade à disposição do homem como qualquer outra, mas a forma autêntica de *ser* do *Dasein*, que se realiza como uma antecipação de sentido sempre no acontecer fático. O ser-no-mundo implica não só imersão no mundo enquanto conjunto de possibilidades de pensamento sobre ser, mas implica também imersão na história, em uma historicidade, cujo domínio não está à disposição do interprete para que ele possa alheiar-se ao seu presente e compreender uma manifestação de pensamento como se estivesse em outro contexto.

Equívoco hermenêutico porque, justamente como condição existencial presente, as angústias, dúvidas humanas e o próprio sentido da existência revelam-se sempre com

respeito à atividade presente. Da mesma forma que Heidegger, Gadamer nunca buscou retornar seja aos gregos clássicos, seja aos medievais ou à hermenêutica romântica para compreender mais sobre aqueles contextos. Ao contrário, é sempre em busca de uma melhor compreensão da sua própria realidade, da vida presente, que tais autores retornam ao passado.

Desse modo, a pretensão historicista de vencer a limitação de contextos históricos e dominar objetivamente manifestações de pensamento é, mais do que uma impossibilidade hermenêutica, uma má compreensão da importância da interpretação enquanto um postar-se perante o mundo, uma forma de conceber o mundo e conceber a si mesmo.

Nesse sentido (e isso é muito importante nesse trabalho) se há uma interpretação correta, no sentido de verdadeira, a verdade revelada é uma verdade sobre o presente, é um des-velamento que se volta ao presente e não um resgate historicista. Ora, em se falando de hermenêutica, e sobretudo de verdadeira interpretação de textos antigos ou obras de arte seculares, isso só pode querer dizer que não se trata de uma verdade como correspondência, mas de uma espécie de *tradução histórica*. Isso significa que, por exemplo, interpretar corretamente o *Fausto* de Goethe é fazer aquela obra dizer algo hoje, o que implica uma re-significação do texto pelo interprete.

Nessa perspectiva, as grandes obras, como as tragédias de Homero ou as peças de Shakespeare não se tornaram clássicos porque resistem às re-interpretações e assim matem um conteúdo original. Na verdade, sua riqueza reside justamente na capacidade que têm de serem re-interpretadas, isto é, de mesmo em diferentes contextos históricos terem ainda algo a dizer através do resgate hermenêutico do interprete.

O modo de interpretar corretamente, contudo, revela-se bastante complicado na filosofia gadameriana. Isso porque, em primeiro lugar, não é a pretensão de Gadamer garantir um método correto de interpretar (o que considera o principal equívoco histórico da hermenêutica), mas sim analisar as condições de possibilidade da interpretação, o que

verdadeiramente se passa quando alguém interpreta algo. Tal idéia é claramente apontada no prefácio da 2ª edição de *Verdade e Método*, cuja clareza é digna de transcrição:

Deste modo, vamos resumir brevemente, mais uma vez, as intenções e as pretensões do todo da obra: O fato de eu ter-me servido da expressão “hermenêutica”, pesando-lhe às costas uma velha tradição, conduziu certamente a mal-entendidos. Não foi minha intenção desenvolver uma “doutrina da arte” do compreender, como pretendia ser a hermenêutica mais antiga. Não pretendia desenvolver um sistema de regras artificiais, que conseguissem descrever o procedimento metodológico das ciências do espírito, ou até guiá-lo. Minha intenção também não foi investigar os fundamentos teóricos do trabalho das ciências do espírito, a fim de transformar o conhecimento usual em conhecimento prático. Se se dá uma consequência prática das investigações apresentadas aqui, isso não ocorre, em todo caso, para um “engajamento” não científico, mas para a probidade “científica” de reconhecer, em todo compreender, um engajamento real e efetivo. Minha intenção verdadeira, porém, foi e é uma intenção filosófica: O que está em questão não é o que nós fazemos, o que nós deveríamos fazer, mas o que, ultrapassando o nosso querer e fazer, nos sobrevém, nos acontece. (GADAMER, 1999, p. 14).

Com base nessa proposta filosófica, seria errado compreender *verdade* na hermenêutica gadameriana como uma adequação entre pensamento e coisa que possa ser atingida metodicamente. Ao contrário, a verdade *aparece*, se des-vela, lá onde o método parece obscurecer e artificializar (como foi mostrado no capítulo anterior em diversos filósofos do direito), a verdade encontra-se por baixo, em um modo de falar da coisa, é um postar-se frente aos fenômenos, uma experiência originária que a ciência moderna.

Essas bases erigidas pela ontologia existencial heideggeriana levaram Gadamer a solidificar uma intuição que já carregava desde seus tempos de crítico de arte e que vem de Nietzsche e Schopenhauer: *a verdade aparece mais na experiência da arte do que na confirmação metódica científica*. Dizendo de outro modo, na experiência originária do gosto, do juízo estético, os quais Kant não erigiu valor cognitivo (KANT, 1993), são na verdade um modo de *conhecer*.

Essa ousada tese filosófica é então revolucionada por Gadamer em sua hermenêutica e levada até o ponto que se torna central em sua obra. A interpretação se

aproxima da experiência da arte mais do que de uma experiência técnica e racional no sentido lógico.

Imbuído então de mostrar não como se deve interpretar, mas o que vem à tona no fenômeno interpretativo, Gadamer faz um trabalho *arqueológico* na experiência ontológica da arte e encontra aí velhos conceitos-guia humanísticos que foram perdidos na ilustração e que são, em seu entendimento, autênticos vetores da interpretação, como por exemplo a formação (*bildung*), o senso comum (no sentido de senso que forma a comunidade, senso de comunidade), juízo e gosto (que tem um valor cognitivo e não apenas estético em sentido moderno).

Compreendendo então que a interpretação é uma questão de formação, de senso comum etc., Gadamer amplia a questão experiencial da arte também para o campo da história e para o campo da linguagem, pois encontra na consciência histórica e no diálogo o mesmo apelo humanístico capaz de um conhecimento originário (no sentido heideggeriano) que encontrara já na experiência da arte.

Por essa razão esse trabalho considera um equívoco chamar à hermenêutica gadameriana de *nova hermenêutica*, *hermenêutica pós-moderna* ou similares. Isso porque, na linha de crítica à ilustração, a hermenêutica filosófica pretende muito mais ser um *caminho de volta*, um retorno ao apelo humanístico que estava presente até os medievais e que foi perdido com a era de Descartes e da ciência moderna. Gadamer segue a linha de Dilthey e Schleiermacher exatamente para mostrar que ambos foram enredados nas aporias do historicismo e o foram pela vinculação ilustrada que trouxe o ideal de objetividade das ciências duras para as ciências humanas.

Um último ponto a ser exposto nesse tópico, ligado diretamente também às pretensões filosóficas da hermenêutica gadameriana, é a questão do jogo de pergunta e resposta na compreensão.

Como diz Gadamer em sua obra *A razão na época da ciência* (GADAMER, 1983), a hermenêutica filosófica está mais preocupada com as perguntas do que com as respostas. Toda tomada de posição, toda interpretação é uma resposta a alguma pergunta prévia, do mesmo modo que toda pergunta pressupõe uma assertiva prévia que por algum motivo se tornou problemática.

Assim, para compreender um pensamento é necessário compreender a discussão na qual aquela idéia ou interpretação se insere. A obra de Dworkin, por exemplo, é um bom exemplo da aplicação dessa idéia hermenêutica, na medida em que sua obra é sempre compreendida na perspectiva de um diálogo crítico com Hebert Hart e com a tradição convencionalista e pragmática do direito norte-americano. Obviamente em Dworkin é mais fácil descortinar as perguntas que lhe moveram uma vez que ele as faz explicitamente e põe a obra de Hart como sua interrogação problemática desde o princípio. Em outros casos, porém, é tarefa do interprete a reconstrução contextual da inquietação para a qual o texto pretende ser uma resposta.

Em todo caso, Gadamer aduz que sempre que alguém se propõe a interpretar um texto¹⁰, tal interprete parte de *pré-concepções* ou *pré-juízos* acerca daquele texto. Tais pré-concepções (ou simplesmente preconceitos) não são um entrave à interpretação, mas sim a condição existencial do interprete, que não compreende nada como tabula rasa, mas fazendo associações com aquilo que conhece já.

Assim, quando se vai interpretar um texto, parte-se de pré-concepções gerais acerca das perguntas que aquele texto pretende responder, bem como acerca de possibilidades prévias de resposta dentro de um quadro do que o interprete considera antecipadamente viável como possível resposta àquela situação.

10

¹⁰ Deve-se frisar que a noção hermenêutica de *texto* não inclui tão somente textos escritos, mas sim a manifestação de consciência que o interprete terá que “decifrar”, o que inclui um quadro, uma sinfonia ou mesmo o diálogo com outras pessoas.

Em todo caso, o *tato* hermenêutico consiste justamente em por à prova essas pré-concepções, chegando à conclusão que algumas são ilegítimas frente ao texto em si mesmo e devem assim ser afastadas. Obviamente aqui não se está a falar de *texto em si mesmo* como algo unívoco e objetivo. A idéia do *em si mesmo*, claramente fenomenológica, corresponde mais a compreender a tradição na qual fala aquele texto e assim afastar interpretações que não correspondem à sua historicidade.

Desse modo, quando o interprete familiariza-se com o texto, o lê com profundidade, acaba percebendo outras perguntas que o texto pretende responder e que antes tinham passado despercebidas. É justamente essa frustração ante a incompreensão prévia, que impõe a necessidade de repensar o texto, que Gadamer entende por verdadeira experiência da compreensão (GADAMER, 1999).

Para tal embasamento, Gadamer expõe o pensamento de Hegel, o qual, fazendo diferenciações no tocante à experiência científica, a qual é feita a partir de uma hipótese prévia a ser confirmada na análise, expõe a experiência de adquirir conhecimento como o contrário, isto é, como a ocasião em que a hipótese não se confirma na experiência e, deste modo, o “observador” percebe que algo lhe passara despercebido e que, portanto, mostra que há ali algo mais do que fora suposto pela hipótese prévia (GADAMER, 1999).

3.3 O DIÁLOGO COMO *LÓCUS* PRIVILEGIADO DA EXPERIÊNCIA HERMENÊUTICA

Apesar de Gadamer alertar que sua intenção é eminentemente filosófica (e nesse sentido não normativa), não se deve tratá-lo como um positivista que, na esteira de Kelsen por exemplo, pretenda descrever alguma coisa de maneira neutra, livre de juízos de valor e livre de intenções deontológicas.

Sua crítica à aplicação de métodos científicos na hermenêutica reside justamente em sua convicção de que antes de qualquer opção metódica há um engajamento prévio, *real e efetivo*, do interprete há uma tradição, a qual este pode tentar resgatar, mas que nunca vem completamente à tona. Como diz o próprio autor, “*temos que renunciar à ilusão de clarear totalmente as trevas de nossas motivações e de nossas tendências*”. (GADAMER, 1983, p. 70).

Assim, a hermenêutica de Gadamer não é de modo algum somente descritiva, e essa não é nem sua pretensão. A opção pelo tom não claramente normativa reside na idéia professada também por Heidegger em sua obra *Sobre o humanismo* (HEIDEGGER, 1995) de que a ontologia é algo anterior à determinada orientação ou convicção ética, isto é, por mais que haja pré-concepções éticas pautando a análise ontológica, é importante que se escave os meandros da construção do ato humano de interpretar se se quiser compreender o que faz uma interpretação ser produtiva, aproximada daquilo que se pode chamar *verdade*.

Desse modo, torna-se importante agora compreender as intenções normativas da hermenêutica gadameriana caso se queira aplicá-la produtivamente ao Direito, cujo trabalho, mesmo no campo filosófico, não pode prescindir de pretensões normativas. Aqui Dworkin acerta inteiramente ao dizer que os juristas precisam não de explicações exteriores, que digam porque determinados juízes de uma sociedade interpretam de determinada maneira, mas como argumentar e justificar bem uma interpretação legal em determinado ordenamento. É uma perspectiva interior. (DWORKIN, 2003).

A primeira orientação normativa que pode ser encontrada na hermenêutica gadameriana é a de que a interpretação tem mais a ver com uma aproximação humana, uma intenção de compreender o texto do que um seguimento rigoroso de regras. Dito de outra forma, o ato de interpretar é uma potencialidade humana que tem a ver com sensibilidade, tato, esforço, intenção real de compreender e também algum talento natural.

Isso não quer dizer que a racionalidade esteja totalmente ausente da interpretação, que seja um ato irracional. A questão é que, aonde os métodos racionais pretendem clarear e ordenar totalmente, sobra algo que é anterior à metodização e que é verdadeiramente fundamental, que é uma capacidade humanista e não uma tecnologia instrumental.

Porquanto tal descrição pareça eminentemente filosófica, a orientação normativa é clara. Uma interpretação adequada exige uma auto-crítica e um auto-conhecimento ligado à *bildung*, ou seja, à vida como um todo. Pode-se dizer, com base nesses pressupostos, que um bom interprete no Direito não é simplesmente alguém que detém um erudito conhecimento e domínio do ordenamento jurídico que pretende aplicar. Por mais que isso seja indispensável, é igualmente importante que os conceitos humanísticos acima sejam compreendidos e que a “interpretação jurídica” seja posta dentro de um contexto mais amplo de experiência de vida, algo com tom existencial que escapa de todos os autores expostos no capítulo anterior e de vários outros que não foram citados.

A utilização de métodos científicos na hermenêutica, ademais, além de ser uma sublimação da real manifestação interpretativa, tem também um cunho antidemocrático, na medida em que a pretensa neutralidade do método esconde uma opção interpretativa prévia, que vai embutida sem ser questionada, escondida no que parece ser simplesmente técnico ou simplesmente racional, como o claramente conservador cânone alexyano exposto no capítulo passado que diz que o Juiz não deve justificar uma decisão se está apenas repetindo aquilo que já decidiu.

É de se ver então que a crítica gadameriana ao método está diretamente ligada à sua concepção da interpretação como um modo de *ser*, como algo que ultrapassa uma mera *tekne*, que poderia ser exemplificada como a arte de um artesão que aprende previamente a confeccionar e só precisa aplicar o que já aprendeu, para usar o exemplo de Aristóteles (ARISTÓTELES, 2007). Ao contrário, a interpretação para Gadamer assemelha-se à *φρόνησις* (*phronesis*), ou seja, a um conhecimento impossível de ser

plenamente subsumido a um conceito prévio geral e, portanto, consciente de que a interpretação correta emergirá da facticidade, da situação concreta, não sendo uma simples aplicação de algo prévio, mas uma construção do particular a partir de um geral que não define previamente, mas serve apenas como um conceito regulador.

Assim, unindo a concepção não-tecnista de interpretação à prudência aristotélica, Gadamer aproxima a hermenêutica da tradição retórica grega. A arte de compreender e a arte de falar são assim intimamente ligadas, não apenas na medida em que ambas exigem capacidades naturais dificilmente compensadas com o rigor técnico, mas sobretudo porque a arte de compreender algo torna-se inseparável da arte de falar sobre esse algo. Explicando mais se compreende mais. A explicação de algo amplia a concepção que o próprio interprete tem daquilo e obriga-o a, como diz Ricoeur em seu *Teoria da Interpretação* (RICOEUR, 1976), realizar o movimento oposto ao movimento da interpretação. Enquanto neste o interprete busca reunir várias informações em um todo conceitual, a explicação busca abrir por vários modos o que está condensado pela poder, por associações, facilitar e induzir à compreensão.

Esse traço retórico, que muitas vezes é visto como algo menos importante na hermenêutica gadameriana, foi fundamental para que a questão do *diálogo* fosse trazida a ponto culminante como *locus autêntico da compreensão* (*vestehen*).

Curiosamente, foi justamente de Schleiermacher que Gadamer, apesar de criticar sua pretensão historicista, tomou a idéia de diálogo e a aprimorou de modo a reunir no ato do diálogo todos os traços fundamentais de sua hermenêutica filosófica, tornando claro assim o apelo normativo presente ao longo da obra e a crítica também sistemática à crescente monologização do pensamento e do agir humano.

Diálogo, nessa perspectiva, não deve ser compreendido tão simplesmente como conversa. Muitas vezes, apesar de duas ou mais pessoas estarem discutindo, todos estão apenas querendo fazer prevalecer seu próprio ponto de vista, impor suas pré-concepções como corretas. Desse modo, quando um falante está expondo sua opinião, o outro escuta

com a atenção deturpada de quem já está construindo mentalmente a resposta para contradizer aquele argumento e afirmar o seu. O Direito é um exemplo especial desse tipo de des-entendimento, na medida em que as partes e sobretudo os advogados não apenas estão prontos à divergir, mas seu trabalho consiste justamente em não ceder e encontrar sempre novos e melhores argumentos para rebater a tese antagônica.

Tais conflitos, nos quais as compreensões individuais permanecem isoladas e querem apenas impor-se cada vez mais, Gadamer chama de *diálogo inautêntico*, semelhante ao interprete que, ao ler um texto, associa as idéias ali presentes com as pré-concepções que já possui e assim percebe que o texto fala apenas coisas que ele interprete já sabia. Gadamer diz que em tal leitura não houve compreensão, mas apenas imposição de velhas convicções (GADAMER, 2002). A verdadeira compreensão ocorre, tal qual no conceito de *experiência* de Hegel, de forma negativa, ou seja, é paradoxalmente quando não se compreende algo no texto e precisa-se refletir sobre aquilo que ocorre compreensão, com a necessidade de familiarização com algo que antes era estranho.

Todavia, apenas falar em diálogo autêntico, em abertura do interprete para o argumento alheio, porquanto seja indubitavelmente importante, parece pouco para se ter como âmago de uma teoria filosófica da hermenêutica. Assim, se Gadamer atribui toda essa importância à arte do diálogo, é porque viu nela mais do que apenas uma abertura à compreensão.

Como se tem dito na tradição hermenêutica desde Schleiermacher, é um equívoco pensar que a língua fale por si mesma. A linguagem só existe verdadeiramente na fala, no ato de comunicar-se e ser compreendido. Percebe-se isso claramente ao se ver que uma gramática nunca pode ser tão-somente o sistema que determina formalmente o conjunto dos empregos de linguagem, mas ao mesmo tempo a maneira pela qual uma determinada sociedade define as relações de seus membros entre si e em relação ao mundo que lhes é comum. Por essa razão, toda interpretação gramatical, para ser bem fundamentada, deve incluir todas as tradições históricas e socioculturais, mantidas nas expressões lingüísticas do que deve ser interpretado (SCHLEIERMACHER, 2005).

A acentuação desse patamar hermenêutico da linguagem e da total impossibilidade de sua compreensão a partir de uma estrutura totalizante prévia que fale por si mesma (como queria o estruturalismo), não deve obscurecer a importância da pertença do interprete a uma tradição lingüística, mas sim mostrar que o fundamental na linguagem é a dialética do diálogo, que torna *viva* a linguagem e que é, em última instância, condição de possibilidade de qualquer tradição, que precisa ser passada adiante e vivificada.

Por esse prisma, fica clara a pertença da hermenêutica à dialética. Ambas só existem conjuntamente e o diálogo é a sua mais autêntica manifestação.

Na hermenêutica filosófica, contudo, vai-se ainda mais adiante. Re-interpretando Platão, Gadamer chega a um aprofundamento ontológico, ligado obviamente às bases heideggerianas. Em sua *Carta sétima* (PLATÃO, 2008), Platão aduz alguns dos atenienses que o ouviram e documentaram suas aulas nada aprenderam do que lhes foi transmitido e nem do exemplo de Sócrates, pois se assim tivesse sido não teriam redigido algo que só pode ser apreendido pela vivacidade do diálogo, pelo momentâneo falar ouvir, e que fica totalmente perdido na escrita.

Citando expressamente essa passagem (GADAMER, 2000), Gadamer usa como exemplo Jesus, Gautama Buda, Confúcio e Sócrates para criticar a moderna monologização das convicções humanas e lembrar que aqueles foram carismáticos do diálogo que mudaram o mundo a partir de ensinamentos que só vem à tona no contato humano, no qual se mostra o "*verdadeiro carisma do diálogo, que só está presente na espontaneidade viva do perguntar e do responder*"(GADAMER, 2000, p. 131).

Assim, pode-se vislumbrar no diálogo autêntico uma verdadeira potencialidade humana de ir além dos limites impostos por qualquer tipo de compreensão monológica, por mais racionalmente orientada que seja, em busca de um *logos* comum.

Em todo caso, até pelo fato de a hermenêutica ter em grande parte de lidar com textos escritos, Gadamer não restringiu o termo *diálogo* a essa situação presente de conversa. Embora acredite estar nesse vivo *perguntar e responder* o caminho mais fecundo de acesso a um *logos* que, como se dirá adiante, constitui para o autor o verdadeiro significado grego de *práxis*, o autor se valeu da faculdade fundamental que acredita necessária ao *diálogo autêntico*, que é justamente a suspensão das pré-concepções e abertura ao argumento contrário, para transportar tal faculdade para a leitura e desenvolver a idéia Diltheyana de *fusão de horizontes*.

Como se sabe, Wilhelm Dilthey entende o termo alemão para *compreensão* (*verstehen*) como uma fusão de horizontes, a qual, na esteira de sua crítica histórica, deve ser realizada entre o interprete e a manifestação de pensamento do autor, que se encontra em outro contexto, frente a outras problemáticas. Essa transposição deve, pois, ser atingida pelo interprete através da adequada compreensão do contexto histórico da obra, o que inclui obviamente desde as regras gramaticais presentes à época até conhecimentos gerais sobre aquela cultura. Desse modo, o interprete poderia ser capaz de anular o distanciamento histórico que o separa do texto e compreende-lo em seu contexto original.

Em Gadamer, a estrutura dialogal com o um texto também implica fusão de horizontes. Todavia, aqui não se trata de uma anulação do contexto do interprete em prol do contexto do autor, mas precisamente uma comunhão de horizontes. Gadamer discorda expressamente da assertiva popular na hermenêutica do século XIX de que se deve resgatar essa mensagem original do autor. Considera as interpretações feitas acerca de uma obra como tão importantes quanto à obra em si, na medida em que o distanciamento histórico não é só um problema, mas sobretudo um aliado, que permite dimensionar o texto no tempo e ver sua importância frente a diferentes contextos. Chama tal dimensionamento de *princípio da história efetual* (GADAMER, 1999).

Também nesse sentido, Gadamer afirma em sua obra *A razão na época da ciência* (GADAMER, 1983) que as decisões judiciais que interpretam as leis são mais importantes para conhecer seu conteúdo do que os textos legais em si, uma vez que

aquelas demonstram como se tem compreendido as leis e assim expõem o seu conteúdo, que antes escondia apenas algumas potencialidades mas precisava ser interpretado para ser dimensionado.

3.4 O DIÁLOGO COMO CRÍTICA AO DOMÍNIO DA LÓGICA PROPOSICIONAL NO DIREITO

Por questões metodológicas, deve-se adiantar que este é o tópico central do trabalho. É aqui que a idéia de diálogo hermenêutico ganha um sentido frente à construção feita no capítulo anterior acerca das teorias que tentam sublimar a arbitrariedade com abstrações quase sempre artificiais ou demais deslocadas de um contexto factível para servirem de balizas interpretativas.

Em primeiro lugar, é imprescindível compreender contra quem a noção dialógica de hermenêutica exposta por Gadamer está sendo erigida. Veja-se como Jean Grondin, em sua obra *Introduction to philosophical hermeneutics*, expõe a questão:

Against whom is Gadamer's foregrounding of the dialogical nature of dialogue directed? Clearly it is directed against propositional logic that dominates Western philosophy. The point is to call into question philosophy's traditional fixation on the theoretical *logos apophantikos* – that is, the demonstrative proposition, which is “theoretical in that it abstracts from everything that is not explicitly expressed”. To restrict language to what is thus theoretically explicit narrows it artificially. (GRONDIN, 1991, p. 118).¹¹

11 Contra quem se dirige a primazia dada à natureza dialógica da linguagem? Claramente, dirige-se contra a dominação da lógica proposicional na filosofia ocidental. A questão é problematizar a tradicional fixação do pensamento filosófico no teórico *logos apophantikos*, isto é, a proposição demonstrativa, “a qual é teórica na medida em que abstrai de tudo aquilo que não está posto explicitamente. Restringir a linguagem ao que é teoreticamente explícito a reduz artificialmente. (tradução livre do autor)

Nesse comentário de Grondin, fica clara a crítica hermenêutica a verdades apofânticas, construídas idealisticamente e apontadas como corretas. Mais ainda, fica clara a pertença de todo enunciado a um *verbo interior* que não está explícito ali, mas precisa ser hermenêuticamente trazido à tona e mesmo construído pelo interprete no ato de aplicação legal.

Deve-se ter clareza de que não é apenas a filosofia analítica que é atacada pela noção dialógica de Gadamer. Teorias semânticas, teorias que apelam a cânones que se propõem puramente racionais e mesmo teorias que apostam em respostas objetivamente aferíveis são falseamentos artificiais do ponto de vista hermenêutico.

A linguagem acontece não em proposições, mas em diálogo. Os direitos não possuem um conteúdo demonstrável e semanticamente explicável a não ser em determinado contexto, frente à determinada demanda e para contrariar alguma tese. Veja-se que isso não implica em tratar direitos como valores, como algo que tem mais ou menos valor a depender do caso, mas sim que o *conteúdo* dos direitos depende do caso.

Quando Gadamer diz, de acordo com a filosofia prática de Aristóteles, que a aplicação na hermenêutica é inseparável da interpretação e esta da compreensão, está dizendo algo muito mais profundo e importante do que tem sido interpretado pelos juristas.

Se a interpretação de determinado texto legal é sempre contextual, sempre destinada a resolver problemas práticos, fica enfraquecida qualquer tese que pretende restringir a interpretação por meio de máximas com tom a-priorístico. Veja-se um exemplo: o jurista Ingo Sarlet diz que as interpretações jurídicas são restringidas e direcionadas a partir das normas de direitos fundamentais, e essas por sua vez são direcionadas a partir de seu fundamento primeiro que é a *dignidade da pessoa humana* (SARLET, 2007).

É verdade que a Constituição Federal é (ou ao menos deveria ser) a baliza interpretativa do ordenamento jurídico. É igualmente verdade que a tradição dos direitos humanos que se tornaram tão importantes no pós-guerra deve seu ponto básico de inspiração à moral kantiana e à idéia que esta forjou de dignidade da pessoa humana e da impossibilidade de se usar qualquer pessoa como meio para algum fim.

Todavia, quando se tenta driblar a disparidade das interpretações judiciais fixando conteúdos de antemão que sirvam de limite interpretativo, está se esquecendo que até este conceito só será delimitado na aplicação. Em outras palavras, a dignidade da pessoa humana guia para determinada posição uma interpretação de antemão porque ela não é um ponto de partida, é um ponto de chegada. O interprete não “escolhe” interpretar a partir da dignidade da pessoa humana. Ainda que o faça, ele possui uma pré-concepção de dignidade humana que vai ser clarificada, balizada, a partir de situações que só fazem sentido no caso concreto. Delimitar de antemão o conceito de *dignidade da pessoa humana*, como Sarmiento faz, é artificializar o processo interpretativo, recair em problemas semântico-proposicionais que mais obscurecem do que auxiliam à justa e boa resolução de contendas jurídicas.

Com esses argumentos, não se está dizendo que a única possibilidade de *ética filosófica* do ponto de vista hermenêutico é uma ética estritamente casuísta, que desconsidere completamente qualquer *logos*, qualquer *razão*. A *phronesis* aristotélica, éticamente assimilada, muitas vezes aponta por meio da noção de tradição atitudes evidentemente corretas. Seu projeto é realizar um meio termo em *logos* e *ethos*, entre razão e situação, ou entre subjetividade do conhecimento e substância do ser.

Essa abertura situacional implica um necessário entrelaçamento entre ética e política, na proporção em que se afasta de uma aplicação abstrata de regras para uma consideração de como deve ser uma vida boa.

Michel Villey já havia percebido esse entrelaçamento situacional e dialogal imprescindível que havia em Aristóteles e que o Direito moderno pareceu esquecer

(VILLEY, 2005). Criticando vorazmente e até exageradamente os Direitos Humanos como abstrações atreladas à egoística noção de direito individual e desconsideração das pessoas enquanto coletividade, Villey pode ter resumido e até diminuído muito a questão histórica e normativa dos direitos humanos, mas o fez na mesma medida em que descobriu algo muito relevante que parece realmente ausente das reflexões jurídicas que dominaram os últimos séculos.

Pode parecer paradoxal, mas o apelo situacional inclusive para a compreensão dos vetores maiores da interpretação jurídica que são os direitos humanos não os enfraquece, mas os fortifica. Parte justamente da tese de que seu tratamento abstrato os tornou fracos porque destituídos de um significado vivo. Transformou em discursos fetichizados tratados cada vez mais no âmbito formal do que em investigações reais de conteúdo.

Como aponta Vicente de Paulo Barreto em sua obra *A fetichização dos direitos humanos e outros temas* (BARRETO, 2010), têm-se priorizado discursos adjetivos para definir os direitos humanos ao invés de discursos substantivos, isto é, diz-se que os direitos humanos são a base do Estado democrático de direito, a pedra angular do direito, o novo paradigma interpretativo do neo-constitucionalismo, mas não se diz o conteúdo de um direito, que implicações tal compreensão de tal direito exerce no caso concreto.

Isso acontece, segundo os pressupostos deste trabalho, por duas razões: primeiro porque é difícil dizer o conteúdo de algo se não se tem em mente uma situação concreta, um momento no qual aquilo deve ser exercido e que interpretações não se adéquam àquela idéia geral; em segundo lugar, por descompromisso dos juristas, porque é mais fácil criar jargões gerais como “a dignidade da pessoa humana é o fundamento primeiro da ordem constitucional” e assim decidir de modo completamente arbitrário sem precisar explicar o motivo, usando apenas de subterfúgios adjetivos, os quais, ao contrário de abrirem, fecham antidemocraticamente a possibilidade de um debate genuíno acerca das questões.

Novamente, deve-se lembrar que não se está advogando um casuísmo puro, no qual segurança jurídica se torne um conceito até fora de lugar. Pelo contrário, a intenção deste trabalho é justamente denunciar a insegurança real que se instalou por baixo de jargões fetichizados como *segurança jurídica*. A própria discussão acerca da *natureza jurídica* dos institutos dogmáticos, que felizmente vem sendo considerada cada vez mais obsoleta, serve claramente para tentar conceitualizar coisas que na verdade não se conhece, que não se tem como falar senão remetendo a abstrações completamente desprovidas de sentido prático.

Deve-se frisar, ademais, que não se está dizendo que os conceitos dogmáticos são criados fora de uma *facticidade*, que são abstratos. A hermenêutica filosófica serve justamente para mostrar que por trás de toda pretensão abstração pura existe uma motivação prévia.

Assim, o que esses discursos proposicionais pretensamente abstratos do direito fazem, conscientemente ou não, é trazer uma tradição de compreensão do ordenamento velada pelo tecnicismo. O desvelamento de Heidegger é por isso uma palavra particularmente fecunda para denunciar o sono dogmático do direito e os males que o formalismo semântico lhe trouxe, principalmente considerando o quanto ainda está impregnado no imaginário jurídico.

É importante acentuar, contudo, que em Aristóteles a *phronesis* é exercida mas sem descartar um princípio geral regulador. No livro décimo da *Ética à Nicômaco* (ARISTÓTELES, 2007), há claros apontamentos que induzem o verdadeiro conhecimento a um conhecimento desinteressado, da *Sophia*, de princípios que se assemelham às verdades imutáveis platônicas, por mais que não sejam legitimados por nenhuma idéia transcendente como o *mundo das idéias*. Por isso, apesar de este trabalho não fazer tal afirmação como uma hipótese, é de se pensar se Gadamer não torna Aristóteles mais casuísta do que este efetivamente era, na medida em que o hermeneuta busca não apenas “compreender” Aristóteles, mas fazê-lo como um contraponto à ética racionalizante e formalista de Kant e como um contraponto extremo à Platão também.

Assim, a crítica que aqui se faz ao direito em termos de *phronesis* deve ser sempre remetida à reinterpretação da ética aristotélica que Gadamer realizou, acoplando a analítica do *Dasein* como mais um reforço à situação em confronto com o *logos*, com a razão.

Outro exemplo de boa percepção do problema das verdades proposicionais ou apofânticas é a crítica que Lênio Streck empreende às súmulas vinculantes como uniformização de jurisprudência que tornem desnecessária a interpretação em determinados casos que já estejam cobertos pelas tais súmulas (STRECK, 2009). Como diz o autor, o problema não é querer uniformizar e dar celeridade às decisões sumulando posicionamentos reiterados, mas sim a ânsia em aplicar tais *posicionamentos congelados* como se eles independessem de contexto, independessem de interpretação e, o que é pior, como se o mesmo caso, que reiteradamente vem sendo decidido de tal modo, esteja para além de discussões hermenêuticas.

Por outro lado, esse apelo situacional da hermenêutica dialógica gadameriana não significa que a interpretação será sempre algo incerto, extremamente relativo. Pelo contrário, a idéia de concepção situacional pretende tornar evidente para o Juiz o que aquela decisão lhe impõe. A intenção fundamental situacional é uma intenção hermenêutica por excelência, que é tornar manifesta a decisão justa tal qual Heidegger entendia o desvelamento da verdade.

Entretanto, é sempre uma interpretação correta para determinado caso, o que se pode alcançar desta maneira. Dworkin enxergou muito bem, na esteira da tradição jus-filosófica, que o Direito deve se preocupar não só em garantir a decisão mais justa, mas precisa ser coerente, não pode, por buscar ser o mais justo possível em cada caso, esquecer completamente imposições de equidade que por vezes lhe obrigam a deixar a decisão mais justa em segundo plano em prol de uma necessária e conteudística coerência.

Entretanto, isso não significa afastar-se da ética (*ethos*) em prol dessa coerência, uma vez que a decisão de agir de tal modo por coerência já é em si um problema ético. Os juízes nunca afastam a justiça em prol de uma certa integridade, como diz Dworkin, mas tornam o conceito de justiça ainda mais idealizado. O mais significativo é, contudo, que antes de escolher agir com justiça, equidade ou integridade, o Juiz já parte de uma pré-concepção acerca de qual a *melhor decisão* para o caso. Escolher uma virtude distinta como a integridade não pode ser a solução para o histórico conflito entre justiça e equidade, posto que o Juiz não decide de modo x e não de modo y porque usou a integridade, mas formou um convencimento sobre aquela situação que pode ser explicado por meio da integridade.

Dizendo mais uma vez, não se podem resolver problemas interpretativos através de conceitos idealizados. A função dos conceitos jurídicos deveria ser propiciar, balizar a discussão, e não afastá-la por meio de significados previamente fixados. É claro que é importante que se diga que em matéria de direitos fundamentais não pode haver retrocesso (efeito *cliquet* do direito francês), mas não se pode achar que essa simples máxima vai realmente impedir o retrocesso. Afinal de contas o conceito de *retrocesso* é impossível de ser abstratamente demonstrado, e dois juízes podem genuinamente discordar acerca do retrocesso ou avanço de determinada interpretação no campo dos direitos fundamentais.

Em suma, este trabalho não tem a menor pretensão de falar pelo fim dos conceitos gerais, o fim das máximas, dos princípios ou de quaisquer balizas interpretativas que se crie em direito. Quer apenas mostrar que na passagem desse *geral* para o *particular* reside o âmago, a profundidade e a densidade da questão hermenêutica. *Criar cada vez mais balizas para guiar essa aplicação do particular a partir do geral jamais anulará o dimensionamento concreto e interpretativo que está ontologicamente inscrito no ato de aplicação de sentidos prévios.*

Nos casos concretos, os juízes não raramente estão eticamente convictos do que aquela decisão os obriga em termos interpretativos. Não raramente, sua dúvida paira mais

sobre fatos do que sobre a interpretação, que lhes parece evidente e até moralmente defensável e argumentável. A passagem do geral para o particular que os juristas têm sempre que realizar não lhes deixa sem balizas, não lhes causa confusão.

É, portanto, também função de uma reflexão hermenêutica mostrar que é justamente no que parece evidente, vinculado à uma tradição e portanto correto é que se precisa de diálogo. O *milagre da compreensão* que Gadamer aduz, ou a *capacidade para o diálogo* resiste justamente em se saber que, naqueles casos em que se está convicto de determinada interpretação, ali reside uma unilateralidade que é ontológica, que só poderá ser posta em dúvida a partir da abertura dialogal.

A formação da *íntima convicção* do Juiz, ou de seu *livre convencimento motivado* para fazer jus às nomeclaturas processuais contemporâneas, não pode ser mais do que um primeiro passo no processo hermenêutico. A consideração do grau, ainda que maior ou menor, inafastável de certa dose de arbitrariedade nesse livre convencimento deve impulsionar as partes a porem em discussão mesmo aquilo que consideram mais óbvio, aquilo de que estão plenamente convencidas.

Tal abertura dialógica é importante não apenas porque uma interpretação que parece evidente *pode* estar errada, mas porque interpretar, colocar em contexto, reerguer um sentido transindividual de práxis, uma razão coletiva, é algo que necessariamente passa por um diálogo. Um livre convencimento motivado é não só um flagelo ao paradigma da intersubjetividade que pretende acompanhar a idéia de *Estado Democrático de Direito*, mas é também a aposta na idéia de que se pode chegar monologicamente à uma decisão correta em um contexto situacional que é plural, e que em suma deve ser construído conjuntamente.

Os novos apelos processualistas a um *processo civil democrático*, no qual o Juiz decida com as partes e não apesar das partes, que modele a dinâmica do debate jurídico para algo mais paritário e aberto são extremamente oportunos e relevantes, na medida em que expõem a fragilidade do solipsismo, ao qual até o Hércules de Dworkin fora

acometido. Todavia, não se pode achar que a edição de uma lei processual que diga, por exemplo, que “os juízes devem decidir conjuntamente com as partes, respeitando o Estado democrático de direito” vai efetivamente colaborar nessa questão.

A Abertura ao diálogo é, tal qual a interpretação, uma atitude de alheamento, de consciência das próprias limitações e da efemeridade do que parece digno da maior convicção. É um exercício ético e não o seguimento de uma baliza prévia que ordene: “dialogue!”

3.5 O RESGATE DIALÓGICO DA TRADIÇÃO E OS LIMITES NORMATIVOS DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

Como tem sido muito acentuado nos últimos tempos, a hermenêutica filosófica, porquanto possua uma intenção mais transcendental do que normativa, não defende uma concepção cética de verdade, ou seja, não diz que a verdade é subjetiva e que os parâmetros éticos em uma comunidade dependem exclusivamente da vontade dos feitores da lei ou que não há como diferenciar interpretações melhores que outras.

É claro que, por um lado, essa mesma hermenêutica defende que, ainda que o interprete queira seguir métodos gerais de modo a não ser arbitrário, o que dominará a sua escolha interpretativa é uma espécie de motivação anterior, algo que não vem totalmente à tona e que é apenas artificializado e sublimado pelo método.

Em todo caso, no fundo dessa *motivação recôndita* não se encontra uma vontade plenamente individual, construída pelo indivíduo como se esse vivesse em uma redoma e formasse suas convicções de maneira plenamente solipsista.

Embora Gadamer não chegue ao extremo aristotélico de negar a própria existência do indivíduo isolado (embora biologicamente exista) em prol do corpo social,

acredita ainda assim que as convicções mais íntimas das pessoas remetem à uma tradição compartilhada. À primeira vista, essa especulação filosófica poderia se chocar com a notória pluralidade de pensamento e de convicções que é considerada traço constante das sociedades contemporâneas. Todavia, o conceito de *tradição* não sinaliza algo fechado, que sempre segue o mesmo sentido e que mantém as mesmas práticas e sustenta as mesmas idéias.

A tradição, na hermenêutica filosófica, é algo que está sempre sendo re-interpretado. A própria continuidade da tradição depende de sua reinterpretação. Um povo realmente não tem identidade se não for capaz de memória. Todavia, de igual modo, também não tem identidade se não for capaz de esquecimento, se não puder decidir que a partir de certo ponto deixará para trás o fardo da história e seguirá seu próprio caminho.

É justamente essa decisão de confiança no presente que simboliza a re-interpretação da tradição. Que a torna viva, que lhe transforma e que impede que a mesma seja, como critica Habermas em sua *Dialética e Hermenêutica* (HABERMAS, 1987), uma idéia conservadora, contrária ao senso crítico necessário a qualquer sociedade.

A hermenêutica filosófica, justamente por ser filosófica (no sentido já discutido), não diz que o interprete *deveria* seguir determinada tradição, ou falando juridicamente, não diz que o jurista brasileiro deveria seguir a tradição da Constituição de 88. O papel fundamental da hermenêutica filosófica é, antes, mostrar que em toda interpretação há a pertença a alguma tradição, que fala por meio do que está e principalmente do que não está explícito em determinada decisão.

Assim, quando se fala hermenêuticamente em *resgate da tradição*, não se pode dizer que os juristas *deveriam* seguir a tradição constitucional, a tradição dos direitos fundamentais. Embora isso efetivamente seja desejável, a questão é que os juristas *já seguem* uma tradição, conscientes ou não.

O que é possível, e isto novamente é mais um apelo humanista do que adequação a algum método, é tornar o jurista relativamente consciente da tradição na qual está imerso e, desse modo, possibilitar a ele que reveja seus pré-juízos e que compreenda que suas convicções fazem parte de um emaranhado histórico-cultural complexo que pode ser movimentado a partir do diálogo, da abertura humana fundamental que de Platão a Schleiermacher e Gadamer é erigido à princípio fundamental da compreensão e de aprendizado.

Os processos judiciais, ao mesmo tempo em que obrigam os juristas a pensar e a construir retoricamente da melhor maneira os melhores argumentos a seu favor, obrigam-nos também a compreender intimamente o argumento contrário, pois a própria construção de seus argumentos será feita tendo como base o diálogo com os prováveis argumentos contrários. Também por isso a determinação do momento em que as partes têm que falar é tão relevante para a formação como determinado argumento será construído e até como determinados institutos serão conceituados.

Para que esse debate seja o mais frutífero possível, para que se possa ter mais noção da tradição que fala por meio daquela contenda, é imprescindível que as discussões sejam mais *substantivas* do que *adjetivas*.

Quando se disse, citando Ingo Sarlet, que não há como predeterminar o conceito de *dignidade da pessoa humana* de modo a condicionar de certa maneira o processo interpretativo, isso não quer dizer se possa interpretar *dignidade* de qualquer maneira, nem tampouco que se possa fazê-lo simplesmente da maneira que melhor *convier* ao caso.

A própria transformação contínua da tradição implica um apontamento, compreensão de um *ethos* e de bases compartilhadas de argumentação e de valoração do que caminhos corretos. A passagem do geral para o particular, por mais obviamente amparada que esteja em princípios éticos que apareçam como evidentes, demandará uma

construção interpretativa cuja descrição é impossível de ser metodizada mas não de ser debatida e feita de modo que possa ter sua legitimidade reconhecida.

Obviamente, podem ser apontadas muitas razões para se acreditar que tal diálogo nunca ou raramente ocorre efetivamente em um processo judicial. Assim, poder-se-ia considerar inútil uma explicação que apresentasse bases ontológicas relativamente bem fundamentadas mas que não fosse vislumbrada na prática.

Contudo, a finalidade aqui não é, como em Habermas, a de criar condições ideais que permitam dizer quando e como criar um diálogo no processo, condições procedurais de legitimidade da aplicação judicial.

O projeto filosófico da hermenêutica está muito mais em apontar campos fecundos à interpretação do que explicar como se chega a tais campos. Isso é um trabalho normativo que pode e deve ser feito no caso concreto, mas que não o pode com embasamento da hermenêutica filosófica, como se fosse uma constatação ontológica e não uma decisão normativa. Transformar um trabalho ontológico em algo totalmente normativo e instrumental, em algo mais crítico do que esclarecedor seria subverter as questões fundamentais que antecedem a mera apelação.

Seria inclusive uma impostura intelectual defender posições normativas sob como alcançar um diálogo efetivo e expô-las como se fossem conceitos ontológicos. Deve-se concordar com Gadamer quando, no prefácio à 2ª edição de *Verdade e Método* (GADAMER, 1999) aduz que a pregação moral disfarçada de ontologia tem qualquer coisa de absurdo.

É óbvio, contudo, como já dito antes, que a própria estruturação e apresentação da ontologia hermenêutica tem finalidades normativas anteriores, que são as finalidades que guiam este trabalho. Isso nunca foi escondido em prol de nenhuma neutralidade ou explicação pura. Em todo caso, deve-se fazer um esforço para manter uma interpretação

voltada à questão ontológica, sob pena de subverter todo o seu embasamento filosófico e diluí-lo em questões normativas, as quais não lhe são estranhas mas lhe são secundárias.

É o caso inclusive de se fazer justiça à modernidade e lembrar que a consciência de que tem sempre algo normativo que impulsiona a pesquisa transcendental foi exposta já por Kant no último capítulo de sua *Crítica da Razão Pura* (KANT, 1980), quando, ao preparar a passagem para a parte prática, aduz que a pesquisa em torno da razão pura vem de motivações anteriores, as quais justificam o enorme esforço crítico, ao mesmo tempo em que mostram sua insuficiência, posto que apontam para a liberdade e são totalmente inatingíveis pela causalidade (objeto da razão pura).

Assim, do mesmo modo que o esforço crítico de Kant fora um meio para os objetivos fundamentais que moviam aquele filósofo, também a hermenêutica filosófica surge de preocupações normativas que Gadamer, desde a sua época de crítico de arte, esforçou-se por esboçar, e que lhe fizeram retornar à ontologia para encontrar as bases importantes sob as quais se possa conseguir uma melhor aproximação do assunto.

Neste trabalho, defendeu-se normativamente a importância de não tornar nebulosa a interpretação judicial por meio de métodos e cânones que guiem a aplicação judicial, pois se defendeu que a manifestação ética tem ligações ontológico-existenciais que são anteriores à própria epistemologia, uma vez que não são um modo de conhecer mais um modo de ser.

Na investigação dessas condições anteriores, encontraram-se os conceitos guia-humanísticos como um importantes categorias explicativas na medida em que são forjados em um entrelaçamento com a arte e com a história que expõem vários elementos imprescindíveis na interpretação.

Gadamer encontrou, sobretudo no juízo de gosto estético, na consciência histórica e na abertura dialogal, condições fecundas de compreensão fenomenológica da hermenêutica, as quais foram então universalizadas para o todo da vida humana, fazendo

da interpretação uma condição geral, mais do que particularizada a cada campo específico (arte, teologia, direito).

Como a compreensão da própria valência ontológica do gosto estético e também do problema da consciência histórica é estruturada dialogicamente, o diálogo aparece então como o verdadeiro acontecer da linguagem, como a hermenêutica *em si mesma*, para usar a expressão corriqueira da fenomenologia.

Assim é que, pois, a noção dialógica de hermenêutica serve não somente para criticar as concepções semânticas e proposicionais do direito, mas também para transpor as balizas do arbitrário de uma pretensa adequação a um preceito legal para uma adequação a interpretações construídas para o caso concreto. É partir de um pretensamente correto que se julga o errado, e o correto em um determinado caso jurídico é descoberto bem mais no debate de seu julgamento que em sua conformidade às balizas superiores. Isso não quer dizer que é um ato de vontade, mas que é um tipo diferente de ato de conhecimento, é um conhecimento de um tipo diferente de fenômenos que a ciência moderna ignorou inteiramente e cuja compreensão é privilegiadamente acessível pelo retorno a Aristóteles.

Neste trabalho, portanto, buscou-se bem mais uma coerência de pensamento em tratar a hermenêutica tal qual foi desenvolvida por Gadamer e Heidegger, isto é, acentuando sua intenção filosófica e tratando a normatividade sempre com o cuidado de não tornar a hermenêutica um instrumento para a construção de uma nova teoria da decisão.

Tirar o direito de seu patamar de ciência esclarecida racional, aproximá-lo da experiência da arte e da experiência dialógica enquanto experiências humanas fundamentais é, acredita-se, um objetivo tão importante quanto o normativo e talvez até mais ambicioso, embora mais consciente de seus limites, da historicidade de suas prerrogativas e da necessidade interminável do debate em torno de suas certezas.

3.6 ARBITRARIEDADE E O LIMITE DA LINGUAGEM

Após dimensionar a importância do diálogo e também apontar alguns limites normativos à hermenêutica filosófica¹², é preciso falar sobre alguns limites à redução da arbitrariedade.

Em defesa da hermenêutica contemporânea, foi dito que sua crítica ao método da ciência moderna não torna o direito mais arbitrário, mas justamente reduz o caráter arbitrário que este possuía de maneira menos refletida, supondo-se que o *método* artificializa o debate na medida em que prioriza conceituações e diferenciações adjetivas (porque é formal), e assim acaba passando ao largo das questões substantivas fundamentais à situação.

Desse modo, foi dito que é possível alcançar respostas verdadeiras, interpretações verdadeiras, desde que se atente para a historicidade de todo compreender e, assim, para a importância que o contexto de aplicação tem na própria compreensão das balizas gerais (sejam princípios ou regras).

Ainda no tocante à aplicação, foi dito, seguindo Gadamer, que a compreensão hermenêutica mais frutífera se dá em diálogo, que no diálogo efetivo se compreende não apenas as proposições de maneira isolada, mas em sua riqueza analógica, na medida em que expressam o debate, motivações e a própria situação histórica na qual as idéias foram forjadas, o que é muito produtivo, especialmente em contraste com a visão legalista e

12

¹² Quando se fala em “limite normativo”, não se quer dizer que efetivamente aquela questão não poderá ter uma resposta deontológica por parte da hermenêutica, mas sim que, nesta pesquisa, isso parece ser inviável. Pré-definir com ar definitivo as potencialidades e limites da hermenêutica filosófica seria contradizê-la inteiramente, ignorando a re-interpretação da tradição, o caráter situacional do *Dasein* e sobretudo a finitude do conhecimento.

conceitual que perdurou na primeira metade do século XX e que ainda constitui boa parte do imaginário jurídico, a qual pretende compreender e aplicar o direito com base em conceitos semânticos supostamente compartilhados e, assim, objetivamente conhecidos.

No seio dessa crítica ao positivismo, que trouxe à tona necessariamente o pensamento pós-positivista, buscou-se realizar críticas também a essa segunda corrente, representada aqui por Dworkin e Alexy, argumentando que neles há, ainda que de forma diferente, uma exigência de objetividade, de completo afastamento da arbitrariedade, que acaba negando a própria densidade e complexidade envolvida na interpretação e motivação das decisões judiciais.

É claro que essa visão é fruto dos pressupostos da hermenêutica filosófica, de sua noção de *verdade* e de *interpretação* como modo de *ser-no-mundo*. Por essa razão, é importante expor limites presentes na própria hermenêutica filosófica à redução das interpretações arbitrárias.

Como diz Jean Grondin (GRONDIN, 1991), o aspecto mais mal interpretado da filosofia de Gadamer é sua concepção de *linguagem*. Sua frase *ser que pode ser compreendido é linguagem* (GADAMER, 1999) é geralmente compreendida como querendo dizer que todo o *ser* é linguagem, que tudo é linguagem. Contudo, como afirma ainda Grondin, Gadamer resgata as doutrinas estoíca e agostiniana justamente para dizer o contrário, isto é, para dizer que as palavras não podem exaurir o que as pessoas têm em mente.

A *palavra interior* mostra que o que é dito não é tudo. O “não-dito” é o que forja aquilo que é estatuído em uma palavra que possa atingir. A tensão desse não dito vem à tona no diálogo e é um passo imprescindível para a tentativa de uma *autêntica* compreensão.

Todavia, esse vir à tona não significa que se possa dominar hermeneuticamente toda a universalidade das intenções mais recônditas do ser humano. Como diz Gadamer,

temos que renunciar à ilusão de clarear totalmente as trevas de nossas motivações e de nossas tendências (GADAMER, 1983, p. 70).

Na interpretação jurídica, que repercute em toda a sociedade e que se baseia em razões que precisam ter suas motivações reveladas, o desocultamento das *trevas de nossas motivações e nossas tendências* precisa ser trazido à tona porque é imprescindível para compreender essas motivações, que em suma decidirão os casos e criarão ali o *direito*.

Se os argumentos jurídicos pudessem ser compreendidos em si mesmos, como simples proposições racionais, independentes do sentido em que estão sendo utilizados, a hermenêutica filosófica seria uma excessiva busca de razões interiores que tentaria vincular, em última instância, o comportamento ético à moral interior, unindo o agir moral ao próprio ser moral do homem, como fazia Platão.

Historicamente, o direito tem uma péssima relação com as tentativas de julgar ou compreender com base em *razões interiores*, em *motivações íntimas*, cujo exame profundamente arbitrário por parte dos juízes pode ainda ser vislumbrado nos julgamentos penais atuais. Se o direito julgar não com base em afirmações, mas em suposições de *motivações interiores* que geraram aquela afirmação, estará sendo arbitrário segundo a hermenêutica filosófica na medida em que essas motivações não estão à disposição do homem, mas o precedem e precedem a auto-compreensão do homem.

Se se reconhece limites à autocompreensão humana, deve-se reconhecer igualmente limites em conhecer o modo como são construídas as razões que as pessoas usam para defender posições fundamentais para si.

Assim, quando se diz que as decisões jurídicas, na medida em que são interpretação, sempre conterão algo que não é predeterminado nem por regras metódicas nem por princípios, se está incentivando a união entre compreensão, interpretação e

aplicação, ao mesmo tempo em que se diz que o direito tem que saber conviver com certa indeterminação de suas decisões.

O objetivo final, pois, não é contestar ou criticar a construção e investigação de princípios ético-normativos, muito menos a de desacreditar a importância das leis enquanto documentos políticos vinculantes, bem como a importância dos precedentes judiciais e da própria dogmática jurídica, que certamente tem uma função social. O crucial é mostrar que, ainda assim, com tudo isso, o ato de interpretação e aplicação judicial possui uma densidade não totalmente penetrável e, por isso, não plenamente cognoscível e nem plenamente controlável.

CONCLUSÃO

A pretensão deste trabalho foi, a partir de um recorte na filosofia e na filosofia do direito, defender três hipóteses centrais: primeiro a de que interpretar e decidir corretamente um caso jurídico exige a formulação de respostas que não podem ser dadas previamente, mas que exigem sempre a re-compreensão do próprio aparato teórico a partir do qual se irá julgar o caso para assim construir uma resposta normativamente adequada; a segunda hipótese central é a de que essa boa interpretação é mais uma capacidade humana e uma intenção ética do jurista em suspender suas pré-concepções do que o bom seguimento de um método, de uma teoria da decisão; a terceira hipótese é a de que tanto a re-compreensão necessária à aplicação do direito a casos concretos como a suspensão das pré-concepções e abertura ética do interprete se dão privilegiadamente em uma estrutura dialogal.

Como esse percurso se deu a partir do fio condutor da hermenêutica filosófica, o retorno aos gregos apareceu como fundamental e em suma como um dos bons marcos positivos do trabalho. A oposição gadameriana ao discurso filosófico-científico da modernidade é uma clara tentativa de resgatar o que se pode chamar de *atualidade hermenêutica* do pensamento helênico, sobretudo de Platão e Aristóteles. Tanto é assim que as três hipóteses desse trabalho acima elencadas são fruto de questões postas pelos gregos. Enquanto a primeira (fusão entre interpretação e aplicação) e a segunda (hermenêutica mais como uma abertura humana fundamental do que uma ciência) são interpretações da ética aristotélica e particularmente de seu livro VI, a terceira hipótese é devedora sobretudo de Platão, é dizer, da importância filosófica fundamental que aquele filósofo conferiu à dialética e expôs na estrutura dialogal dos diálogos socráticos, bem como no modo como o filósofo defendeu tal postura em sua *Carta sétima*.

Em contraste a esse ponto positivo, a exposição dos filósofos do direito no segundo capítulo deixou algumas incompletudes que precisam ser mencionadas por questão mesmo de honestidade intelectual. Muito embora a pretensão não tenha sido simplesmente criticar Kelsen, Dworkin, Alexy, mas mostrar suas incompletudes sem deixar de reconhecer seus méritos e sua importância nas discussões contemporâneas, o fio condutor da sublimação da arbitrariedade exigiu um recorte que, ao menos em certa medida, limitou o pensamento desses autores, enquadrando seus argumentos em padrões de cientificidade que, porquanto estejam presentes em suas obras, não as esgotam e até são criticados pelos mesmos autores em obras posteriores cujo aprofundamento não foi aqui possível.

Em todo caso, como se buscou atacar idéias e não pessoas, o diálogo travado com aqueles autores continua frutífero ainda que suas posições tenham tomado rumos diferentes ao longo do tempo. Isso fica ainda mais claro quando se observa que as idéias ali trazidas não são defendidas unicamente por aqueles autores e naquele contexto. Há diversas outras teorias da decisão, diversas outras noções científicas do direito, bem como diversas outras propostas de trazer racionalidade à interpretação jurídica. Assim, o segundo capítulo serviu muito mais para ilustrar um movimento e para ensejar discussões do que para esgotar a idéia de racionalidade na interpretação.

O terceiro capítulo é, contudo, o que mais necessita de esclarecimentos finais. A sua proposta de criticar teorias da decisão e de conferir primazia hermenêutica ao diálogo foi mais vislumbrada e dimensionada do que propriamente atingida. Embora a crítica às teorias da decisão esteja mais embasada, o direito sempre carrega cobranças normativas. Tratar da primazia do diálogo e não explicar como tal se dará foi uma atitude honesta mas claramente limitadora do trabalho, na medida em que pode ter deixado a própria questão teórica do diálogo pouco palpável.

Contudo, se um trabalho que critica métodos prévios de garantir boas interpretações cedesse no fim e apresentasse ele também uma outra espécie de método, a

desonestidade seria gritante e a contradição minaria os pontos frutíferos que podem ter sido apresentados em tom crítico aos pós-positivistas.

Em todo caso, a clara noção de que a hermenêutica movimenta-se no âmbito da filosofia e que a filosofia do direito deve também tratar de questões filosóficas impulsionou o que pode ser considerado limitação no terceiro capítulo. Uma proposta filosófica tem sempre que tentar manter um plano de *dimensionamento do todo*, uma dignidade que fica pouco à vontade com a pregação moral, com o apontamento normativo do que deve ser feito, do que o direito precisa para ser efetivo, justo ou não-arbitrário.

Assim é que se tomou a liberdade de afirmar que o direito carrega uma margem não-suprimível e não-cognoscível de arbitrariedade. Embora essa afirmação não esteja defendendo qualquer arbítrio no sentido de “decidir ou interpretar como quer”, sua constatação, ainda que situada num nível que se pode dizer ontológico, pesa sobre o direito quase como uma defesa do positivismo, caso não fique claro que se está falando de algo bem mais sutil do que a moldura kelseniana.

Por isso, é bom dizer mais uma vez que não é exatamente dessa arbitrariedade que se está tratando. A moldura kelseniana e a textura aberta hartiana ignoram os princípios, ignoram o papel do diálogo na criação da norma pra o caso concreto e ignoram, acima de tudo, a idéia de que há uma tradição, repleta de uma temporalidade não absoluta mas também não eminentemente relativa, que é a temporalidade simbólica de uma comunidade, dentro da qual, se não há como atingir univocidade e uma única resposta correta, há como se falar em justo e injusto sem cair em um completo relativismo hobbesiano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Trad. Zilda Silva. São Paulo, Landy, 2005.

ARENDT, H. **Entre o Passado o Passado e o Futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2000.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru, SP. EDIPRO, 2ª ed., 2007.

AZEVEDO, Francisco Ferreira dos Santos. **Dicionário analógico da língua portuguesa**. 2º Ed. Rio de Janeiro, 2010.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle judicial**. São Paulo: 14º Ed. Malheiros, 2001.

BARRETO, Vicente de Paulo. **A fetichização dos Direitos Humanos e outros escritos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BILLIER, Jean-Cassien. **História da filosofia do direito**. Barueri, SP: Manole, 2005.

BLEICHER, Joseph. **Hermenêutica Contemporânea**. Lisboa: Edições 70, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Brasília: brasiliense, 1986.

COELHO, Inocêncio Mártires, **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Paulo Sérgio Weyl Albuquerque. **Autonomia e Norma Jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Trad. J. Guinsburg e Bento Prado Júnior – 5. Ed. – São Paulo: Nova Cultural, 1991. – (Os pensadores)

DIB TAXI, Ricardo Araujo. **A historicidade interpretativa e os Direitos Humanos. Tensão entre re-interpretação e temporalidade**. V Congresso Nacional da ANDHEP. Belém: 2009. Disponível em: www.andhep.org.br. Acesso em 15 set. 2009.

DILTHEY, Wilhelm. **Critique de la raison historique**. Trad. Sylvie Mesure. Paris, CERF, 1992.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's law: the moral reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University, 1999b.

_____. **Interpretation, morality and truth**. Disponível em www.law.nyu.edu/academics/colloquia. Acesso em 01/12/2008.

_____. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Uma Questão de Princípio**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ECO, Umberto. **Limites da Interpretação**. 2ª ed. São Paulo Perspectiva, 2004.

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

_____. **Elogio da Teoria**. Trad. João Thiago Proença. Lisboa: Edições 70, 2001.

_____. **El Giro Hermenéutico**. Trad. de Arturo Parada. Madrid: Ediciones Cátedra, 1995.

_____. **Estética y hermenéutica**. Trad. Antônio Gómez Ramos. 3ª Ed. Madrid: Tecnos, 2006.

_____. **Hermenêutica em Retrospectiva**. Trad. Marco Antonio Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

_____. **O problema da consciência histórica.** Trad. Paulo Cesar Duque Estrada. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

_____. **Verdade e Método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Trad. de Flávio Paulo Meurer. Rev. por Enio Paulo Giachini. 3 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

_____. **Verdade e Método II – complementos e índices.** Trad. de Enio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

GOETHE, Johann Wolfgang von. **Os anos de aprendizado de Wilhelm Meister.** Trad. Nicolino Simone Neto. São Paulo: Ed. 34, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito.** 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRONDIN, Jean. **Introduction to philosophical hermeneutics.** New Haven: Yale University Press, 1991.

HABERMAS, Jürgen. **Dialética e Hermenêutica.** Trad. Álvaro Valls. – Porto Alegre: L&PM, 1987.

HART, Herbert. **The concept of Law,** 2ª ed. Oxford, Oxford University, 1994.

HEIDEGGER, Martin. **Sobre o humanismo.** Trad. Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro, 2ª Ed. 1995

_____. **Conferências e escritos filosóficos.** Trad. e notas Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 1989.

_____. **Ser e Tempo.** Petrópolis: Vozes, 2008.

HUME, David. **Investigação Sobre o Entendimento Humano.** São Paulo: Abril Cultural, 1973 (coleção. Os Pensadores)

KANT, Immanuel. **Crítica da faculdade do juízo.** Tradução de Valério Rohden e António Marques. Rio de Janeiro, RJ: Forense Universitária, 1993.

_____. **Crítica da Razão Pura.** Tradução de V. Rohden U. B. Moosburguer. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

_____. **Crítica da Razão Prática.** Trad. Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.

_____. **Prolegómenos a toda a metafísica futura que queira apresentar-se como ciência;** trad. Artur Morão. *Lisboa : Edições 70*, 1992.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional.** 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007

_____. **Teoria Pura do Direito.** Trad. João Batista Machado. 6º ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLAUTAU FILHO, Paulo de Tarso Dias. **Igualdade e liberdade: Ronald Dworkin e a concepção contemporânea de direitos humanos.** Belém: CESUPA, 2004.

JR., Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do processo e processo de conhecimento.** Salvador: JusPODIVM, 2010.

NEVES, Antônio Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NEVES, Maria Aparecida Campos Mamede. **O conceito de sublimação na teoria psicanalítica.** Rio de Janeiro: Rio, 1977.

NIETZSCHE, Friedrich. **Além do bem e do mal.** Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das letras, 2005.

NUNES, Benedito. **Filosofia contemporânea.** Belém: EDUFPA, 2004.

_____. **Heidegger & Ser e Tempo.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.

PLATÃO. **A República.** Trad. Anna Lia Amaral Almeida Prado; revisão técnica e introdução de Roberto Bolzani Filho. – São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Carta VII.** Trad. José Trindade Santos e Juvino Maia Jr. – São Paulo, Loyola, 2008.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**, 5ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2003.

RICOEUR, Paul. **Na escola da fenomenologia.** São Paulo: Vozes, 2009.

_____. **Teoria da Interpretação.** Lisboa-Portugal: Edições 70: 1976

ROHDEN, Luiz. **Racionalidade retórica, uma linguagem filosófico-hermenêutica em Aristóteles.** in: Revista Síntese Nova Fase, v. 25, nº 81, p. 249-266, Belo Horizonte, 1998.

ROSS, William David. **Aristoteles.** Traducción de Diego F. Pro. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1957.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

SCHLEIERMACHER, Ernst. **Hermenêutica e Crítica. Volume 1.** Trad. De Aloísio Ruedell. Ijuí. Ed. Ijuí, 2005.

SILVA, Luis Virgilio Afonso da. **Interpretação Constitucional - Teoria & Direito Público.** São Paulo: Malheiros, 2007.

SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno.** Trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Companhia das letras, 1996

STEIN, Ernildo. **A caminho de uma fundamentação pós-metafísica.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

_____. **Epistemologia e Crítica da Modernidade.** 3º ed. Porto Alegre: Unijuí, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica E(M) Crise.** 7º ed. Porto Alegre: 2007.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – uma nova crítica do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito.** 3º ed. Porto Alegre: 2009.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno.** Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005.