

LINGUAGEM E MÉTODO: ABORDAGEM HERMENÊUTICA DO DIREITO COMO ALTERNATIVA AO PURISMO METODOLÓGICO

*Juraci Mourão Lopes Filho**

RESUMO

O presente artigo apresenta uma abordagem do direito a partir de uma perspectiva da hermenêutica filosófica de Gadamer como uma alternativa ao purismo metodológico típica de uma perspectiva positivista. É abordada a evolução da epistemologia e sua transposição das ciências naturais para as ciências sociais, especialmente para o Direito, e as modificações ocorridas no século XX a partir das críticas de Karl Popper. Será também exposta a reviravolta lingüística na filosofia ocidental, que traz o referencial adequado para se superar as dificuldades da concepção empirista de método e a inadequação da concepção construtivista para o Direito.

Palavras-Chave: Epistemologia jurídica. Hermenêutica. Filosofia da linguagem.

1 INTRODUÇÃO

Assunto que tem dominado os debates epistemológicos nas últimas décadas consiste na busca de uma alternativa, no âmbito das ciências sociais, e em especial no Direito, ao positivismo de bases metodológicas empiristas. Ainda não se apresenta um modelo acabado e definitivo, tampouco se acredita na simples transposição dos novos aportes da epistemologia das ciências naturais. Tanto assim que é comum se aludir a um pós-positivismo, revelando simplesmente a superação de algo, sem que esse posterior tenha autonomia científica própria.

O presente trabalho tem por objeto a exposição das idéias centrais da reviravolta hermenêutica da ontologia, sobretudo a hermenêutica filosófica de Gadamer, por acreditarmos que essa perspectiva teórica, que se contrapõe justamente à aplicação do método científico aos domínios sociais, traz elementos suficientes para uma nova e adequada compreensão do Direito que supere, em definitivo, a perspectiva positivista, com feições suficientes para uma autonomia.

* Mestre (UFC) e Doutorando (UNIFOR) em Direito Constitucional. Pós-graduado lato sensu em Direito Processual Civil (UFC). Professor do Curso de Direito da Faculdade Christus. Procurador do Município de Fortaleza. Advogado

Para tanto, apresentaremos a evolução da epistemologia e sua transposição das ciências naturais para as ciências sociais, assim como explicitaremos as críticas feitas no século XX, especialmente por Karl Popper, e que mudaram a concepção do método científico. Nesse ponto, também as profundas mudanças sociais que contribuíram para a derrocada das concepções modernistas serão apresentadas.

Em seguida, apresentaremos a reviravolta lingüística na filosofia ocidental, que traz o referencial adequado para se superar as dificuldades da concepção empirista de método e a inadequação da concepção construtivista. Nesse ponto é que se dará especial atenção ao pensamento de Gadamer.

A evolução da epistemologia jurídica, até a crise do positivismo, será tratada em tópico próprio para só a partir dele apresentar as principais consequências da hermenêutica filosófica na ciência jurídica, evidenciando elementos principais do novo modelo dela emergente.

Não pretendemos encerrar verdades ou exaurir o tema, o que seria impossível em trabalho desta monta, mas simplesmente apresentar as idéias centrais de uma nova perspectiva do Direito e o caminho percorrido até ela.

2 MÉTODO E CIÊNCIAS SOCIAIS

Característica marcante do pensamento moderno foi a busca por um racionalismo na compreensão do mundo que se afastasse das influências das tradições, superstições e referências de autoridades próprias da Idade Média. Tudo que não fosse estritamente derivado de uma análise puramente racional seria considerado um obstáculo a um entendimento verdadeiramente científico. Daí o prestígio de um método racional que indicasse o caminho correto para se acessar propriamente a verdade sobre o objeto de investigação. Construiu-se, então, a teoria para substituir a dogmática da Idade Média.

Conquanto a existência de alguma espécie de método não fosse ignorada pela filosofia clássica, foi a partir do pensamento moderno que gradativamente ele passou a ter contornos cada vez mais rígidos, com etapas estanques e formais, sendo esse método considerado auto-suficiente para alcançar a verdade, entendida como relação com a realidade existente em si mesma. É a partir dessa perspectiva que Descartes afirma: “a ciência deve nos tornar senhores da natureza”.

Nesse período e no que imediatamente o segue, tem-se o ápice da concepção empirista, de origem na medicina grega, que prima pela indução realizada a partir de experimentos e observações dos fenômenos, a qual, uma vez complementada por aportes teóricos, completa o conhecimento neutro do objeto. É uma alternativa à concepção racionalista, de prevalência até o Século XVI, que tomava a ciência a partir de um método dedutivo e demonstrativo derivado de axiomas gerais estabelecidos teoricamente, sendo os experimentos a busca da confirmação desses postulados abstratos.

A despeito das distinções, ambas as concepções acreditavam poder reproduzir a realidade, dando um quadro da existência em si mesma, livre de qualquer influência ou distorção provocadas por elementos não racionais.

Essas concepções epistemológicas iam ao encontro da conjuntura social então vigente, dominada por uma burguesia capitalista e liberal emergente, ciosa por um rompimento com o passado e pelo estabelecimento de um conhecimento que permitisse previsibilidade de resultados. De fato, a economia de mercado é, intrinsecamente, refratária a incertezas e imprevisões, justificando, assim, a ampla aceitação dessa nova ciência. Ademais, a necessidade de acumulação de capital impõe essa técnica dada pela ciência para modificar e explorar a natureza possibilitando um melhor aproveitamento da mão-de-obra.

Com o sucesso do método científico nas ciências naturais, foi realizada sua transposição para outros domínios que passaram também a receber o rótulo de ciências, ainda que com suas particularidades, pelo que a denominação de ciências sociais ou do espírito, o que afastava outras terminologias “impuras” como ciências morais ou letras clássicas.

Com efeito, somente no século XIX, sobretudo após o trabalho de Dilthey, se passou a tomar o ser humano como objeto da ciência. Até esse período, só a filosofia teve tal sorte de preocupação, tendo como especial referência o humanismo dos Séculos XV a XVII, além da filosofia grega clássica.

Foi Dilthey que concebeu uma perspectiva histórica, sendo esta nota que bem distinguiria ciências do espírito e ciências da natureza, pois os atos humanos só poderiam ser compreendidos se considerados adicionalmente seu valor, sentido, significação e finalidade. Refutava a mera transposição do método empirista e propunha um próprio que buscasse o sentido desses atos humanos. Daí porque concebeu uma hermenêutica metodológica que prima pelo elemento histórico para compreensão. Sobre o assunto, José Luis Brandão da Luz¹:

Por oposição aos factos materiais, os factos da consciência põem às ciências humanas o problema da sua interpretação e conduzem-nos à dissociação que Dilthey estabeleceu entre explicação causal e compreensão. Os factos de consciência constituem um sistema de implicações entre conceitos, valores afectivos, morais, etc., que se não deixam interpretar em termos de relação causais, como acontece com os fenómenos naturais, sejam, por exemplo, as conexões do sistema nervoso ou até mesmo os resultados duma máquina de calcular. Deste modo, não é evidência que acompanha o desenvolvimento conseqüente dos factos de consciências que, segundo regras da lógica, confere inteligibilidade a esses enunciados, mas antes a reconstituição do processo cognoscitivo que conduziu à sua formação e determinou o seu lugar no contexto de significados que dão sentido à realidade. É nesta linha que podemos entender a afirmação do autor, segundo a qual “a compreensão e a interpretação constituem o método que informa as ciências do espírito”.

Entretanto, dado o ambiente de forte influência do empirismo, foi natural que as ciências sociais se vissem influenciadas pelo mesmo método daquelas ciências tidas como nobres, resultando no positivismo que tanto marcou o Século XIX e boa parte do Século XX. Seu objeto de investigação seria o ato humano isolado, despojado de qualquer compreensão metafísica ou religiosa, representando, por esse motivo, a emancipação intelectual do homem.

Até chegar a essa emancipação, a humanidade teria passado por estágios. No primeiro, as explicações do mundo seriam especulativas, fundadas em uma ação direta de entidades sobrenaturais. No segundo, os entes sobre-humanos teriam dado espaço a abstrações personificadas, típica da metafísica. O último seria o estágio positivo, também conhecido como da racionalidade definitiva, no qual o valor de uma asserção dependeria de sua relação com os fatos. Dava-se importância à criação de leis gerais inferidas por indução dos casos particulares, pressupondo e expondo suas relações necessárias, aptas ao posterior exercício de previsões. Esse conhecimento geral e abstrato permitia um conhecimento cumulativo e enciclopédico, já que puro, neutro e absoluto, insuscetível de alteração por influências do local ou do tempo.

Após esse período de esplendor, as bases sociais e epistemológicas da modernidade foram gradativamente alteradas.

A epistemologia do Século XX não mais acreditou que o método científico, seja o racionalista ou o empirista, seria capaz de reproduzir a realidade, dando espaço uma concepção construtivista, segundo a qual a ciência apresenta modelos que provisoriamente explicam e *interpretam* a realidade e não que a representa de maneira definitiva. Os cientistas, encabeçados por Karl Popper, não têm certeza da afirmação positiva, apenas da afirmação negativa. A ciência não poderia dizer o que é certo ou o que é bom, mas o que não é bom, que pode ser melhor. Popper se opõe à certeza absoluta dos enunciados científicos e anuncia sua descrença no indutivismo como base do conhecimento científico. Escreve:

Ora, está longe de ser óbvio, de um ponto de vista lógico, haver justificativa no inferir enunciados universais de enunciados singulares, independentemente de quão numerosos sejam estes; com efeito, qualquer conclusão colhida desse modo pode revelar-se falsa: independentemente de quantos casos de cisnes branco possamos observar, isso não significa a conclusão de que todos os cisnes são brancos.²

Com essa passagem, Popper evidencia o salto indutivo dos casos particulares para o geral realizado sem a certeza absoluta empiricamente verificada, pelo simples fato de que *todos* os elementos contidos no caso universal não foram confirmados por uma verificação empírica. Ele desenvolve, então, o ponto central de seu pensamento: a provisoriabilidade do

conhecimento científico. Afirma:

Qualquer que possa ser nossa resposta final à questão da base empírica, um ponto deve ser deixado claro: se concordarmos com a nossa exigência de que enunciados científicos devem ser objetivos, então os enunciados que se refiram à base empírica da ciência deverão também ser objetivos, isto é, suscetíveis de teste intersubjetivo. A possibilidade de teste intersubjetivo implica em que outros enunciados suscetíveis de teste possam ser deduzidos dos enunciados que devam ser submetidos a teste. Assim, se os enunciados básicos devem ser, por sua vez, suscetíveis de teste intersubjetivo, *não podem existir enunciados definitivos em ciência* – não pode haver, em Ciência, enunciado insuscetível de teste e, conseqüentemente, enunciado que não admita, em princípio, refutação pelo falseamento de algumas das conclusões que dele possam ser deduzidas³.

Contudo, essa afirmação não representa um abandono completo do empirismo, mas implicava em mudança na compreensão de que a ciência que não mais seria uma representação da realidade em si e, sim, uma conjectura provisória válida até seu falseamento por outra melhor. Em outra de suas obras clássicas, escreve Popper:⁴

Pode-se formular o terceiro ponto de vista a respeito das teorias científicas em poucas palavras, dizendo que elas são conjecturas genuínas, altamente informativas, que, embora não verificáveis (isto é: passíveis de ser provadas) resistem a testes rigorosos. São tentativas sérias de descobrir a verdade. Sob esse aspecto, as hipóteses científicas são exatamente como a famosa conjectura de Goldbach a propósito da teoria dos números. Goldbach pensou que ela pudesse ser verdadeira o que pode acontecer, embora não saibamos, e talvez nunca cheguemos a saber se de fato é verdadeira ou não.

Portanto, Popper entende que não se pode ter certeza da verdade, apenas certeza daquilo que é refutado numa conjectura. O acesso direto à realidade, por via de consequência, é tido como algo impossível de ser alcançado com definitividade. As certezas científicas não passariam de um modo de explicar e compreender a realidade, cujos embasamentos e justificativas ainda não foram refutadas por outra compreensão mais bem calcada.

Essa firme posição epistemológica abala a certeza e previsibilidade tão cruciais para a modernidade, impedindo a pretensão da ciência de “nos tornar senhores da natureza”. A própria apreensão direta da realidade, como visto, se tem como algo inviável, prevalecendo tão-somente uma explicação, uma *interpretação*, por definição, provisória.

No âmbito das chamadas Ciências Duras, veio da Física o golpe. A incompatibilidade entre os princípios da física newtoniana (dos grandes corpos) e os da física quântica (dos microcorpos) lançaram os cientistas em um paradoxo no qual essas teorias excludentes entre si explicam, cada uma a seu modo, uma fatia da realidade, sem se saber onde se encontram as fronteiras que dividem precisamente o âmbito de validade de cada uma delas. Por essa razão, não mais se crê, com segurança, em uma realidade unificada regida pelas mesmas leis, porquanto, para tentar justificar essa unicidade, tem-se apenas proposta ainda não inteiramente acabada na Teoria das Supercordas, que, porém, abala de maneira radical a própria compreensão do que seja realidade.⁵

Mesmo no domínio interno da física quântica não se pode assegurar um pleno domínio da realidade, como demonstra a Teoria da Incerteza de Heisenberg, muito bem sumariada por Brian Greene⁶:

Por exemplo, quanto maior for a certeza com que você sabe onde uma partícula está, maior será a incerteza quanto à sua velocidade. Reciprocamente, quanto maior for a certeza com que você conhece a velocidade com que uma partícula está se movendo, menor será a sua probabilidade de saber onde ela está. A teoria quântica estabelece, assim, a própria dualidade: você pode determinar com precisão certos aspectos físicos do reino microscópico, mas, ao fazê-lo, elimina a possibilidade de determinar com precisão outros aspectos complementares.

Na segunda metade do século XX, houve a consolidação dos avanços científicos verificados na primeira metade, os quais derogavam as leis newtonianas para certos domínios da física. Em livro com sugestivo título, Ilya Prigogine afirma que “todos sabem que a física newtoniana foi destronada no século XX pela mecânica quântica e pela relatividade”⁷. A concepção de que a natureza, o cosmo seria regido por leis absolutas, imodificáveis e perenes foi abaixo, passando a ser apenas uma verdade parcial. Não mais predomina a arrogância humana de outrora de que dominamos todo o mecanismo da existência. A compreensão total da realidade não mais se dava integralmente como base nos cálculos newtonianos, que apresentavam resultados certos, seguros e previsíveis. Instaura-se a era das incertezas, que não deixou o campo da ciência, de um modo geral, ileso.

O contexto social não se manteve alheio a esse abalo às firmes bases do modernismo clássico, tanto assim que Zygmunt Bauman, sociólogo polonês de grande influência nos dias atuais, cunhou a concepção de modernidade líquida⁸, na qual as relações sociais são fluídas e provisórias. Esse afrouxamento e perda de referências também são expostos por Jorge Forbes:

Nosso mundo organizava-se por um eixo vertical das identificações – um homem queria ser igual ao pai, ou ao seu superior do trabalho, por exemplo. Padrões ideais orientavam as formas de satisfação,

de amor, de trabalho, de aproximação e separação, de ter e educar os filhos, de fazer política. Havia uma predeterminação de modelos no mundo vertical. A globalização, porém, conduziu essas formas ao excesso, à multiplicidade de modelos sem hierarquia predeterminadas. Hoje as relações sofrem influências globais. As referências se contrapõem, são múltiplas, invalidam-se.⁹

Em linha de pensamento análoga, Edgard Morin afirma que “vivemos entre dois mundos, um que está morrendo, mas ainda não morreu, e outro que está nascendo, mas ainda não nasceu”. O moribundo seria o mundo moderno com suas aspirações de certeza, previsibilidade e de domínio absoluto da razão humana sobre fenômenos sociais e naturais. O nascente seria ainda carente de plena conformação, mas é calcado na perda do domínio geral do homem sofre todos os fenômenos que o cerca. É por essa carência de definição acabada que é comum se ouvir que os tempos atuais são pós-modernos, numa flagrante demonstração de que não tem, por enquanto, identidade própria e plenamente definida, ainda que distinta de uma anterior que está para ser abandonada, causando o que o mesmo Bauman denominou como o “mal-estar da pós-modernidade”¹⁰.

Por via de conseqüência, a epistemologia das ciências sociais sofreu mudança. O próprio Karl Popper concebeu uma mudança nesse âmbito, mas ainda considerando que ambos os domínios seriam compreensíveis pelo mesmo método, evidenciando crença numa unicidade científica mediante a criação da idéia de “sociedade aberta”, cujo paradigma seria a argumentação crítica da comunidade de cientistas. A esse respeito, Karl-Otto Apel¹¹ explica que Popper “pretendia extrapolar o paradigma normativo do método científico, no sentido de uma filosofia da sociedade e do progresso histórico possível que se mostrasse ética e politicamente relevante”.

Entretanto, o mesmo Apel acusa Popper de se basear em aporia: “A meu ver, há de fato dois tipos de ‘falácias abstrativas’ [*abstraktive fehlschüsse*] na estratégia popperiana de extrapolação, que, se não estou enganado, coexistem lado a lado na obra sem qualquer explicação”¹². A primeira, “a falácia cientificista-tecnicista, em sentido mais estrito, consiste no fato de Popper tomar a um só tempo o ideal metódico da ciência unitária (*social engineering*), para fazer de ambos os fundamentos da racionalidade crítica na política social de uma ‘sociedade aberta’”¹³. A outra falácia abstrativa seria que, sendo a argumentação crítica o paradigma da “sociedade aberta”, “ignora-se com facilidade que, dessa maneira, já se terão instituído um interesse cognitivo e o estabelecimento prático de certos fins como parâmetro para a argumentação crítica, e que, com isso, eles terão sido eximidos de qualquer discussão.”¹⁴

Diante dessas críticas que se opõem à simples transposição dos aportes das ciências naturais para as sociais, vem-se buscando alternativas. Entre elas, pretendemos destacar, neste trabalho, a corrente hermenêutica, cuja compreensão depende da compreensão da filosofia da linguagem e da reviravolta lingüística na filosofia ocidental.

3 A REVIRAVOLTA LINGÜÍSTICA NA FILOSOFIA OCIDENTAL

A expressão filosofia da linguagem pode ter, ao menos, duas acepções, uma mais restrita (entendida como uma análise do funcionamento da linguagem) e outra mais ampla (consistente numa abordagem crítica de questões filosóficas mediante concepção que se orienta pela investigação da linguagem). A acepção de filosofia da linguagem na qual se localiza o *linguistic turn* é na mais ampla, precisamente porque apresenta uma abordagem nova de investigar os problemas da filosofia. Sua importância para a filosofia e, conseqüentemente, para a epistemologia, é muito bem ressaltada por Manfredo de Araújo Oliveira já nas primeiras linhas de sua obra sobre o tema:

A linguagem se tornou, em nosso século, a questão central da filosofia. O estímulo para sua consideração surgiu a partir de diferentes problemáticas: na teoria do conhecimento, a crítica transcendental da razão foi, por sua vez, submetida a uma crítica da linguagem; a lógica se confrontou com o problema das linguagens artificiais e com a análise das linguagens naturais; a antropologia vai considerar a linguagem um produto específico do ser humano e tematizar a correlação entre forma da linguagem e visão do mundo; a ética, questionada em relação a sua racionalidade, vai partir da distinção fundamental entre sentenças declarativas e sentenças normativas. Com razão se pode afirmar, com K.-O. Apel, que a linguagem se transformou em interesse comum de todas as escolas e disciplinas filosóficas na atualidade.¹⁵

É possível fazer uma sistematização em fases da filosofia da linguagem.

A primeira – apontada como da semântica tradicional – apresenta uma visão da linguagem cujo escopo seria o de bem reproduzir a realidade. Agrega pensadores que, a despeito de variação e distinção nas abordagens, têm por premissa a idéia de haver uma realidade autônoma a que teria acesso direto o ser humano para, então, descrevê-la e reproduzi-la pelas palavras. Cronologicamente, vai desde Platão (com sua visão no *Crátilo*) até o primeiro Wittgenstein (com seu *Tractatus*) que sintetiza a compreensão de que os problemas da filosofia seriam decorrentes dos significados das palavras.

Essa primeira é uma fase instrumentalista da linguagem, em que ela é reduzida a sua função designativa, segundo a qual intermedeia o objeto a ser conhecido e o sujeito cognoscente e os toma como realidades autônomas e estanques, sem qualquer tipo de interferência mútua. Haveria, portanto, o ato de conhecimento e, em seguida, o ato de comunicação, sendo apenas este estruturado em linguagem. Como esclarece Manfredo Araújo de Oliveira¹⁶:

A tradição do pensamento sempre pressupôs uma isomorfia entre realidade e linguagem: porque há uma essência comum a um determinado tipo de objetos é que a palavra pode designá-los e

assim aplicar-se a diferentes objetos que possuem essa essência. A palavra designa, precisamente, não a coisa individual, mas o comum a várias coisas individuais, ou seja, sua essência. Para a metafísica clássica, o conhecimento verdadeiro consiste na captação da essência imutável das coisas, o que, precisamente, é depois comunicado pela linguagem.

Como se percebe, nessa perspectiva, o conhecimento verdadeiro é aquele que acessa diretamente a essência das coisas e, posteriormente, o reproduz por uma linguagem precisa e clara, sem ambigüidades, a outros indivíduos. O conhecimento verdadeiro seria, portanto, metafísico, devendo a linguagem ser a mais precisa possível de modo a não comprometer o perfeito e adequado conhecimento do objeto obtido por um ato cognitivo não lingüístico. A imprecisão terminológica seria o pior dos males para o adequado conhecimento, tendo sido precisamente o objetivo do primeiro Wittgenstein resolver os problemas filosóficos mediante proposta com o máximo grau de precisão. Toda a epistemologia moderna tem esse referencial de linguagem.

Essa primeira fase começa a ser questionada por muitos filósofos precisamente a partir da crítica a esse conhecimento direito da realidade (que, como vimos, é de certa forma também realizado pela concepção construtivista de ciência de Karl Popper). Não mais haveria objetos em si mesmos ou realidade em si. Tudo decorreria de um modo de ver e compreender a realidade da maneira que se apresenta ao homem segundo o modo que ele mesmo constrói de forma hermenêutica.

É na segunda fase, da reviravolta pragmática, quando ocorre realmente uma ruptura com o pensamento filosófico clássico consistente numa abertura da linguagem para os fatos. O segundo Wittgenstein (em suas *Investigações Filosóficas*), ao lançar mão da idéia de jogos de linguagem, defende que entender a realidade, os termos, enunciados, palavras não pode ocorrer numa dimensão individualista, em um solipsismo epistemológico, mas em um contexto em que os indivíduos comunicam entre si. O segundo Wittgenstein (o da *Investigações Filosóficas*) é o maior crítico do primeiro (do *Tractatus Lógico Filosófico*). Nessa fase, faz-se oposição à mencionada função designativa da linguagem, *segundo a qual a palavra designa a essência de uma determinada realidade do mundo*, alcançável pela razão humana desprendida de sua sociabilidade.

Conforme explica José Medina,¹⁷ “os argumentos da indeterminação, de Wittgenstein, também expressam alguma coisa de holístico sobre a linguagem, isto é, que o significado não pode ser descontextualizado e encapsulado em uma interpretação.”

Contudo, é a última fase, da Reviravolta Hermenêutica da Ontologia, que há uma inegável superação da filosofia moderna, pois ela própria se torna hermenêutica. Não mais se crê, nesse âmbito, em verdades absolutas e desprendidas da cultura, compreensão e histórica inerentes ao indivíduo. O ser humano não é capaz de obter um conhecimento puro e descontextualizado, não é possível definir

a essência imutável e permanente de algo para, em um momento cognitivo distinto e isolado, submetê-lo às variações de espaço e tempo. Como nada possui sentido em si, sendo o homem que dá sentido às coisas, esse ato de atribuir sentido ao mundo é feito linguisticamente, ou seja, não há um ato racional do indivíduo que não seja linguisticamente estruturado e é por meio desta racionalidade lingüisticamente estruturada que o indivíduo vê o mundo. O que Gadamer entende por mundo, evidencia a posição da linguagem na própria ontologia (que deixa de ser uma abordagem abstrata e puramente ideal dos seres):

A linguagem não é somente um dos dotes, de que se encontra apetrechado o homem, tal como está no mundo, mas nela se baseia e representa o fato de que os homens simplesmente têm o *mundo*. Para o homem, o mundo está aí como o mundo, numa forma sob a qual não tem existência para nenhum outro ser vivo nele posto. Essa existência do mundo, porém, está constituída lingüisticamente.¹⁸

Sobre esse específico ponto, explica Lenio Streck:

Estamos mergulhados em um mundo que somente aparece (como mundo) na e pela linguagem. Algo só é algo se podemos dizer que é algo. Esse poder-dizer é lingüisticamente mediado, porque nossa capacidade de agir e de dizer-o-mundo é limitada e capitaneada pela linguagem.¹⁹

A partir do existir *na* linguagem é que as coisas podem ser conhecidas não a partir de uma existência autônoma, mas nesse ambiente em que há o encontro de horizontes do intérprete e do objeto de interpretação, no qual a tradição (com significação que lhe é própria) e historicidade atuam de maneira determinante. Daí sua famosa frase: “o ser que se conhece é linguagem”.

Não aceita Gadamer que algo seria compreensível abstrata e objetivamente a ponto de permitir uma síntese universalizante que constituiria sua essência imutável. O homem não é capaz dessa objetivação porque ele está imerso em um mundo linguisticamente construído. Há uma similaridade com o pensamento popperiano ao se contrapor a um pensamento totalizador fruto do método científico puro que retrataria realidade imutável. Ao contrário, propõe um pensamento provisional que jamais explica e entende total e completamente o ser.

Não haveria, pois, uma fronteira bem distinta entre o físico (existente independentemente do sujeito e da linguagem) e o que seria além do físico (próprio da razão humana), porquanto tudo condicionado e submetido pela subjetividade do indivíduo linguisticamente constituída. A linguagem, portanto, passa a ter uma função ontológica e não de mera intermediadora entre sujeito e objeto. A filosofia passa a ser hermenêutica, porque todos os seus problemas e proposições são lingüisticamente formulados e investigados. Não seria possível um “ser enquanto ser” (objeto de estudo da metafísica clássica), apenas um “ser

no mundo” (*dasein*, na expressão de Heidegger). Portanto, assim se tem uma superação da ontologia realista clássica por uma filosofia da linguagem.

Gadamer, em sua principal obra “Verdade e Método – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica”, tem por objetivo justamente se contrapor a aplicação irrestrita do método científico às ciências do espírito. Logo na introdução da obra escreve:

O fenômeno da compreensão impregna não somente todas as referências humanas ao mundo, mas apresenta uma validade própria também no terreno da ciência, resistindo à tentativa de ser transformado em método da ciência. A presente investigação toma pé nessa resistência que vem se afirmando no âmbito da ciência moderna, contra a pretensão de universalidade da metodologia científica. Seu propósito é rastrear por toda parte a experiência da verdade, que ultrapassa o campo do controle da metodologia científica, e indagar por sua própria legitimação onde quer que se encontre. É assim que as ciências do espírito acabam confluindo com as formas de experiência da arte e com a experiência própria da história. São modos de experiência nos quais se manifesta uma verdade que não pode ser verificada com os meios metodológicos da ciência.²⁰

O ponto de vista de Gadamer é refratário às concepções empirista e dedutivista do método científico, precisamente porque não admite, repita-se, que o homem seja capaz de conhecer e reproduzir a realidade em si mesma. Embora nesse ponto guarde similaridade com Popper, não se pode afirmar que ele proponha algo semelhante ao método construtivista, porque não propõe um método, mas entende que o conhecimento é uma experiência semelhante a das artes, insuscetível de apreensão por normas rígidas que impõe um embasamento empírico para sustentação do sentido proposto. Tanto assim que a primeira parte de sua *Magnus Opus* intitula-se “a liberação da questão da verdade a partir da experiência da arte”. Esse conhecimento como experiência seria algo mais profundo e revelador da verdade do que a rígida metodologia poderia revelar.

Para sustentar seu ponto de vista, se vale das lições de Heidegger sobre a arte ao se contrapor ao pensamento de Platão e Kant.

Platão opôs arte e filosofia, mencionando que somente esta ensinaria o verdadeiro conhecimento, seria o único meio de ser conhecer a verdade. Os filósofos, por possuírem conhecimentos puros e não distorcidos pelas influências das formas mundanas, alcançariam uma visão imediata dos vários graus da realidade. Os artistas, em contrapartida, trabalhariam com ilusão, porquanto a própria arte seria uma distorção da realidade, e o mundo por eles apresentados seria retratado por perspectivas subjetivistas sem qualquer compromisso com a razão. É com Platão que se inicia a suspeita da filosofia com todo tipo de arte. Kant seguiu a mesma linha ao conceber sua estética apenas no âmbito

dos sentimentos. Portanto, para ambos a arte seria mero deleite subjugado por sentimentos inábeis de fornecer qualquer conhecimento à altura da filosofia.

Heidegger vai de encontro a esse papel inferior da arte ao defender que ela revela o ser por uma experiência que lhe é própria, sendo, portanto, hábil de também mostrar a verdade. Para ele, correspondência ou relação é apenas um modo de conceber a *aletheia* grega, que também pode ser entendida como revelação ou ato de manifestar alguma coisa de maneira aberta. É muito cultuada e repetida a explicação de revelação da verdade que Heidegger faz ao discorrer sobre o quadro “Sapatos de Camponês” de Van Gogh. Mais do que despertar o sentimento de consternação com a imagem de dois calçados desgastados, maltratados e sujos, o quadro revela, de maneira insuscetível de ser aprisionada por regras metodológicas, o mundo do camponês, sua vida, seus hábitos e seu sofrimento, o contexto social em que estaria inserido e sua realidade.

Analogamente, podemos afirmar que o quadro “Guernica” de Picasso, sem qualquer compromisso de retratar um episódio específico da guerra civil espanhola, mais bem demonstra a verdade sobre uma guerra do que seria capaz uma exposição metodologicamente estruturada a respeito de todos os fatos que a compõem. A abertura e o *jogo* hermenêutico que a pintura permite, inclusive dando espaço para sentimentos e emoções, permitem a revelação mais ampla da verdade. Um pai pode ter relevada, a partir do quadro, a dolorosa experiência de perder um filho, enquanto um filho, a partir desse mesmo quadro, pode ter relevada em toda sua amplitude a perda do pai. Esse *jogo*, esse movimento de-e-para, é mais rico e revelador de uma verdade que não seria mera correlação com os fatos históricos que ocasionaram a pintura. Com efeito, a verdade sobre a guerra assim experimentada é conseguida sem uma necessária relação com os fatos reais da guerra civil espanhola, mas que igualmente apresenta para o indivíduo o que foi aquele trágico episódio histórico.

É essa idéia de jogo, desse movimento de-e-para, que Gadamer procura transpor para sua hermenêutica, especialmente a interpretação de textos, que teria, porém, especificidades em relação à interpretação de uma obra de arte, bem explicada por Rui Verlaine Oliveira Moreira:

Porém, a criação artística se opõe à compreensão do texto, pois do texto pode-se extrair o conteúdo. Na arte, partilha-se o sentimento e a percepção. Ao se olhar uma obra de arte, deve-se manter aberto para se poder fazer-lhe justiça. O público deve jogar o jogo da obra de arte, entrar no seu mundo. Só assim os seus múltiplos sentidos se revelam, ouvindo-se a voz da arte. Efetua-se desta forma a experiência estética, isto é, a captação do significado individual, intraduzível e inesgotável. Individual, porque é pessoal, cada um lê um quadro de forma diferente. Intraduzível, diferentemente do texto, o significado da obra de arte não pode ser traduzido sem perder a essência. Inesgotável, a cada releitura, descobrem-se novos elementos.²¹

Com essas especificidades próprias aos textos, Gadamer redefine a idéia de ciclo hermenêutico já apresentada por Schleiermacher e Dilthey. Embora concorde com ambos no sentido de ser a hermenêutica o modo próprio de compreender os objetos das ciências sociais, Gadamer os critica por terem caído no “canto da sereia da modernidade” por submeterem a hermenêutica à metodologia, a qual contrapõe e isola sujeito e objeto, ignorando que ambos existem na linguagem e o objeto é inarredavelmente influenciado pelas pré-compreensões e pré-juízos do intérprete, ou seja, o objeto não é em si, ele é para. Conhecer o objeto não deixa de ser conhecer a si mesmo em alguma medida.

Diante da impossibilidade de afastar da cultura, tradição e momento histórico em que está inserido o sujeito – os quais compõem seu horizonte – critica o método divinatório de Schleiermacher, por ser impossível ao intérprete se colocar “no lugar do autor”. Critica ainda a subordinação da interpretação à vontade do autor. Quanto a Dilthey, se contrapõe ao distanciamento entre o sujeito e contexto atual.

Precisamente por conta de ser o objeto não “algo em si”, mas “algo para”, Gadamer combate o que chama de mito do dado, ou seja, não admite que o conhecimento parta de um dado que independa de interpretação do sujeito. A compreensão decorreria da fusão de horizonte que se opera em um jogo de perguntas e respostas, plenamente condicionados pelos prejuízos e pré-conceitos do indivíduo e do objeto de investigação.

Passagem de Arnaldo Vasconcelos, a propósito de prefácio de obra coletiva sobre epistemologia, pode ser explicada sob essa perspectiva. Escreve:

Acerca do tema, há ainda uma derradeira observação a fazer, e que é a seguinte: a possibilidade de leituras diferentes de um mesmo texto. Fala-se a propósito, em níveis de leitura, o que é perfeitamente legítimo. Esses são de duas ordens e dizem respeito, respectivamente: a) a leitura repetidas em tempos distintos; b) a leituras de um mesmo texto segundo perspectivas disciplinares diversas. Tem-se, na primeira, por exemplo, a leitura de um romance por uma pessoa aos quinze e aos cinquenta anos. As impressões colhidas numa e noutra oportunidades são tão dessemelhantes, como desigual, em corpo e em espírito, é a mesma pessoa nessas duas idades. O resultado disso é, muitas vezes, a injusta decepção com o livro e seu autor, que nada têm a ver com o fenômeno. A outra hipótese remete à diversidade de leituras segundo a vasta gama de perspectivas disciplinares possíveis, com independência do gênero a que pertença a obra. Fala-se, então, em leitura econômica, sociológica, política, etc., conforme a dimensão dela a ser sublinhada.²²

As leituras em tempos distintos que ocasionam interpretações igualmente diferentes pode ser explicada pela mudança de horizonte do intérprete

entre os quinze e cinqüenta anos. O conhecimento adquirido, sua vivência e experiência em outros domínios da vida, modificaram os juízos e compreensões prévias que determinam as perguntas formuladas ao texto, o qual, por sua vez, pode ter tido seu próprio horizonte alterado por novas interpretações, ocasionando, pois, sentidos diferentes para o intérprete nos dois momentos. Se naquela primeira ocasião representa uma revelação de algo novo para o indivíduo, causando um estado de inovação, na segunda revelou algo a respeito do qual o intérprete passou a ter como ordinário ou mesmo vulgar. Interpretar é algo que ocorre em conformidade com o que se sabe previamente, e este saber se altera ao longo do tempo, mudando a interpretação.

Por sua vez, com relação à leitura à luz de perspectivas distintas, também a idéia de círculo hermenêutico como um jogo de perguntas e respostas explica a distinção de interpretação. Quem procura fazer uma análise econômica de uma obra, formula, em sua interpretação, perguntas dessa natureza, à quais responderá o texto, revelando-se esse aspecto com muito mais evidência do que qualquer outro.

Em qualquer hipótese, não se pode falar de uma interpretação verdadeira no sentido de adequadamente relacionada a algo que estaria por traz do texto interpretado. Não seria a interpretação do homem maduro mais verdadeira do que a do jovem adolescente. Nem a interpretação econômica de uma obra seria mais verdadeira do que uma interpretação sociológica. Precisamente por não existir algo por traz do texto com a qual a interpretação deveria guardar rígida correspondência para poder ser verdadeira é que, no domínio da hermenêutica, não se pode falar de conhecimento como relação ou correspondência, mas sim como experiência, nos moldes traçados por Gadamer. Conhecer é ter essa experiência fruto da fusão de horizontes e não descobrir aquilo que estaria “escondido” por trás dele. É mais, não existe um dado, um ponto inicial firme e objetivo a partir do qual o sujeito irá desenvolver o conhecimento, tudo é condicionado pelo mundo linguisticamente constituído e hermeneuticamente compreendido.

O intérprete deve buscar racionalizar seus pré-conceitos e pré-juízos no intuito de submetê-los à prova, mantê-los ou substituir por melhores, embora essa tarefa nunca seja capaz de ser realizada em relação a todos os seus pré-conceitos e pré-juízos de uma única vez. Daí porque se diz que a hermenêutica é descobrir e revelar o não dito, levando-o para um diálogo com o dito.

Como se percebe, Gadamer propõe uma maneira completamente distinta de entender a compreensão humana. Conquanto tenha se preocupado em apresentar novos parâmetros para as ciências sociais, sua explicação extravasa esse âmbito e realmente muda o modo de se compreender os questionamentos filosóficos.

O Direito não se manteve alheio – não poderia – a tudo isso, nem às disputas epistemológicas, nem à reviravolta lingüística, embora nosso país de modernidade tardia ainda dê prevalência aos institutos modernos, sobretudo ao positivismo, conforme passamos a expor.

4 EPISTEMOLOGIA JURÍDICA

Desde a Roma antiga, se pode afirmar a existência de um método próprio de estudo, compreensão e aplicação do Direito. A vida social romana, com complexa ordenação jurídica, demandou a formação da *jurisprudencia* que indistintamente era nominada de arte, ciência e disciplina, tanto que o termo tanto se referia à atividade do pretor (influenciando o que atualmente no Brasil se chama jurisprudência) e o trabalho dos teóricos (ensejando o termo jurisprudência como sinônimo de ciência do Direito muito comum na Alemanha).

Na Idade Média, o pensamento jurídico, na linha do pensamento teológico cristão, foi essencialmente dogmático, apresentando o *Corpus Juris Civilis* como um algo incontestável e inquestionável, fazendo, no Direito, papel similar ao da Bíblia.

Contudo, na esteira do que aconteceu com a epistemologia em geral, só no século XIX, com a Escola Histórica, surgiu propriamente a Ciência do Direito. Nesse primeiro instante, houve uma observância aos aspectos históricos e sociais. Deu-se, gradativamente, prevalência a um método que buscasse fórmulas universais e invariáveis, decorrentes diretamente da razão humana. O embate em torno da criação de um código civil para a Alemanha do Século XIX é um amostra da contraposição dessas idéias, sendo inegável a prevalência das grandes codificações e, portanto, do método formal.

Também na Ciência Jurídica houve uma guinada para o positivismo. O Direito passou a ter por objeto a norma, entendida como um imperativo com feição própria e distinta da moral. Em assim sendo, permitiu a aplicação da concepção empirista, sendo, portanto, a Ciência do Direito calcada na observação dos institutos comuns nas mais variadas ordens jurídicas, que deveriam ser objeto de uma análise racional e pura para explicar seus institutos fundamentais, mediante a apartação entre sujeito e objeto, cuja verdade emergente se imporia a qualquer sujeito, podendo, então, ser transplantada para qualquer país, independentemente de sua história e tradição.

Naturalmente, cogitações metafísicas não correlacionadas às normas positivas não seriam objeto da ciência, por serem impossíveis de apreensão pelo método empirista indutivo. A Teoria do Direito, portanto, seria essa organização racional e sistematizada do Direito cujo objeto seria o ordenamento jurídico, suas leis, a maneira pela qual se relacionam, como deve ser interpretado, etc.

O embasamento teórico para essa perspectiva é a constatação de que a lei escrita e posta seria o único fato objetivo do Direito, único passível de uma compreensão racional objetiva. A partir desse ponto de vista, todo o resto passou a ser algo que não compunha o Direito, não merecendo atenção por parte de uma abordagem estritamente jurídica. Com isso, desnecessária tornou-se a Filosofia do Direito, que cedeu espaço a essa Teoria Geral do Direito dedicada ao estudo dos elementos comuns a todas as ordens jurídicas estatais. Seu objeto é o ordenamento, a norma e a distinção entre Direito e Moral.

Historicamente, essa compreensão encontra guarida no fortalecimento dos Estados-Nações e no incremento do ideal de soberania. Compreender o Direito como um produto do Estado nacional evidenciava sua relevância para o indivíduo e para a própria sociedade.

Essa perspectiva positivista deu origem a uma compreensão reducionista, formalista e vazia do Direito. Simone Goyard-Fabre muito bem explicita:

Assim, em seu formalismo, o positivismo legal apresenta-se como um dos maiores trunfos do Estado moderno e costuma ser apresentado pelos autores como uma aquisição definitiva da ciência do Direito. Por influência da racionalidade cuja lógica intrínseca tende para a sistematização da ordem jurídica, a natureza do direito acaba se confundindo com a forma estatutária da lei. Desse princípio decorrem todas as características do positivismo: o estatismo centralizador, a organização dedutivista do direito e, portanto, a coerência do aparelho jurídico, a separação entre legalidade jurídica e legalidade moral, a automatização do direito que deve evitar, em seu formalismo, qualquer referência ao horizonte de valor. O poder racional, que constitui a trama do positivismo jurídico, vem junto com o que Max Weber denomina 'neutralidade axiológica' do *corpus* jurídico.²³

A lei (entendida como a própria norma escrita), como se vê, é exaltada. Nada mais lógico, pois é tomada como produto da própria racionalidade humana (característica redentora responsável pela "iluminação" dos indivíduos que deixaram as "trevas medievais") para o Direito. À lei são atribuídas, além da certeza, segurança e justiça, capacidades superiores, indo ao encontro da busca de previsibilidade e certeza da burguesia liberal emergente.

Hans Kelsen²⁴, ilustre expoente da corrente (e principal responsável por sua consolidação no século XX), não desconhecia os valores e a moral, apenas os considerava elementos estranhos ao Direito, fora de uma abordagem daquilo que seria puramente Direito: as normas postas pelo Estado. A axiologia possuía importância para o Direito, mas isso não significava que ela fizesse parte dele.

A fenomenologia jurídica era reduzida ao esquema silogístico formal da subsunção, compreendida como uma dedução de conclusões previamente inseridas na norma jurídica (que faria o papel de premissa maior) para os casos concretos (premissa menor). O aplicador do direito apenas enunciava aquilo já prenunciado na norma, deveria apenas conhecer aquilo que nela estivesse contido. Não só se reduzia o Direito à norma, mas esta também possuía uma concepção reduzida, vez que confundida como o texto legislativo, com o enunciado.

É certo que, no próprio positivismo, Kelsen arrefeceu o rigorismo do entendimento passivo do intérprete do direito ao idealizar o quadro hermenêutico, dentro do qual haveria várias interpretações válidas, cabendo ao juiz, por um ato político, escolher qualquer uma delas. Contudo, a despeito

disso, manteve-se como explicação suficiente da fenomenologia jurídica a atividade como meramente cognitiva do direito anteriormente posto. A norma concreta e individual de Kelsen não deixava de ser uma decorrência da norma geral e abstrata. Passagem de Karl Engisch bem sumaria essa postura quando afirma que “poderemos mesmo dizer que aquilo a que se chama ‘metodologia jurídica’ tem por objecto em primeira linha a obtenção da premissa maior jurídica”.

Foi precisamente a “pureza metodológica” e a conseqüente neutralidade axiológica que ocasionaram a derrocada do positivismo (ou, ao menos, a mitigação de sua aceitação universal para compreensão do fenômeno jurídico).

Sobretudo após as agruras da Segunda Guerra Mundial, o mundo se viu chocado com as atrocidades que se poderia praticar sob o manto da legalidade e, portanto, segundo a perspectiva positivista, sob o manto da juridicidade. Nesse sentido, Luiz Roberto Barroso destaca:

O positivismo pretendeu ser uma teoria do Direito, na qual o estudioso assumisse uma atitude cognoscitiva (de conhecimento), fundada em juízos de fato. Mas resultou sendo uma ideologia, movida por juízos de valor, por ter se tornado não apenas um modo de entender o Direito, como também de querer o Direito. O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A idéia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem.²⁵

A busca por uma ordem justa, a busca pela justiça mesmo, revigorou-se, inicialmente por mais uma retomada do jusnaturalismo. As idéias de Rudolf Stammler, na defesa do Direito justo, datadas dos anos 20 do século XX, foram revigoradas, numa corrente procedente do neokantismo, inspirada na conjugação de duas grandes correntes das ciências do espírito, quais sejam, o jusnaturalismo e o historicismo. Como muito bem coloca Karl Larenz²⁶, tais concepções reverberaram com Binder, Radbruch e Max Ernest Mayer.

A superação do positivismo jurídico, entretanto, não impossibilitou se reconhecer o direito positivo como o modo de ser do Direito. Põe-se em evidência, então, a distinção entre Direito Positivo e Positivismo, exposta por Lenio Streck:

O positivismo traduz uma certa índole do pensamento jurídico, ou uma certa forma de considerar o Direito e a posição do jurista perante ele; enquanto que o Direito positivo tem a ver com o modo de existência do Direito, o qual nesse modo de existência pode ser ou não perspectivado positivisticamente. Por isso é que a aceitação ou não do positivismo jurídico é problema de gnosiologia

e da metodologia jurídicas, e a consideração do Direito positivo é o problema jurídico da teoria do Direito, especialmente das fontes do Direito, ou é o problema jurídico da filosofia do Direito (o problema do ser do Direito).²⁷

Já a inviabilidade do purismo metodológico é muito bem exposta por Arnaldo Vasconcelos ao desferir suas críticas à Teoria Pura do Direito de Kelsen:

Ocorreu que a lógica da teoria pura, por unilateralmente formal e absoluta, não conseguiu dar conta da complexidade do Direito bem como essência, nem, tampouco, como fenômeno. Satisfez-se com imobilizá-lo, tornando Kelsen, demais, refém de seu método, que tudo dirigia no rumo da via única da realidade ideal e mental. O mundo fenomênico, a vida das relações entre homens socialmente desiguais, com divergências em suas possibilidades e aspirações, nada disso lhe interessou. O motivo, muito simples: incompatibilidade com a pureza metódica. Entre a realidade fática e a teoria sacrificou-se, pois, sem a mínima contemplação, toda a realidade.²⁸

De forma geral, passou-se a buscar alternativas ao positivismo e sua metódica pura e vazia, como se disse. Somente em países de modernidade tardia como o Brasil, o positivismo jurídico experimentou uma sobrevida, ainda assim, não vem mais se sustentando. Abrem-se várias alternativas. Começa a “era das incertezas” também para o Direito, tanto que é muito comum se falar em um pós-positivismo, revelando a falta de definição de um critério prevalente com identidade própria.

Exemplificando essa busca, Carla Farali²⁹, após mencionar a crise do positivismo, menciona a abertura da Filosofia do Direito aos valores ético-políticos; aos fatos e os estudos sobre a argumentação jurídica, como alternativas que se apresentam ao positivismo.

A busca por uma nova forma de compreender o Direito sem o formalismo e purismo metodológico do positivismo passa, necessariamente, ainda que não exclusivamente, a nosso ver, pela hermenêutica filosófica de Gadamer, justamente por se crer na hermenêutica como critério próprio da Ciência do Direito e não uma transladação da concepção empirista ou construtivista (esta tentada por Arthur Kalfman). Mas a hermenêutica não mais como um mero método para se conhecer algo pré-existente, e sim como um modo de construção de sentido (hermenêutica ontológica). O papel do intérprete/aplicador também não mais pode relegado a uma dimensão passiva, secundária, de mero espectador e investigador apartado plenamente de seu objeto, passando a ocupar uma função mais ativa e determinante, como agente construtor. A lei escrita não mais abarca todo o Direito, sendo pelo fio condutor da linguagem (que invoca a cultura, tradição e história) que se pode buscar essa emancipação.

5 O DIREITO PELA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

É facilmente perceptível a manutenção no Direito dos paradigmas da semântica tradicional e do purismo metodológico de origem moderna. Embora se fale em pós-positivismo ou pós-modernidade, ainda se mantém acriticamente várias das premissas próprias do positivismo e da modernidade. Ainda se busca entender o Direito mediante um distanciamento entre o sujeito e o objeto de investigação, procurando compreender, para depois aplicar o Direito.

A noção ainda comum que se tem de norma a confunde com o texto ou enunciado normativo, pressupondo que a linguagem legislativa pode comunicar a *essência* de todas as hipóteses fáticas e significativas possíveis de serem encontradas na realidade, fazendo-a figurar na premissa maior de um silogismo dedutivo típico de uma relação sujeito-objeto. Ainda se tem como pressuposto de muitos institutos jurídicos e de várias posturas da jurisdição e da doutrina a filosofia moderna a respeito da linguagem.

É exemplo disso o controle abstrato de constitucionalidade que se propõe a vaticinar, com força vinculante, a validade de uma norma jurídica, mediante uma análise abstrata sem consideração real de um contexto de aplicação. Quando muito, imaginam-se situações padrões de aplicação, e supõe-se que serão as únicas encontráveis nas diversas ocasiões de incidência, mediante uma busca da *essência* dos institutos pertinentes, mesmo que nelas a resposta hermenêutica correta devesse ser outra.

A compreensão do Direito pela perspectiva da hermenêutica filosófica de Gadamer (no contexto da reviravolta lingüística) tem por primeira conseqüência modificar a ontologia da norma jurídica ao lançar lúcido enfoque sobre a distinção/relação entre texto e norma. Conquanto seja comum se apontar essa diferença, a doutrina e a jurisprudência ainda não fizeram uma revisão de idéias levando em conta rigidamente essa nova perspectiva e as conseqüências dela decorrentes, especialmente as oriundas da compreensão de que a norma é sentido construído e não um dado apriorístico a ser alcançado pela simples atividade intelectual intermediada pela linguagem legislativa, doutrinária e jurisprudencial.

A própria existência da norma ocorre *na* linguagem (que é mais do que simplesmente o texto) e não é algo que existe a par da linguagem que seria alcançado *com uma mera mediação* dela. O que se pode compreender é linguagem e esse acontecer normativo *na* linguagem faz que os momentos de conhecimento, interpretação e aplicação deixem de ser estanques, confundindo-se em um único acontecimento.

Não que a norma seja uma experiência individual e subjetiva, conhecida segundo uma perspectiva própria um específico intérprete/aplicador. A linguagem da maneira concebida por Gadamer, ao contrário, permite a comunhão de compreensão, pois ela, necessariamente, invoca a tradição e a história de um povo, formando, inexoravelmente, a pré-compreensão do intérprete. Com efeito, Gadamer muito bem expõe que nós pertencemos à história e não ela nos pertence,

a compreensão que temos de nós mesmos e do mundo que nos cerca é historicamente definida e conduzida pela linguagem. Assim, como somente um francês sabe o que é, a seu modo e tradição, ouvir e cantar a *Marseillaise*, somente um jurista brasileiro pode conhecer o *verdadeiro* alcance e significação dos institutos jurídicos de nossa realidade, impedindo a mera transladação de institutos apriorísticos para interpretar nosso ordenamento. Não se pode encapsular o entendimento, inseri-lo em uma enciclopédia e despachá-lo para qualquer destino sem modificação.

Embora muitos anunciem a “distinção” entre texto e norma, não incorporam todas as sérias mudanças que isso causa nem seguem, com coerência e sistematicidade, os aportes teóricos da perspectiva filosófica que ela invoca. Ainda se crê no mito do dado, ou seja, que a norma seria fornecida ao jurista que, a partir dela, deveria formular interpretações.

O conhecimento do Direito não é mais puro, neutro e abstrato, é concreto e compromissado com a realidade em que está inserido. A insistência no purismo metodológico, com categorias de conhecimento, causa uma cisão entre Direito e sociedade, em um descompasso pernicioso à própria legitimidade jurídica, causando um afastamento entre o cidadão e os aplicadores/intérpretes formais das leis, tão comum de se ver em salas de audiências.

O fim da distinção entre interpretação e aplicação e do mito do dado muda o papel do intérprete que não mais pode ser descompromissado e passivo, especialmente em relação às conseqüências de sua atividade.

O mesmo acontece com a jurisprudência que não mais deve se limitar a “dizer o direito”, já que o juiz, em grande medida, cria norma; não a norma individual e concreta de Kelsen que se situava no dispositivo do julgado e era fruto de um ato de vontade, mas a norma geral e abstrata utilizada no fundamento da decisão e fruto a experiência própria do caso submetido a julgamento. Quanto mais o caso for padronizado e comum, mais geral e padronizada será a premissa utilizada e a conclusão a que se chega. Em contrapartida, quanto mais singular e permeado de particularidades, mais será determinante a construção específica da premissa de julgamento e mais particularizada será a conclusão. Isso demonstra quem nem todo julgado pode ser um precedente a ser utilizado no futuro para compreensão de uma lei, evitando prática cada vez mais comum no fórum e nas salas de aulas de tentar explicar o Direito mediante invocação de julgamentos apenas em suas ementas, sem qualquer consideração do contexto social e axiológico em que foi produzida. Como muito bem explica Gadamer:

Antes, a ordenação geral da vida através das regras do direito e dos costumes é bastante deficitária, necessitando de uma complementação produtiva. Ela precisa avaliar corretamente os casos concretos. Conhecemos essa função do juiz, sobretudo a partir da jurisprudência, onde a contribuição da hermenêutica em complementar o direito consiste em promover a concreção do direito.

Isso representa mais do que aplicação correta de princípios universais. Nosso saber acerca do direito e dos costumes sempre será complementado e até determinado produtivamente a partir do caso particular. O juiz não só aplica a lei *in concreto*, mas colabora ele mesmo, através de sua sentença, para evolução do direito (direito judicial).³⁰

Nessa perspectiva, o ensino jurídico também deve alterar seu paradigma e também abandonar a preocupação de expor e explicar institutos jurídicos de maneira *científica*, ou seja, por categorias abstratas e enciclopédicas, típicas da postura metodológica do positivismo. Nesse sentido, Lenio Streck lança veemente crítica:

A doutrina que sustenta o saber jurídico resume-se a um conjunto de comentários resumidos de ementários de jurisprudência, desacompanhados dos respectivos contextos. Cada vez mais a doutrina doutrina menos; isto é, a doutrina não mais doutrina; é, sim, doutrinada pelos tribunais. É nisto que se baseia o casuismo didático: a partir da construção de ‘categorias’, produzem-se raciocínios ‘dedutivos’, como se a realidade pudesse ser aprisionada no ‘paraíso dos conceitos do pragmatismo positivista dominante’.³¹

Também a hermenêutica filosófica apresenta aporte teórico para se superar a idéia de segurança jurídica do positivismo e que consistiria na previsibilidade de resultados decorrente do silogismo subsuntivo e que, na realidade, muito mais causava um sentimento de injustiça quando havia variação necessárias de resultados em situações aparentemente similares, mas essencialmente distintas. Não se pode crer que toda situação possa ser antevista pelo legislador e encapsulada em um texto, o que se pode querer como segurança é que o julgador tenha a autoridade (em sentido bem próprio para Gadamer como aquele que realmente suscita as questões importantes para o conhecimento, daí porque seu modelo de autoridade, nesse aspecto, é o professor) de avaliar as peculiaridades próprias e relevantes para se determinar o direito aplicável. Escreve:

O caso individual não se limita a confirmar uma legalidade, a partir da qual, em sentido prático, se poderia fazer previsões. Seu ideal é, antes, compreender o próprio fenômeno na sua concreção singular e histórica. Por mais que a experiência geral possa operar aqui, o objetivo não é confirmar nem ampliar essas experiências gerais para se chegar ao conhecimento de uma lei – por exemplo, com se desenvolvem os homens, os povos, os estados -, mas compreender como este homem, este povo, este estado é o que veio a ser; dito genericamente, como pode acontecer que agora é assim.³²

Por todos os pontos aqui exemplificados, percebe-se que o Direito na perspectiva aqui apresentada se livra das amarras metodológicas, com resultados expressivos e compromissados com a realidade que o circunda. Ocorre que, mais do que uma preferência ideológica, cremos que essa perspectiva é

uma constrição ontológica ao Direito que tem de ser compreendido na nova perspectiva da reviravolta hermenêutica da ontologia.

Certamente, Gadamer não pode ser um único referencial, mesmo porque recebe críticas de pensadores de igual envergadura intelectual, e com as mesmas referências da reviravolta hermenêutica, como Habermas e Karl-Otto Apel, mas suas contribuições em relação à reinserção da histórica, tradição e cultura no âmbito da hermenêutica; e a consideração da compreensão como fusão de horizontes são marcas indeléveis e contribuições definitivas para uma Ciência do Direito livre das amarras do purismo metodológico.

6 CONCLUSÃO

A epistemologia jurídica sempre esteve subordinada à transposição teórica provinda dos domínios das ciências naturais, tendo seu ápice no positivismo de base empirista. Contudo, a superação da concepção empirista do método no âmbito das ciências naturais, bem como as intestinas mudanças sociais ocorridas nas últimas décadas impedem a permanência não só dessa compreensão, mas também dessa própria transladação do método de um âmbito científico para outro.

Sendo a hermenêutica o modo próprio de se compreender as ciências sociais, entre elas o Direito, livra-se ela das amarras do método. A hermenêutica filosófica de Gadamer se apresenta, então, como alternativa própria e adequada para compreender o Direito sem o purismo metodológico do positivismo empirista que tanto dominou o século XX e causou sérias conseqüências sociais.

REFERÊNCIAS

APEL, Karl-Otto. In: SOETHE, Paulo Asfor (Trad.). **Transformação da Filosofia I: Filosofia Analítica, Semiótica, Hermenêutica**. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

BARROSO, Luiz Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

_____. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

FARALLI, Carla, **La Filosofía Del Derecho contemporánea**. Madrid: Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense, 2007.

FORBES, Jorge; REALE JÚNIOR, Miguel; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A invenção do Futuro: Um debate sobre a pós-modernidade e a hipermodernidade**. São Paulo: Manole, 2005.

- GADAMER, Hans-Georg. In: MEURER, Paulo (Trad.). **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.
- GREENE, Brian. **O Tecido do Cosmo: Espaço, Tempo e a textura da realidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- GOYARD-FABRE, Simone. In: BERLINER, Claudia (Trad.). **Os Fundamentos da Ordem Jurídica**. São Paulo : Martins Fontes, 2002.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LUZ, José Luis Brandão da. **Introdução à Epistemologia: conhecimento, verdade e história**. Lisboa: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 2002.
- MEDINA, José. **Linguagem: conceitos-chave em Filosofia**. Porto Alegre: Artmed, 2007.
- MOREIRA, Rui Verlaine Oliveira; BARRETO, José Anchieta Esmeraldo (Org). **O elefante e os cegos**. Fortaleza: Casa José de Alencar, 1999.
- OLIVEIRA, Manfredo de Araújo. **Reviravolta Lingüístico Pragmática na Filosofia Contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.
- POPPER, Karl. **A lógica da Pesquisa Científica**. São Paulo: Cultrix, 2007.
- _____. **Conjecturas e refutações: o progresso do conhecimento científico**. 5. ed. Brasília: UNB, 2008.
- PRIGOGINE, Ilya. In: FERREIRA, Roberto Leal (Trad.). **O Fim das Certezas: tempo, caos e as leis da natureza**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. Coisa julgada relativa? **GENESIS: Revisa de Direito Processual Civil**, n. 30, out./dez. 2003.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da Construção do Direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- _____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- VASCONCELOS, Arnaldo (Coord.); ARAGÃO, Nílson Rodrigues de Andrade; VIANA, Renata Neris (Org.). **Temas de Epistemologia Jurídica**. Fortaleza: UNIFOR, 2009, v. 2.
- _____. **Teoria Pura do Direito: repasse crítico de seus principais fundamentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

- 1 LUZ, José Luis Brandão da. **Introdução à epistemologia**: Conhecimento, verdade e história. Lisboa: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 2002, p. 80.
- 2 POPPER, Karl. **A lógica da Pesquisa Científica**. São Paulo: Cultrix, 2007, p.27-28.
- 3 Ibid. p. 49
- 4 POPPER, Karl. **Conjecturas e refutações**: O progresso do conhecimento científico. 5. ed. Brasília: UNB, 2008, p. 142.
- 5 “Essa é uma pretensão grandiosa e, se correta, representa um avanço monumental. Mas o aspecto mais impressionante da teoria das supercordas, que, sem dúvida, faria palpitar o coração de Einstein, é o profundo impacto que ela exerce sobre o entendimento que temos do tecido do cosmo. Como veremos, a fusão entre a relatividade geral e a mecânica quântica que a teoria das supercordas oferece só faz sentido, matematicamente, se submetermos a nossa concepção do espaço-tempo a uma outra revolução. Em vez de três dimensões espaciais e uma dimensão temporal da experiência comum, ela requer nove dimensões espaciais e uma temporal. É em uma versão mais robusta da teoria das supercordas, denominada de teoria-M, a unificação requer dez dimensões espaciais e um temporal – um substrato cósmico composto de um total de onze dimensões espaço-temporais. Como não vemos essas dimensões adicionais, a teoria das supercordas nos informa que até aqui só vimos uma fatias estreita da realidade”. GREENE, Brian. **O Tecido do Cosmo**: Espaço, Tempo e a textura da realidade. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 34-35.
- 6 GREENE, op. cit., p.121-122.
- 7 PRIGOGINE, Ilya. In: FERREIRA, Roberto Leal (Trad.). **O Fim das Certezas**: Tempo, caos e as leis da natureza. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996.
- 8 BAUMAN, Sygmunt. In: DENTZIEN, Plínio (Trad.). **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
- 9 FORBES, Jorge. Mundo Mutante, Século XXI: as identidades em crise. In FORBES, Jorge; REALE JÚNIOR, Miguel; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A invenção do Futuro**: Um debate sobre a pós-modernidade e a hipermodernidade. São Paulo: Manole, 2005, p.5.
- 10 BAUMAN, Sygmunt. In: GAMA, Mauro; MARTINELLI, Cláudia (Trad.). **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.
- 11 APEL, Karl-Otto. In: SOETHE, Paulo Asfor (Trad.). **Transformação da Filosofia I**: Filosofia Analítica, Semiótica, Hermenêutica. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p. 16.
- 12 Ibid., p. 17.
- 13 Ibid., p.17.
- 14 Ibid., p.20.
- 15 OLIVEIRA, Manfredo de Araújo. **Reviravolta Linguístico Pragmática na Filosofia Contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006, p.11.
- 16 Ibid., p.120.
- 17 MEDINA, José. **Linguagem**. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 100.
- 18 GADAMER, Hans-Georg. In: MEURER, Paulo (Trad.). **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 643.
- 19 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: Uma exploração hermenêutica da Construção do Direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 234.
- 20 Ibid.p. 29.
- 21 MOREIRA, Rui Verlaine Oliveira. A hermenêutica filosófica de Gadamer. In MOREIRA, Rui Verlaine Oliveira; BARRETO, José Anchieta Esmeraldo (Org.). **O elefante e os cegos**. Fortaleza: Casa José de Alencar, 1999, p. 52.
- 22 VASCONCELOS, Arnaldo (Coord.); ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade; VIANA, Renata Neris (Org.). **Temas de Epistemologia Jurídica**. Fortaleza: UNIFOR, 2009, v. 2, p. 16.
- 23 GOYARD-FABRE, Simone. In: BERLINER, Claudia (Trad.). **Os Fundamentos da Ordem Jurídica**. São Paulo : Martins Fontes, 2002, p. 76.
- 24 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- 25 BARROSO, Luiz Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional**: ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 26.
- 26 LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 113.
- 27 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 29.
- 28 VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria Pura do Direito**: repasse crítico de seus principais fundamentos. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 208.

- 29 FARALLI, Carla, **La Filosofía Del Derecho contemporánea**. Madrid: Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense, 2007.
- 30 *Ibid.* p. 79.
- 31 STRECK, 2009, *op. cit.*, p. 79.
- 32 *Ibid.* p. 39.

LANGUAGE AND METHOD: A HERMENEUTICAL APPROACH OF LAW AS AN ALTERNATIVE TO METHODOLOGICAL PURISM

ABSTRACT

This paper presents an approach of Law from a different outlook, inspired in the philosophical hermeneutics of Gadamer, which the author considers as an alternative to the methodological purism typical from a positivist point of view. The paper includes an account of the evolution of epistemology, of the moment it started to be used in social sciences, especially Law, and of the changes it went through in the last century, provoked by the critical ideas developed by Karl Popper. The author also intends to expose the radical linguistical change that took place in western philosophy, which contributed to build the appropriate references to overcome the challenges imposed by the empiricist idea of method and the lack of adequacy of the constructivist perception of Law.

Keywords: Juridical epistemology. Hermeneutics. Philosophy of language.