XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

HERMENÊUTICA JURÍDICA

FERNANDO DE BRITO ALVES

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

H553
Hermenêutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Fernando De Brito Alves, José Alcebiades De Oliveira Junior, Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-192-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Hermenêutica Jurídica. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

Os trabalhos apresentados no GT Hermenêutica Jurídica I, no XXV Encontro Nacional do CONPEDI, em Brasília, e que ora compõem este livro, manifestam à evidência o avanço das discussões sobre hermenêutica jurídica no país, bem como os principais debates hoje existentes sobre temas que vão desde critérios interpretativos às candentes questões relacionadas ao ativismo judicial, salientados que foram um grande número de autores importantes nessa área. É notável, portanto, neste sentido, o fato de que tal como na Filosofia do Direito e na Sociologia Jurídica, nunca estudamos e pesquisamos tanto também no campo da Hermenêutica Jurídica. Assim sendo, nesta apresentação, gostaríamos de realizar alguns comentários sobre o conteúdo deste livro, a fim de antecipar aos possíveis leitores o que eles poderão aqui encontrar, sempre considerando as apresentações feitas e os debates transcorridos por ocasião das apresentações feitas no transcorrer do evento.

Assim, diante da diversidade temática e não fugindo à tarefa que nos cabe, chegamos às seguintes observações e a consequente estruturação desta obra:

1 - Vários autores importantes foram neste grupo retratados, assim como vários temas atuais, dentre os quais, saliente-se os seguintes textos:

No texto a contribuição da hermenêutica ricoeuriana e sua dialética do amor para o pensamento jurídico contemporâneo, o pesquisador além de desenvolver os aspectos dessa importante dialética, traz ao público um importante debate entre Ricouer e Heidegger, importante para o descortínio do tema. De outra parte, revisitar a hermenêutica constitucional de Häberle se constitui hoje mais do que uma mera visita, uma obrigação para quem pretende discutir e levantar em conta a diversidade cultural, o que faz desse texto algo muito interessante. Lembre-se das teorias de Häberle sobre "a sociedade aberta dos intérpretes da constituição". Na seqüência, observa-se uma retomada da sempre importante discussão no direito dos denominados conceitos jurídicos indeterminados, demonstrando a tese da importância das contribuições da Hermenêutica Filosófica para com esse debate, sobretudo quando se trata de discussões sobre os interesses da administração pública. Logo a seguir, se apresentam discussões, a nosso juízo, muito importantes nos tempos atuais de centralidade do Poder Judiciário no combate à corrupção, trazendo o tema da isenção política nas decisões jurisdicionais.

A seguir, o leitor encontrará um tema que chamou bastante a atenção destes coordenadores e que diz respeito a taxatividade penal e o atual conceito de família, uma vez que ainda padecemos de muitas inadequações dos vários ramos específicos do Direito, como é o caso do Direito Penal e do Direito de família, em face dos princípios constitucionais e das transformações do mundo. Um outro tema versado, é o da juridicidade das normas constitucionais e a desconstruções classificatórias procurando mostrar que ao contrário do que se pensa as normas programáticas possuem tanta ou igual importância quanto as demais. O atual protagonismo da interpretação constitucional como leme para aplicação vem reforçar as discussões sobre a importância da constituição e sua aplicação e efetivação. A interpretação constitucional prossegue como tema no texto panorama hermenêutico do ordenamento jurídico pátrio e os problemas gerados com o neoconstitucionalismo, em uma discussão que considera as obras de Dworkin, Alexy, Häberle e outros. Importante texto vem a seguir sobre o STF e as bases materiasis para a hermenêutica transconstitucional, no qual seus autores ressaltam a importância do estudo comparado e o respeito ao que as Cortes Internacionais já disseram sobre polêmicas relacionadas aos Direitos Humanos. O precedente judicial como princípio e a liberdade de expressão na decisão da ADPF 130, sobre as questões da liberdade de imprensa e o tema do precedente judicial.

Enfim, os princípios constitucionais e a hermenêutica frente aos principios gerais do direito, reflexões sobre o status de ciência para o saber jurídico e uma rediscussão da ideia de paradigma, o tema do repensar da jurisprudência e uma retomada do tema da integridade do Direito e o problema do ativismo judicial a partir de Dworkin, encerram os textos de hermenêutica jurídica apresentados neste grupo e que compõem esta publicação.

2 - Enfim, como comentários finais gostaríamos de assinalar a riqueza das contribuições trazidas ao Grupo de Hermenêutica Jurídica, cumprimentar a todos os seus autores e dizer da nossa satisfação em poder ter presidido este grupo, desejando a todos que prossigam com suas pesquisas e realizações acadêmicas.

Fernando De Brito Alves - Universidade Estadual do Norte do Parana

José Alcebíades De Oliveira Junior - Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Matheus Felipe De Castro - Universidade Federal de Santa Catarina

REFLEXÕES SOBRE O STATUS DE CIÊNCIA PARA O SABER JURÍDICO: DE VOLTA À DISCUSSÃO DE PARADIGMA

REFLECTIONS ON THE STATUS OF SCIENCE FOR LEGAL KNOWLEDGE : BACK TO THE PARADIGM OF DISCUSSION

Sergio Guedes Martins [1]

Resumo

O texto aborda o período de formação do pensamento científico moderno durante a afirmação da Modernidade enquanto paradigma. Afirma a existência de uma teoria jurídica herdeira dessa tradição moderna, o normativismo kelseniano, marcado pela lógica indutiva, característica marcante da maneira de produzir conhecimento da Ciência Moderna. Mas as exigências de objetividade quedam-se diante da percepção de que o saber jurídico é sobretudo uma prática interpretativa, e a Hermenêutica se mostra um campo de trabalho que torna possível colocar o conhecimento jurídico numa posição privilegiada ao lado das ciências em geral, ainda que um tal saber fosse taxado de não científico.

Palavras-chave: Modernidade, Paradigma, Normativismo, Hermenêutica

Abstract/Resumen/Résumé

The text board the formation period of modern scientific think during an affirmation while Paradigm Modernity. It`s affirm an existence of juridical theory heiress of this modern tradition, the normative Kelsen, marked of inductive logic, characterize marked the way to produce modern Science knowledge. But the exigencies of the objective falls down in front of the perception that knowledge juridical is especially an interpretative practice and the Hermeneutic shows one field work that make possible put the knowledge juridical in a privileged position next to general science, although one knowledge was fixed of non science.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Modernity, Paradigm, Normative, Hermeneutic

[1] Advogado e Professor Assistente I da Universidade Federal do Oeste do Pará-UFOPA

1. Introdução

Este texto é fruto de uma pesquisa bibliográfica que buscou arrimo em diversos autores que dialogam com o tema da hermenêutica filosófica e praticam uma forte crítica ao modo como se opera a racionalidade na modernidade. Aliás, o problema aqui apresentado, dá conta de adentrar em uma das grandes discussões sobre o *status* científico legado ao direito, como veremos adiante. Tem como temas centrais a ciência e a crítica possibilitada pela hermenêutica filosófica aos parâmetros de ciência moderna, fato que, por si, justifica maiores debates além do que aqui é exposto.

Ainda que consideremos as várias acepções que se possa ter a respeito do termo ciência, que muitas vezes podem ser divergentes entre si, não há uma negativa, em geral, de que algumas características, de dado conhecimento, devam estar presentes, para que o mesmo seja alçado ao *status* de saber científico. Caso contrário poderemos estar falando sobre qualquer outro tipo de conhecimento (ideológico, religioso, filosófico, etc.), menos do científico[1].

É sobretudo durante a afirmação da modernidade que o saber dito científico, com as características que concebemos atualmente, edifica seus pilares, e percorre uma longa trajetória histórica que fez questão de não deixar dúvidas sobre sua imponência enquanto saber dos saberes.

A afirmação deste projeto no mundo não se deu impunemente. Projetou-se de forma avassaladora a partir dos círculos europeus e assentou no mundo um modo de pensar o conhecimento a partir de determinados pressupostos, sem os quais o nível de dignidade de um saber ficaria prejudicado, quando não relegado a uma condição de mero pensar especulativo.

Há no Direito uma teoria herdeira dessa tradição moderna, que alia muito bem suas proposições com o modo de pensar mencionado acima. É um construto teórico digno de ser chamado de clássico, com uma sistemática grandiosa, que toma como válidos os pressupostos de objetividade do conhecimento, sua possibilidade de demonstração, etc., a partir de um esquema interpretativo conhecido como normativista, marcado pela lógica indutiva, indelével característica da maneira de produzir conhecimento da ciência moderna.

Trata-se do positivismo normativista de Kelsen, que é marcado por tais pretensões moderna, e pode-se dizer que é guiado pela busca de uma verdade/validade a partir do método. Dada tal circunstância, não há como deixar de considerar que uma vez marcado por

[1] Cf. VIEGAS, W. Fundamentos lógicos da metodologia cientifica. 2007.

tais pretensões o Direito foi lançado para dentro do campo "legitimado" do discurso cientificista. Aliás, deve-se destacar a clara intenção de Kelsen em dar ao Direito o status de Ciência, na moderna concepção do termo[2].

2. A afirmação da Modernidade e o novo modelo de Ciência

Para Boaventura de Sousa Santos[3] há um modelo de racionalidade que preside à ciência moderna. O autor aponta como momento de sua constituição a revolução científica ocorrida no século XVI e desenvolvido nos séculos seguintes, basicamente no domínio das ciências naturais.

Ainda que algumas nuances possam ser percebidas no século XVIII, é no século XIX que temos este modelo de racionalidade transposto para o domínio das ciências sociais então emergentes[4]. É somente a partir deste momento na história da humanidade que se pode falar, em um modelo global de racionalidade científica, que tolera alguma variação interna, mas se mantém firme enquanto proposta. Entretanto é altamente refratário a duas formas de conhecimento não científico: o senso comum e os estudos humanísticos[5].

O que se pode logo de imediato constatar a partir dessas considerações, é que este modelo de fazer ciência após sua constituição, nunca deixou de ser desafiado enquanto modelo único de saber.

Não foi de forma abrupta que a humanidade optou por uma maneira de pensar específica. Mas algo profundo e inovador, capaz de desfazer séculos de elaborações teóricas, marcou para sempre a história humana naquele enigmático século XVI.

Se tratarmos a questão a partir da tradicional divisão histórica da humanidade, podemos dizer que o período de transição do feudalismo para o capitalismo guarda as chaves que nos abre a percepção de uma maneira de pensar estabelecida a partir das necessidades práticas aliadas a crença na capacidade do conhecimento para dominar e transformar a realidade.[6] Segundo ANDERY:

> A ascensão da burguesia e de tudo que está associado a este fato: o renascimento do comércio e o crescimento das cidades, as grandes navegações, a exploração colonial, o absolutismo, as alterações por que

[2] Cf. KELSEN, H. Teoria pura do direito. 2006.
[3] Cf. SANTOS, B. S. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 2002.
[4] Idem, p. 60.
[5] O autor exemplifica tais estudos que incluem, entre outros, os estudos históricos, filológico, literários, filosóficos e teológicos.
[6] ANDERY, M. A. et al. Para compreender a ciência.1988. p. 170.

> passou o sistema produtivo, a divisão do trabalho (com o surgimento do trabalho parcelar), a destruição da visão de mundo própria do feudalismo, a preocupação com o desenvolvimento técnico, a Reforma, a Contra-Reforma."[7]

Toda esta infinidade de elementos foram importantes para a afirmação de um novo pensar. Era uma nova imagem do universo que se colocava enquanto proposta que substituiria a maneira de produção de conhecimento até então em voga. Para tanto era preciso a substituição dos velhos caminhos para o conhecimento[8], e o estabelecimento de um novo método.

Apesar de falarmos em transição de modos de produção e afirmação da modernidade, não podemos afirmar que houve uma posição necessária de precedência/influência entre capitalismo e modernidade, ou vice-versa, mas um edificar de projetos autônomos que num dado momento da história acabaram convergindo para conformação de um novo período histórico da humanidade.

BOAVENTURA afirma que antes mesmo de o capitalismo industrial tornar-se dominante nos países centrais, o paradigma sócio-cultural da modernidade já se mostrava um processo em ascensão desde o século XVI, "A partir daí, os dois processos convergiram e entrecruzaram-se, mas, apesar disso, as condições e a dinâmica do desenvolvimento de cada um mantiveram-se separadas e relativamente autônomas".[9]

O período de afirmação da modernidade a que alude Boaventura, é também marcado nos séculos XVI-XVII pelas intrigantes discussões sobre os modelos geocêntrico e heliocêntrico de explicação do mundo de então. A nova ciência de Galileu era ilustrada pelo modelo heliocêntrico formulado por Copérnico em 1543, opondo-se claramente ao modelo geocêntrico de Ptolomeu de matriz aristotélica.

O debate em torno das concepções heliocêntrica e geocêntrica guardava não apenas uma apaixonada disputa intelectual, mas uma vasta e profunda mudança de concepção sobre o mundo, e isto possuía um grande peso, sobretudo filosófico e religioso.

O caso de Galileu Galilei é emblemático. Sua formulação, que aprofundava ou mesmo sedimentava a concepção copernicana tramada tempos antes, inicialmente recebeu uma oposição de cunho filosófico, mas posteriormente teve que sofrer as duras penalidades eclesiásticas: "de oposição voltada às suas críticas aos princípios da filosofia aristotélica, passou-se a denunciar suas convicções como contrárias às palavras das Sagradas Escrituras,

[7] Idem, p. 174.
[8] Idem, p.173.
[9] SANTOS, op. cit. p. 49.

isto é, de oposição filosófica passou-se a oposição religiosa"[10].

Adotar a concepção heliocêntrica representava dentre outras coisas, romper com a idéia de um universo estruturado e hierarquicamente ordenado. Havia uma crença desmedida na idéia de existência de um Cosmo seguidor de princípios de ordem. Cada coisa tem seu lugar, segundo sua natureza. Falava-se assim da chamada física aristotélica que:

> [...] parte de fatos do senso comum e os elabora num edifício lógico muito bem construído, apesar do conteúdo utilizado na construção desse edifício ser falso. Parte de princípios determinados: a separação entre o céu e a Terra – a postulação da perfeição celeste; a teleologia envolta na concepção dos lugares naturais; a hierarquia do todo ordenado e finito. A síntese aristotélica é não matemática, na medida em que envolve conceitos qualitativos e não quantitativos. Esta é a síntese que foi defendida por teólogos e filósofos na Europa Medieval e renascentista, com suas concepções geocêntricas que se harmonizavam com a interpretação da *Bíblia* aceita na época[11].

Mas um outro dado importante na afirmação do paradigma moderno é o estabelecimento do indivíduo, em sua natureza sensível e racional, enquanto fundamento das novas teorias científicas[12]. Para substituir a maneira de conhecer precedente, surgem duas propostas metodológicas bastante conhecidas: o empirismo de Bacon e o racionalismo de Descartes. São estes os caminhos propostos para se chegar ao tão almejado verdadeiro conhecimento, haja vista, que as velhas formas de atingir o conhecimento das coisas haviam sido rejeitadas.

Aliás, como aponta MARCONDES uma das grandes preocupações da época estava em estabelecer os fundamentos desta nova ciência[13]. Como evitar que as teorias científicas fossem refutadas? A visão cartesiana ilustra bem esta tradição racionalista baseada na razão subjetiva. O exercício da reflexão filosófica revelaria ao próprio homem sua natureza racional para livrá-lo das falsas impressões advindas das crenças e preconceitos obscurantistas incutidos pela tradição[14]. O ponto de partida estaria inaugurado a partir do argumento do cogito que justificava a existência do "eu pensante" como a primeira certeza.

Segundo ainda MARCONDES[15], é neste momento que se constituem oposições centrais no paradigma moderno. As oposições entre mundo externo e interior, a mente e o real, ou ainda entre sujeito e objeto como dois pólos de uma relação.

---

[10] ANDERY, op. cit. p. 181.
[11] Idem, p. 184.
[12] MARCONDES, D. *A crise de paradigmas e o surgimento da modernidade*. *In: BRANDÃO, Z.(org.). A crise dos paradigmas e a educação. 2005. p*. 21.
[13] Idem. p. 21.
[14] Idem, p. 21.
[15] Idem, p. 21.

Esta é uma caracterização importante no processo de afirmação deste modelo epistemológico subjetivista e crítico na medida em que é capaz de submeter a razão a um exame permanente, para não apenas garantir um bom funcionamento mas também evitar o perigo das falhas da ciência clássica[16]. É um modelo de conhecimento, portanto, que pressupõe a autonomia da consciência subjetiva, bem como seu caráter originário. Sendo assim, se compreende mais facilmente porque a subjetividade se coloca como elemento mais importante na relação sujeito/objeto, uma vez que este último passa a ser encarado mais como uma construção do sujeito, e não passa de uma projeção de categorias sobre o real.

Passo importante nesta elaboração moderna, é encontrado na filosofia kantiana, um vasto e importante construto filosófico, voltado para as possibilidades do conhecer, uma vez que 'Kant não pergunta que é ou qual é a realidade, que são as coisas, que é o mundo. Pergunta, pelo contrário, como é possível o conhecimento da realidade, das coisas, do mundo. É uma mente que dá as costas ao real e se preocupa consigo mesma'[17]. É assim que se diz ser o objeto conformado ao sujeito, mostrando sua ligação à modernidade a partir mesmo da idéia de revolução, metaforicamente identificada com a teoria heliocêntrica copernicana. No centro do processo de conhecimento estava não mais o real, mas o sujeito.

Profundas marcas na afirmação do pensamento ocidental moderno encontraremos também no Iluminismo do século XVIII. Aqui há um construto ideológico formidável no sentido de estabelecer o exercício da razão identificada com a atividade da consciência autonomizada do sujeito moderno. Conhecimento, educação e ciência seriam as grandes armas dos enciclopedistas para tornar o real mais transparente à razão. É o pressuposto básico do Iluminismo que cada pessoa é dotada de uma luz natural, de uma racionalidade, que permite aos homens conhecer a realidade, assim como lhes permite agir livre e adequadamente para a realização de seus fins[18].

Diante dessas pontuais considerações sobre a afirmação do paradigma moderno, tem-se algumas questões de fundo, pressupostas, que dominam qualquer possibilidade de apreender o real, estabelecidas neste processo histórico. Ou seja, existe a clara projeção de alguns pressupostos que necessariamente devem estar presentes em qualquer tipo de conhecimento para que estes sejam considerados científicos. E isto merece algumas considerações adiante.

[16] Idem, p. 22.
[17] Ortega y Gasset Apud BONAVIDES, P. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 1972. p. 81.
[18] MARCONDES, op. cit. p. 25.

3. Os pressupostos da Modernidade

Após estas brevíssimas notas, sobre o legado filosófico da modernidade, tendo a clara noção de que se trata de algo muito mais complexo, e que aqui não passam de notas de apoio para compreensão, é bom anotarmos que se institui neste contexto histórico, um conjunto de perspectivas dominantes em torno da concepção do ser, do conhecer e do homem, que se estabilizaram, gerando uma sensação de naturalização das coisas.

Esta constatação não é fácil de aferir-se, uma vez que é velada pela naturalidade com que se mostram tais perspectivas, impedindo que se proceda a crítica, fazendo assim que um paradigma ao mesmo tempo em que organiza, também limite o pensamento, tornando-se um autoritário e excludente[19]modelo de pensamento.

A pressuposição de uma cisão radical entre o ser humano e a natureza, destaca-se como um dos conceitos-chaves que estruturam o paradigma moderno. Tal dualidade é básica e originária de outros desdobramentos duais importantes: sujeito-objeto, natureza-cultura, corpo-psiquismo, direito/moral.

Importante notar que os extremos deste esquema separatista/dualista, foram bem estruturados pelo pensamento moderno de maneira específica: a natureza foi pensada como possuidora de uma essência, organizada na esteira de uma lógica racional, e o ser humano, definido pela sua racionalidade[20].

Este postulado conforma uma concepção do conhecimento que é pautado pela atividade racional e soberana de um sujeito neutro, separado de seu objeto, e pela passividade de uma natureza submetida a relações de determinações[21]. A partir destes pressupostos se pôde postular a possibilidade de um verdadeiro conhecimento do real, representado pela ciência moderna. Segundo PLASTINO:

> Construiu-se assim uma perspectiva totalitária e excludente do conhecimento, excluindo todas as formas de saber que não se pautavam pelos pressupostos referidos, isto é, que não separavam radicalmente o ser humano da natureza, que não concebiam esta como sendo apenas uma máquina determinada, que não reduziam a capacidade humana de apreensão do real à atividade de sua consciência racional e que não adotavam como conseqüência a perspectiva da cisão radical entre sujeito e objeto[22].

[19] PLASTINO, C. A. *O primado da afetividade: a crítica freudiana ao paradigma moderno*. 2001. p. 22.
[20] Idem, p.23.
[21] Ibd. p. 23.
[22] Ibd. p. 23.

Na perspectiva do pensamento moderno o conhecimento tem uma função reducionista daquilo que é complexo, e apresenta tal complexidade com a simplicidade de suas determinações, dividindo e classificando para poder estabelecer relações sistemáticas entre aquilo que foi separado. O conhecimento torna-se a representação de um real simples, segundo Plastino[23], e sendo assim a realidade é pensada como se fosse homogênea, desconsiderando a heterogeneidade das múltiplas modalidades do ser, que é pensado na sua totalidade conforme o modelo maquínico e causalista.

4. O Direito e sua relação com a Modernidade: o normativismo kelseniano e a tradição moderna de ciência

Ao percorrermos brevemente o processo de afirmação do paradigma da modernidade, a concepção de conhecimento por ele engendrada, os pressupostos deste conhecimento, resta-nos perguntarmos pelo Direito em toda essa dinâmica.

Inicialmente, podemos afirmar, com apoio em Boaventura, que ao direito, neste contexto, foi atribuído uma função extremamente instrumental, no sentido de resguardar a nova ordem emergente, como bem afirma o autor:

> Ao direito moderno foi atribuída a tarefa de assegurar a ordem exigida pelo capitalismo, cujo desenvolvimento ocorrera num clima de caos social que era, em parte, obra sua. O moderno passou, assim, a constituir um racionalizador de segunda ordem da vida social, um substituto da cientifização da sociedade, o *esartz* que mais se aproximava – pelo menos no momento – da plena cientifização da sociedade que só poderia ser fruto da própria ciência moderna. Para desempenhar essa função, o direito moderno teve de se submeter à racionalidade cognitivo-instrumental da ciência moderna e tornar-se ele próprio científico[24].

O Direito, para cumprir tal papel, teve de tornar-se científico. A partir disso podemos perceber na teoria kelseniana a principal herdeira do modo de ser científico no Direito. Na obra Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, encontramos um denso e profundo estudo teórico com um objetivo claro: a possibilidade do Direito enquanto *Ciência* com características próprias, diferenciada formalmente de outros ramos científicos, mas que guarda profunda relação com as amarras modernas.

Ao longo desta obra Kelsen tenta demonstrar como é possível uma ciência pura do

[23] Ibd. p. 25
[24] SANTOS, op. cit. p. 119-120.

Direito, isto é, livre de toda e qualquer carga ideológica, ou mesmo dos elementos da ciência natural.

A título de ilustração, resguardadas as proporções e objetivos da obra de cada autor, podemos afirmar que tanto Kelsen e Dilthey são exemplos de teóricos que buscaram um status próprio de cientificidade para cada área de interesse. No tocante ao fato de que ambos buscam a solução para suas respectivas ciências, Kelsen para Ciência Pura do Direito e Dilthey para as ciências do espírito em geral, dentro daquilo que se pode chamar teoria do conhecimento, pode-se dizer, em que pese o esforço inteletctual admirável de cada um, que permaneceram no raio de atuação dos pressupostos com que opera a ciência moderna, sobretudo transpondo os métodos das ciências duras para as ciências sociais.

Dilthey é o exemplo de obstinação por um trabalho, por um ideal de método próprio às ciências do espírito. Segundo afirma ANDRADE:

> [...] ao se pôr a questão da possibilidade do conhecimento histórico, Dilthey nos leva ao limiar da grande oposição que atravessa sua obra (a oposição entre explicar e compreender); ele tece ou pressupõe a distinção de base entre natureza e espírito. Ao passo que a explicação seria o método próprio das ciências naturais, compreender seria, dessa forma, o modo de conhecer concernente às (e específico das) ciências do espírito[25].

Gadamer afirma que Dilthey em todo seu cansativo trabalho de várias décadas, que dedicou à fundamentação das ciências do espírito, debateu-se com a proposta de Stuart Mill, marcada pela lógica indutiva, mas que ainda assim se deixou influenciar profundamente pelo modelo de ciência natural, afirmando ainda:

> Por mais que Dilthey tenha batalhado a favor da independência epistemológica das ciências do espírito, o que se denomina método na ciência moderna é uma e a mesma coisa por toda parte e só se caracteriza como exemplar nas ciência da natureza"[26]

Enfim, podemos dizer que o pensamento moderno é o pano de fundo da argumentação tanto de Dilthey quanto de Kelsen. Apesar de sua busca incessante para demonstrar a autonomia do Direito enquanto ciência em relação às ciências naturais, assim como sua diversidade também em relação às ciências sociais explicativas, através da discussão acerca dos princípios que operam em uma e outra: o da imputação na ciências jurídica e o da causalidade nas ciências sociais explicativas[27], o autor austríaco não consegue

[25] ANDRADE, Abrahão Costa. Dois modelos de hermenêutica: W. Dilthey e H.-G. Gadamer.....p. 115.
[26] GADAMER, H-G. *Verdade e método I. 2003.* p. 42.
[27] Kelsen, op. cit. p. 100-102.

se desvencilhar dos pressupostos modernos.

Veja-se que Kelsen sistematiza sua Teoria Pura afirmando sua liberação em relação a tudo que lhe soa estranho. É um conhecimento dirigido ao Direito que está posto, e tudo aquilo que não se possa estabelecer indubitavelmente como Direito deve ser afastado[28]. É a clara proposição do ideal de pureza, cujo título de sua obra monumental já o demonstra: *Teoria Pura do Direito*.

Este ideal é dado enquanto um fazer metodológico, e eis aqui uma das nuances que denunciam a teoria normativista como um modo de operar dentro dos pressupostos da modernidade. Afastar o direito de toda influência ou confusão com outros ramos do conhecimento, é pois um princípio metodológico fundamental da Teoria Pura[29]. É verdade que não nega que disciplinas como a sociologia, a ética ou a própria política, mantém conexões com o Direito, mas seu intuito e ideal de pureza leva-o a minimizar tais conexões para evitar qualquer espécie de sincretismo metodológico[30].

Um outro motivo para crermos na teoria normativista como herdeira da modernidade no campo jurídico, é o fato de Kelsen tomar pra si o Direito livre não apenas das temáticas sociais e políticas aludidas acima, mas sobretudo de qualquer possibilidade de intervenção moral. Esta proposta é paradigmática na obra kelseniana, que apesar de reconhecer as normas morais como reguladoras da conduta humana, vê no sistema moral uma diferença crucial em relação ao sistema jurídico, que diz respeito ao como se dá a prescrição ou ainda a proibição em cada um dos sistemas: "Uma distinção entre o Direito e a Moral não pode encontrar-se naquilo que as duas ordens sociais prescrevem ou proíbem, mas no *como* elas prescrevem ou proíbem uma determinada conduta humana"[31].

E que diante disso esteja esclarecido os termos da separação entre os dois campos, a que fizemos alusão logo acima. Não que o autor não reconheça qualquer relação, mas tão somente que os dois sistemas vão distinguir-se no momento em que o Direito se configura como sistema coativo, isto é, para suas prescrições positivas ou proibitivas, estipula uma sanção caso a norma seja descumprida.

Para que não reste dúvida sobre os termos da distinção, ouçamos o próprio autor:

> Quando uma teoria do Direito positivo se propõe distinguir Direito e Moral em geral e Direito e Justiça em particular, para os não confundir entre si, ela volta-se contra a concepção tradicional, tida como indiscutível pela maioria

[28] Idem, p. 01.
[29] Idem.
[30] Ibd., p. 02.
[31] Ibid. p. 71.

> dos juristas, que pressupõe que apenas existe uma única Moral válida – que é, portanto, absoluta - da qual resulta uma Justiça absoluta. A exigências de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral.[32]

E mais adiante:

> Se, pressupondo a existência de valores meramente relativos, se pretende distinguir o Direito da Moral em geral e, em particular, distinguir o Direito da Justiça, tal pretensão não significa que o Direito nada tenha a ver com a Moral e com a Justiça, que o conceito de Direito não caiba no conceito de bom. [...] Significa, sim, que não há valores absolutos mas apenas valores relativos, que não existe uma Justiça absoluta [...]

A relação, portanto, vista por Kelsen é um desdobramento de sua concepção separatista, que se afirma no pressuposto moderno de separação dualista entre sujeito e objeto. Mas é claro que a obra Kelseniana deve ser concebida nos limites de seu tempo. Nenhuma boa exegese se faz aleatoriamente, senão considerarmos as devidas precauções em relação ao ser interpretado. Estas duas pretensões de tornar o Direito uma ciência pura e da separação entre o Direito e a Moral são identificados por Atienza como dois aspectos fundamentais da concepção kelseniana para elevar a jurisprudência ao estado de uma ciência rigorosa[33].

De uma forma ou outra, a sistemática obra de Kelsen não foge aos limites impostos pelo saber científico moderno, o que não o torna menos prestigiado por isso. Mas é que já não temos condições de permanecer dentro de um paradigma que tende a fechar os olhos para o exsurgir de novas demandas sociais, que se revestem de maior complexidade, e que por isso empurram o Direito para o amplo campo do pensamento complexo.

5. As possibilidades do novo

Isto requer o reconhecimento de dadas condições que possibilitam ao direito não mais estar afeito aos condicionamentos modernos, mas que se abre para o campo interpretativo, para onde migra suas condições de legitimidade, uma vez que "A autonomização do direito da moral, da religião e de qualquer outro fundamento metafísico deslocou o problema dessa fundamentação (legitimidade) para outro ponto: as condições interpretativas".[34]

---

[32] Ibid. p. 75.
[33] ATIENZA, M. *El sentido del Derecho*. 2004. p. 289.
[34] STRECK, op. cit. p. 03.

É aqui que faz toda diferença reconhecer o avanço representado pela instituição de nosso Estado Democrático de Direito e seu conteúdo principiológico insculpido em nossa Constituição. As promessas da modernidade quedaram-se diante do uso instrumental da razão, e o depositar de nossa liberdade e igualdade no avanço do conhecimento científico como único capaz de levar a efeito tais promessas. E o que temos, sem dúvida neste momento histórico, é a possibilidade de termos o Direito não como mero instrumento legitimador de uma (des) ordem posta, mas que considere sua vocação imanente para as condições interpretativas, pois o Direito é um ramo do saber que se constitui por um fazer hermenêutico, e essa mudança de perspectiva é uma condição fundamental para que deixe de ser um mero legitimador de ordem, e passe a seu um saber, que atento às mudanças operadas na sociedade, se constitua enquanto um saber emancipatório e transformador da realidade.

Para que o Direito possa cumprir com objetivos emancipatórios, deve assumir um caráter hermenêutico, que o distanciará do esquema oferecido pela teoria normativista. Para que assuma um papel transformador, ao Direito é necessário ter pra si um sentido do mundo da vida, onde as questões que nos assombram estão presentes, como parte de nosso ser no mundo. É neste domínio da vida que será necessário atuar um Direito não mais afeito ao subjetivismo moderno.

Neste sentido a hermenêutica filosófica de Gadamer nos aponta para caminhos que nos levam em direção a um regresso, uma reaproximação do Direito com tudo o que não lhe é estranho, isto é, o campo sociológico, político, moral, etc. Esta reaproximação, mais do que a mera identificação de termos distanciados por um modelo interpretativo, expressa um sentido ontológico que não mais é apropriado ao esquema do paradigma da modernidade, que por sua vez é marcado, sobretudo por uma hermenêutica fundamentalmente de cunho epistemológico, estritamente ligada à formulação de um ramo científico adequado aos tempos modernos.

Esta relação é muito mais abrangente e prenhe de sentidos outros, que nos leva a considerar a complexidade do fenômeno jurídico. É a partir da hermenêutica, como campo fértil para o avanço das condições interpretativas no Direito, que poderemos falar em um rompimento paradigmático, o que representará um abandono da representação/fundamentação para seguir em direção à compreensão, onde compreender deixa de ser um modo de conhecer para converter-se em uma maneira de ser e de comportar-se em relação às coisas e ao ser.[35]

A tensa busca pela objetividade na ciência jurídica é marcada por uma discussão metodológica, e o sentido que se abre atualmente a partir da crítica às condições de

[35] AZÚA, J. B. R. de. *De Heidegger a Habermas: hermenéutica e fundamentación ultima em la filosofia contemporânea*. 1992. p. 88.

possibilidade da separação entre homem/natureza, sujeito/objeto, Direito/Moral, é o de um novo Direito mais afeito à faticidade e historicidade do mundo da vida, menos preocupado em atingir a sua plenitude a partir do método das ciências do espírito, mas um Direito que está marcado por uma hermenêutica que designa uma mobilidade da pré-sença (*Dasein*), que perfaz sua finitude e historicidade, permitindo que o todo de sua experiência seja abrangido.[36]

Esta perspectiva de Gadamer talvez seja a melhor relação que se possa estabelecer entre a Filosofia e o Direito, pois possibilita pensar esta relação em uma nova dimensão, e aponta o fim da "corrida interminável do Direito que se especializa para esconder o impasse de seu vazio". [37]

6. Considerações finais

Ora, está o Direito dentro do âmbito do que se chama Ciências Sociais, acrescido de um adjetivo que deixa claro sua vocação para o mundo prático, qual seja, "aplicadas". Mas de toda forma, não ganha muito com esta pompa se a prática jurídica é orientada segundo um parâmetro positivista, de total subserviência do intérprete à lei. Quer isto dizer, que se apoiado na máxima de total vinculação do aplicador do Direito à letra morta da lei, como garantia da objetividade, devasta-se a riqueza deste saber, impede-se o poder de criação do intérprete, tornando o Direito refém de uma maneira de interpretar altamente subjetivada, isto é, quando a instalação de sentido das proposições normativas é buscado no fazer autocentrado de seu intérprete, como se este tivesse todas as condições necessárias para isso.

Atesta Streck que no paradigma do Estado Democrático o Direito assume um caráter hermenêutico[38]. Este caráter é parte constitutiva deste saber humano. As exigências de objetividade quedaram-se diante da percepção de que o saber jurídico é sobretudo uma construção interpretativa, e a hermenêutica se mostra como instrumental teórico capaz de colocar o conhecimento jurídico numa posição privilegiada ao lado das ciências em geral, que não seria jamais abalada, ainda que um tal saber fosse taxado de não científico, por não se coadunar com os pressupostos da ciência moderna.

Com isso queremos dizer que sua dignidade enquanto conhecimento não é emprestada de nenhum fazer metodológico específico, condizente com os parâmetros da modernidade. Pelo contrário, ao assumir este caráter hermenêutico o saber jurídico revela-se desafiador e crítico do paradigma da modernidade, pois seu processo de investigação

[36] GADAMER, op. cit. p. 16.
[37] STEIN, E. *Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma.* 2004. p. 154.
[38] Cf. STRECK, L. L. *Verdade e consenso*. 2006.

ultrapassa a mera valorização da subjetividade, uma vez que:

> O processo de investigação hermenêutico valoriza a dimensão subjetiva do conhecimento, desde que se considere o aspecto da historicidade efetiva em que estão inseridos pesquisadores e atores sociais. A produção do conhecimento acontece a partir de uma relação dialógica que envolve sujeitos possuidores de uma herança histórica e de uma tradição que constituem aspectos fundamentais a serem considerados na construção do conhecimento.[39]

Este olhar desafiador é inspirado em GADAMER, que partindo das formulações heideggerianas, nos aporta à uma posição filosófica que efetivamente ajuda no debate sobre a cientificidade do saber jurídico. No debate sobre a possibilidade de existência de um método próprio das ciências humanas, que as diferenciasse das ciências naturais, a opção pelo compreender faz de Gadamer um baluarte na defesa de um modo de operar das ciências morais que tanto nos demonstra que tal saber é possível como também nos remete à uma experiência de verdade que não é produzida por seguir rigidamente um método específico.

No conhecimento natural há o pressuposto de existência exterior daquilo que é apreendido em relação ao ser que o apreende. É a partir do experimento das coisas exteriores que pode-se formular uma explicação, sem contudo compreendê-las, no sentido dado por Gadamer, de comunhão de um espírito com outro espírito[40].

Não temos a pretensão de inaugurar uma nova era para o Direito, mas acreditamos diante do que se demonstrou, que não se trata de um conhecimento que consiga adequar-se de modo satisfatório dentro de uma concepção de ciência moderna, sobretudo se assumido como um conhecimento que se constitui por um fazer hermenêutico, mas um saber que envolvendo, sobretudo a prática de soluções, pois voltado para resolução de casos geradores de controvérsias, e que se alimenta sim das reflexões representadas em diversos espaços argumentativos, sejam estes repertórios jurisprudenciais, produção acadêmica, ou mesmo o cotidiano das relações sociais, não deve empobrecer-se com o recurso a uma teoria que tolhe a possibilidade de considerar outros aspectos que não apenas o normativo.

Assim, podemos afirmar que a ciência possui um ideal. A ciência, segundo Chauí, é a confiança que nossa cultura ocidental deposita na razão como capacidade para conhecer a realidade ainda que tal realidade seja uma construção racional.[41] Exatamente por força dos

---

[39] VASCONCELOS, R. Pensamento social contemporâneo: a hermenêutica de Gadamer. *IN: Latitude – Revista do Programa de Mestrado em Sociologia/Instituto de Ciências Sociais/Universidade Federal de Alagoas*. – Ano 1, n. 1(jan/jun. 2007) – Maceió:, 2007.p. 43.
[40] Cf. GADAMER, H.-G. *Verdade e método*. 2003.
[41] CHAUÍ, M. *Convite à filosofia* 1996. p. 278.

pressupostos científicos modernos que orienta a linguagem científica, pode se afirmar que esta última destaca o objeto das relações com o sujeito, busca separá-lo da experiência vivida cotidianamente e assim edifica uma linguagem predominantemente denotativa para exprimir sem ambigüidades as leis do objeto em análise[42].

Por isso, insistimos que ao compreender a hermenêutica não como um método disponível entre tantos outros, mas como modo de ser no mundo, como uma condição da existência humana, o Direito como saber profundamente hermenêutico necessita mais do que métodos, critérios e regras para se sagrar como científico, mormente como conhecimento legítimo e digno.

Estando bem longe de assim se estabelecer, fazemos opção para que fosse encarado sem a "toga" da cientificidade moderna, mas tão somente como saber orientado para o mundo da vida, que resguarda em si um profundo e rigoroso caminho de análise de seu objeto, que não o torna menos digno que qualquer outra Ciência, no estrito sentido da modernidade.

Referências

ANDERY, Maria Amália et al. Para compreender a ciência. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1988.

AZÚA, Javier Bengoa Ruiz de. De Heidegger a Habermas: hermenéutica e fundamentación ultima em la filosofia contemporânea. Barcelona: Ed. Herder, 1992.

BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social.3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1972.

CHAUÍ, Marilena. Convite à filosofia. 5 ed. São Paulo: Ed. Ática, 1996.

GADAMER, Hans Gerg. Verdade e método I. 5 ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

MARCONDES, Danilo. A crise de paradigmas e o surgimento da modernidade. *In: BRANDÃO, Zaia (org.). A crise dos paradigmas e a educação. 9 ed. São Paulo: Cortez, 2005.*

PLASTINO, Carlos Alberto. O primado da afetividade: a crítica freudiana ao paradigma moderno. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 4 ed. São Paulo: Cortez, 2002.

STEIN, Ernildo. Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004.

VASCONCELOS, Ruth. Pensamento social contemporâneo: a hermenêutica de Gadamer. *IN:*

[42] Idem., p. 279.

Latitude – Revista do Programa de Mestrado em Sociologia/Instituto de Ciências Sociais/Universidade Federal de Alagoas. – Ano 1, n. 1(jan/jun. 2007) – Maceió.

VIEGAS, Waldyr. Fundamentos lógicos da metodologia cientifica. 3 ed. Brasília: Ed. Unb, 2007.