PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

André Luís Vieira Elói

FONTES DO DIREITO:
Críticas ao juspositivismo a partir da hermenêutica filosófica

Belo Horizonte
2014

André Luís Vieira Elói

FONTES DO DIREITO:
Críticas ao juspositivismo a partir da hermenêutica filosófica

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito

Orientador: Doutor Fernando José Armando Ribeiro

Belo Horizonte
2014

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

E48f Elói, André Luís Vieira
Fontes do direito: críticas ao juspositivismo a partir da hermenêutica
filosófica / André Luís Vieira Elói, 2014.
97f.

Orientador: Fernando José Armando Ribeiro
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito - Filosofia. 2. Positivismo jurídico. 3. Hermenêutica. 4. Gadamer,
Hans Georg, 1900-2002. 5. Dworkin, Ronald. I. Ribeiro, Fernando José
Armando. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de
Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 340.12

André Luís Vieira Elói

FONTES DO DIREITO:
Críticas ao juspositivismo a partir da hermenêutica filosófica

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito

---

Fernando José Armando Ribeiro – PUC Minas (orientador)

Lucas de Alvarenga Gontijo – PUC Minas

Mariah Brochado Ferreira – UFMG

José Emílio Medauar Ommati – PUC Minas (suplente)

Belo Horizonte, 06 de junho de 2014.

A minha mãe e irmã, pelo apoio e amor incondicionais.

A minha esposa, pelo amor, suporte e carinho constantes.

Ao Artur, por tornar minha vida mais feliz.

AGRADECIMENTOS

Agradeço minha mãe e irmã, Rosária e Zaira, pelo amor, apoio incondicional e sacrifícios durante toda minha vida.

À minha esposa, Ludmila, pelo amor, amizade, carinho e companheirismo que tanto me confortam. E por ter me dado meu filho Artur.

Aos meus sogros, Ricardo e Marlene pelo carinho que sempre tiveram por mim.

À minha prima Pilar, pelo carinho e apoio.

Aos meus irmãos que me acompanharam nessa trajetória.

Ao meu orientador, Professor Fernando Armando Ribeiro, pelo apoio e dedicação em minha orientação, além das oportunidades acadêmicas e a confiança a mim passada em momentos difíceis pelos quais passei.

Ao professor Lucas de Alvarenga Gontijo, pelas oportunidades proporcionadas.

A todos os professores do curso de Pós-Graduação em Direito da PUC/MG na linha de Teoria do Direito.

Aos amigos do curso de Mestrado - Paulo Teixeira, Mateus Moura, Felipe Von Sperling, Rafael Sapucaia, Rafael Versozzi, Juliano Amaral e Vitor Medrado – pelos produtivos debates e pela amizade.

À FAPEMIG, pelo auxílio financeiro para a realização desta pesquisa.

“O mesmo homem nunca se banha duas vezes na água do mesmo rio, porque nunca é o mesmo homem e nunca é o mesmo rio”, Heráclito

RESUMO

O trabalho apresenta a estruturação e a conceituação dada à Teoria das Fontes para demonstrar os postulados juspositivistas que embasam a manutenção da visão formalista do Direito. Através do estudo da hermenêutica filosófica de Gadamer e algumas leituras de Dworkin, são apresentados conceitos que auxiliam de forma decisiva na superação da concepção do direito construído a partir de uma consciência individual, de concepções formalistas acerca do ordenamento jurídico e de sua aplicação. O trabalho tenta demonstrar que, a partir da consciência da pertença à tradição e à linguagem e a compreensão do círculo hermenêutico e dos efeitos da história o jurista não terá um método para aplicar o Direito, mas estará muito mais preparado para tal atividade.

Palavras Chave: Teoria das Fontes. Juspositivismo. Hermenêutica filosófica. Tradição. Linguagem.

ABSTRACT

The work presented structuring and conceptualization given the Theory of law sources to demonstrate the positivist assumptions that underlie the maintenance of the formalist view of law. Through the study of philosophical hermeneutics of Gadamer and some readings Dworkin, concepts that help decisively in overcoming the legal conception built from an individual consciousness, formalist conceptions of law and its application are presented. The paper attempts to demonstrate that, from the consciousness of belonging to the tradition and language and understanding of the hermeneutic circle and the effects of the story the lawyer will not have a method to apply the law, but will be much more prepared for such activity.

Keywords: Theory of Law Sources. Juspositivism. Philosophical Hermeneutics. Tradition. Language.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
1.1 A importância do debate acerca das fontes do Direito	11
1.2 Metodologia	12
1.3 Estruturação do trabalho	12
2 AS FONTES DO DIREITO A PARTIR DE UMA CONCEPÇÃO JUSPOSITIVISTA	15
2.1 Legislação	18
2.1.1 <i>Constituição</i>	19
2.1.2 <i>Leis</i>	20
2.2 Costume e jurisprudência	22
2.3 Fontes Negociais	24
2.4 Doutrina	25
2.5 Lacunas	26
2.6 Antinomias	28
3 POSITIVISMO JURÍDICO	30
3.1 Kelsen e a Teoria Pura do Direito	30
3.1.1 <i>Causalidade e imputação</i>	31
3.1.2 <i>A norma fundamental e a validade do sistema de normas</i>	33
3.2 Hart e a regra de reconhecimento	33
3.3 Interpretação do Direito no Juspositivismo	38
4 CARL SCHMITT	41

4.1 Os três modos de pensar o Direito	41
4.2 Críticas ao juspositivismo de Kelsen	44
5 GADAMER	48
5.1 Pré-conceitos e compreensão	48
5.2 O problema hermenêutico da aplicação	56
6 DWORKIN: O DIREITO COMO INTEGRIDADE	63
7 O JUSPOSITIVISMO E A FALÁCIA DA TEORIA DAS FONTES	70
8 O FIM DA DUALIDADE SUJEITO - OBJETO	74
9 O DIREITO COMO TRADIÇÃO E A LINGUAGEM COMO SUA FONTE	81
10 CONSIDERAÇÕES FINAIS	90
REFERÊNCIAS	94

1. INTRODUÇÃO

1.1 A importância do debate acerca das fontes do Direito

As discussões de Teoria do Direito pouco têm se preocupado em refletir e reexaminar a “Teoria das Fontes do Direito”, de maneira a averiguar sua eficácia e adequabilidade sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. Sendo que a Teoria das fontes é de importância central tanto na formação de operadores, quanto para aplicação do próprio direito, uma vez que não se pode desvincular a compreensão do direito da compreensão do que são suas fontes.

Nos textos de Introdução ao Estudo do Direito, as fontes costumam ser classificadas em formais e materiais e sua discussão restrita as leis, aos costumes, à jurisprudência e à doutrina. Nos moldes como estas obras têm tratado o estudo acerca das fontes, o Direito parece ser compreendido como algo pronto, imutável, e a interpretação seria apenas o ato de esclarecer o conteúdo da norma, que já está lá, ou de atribuir um sentido a esta.

Contudo, no Estado Democrático de Direito não há como se adotar um modelo que reduza a complexidade do direito e das relações entre as pessoas, em face da complexidade e pluralidade que caracterizam as sociedades modernas. O Direito tem que lidar com uma sociedade em constante transformação e cada vez mais plural, onde as formas de pensamento e modos de vida são muito diversos. Neste contexto, pessoas e grupos com projetos e concepções de vida diferentes, às vezes até antagônicos, precisam encontrar meios de viver em harmonia.

A reflexão acerca da teoria das fontes se mostra de fundamental relevância, pois devemos construir um Direito que consiga trazer soluções para uma sociedade plural.

O modelo juspositivista se mostra insuficiente diante do dinamismo social e das questões trazidas pelo Estado Democrático de Direito. O modelo fechado de regras mostrou-se incapaz de prever todos os problemas que poderiam surgir, deixando lacunas que deveriam ser preenchidas pelos juízes (aplicadores do direito), deixando grande margem para o solipsismo e a discricionariedade no momento decisório.

Vivemos em um mundo em constante evolução e, conseqüentemente, passando por também constantes mudanças, onde não param de surgir novas idéias, novas questões acerca da vida, novos problemas a serem resolvidos.

1.2 Metodologia

Este trabalho procura discutir, através da análise e crítica da Teoria das Fontes do Direito, as concepções sobre os fundamentos do Direito e sua relação com seus intérpretes. Foi desenvolvida uma investigação acerca dos postulados juspositivistas, apresentando sua estruturação das fontes do direito e a relação desta com o formalismo e com a interpretação jurídica.

Em contraponto à concepção juspositivista, foram apresentadas as críticas de Scmitt ao juspositivismo, por se tratar de autor contemporâneo a Kelsen e um crítico da ciência moderna e do liberalismo.

Entretanto, o trabalho chega seu objetivo analisando conceitos e bases teóricas trazidos pela hermenêutica filosófica e sua concepção do direito inserido em uma historicidade e na linguagem.

A partir da hermenêutica filosófica o interprete do Direito passa a ser parte de seu objeto de análise, tornando-o co-responsável pela sua construção e também um “produto” do próprio objeto, que já traz consigo uma carga de preconceitos e práticas, repassadas através da linguagem ao próprio interprete, estando ele consciente disso, ou não.

Partindo da concepção pretende-se realizar uma análise da Teoria das Fontes, visando demonstrar sua dissonância com a construção racional do Direito, deixando um modelo formal e autoritativo de construção normativa para um modelo dinâmico e dialógico, com o constante diálogo entre o passado e o presente.

1.3 Estruturação do trabalho

Primeiramente, é apresentada a estruturação e a conceituação dada à Teoria das Fontes e seus institutos legislação, costume, jurisprudência e doutrina (razão jurídica), além de como esta teoria leciona para a solução das lacunas e antinomias no ordenamento jurídico. Esta apresentação objetiva perceber como os livros de introdução ao estudo do direito têm trazido e reforçado a concepção

formalista de fundamentação do direito sem maiores problematizações acerca de um tema tão fundamental.

Na segunda parte do trabalho são analisados os postulados juspositivistas que embasam a manutenção da visão formalista da teoria das fontes através da análise de conceitos trazido pelos autores juspositivistas Kelsen e Hart. São discutidos os postulados da pureza do Direito, seu sincretismo metodológico, o princípio da imputação e o ser e dever ser, e relação do intérprete com o direito para os juspositivistas.

Nas abordagens positivistas, a interpretação se inseria em um sistema fechado de regras e a interpretação se dava com uma extração do sentido da lei. O direito era tratado como um objeto de estudo separado de seu intérprete.

Tentava-se criar um método de interpretação do direito similar aos métodos de pesquisa das ciências naturais, de forma objetiva. O objeto de estudo era analisado de forma neutra e distante pelo intérprete, que em nenhum momento poderia violar esse distanciamento. O direito era encarado como uma ciência, no sentido moderno, e como tal deveria criar um método lógico e isento de influencia de valores, preconceitos e tradições.

Em seqüência, são apresentadas algumas críticas de Carl Schmitt ao juspositivismo, onde demonstra a insuficiência do formalismo na tentativa de evitar arbitrariedades. Nesta parte o trabalho se restringe a apresentar as críticas de Schmitt ao positivismo, pois sua proposta de abordagem do direito (explicitada por seu papel no regime nazista) não traz soluções viáveis e compatíveis ao Estado Democrático de Direito. O principal motivo da escolha de Schmitt foi seu papel de debatedor direto de Kelsen.

Da terceira parte em diante, através do estudo da hermenêutica filosófica de Gadamer e algumas leituras de Dworkin, são apresentados conceitos que auxiliam de forma decisiva na superação da concepção do direito construído a partir de uma consciência individual, de concepções formalistas acerca do ordenamento jurídico e de sua aplicação.

O trabalho tenta demonstrar que, a partir da consciência da pertença à tradição e à linguagem e a compreensão do círculo hermenêutico e dos efeitos da

história o jurista não terá um método para aplicar o Direito, mas estará muito mais preparado para tal atividade.

Nesta esteira as fontes não podem ser utilizadas como forma de engessar o Direito. Devem ser encaradas como meios de compreensão de uma tradição e de uma linguagem nas quais estamos inseridos, e a vinculação do interprete a esta (conforme o romance em cadeia de Dworkin).

Outrossim, o trabalho pretende demonstrar que o simples respeito a procedimentos não soluciona o problema da fundamentação de uma decisão, pois, como já dito, o Direito não pode ser encarado como um objeto de estudo separado de seu observador, pois este se encontra inserido dentro do seu objeto de estudo. Portanto, não há como dissociar o sujeito do objeto e, conseqüentemente, enxergar o direito como algo imune às transformações do homem e de seu mundo.

Uma leitura supostamente paradigática pode gerar grandes equívocos justamente por se crer alheia ao mundo que a rodeia.

2 AS FONTES DO DIREITO A PARTIR DE UMA CONCEPÇÃO JUSPOSITIVISTA

As fontes do direito seriam aqueles fatos ou atos dos quais depende a produção de normas no ordenamento jurídico, onde se deve reconhecer que não se busca apenas regular comportamentos, mas também o modo como se produzem as regras para tanto.

Segundo Bobbio o que torna um ordenamento jurídico complexo é o fato de que em uma sociedade tão grande não exista nenhum órgão capaz de satisfazer todas as necessidades de regras de conduta. Tal complexidade derivaria da multiplicidade de fontes das quais afluem regras de conduta e do fato destas partirem de pontos diversos.

A preocupação com a concretização do direito se mostra tão importante quanto a sua construção. Daí a importância da discussão acerca das fontes do direito e de como usá-las, pois o Direito é muito mais complexo do que hipóteses e situações previamente pensadas, que nenhuma legislação é capaz de esgotar todas as situações que se fazem, ou um dia se farão, relevantes juridicamente.

Diante da necessidade de aplicação do direito ao caso concreto, sempre surge a pergunta: de onde vem o direito? Qual a sua fonte?

As repostas a esses questionamentos se mostram de grande relevância, pois, a partir destas, teremos noção da concepção do significado de Direito para aquele que responde. E tal posicionamento influirá diretamente nas formas de aplicação do direito ao caso concreto pelo operador do direito.

A partir do positivismo jurídico, a Teoria das fontes do direito foi elaborada em moldes formalistas e dentro de uma estrutura ideal de um ordenamento jurídico constituído por um sistema escalonado de normas, resultado da concepção formalista de ciência trazida pelo Estado Moderno.

A teoria das fontes vem sendo assumida, desde sua formulação pelos juspositivistas, sem maiores problematizações e de maneira alheia às mudanças de paradigma que o direito e os estados em geral vêm sofrendo desde o séc. XIX. Esta postura se reflete principalmente nas obras de Introdução ao Estudo do Direito, influenciando diretamente na formação de novos juristas.

Conforme acentuam Ribeiro e Braga, é preciso “inserir no quadro da atual pesquisa teórico-jurídica, o velho e instigante problema das fontes do Direito, de forma a pensá-lo para além dos limites de uma dogmática normativista, indo ao encontro de uma Teoria das Fontes agregadora, híbrida, plural, lingüística e complexa.” (RIBEIRO e BRAGA, 2006)

De modo geral, as obras de Introdução ao Estudo do Direito não tem discutido a Teoria das Fontes, na busca por uma aplicação do direito mais consistente e condizente com a realidade e menos formalista. As obras se contentam em fazer uma divisão das fontes de forma que só se justificaria didaticamente, mas precisaria de muitos complementos para se tornar mais próxima da realidade do paradigma de Estado Democrático de Direito.

Apesar de insuficientes para a fundamentação de decisões em um estado democrático, se faz necessária uma revisão da abordagem clássica da teoria das fontes para estabelecer um parâmetro de raciocínio e contraponto para uma construção menos formalista do Direito.

Através de pesquisa, são geralmente encontradas obras que continuam dividindo as fontes do direito em fontes materiais (fontes extraídas da realidade social, que dão conteúdo às regras jurídicas) e fontes formais (meios pelos quais o direito positivo se manifesta); fontes reconhecidas e fontes delegadas. Esta segunda divisão pode ser relacionada com a primeira, pois seriam fontes reconhecidas aquelas que o ordenamento reconhece como jurídicas, pois já existiam anteriormente. Já as fontes delegadas seriam aquelas subordinadas às reconhecidas e permitiriam sua concretização.

Dentre as fontes formais, no pensamento juspositivista, estão: a legislação (constituição, leis, códigos, tratados); os costumes e jurisprudência; e as fontes negociais, ou razão jurídica. Contudo, como veremos haverá uma supremacia, ou uma prevalência, da legislação como a principal fonte do direito.

Bobbio (1999) define como fontes do direito “aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas”. Em seu pensamento as fontes do direito dizem respeito, na verdade, à validade das normas, qualificam as normas como

jurídicas ou não. Se for produzida de forma que remonte a outras normas do ordenamento jurídico, terá existência jurídica, caso contrário não.

Em sua obra Teoria do Ordenamento jurídico, Bobbio vai separar as fontes em duas classes: fontes reconhecidas e fontes delegadas. Na primeira classe nos deparamos com a recepção de normas já feitas e na segunda com a delegação do poder de produção de normas jurídicas.

A recepção de normas acontece quando um fato social anterior ao Estado é aceito no próprio ordenamento jurídico, sem ter contribuído para a formação dele. O caráter jurídico desta fonte é reconhecido *a posteriori*. Já a delegação se dá quando o Estado dá a um órgão diverso o poder que originariamente é seu de estabelecer normas jurídicas em determinadas matérias.

Bobbio fala, ainda, em uma divisão das fontes do direito em superiores e subordinadas. Fontes superiores seriam aquelas que qualificam uma norma. Ou seja, são aquelas que determinam o que é ou não jurídico. Contudo, em um ordenamento jurídico complexo, não há como conceber uma estrutura normativa apenas com esse tipo de fonte. Por isso, existem as fontes subordinadas, que são chamadas de fontes de conhecimento jurídico, pois produzem regras que não são recepcionadas como normas jurídicas por virtudes próprias, mas recebem esta qualificação de uma norma superior.

Tércio Sampaio constrói seu raciocínio sobre as fontes do direito a partir da possibilidade de conflitos normativos e de existência de lacunas, dizendo que as normas entram no ordenamento jurídico por diferentes canais e que o sistema não tem um centro produtor normativo único e capaz de prever todas as possibilidades de comportamento, exigindo a existência de outros centros produtores de norma.

A teoria das fontes, em suas origens modernas, reporta-se à tomada de consciência de que o direito não é essencialmente um *dado*, mas uma *construção* elaborada no interior da cultura humana. Ela desenvolve-se, pois, desde o momento em que a ciência jurídica percebe seu objeto (o direito) como um produto cultural e não mais como um dado da natureza ou sagrado. Com isso ela cria, porém, um problema teórico, pois o reconhecimento do direito como uma construção não exclui seu aspecto como dado, posto que, afinal, se o direito é feito, é obra humana, a matéria prima não se confunde com a própria obra. (FERRAZ JR., ano, p.223)

A partir dessa concepção ele vai dividir as fontes em legislação, costume, jurisprudência, fontes negociais e razão jurídica, divisão que será usada como base deste trabalho.

Contudo, o mais importante em relação às fontes não é qual divisão se mostra mais adequada, pois apesar de nomear diferentemente as fontes, percebemos nos citados acima que falam praticamente da mesma coisa.

O mais importante no estudo da Teoria das fontes será identificar os institutos que formam e permeiam os ordenamentos jurídicos a partir da Teoria das fontes juspositivista, para compreender como esta corrente do pensamento jurídico concebe de maneira formal a aplicação do direito e apresentar novas soluções mais adequadas ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

2.1 Legislação

No pensamento positivista, no que concerne às fontes, a legislação tem uma preponderância enorme frente a outras possíveis fontes. Para Ferraz Jr. (2003, p. 228) a legislação “é modo de formação de normas jurídicas por meio de atos competentes.” Ou seja, toda outra fonte do direito estará submetida à legislação, deverá estar em acordo com o ordenamento jurídico, que, de acordo com a concepção positivista, é um sistema de normas unitário e sistemático.

A partir disso, a conclusão óbvia é de que o ordenamento jurídico vai determinar as possibilidades de produção normativa, não apenas se preocupar em regular comportamento. A lei seria “a forma de que se reveste a norma ou um conjunto de normas dentro do ordenamento” (FERRAZ JR., 2003, 233).

Podemos usar como exemplo a divisão que Hart faz entre os tipos de norma de um ordenamento jurídico, primárias e secundárias. Sendo que o primeiro tipo estabelece padrões de comportamento e o segundo tipo estabelece competências para aplicação e modificação do primeiro.

Este raciocínio leva à conclusão que existem, portanto, mesmo entre as normas positivadas, uma hierarquização. Para Ferraz Jr. “o reconhecimento da legislação como fonte de direito baseia-se necessariamente numa hipótese

racionalizadora: um ato fundante que produz um conjunto de normas primárias, a Constituição.” (FERRAZ Jr., 2003, p.228).

A Constituição seria o topo de uma pirâmide, em um sistema de normas escalonado, estabelecendo a normas fundamentais de um determinado ordenamento jurídico. Todas outras normas contidas na pirâmide estão (ou devem estar) baseadas nestas normas hierarquicamente superiores trazidas pela constituição.

Também para Bobbio, a doutrina positivista das fontes se baseia na prevalência da lei sobre todas as outras fontes do direito, e “para que tal situação seja possível são necessárias duas condições: que num dado ordenamento jurídico existam várias fontes e que essas fontes não estejam no mesmo plano” (BOBBIO, 1999, p.162). Ou seja, em um ordenamento jurídico complexo, que é aquele onde há mais que uma fonte do direito, a estrutura hierarquizada é que tornará viável a aplicação do direito.

2.1.1 Constituição

A hierarquização, no pensamento positivista, tem como fim trazer objetividade ao direito (apesar de nem sempre conseguir), em uma tentativa de reduzir a liberdade do aplicador do direito, do juiz.

Segundo Bobbio, apesar da inexistência de ordenamentos jurídicos totalmente paritários, existem casos onde algumas fontes têm o mesmo peso na hierarquia do sistema. Contudo, tais situações podem trazer riscos ao ordenamento, uma vez que os juízes gozam de maior liberdade na individualização de normas, podendo escolher entre qualquer norma se estas derivarem de fontes paritárias.

Bobbio traz, ainda, duas definições que auxiliam na compreensão positivista das fontes do direito, a partir de uma supremacia da lei frente a outras fontes. Ele faz uma divisão entre as fontes de qualificação jurídica (reconhecidas) e fontes de conhecimento jurídico (delegadas), as quais podem fazer analogia com a definição de Hart de normas primárias e normas secundárias.

Para a doutrina juspositivista, a Constituição de um Estado, se entendermos como a lei fundamental deste (não confundindo com o conceito de norma fundamental de Kelsen), é a fonte superior de um ordenamento e contém as fontes de qualificação jurídica, as normas básicas que atribuem validade às normas produzidas dentro do ordenamento jurídico.

Contudo, há ordenamentos jurídicos, o brasileiro, por exemplo, onde a constituição é mais analítica e contém normas que estabelecem competências, formas de produção legislativa e até mesmo regulam algumas matérias diretamente, sem a mediação de nenhuma lei infraconstitucional. Nesses casos, a constituição não seria apenas a fonte de qualificação, ou a fonte de reconhecimento, mas nela estão contidas as fontes de reconhecimento e também fontes de conhecimento, ou fontes delegadas.

Há autores, porém, que vão atribuir à constituição um caráter quase como o que Kelsen atribui à norma fundamental. Sobre a validade e papel da Constituição nos diz Guastini:

A validade da constituição, por sua vez, requer que haja tanto normas que disciplinem a produção da Constituição, quanto normas que sejam superiores à Constituição do ponto de vista hierárquico (...) a Constituição é exatamente a fonte suprema do (no) sistema jurídico: suprema seja do ponto de vista lógico, seja do ponto de vista hierárquico. A constituição é a medida - a unidade de medida, o critério - de validade de todas as outras normas do sistema jurídico. Como tal, a Constituição não é nem válida nem inválida (Guastini, 2005, p. 360).

Como vemos Guastini ao dizer que a Constituição não é válida, nem inválida, está a definindo como algo muito similar ao que Kelsen denomina norma fundamental. No fundo, o que ele tenta é argumentar de forma a justificar a conclusão normativa de que a constituição é obrigatória e deve ser obedecida no sistema jurídico.

2.1.2 Leis

Dentro de um sistema jurídico escalonado, ou hierarquizado, as normas produzidas devem estar de acordo com a constituição, devem obedecer às competências para sua produção, além de ter seus funtores em harmonia com os dispositivos da lei hierarquicamente superior (pelos menos em tese).

A promulgação de uma lei é o ato de positivar, de trazer para dentro do sistema formal e escalonado de regras, em que consiste o ordenamento jurídico juspositivista, prescrições e dispositivos que se dirijam à coletividade inserida em determinado Estado, respeitando procedimentos trazidos e institucionalizados pela Constituição.

As leis para serem válidas, devem se basear na constituição, tanto no que diz respeito à forma como foi elaborada, quanto no que diz respeito ao seu conteúdo, respeitando sempre a hierarquia colocada pelo sistema escalonado, onde uma norma se valida pela superior.

Em um caso concreto, um juiz ao aplicar o direito frente à determinada situação vai, na verdade, fazer uma reconstrução do sistema jurídico escalonado em um sentido da base para o topo da pirâmide. Ou seja, a sentença vai se basear em uma lei, que está baseada na constituição.

A crença na correspondência bi-unívoca entre disposição e norma, ou entre lei e norma, atribuída aos juspositivistas, na verdade é cabível à Escola da Exegese. A generalização de tal posicionamento para todo o juspositivismo é um grave erro de compreensão das diferentes escolas postas sob este rótulo.

Os termos lei e norma não são sinônimos. Um artigo de lei é constituído por uma ou mais disposições. Disposição é definida como “qualquer enunciado do discurso das fontes”. A norma seria “um enunciado do discurso do intérprete, que o intérprete considera sinônimo da disposição e que, portanto, pode, na sua opinião, ser substituído pela disposição sem perda do significado” (GUASTINI, 2005, p.25 e 27).

Portanto, ao aplicar o Direito, o juiz está atribuindo sentido, da maneira que julga mais adequada, às disposições contidas em leis. Contudo, tal atribuição de sentido também se dá, ao menos em tese, realizando a reconstrução do sistema jurídico escalonado. Sistema este onde também se encontra a disposição de lei que atribui competência do magistrado para decidir.

A lei, portanto, não é a norma em si, mas traz consigo as disposições e as competências para aplicação do direito no caso concreto, sempre dentro de um esquema lógico formal hierarquizado.

No ordenamento jurídico brasileiro, assim como a sentença, decretos, portarias, regulamentos, serão considerados válidos ou inválidos de acordo com seu ajustamento ao sistema escalonado, desde que possam se basear em regras prévias e superiores hierarquicamente, principalmente a constituição.

2.2 Costume e Jurisprudência

Na teoria das fontes, por seu caráter formal trazido pelo juspositivismo, o costume se torna uma fonte de importância menor, por gozar de menor objetividade em relação às disposições positivadas. Mas o que diferencia de um simples hábito seria a convicção de sua obrigatoriedade jurídica.

Seriam elementos do costume: 1º, generalidade; 2º, uniformidade; 3º continuidade; 4º durabilidade. Um costume é um ato ou comportamento repetido por diversas pessoas, de modo que fique evidenciada uma regra social, repetido da mesma forma, ininterruptamente por largo espaço de tempo (GUSMÃO, 1982, P. 148). Para Ferraz Jr. (2003, p. 241) os dois requisitos essenciais seriam o uso continuado e a convicção de obrigatoriedade.

Gusmão (1982, p. 149) vai, ainda nos trazer uma separação dos costumes em três espécies: 1º, *secundum legem*; 2º, *praeter legem*; 3º, *contra legem*. O primeiro estabelece uma interpretação usual de disposições, o segundo supre lacunas da lei, e o terceiro estabelece normas contrárias à lei.

Entretanto, para o pensamento formal e lógico do positivismo, onde a lei é principal fonte do direito, esta terceira espécie não pode ser aplicada, pois costumes e precedentes se subordinam à legislação. Mesmo no *common law* costumes podem perder sua validade como direito em função de lei promulgada pelo parlamento.

A obrigatoriedade do costume estaria baseada na tradição, apesar de não ter sido absorvido pelo ordenamento através das práticas previstas no sistema escalonado. Porém, conforme já dito, na teoria das fontes juspositivista, diante da norma positivada, por esta gozar de maior objetividade, o costume perde sua validade.

Mesmo Hart, que é um autor oriundo de um estado onde o *common Law* é o sistema jurídico, vai relativizar a obrigatoriedade do costume diante da lei positivada,

justamente por acreditar na objetividade do direito positivo, em um raciocínio formalista da aplicação do direito.

As duas primeiras espécies de costume citadas por Gusmão, *secundum legem* e *praeter legem* acontecem com freqüência e são reconhecidas mesmo pelos defensores do formalismo juspositivista.

Vejamos um exemplo onde os dois casos acontecem. A Constituição brasileira, em seu art. 1º, III, estabelece a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos. A legislação brasileira não prevê em seu código civil o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Sendo provocado o judiciário, e este se manifestando em prol da realização do casamento, o magistrado competente pode fundamentar sua decisão na norma constitucional citada, criando uma norma individual que diria que pessoas do mesmo sexo podem se casar, mesmo sem previsão do código civil, pois, caso contrário, teriam suas dignidades como pessoas humanas violadas.

No caso acima, fica nítido que “o tribunal recebe poder ou competência para produzir, para o caso que tem perante si, uma norma jurídica individual cujo conteúdo não é de nenhum modo predeterminado por uma norma geral de direito material criada por via legislativa ou consuetudinária” (Kelsen, 2006, p. 271). Tribunal este que, vale a pena frisar, recebe do ordenamento jurídico a competência para aplicar o direito, é o intérprete autêntico.

A jurisprudência nada mais é do que o conjunto de normas individuais criadas pelos juízes diante do caso concreto, que passa a ser referencial para decisões posteriores. “é a regra jurídica extraída dos julgados constantes, reiterados e uniformes dos tribunais” (GUSMÃO, 1982, p. 156)

Sempre ressaltando que tal competência é dada ao juiz pelo sistema escalonado. Mesmo não havendo conteúdo predeterminado de uma norma, ou na ausência desta, o juiz age sempre conforme o ordenamento, pois recebe deste a competência para decidir, produzir a norma individual.

2.3 Fontes Negociais

Existem, ainda, tipos de fontes que teriam, segundo o pensamento juspositivista, um menor grau de objetividade. Entre elas teríamos as fontes negociais e a doutrina.

São consideradas fontes negociais os atos privados que podem gerar direito. Em outras palavras, são fontes negociais os negócios jurídicos, que são geradores de direito. Temos como principal exemplo os contratos, que são manifestações volitivas de dois ou mais indivíduos que estabelecem entre si determinada conduta para um fim que interesse a todos mutuamente.

Tais fontes geram direito porque, assim como as outras fontes, atos que as violem, ofendam, ou desrespeitem também vão gerar sanções previamente estabelecidas. Conforme nos diz Kelsen (2006, p.284) “a norma jurídica individual, que representa a decisão judicial, estatui uma sanção que (no caso de uma decisão jurisdicional) tem o caráter de uma pena ou (no caso de uma decisão jurídico-civil) tem o caráter de uma execução”.

Esta sanção é estatuída, pois o negócio jurídico é um fato formador de normas, que se não desrespeitarem outras normas no sistema escalonado, são consideradas válidas no ordenamento jurídico. Quando duas pessoas estabelecem entre si que devem agir, ou que devem se conduzir um para com o outro de uma maneira determinada, estão gerando direito e são inclusive protegidas pelo Estado, através do Judiciário.

Nesse sentido ensina Kelsen:

O Tribunal civil que decide um litígio surgido de um negócio jurídico tem não só que verificar a validade da norma jurídica geral com base na qual tal negócio foi realizado, como também o fato de o negócio ter sido realizado, o fato da existência de uma conduta contrária ao negócio e a circunstância de os prejuízos por este último fato causados não terem sido indenizados; e, com base na nestas averiguações, tem de fixar a norma individual, nos termos da qual, se o prejuízo pelo tribunal determinado não for ressarcido dentro de um determinado prazo, deve ser executada uma sanção que é estatuída na norma geral a aplicar pelo tribunal na medida em que o ordenamento jurídico a que pertencem não vede tal transação. (KELSEN, 2006, p.285)

Portanto, em caso de descumprimento de um contrato, por exemplo, o litigante pode buscar a proteção do judiciário, que determinará, baseado em uma

norma geral, o cumprimento do objeto acordado ou alguma espécie de ressarcimento em caso de descumprimento ou de prejuízo causado por este ou pelo atraso no cumprimento (sanção civil). E, caso nem mesmo a ordem do judiciário seja cumprida, haverá não apenas uma violação de norma privada, mas também de norma geral do ordenamento jurídico.

2.4 Doutrina (razão jurídica)

Kelsen traz em sua obra uma distinção importante para entender o papel da doutrina na Teoria das Fontes, a diferença entre norma jurídica e proposição jurídica.

Proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas conseqüências pelo mesmo ordenamento determinadas. As normas jurídicas, por seu lado, não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos. (Kelsen, 2006, p. 80/81)

Como vemos no pensamento juspositivista a doutrina, ou razão jurídica, não tem um papel de fonte do direito, uma vez que nenhum tribunal é obrigado a acatar suas proposições.

A doutrina tem um papel descritivo, descrevendo o sistema de normas e o funcionamento dos tribunais. Mas não é uma simples repetidora de normas colocadas por autoridades jurídicas, pois também pode ter o papel de propor soluções para solução de antinomias e lacunas e, até mesmo de propor posicionamentos contrários a leis e normas vigentes e positivadas no ordenamento. Por isso, suas proposições não são vinculantes, mas informativas.

Assim como a jurisprudência, tem um papel importante no que diz respeito á formação dos entendimentos que fundamentam as decisões dos juízos, pois a partir das análises que o cientista faz do direito, podem ser gerados novos entendimentos que podem influenciar na produção de normas individuais (sentenças). O próprio Kelsen (que atribui à ciência apenas o papel de conhecer o direito) reconhece que o conhecimento jurídico é estágio preparatório para a produção jurídica de normas.

A razão jurídica, a ciência, ao descrever o direito não tem poder de prescrição de normas. Contudo, por influenciar a compreensão que os próprios

operadores tem do ordenamento jurídico, acaba por funcionar como uma “fonte mediata”, por gerarem *Standards* jurídicos, que são “fórmulas interpretativas gerais que resultam de valorações capazes de conferir certa uniformidade a conceitos vagos e ambíguos como mulher honesta, justa causa, trabalho noturno, ruído excessivo, etc.” (FERRAZ JR., 2003, p. 247)

Podemos, ainda, citar Gusmão, que leciona no sentido de que:

A doutrina não é, segundo a opinião dominante, em nossa época, fonte imediata de direito, pois não tem o jurista mais *jus respondendi*; só indiretamente contribui para a formação do direito, não só indicando reformas aos legisladores como também originando uma interpretação comum, usual, do direito. (GUSMÃO, 1982, p.160).

A doutrina é, portanto, na concepção juspositivista algo que só será útil quando o jurista se encontrar diante de um impasse, um problema para qual o sistema escalonado de normas não lhe dê uma solução clara e imediata. Para os juspositivistas, por seu baixo grau de objetividade, vai se reportar apenas á estrutura do sistema, tendo um caráter metanormativo (FERRAZ JR, 2003, p. 248).

2.5 Lacunas

A tese da completude do ordenamento representa o coração do positivismo jurídico, segundo Bobbio, por estar “estritamente ligada ao principio da certeza do direito” (Bobbio, 1995, p. 207). Ele vai apresentar duas teorias para demonstrar que, na verdade, não existem lacunas: a teoria do espaço jurídico vazio e a teoria da norma geral exclusiva.

A primeira consiste em dizer que diante de um fato, se não há norma que o regule, não há de se falar em lacuna, pois este fato seria irrelevante para o direito. O fato está além dos limites do direito, fora da esfera jurídica.

Já na teoria da norma geral exclusiva não existem lacunas, pois:

Cada norma jurídica particular que submete a uma dada regulamentação certos atos é sempre acompanhada de uma segunda norma implicitamente nela contida, a qual exclui da regulamentação da norma particular todos atos não previstos por esta última e os submete a uma regulamentação jurídica antitética. (BOBBIO, 1995, p. 209)

Contudo, diante da obrigação do judiciário em se manifestar, caso provocado, as duas teorias acima nem sempre se mostrarão úteis.

Cabe, então, ao intérprete autêntico (aquele a quem o ordenamento jurídico atribui competência para dizer o direito) fazer as normas individuais, a partir das normas gerais do ordenamento. Conforme o pensamento de Kelsen, este intérprete pode até produzir uma norma que se situe fora das possibilidades previstas pelo ordenamento, por ter poderes atribuídos a ele pelo próprio sistema normativo. Portanto no caso de uma lacuna, cabe ao intérprete autêntico dizer (ou criar) o direito.

Guastini traz dois conceitos de lacuna: 1º, “há lacuna quando um dado comportamento não é deonticamente qualificado de algum modo por norma jurídica desse sistema”; 2º “quando para um dado caso particular não é prevista alguma consequência jurídica por alguma norma pertencente ao sistema” (GUASTINI, 2005, p. 174).

Seja qual for o conceito de lacuna adotado, prevalece entre os juspositivistas a idéia de que o intérprete autêntico terá liberdade, poder discricionário, para solucionar controvérsias e ele submetidas de qualquer questão de direito.

O grande problema do juspositivismo é não limitar as possibilidades de julgamento do intérprete e em alguns casos nem mesmo fornecer referenciais interpretativos para decidir diante da falta de elementos positivados ou precedentes.

Apesar de criar todo um sistema formal para fornecer métodos e caminhos para aplicação do direito, na verdade, o juspositivismo apenas forneceu meios para justificativa de decisões baseadas em um esquema formal. Diante do caso concreto, de problemas reais não previstos pelo ordenamento, o intérprete autêntico pode ou terá de decidir por sua própria consciência, pois diante da não previsibilidade de todos eventos o sistema formal rui, abrindo caminho para aquilo que supostamente visa combater, a relativização do direito.

Vejamos ensinamento de Chamon:

A tradição, desde há muito tempo, nos dá mostras de já ter percebido que o que se encontra por detrás dos problemas das chamadas ‘lacunas do Direito’ é uma adequada compreensão e prática do Direito moderno e de seu constitucionalismo, da função jurisdicional e, por conseguinte, da separação dos poderes, bem como questões concernentes á democracia e à legitimidade, pois, do próprio direito. (CHAMON, 2008, p. 8)

2.6 Antinomias

Outro ponto de fundamental importância para a compreensão do pensamento juspositivista, é compreensão do conceito de antinomia e de como lidar com elas.

Podemos definir a antinomia como o conflito de normas. Em uma definição trazida por Alexy, existem dois tipos de norma: regras e princípios. No momento interessa ao presente trabalho a análise dos conflitos entre regras, pois no pensamento juspositivista, o conflito entre princípios seria uma antinomia imprópria (se dão em virtude do conteúdo das normas).

No que concerne à antinomia de regras, encontramos na verdade uma colisão entre funtores, entre disposições jurídicas, partes fundamentais da norma. “Podemos definir, portanto, antinomia jurídica como a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo”, (FERRAZ Jr., 2003, p. 212), gerando uma situação de aparente indecidibilidade.

No caso da antinomia de regras, o conflito é resolvido com a eliminação de uma das normas em conflito. Tal procedimento se dá em face da natureza da regra, que tem um caráter de válido ou inválido, tendo de ser aplicada ou não. “Duas normas incompatíveis (ou antinômicas) não podem ser ambas válidas, mas somente uma delas pode (mas não necessariamente deve) fazer parte do referido ordenamento” (BOBBIO, 1995, p.203).

Bobbio propõe três critérios para a solução das antinomias: o critério hierárquico, o critério cronológico e o critério da especialidade. Segundo o critério hierárquico a norma superior derroga uma norma inferior (*lex superior derogat inferiori*). Segundo o critério cronológico a norma posterior ab-roga a norma precedente (*lex posterior derogat priori*). Segundo critério da especialidade a norma especial derroga a norma mais geral (*lex specialis derogat generali*).

“Desse modo a antinomia é resolvida não mais no terreno da pura e simples interpretação, mas antes no terreno da produção jurídica”, ainda que negativa. “Nenhuma norma é acrescida ao ordenamento, mas uma norma é expulsa” (GUASTINI, 2005, p. 235).

Contudo há casos onde esses critérios não apresentarão solução. São esses casos: quando há conflito entre dois critérios; quando não é possível aplicar nenhum dos três critérios.

No caso do conflito entre critérios a doutrina vem tem proposto que o critério hierárquico sempre prevalecerá diante dos outros (pois no juspositivismo o sistema jurídico é escalonado); no conflito entre os critérios da especialidade e cronológico, a norma precedente especial prevalecerá frente à norma posterior e geral.

Quando não é possível aplicar nenhum dos três critérios, quando as normas em conflito são contemporâneas e estão no mesmo grau de hierarquia e generalidade, Bobbio diz que “para não deixar subsistir a antinomia que negaria o requisito da coerência, recorre-se a um outro critério: *a prevalência da lex favorabilis sobre a lex odiosa*” (Bobbio, 1995, p.206).

Em outras palavras, a norma que estabelece uma permissão vai prevalecer frente àquela que estabelece um imperativo (contraditoriedade). Já no caso do conflito entre uma norma que ordena e uma que proíbe, estamos diante de um caso de contrariedade, onde ambas as normas são eliminadas.

Entretanto, o que de fato acontece é que esta aparente metodologia lógica apresentada para a solução de antinomias não consegue frear possíveis decisões subjetivas e solipsistas por parte dos intérpretes autênticos. Para compreender o porquê se faz necessária uma análise do juspositivismo.

3 POSITIVISMO JURÍDICO

3.1 Kelsen e a Teoria Pura do Direito

Kelsen inicia sua obra “Teoria Pura do Direito” afirmando que sua teoria pura é uma teoria do direito positivo em geral, e não de uma ordem jurídica específica. Afirma, ainda, que não importa como deve ser o direito, ou como deve ser feito. A partir desta pretensão apresenta seu “princípio metodológico fundamental” que consiste em “excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente determinar como Direito” (Kelsen, 2006, p.1).

Ele reconhece a conexão da psicologia, da sociologia, da ética e da política com o direito, mas acredita que é preciso delimitar o objeto de estudo que seria peculiar ao direito frente a outras disciplinas e, principalmente, criar seu próprio método, criando um não-sincretismo metodológico.

Na busca pelo não-sincretismo, Kelsen vai realizar dois cortes, um de natureza axiológica e outro de natureza epistemológica. No primeiro vai tentar afastar do objeto de análise do jurista qualquer influência da ética e da moral, para criar uma ciência baseada no conceito moderno, isenta de preconceitos e tradições. No segundo vai afastar da análise científica influências políticas e sociológicas, separando o direito do fato.

Alexandre Travessoni Gomes assim leciona sobre o não-sincretismo metodológico:

Além da rejeição dos juízos de valor, a concepção geral que Hans Kelsen tem da ciência e a sua delimitação da ciência jurídica são responsáveis pela idéia de que cada ciência deve constituir um todo metodologicamente unitário e, portanto- segundo uma metodologia neokantiana-, de que o objeto da ciência é determinado antes de mais nada por seu método, ou seja, por seu modo de observar e compreender as coisas. (GOMES, 2000, p.117)

Para a professora Elza Afonso:

Falando sobre a necessidade de separar a ciência do direito da política, Kelsen menciona a independência e a liberdade de pesquisa alcançadas pelas ciências naturais, em contraposição ao desenvolvimento insuficiente das ciências sociais e de seus elos com as ideologias voltadas para o poder. (AFONSO, 1984, p.15/16).

A partir desses ensinamentos fica claro que, para Kelsen (influenciado pelo sucesso das ciências experimentais no século XIX), a questão central na construção de uma ciência não é seu objeto, mas seu método.

Contudo, a afirmação de que a questão central na ciência do direito não é seu objeto não quer dizer que Kelsen não delimite, mas que seu uso se dará de maneira específica e que sua própria definição terá relação com o método.

Para Kelsen, o que torna um fato ou ato em algo jurídico, não é o fato dele ter acontecido, mas a significação que o ordenamento jurídico lhe atribui.

A norma funciona como um esquema de interpretação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa. (KELSEN, 2006, p.4)

Ao delimitar a norma como o objeto peculiar da ciência do direito frente a outras disciplinas, Kelsen estabelece, ao mesmo tempo, o método de reconhecimento de juridicidade, a própria norma, o direito positivo. Para ele, é a definição de direito positivo como sistema de normas que transforma o direito em uma verdadeira ciência.

A metodologia kelseniana, a partir da definição de seu objeto (o sistema de normas) e seu método (o reconhecimento de tudo que lhe interessa através do sistema de normas), vai considerar o direito como um dado axiologicamente neutro, de maneira objetiva.

3.1.1 Causalidade e imputação: ser e dever ser; norma e moral

Para Kelsen, a partir da ciência do direito, na descrição de uma ordem normativa “é aplicado aquele outro princípio ordenador, diferente da causalidade, que podemos designar como *imputação*.” (KELSEN, 2006, p.86).

O princípio da causalidade seria aquele próprio de ciências causais (como as ciências naturais e as ciências sociais causais) que descreveriam seus objetos de pesquisa através de uma relação de causa e efeito.

Em outras palavras, por estar vinculado à imputação, o dever ser funciona como a ligação de uma determinada conduta prevista em uma norma com uma provável conseqüência no cumprimento ou descumprimento desta.

Uma outra distinção entre causalidade e imputação consiste em que toda a causa concreta pressupõe, como efeito, uma outra causa, e todo o efeito concreto deve ser considerado como causa de um outro efeito, por tal forma que a cadeia de causa e efeito- de harmonia com a essência da causalidade- é interminável nos dois sentidos. (...) A situação é completamente diferente no caso da imputação,. O pressuposto a que é imputada a consequência numa lei moral ou jurídica (...) todos esses pressupostos não são necessariamente consequências que tenham de ser atribuídas a outros pressupostos. (...) o numero de elos de uma série imputativa não é, como o número de elos de uma série causal, ilimitado, mas limitado. Existe um ponto final na imputação. (KELSEN, 2006, p.101)

Em uma perspectiva kelseniana, o direito não se insere no rol das ciências regidas pelo principio da causalidade. O direito é uma ciência normativa, que estabelece disposições, fixadas pela ordem jurídica. E estas disposições não operam como uma lei natural. Por exemplo, a lei da gravidade estabelece que se um objeto é lançado ao ar, irá de encontro ao chão. Caso este objeto fique pairando no ar, a lei da gravidade será invalidada. Esse é o principio da causalidade, se A é, B é. Se o efeito não ocorre, a causa não é valida.

Já no caso de disposições normativas se A é, B deve ser. Isso quer dizer que no caso do efeito esperado não acontecer, a causa continua válida. Esse é o principio da imputação. Por exemplo, uma norma que determina que o homicídio deve ser punido com prisão não se invalida quando alguém que mata consegue escapar sem ser punido.

Para ele “o objeto da ciência jurídica é o conjunto de normas de uma ordem jurídica que regula a conduta humana, não sendo, pois, como a Sociologia, uma ciência dos fatos” (GOMES, 2000, p.121).

A realidade do direito é ideal (não metafísica). Quando uma norma estabelece um padrão ela está, através de sua disposição, emitindo uma pretensão racional, não descrevendo uma realidade fática, mesmo que esta pretensão racional se origine da observação de fatos.

A partir da descrição dos princípios da causalidade e da imputação, Kelsen estabelece a diferença entre o ser e o dever ser. Contudo, esta distinção não é absoluta, pois os institutos não são inconciliáveis. Nada impede que o dever ser corresponda ao ser. “O que Kelsen nega é que uma norma jurídica possa retirar sua validade de um fato, o que é em diferente de dizer que normas e fatos são absolutamente díspares”. (GOMES, 2000, p.125)

A partir desta metodologia, Kelsen cria um sistema de normas que terá sua validade baseada em uma lógica formal, não na correspondência material. Por isso, para ele todo ordenamento jurídico pode ser considerado direito, independentemente de seu conteúdo.

Outra conclusão a qual se chega a partir do princípio da imputação é a tese da separação entre direito e moral. Assim como o ser e o dever ser, o direito pode, mas não precisa ser moral. Não há vinculação necessária entre direito e moral. As normas podem ser objeto de avaliação moral. Mas, caso seu conteúdo não corresponda à moral, sua validade não será retirada. Ao mesmo tempo, as normas podem incluir elementos morais nelas mesmas.

A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva PE independente desta Moral absoluta, única válida, da oral por excelência, de a Moral. Se pressupusermos somente valores morais relativos, então a exigência de que o Direito positivo deve corresponder a *um determinado* sistema de Moral entre vários sistemas morais possíveis. Mas isto não fica excluída a possibilidade da pretensão que exija que o Direito positivo deve harmonizar-se com um outro sistema moral e com ele venha eventualmente a concordar de fato, contradizendo um sistema moral diferente deste. (KELSEN, 2006, p.75)

Novamente Kelsen deixa claro que não há fundamento externo ao sistema de normas para se justificar. O fundamento de validade de cada norma do sistema é outra norma superior. O Direito é concebido como uma ordem normativa descrita através de disposições de “dever ser”, excluindo dele quaisquer considerações não normativas, em uma espécie de autopoiese.

3.1.2 A norma fundamental e a validade do sistema de normas

Como já dito, para Kelsen o fundamento de validade de uma norma é a validade de outra norma. Contudo, sabe-se que o sistema escalonado tem seu limite e que, em algum momento, não haverá mais nenhuma norma hierarquicamente superior para se remeter. “a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de determinado efeito, perder-se no interminável” (KELSEN, 2006, p. 217).

Para fechar seu sistema, Kelsen vai recorrer a um artifício lógico-formal, criando uma norma que é pressupostamente mais elevada que todas as outras, a norma fundamental.

Essa norma nem mesmo faz parte do ordenamento jurídico, é uma criação lógica para justificar, na realidade, o porque da obediência ao ordenamento jurídico. Por exemplo, uma sentença (norma individual) condena um comerciante a indenizar um cliente por defeito em um produto. Se questionado, esta decisão será considerada válida por se basear no Código de Defesa do Consumidor, que se baseia no Código Civil, que se justifica pela Constituição (lei máxima do ordenamento jurídico). A pergunta seguinte seria: o que dá validade à constituição? No pensamento formalista de Kelsen é a norma fundamental.

“Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada.” (KELSEN, 2006, p.217) Por isso seu fundamento não é posto em questão. Se a norma fundamental for questionada, o sistema de normas formal e auto-referente nunca poderá ser fechado.

Assim leciona Fernando Armando Ribeiro:

A nota essencial de um sistema normativo dinâmico é o fato de que a validade de uma norma jurídica se fundamenta na validade de uma norma superior, sem relação com qualquer conteúdo (pois esta relação comum determinado conteúdo é a nota que caracteriza os sistemas estáticos) que essa relação de fundamentação-derivação possa *retroagir* até a norma fundamental. (RIBEIRO, 2013, p. 119)

Através da construção lógica de um sistema auto-referente, Kelsen valida todo ordenamento jurídico, através da validação de normas por outras, sem a necessidade de recorrer a fundamentos materiais ou fáticos para tanto. Repetindo: o dever ser não depende necessariamente do ser, no pensamento kelseniano.

Kelsen vai relacionar a validade com o dever ser e o ser com a eficácia, e vai afirmando que “não pode negar-se que uma ordem jurídica como um todo, tal como uma norma jurídica singular, perde a sua validade quando deixa de ser eficaz”. (KELSEN, 2006. p.236) Contudo, nesta afirmação ele não quer dizer que a validade depende de forma absoluta da eficácia (quando uma norma é efetivamente observada ou aplicada). Pelo contrário. Ele vai nos dizer que:

A solução da teoria Pura do Direito para o problema é: assim como a norma de dever-ser, como sentido do ato-de-ser que a põe, e não identificada com este ato, assim a validade de dever-ser de uma norma jurídica se não identifica com sua eficácia da ordem do ser; a eficácia da ordem jurídica como um todo e a eficácia de uma norma jurídica singular são – tal como o ato que estabelece a norma- condição de validade. (KELSEN, 2006. p.236)

O que Kelsen quer dizer é que se uma norma específica foi descumprida, não quer dizer que sua validade ou do ordenamento onde se insere foi violada, que ela deixa de estar em vigor, pois uma “ordem normativa pode ser válida mesmo quando a realidade não é perfeitamente conforme com ela” (RIBEIRO, 2013, p. 122)

Segundo Fernando Armando Ribeiro:

A eficácia, da maneira como é concebida, não se identifica com a validade, vez que deve subsistir a possibilidade de um comportamento não conforme à norma jurídica, para que não se cometa o erro metodológico de se cair numa consideração determinista, ou seja, daquilo que deve necessariamente acontecer segundo uma lei natural. Conforme destaca Elza Maria Miranda Afonso, “a norma jurídica será válida se eficaz e não porque eficaz. O fundamento de validade não é a eficácia; é a norma fundamental que enuncia que se deve agir em conformidade à Constituição que é, de modo geral, eficaz”. (RIBEIRO, 2013, p. 124)

Ao descrever o direito como um sistema normativo dinâmico, defende que a validade de uma norma não está em seu conteúdo, mas em sua forma. Por isso, uma norma superior não pode determinar o conteúdo de uma norma inferior, apenas vai legitimar, vai tornar formalmente válido, o conteúdo de um ato de vontade que a editou. (RIBEIRO, 2013, p. 126)

Kelsen equipara a validade à existência do ordenamento jurídico, afirmando que este é válido até ser revogado por um ato dessa mesma ordem jurídica e uma norma jurídica é válida (neste caso até confundindo validade e legitimidade) se tiver sido elaborada, produzida, segundo as normas do próprio ordenamento jurídico.

3.2 Hart e a regra de reconhecimento

O pensamento formal de Kelsen sobre o direito e a separação entre direito e moral também ganham força com Hart. Ele nos diz que:

A maioria das pessoas instruídas sabe que as leis na Inglaterra formam um tipo de sistema, e que a França, os Estados Unidos, a Rússia Soviética e, na verdade, quase todas as regiões do mundo que são consideradas “Estados” independentes dispõem de sistemas jurídicos estruturalmente semelhantes, apesar de haver certas diferenças substanciais. (HART, 2012, p. 3)

Estas semelhanças estruturais são, para ele, o que permite reconhecer a existência de um ordenamento jurídico, independentemente de seu conteúdo material. Qualquer um com um mínimo de instrução seria capaz de reconhecer em seu ordenamento jurídico algumas características estruturais: a existência de

normas, que proíbem ou permitem comportamentos, sob pena de sanção; normas que ofereçam reparação a quem sofreu um dano; normas que especifiquem como realizar os atos jurídicos privados; a existência de tribunais; a existência de um poder legislativo, para criar, modificar e abolir normas. (HART, 2012, p. 4)

Portanto, vemos que para Hart, assim como para Kelsen, a existência de uma ordem jurídica não depende de seu conteúdo, não este relacionada com a materialidade. A existência do ordenamento depende da existência de certas estruturas normativas e de aplicação do direito.

Contudo, o fundamento do sistema jurídico que Hart vai desenvolver difere do criado por Kelsen. Como já dito, Kelsen lança mão de um artifício lógico-formal, criando uma norma que é pressupostamente mais elevada que todas as outras para justificar a validade do sistema normativo.

Hart também vai desenvolver um conceito de norma para validar o sistema jurídico: regra de reconhecimento. Entretanto, para ele esta norma não é pressuposta, nem hipotética, mas prática. “Onde quer que essa norma de reconhecimento seja aceita, tanto os indivíduos quanto as autoridades públicas dispõe de critérios válidos para a identificação das normas primárias de obrigação” (HART, 2012, p.130)

Ao afirmar que a regra de reconhecimento é prática, ele quer dizer que ela se dá no dia a dia da prática jurídica.

Em geral, a norma de reconhecimento não é explicitamente declarada, mas sua existência fica *demonstrada* pela forma como se identificam normas específicas, seja pelos tribunais ou outras autoridades, seja por indivíduos particulares ou seus advogados e assessores jurídicos. (HART, 2012, p. 131)

Vale ressaltar, que ao dizer que a regra de reconhecimento é prática, Hart não está fazendo uma relação necessária entre validade e eficácia das normas. Para ele, assim como para Kelsen, não existe ligação necessária entre a validade de alguma norma particular e *sua* eficácia. A não ser que a norma de reconhecimento tenha como critério de validação a condição de que nenhuma norma seja considerada como pertencente ao sistema se houver deixado de ser eficaz há muito tempo. (HART, 2012, p. 133)

“Segundo Hart, dizer que um ordenamento jurídico existe é "(...) uma afirmação bifronte, que visa tanto à *obediência pelos cidadãos comuns* como à *aceitação pelos funcionários* das regras secundárias como padrões críticos comuns de comportamento oficial” (SGARBI, 2009, p.127)

Em um sistema jurídico complexo, formado por normas primárias (que estabelecem padrões de comportamento) e normas secundárias (que estabelecem competências e viabilizam a concretização das normas primárias), será a atuação dos funcionários (aqueles aos quais é dada competência pelas normas secundárias) que realmente dará validade ao ordenamento.

O “aspecto interno” (capacidade racional das pessoas como motivo de obediência às regras) pode realmente levar os cidadãos a obedecer às normas primárias. Contudo, mesmo que isso não ocorra, se os funcionários, através das normas secundárias, concretizarem as normas primárias, exercendo a regra de reconhecimento, o sistema jurídico será válido mesmo assim. Isso fica claro, quando vemos alguém que não obedece determinada norma sofrer sanção, mesmo que tenha uma justificativa que para ele seja plenamente racional.

Nesse sentido, novamente leciona Sgarbi:

Seguindo a formulação de Hart, é possível concluir a possibilidade de que haja aprovação "apenas" pelos "funcionários" e cumprimento por "medo" da parte dos "cidadãos comuns", pois, enquanto os funcionários (e em particular os juízes) devem "aceitar" e "obedecer" às regras, os cidadãos comuns devem, apenas, "obedecer-lhas". (SGARBI, 2009, p. 128)

Hart, apesar de não basear seu conceito de validade do ordenamento jurídico em um artifício formal (por ser um jurista de um país onde prevalece o sistema *common law*), como vemos não abandona de verdade o formalismo de Kelsen. Pois, mesmo discorrendo sobre esse caráter prático da regra de reconhecimento através das normas secundárias, vincula a validade do ordenamento não à aceitação racional por parte daqueles que se sujeitam às normas, mas ao próprio ordenamento. Como a atuação dos funcionários é a “pedra fundamental” para a regra de reconhecimento e se dá por competências atribuídas pelo próprio ordenamento, podemos dizer que na verdade o ordenamento está legitimando a si próprio.

Ao falar em norma prática de reconhecimento, Hart passa a impressão de que vai abandonar a dicotomia ser e dever ser e o formalismo. Mas, ao vincular a regra de reconhecimento á aplicação das normas secundárias retorna ao mesmo patamar já alcançado por Kelsen, tornando inócua qualquer tentativa de interpretação de sua teoria com um viés menos formal, pois o direito continua se justificando por ele mesmo.

3.3 Interpretação do Direito no juspositivismo

Tanto Kelsen quanto Hart, baseiam sua análise do direito na identificação e na descrição de estruturas normativas independentemente de seus conteúdos. Em seus formalismos, analisam o direito na tentativa de isentar sua descrição de valores. Partindo da descrição dos sistemas jurídicos que fazem estes dois autores, pode-se dizer que, para os juspositivistas, a formalização do sistema de normas busca ao máximo a diminuição da discricionariedade nas decisões por parte dos aplicadores do direito e, através da desvinculação do direito da moral, evitar que grupos dominantes imponham sua moral a minorias.

Contudo, eles assumem que, na aplicação do direito no dia a dia, jamais será alcançada esta isenção e afastamento do direito de influências da moral ou de valores, pois reconhecem que há uma relativa indeterminação no momento de aplicação do direito, expondo uma aporia de suas obras.

Kelsen dirá que:

A relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, como a relação entre Constituição e lei, ou lei e sentença judicial, é uma relação de determinação ou vinculação: a norma do escalão superior regula- como já se mostrou- o ato através do qual é produzida e norma do escalão inferior, ou o ato de execução, quando já deste apenas se trata (...) Esta determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. (KELSEN, 2012, p. 388)

Já Hart nos traz o conceito de textura aberta onde nos diz que:

A textura aberta do direito significa que existem, de fato, áreas do comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso. (HART, 2012, p.175)

Hart, então, utiliza esta construção teórica para aplicar a linguagem, ainda que de maneira tímida, em seu positivismo jurídico. Desse modo, ele tenta se colocar em um lugar entre o formalismo e o ceticismo em relação às normas, pois acreditava que a adequada posição de um jurista se encontra no caminho do meio entre a visão formalista, que supervaloriza as regras, e o ceticismo, que as desvaloriza em absoluto. Considera as leis importantes, mas reconhece que não são capazes, em muitos casos, de trazer uma única solução correta.

“É certo que existem casos claros, que reaparecem constantemente em contextos semelhantes, aos quais as fórmulas gerais são nitidamente aplicáveis, mas haverá também casos aos quais não está claro se elas se aplicam ou não.” (HART, 2012, p.164) Os casos claros estariam numa zona clara de aplicação do direito e, os casos de incerteza estariam numa zona de penumbra de aplicação do direito.

Voltando a Kelsen, este afirma que a indeterminação do direito pode ser intencional ou não. O órgão que estabeleceu a norma pode deixar que o ato de execução desta fique indeterminado para que aquele que aplicar o faça, “sob o pressuposto de que a norma individual que resulta da sua aplicação continua o processo de determinação que constitui o sentido da seriação escalonada ou gradual das normas jurídicas” (KELSEN, 2006, p.388). Já a indeterminação não intencional pode decorrer “da pluralidade de significações de uma palavra ou seqüência de palavras que a norma exprime” (KELSEN, 2006, p.389).

Para Kelsen, a interpretação é uma construção que representa um rol de possibilidades, “molduras”. Contudo, não apresenta nenhum critério com base no qual uma das possibilidades contidas em tal moldura pudesse ser favorecida em relação às outras possibilidades existentes, tendo o aplicador liberdade para escolher qual delas lhe convier, em qualquer sentido possível. Ele vai chamar este aplicador (que Hart chama de funcionário) de intérprete autêntico.

A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria direito. (...) cria Direito não apenas para um caso concreto mas para

todos casos iguais, ou seja, quando o ato designado como interpretação autêntica represente a produção de uma norma geral. (KELSEN, 2006, p. 394)

Kelsen vai afirmar que, via interpretação autêntica “também pode se produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa”. (KELSEN, 2006, p. 394) Neste momento, fica explícito o grande defeito da teoria juspositivista.

Ao fazer o corte epistemológico e axiológico na identificação do direito, Kelsen pretende analisá-lo de maneira imparcial, isenta e geral. Contudo, ao reconhecer a indeterminação e discorrer sobre a interpretação autêntica o que pode ser considerado uma virtude no pensamento deste jurista, também revela um problema de sua teoria, pois o formalismo que seria o limitador para o intérprete pode ser ignorado por ele ao produzir norma individual fora da moldura.

Os autores juspositivistas ora trabalhados discorrem longamente sobre um método para tornar o direito geral, mas no final dão tanta liberdade ao aplicador que este poderá fazer juízos pessoais e trazer para o direito todos aqueles valores e regras morais que eles próprios tentaram retirar do direito.

4 CARL SCHMITT

4.1 os três modos de pensar o direito

As críticas à idéia de ciência da modernidade, e sua influência sobre o positivismo jurídico, vem sendo feitas desde a primeira metade do século XX por juristas de épocas e contextos distintos. Dentre vários um autor se destacou por ter debatido por diversos anos com Kelsen: Carl Schmitt. Suas observações acerca do normativismo e do decisionismo no direito trazem grandes contribuições para as discussões sobre o positivismo e o pós-positivismo, justamente por discutir o formalismo que traz o normativismo e o decisionismo.

Schmitt afirma que todo jurista adota, consciente disso, ou não, um conceito de direito que estará vinculado sempre a uma dentre três concepções, que ele define como: direito como regra (normativismo); direito como decisão (decisionismo); direito como ordem concreta.

Para Schmitt o que importa para um jurista é saber qual tipo de pensamento jurídico permeia determinada comunidade jurídica:

É de grande importância saber que tipo de pensamento jurídico prevalece em um determinado momento e em um determinado povo. Diferentes pessoas e diferentes raças são acompanhadas por distintos modos de pensar o direito, e a supremacia de um sobre o outro pode vincular-se um domínio intelectual e com este político sobre um povo. (SCHMITT, 1996, p.8, tradução nossa)¹.

Mesmo antes de analisar cada um dos três modos de pensar o direito, ele já deixa claro que não compreende o direito como um sistema formal de normas que se justificam umas pelas outras, independentemente de embasamento na realidade. No trecho acima citado Schmitt já deixa claro que em seu pensamento a maneira como se encara o direito é um dos fatores determinantes de como se desenvolverá a vida social de determinada comunidade.

Ele sinteticamente resume como ao longo dos séculos o pensamento jurídico alemão se transformou junto com a própria realidade:

---

¹ Es de gran trascendencia saber qué tipo de pensamiento jurídico se impone em um determinado pueblo. Los distintos pueblos y razas van acompañados de distintos modos de pensar jurídico, y a La supremacia de uno sobre outro puede vincularse um domínio intelectual y com ello político sobre um pueblo.

O pensamento jurídico alemão da idade média era claramente um pensamento da ordem concreta. Posteriormente, a recepção do direito romano pelos juristas alemães desde o século XV deslocou e promoveu um normativismo abstrato. No século XIX, uma segunda recepção, de não menos conseqüências, a de um normativismo constitucional de fundamentação liberal separou o pensamento jurídico constitucional alemão da realidade concreta dos problemas internos da Alemanha e o desviou para o pensamento normativo do Estado de direito. (SCHMITT, 1996, p. 8, tradução nossa)².

Schmitt deixa claro que, em seu entendimento, a vida política está em constante relação com o modo de pensar e argumentar dos juristas. Contudo, frisa que no séc. XIX o pensamento normativista afastou o pensamento jurídico da realidade fática em seu país.

O normativismo, para Schmitt, parte de uma concepção de direito onde toda ordem e o próprio direito se resumem em regras e leis. Há um isolamento e uma absolutização das normas, que passam a ter um status superior e sublime diante da realidade e do caso particular concreto, da situação e da vontade mutável das pessoas (SCHMITT, 1996, p. 12).

Os normativistas justificam esta estrutura impessoal e objetiva do direito, alegando que as leis devem governar, não as pessoas, em uma tentativa de evitar a subjetividade e os arbítrios, em prol de uma suposta universalidade das leis.

Para os normativistas puros, que sempre levam de volta o pensamento jurídico à norma, o rei, o dirigente, o juiz, o estado se convertem em meras funções de uma norma, e a categoria superior na hierarquia desses casos é somente uma derivação da norma mais alta, e assim sucessivamente até chegar à mais alta ou mais profunda norma, a lei das leis, a norma das normas. (SCHMITT, 1996, p. 15)

Como se vê no séc. XIX já se pensava em um sistema escalonado de normas. Neste sentido, o direito se consubstancia em um sistema de normas, as quais são o objeto do próprio direito. Neste sentido, Kelsen se utiliza do conceito de norma fundamental para amparar todo o ordenamento jurídico, e baseia-se na teoria da imputação para justificar o dever-ser, ou o que chama de legalidade particular do direito.

---

² El pensamiento jurídico alemán de La Edad Media era claramente un pensamiento del orden concreto. Posteriormente la recepción que del derecho romano hicieron los juristas alemanes desde el siglo XV lo desplazó y promovió un normativismo abstracto. En el siglo XX una segunda recepción, de no menos consecuencias, la de un normativismo constitucional de fundamentación liberal aparto al pensamiento jurídico constitucional alemán de la realidad concreta de los problemas internos de Alemania y lo desvío hacia el pensamiento normativo Del Estado de Derecho.

A teoria pura do direito, publicada em 1934, sofre críticas diretas de Schmitt, que diz que a teoria pura elabora um modelo de ciência jurídica como objetiva e exata, separada da política, um positivismo normativista.

Contraopondo-se ao normativismo, Schmitt defende um estudo do direito alicerçado na idéia de ordem e, neste sentido, produz um pensamento institucional. Ele propõe o conceito de direito como ordem concreta, ou seja, o direito não se define por regras, leis, decisões, mas pela ordem, que se conceitua como resultado de princípios racionais e morais. Por isso direito se configura como uma ordem distinta para cada momento histórico concreto, e para cada parte da Terra.

Contudo o positivismo não é normativismo puro. Para Schmitt, o juspositivismo do séc. XIX seria uma combinação do pensamento normativista e do pensamento decisionista. No pensamento decisionista o direito não surge a partir de normas ordenadas, mas da autoridade de uma decisão que se utilizou da norma.

Ele exemplifica o pensamento decisionista da seguinte maneira:

O dogma católico-romano da infalibilidade da decisão papal também contém elementos jurídicos fortemente decisionistas; a decisão infalível do papa não funda a ordem e a instituição da Igreja, mas a pressupõe; o papa é infalível apenas como cabeça da Igreja, em virtude de sua dignidade, mas não é como homem. (SCHMITT, 1996, p.28, tradução nossa)³.

Portanto, no pensamento decisionista, o direito é essencialmente a decisão do soberano, pois todas as normas, leis e suas interpretações se concretizam apenas através de suas decisões. “Só a decisão funda tanto a norma quanto a ordem” (SCHMITT, 1996, p. 30)

Schmitt considera a obra de Hobbes como o caso clássico do pensamento decisionista e nos diz que:

O soberano que decide não é competente para a decisão graças a uma ordem já constituída. É apenas a decisão que coloca a ordem e a segurança estatal no lugar da desordem e da insegurança do estado de natureza, a que o converte em soberano, e torna possível todo o resto- lei e ordem. Para Hobbes, o máximo representante do decisionismo, a decisão soberana é uma ditadura estatal que cria a lei e a ordem sobre a

---

³ El dogma católico-romano de La infalibilidad de La decisión papal contiene también elementos jurídicos fuertemente decisionistas; sin embargo, la decisión infalible del papa no funda el orden y la institución de la iglesia, sino que la presupone: el papa ES infalible solo como cabeza de la Iglesia, em virtud de su dignidad, pero no lo ES como hombre.

insegurança anárquica de um estado de natureza pré-estatal e infra-estatal (SCMITT, 1996, p. 31, tradução nossa)⁴.

O julgador (para Schmitt, o soberano) deve, então, decidir com base em uma ordem concreta da situação. Schmitt acredita que a teoria do soberano como uma vontade de poder (ou como intérprete designado pela própria estrutura normativa) é uma fantasia, pois a definição de soberano prescinde de uma conexão com a esfera jurídica.

Schmitt alcança, então, o conceito de *ordem concreta* como sendo uma situação normal, que nasce de uma substância jurídica. Tal substância decorre de uma ordem institucionalizada, que se forma e consolida no seio da própria sociedade.

Assim como o direito positivo, a decisão também prescinde de uma ordem concreta, e assim, restabelece uma ordem ou busca uma nova ordem. A decisão passa por dois níveis: o político, no qual se dá a concretude e segurança do direito, que passa a formular as leis; e jurídico, no qual se assegura a realização do direito.

4.2 Críticas ao juspositivismo de Kelsen

Schmitt foi um grande crítico da teoria juspositivista de Hans Kelsen. Como já dito, ele não compreende o direito como um sistema formal de normas que se justificam umas pelas outras, independentemente de seu conteúdo material.

Tal oposição ao formalismo, e normativismo, de Kelsen se deve ao fato de Schmitt ser um crítico do pensamento liberal e do projeto da modernidade.

Schmitt pode ser inscrito em uma tradição de pensamento crítico ao projeto da modernidade, e essa crítica se manifesta com mais força em suas vertentes política (o parlamentarismo) e jurídica (o positivismo jurídico). No esteio de Weber, Schmitt enxerga a modernidade como uma época de desencanto causado pelo esvaziamento de sentido gerado pela eleição da racionalidade moderna como paradigma de legitimidade. A racionalidade moderna, essencialmente instrumental, segundo Weber, basear-se-ia no quantificável e manipulável, na redução do conhecimento à técnica e à forma, afastando assim a manifestação de sua real substância. (RIBEIRO, 2013, p.135)

---

⁴ El soberano que decide no ES competente para la decisión gracias a um orden ya constituído. Es solo la decisión que pone el orden y la seguridad estatal en lugar del desorden y la inseguridad del estado de naturaleza, la que convierte em soberano, y hace posible todo lo demás – ley y orden-. Para Hobbes, el máximo representante del tipo decisionista, la decisión soberana ES una dictadura estatal que CREA la ley y el orden em y sobre la seguridad anárquica de um estado de naturaleza preestatal e infraestatal.

O juspositivismo para Kelsen (assim como para os juspositivistas do séc. XIX) significava negar tudo que fosse extrajurídico, ou metajurídico. A criação de uma estrutura formal de normas que se justificam em outras normas (aspecto normativista) é uma tentativa dos juspositivistas de construir o direito de forma neutra, com uso exclusivo de técnicas construídas através da racionalidade, uma vez que a ciência moderna visa se estruturar de maneira instrumental.

Esse esvaziamento afeta também o direito na substituição de sua relação com um sentido religioso-cultural ou com meta-narrativas baseadas num ideal de justiça por formalidades e técnicas em vistas a uma sistematização que eliminaria do ordenamento jurídico suas lacunas, sendo mesmo capaz de regular todos os fatos pretensamente jurídicos da sociedade. Tal pretensão geraria, segundo Weber, uma burocratização das relações jurídicas, baseadas somente nas formalidades que garantiriam a validade do sistema. (RIBEIRO, 2013, p. 137)

O direito, a partir da concepção moderna adotada pelo juspositivismo, seria validado apenas pelas relações lógicas e racionais do seu sistema de normas, que é todo ele validado pela norma fundamental. Assim, o juiz, ou o intérprete autêntico, é transformado, em tese, em mais uma função do estado.

Schmitt apresenta três estágios pelo qual o pensamento juspositivista passou para chegar à concepção formalista e lógica da validade das normas: primeiro a vontade do legislador; posteriormente, para evitar subjetivismos, a vontade da lei; e, finalmente, a lei como norma auto-suficiente. (SCHMITT, 1996, p. 34)

O terceiro estágio apontado é onde se encontra o pensamento juspositivista de Kelsen, que para fechar seu sistema de normas, recorre a um artifício lógico-formal, criando a norma fundamental que é pressupostamente mais elevada que todas as outras, para justificar todo o ordenamento. Para Kelsen “a ordem jurídica é um sistema de imputabilidades a um último ponto de imputabilidade e a uma última norma fundamental” (SCHMITT, 2006, p. 19)

Contudo, assim como aponta Schmitt, o próprio Kelsen reconhece que há uma indeterminação no ato de aplicação das normas, pois certas decisões “dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever” (KELSEN, 2006, p.388).

O ponto nodal da crítica de Schmitt é a aplicação da normatividade jurídica. Para Schmitt existe sempre um hiato entre a norma e sua aplicação, hiato

que só pode ser preenchido pela atuação do jurista. No positivismo esse hiato não existe, ou, se existe deve ser todo desconsiderado pela ciência jurídica, que não permite nenhuma reflexão sobre a atividade interpretativa do jurista. (RIBEIRO, 2013, p. 138)

Para Schmitt, o positivismo normativista, nos casos não previstos pela estrutura normativa não permitiria uma real e adequada aplicação do direito, pois, em nome da objetividade científica moderna, é retirado todo conteúdo moral, político e sociológico do direito, sob a justificativa de que o primeiro não pode ser apreendido pela ciência do direito e os outros maculariam a pureza metodológica.

Qualquer soberania que não seja a da norma seria, do ponto de vista positivista, arbitrária, gerando insegurança jurídica, como no momento das monarquias absolutistas européias. Contudo, ao transferir a soberania para as normas, transfere-se um poder indevido, segundo Schmitt, ao legislador, bem como se fragmenta a soberania pelos vários órgãos responsáveis pela aplicação da norma, gerando assim mais arbitrariedade, disfarçada, desta feita, sob o manto da objetividade jurídica. (RIBEIRO, 2013, p. 148.)

A objetividade e o formalismo contidos no juspositivismo normativista passa a imagem de sistema neutro, de certeza, de cientificidade. Porém, ao “permitir que o “intérprete autêntico” não apenas realize “uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma”, mas também possa “produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa” (KELSEN, 2006, p. 394), tudo se converte em uma completa arbitrariedade, que pode que a idéia de previsibilidade e com a segurança que esta traz.

Schmitt, apesar de não trazer soluções que coadunem com uma idéia de Estado democrático de Direito (por apontar o retorno à soberania como solução para o direito), demonstra claramente as aporias do juspositivismo, através de suas críticas ao normativismo e ao próprio positivismo.

Ele demonstra que a crença na capacidade do modelo formal de normas escalonadas e auto-justificável em acabar com as arbitrariedades e trazer segurança à comunidade jurídica é uma ilusão, explicitando como o “intérprete autêntico” pode manipular o sistema de normas.

Schmitt deixa claro que o formalismo juspositivista, e em conseqüência a forma como enxerga o direito e suas fontes (no caso todas formais), na verdade não cria um real método de aplicação do direito como pretende, mas possibilita mascarar

arbitrariedades e abusos através da justificação pela interpretação das normas do sistema da maneira que desejar (o que é permitido pelo próprio sistema).

Portanto, o formalismo contido no juspositivismo normativista proporciona, ao contrário do que pretende, as bases para atuação dos agentes e órgão competentes de maneira decisionista (assim como Schmitt apontou no juspositivismo do século XIX).

Neste ponto há um encontro entre as teorias de Schmitt e de Kelsen conforme leciona Ribeiro:

É discutível a afirmação habermasiana de que Kelsen e Schmitt representariam lados opostos da mesma moeda, uma vez que existe um voluntarismo real na base da teoria de Kelsen (ainda que a ordem normativa tenha como função a supressão dessa vontade), e um formalismo vazio no decisionismo de Schmitt, porque seria necessária uma performatividade formal para se manter a soberania; mas que existe uma intrigante relação entre os dois pensamentos é inegável (RIBEIRO, 2013, p. 152).

Para a construção do regime nazista na Alemanha, por exemplo, essa relação foi essencial, pois houve a ascensão de um líder carismático e soberano ao poder, que quando necessário se utilizava muito do tecnicismo e do formalismo de Kelsen para fazer o seu governo funcionar.

Novamente citando Ribeiro:

O esvaziamento do direito era claro, fruto do casamento entre o carisma fanático de Hitler e da monstruosidade técnica da engenharia social nascente. Durante anos, discutiu-se se o positivismo ou se o decisionismo representava a forma jurídica daqueles anos. Mas em verdade, a união de ambos permitiu uma estetização da política e uma fé nas técnicas de controle social sem precedentes. Bem como um esvaziamento moral da realidade política (RIBEIRO, 2013, p.154)

5 GADAMER

5.1 Pré-conceitos e compreensão

A hermenêutica filosófica de Gadamer nos traz conceitos que se mostram de extrema importância na formulação de um pensar menos formal e menos preocupado com o uso de uma razão pura e de métodos pré-concebidos. Ele parte de conceitos formulados por Heidegger para construir sua hermenêutica, abandonando o conceito moderno de objetividade da ciência na busca de uma compreensão inserida em uma historicidade.

Segundo Gadamer (2011), Heidegger estuda hermenêutica buscando desenvolver, com finalidade ontológica, a estrutura prévia da compreensão. Ele tenta se desprender dos limites trazidos pela idéia moderna de objetividade, demonstrando que a compreensão se desenvolve dentro de uma estrutura circular a partir da temporalidade do *Dasein* (ser-aí), o círculo hermenêutico.

Para Gadamer, o círculo hermenêutico é o espaço no qual ocorre dialogicamente a relação entre o intérprete e a tradição. A compreensão não é e nem pode ser subjetiva, pois é determinada pelo que nos une à tradição. A hermenêutica se dá na relação entre a faticidade e a historicidade do intérprete. Com isso, Gadamer quer dizer que o sentido de um texto é determinado pelo tempo e contexto histórico nos quais o leitor está inserido. Ele não se esgota no momento em que o autor o escreveu, é um processo infinito.

O papel da hermenêutica, então, deixa de ser a criação de um procedimento de compreensão, mas a demonstração, o desvelamento, das condições em que surge.

A compreensão se inicia com conceitos prévios, que são a condição de sua possibilidade. Aquele que busca compreender sempre está sujeito a opiniões prévias, que são espécies de guias que nos trazem algumas expectativas de sentido (que podem ser confirmadas ou não).

Segundo Grondin:

Cada compreensão é condicionada por uma motivação ou por um pré-conceito. Os pré-conceitos – ou a pré-compreensão – escreve Gadamer provocadoramente, valem, de certa forma, como “condições de

compreensão” transcendentais. A nossa historicidade não é uma limitação, e sim um princípio de compreensão. Nos compreendemos e tendemos para uma verdade, porque somos guiados neste processo por expectativas sensoriais. (GRONDIN, 1999, p. 186)

Quem busca compreender algo, está sempre projetando. Diante de um texto, o leitor constrói um projeto prévio baseado em seus pré- conceitos, em sua pré-compreensão.

A ciência moderna, muito preocupada com a fundamentação de suas proposições através de métodos, buscou eliminar toda e qualquer forma de pré-conceito. Apenas através de métodos racionais que juízos seriam válidos.

Ao contrário do pensamento moderno, para Heidegger e Gadamer o conhecimento não é algo metafísico, algo separado daquilo que o homem vive. Na verdade, o conhecimento é algo inseparável das experiências e do mundo onde está o homem. O mundo é onde se dá a compreensão, onde acontece o processo hermenêutico.

O processo de compreensão acontece na mediação do universo de linguagem prévio, onde o hermeneuta se espelha (historicidade), e o evento ou fato que se apresenta diante dele (faticidade), provocando um estranhamento que “gira” o círculo hermenêutico, eclodindo em um novo horizonte de compreensão. Segundo Streck:

Essa faticidade e historicidade é o *locus* da pré-compreensão, condição de possibilidade para qualquer interpretação. Dizendo de um modo mais simples: só interpreto se compreendo; só compreendo se tenho a pré-compreensão, que é constituída de uma estrutura prévia (*Vorhabe*), visão prévia (*Vorsicht*) e concepção prévia (*Vorgriff*), que já une todas as partes (textos) do “sistema”. (Streck, 2011, p. 271)

Gadamer atribui grande parte do descrédito sofrido pelo preconceito na ciência moderna ao iluminismo e o questiona, demonstrando que essa exigência de eliminação de qualquer tipo de preconceito é, na verdade, também um preconceito. Para ele, o papel da hermenêutica não é de um procedimento racional de compreensão, mas desvelar as condições em que a compreensão surge.

A ciência moderna, muito preocupada com a fundamentação de suas proposições através de métodos, buscou eliminar toda e qualquer forma de pré-conceito. Apenas através de métodos racionais que juízos seriam válidos.

A tendência geral da *Aufklärung* é não deixar valer autoridade alguma e decidir tudo diante do tribunal da razão. Assim, a tradição escrita, a Sagrada Escritura, como qualquer outra informação histórica, não podem valer por si mesmas. Antes, a possibilidade de que a tradição seja verdade depende da credibilidade que a razão lhe concede. A fonte última de toda autoridade já não é a tradição mas a razão. (GADAMER, 2011, p. 363)

Ele demonstra que a construção de um sentido não se dá de maneira isolada por um método e separada da história, só sendo possível a partir da pertença a uma tradição, pois o *Dasein* não pode desvincular-se do contexto, dos costumes e tradições que formam seu horizonte hermenêutico, que é o espaço onde o corre dialogicamente a relação entre o intérprete e a tradição em que se encontra.

Para Gadamer (2011), quem procura compreender está sujeito a erros e opiniões prévias. A questão está em não tornar estas opiniões prévias arbitrarias. Não é preciso (nem possível) esquecer as opiniões prévias, pois, como já dito, são a possibilidade de compreensão do mundo e do novo. É na tensão entre o texto apresentado e o ponto de vista do leitor que o preconceito se desvela. O preconceito é a condição para a compreensão de algo, é o horizonte do presente, é a representação da própria finitude do *Dasein*.

O que Gadamer nos ensina é que aquele que busca compreender se abra para o novo, relacionando seus pré-conceitos com a realidade.

Uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, se mostrar receptiva à alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem uma “neutralidade” com relação à coisa nem tampouco um anulamento de si mesma: implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais. O que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais. (Gadamer, 2011, p. 358).

Segundo Gadamer (2011) é o reconhecimento do caráter preconceituoso da compreensão que leva o problema hermenêutico à sua real agudeza. Este reconhecimento não significa uma busca de simplesmente confirmar suas expectativas de sentido, mas tornar-se consciente de seus pré-conceitos para poder controlá-los e ganhar assim uma compreensão correta a partir das próprias coisas.

Esse posicionamento de Gadamer deixa claro sua postura crítica diante da ciência moderna e do *Aufklärung*, e da crença na possibilidade de um julgamento racional isento de preconceitos.

Nossa compreensão é determinada pela história. Cada leitor vê o texto com base nos em suas de sentido, condicionadas pela história, que serão confirmadas, negadas ou até mesmo modificadas diante do novo horizonte trazido.

Em consequência desta dependência entre as possibilidades de sentido e a historicidade na qual o leitor está inserido, o sentido do texto não se esgotará no momento em que o autor o escreveu, pois é um processo infinito.

A dialética entre a faticidade e a historicidade pode, em momentos diferentes, apresentar possibilidades e expectativas de sentido que não sejam as mesmas. “A antecipação de sentido, que guia nossa compreensão de um texto, não é um ato da subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição.” (GADAMER, 2011, p. 388)

Quando buscamos compreender algum enunciado, não é necessário compreender a constituição psíquica de seu autor, mas sob qual perspectiva ele a formulou. Ou seja, não se deve buscar estabelecer uma *práxis* de interpretação opaca como princípio, mas inserir a interpretação num contexto.

Mas como utilizar destes referenciais sem o risco de engessar o conhecimento, de fazer com que os entendimentos se tornem repetitivos e com o passar do tempo se distanciem da realidade? Para isso é importante entender como acontece a compreensão e a interpretação na perspectiva de Gadamer.

Gadamer defende com uma atenção especial a tradição, que para ele é um tipo de autoridade de fundamental importância para a compreensão. Em sua crítica ao *Aufklärung*, que atribui à autoridade a culpa pelo não uso da razão (opondo de forma excludente os dois conceitos), vai afirmar que:

Enquanto a validade de uma autoridade ocupar o lugar do juízo próprio, a autoridade será uma fonte de preconceitos. Mas isso não exclui o fato de que ela pode ser também uma fonte de verdade, o que a *Aufklärung* ignorou em sua pura e simples difamação generalizada contra a autoridade. Para nos certificarmos disso podemos nos reportar a um dos maiores precursores da *Aufklärung* européia, Descartes. Apesar de toda a radicalidade de seu pensamento metodológico, sabe-se que Descartes excluiu das coisas da moral das pretensões de uma reconstrução completa de todas as verdades a partir da razão. (GADAMER, 2011, p.370)

O *Aufklärung* se inspirando neste conceito de razão pura deformou o conceito de autoridade ao ponto de colocá-lo como a antítese da razão e até da

liberdade. Desta forma a autoridade foi relacionada à obediência cega, irracional, ou sob medo de coerção.

Em sentido contrário aos iluministas, Gadamer vai dizer que:

Todavia, a essência da autoridade não é isso. Na verdade, a autoridade é, em primeiro lugar, uma atribuição a pessoas. Mas a autoridade das pessoas não tem seu fundamento último num ato de submissão e de abdicação da razão, mas num ato de reconhecimento e de conhecimento: reconhece-se que o outro está acima de nós em juízo e visão e que, por consequência, seu juízo precede, ou seja, tem primazia em relação ao nosso próprio juízo. Isso implica que se alguém tem pretensões à autoridade, esta ao deve ser-lhe outorgada; antes, autoridade é e deve ser alcançada. Ela repousa sobre o reconhecimento e, portanto, sobre uma ação da própria razão que, tornando-se consciente de seus próprios limites atribui ao outro uma visão mais acertada. (GADAMER, 2011, p. 371)

Para Gadamer, as autoridades são reconhecidas como tal por atos de reconhecimento e conhecimento, não por arbitrariedades. O que uma autoridade diz não é uma arbitrariedade, não deve ser aceito de forma irracional, mas é algo que deve ser compreendido.

A autoridade não se outorga, se adquire, pois seu verdadeiro fundamento é, segundo Gadamer (2011), um ato de liberdade e de razão, que concede autoridade a alguém ou algo basicamente porque possui uma visão mais ampla, ou seja, porque sabe melhor.

Gadamer vai destacar um tipo de autoridade que influencia de forma bastante ampla o comportamento humano, muitas vezes de maneira alheia à razão (que é uma construção cultural de cada época e contexto), a tradição.

Ele defende que para uma melhor compreensão da finitude do homem e de sua historicidade devemos abandonar a visão iluminista da relação entre tradição e razão e reconhecer que esta se dá sob bases compartilhadas e anteriores ao próprio *Dasein*.

Não é possível compreender a tradição de forma isenta de preconceito, através da razão pura, pois o homem é um ser inserido em determinado contexto e momento históricos, dos quais a própria tradição é parte fundamental, pois à margem dos fundamentos da razão, a tradição conserva as nossas instituições e comportamentos.

Há de se ressaltar que Gadamer, ao defender a importância da tradição, jamais objetivou passar a idéia de que as tradições são inquestionáveis e imutáveis. Pelo contrário, a possibilidade da conservação desta depende de sua relação com a realidade, com a faticidade. Segundo ele:

Na realidade, a tradição sempre é um momento da liberdade e da própria história. Também a tradição mais autêntica e a tradição melhor estabelecida não se realizam naturalmente em virtude da capacidade de inércia que permite ao que está aí de persistir, mas necessita ser afirmada, assumida e cultivada. A tradição é essencialmente conservação e como tal sempre está atuante nas mudanças históricas. Mas a conservação é um ato da razão, e se caracteriza por não atrair a atenção sobre si. Essa é a razão por que as inovações, os planejamentos aparecem como as únicas ações e realizações da razão. Mas isso não passa de aparência. Inclusive quando a vida sofre suas transformações mais tumultuadas, como em tempos revolucionários, em meio à suposta mudança das coisas, do antigo conserva-se muito mais do que se poderia crer, integrando-se com o novo numa nova forma de validade. Em todo caso, a conservação representa uma conduta tão livre como a destruição e a inovação. (Gadamer, 2011, p. 373, 374)

Este ato de conservação da tradição é ato da razão uma vez que, para Gadamer, não representa inércia, mas o cultivo de algo pré-existente, que fará parte do novo a ser constituído. Para ele a pretensão moderna de criar algo novo apenas através da razão é impossível, pois a tradição traz pontos de partida que vão orientar qualquer prática, tanto de ruptura quanto de continuidade.

A própria razão reconhece a tradição como autoridade, pois só transmite aquilo que se mostrar adequado na mediação entre faticidade e historicidade. O ato de escolha da transmissão, ou não, de algo já é um trabalho da razão. Selecionar o que permanece da algo anterior não significa passividade, mas uma escolha daquilo que ainda se mostra importante. O dinamismo da tradição se dá através de sua constante reafirmação, que muitas vezes é, na verdade, uma reinvenção.

A tradição em Gadamer não é algo pronto e imutável, como uma peça de museu. Seu sentido, na verdade, está ligado à idéia de transmissão, por estar diretamente relacionada com os efeitos que a história opera em toda compreensão, esteja o intérprete ciente ou não. Ser consciente dos efeitos da história é conhecer o horizonte hermenêutico no qual se está inserido, que é onde nos encontramos face à tradição que tentamos compreender. Aquele que compreende uma tradição, ou algo que ela lhe diz, está compreendendo a si próprio.

A leitura de Verdade e Método nos leva a perceber que a tradição é em grande parte, se não totalmente, linguagem. Vejamos:

O fato de a essência da tradição se caracterizar por seu caráter de linguagem traz muitas conseqüências para a hermenêutica. Frente a toda outra forma de tradição, a compreensão da tradição da linguagem possui especial primazia. No que se refere à imediatez visível, essa tradição de linguagem pode ficar muito atrás dos monumentos das artes plásticas, por exemplo. Mas a falta de imediatez não é um defeito; antes, nessa aparente deficiência, na abstrata estranheza de todos os “textos” se expressa de uma maneira peculiar a filiação previa de todo elemento de linguagem ao âmbito da compreensão. A tradição de linguagem é tradição no sentido autêntico da palavra, ou seja, aqui não nos defrontamos simplesmente com um resíduo que se deve investigar e interpretar enquanto vestígio do passado. O que chegou a nós pelo caminho da tradição de linguagem não é o que restou, mas é transmitido, isto é, nos é dito – seja na forma de tradição oral imediata, onde vivem o mito, a lenda, os usos e costumes, seja na forma da tradição escrita, cujos signos de certo modo destinam-se diretamente a todo e qualquer leitor que esteja em condições de os ler. (GADAMER, 2011, p.504)

Tal afirmação pode soar pragmática, mas percebe-se em Gadamer uma preocupação em demonstrar que a tradição só é uma autoridade e foi transmitida por se mostrar adequada diante da faticidade em momentos diferentes, seja em parte ou totalmente.

A tradição prossegue pela mediação entre suas práticas e preconceitos com a faticidade, com a realidade em um momento e contexto específicos, trazendo referenciais e pontos de partida para a compreensão do novo, e se modificando a medida que o novo exige novas respostas, ou as velhas não mais sejam capazes de satisfazê-lo.

A compreensão acontece a partir da faticidade que, em conjunto com a tradição, projeta as possibilidades. As transformações da tradição são, ao mesmo tempo, mudanças no próprio intérprete e na sua relação com seus preconceitos.

Novos horizontes são adquiridos quando se tenta ver além do que está próximo. Nesta tentativa, entretanto, não se deixa de lado os conceitos que já possui, mas os integra em um novo todo de uma forma mais adequada diante de novos problemas. Vejamos:

Sendo a experiência hermenêutica uma fusão de horizontes, a linguagem é o “chão” comum onde a tradição se oculta e se transmite. Assim a linguagem “[...]é algo que se difunde no modo de estar-no-mundo do homem histórico”. O ter linguagem é o que permite ao homem pertencer ao mundo – a outro grupo, a certa história, a certa cultura – num certo tempo e lugar e não possuí-lo subjetivamente. A linguagem, assim, não é possuída

pelo sujeito, mas apreendida, ordenada e amoldada de acordo com a situação presente em que o sujeito se encontra. É exatamente por isso que a linguagem se abre em infinita expansão, mediando a tradição. Este “pertencer” do sujeito à linguagem é o que permite a fusão de horizontes, pois assim como o sujeito pertence à linguagem, o texto também pertence, delineando um horizonte comum entre ambos – o que Gadamer denomina de consciência histórica operativa. (LIXA, 2005, p. 181 e 182)

Para Gadamer, é fato que existe uma pertença à linguagem e à tradição (que também é principalmente linguagem). Todo ser humano está inserido em uma tradição e nem sempre há uma percepção muito clara sobre o papel dela sobre sua vida. Mas, de toda forma, a pertença é inegável e é o que torna possível a ampliação dos horizontes de compreensão e, até mesmo, a refutação de parte ou de toda a tradição.

. Citando Streck:

não se diga que a hermenêutica venha a favorecer um conservadorismo, já que a fusão de horizontes dará passagem a algo sempre imprevisível e novo. Em última análise, a continuidade na tradição obrigará a uma justificação dialogada, controlada e confrontada com essa mesma tradição, o que exclui qualquer resultado e circunscreve a área de compreensão legítima isto será mais correto que se abandonar, com os braços cruzados, a uma metodologia que talvez nos conduza a resultados eficazes, porém, quem controla (essa) metodologia? A resposta a essa pergunta é que a tradição reclamada por Gadamer baseia-se na idéia de uma repetição produtiva no ato originário de criação. (Streck, 2011, p. 275/276)

No pensamento de Gadamer a ciência não se desenvolve de maneira separada de uma consciência histórica da humanidade e de sua tradição, pois se o conhecimento é histórico, não há como conceber a ciência livre de preconceitos trazidos pela linguagem na qual se insere aquele que busca compreender.

O conhecimento científico não deve ser entendido como oposto à tradição, mas como parte dessa relação essencial com o passado. O que passa a reger o conhecimento não é o método que pretende alcançá-lo, mas sua relação com a linguagem, com a tradição.

Cada atitude interpretativa diante de um texto é, portanto, uma experiência inédita, um novo horizonte revelado. A compreensão não é um conhecimento a ser obtido, mas sobretudo, uma experiência a ser realizada, mediada na linguagem, que não é fixa e previsível, mas essencialmente dinâmica e viva, “fio condutor” da finita e histórica experiência compreensiva. A compreensão, cuja existência é especulativa, é característica universal humana, e sempre um evento histórico dialético e lingüístico, cuja chave-mestra é a ação participativa, aberta e dinâmica do sujeito. (LIXA, 2005, p.183)

Gadamer enfatiza o aspecto da tradição como linguagem, o que a faz viva e atuante. A tradição não é algo pronto que significa continuidade apenas. Como já dito, tanto a continuidade quanto a ruptura são atos racionais. Mas ambos precisam da tradição para acontecer.

Dizer que existe uma pertença do intérprete à tradição (entendida em conjunto indissociável com a linguagem), significa dizer que há aspectos do passado que fazem parte de nossa constituição, por sermos seres históricos e que esse passado não é algo único e indivisível, mas algo que é reconstruído e reinterpretado ao longo da história. Na verdade, ao discorrer sobre tradição, Gadamer reafirma a linguagem como elemento universal e prévio.

5.2 O problema hermenêutico da aplicação

Segundo Gadamer (2011), a hermenêutica tradicional se dividia em dois momentos: a compreensão (*subtilitas intelligendi*) e interpretação (*subtilitas explicandi*). Durante o pietismo, foi acrescentado um terceiro momento à atuação hermenêutica, a aplicação (*subtilitas aplicandi*). Ele leciona, ainda, que o romantismo reconheceu a existência de uma unidade entre *intelligere* e *explicare*, não havendo uma interpretação posterior à compreensão. Os dois momentos, na realidade se dão simultaneamente.

Gadamer dá um passo além do romantismo e apresenta a aplicação como algo mais importante do que apenas um terceiro elemento do processo hermenêutico, mas como parte mais relevante de uma unidade formada com a compreensão e a interpretação. Parte esta que se mostra a mais importante pela convicção de Gadamer de que a compreensão muda de acordo com a mudança da situação hermenêutica em que se encontra o intérprete. Portanto, a compreensão se dará na mediação entre a faticidade e a historicidade.

Segundo Gadamer, no entanto, a aplicação é, na compreensão, tudo, menos algo secundário. Ele segue a intuição de Heidegger, segundo a qual compreender é sempre um compreender-se, incluindo um encontro consigo mesmo. Compreender significa, então, o mesmo que aplicar um sentido à nossa situação, aos nossos questionamentos. Não existe, primeiro, uma pura e objetiva compreensão de sentido, que, ao depois, na aplicação aos nossos questionamentos, adquirisse especial significado. Nos já levamos conosco para dentro de cada compreensão, e isso de tal modo, que, para Gadamer, compreensão e aplicação coincidem. (GRONDIN, 1999, p.193)

Para Gadamer, compreender é aplicar algo geral a uma situação particular. Ele, então recorre a Aristóteles, por tratar da aplicação de regras gerais a casos particulares. Para o filósofo grego a sabedoria prática é saber, diante de uma situação concreta, como agir de acordo com o que é geralmente exigido. “Aristóteles enfatiza o fato de que, no terreno da filosofia prática não se pode falar de uma exatidão de nível máximo como a que fornece o matemático. Esse requisito da exatidão, na verdade estaria fora de lugar” (GADAMER, 2011, p. 413).

Devemos salientar que, em Gadamer, a aplicação do geral ao particular não é trabalhada através de simples subsunção. As pré-compreensões, a tradição e a linguagem onde o intérprete está inserido são parte indissociável deste processo.

O saber técnico e o saber ético não tratam da consciência hermenêutica, mas são importantes de se compreender na obra de Aristóteles, pois se preocupam com a aplicação. E é justamente a ênfase dada à aplicação que vai diferenciar a hermenêutica de Gadamer da hermenêutica clássica, pois “compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão” (GADAMER, 2011, p. 406).

O intérprete quer compreender o que diz a tradição e o que constitui o sentido e o significado do texto, mas para isso não pode ignorar a si mesmo e a situação hermenêutica na qual se encontra.

Se quisermos compreender adequadamente um texto – lei ou mensagem de salvação-, isto é, compreendê-lo de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar (GADAMER, 2011, p. 408)

Com isso, Gadamer quer nos dizer que ao compreender ou interpretar algo, na verdade, estamos aplicando. Diante de um texto, o leitor vai ter algumas expectativas de sentido, que são condicionadas pelas suas pré-compreensões (legado da tradição e da linguagem), que tentará aplicar diante daquilo que o texto lhe traz. Tais expectativas podem ser confirmadas ou não.

Contudo, de toda maneira, na mediação entre suas expectativas e o fato novo, entre a sua historicidade e a faticidade, o leitor passa por um processo reflexivo de autocompreensão. Como ser-no-mundo, a autocompreensão é, na verdade, a possibilidade de compreensão da própria situação hermenêutica.

Daí uma das principais críticas de Gadamer à ciência pensada nos moldes modernos: não há como pensar as “ciências do espírito” através de métodos pré-concebidos, através de uma “racionalidade pura”, pois esta postura depende de um distanciamento entre sujeito e objeto.

Se o sujeito é condicionado pela tradição em que está inserido, se ele sofre efeitos da história, como vai produzir conhecimento sobre si mesmo de forma distante? Como o homem vai estudar algo em que está inserido de forma isenta? Impossível.

A compreensão, ou o que aqui é a mesma coisa, a aplicação, é menos uma ação da subjetividade auto-suficiente, do que um “introduzir-se num acontecimento da tradição, no qual passado e presente se intermediam constantemente”. Entender um texto do passado significa traduzi-lo para nossa situação presente, escutando nele uma discursiva resposta para os questionamentos da nossa era. Foi uma aberração do historicismo, tornar a objetividade dependente da extinção do sujeito interpretante, porque, na verdade, aqui concebida como abertura de sentido (*aleteia*), ocorre apenas no decurso da aplicação histórico-efetual. (GRONDIN, 1999, p. 194)

Para Gadamer a compreensão (aplicação) é um acontecimento interativo, no qual o intérprete tem como interlocutor a tradição, que condiciona como ele vê o mundo e vê a si próprio.

A pré-compreensão seria uma antecipação prévia e difusa do sentido do texto influenciado pela tradição em que se insere o sujeito que o analisa. Noutros termos, é o produto da relação intersubjetiva que o hermeneuta tem no mundo. A pré-compreensão é parte formadora da própria compreensão, constitui ontologicamente a compreensão. Desse modo, como assevera Pereira (2001, p. 28), não existe “possibilidade de compreender que se forme à margem do conjunto difuso de pré-compreensões advindas do horizonte histórico em que se situa o sujeito (RIBEIRO e BRAGA, 2008, p.272).

Não há como separar o intérprete do texto, do objeto de estudo e, por isso, o sentido de um texto se dá na fusão de seu horizonte com o do leitor. Portanto, o sentido do texto não é algo que será determinado pela pura racionalidade ou por um método *a priori* que é utilizado pelo intérprete, mas pela fusão de um horizonte repleto de pré-compreensões, preconceitos e expectativas de sentido de alguém que é parte de uma tradição que, diante do novo, passará por uma reflexão (que não deixa de ser uma maneira de se auto-conhecer), que consiste na reconstrução de seu próprio ser e de seu mundo, a partir do próprio texto.

Gadamer, apesar de não ser jurista, percebe que a hermenêutica jurídica possui um papel diferenciado, por estar em constante necessidade de aplicação, pois o jurista toma o sentido da lei (ou deveria tomar) a partir do caso concreto.

Sendo o círculo hermenêutico o espaço onde o corre dialogicamente a relação entre o intérprete e a tradição, a interpretação não é e nem pode ser subjetiva, pois é determinada pelo que nos une à tradição. A compreensão se dá na relação entre a faticidade e a historicidade do intérprete. “Entender algo significa ter aplicado algo a nós, de tal maneira que nós descobrimos nesta uma resposta a nossas interrogações. Mas, “nossas” de tal forma, que elas foram também assumidas e transformadas a partir de uma tradição.” (GRONDIN, 1999, p.194)

O sentido de um texto é determinado pelo tempo e contexto histórico nos quais o intérprete está inserido. Ele não se esgota no momento em que o autor o escreveu, pois é um processo infinito. O papel da hermenêutica, então, deixa de ser a criação de um procedimento de compreensão, mas a demonstração, o desvelamento, das condições em que surge. Por isso deixa de ser filosofia hermenêutica para ser hermenêutica filosófica.

A partir da hermenêutica filosófica não há mais de se falar no trabalho hermenêutico apenas recurso auxiliar da *práxis* jurídica destinado a sanar certas deficiências e casos excepcionais no sistema da dogmática jurídica. Dogmática esta que, na concepção positivista normativista de Kelsen, não tem (ou não deve ter) relação com a tradição, se fundando apenas na razão e na lógica formais.

A modernidade desconhece (ou nega) a unidade entre aplicação e compreensão, tentando eliminar metodologicamente qualquer influência do horizonte hermenêutico do intérprete sobre sua compreensão. A pretensão da ciência seria manter-se independente de toda aplicação subjetiva em virtude de sua metodologia.

A hermenêutica jurídica, para Gadamer, é o modelo de relação entre o passado e o presente que procura. Quando o juiz adapta a lei às necessidades do presente, quer certamente resolver um problema concreto. O que de modo algum quer dizer que sua interpretação da lei possa ser uma tradução arbitrária. Aquele que compreende não escolhe arbitrariamente seu ponto de vista, que é construído em sua relação com sua historicidade, com a tradição à qual pertence.

A tarefa de concretizar a lei em cada caso, de complementar o direito de forma produtiva deve ser realizada em uma busca da compreensão da tradição jurídica onde o intérprete, ou o juiz, está inserido. A compreensão do direito é, ao mesmo, tempo a compreensão do intérprete de si mesmo e de sua relação com o mundo.

A interpretação da lei consiste em sua concretização em cada caso concreto, ou seja, ela se realiza em sua aplicação, o que pressupõe uma atividade produtiva por parte do juiz, vez que esse adequa a especificidade dos fatos com a generalidade da norma. Sublinhe-se que essa operação não é feita de maneira arbitrária, mas em função de uma ponderação por referência ao conjunto do ordenamento jurídico. (PEREIRA, 2001, p. 41)

Assim, o conteúdo normativo da lei deve ser determinado em relação a cada caso em que deve ser aplicado, admitindo que as circunstâncias mudam ao longo da história, precisando assim determinar novamente a função normativa da lei. Desta forma, a idéia de dogmática jurídica perfeita e do sistema escalonado como fonte do direito não tem mais sustentação.

Pela teoria hermenêutica de Gadamer (1997), a questão interpretativa deixa de colocar-se como um problema metodológico, ou de simples técnica, para ser um problema filosófico, na medida em que a interpretação não é concebida como um meio de conhecer, mas como um modo de ser. Na obra *Verdade e Método*, Gadamer (1997) expõe uma nova teoria da experiência hermenêutica que vai além da tradicional concepção que a equipara a uma metodologia científica. A hermenêutica deixa de ser um método para tornar-se uma ontologia, o “modo de ser do homem”, o modo de compreender”, desvalorizando, dessa maneira, a teoria positivista. (RIBEIRO e BRAGA, 2008, p. 278)

A partir da hermenêutica filosófica fica claro que o jurista não pode atribuir qualquer sentido que lhe convier ao texto de lei, apenas por ser designado legalmente para dizer o direito.

Gadamer deixa claro, ainda, que o jurista não pode buscar descobrir qual sentido o legislador desejava atribuir à norma no seu ato de criação, não pode se comportar como historiador, na tentativa de compreendê-la a partir de sua situação histórica original, mas se ocupa de sua própria história, que é o presente.

Por mais que o jurista se prenda à letra do texto legal, não há garantia de reprodução do sentido original e nem mesmo deve preocupar-se em alcançar esse sentido. O que não foi transmitido por sua tradição, por sua linguagem, não faz parte de seu horizonte histórico, e não precisa ser objeto de preocupação do intérprete. Tudo aquilo que fez parte de um horizonte diferente do horizonte presente do

intérprete, e não mais se encontra neste, não o foi porque anteriormente diante da realidade não mais trazia soluções para a compreensão em sua real agudeza.

Para Gadamer (2011, p. 430), “em toda compreensão histórica já está sempre implícito que a tradição que nos alcança dirige sua palavra ao presente e deve ser compreendida nessa mediação - mais ainda: *como* essa mediação.” Essa tentativa de se colocar no lugar do leitor original, de entender sua *psiqué*, difere bastante da proposta de aplicação de Gadamer. Tentar compreender o texto hoje tentando reproduzir entendimentos do passado expõe o jurista ao risco de utilizar métodos que não mais coadunem com a tradição e o horizonte histórico presentes, dando espaço, inclusive, a arbitrariedades baseadas em posturas pretéritas.

Em conseqüência disso, Gadamer nega qualquer tentativa de pautar o acesso à verdade dos fenômenos através da reconstituição das condições originais subjacentes ao surgimento da obra (no caso, por ex., da consciência estética) ou do evento histórico (no caso da consciência histórica), o que implica ser inadequado tomar, como ponto de referência, o conhecimento da *intenção do autor*. Para ele, essa tarefa reconstrutiva é impotente em face da historicidade do nosso ser porque implica a ilusão de podermos atingir o passado em seus próprios termos, independente de nosso horizonte atual, de nossa situação hermenêutica. Toda atividade interpretativa é *reconhecimento* (conhecer novamente) e por isso carrega sempre uma parcela de *criação*, ainda que se dirija à coisa em si. (PEREIRA,2001, p.45)

A tarefa do jurista é mediar historicidade e faticidade com o olhar presente, pois aquilo do passado que lhe diz respeito já está inserido na linguagem e na tradição, expressas pelos seus preconceitos e expectativas de sentido.

Segundo Gadamer (2011, p. 436), o que há de comum entre todas as formas de hermenêutica é que o sentido de algo somente se concretiza e se completa na interpretação, que se mantém sempre ligada ao sentido do texto. Ligação esta que se dá em razão da pertença a uma tradição frente a qual nos comportamos à maneira da aplicação, como o jurista se porta diante da lei.

“O conteúdo transmitido mais que tudo deve ser reinterpretado, isto é, o texto deve ser procurado além de seu sentido literal, por exemplo, comparando-o com outros dados que permitam avaliar o valor histórico de uma tradição” (Gadamer, 2011, p. 441).

Nas abordagens positivistas, o direito consiste em um sistema fechado de normas e a interpretação se dá como uma atribuição de sentidos por parte de um

intérprete autêntico. O direito é tratado como um objeto de estudo separado de seu intérprete e de sua tradição, para que este possa observá-lo de maneira externa e neutra.

Como já dito, o positivismo de Kelsen objetiva criar um método de análise do direito similar aos métodos de pesquisa das ciências naturais, de forma objetiva, com o distanciamento do objeto de estudo, analisado de forma neutra e distante pelo intérprete, que em nenhum momento poderia violar esse distanciamento. O direito é encarado como uma ciência, no sentido moderno, e como tal deve possuir sua própria metodologia científica, isenta da influência de valores e preconceitos.

Contudo, essa aceitação da metodologia científica pode mascarar a verdade e permitir a legitimação de injustiças e abusos legitimados por métodos pré-concebidos (no caso do positivismo pela crença no ordenamento jurídico escalonado).

A partir de Gadamer fica claro que todo apelo a um modelo pré-concebido vai levar a um compreender que pode não mostrar as coisas como elas realmente são, mas de uma maneira que vai estar de acordo com a lógica do próprio modelo, que nem sempre estará apto a permitir a compreensão da verdade.

6 DWORKIN: O DIREITO COMO INTEGRIDADE E O ROMANCE EM CADEIA

Outro autor que traz importantes contribuições para uma compreensão do direito menos formal e inserida em uma historicidade é Dworkin. Assim como Gadamer, ele desenvolve sua obra trazendo conceitos e posicionamentos que buscam ligar o jurista e a aplicação do direito a uma tradição.

Dworkin apresenta três concepções do direito: o convencionalismo, o pragmatismo e o direito como integridade. Ele critica as duas primeiras e define o convencionalismo como a concepção onde o direito bem compreendido consiste em respeitar e aplicar as convenções. Em uma postura convencionalista, o direito depende de convenções sobre as quais as instituições têm o poder de elaborar as leis e como aplicá-las. A prática jurídica, para o convencionalismo, consiste em respeitar e aplicar as convenções, verificando decisões políticas do passado.

O convencionalismo defende a autoridade da convenção ao insistir em que as práticas convencionais estabelecem tanto o fim quanto o princípio do poder do passado sobre o presente. Insiste em que o passado não concede nenhum direito sustentável diante de um tribunal, salvo quando forem incontestavelmente aquilo que todos sabem e esperam. Se a convenção for omissa, não existe direito, e a força dessa afirmação negativa está exatamente no fato de que os juízes não devem, então, fingir que suas decisões decorrem, de algum modo, daquilo que já foi decidido. Devemos proteger a convenção dessa maneira, segundo o convencionalismo, mesmo achando que às vezes os juízes devem, em circunstâncias extremas, ignorar a convenção (DWORKIN, 2003, p. 147).

O convencionalismo seria uma concepção interpretativa do direito que se foca no passado em detrimento do presente e do futuro, pois confere às convenções produzidas no passado a responsabilidade de reger a sociedade, mesmo que o jurista ou intérprete a veja como mais justa.

Dworkin critica o convencionalismo apontando que diante de casos difíceis, onde as convenções pretéritas não apresentam soluções ao caso concreto o juiz seria convertido em legislador, pois teria uma grande discricionariedade para decidir, podendo criar direito.

A decisão que o juiz deve tomar nos casos difíceis é discricionária no sentido forte do termo: é deixada em aberto, via correto entendimento de decisões passadas. O juiz deve encontrar algum outro tipo de justificativa além da garantia do direito, além de qualquer exigência de consistência com decisões tomadas no passado, que venha apoiar o que fará em seguida. (DWORKIN, 2003, p.143)

Abdicando das convenções em casos controversos, o convencionalismo contraria o que lhe dá seu fundamento normativo, as decisões tomadas no passado.

Já o pragmatismo é uma concepção cética do direito, segundo Dworkin. Vai à contramão do convencionalismo, considerando que a coerência com o passado não tem um valor por si mesmo. “O que os juízes tomam e devem tomar quaisquer decisões que lhes pareçam melhores para o futuro da comunidade” (DWORKIN, 2003, p.119). Diante de uma realidade em constante mudança, o pragmatismo dá ao direito a força para conduzir a coletividade aos fins almejados.

O pragmatismo é uma concepção cética do direito porque rejeita a existência de pretensões juridicamente tuteladas genuínas, não estratégicas. Não rejeita a moral, nem mesmo as pretensões morais e políticas. Afirma que, para decidir os casos, os juízes devem seguir qualquer método que produza aquilo que acreditam ser a melhor comunidade futura, e ainda que alguns juristas pragmáticos pudessem pensar que isso significa uma comunidade mais rica, mais feliz ou mais poderosa, outros escolheriam uma comunidade com menos injustiças, com uma melhor tradição cultural e com aquilo que chamamos de alta qualidade de vida. O pragmatismo não exclui nenhuma teoria sobre o que torna uma comunidade melhor. Mas também não leva a sério as pretensões juridicamente tuteladas. Rejeita aquilo que outras concepções do direito aceitam: que as pessoas podem claramente ter direitos, que prevalecem sobre aquilo que, de outra forma, asseguraria o melhor futuro à sociedade. Segundo o pragmatismo, aquilo que chamamos de direitos atribuídos a uma pessoa são apenas os auxiliares do melhor futuro: são instrumentos que construímos para esse fim, e não possuem força ou fundamento independentes. (DWORKIN, 2003, p. 195).

O pragmatismo tem como característica o fato de afirmar que as pessoas não têm direitos, apenas acreditam ter, pois a sociedade é organizada de maneira que sustente essa crença. Na visão do pragmatismo são os juízes que determinam o que cada um fará jus, com o intuito de conduzir a sociedade para uma condição melhor no futuro em relação ao presente.

Para o pragmatismo os juízes devem ser livres para alterar regras quando perceberem que as alterações podem trazer mais benefícios para a comunidade do que o uso de convenções.

Veremos, em poucas palavras, que o pragmatismo é menos radical do que essa descrição pode fazê-lo parecer, pois reconhece razões estratégicas pelas quais as leis devem ser geralmente aplicadas de acordo com seu significado manifesto e pretendido, e pelas quais as decisões judiciais anteriores devem ser normalmente respeitadas nos casos atuais. Do contrário, o governo perderia seu poder de controlar o comportamento das pessoas, o que sem dúvida viria a piorar a comunidade como um todo. Essas, porém, são apenas razões de estratégia, e um pragmático acha que os juízes devem estar sempre prontos a rejeitar tais razões quando

acreditam que modificar as regras estabelecidas no passado irá favorecer o interesse geral, a despeito de provocar algum dano á autoridade das instituições políticas. (DWORKIN, 2003, p. 180)

Portanto, na visão pragmática, os juízes, apesar de terem o direito em suas mãos, respeitam as convenções nos casos corriqueiros, pois, por pensarem estrategicamente no bem da comunidade, desejam que as pessoas tenham a sensação de previsibilidade e de garantia de seus direitos.

Para Dworkin (2003), o pragmatismo falha justamente por defender que a força do direito está na produção de normas individuais que visem o futuro. Ao ignorar o dever de coerência em relação às convenções do passado, o pragmatismo corre o risco de criar decisões cada vez mais afastadas da realidade, mais carentes de legitimidade, pois a incoerência entre as decisões presentes e as convenções passadas, pode retirar o crédito do direito junto à sociedade. Se decisões que promovem melhorias podem ser bem vistas, por outro a possibilidade de distinções arbitrárias entre pessoas de uma mesma comunidade gera enormes insatisfações.

No intuito de estabelecer um equilíbrio no direito, mediando o presente e o passado, Dworkin (2003) vai elaborar seu conceito de direito como integridade, começando no presente e só se voltando para o passado na medida em que as necessidades do momento assim o determinem. “O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro” (DWORKIN, 2003, p. 271)

No direito como integridade, o que fundamenta as decisões são os princípios de justiça, equidade e devido processo legal, percebidos no conjunto das decisões jurídicas e políticas de sua comunidade ao longo da história. Enquanto o convencionalismo exige estudo de repertórios jurídicos e parlamentares para fundamentar decisões, e o pragmatismo exige o pensamento instrumental sobre melhores regras para o futuro, o direito como integridade vai se preocupar tanto com a *práxis* jurídica quanto com seu conteúdo, sua fonte de inspiração.

O direito como integridade é diferente: é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente, interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como a continuidade – e como

origem – das interpretações mais detalhadas que recomenda. (DWORKIN, 2003, p. 273)

Assim como Gadamer, Dworkin vê a interpretação como um ato produtivo, não repetitivo, por isso afirma que o direito deve ser sempre reinterpretado, mesmo quando em outros momentos a interpretação tenha sido satisfatória. O direito como integridade exige do intérprete, assim como na hermenêutica filosófica, uma atitude interpretativa e auto-reflexiva.

Outro ponto comum de Dworkin e Gadamer é a pertença à tradição. No direito como integridade, o jurista não compreende o direito como um sistema de regras formal que serve para fundamentar suas decisões. Assim como na hermenêutica filosófica, o intérprete não pode ignorar o horizonte histórico em que está inserido.

Para explicitar como deve o jurista agir no direito como integridade e explicar como se dá a relação deste com a tradição jurídica onde está inserido, Dworkin recorre à metáfora do romance em cadeia, onde a interpretação jurídica seria muito semelhante à interpretação de uma obra de arte ou mesmo literária.

Diferentes escritores têm a tarefa de elaborar um roteiro. Nesse contexto, é responsabilidade de cada um deles compor uma parte de um roteiro inacabado, prevalecendo a idéia de conjunto, objetivando um resultado integrado.

Na interpretação desse material em cadeia, exige-se que o escritor se integre à trama, tentando criar o melhor romance possível, como se fosse o único autor. Entretanto, quando o escritor vai levar sua contribuição ao romance, não pode ignorar o que foi escrito antes dele.

Gostaria agora de comparar o desenvolvimento do Direito à elaboração desse, digamos, romance em cadeia. Minha idéia colocada de uma maneira bem simples (mais tarde tentarei explicar melhor) é que quando um advogado ou um juiz depara com um novo problema, como no caso do jovem assassino ou no problema do carro da Buick com defeito, ele deveria ler todo o Direito até aquele ponto, como se ele fosse capítulos precedentes de um romance, e deveria entender que a decisão a que deve chegar no novo caso deve ser uma decisão que continue a estória da forma mais adequada possível. (DWORKIN, 1997)

O romance em cadeia pretende demonstrar como se dá a participação do escritor em contínuo processo de elaboração literária com outros escritores, em um processo que Dworkin chama de interpretação construtiva. Transportando essa idéia

para o âmbito jurídico, essa concepção em forma de romance pretende demonstrar como a norma individual produzida por uma decisão de um juiz deve partir de entendimentos condizentes com a tradição jurídica onde está inserido.

O juiz deve se inclinar sobre as declarações de juízes anteriores não para determinar qual seria o estado de espírito deles no momento das decisões, mas para determinar o que foi realizado coletivamente, da mesma forma que cada escritor deve formar sua própria opinião sobre o que já foi feito. Cada juiz deve-se considerar um elo da cadeia, e as incontáveis decisões, estruturas e praticas que moldam a historia.

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. (DWORKIN, 2003, p. 276)

Nesta concepção o interprete do direito não embasa suas convicções pessoais em uma estrutura formal que lhe permite fazê-lo, mas se insere na linguagem, ao buscar na leitura de textos o que lhe foi transmitido pela tradição . Ele não pode expressar tipos particulares de julgamento, não importando o quanto esse julgamento lhe seduza. Os julgamentos só podem ser utilizados se estiverem de acordo com a estrutura do direito como um todo, e também com os precedentes de interpretação feitos no passado por outros julgadores. Cada intérprete é um elo da cadeia.

A obrigação do escritor de ler todos os capítulos anteriores ao romance é, na verdade, uma forma de fazê-lo tomar consciência do horizonte histórico e da tradição na qual que está inserido no momento de levar sua contribuição ao texto, permitindo que ele veja quais de seus preconceitos são legítimos nessa mediação da historicidade com a faticidade.

Em outras palavras, diante de um caso concreto, o jurista deve procurar analisar as práticas anteriores para se conscientizar da tradição (linguagem) jurídica na qual está inserido. Tal conscientização o permitirá, na aplicação ao caso concreto, perceber quais princípios regem a comunidade jurídica onde está inserido, possibilitando que encontre uma solução que seja justificável coletivamente.

Para Dworkin (2003), a decisão judicial é mais segura e adequada na medida em que obtém mais informações e conceitos interpretativos. Porém, isso não significa que o intérprete vai reproduzir significados anteriores. Como já dito, o direito acontece no presente, e se volta para o passado na medida em que as necessidades do momento assim o determinem.

A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, expressando um sistema único e harmônico. Contudo, devemos ter consciência, que a busca pela integridade, não visa produzir sentenças judiciais uniformes. O ponto central da integridade é a interpretação do Direito em acordo com o paradigma em que o jurista está inserido, não a uniformidade.

Ao falar de romance em cadeia o que pretende Dworkin, novamente se aproximando do entendimento de Gadamer, é demonstrar que a interpretação do direito é realizada a cada aplicação que cada novo caso concreto exige e, em momentos diferentes, pode exigir respostas diferentes.

Quando Dworkin diz que o escritor leva sua contribuição ao romance, sem ignorar o que foi feito antes, significa que o sentido de algo somente se concretiza e se completa a cada nova interpretação, que se mantém sempre ligada ao sentido do texto e ao que lhe foi transmitido pela linguagem. Novamente fica explícita a pertença do jurista a uma tradição frente a qual se comporta à maneira da aplicação em moldes muito similares à hermenêutica filosófica.

Dworkin lança mão de uma outra metáfora, Hércules, para descrever um juiz ideal, que dá conta de interpretar e decidir casos a ele submetidos. Esse juiz seria um homem ideal, pois conheceria todo o ordenamento jurídico e poderia sempre achar a solução correta para cada caso. Para Dworkin, sempre existe uma única decisão correta para cada caso concreto.

A única decisão correta não significa uma única decisão verdadeira e definitiva, como se a verdade existisse de uma vez por todas. A única decisão correta é aquela que melhor aplica o direito em um determinado momento e contexto. Deve ser ressaltado que, para Dworkin, a decisão que melhor aplica o direito não é resultado de conciliação, estratégia ou acordo político, mas sim uma questão de princípio.

Os membros de uma sociedade de princípios admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõe ou endossam. Assim, cada membro aceita que os outros têm direitos, e que ele tem deveres que decorrem desse sistema, ainda que nunca tenham sido formalmente identificados ou declarados. (...) essas obrigações decorrem do fato histórico de sua comunidade ter adotado esse sistema, que é tão especial para ela, e não da presunção de que ele o teria escolhido se a opção tivesse sido inteiramente sua. (DWORKIN, 2003, p. 255)

Para Dworkin, a decisão judicial deve ser uma questão de princípio, não de conciliação, estratégia ou acordo político. Um juiz que adota um princípio em um caso deve dar a este importância integral nos outros casos que decide ou endossa, mesmo em esferas do direito aparentemente não similares.

A intenção de Dworkin, ao dizer que existe uma única resposta correta para cada caso, é evitar que o erro positivista de dizer que existem várias interpretações possíveis de uma regra e qualquer escolha que o intérprete autêntico fizer entre elas estará correta, reafirmando uma postura distante e isenta do sujeito em relação ao objeto.

Afirmar que existe uma única decisão correta é uma forma de obrigar o jurista a buscar uma compreensão do direito que consiga mediar os princípios de uma comunidade com a realidade presente, forçando o jurista a compreender o todo como algo do qual faz parte, assumindo assim a responsabilidade por sua decisão.

A tarefa interpretativa, no direito como integridade, é inserida dentro da historicidade, obrigando o intérprete a buscar uma continuidade da própria história, forçando-o a buscar a resposta que possa defender com argumentos baseados nos princípios que informam sua comunidade. Não há busca por uma resposta objetivamente ou formalmente correta. A correção da resposta se dá diante da realidade e da conformidade com a tradição onde está inserida.

7 O JUSPOSITIVISMO E A FALÁCIA DA TEORIA DAS FONTES

Como já analisado, a Teoria das fontes do direito lecionada tradicionalmente (conforme vemos nos manuais de Introdução ao Estudo do direito) reflete nitidamente a tentativa juspositivista de criação, nos moldes da ciência moderna, de uma ciência do direito metodologicamente neutra e isenta de valores, preconceitos e da tradição. O Direito era tratado como um objeto de estudo separado de seu intérprete, reproduzindo a separação entre sujeito e objeto das ciências naturais.

Através de dois cortes, um epistemológico e outro axiológico (realizados por Kelsen), o direito foi afastado das outras ciências sociais como a sociologia e a política, além de se pretender moralmente neutro. O objeto de análise da ciência do direito passou a se restringir à norma. Segundo Kelsen (2006) só o corte epistemológico permite identificar o que o direito tem de peculiar às outras ciências, a norma.

Hans Kelsen marcou profundamente a “ciência jurídica” e por muito tempo mostrou-se prevalente no que se refere à temática da interpretação jurídica, repercutindo ainda hoje na prática decisória de muitos juízes e tribunais. O ordenamento jurídico foi por ele considerado um conjunto fechado e hierarquizado de normas, que se justificam umas pelas outras e que regulam suas próprias condições de aplicação.

No momento de aplicar o direito, a interpretação consiste em escolher um sentido possível de ser atribuído a uma regra, ou extrair um sentido desta. Para Kelsen (2006), a interpretação só deve ser uma construção inserida em um rol de “molduras”, de possibilidades de sentido que se possa atribuir a uma regra.

O julgador, com poderes a ele concedidos pelo próprio ordenamento jurídico, teria liberdade para escolher, dentro dos limites apontados pela ciência do direito, que formam contornos da moldura, qual seria a melhor decisão a ser tomada. Este é o conceito de “interpretação autêntica” para Kelsen.

A este intérprete é permitida, inclusive, a produção de uma norma fora da moldura ou quadro, quando estas não se mostram suficientes para solucionar o caso concreto, fruto da interpretação cognoscitiva também poderia ser considerada uma

interpretação autêntica, desde que realizada por qualquer dos órgãos jurisdicionais competentes para decidir de forma vinculante.

A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada a um caso concreto, pode fornecer apenas uma solução correta e que a "justeza" dessa solução - sua correção em termos do Direito- é baseada na própria lei. A teoria tradicional representa o processo de se chegar a essa interpretação como se houvesse um ato intelectual de clarificação ou entendimento, como se o intérprete tiver apenas que usar a sua razão, e não a sua vontade; como se através de pura atividade intelectual, ele pudesse escolher, entre as possibilidades existentes, uma que corresponda ao Direito positivo, e então fazer uma escolha justa nos termos desse Direito. (KELSEN, 1997)

A partir desta concepção, a interpretação realizada pelos órgãos jurisdicionais seria um ato de vontade, e não apenas uma atividade de cognição. Há, ainda, entre os juspositivistas, aqueles que crêem que a interpretação é uma busca pelo sentido da norma, o buscando como se fosse um dado. O que há de coincidente entre as duas posturas vai ser, no final das contas, uma discricionariedade enorme para os juízes. "Enfim, o triunfo do juiz solipsista, que coloca o sujeito da relação S-O como o 'senhor dos sentidos'. Ou seja, do objetivismo os juristas passa(ra)m rapidamente para o subjetivismo" (STRECK, 2011, p.114).

Retomando um pouco do pensamento de Schmitt (1996), fica claro que o formalismo juspositivista, e em conseqüência a forma como enxerga o direito e suas fontes (no caso todas formais), além de não criar um método de aplicação do direito como pretende, possibilita mascarar arbitrariedades e abusos dos juízes, através da justificação pela interpretação das normas do sistema da maneira que desejar (o que é permitido pelo próprio sistema).

O sistema de normas escalonado e os elementos apontados pela doutrina juspositivista como fontes do direito são, na verdade, apenas artifícios formais para justificar as decisões judiciais. Se o intérprete autêntico tem discricionariedade para interpretar os textos da maneira que achar mais adequada, não há como caracterizar como fonte do direito a lei, tampouco os costumes, a jurisprudência, as fontes negociais e a doutrina, pois o juiz terá liberdade total para utilizá-los (se realmente o fizer) da maneira que lhe convier.

A possibilidade de uma decisão judicial não estar vinculada a nenhum conteúdo, apenas a formas (pois o juiz pode atribuir o sentido que lhe convier à lei

positivada, e não está vinculado por nenhum outro instituto que é apontado como fonte do direito) demonstra que o juspositivismo e a tentativa da modernidade de criar métodos prévios de interpretação, na verdade conduzem o direito a um decisionismo, assim como apontou Schmitt.

E, considerando as fontes do direito como os fatos ou atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas (BOBBIO, 1999), conclui-se que na verdade a fonte do direito no pensamento juspositivista é o poder dado ao intérprete autêntico.

Um normativista pode argumentar em sentido contrário e dizer que a fonte é a lei, pois a competência do juiz vem dela. Mas como poderemos dizer que esta é fonte, se seu sentido vai ser determinado por aquele que a aplica? Se este intérprete não está vinculado a nada, apenas à existência de um sistema formal, baseado em uma norma hipotética, não há como responder esta pergunta de forma satisfatória.

Se nem a regra positivada tem a capacidade de vincular o conteúdo do direito aplicado, a Teoria das fontes rui definitivamente. Se nem o direito positivado obriga o intérprete, como dizer que costumes o vincularão? Qual o papel da jurisprudência no sistema jurídico? E as fontes negociais e a doutrina?

Esses questionamentos apontam para mais um ponto falho na concepção juspositivista do direito reafirmado na teoria das fontes: a separação entre sujeito e objeto. Se o intérprete autêntico está separado do seu objeto, o direito, o que o vincularia ou ligaria a costumes e práticas do ordenamento jurídico ao qual deveria se submeter? Alguns responderiam que a razão. Mas se não há pertença a nada, se não possui ligação direta com nada, por que a razão escolheria agir de acordo com algo que não lhe é particular em detrimento de seu próprio entendimento?

Diante da incapacidade juspositivista de responder a essas questões, vale a pena retomar brevemente a descrição que Dworkin (2003) faz de uma postura pragmática de aplicação do direito, onde são os juízes que determinam o que cada um fará jus, com o intuito de conduzir a sociedade para uma condição melhor no futuro em relação ao presente.

Os juízes para o pragmatismo devem ser livres para alterar regras quando perceberem que as alterações podem trazer mais benefícios para a comunidade do

que o uso de convenções. A interpretação em casos corriqueiros se dá de acordo com as expectativas coletivas pelo reconhecimento de questões estratégicas, pois a imprevisibilidade poderia levar o Estado à perda de controle sobre as pessoas, o que pioraria a comunidade como um todo.

Ou seja, apesar de toda uma construção formal e uma teoria apontando institutos jurídicos como fontes, ao analisar as proposições e aporias do juspositivismo, vemos que a teoria das fontes sempre foi uma falácia e que a vontade do julgador é a real fonte do direito no pensamento juspositivista, pois este é o único apto a “dizer” o direito.

Se o julgador interpreta o direito de acordo com entendimentos utilizados em outras decisões tomadas anteriormente, preocupado com o que o texto positivado lhe traz, diante da realidade, pode ser que esteja agindo pragmaticamente.

Entretanto, se pensarmos que o jurista realmente tenta aplicar os dispositivos legais em sua melhor forma, tentando se utilizar de entendimentos compartilhados pela comunidade jurídica, e consciente de sua inserção nesta, as perguntas formuladas neste capítulo encontrarão respostas.

8 O FIM DA DUALIDADE SUJEITO - OBJETO

Para superar o pensamento formal do juspositivismo e da ciência moderna é preciso primeiramente abandonar a separação sujeito-objeto. Pois é a partir desta separação que o jurista vai encontrar espaço para pensar o direito de forma subjetiva, dando significados errados aos dispositivos legais e mesmo ao conceito de norma.

A norma jurídica é compreendida erroneamente como ordem, como juízo hipotético, como vontade materialmente vazia. Direito e realidade, norma e segmento normatizado da realidade aparecem justapostos 'em si', sem se relacionarem; um não carece do outro, ambos só se encontram no caminho da subsunção do suporte fático, de uma aplicação da prescrição. (MULLER, 2009, p.18)

Esse distanciamento, baseado na idéia da pureza para alcançar a racionalidade despe o direito de sua força materialmente normativa, esvaziando assim a norma, por não se preocupar com o conteúdo e correção da norma no momento da aplicação, fornecendo enunciados que contêm uma descrição de objetos meramente formal, mas distante da realidade (MULLER, 2009, p.26).

O sistema de regras criado por Kelsen, com a existência de intérpretes autênticos, se mostra em dissonância com a perspectiva da construção participada do Estado por separar o Direito daqueles que rege, como se este tivesse uma lógica própria e apartada do meio e tempo onde está inserido. A lógica positivista se pretende paradigmática, o que se mostra impossível a partir das abordagens adotadas no presente trabalho.

A própria idéia de fonte do direito, pode levar o jurista a crer que o direito está pronto, é algo acabado, que ele vai buscar descobrir e revelar. Esta idéia é uma clara expressão da metódica moderna, que leva à dissociação, separação, entre o direito e seu próprio intérprete.

Não obstante, percebe-se que tradicionalmente a pergunta pela fonte do Direito continua sendo formulada de maneira a tão somente reduzir-se aos seguintes questionamentos: De onde nasce o Direito? De onde brota aquilo que vem a constituir o mundo jurídico? Logo, a própria extensão da pergunta sobre as fontes do Direito, nos moldes de como ela tem-se dado, remete à idéia de simples revelação do Direito, noutros termos, reflete a compreensão do Direito como algo pronto, posto e acabado. (RIBEIRO e BRAGA, 2006)

Diante da incapacidade de trazer soluções a novos problemas e diante do risco da falta de legitimidade que a abordagem juspositivista da teoria das fontes traz

à aplicação do direito, evidenciadas principalmente após a Segunda Grande Guerra, a teoria da argumentação jurídica se apresentou como candidata a trazer novos ares e soluções na aplicação do direito, com o desenvolvimento de uma nova metodologia de aplicação do direito, baseada no que Alexy chama de discurso prático.

A partir disso, a estruturação dos procedimentos de fundamentação e da construção decisória passaram a demonstrar uma preocupação com a construção legítima de decisões.

Contudo, a teoria da argumentação não resolve totalmente o problema da subjetividade e do não engessamento do direito. A existência de procedimentos racionais de discurso no processo decisório, apesar de trazer limites e orientações ao interprete, não o impede realmente de decidir de acordo com suas próprias convicções e interpretações. Não se pode acreditar que apenas a existência de procedimentos garanta legitimidade ao direito, sob o risco de legitimar decisões não condizentes com o paradigma jurídico existente.

E como poderia tal provimento se distanciar do paradigma jurídico vigente? Em uma primeira visualização, a teoria da argumentação e suas regras parecem resolver as questões acima. Entretanto, sob um olhar mais apurado percebe-se que na verdade o procedimento pode funcionar como legitimador de decisões subjetivas e ilegítimas.

Mais contemporaneamente, a dogmática jurídica vem apostando no paradigma epistemológico que tem como escopo o esquema sujeito-objeto, no qual um sujeito observador está situado em frente a um mundo, mundo este que ele 'objetivável e descritível', a partir de seu *cogito* (filosofia da consciência). Acredita-se, pois, na possibilidade da existência de um sujeito cognoscente, que estabelece, de forma objetificante, condições de interpretação e aplicação. O *jurista, de certo modo, percorre a antiga estrada do historicismo*. Não se considera já e sempre no mundo, mas, sim, considera-se como estando-em-frente-a-esse-mundo, o qual ele pode conhecer, utilizando-se do 'instrumento' que é a linguagem jurídica (STRECK, 2011, p.115)

Na verdade, a preocupação da teoria da argumentação em criar um método de interpretação pode levar o intérprete ao mesmo formalismo que é tão criticado no positivismo. Na verdade, métodos pré-elaborados de aplicação do direito sempre encontrarão seus limites diante da imprevisibilidade da realidade fática.

Apesar da existência do contraditório, se os interpretes se colocam como observadores neutros a um problema a eles trazido, há um grande risco de decisões não condizentes com a realidade começarem a ser produzidas. Há, ainda, o risco de estas decisões representarem entendimentos individuais.

O que precisa ser mudado é a concepção da relação entre o intérprete do direito e do próprio direito. Faz-se necessário trazer o intérprete para dentro do seu objeto de interpretação (o próprio Direito) tornando-o co-responsável pela sua construção, mas também parte do próprio “objeto”. Aí está o problema da teoria da argumentação. Apesar de se preocupar com a construção participada de decisões, não abandona a neutralidade e o sujeito continua separado do objeto.

Chamon (2008), para analisar a atuação do juiz no processo recorre a duas metáforas, a do “observador-neutro” e a do “partícipe-imparcial”. O primeiro assume uma postura descritiva e externa ao direito e acredita que para decidir o juiz deve levar em consideração o Direito, que para ele são normas formadas em acordos expressos ou tácitos, aceitas por todos como normas de cunho jurídico. Nesta visão seria o processo legislativo de fundamental importância, pois é o momento de criação da norma.

Para Chamon (2008) o observador- neutro sabe que não é possível encontrar soluções únicas para casos difíceis, pois observando diversas decisões fica nítido não ser possível para o magistrado prolatar a mesma decisão em vários casos. Ele acaba entendendo que em seus próprios julgados muitas vezes adota posicionamentos que divergem de argumentos usados por ele próprio anteriormente, chegando à conclusão de que é o “senhor” da decisão, que tem o poder de escolher a decisão mais adequada através de seu “livre convencimento”.

Diante de situações que nunca foram enfrentadas e da ausência de previsão pelo ordenamento jurídico de todas as possibilidades e que não teriam normas expressas que as solucionassem, o juiz seria levado a decidir criando soluções próprias, muitas vezes ignorando decisões anteriores a até mesmo as argumentações das partes do processo (que nessa situação nem poderiam ser chamados partes), e prolatando uma decisão que está de acordo com a sua própria visão do que seria mais adequado ao caso, apenas respeitando limites formais.

Segundo Chamon, tal posicionamento é perigoso, uma vez que pode facilmente ser levado por argumentos duvidosos e manipuláveis, recorrendo a termos como “bem comum”, “paz social” e “interesse público”.

As conclusões a que um observador neutro poderia chegar dizem respeito ao fato de que, no conjunto de suas anotações, o Direito haveria que ser compreendido como um sistema de regras, um conjunto de normas acordadas, convencionadas, e que na falta de uma convenção abriria a possibilidade aos julgados de *inventar, criar*, discricionariamente, a solução para esses novos casos. Nesse sentido, não vai entender que o Direito se reduziria a textos legislativos, muito antes, acaba também por assumir os costumes como fatos capazes de gerar novas normas jurídicas. (Chamon, 2008, p. 148)

Qualquer semelhança com o juspositivismo não é mera coincidência.

Por outro lado, Chamon (2008) também discorre sobre a metáfora de um “participante-imparcial”. Segundo a ótica deste, também, o juiz há que sempre decidir casos concretos a partir do Direito. Contudo, os pressupostos adotados são outros, pois ele vai compreender que o Direito não pode ser reduzido a um conjunto de normas escalonadas, não pode ser reduzido a um esquema formal, ou em acordos legislativos.

O participante percebe que o Direito é muito mais complexo do que hipóteses e situações pensadas através de métodos pré-concebidos, e que nenhuma legislação é capaz de esgotar todas as situações que se fazem ou um dia se farão relevantes juridicamente. Ele compreende que “o fato de convenções legislativas (...) serem referenciais argumentativos na construção de soluções em sede de aplicação do Direito, não significa que tais normas esgotem o conteúdo normativo do Direito.” (Chamon, 2008, p. 149)

Assim como Dworkin defende que o direito deve passar a ser visto como um sistema de princípios, que devem ser construídos em processo legislativo, mas também são frutos de um processo histórico de formação contínua. Segundo Chamon (2008) os princípios são desdobramentos das ambições que o direito apresenta a si mesmo, reinterpretações das normas jurídicas na busca do sentido do direito, do igual reconhecimento de direitos fundamentais a todos.

A partir de uma postura participativa podemos perceber que para todo caso concreto é sempre possível alcançar uma resposta correta e que, para isso, o julgador deve sempre levar em consideração a historicidade onde se encontra.

Ao se inserir no objeto de análise, ou seja, quando o jurista se assume como parte do direito, passa a ter consciência de sua pertença à tradição e à linguagem, compreendendo que sua atividade está definitivamente entrelaçada às práticas e entendimentos construídos e utilizados ao longo da história da comunidade jurídica a qual pertence.

... há que se envolver, há que se aprofundar no caso, e nos argumentos das partes, há que se entender o contexto, e os pressupostos que sua decisão exigem, sem que isso signifique deixar de ser imparcial, mas, por outro lado, isso definitivamente não significa ser neutro... A neutralidade é algo questionado por nosso participante exatamente porque ele mesmo não entende como é possível a apreensão de “neutralidade”, na medida em que vai compreender que a construção do Direito e da Sociedade, somente se dá através da comunicação; e para que nós possamos nos comunicar é necessário compartilharmos de determinados pressupostos comunicativos, de determinadas pré-compreensões sobre as quais não podemos pretender, divinamente, nos manter neutros... (Chamon, 2008, p.150).

A pretensão à neutralidade se deve a uma compreensão do Direito como um sistema de regras fechado, que ignora a relação da historicidade com o presente. Um jurista que se sabe pertencente a algo anterior a ele próprio, enxerga o Direito não mais como um conjunto de normas, mas como uma construção histórica infinita de sua comunidade política, como tradição e linguagem.

Relembrando sempre que a tradição em Gadamer não é algo pronto e imutável. Quem, na verdade, seu sentido está ligado à idéia de transmissão, por estar diretamente relacionada com os efeitos que a história opera em toda compreensão, esteja o intérprete ciente ou não.

A partir disto, as interpretações serão corretas quando buscarem construir uma resposta publicamente sustentável em face da tradição e da linguagem de sua comunidade jurídica. Não cabe a ele escolher sentidos ou criar normas para o caso. Deve sempre buscar, a partir da tradição jurídica e do horizonte hermenêutico onde se está inserido, uma resposta adequada para o caso específico.

Como qualquer intérprete, há um sentido que é antecipado ao juiz – advindo das pré-compreensões – e, neste momento, já se tem a decisão. Portanto, o julgador não decide para depois buscar a fundamentação, mas só decide porque já encontrou o fundamento, que neste momento é ainda uma antecipação prévia de sentidos tomada de pré-compreensões ainda não problematizadas. Obviamente, deve o magistrado aprimorar o fundamento, revê-lo a partir de uma racionalidade discursiva. É certo que muitas decisões parecem manifestar apenas o primeiro sentido, isto é, revelam tão somente a antecipação do sentido embebida pelas expectativas do juiz, sem maiores aprofundamentos. Para esses casos a parte que se sente prejudicada, acreditando não ter sido o Direito devidamente interpretado,

pode valer-se do duplo grau de jurisdição. Portanto, o duplo grau figuraria enquanto possibilidade de se ter o necessário aprofundamento de sentido para aquelas decisões que revelam uma interpretação presa ao primeiro sentido. (RIBEIRO e BRAGA, 2006)

Como já dito, para Gadamer, o processo de compreensão acontece na mediação do universo de linguagem prévio, onde o hermenauta se espelha (historicidade), e o evento ou fato que se apresenta diante dele (faticidade), provocando um estranhamento que “gira” o círculo hermenêutico, eclodindo em um novo horizonte de compreensão.

O direito como tradição será concretizado pela mediação entre suas práticas e preconceitos com a faticidade, com a realidade em um momento e contexto específicos, trazendo referenciais e pontos de partida para a compreensão do novo, e se modificando à medida que o novo exige novas respostas, ou as velhas não mais sejam capazes de satisfazê-lo.

Novamente deve-se repetir e ressaltar que Gadamer, ao dizer que existe uma pertença do intérprete à tradição (entendida em conjunto indissociável com a linguagem), quer dizer que há aspectos do passado que fazem parte de nossa constituição, por sermos seres históricos e que esse passado não é algo único e indivisível, mas algo que é reconstruído e reinterpretado ao longo da história.

Ao trazer esta concepção para o Direito, percebemos que este não é algo pronto que significa apenas continuidade, mas algo que nos traz aspectos de um passado que forma nosso “conhecimento jurídico”, e que reconstruímos e reinterpretamos a cada aplicação ao caso concreto.

Portanto, para superar o formalismo juspositivista corroborado na Teoria das Fontes, é preciso que o jurista se assuma enquanto ser histórico, inserido em uma tradição e linguagem jurídica, que dele são constitutivas e da qual não pode se dissociar ao mesmo tempo que ele também as constitui. Sendo assim, é preciso abandonar a dicotomia moderna entre sujeito e objeto.

Assim leciona Pereira em passagem que resume bem a idéia deste tópico:

Somente pela interrogação acerca daquilo que se posta diante do homem, ser que conhece, é que se trilha o caminho para o seu correto entendimento, caminho esse que, como tratado anteriormente, é permeado pela interação dialética entre pólos difusos que se encontram no ato de interpretar: o mundo do indivíduo e o mundo do objeto.

Resultado disso é novamente uma desconfiança em relação à velha metódica, pois, ao tentar especular sobre a verdade a respeito de algo, toma por termo a completa dissociação entre o ser que interpreta e aquilo que é dado a conhecer. Ou seja, Gadamer nega a estrita separação entre sujeito e objeto no fluxo do conhecimento. (PEREIRA, 2001, p.47)

9 O DIREITO COMO TRADIÇÃO E A LINGUAGEM COMO SUA FONTE

A partir dos conceitos e autores analisados ao longo do trabalho ficou claro como a visão formalista do juspositivismo, corroborada pela Teoria das fontes, não mais se sustenta como possibilidade de fundamentação jurídica, diante da crescente exigência de legitimidade e dinâmica social do estado democrático de direito.

Esta insuficiência se dá em função de várias separações que o juspositivismo realiza, influenciado pela metódica moderna, através dos cortes epistemológicos e axiológicos explicitados por Kelsen, que terão como conseqüência o afastamento de ser e dever ser, intérprete e objeto, direito e realidade.

Direito e realidade, norma e segmento normatizado da realidade aparecem justapostos “em si” sem se relacionarem; um não carece do outro, ambos só se encontram no caminho da subsunção do suporte fático, de uma aplicação da prescrição. Não vamos discutir aqui a origem deste raciocínio, ambientada sobretudo na separação neokantiana de ser e dever ser. (MÜLLER, 2009, p.18)

Bobbio, como já visto, definiu como fontes do direito os fatos ou atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas.

As fontes do direito diriam respeito à validade das normas, qualificariam as normas como jurídicas ou não. Se for produzida de forma que remonte a outras normas do ordenamento jurídico, terá existência jurídica, caso contrário não.

Entre várias condicionantes ideológicas dessa teoria, devemos ressaltar uma que, pela sua sutileza, passa normalmente despercebida. Apesar do nome *fontes do direito*, essa teoria trata apenas das *fontes de normas jurídicas*, o que implica uma redução de todo fenômeno jurídico à aplicação de regras a casos concretos. (COSTA, 2001, p.210)

O formalismo juspositivista além de não conseguir criar o método de aplicação do direito como pretende, possibilita mascarar arbitrariedades e abusos, através da justificação pela interpretação das normas do sistema da maneira que o intérprete autêntico desejar, pois os institutos que poderiam lhe indicar caminhos a seguir, como a jurisprudência e os costumes têm caráter secundário.

Para os juspositivistas, apesar de existirem mais de uma espécie de fontes do direito dentro de um ordenamento jurídico, elas não estão em um mesmo plano. Na concepção normativista e formalista do juspositivismo, demonstrada pelos pensamentos de Kelsen e Hart, a legislação possui uma preponderância frente aos

outros institutos que consideram como fontes do direito, pois teria um maior grau de objetividade em relação às outras fontes.

Em um ordenamento jurídico complexo, onde há mais que uma fonte do direito, a estrutura hierarquizada é que tornará viável a aplicação do direito. A partir de Hart e sua divisão de normas entre primárias e secundárias, fica clara a idéia de hierarquização do ordenamento para o juspositivismo e que esta se aplica mesmo entre as leis, as normas positivadas.

A Constituição seria o topo de uma pirâmide, em um sistema de normas escalonado, estabelecendo a normas fundamentais de um determinado ordenamento jurídico. Todas outras normas contidas na pirâmide estão (ou devem estar) baseadas nestas normas hierarquicamente superiores trazidas pela constituição, e as normas individuais produzidas seriam como conclusões lógicas da aplicação da cadeia de normas que a precedem.

Entretanto, como já dito, é na fundamentação das normas individuais que se percebe o principal problema do pensamento juspositivista, pois não há uma real limitação às possibilidades de atribuição de sentido à norma pelo intérprete autêntico na concreção normativa.

O juspositivismo tem uma preocupação exacerbada com a forma, abrindo a possibilidade da criação de normas individuais feitas de forma decisionista. Esta possibilidade existe, pois o juiz (intérprete autêntico) pode atribuir o sentido que lhe convier à lei positivada. Em sua decisão ele deve respeitar a forma, basear-se em normas hierarquicamente superiores, mas não tem o conteúdo determinado ou orientado por nada.

A partir do corte axiológico e epistemológico realizados no juspositivismo (Kelsen, 2006), há um esvaziamento de conteúdo material das normas (que vão ter apenas limites semânticos de interpretação), pois essas são validadas por uma hipótese (norma fundamental), e não por um conteúdo que reflita tradições de uma comunidade.

A não vinculação da aplicação de uma norma a um conteúdo ou entendimento prévio, mas apenas à formalidade do sistema escalonado (o intérprete autêntico segundo o próprio Kelsen pode atribuir o sentido que lhe convier à lei

positivada, e não está vinculado por nenhum outro instituto que é apontado como fonte do direito) demonstra que o juspositivismo e a tentativa da modernidade de criar métodos prévios de interpretação, e determinar as fontes do direito na verdade conduzem o direito ao decisionismo apontado por Schmitt.

Se nem a regra positivada, que é a fonte hierarquicamente superior, segundo a própria Teoria das Fontes, tem a capacidade de restringir as hipóteses de interpretações possíveis que o intérprete autêntico pode dar ao direito, a Teoria das fontes rui definitivamente.

Refletindo acerca do conteúdo do modelo de ciência moderna, na esteira do pensamento de Boaventura, pode-se perceber que a concepção de conhecimento moderno é do tipo mínimo, já que se fecha para outros tipos de saberes, constituindo-se, lembrando Weber, num saber desencantado que avilta a natureza. Fundado no rigor matemático que é um modelo que quantifica, e ao quantificar, desqualifica,. Um rigor que busca objetivar, e ao objetivar caricatura.

Este rigor científico, que reprime o valor humano, na busca de exteriorizar a objetividade, interioriza o sujeito, criando uma relação sujeito/objeto estanque e incomunicável. Sem dúvida este modelo, não raras vezes não sabe como superar seus próprios limites, já que a própria precisão quantitativa do conhecimento é necessariamente limitada. (LIXA, 2005, p.101)

A partir da concepção do direito como uma tradição e da linguagem como sua fonte, a separação entre interprete e objeto já não será mais possível, pois o jurista será obrigado a reconhecer as influências que sofre desta, abandonando o conceito moderno de objetividade da ciência e buscando uma compreensão inserida em uma historicidade.

Como já dito, a compreensão se desenvolve dentro de uma estrutura circular a partir da temporalidade da pré-sentença, o círculo hermenêutico. A interpretação se inicia com conceitos prévios (pré-compreensões) que, nos trazem expectativas de sentido, que diante do caso concreto, podem ser confirmadas ou não. O intérprete deve se manter sempre aberto à possibilidade de suas opiniões prévias não serem adequadas.

A partir de Gadamer a hermenêutica jurídica se dá na relação entre a faticidade e a historicidade do intérprete, e sua pertença à tradição, que deve ser entendida não só como conjunto de práticas e hábitos, mas principalmente como linguagem. A tradição não é algo pronto que significa continuidade apenas, pois tanto a continuidade quanto a ruptura dependem da tradição para acontecerem. Ao

discorrer sobre tradição, Gadamer reafirma a linguagem como elemento universal e prévio ao intérprete.

Há aspectos do passado que fazem parte de nossa constituição, por sermos seres históricos, e esse passado não é algo único e indivisível, mas algo que é reconstruído e reinterpretado ao longo da história. Ou seja, ao mesmo tempo em que somos formados pela história, também a estamos formando.

O processo de compreensão acontece na mediação do universo de linguagem prévio, onde o hermenauta se espelha (historicidade), e o evento ou fato que se apresenta diante dele (faticidade), provocando um estranhamento que “gira” o círculo hermenêutico. Com isso, Gadamer quer dizer que o sentido de um texto é determinado pelo tempo e contexto histórico nos quais o leitor está inserido e sua relação com a realidade diante de um caso concreto.

A consequência desta consciência histórica leva o intérprete a compreender o todo a partir do individual e o individual a partir do todo, não existindo uma interpretação realmente subjetiva, pois não somos capazes (mesmo que desejemos) de nos desvincular da tradição e da linguagem nas quais estamos inseridos.

O que determina o sentido de um texto para seu intérprete é a sua condição no mundo.

só interpreto se compreendo; só compreendo se tenho a pré-compreensão, que é constituída de uma estrutura prévia (Vorhabe), visão prévia (Vorsicht) e concepção prévia (Vorgriff), que já une todas as partes (textos) do sistema. (Streck, 2011, p. 271)

Então, a interpretação deixa de ser um ato de vontade, uma escolha, do intérprete, sendo resultado de condições pré-estabelecidas social e historicamente, trazidas ao intérprete pela tradição e sua linguagem.

Sempre lembrando que a interpretação jurídica, como lecionam Gadamer e Dworkin, é uma tarefa criativa, não reprodutiva, pois depende diretamente do caso concreto, que em momentos históricos diferentes pode encontrar necessidades e soluções diferentes.

Não é possível compreender de forma isenta de preconceito ou através da razão pura, pois o homem é um ser inserido em determinado contexto e momento históricos, dos quais a própria tradição é parte fundamental, pois à margem dos

fundamentos da razão, a tradição conserva as nossas instituições e comportamentos.

O processo de compreensão, então, demanda o reconhecimento de que aquilo que se quer conhecer já está implícito, mesmo difusamente, naquele que conhecem sendo o interrogar – a pergunta feita ao se dar ao conhecimento – o caminho a ser trilhado pelo homem rumo ao entendimento. (GRONDIN, 2001, p.48)

Novos horizontes são adquiridos quando se tenta ver além do que está próximo. Nesta tentativa, entretanto, não se deixa de lado os conceitos que já possui (pois são estes que possibilitam a compreensão), mas os integra em um novo todo de uma forma mais adequada diante de novos problemas.

Citando Streck:

não se diga que a hermenêutica venha a favorecer um conservadorismo, já que a fusão de horizonte dará passagem a algo sempre imprevisível e novo. Em última análise, a continuidade na tradição obrigará a uma justificação dialogada, controlada e confrontada com essa mesma tradição, o que exclui qualquer resultado e circunscreve a área de compreensão legítima isto será mais correto que se abandonar, com os braços cruzados, a uma metodologia que talvez nos conduza a resultados eficazes, porém, quem controla (essa) metodologia? A resposta a essa pergunta é que a tradição reclamada por Gadamer baseia-se na idéia de uma repetição produtiva no ato originário de criação. (Streck, 2011, p. 275/276)

O reconhecimento do valor da tradição está diretamente relacionado com os efeitos que a história opera em toda compreensão, esteja o interprete ciente ou não. Ser consciente dos efeitos da história é conhecer o horizonte hermenêutico no qual se está inserido, que é onde nos encontramos face à tradição que tentamos compreender.

O intérprete é produto de uma linguagem e, no caso do direito, o jurista, ao interpretar, não se desfaz de seus preconceitos na sua compreensão do direito pois:

Como fruto da linguagem social, o magistrado conta com todos os seus pré-conceitos desde suas mais remotas experiências (conscientes ou não), de sua formação humana e jurídica, até os elementos probatórios que se deram no curso regular do processo, argumentação das partes, etc. (RIBEIRO, BRAGA, 2006).

O intérprete consciente não busca decidir de forma individual, pois sabe que seu processo de compreensão – interpretação – aplicação (que, como já dito para Gadamer são uma coisa só) está condicionado pela tradição e pela linguagem.

Assim como demonstrou Dworkin em sua metáfora do romance em cadeia, o intérprete que se sabe como parte de um todo não buscará abandonar deliberadamente as práticas do passado, nem mesmo reproduzi-las, mas reinterpretá-las da melhor maneira possível diante do caso concreto através dos preconceitos que lhe são transmitidos pela tradição.

Deve-se ressaltar que esta postura se deve não a um objetivo estratégico (como a postura pragmática tratada por Dworkin), mas pela consciência da pertença à tradição e da condição de ser histórico de cada intérprete. O intérprete consciente de sua pertença à tradição sabe que ao aplicar o direito estará reinterpretando constantemente, mediando a historicidade e a faticidade.

A partir destes conceitos não há como continuar acolhendo a Teoria das Fontes como meio fundamento de validade do Direito, pois o direito não surge da lei e nem mesmo é algo pronto e acabado que só consultamos quando necessário.

Incorporando o sentido de crítica hermenêutica gadameriana ao campo jurídico, o ponto de partida é a desocultação do horizonte herdado pela tradição positivista como pré-estrutura compreensiva reducionista, que, toma o Direito exclusivamente como enunciados normativos, desprezando o papel condicionante das forças históricas implícitas aos textos legais, perpetuadas e cristalizadas através da prática jurídica. Fruto do cientificismo moderno, a hermenêutica jurídica tornou-se o instrumental técnico de manutenção do legalismo e formalismo atrelado aos interesses do Estado, que com trágico contexto político dos sistemas totalitaristas desde séculos e as verdadeiras catástrofes humanas deles decorrentes, conduziram os juristas a repensarem o caráter e a finalidade do Direito. (LIXA, 2005, p. 147)

Sendo o Direito, um conjunto de práticas, enunciados normativos e conceitos, dizer que sua origem se dá na lei (primariamente) ou em alguns institutos definidos pelos juspositivistas como fontes, soaria ingênuo. Relembrando Kelsen e Hart, poder-se-ia até dizer que eles consideram a importância da tradição para o direito quando falam de norma fundamental e regra de reconhecimento, respectivamente. Contudo, tal entendimento estaria ligado à idéia de tradição como continuidade e de forma autoritativa. Pois na concepção juspositivista o direito é isento da própria tradição.

Portanto, deve-se passar a compreender o próprio Direito como uma tradição, que traz consigo práticas e pré-conceitos que são transmitidos ao longo da história, pela linguagem, que é, então, sua fonte.

A tradição escrita não é apenas uma parte de um mundo passado, mas já sempre se elevou acima deste, na esfera do sentido que ele enuncia. Trata-se da idealidade da palavra, que todo elemento de linguagem eleva acima da definição finita e efêmera, própria aos restos de existências passadas. O portador da tradição não é este manuscrito como uma parte do passado mas a continuidade da memória. Através dela a tradição se converte numa parte do próprio mundo, e assim o que ela nos comunica pode chegar imediatamente à linguagem. Onde uma tradição escrita chega a nós, não só conhecemos algo individual mas se faz presente em pessoa uma humanidade passada em sua relação universal (GADAMER, 2011, p. 505)

O enunciado normativo, portanto, não é válido por que outro enunciado lhe dá validade, como pretendem os juspositivistas, mas por ser o portador de uma tradição jurídica, por ser o mecanismo de conversão do Direito em uma parte do mundo e da história do qual todos fazemos parte.

A lei deixa de ser fonte do direito, mas ganha seu espaço no mundo por deixar de ser apenas um enunciado formal e vazio num sistema escalonado e passar a ser uma expressão uma tradição e de uma linguagem jurídica.

Aquele que enxerga a linguagem como fonte do direito, e este como tradição não vai buscar escolher sentido para uma regra se preocupando apenas com o aspecto formal de seu ato. Por ser consciente de sua pertença à tradição, sabe que deve tentar concretizar a norma em acordo com a estrutura do direito como um todo, utilizando-se de precedentes e dos institutos considerados como fontes secundárias pelos juspositivistas (como a razão jurídica) para tentar compreender a linguagem onde está inserido.

Com a linguagem como fonte do direito, institutos como os costumes, a jurisprudência e a razão jurídica, serão fundamentais, pois são meios de expressão desta e da tradição jurídica onde se encontra o intérprete.

Analisando diversos julgados sobre um tema percebe-se qual significado foi dado a um determinado artigo de lei ao longo da história de uma comunidade jurídica, quais práticas foram adotadas, quais métodos foram utilizados. A jurisprudência passa a ser utilizada de maneira parecida com o romance em cadeia de Dworkin. A mudança com relação ao juspositivismo é enorme.

Para um juspositivista a jurisprudência é um referencial optativo, já para um hermenêutica que enxerga a linguagem como fonte do direito, ela será fundamental, pois o ajudará a se posicionar dentro da tradição jurídica de sua comunidade.

Se a linguagem (e não a lei) é a fonte do direito (tradição), as leis passam a ser dotadas de conteúdo material, deixando de ser meros instrumentos de embasamento formal de decisões, pois se tornam formas de expressão da historicidade onde o jurista está inserido.

Como leciona Gadamer (2011) o sentido de um texto é determinado pelo tempo e contexto histórico nos quais o leitor está inserido, que vão trazer, através da linguagem, as possibilidades de sentidos possíveis de serem compreendidos deste texto. A interpretação do texto de lei não é uma manifestação de vontade do jurista, uma escolha, mas o resultado de condições pré-estabelecidas social e historicamente, e a este transmitido pela tradição, pela linguagem.

Vale à pena repetir que não há como separar o intérprete do texto, do objeto de estudo e, por isso, o sentido de um texto se dá na fusão de seu horizonte com o do leitor. Portanto, o sentido do texto legal não é algo que será determinado pela pura racionalidade ou por um método *a priori* que é utilizado pelo intérprete, muito menos pela semântica, ou pela intenção do legislador, mas pela fusão de um horizonte repleto de pré-compreensões, preconceitos e expectativas de sentido de alguém que é parte de uma tradição jurídica que, diante do novo, passará por uma reflexão (que não deixa de ser uma maneira de se auto-conhecer), que consiste na reconstrução de seu próprio ser e de seu mundo, a partir do próprio texto.

A linguagem como fonte do direito não significa um enfraquecimento ou abandono do direito positivo, mas um fortalecimento deste, a partir de sua compreensão como a expressão das práticas jurídicas de uma comunidade ao longo da história.

O intérprete ao aplicar o direito frente ao caso concreto, ao fazer a reconstrução do direito frente à faticidade, não mais o fará apenas preocupado com a forma, mas em concretizar no presente conteúdos que reflitam sua historicidade, que reflitam a tradição que o texto de lei tenta expressar.

Novamente, vale citar a metáfora do romance em cadeia, que serve bem para explicar a idéia do direito como tradição e da linguagem como sua fonte. Dworkin (2003) fala de escritores em contínuo processo de elaboração literária conjunta, em um processo de interpretação produtiva. No âmbito jurídico, ele

demonstra como a norma individual produzida por uma decisão de um juiz deve partir de elementos trazidos pela linguagem jurídica onde está inserido.

O juiz se inclina sobre as declarações de juízes anteriores não para determinar qual seria o estado de espírito deles no momento das decisões, ou para reproduzir exatamente o mesmo sentido, mas para compreender a tradição jurídica onde se encontra, para tentar se conscientizar dos preconceitos que lhe foram transmitidos por esta. Cada juiz deve-se considerar um elo da cadeia, e as incontáveis decisões, estruturas e praticas que moldam a historia. E, há de se ressaltar, a própria leitura que o juiz faz do direito no presente é influenciada também pela razão jurídica, que no juspositivismo tem um papel considerado secundário.

A metáfora de Dworkin explicita como é através da linguagem (no caso do romance em cadeia, escrita) que ocorre a compreensão da tradição jurídica. Por isso, se falarmos de fonte do direito em uma concepção menos formal, devemos atribuir este título à linguagem.

Ainda sobre a linguagem:

Não se pode esquecer que o meio pelo qual ocorre a compreensão é a linguagem. Tanto o pensamento como a comunicação só são realizados linguisticamente, eis que ela representa o nosso acesso aos fenômenos, a nossa possibilidade de conhecimentos. É a linguagem que nos abre para o mundo, é através dela que o vivenciamos e nada existe, para o homem, que a ela seja exterior.

Assim, a linguagem não pode ser vista como mero instrumento cujo objetivo seja ligar uma subjetividade ilhada (homem) a uma objetividade isolada (coisa). Essa acepção é reducionista, já que não consegue perceber a amplidão do fenômeno lingüístico. A linguagem significa muito mais: além de possibilitar o conhecimento dos fenômenos que nos cercam – eis que sem linguagem não há comunicação - a ela pertencemos, como se pertence a um grupo ou país; não a possuímos, nela participamos. (GRONDIN, 2001, p. 50,51)

Traduzindo esta passagem para o Direito, o jurista não tem a linguagem jurídica como mero instrumento para realizar subsunção. Na verdade, ele pertence a essa linguagem, que é sua possibilidade de acesso à tradição que busca compreender, o Direito. Ao mesmo tempo, esta linguagem (assim como a tradição) é viva e atuante, sendo reconstruída e renovada a cada aplicação (em sentido gadameriano).

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No momento de aplicar o direito, a interpretação consiste em escolher um sentido possível de ser atribuído a uma regra, ou extrair um sentido desta. Para Kelsen (2006), a interpretação só deve ser uma construção inserida em um rol de “molduras”, de possibilidades de sentido que se possa atribuir a uma regra.

O julgador, com poderes a ele concedidos pelo próprio ordenamento jurídico, teria liberdade para escolher, dentro dos limites apontados pela ciência do direito, que formam contornos da moldura, qual seria a melhor decisão a ser tomada. Este é o conceito de “interpretação autêntica” para Kelsen.

A este intérprete é permitida, inclusive, a produção de uma norma fora da moldura ou quadro, quando estas não se mostram suficientes para solucionar o caso concreto, fruto da interpretação cognoscitiva também poderia ser considerada uma interpretação autêntica, desde que realizada por qualquer dos órgãos jurisdicionais competentes para decidir de forma vinculante.

A partir desta concepção, a interpretação realizada pelos órgãos jurisdicionais seria um ato de vontade, e não apenas uma atividade de cognição. Há, ainda, entre os juspositivistas, aqueles que crêem que a interpretação é uma busca pelo sentido da norma, o buscando como se fosse um dado.

Retomando um pouco do pensamento de Schmitt (1996), fica claro que o formalismo juspositivista, e em conseqüência a forma como enxerga o direito e suas fontes (no caso todas formais), além de não criar um método de aplicação do direito como pretende, possibilita mascarar arbitrariedades e abusos dos juízes, através da justificação pela interpretação das normas do sistema da maneira que desejar (o que é permitido pelo próprio sistema).

O sistema de normas escalonado e os elementos apontados pela doutrina juspositivista como fontes do direito são, na verdade, apenas artifícios formais para justificar as decisões judiciais. Se o intérprete autêntico tem discricionariedade para interpretar os textos da maneira que achar mais adequada, não há como caracterizar como fonte do direito a lei, tampouco os costumes, a jurisprudência, as fontes negociais e a doutrina, pois o juiz terá liberdade total para utilizá-los (se realmente o fizer) da maneira que lhe convier.

Gadamer, apesar de não ser jurista (ou talvez por isso), percebe que a hermenêutica jurídica possui um papel diferenciado, por estar em constante necessidade de aplicação, pois o jurista toma o sentido da lei (ou deveria tomar) a partir da relação da linguagem com o caso concreto.

A pretensão à neutralidade (compreensão do Direito como um sistema de regras fechado), que ignora a relação da historicidade com o presente e a pertença do intérprete a uma tradição e uma linguagem, apenas limita o intérprete e, conseqüentemente, a aplicação produtiva e a renovação do Direito. Um jurista que se sabe pertencente a algo anterior a ele próprio, enxerga o Direito não mais como um conjunto de normas, mas como uma construção histórica infinita de sua comunidade, como tradição e linguagem.

O que precisa ser mudado é a concepção da relação entre o intérprete do direito e do próprio direito. Faz-se necessário compreender que o intérprete faz parte do Direito, sendo constituído por ele, mas também fazendo parte de sua construção.

Gadamer nos demonstra que a tradição histórica e sua relação inevitável com a linguagem são a condição de possibilidade compreensão, e não um caminho a seguir colocado diante do intérprete. Por isso não se preocupa com a construção de métodos, mas demonstra que eles nem sempre nos conduzem à verdade.

O Direito não pode e nem tem a função de impor aos juristas a uma tradição autoritativa. O Direito deve ser pensado como tradição, ligada à idéia de transmissão, por estar diretamente relacionado com os efeitos que a história opera em toda compreensão. Transmissão que se dá por meio da linguagem.

O *Aufklärung* se inspirando no conceito de razão pura deformou o conceito de autoridade ao ponto de colocá-lo como a antítese da razão e até da liberdade. Desta forma a autoridade da tradição e, conseqüentemente o Direito, foi relacionada à obediência cega, irracional, ou sob medo de coerção.

A compreensão da tradição nos termos da hermenêutica filosófica acaba com esta rotulação autoritativa, de imposição e de falta racionalidade atribuída pelo *Auklärung* e corroborada pelo formalismo juspositivista, resgatando o sentido de transmissão e explicitando a relação indissociável com a linguagem.

Quando o Direito é aplicado, está sendo aplicada uma tradição, mas não de forma reprodutiva do passado, mas no sentido de trazer respostas a perguntas novas, a partir de referenciais e pontos de partida transmitidos pela linguagem. Referenciais estes que já são compreendidos através de uma mediação com o próprio presente.

Como bem leciona Grondin, a consciência do intérprete de que é parte da história (estando inserido em uma linguagem e em uma tradição), sendo constituído por ela e dela participando da construção, o leva a uma agudez hermenêutica, a uma aproximação de uma verdade, muito maior.

A construção de sentido não se dá de maneira isolada por um método e separada da história, só sendo possível a partir da pertença a uma tradição, estando o intérprete ciente ou não. O *Dasein* não pode desvincular-se do contexto, dos costumes e tradições que formam seu horizonte hermenêutico, que é o espaço onde o corre dialogicamente a relação entre o intérprete e a tradição em que se encontra. Compreender é aplicar algo geral a uma situação particular.

A aplicação do geral ao particular não é trabalhada através de simples subsunção. As pré-compreensões, a tradição e a linguagem onde o intérprete está inserido são parte indissociável deste processo. Ao compreender ou interpretar algo, estamos aplicando.

A compreensão de um enunciado, não exige saber sobre a constituição psíquica de seu autor, mas sob qual perspectiva ele a formulou. Perspectiva esta que é transmitida ao intérprete do presente através da mediação da linguagem com o próprio contexto onde se encontra.

O Direito ganha muito com a compreensão da finitude do homem e de sua historicidade, abandonando a visão iluminista da relação entre tradição e razão e reconhecendo que esta se dá sob bases compartilhadas e anteriores ao próprio *Dasein*.

Não há como separar o intérprete do texto, do objeto de estudo e, por isso, o sentido de um texto se dá na fusão de seu horizonte com o do leitor, não é algo que será determinado pela pura racionalidade ou por um método *a priori* que é utilizado pelo intérprete, mas pela fusão de um horizonte repleto de pré-compreensões,

preconceitos e expectativas de sentido de alguém que é parte de uma tradição que, diante do novo, passará por uma reflexão, que consiste na reconstrução de seu próprio ser e de seu mundo, a partir do próprio texto.

A hermenêutica filosófica não nos traz um método pronto para aplicar o Direito, nem pretende o fazer. E sua grande contribuição é justamente esta, demonstrar que métodos não são absolutos e, nem sempre, conduzem à verdade (que também não é absoluta), que o jurista que se sabe como parte de algo trará respostas muito mais coerentes à perguntas apresentadas pela faticidade e mais consistentes se colocadas á prova.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Elza Maria Miranda. **O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1984.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schikd Silva. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2011.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade**. Incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

CHAMON Jr., Lúcio Antônio, **Teoria da Argumentação Jurídica**, Rio de Janeiro, Ed. Lúmen Júris, 2008.

COSTA, Alexandre Araújo. **Introdução ao direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão da Tradução de Fernando Santos. Revisão técnica de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2010c.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Por que ler Kelsen, hoje**. In: COELHO, Fábio Uihôa. Para entender Kelsen. 4.ed. são Paulo: Saraiva, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** São Paulo: Atlas, 2003.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método.** Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, Ed. Vozes, 2011.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica.** São Leopoldo:UNISINOS, 1999.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito.** Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982.

HART, H. L. A.. **O conceito de Direito.** 5 ed. Tradução de Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas.** Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre, Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. **O que é justiça.** Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo, Ed. Martins Fontes, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Trad. João Baptista Machado. São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2006.

KHUN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** 5ªed. São Paulo: Ed. Perspectiva, 2000

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** Trad. José Lamego. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Judicial.** São Paulo: Landy, 2002.

LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. **Hermeneutica e Direito.** Curitiba: Juruá, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho no direito constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito.** São Paulo: RT, 2009.

NETTO, Menelick de Carvalho. **A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito de Hans Kelsen a Ronald Dworkin.** Disponível em: <[HTTP://www.almg.gov.br/CadernosEscol/Caderno5/dfi.pdf](http://www.almg.gov.br/CadernosEscol/Caderno5/dfi.pdf)>. Acesso em: 21 de março de 2009.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Jurisdição e hermenêutica constitucional: no Estado democrático de direito.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

OST, François. **O tempo do direito.** Tradução de Élcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Vol. 8, n.8 (2010), Belo Horizonte: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2003.

RICOEUR, Paul. **A memória, a história e o esquecimento.** Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 2007.

RIBEIRO, Fernando Armando. **Constitucionalismo e Teoria do Direito,** Belo Horizonte, Ed. Del Rey. 2013.

RIBEIRO, Fernando Armando. Desobediência civil: um instituto democrático. **Revista da Faculdade Mineira de Direito,** Belo Horizonte, v.8, n.15, p.95-118, 1º sem. 2005.

RIBEIRO, Fernando José Armando; BRAGA, Barbara Gonçalves de Araújo. **A Teoria das Fontes do Direito revisitada: uma reflexão a partir do paradigma do estado democrático de direito.** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/fernando_jose_armando_ribeiro-1.pdf> Acesso em: 30 de março de 2012.

RIBEIRO, Fernando José Armando; BRAGA, Barbara Gonçalves de Araújo. **Dos métodos interpretativos clássicos à hermenêutica filosófica: para uma aplicação dialógica e reflexiva do direito.** Disponível em:

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/fernando_jose_armando_ribeiro-2.pdf>Acesso em: 31 de maio de 2012.

SARAPU, Daniel Vieira. **Direito e memória: em direção a uma compreensão temporal da experiência jurídica.** 2012. 353 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

SCHMITT, Carl. **Sobre los tres modos de pensar La ciencia jurídica.** Madrid: Editorial Tecnos 1996.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política.** Tradução de Elisete Antoniuk. Supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SGARBI, Adrian. **Clássicos da Teoria do Direito.** Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz. (org.). **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Debate: Uma exploração hermenêutica da Construção do Direito.** 6. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado: 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

TRIVISONNO, Alexandre Gomes Travessoni. **O fundamento de validade do Direito.** Kant e Kelsen. 2 ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.